



Centro Universitário de Brasília - UniCEUB
Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais
Curso de Direito

PÂMELLA KATTY DE LIMA RODRIGUES

CRISE NO PARADIGMA DO DIREITO

BRASÍLIA

2013

PÂMELLA KATTY DE LIMA RODRIGUES

CRISE NO PARADIGMA DO DIREITO

Monografia apresentada como requisito para conclusão do curso de bacharelado em Direito do Centro Universitário de Brasília - UniCeub.

Orientador: Professor Luiz Eduardo.

BRASÍLIA

2013

PÂMELLA KATTY DE LIMA RODRIGUES

CRISE NO PARADIGMA DO DIREITO

Monografia apresentada como requisito para conclusão do curso de bacharelado em Direito do Centro Universitário de Brasília - UniCeub.

Orientador: Professor Luiz Eduardo

Brasília, 11 de Outubro de 2013.

Banca Examinadora

Prof. Orientador

Prof. Examinador

Prof. Examinador

DEDICATÓRIA

À minha mãe, que dedicou toda sua vida à minha formação. Você é o motivo do meu esforço e do meu empenho.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus, pela graça de ter me permitido concluir mais essa etapa na minha vida; à minha mãe por todo carinho e dedicação para comigo; e ao maravilhoso Fábio França, por todo estímulo incentivo ao longo do curso.

Agradeço ainda, ao Professor Luiz Eduardo cuja orientação repleta de sabedoria me possibilitou concluir esse trabalho.

RESUMO

O tema crise no paradigma do direito é objeto de amplas discussões no âmbito da filosofia jurídica. Admitida a aplicabilidade da teoria dos paradigmas no âmbito do direito, a presente monografia trata da maneira pela qual se dá a referida aplicação. Para tanto, estuda-se inicialmente a proposta teórica de Thomas Kuhn, o qual explica a estrutura das revoluções científicas, a partir do conceito de paradigma científico. Em seguida, demonstra-se a afirmação da teoria kuhniana no direito, por meio da apresentação dos reflexos da crise e sua relação com as fases de uma revolução científica.

Palavras-chave: Crise no direito. Teoria dos paradigmas. Aplicação.

Sumário

| | |
|---|----|
| INTRODUÇÃO..... | 7 |
| Cap. 1 A QUESTÃO DOS PARADIGMAS POR THOMAS S. KUHN..... | 11 |
| 1.1 A Construção da Ciência Normal..... | 12 |
| 1.2. Mudança de Paradigmas..... | 17 |
| 1.2.1. As Revoluções Científicas | 17 |
| Cap. 2 Aplicação da Teoria dos Paradigmas à Crise no Paradigma do Direito | 22 |
| Cap. 3 Reflexos da Crise no Paradigma do Direito | 25 |
| 3.1 Direito, Tradição e Política..... | 26 |
| 3.2. O problema do tempo decisório nas políticas públicas. | 32 |
| 3.3 Mudança no modelo de legifereção..... | 39 |
| Cap. 4 Reflexos da crise do direito e a projeto do Pluralismo Jurídico | 44 |
| 4.1 O projeto do Pluralismo Jurídico..... | 45 |
| Cap.5. Considerações Finais | 48 |
| CONCLUSÃO | 52 |
| REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS..... | 54 |

INTRODUÇÃO

A crise no direito é objeto de diversos debates acadêmicos, tendo em vista as suas diferentes perspectivas e a riqueza de discussões por esse tema desencadeadas. Nessa esteira, a ideia de crise no direito pode ser percebida a partir de algumas situações impressas no cotidiano do jurista e do acadêmico de direito, como a falta de respostas para problemas da aplicação da lei ao caso concreto, problemas estes, que, segundo a dogmática jurídica, deviam ser resolvidos a partir de um processo de dedução infalível, conforme uma visão positivista do direito.

Diante disso, percebe-se que a dogmática jurídica, há muito utilizada e reproduzida nos estudos de graduação, informam propostas de resolução de problemas que não são efetivas; o que pode ser percebido por meio da constante sensação de insegurança jurídica gerada pelo déficit de argumentação dos julgados que informam a jurisprudência brasileira; além da atuação do Poder Judiciário como legislador ativo, infringindo a separação dos Poderes. Ademais, o surgimento de propostas alternativas de solução de conflitos como o Pluralismo Jurídico leva à reflexão de que algo no direito não está atendendo às perspectivas de seus operadores e da sociedade.

Dessa forma, o presente estudo monográfico, situado no campo da filosofia do direito, utiliza-se da perspectiva de crise para se pensar o direito e propõe-se a identificar reflexos dessa crise, a partir da aplicação da teoria dos paradigmas de Thomas Kuhn. No entanto, não se propõe a buscar uma solução para a crise do direito, mas limita-se a forjar ideias de representação da crise no paradigma do direito.

Assim, no primeiro capítulo, será realizada análise da obra *A Estrutura das Revoluções Científicas, 2009*, escrita por Thomas Samuel Kuhn, publicada em 1962. A referida análise explicitará os principais conceitos desenvolvidos pelo teórico, a fim de explicar a teoria dos paradigmas no interior

das revoluções científicas aos leitores; para que, mais adiante, haja a compreensão da aplicação dessa teoria à área do direito.

Inicialmente, analisar-se-á como se dá a construção da ciência como conhecemos, que é denominada por Thomas Kuhn como “ciência normal”. Conforme expõe Thomas Kuhn, o conceito de ciência normal está estreitamente relacionado ao conceito de paradigma, o qual é compreendido como o conjunto de compromissos conceituais e também metodológicos aceitos universalmente pela comunidade científica, em uma determinada área. Em seguida, serão analisadas as revoluções científicas, tomando a crise no paradigma das ciências como ponto central da estruturação de uma revolução.

No segundo capítulo, realizar-se-á uma análise da aplicação da teoria dos paradigmas ao direito. Nesse sentido, serão identificados, no direito, os momentos pelos quais passam as revoluções científicas, tendo em vista os momentos determinantes da estrutura de uma revolução científica; sempre levando em consideração a proposta teórica de Thomas Kuhn. Para tanto, será utilizado como referencial teórico o autor Alberto do Amaral Jr., citado por Roberto Freitas Filho, em *Intervenção Judicial nos Contratos e Aplicação dos Princípios e das Cláusulas Gerais: o caso do leasing*, 2009.

Já no terceiro capítulo, realizar-se-á leitura de três textos, com o objetivo precípuo de apresentar alguns fenômenos do direito que podem ser compreendidos como reflexos da crise no paradigma do direito.

Primeiramente analisar-se-á o texto de Luiz Eduardo Abreu, em *Direito, Tradição e Política*, 2013; o qual propõe a existência de um descompasso entre a afirmação de pertencimento à tradição jurídica pelos doutrinadores do Direito e sua verdadeira tradição.

Em seguida, o texto de Renato Casagrande e Roberto Freitas Filho, no texto *O problema do tempo decisório nas políticas públicas*, 2010, *O problema do tempo decisório nas políticas públicas*, 2010. De acordo com os autores, os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário funcionam numa

dinâmica temporal diferente, o que é problemático, em virtude da invasão das competências constitucionais do Legislativo pelos Poderes Executivo e Legislativo.

Por fim, realizar-se-á a leitura do primeiro capítulo de *Intervenção Judicial nos Contratos e Aplicação dos Princípios e das Cláusulas Gerais: o caso do leasing, 2009*, de Roberto Freitas Filho. Freitas Filho expõe como reflexo da crise do Direito brasileiro a mudança do modelo de legiferação, o qual passou a privilegiar normas abertas, em detrimento das normas casuísticas.

No quarto capítulo, tomando-se como referencial teórico a obra *Pluralismo Jurídico: fundamentos de uma nova cultura jurídica, 2001*, de Antonio Carlos Wolkmer, o qual, admitindo a existência de uma crise paradigmática no direito, compreende o Pluralismo Jurídico como proposta alternativa à dogmática do positivismo jurídico. De acordo com Wolkmer, o Pluralismo Jurídico seria um paradigma alternativo, o qual se manifestaria tanto no interior do direito oficial, quanto fora dele; a partir das perspectivas normativas e de solução de conflitos.

No último capítulo, faz-se uma retomada dos textos anteriormente analisados, relacionando-os com a teoria paradigmática, concluindo-se, por fim, que o direito brasileiro contemporâneo encontra-se em um nítido momento de crise paradigmática, mas ainda não é possível a identificação de um novo paradigma apto a solucionar tal crise.

Cap. 1 A QUESTÃO DOS PARADIGMAS POR THOMAS S. KUHN

De acordo com Eduardo Kroeff Machado Carrion; em *Crise do Direito e Ensino jurídico, 2000*; a crise no Direito pode ser percebida a partir de diferentes aspectos; os quais podem ser exaustivamente desenvolvidos academicamente; como por exemplo, o aspecto da crise do modo jurídico de regulação social em face da emergência do modo "midiático" de regulação social; crise do princípio de legalidade, crise do próprio Estado de Direito, crise da soberania estatal em decorrência do processo de globalização; crise do próprio ensino jurídico como reflexo da crise do direito, crise do direito como expressão da crise da modernidade e da crise dos paradigmas (Carrion, 2000). O presente estudo monográfico, por sua vez, propõe-se a analisar a crise no Direito, sob a perspectiva da crise em seu paradigma.

Dessa forma, é imprescindível a leitura e a análise da obra *A Estrutura das Revoluções Científicas, 2009*, de Thomas Samuel Kuhn, para que se possa compreender o que preconiza a teoria dos paradigmas, já que este estudo trata da aplicação dessa teoria ao direito. Thomas Kuhn explica o processo pelo qual se dá a construção da ciência (Ciência Normal), por meio da teorização dos paradigmas científicos no interior da estrutura das Revoluções Científica.

Na referida obra, Kuhn propõe uma reflexão acerca do progresso da Ciência, realizando uma análise de fatores externos a ela; que, em momentos de crise, propiciam a transformação do pensamento científico e da prática correspondente. De acordo com o citado autor, a revolução, no interior de uma ciência, dá-se a partir de uma crise em seu paradigma; o qual é substituído por um novo. Dessa forma, esse estudo admite a ideia de que o direito contemporâneo passa por um momento de crise em seu paradigma. É necessária, assim, a compreensão da teoria dos paradigmas científicos.

1.1 A Construção da Ciência Normal

A “ciência normal”, para Kuhn, significa a pesquisa baseada em realizações científicas passadas, ou seja, é a ciência que se conhece como tal, a ciência assim reconhecida pela comunidade de estudiosos que a concebem. O autor explica que a ciência normal partilha de duas características essenciais: a) as suas realizações foram suficientemente inovadoras para atrair um grupo de partidários; b) suas realizações também eram abertas para deixar todos os problemas para serem resolvidos pelo grupo de praticantes da ciência (Kuhn, 2009). Tais realizações são denominadas pelo autor como paradigmas. Percebe-se, assim, que o termo “paradigmas” detém uma estreita relação com a ciência normal (Kuhn, 2009). Portanto, entende-se por ciência normal a ciência que possui leis e modelos de aplicação e instrumentação, dos quais se originam as tradições específicas da pesquisa científica.

É certo, conforme Kuhn, que a ciência normal, para assim ser concebida, deve passar por um processo de construção, até que sua teoria seja reconhecida pela comunidade científica, por meio da partilha de seu primeiro paradigma universalmente aceito por essa comunidade (Kuhn, 2009). De acordo com Kuhn, é difícil a tarefa de se estabilizar a teoria científica num consenso, já que a ausência de um paradigma enseja na coleta de dados de maneira aleatória, na qual todos os fatos parecem igualmente importantes, e assim não se tem clareza suficiente a proporcionar o desenvolvimento de um primeiro paradigma (Kuhn, 2009).

Para ser aceita como um paradigma, explica Kuhn que uma formulação teórica deve parecer ser mais adequada para comunidade científica do que as demais teorias com as quais compete. Todavia, não é essencial que o paradigma tenha solução para todos os problemas confrontados (Kuhn, 2009). Nesse sentido, explica Kuhn:

“Uma comunidade científica ao adquirir um paradigma, adquire igualmente um critério para a escolha de problemas que, enquanto o paradigma for aceito, poderemos considerar como dotados de uma solução possível. Esses são os únicos problemas que a comunidade científica encorajará seus membros a resolver. Outros problemas, mesmo muitos dos que

eram anteriormente aceitos, passam a ser rejeitados como sendo parte de outra disciplina” (Kuhn, 2009, p. 60).

De acordo com Kuhn, a comunidade científica não buscará inovar utilizando-se dos paradigmas, ao contrário, “resolver um problema na ciência normal é alcançar o resultado de uma nova maneira” (Kuhn, 2009, p. 58). Dessa maneira, conclui o autor que “até mesmo um projeto cujo objetivo é a articulação de um paradigma não visa a produzir uma novidade inesperada” (Kuhn, 2009, p. 58).

Compreende-se assim que o objetivo da ciência normal não é encontrar novidades inesperadas, mas chegar perto de resultados esperados; tendo em vista que “para os cientistas, os resultados obtidos pela pesquisa normal são significativos porque contribuem para aumentar o alcance e a precisão com os quais o paradigma pode ser explicado” (Kuhn, 2009, p. 59).

Portanto, definido um paradigma para determinado campo da ciência, a comunidade científica nele encontrará uma “sólida rede de compromissos ou adesões (conceituais, teóricas, metodológicas e instrumentais)” (Kuhn, 2009, p. 65), que restringirá as soluções admissíveis aos problemas teóricos. Contudo, Kuhn assevera que

“a ciência normal é uma atividade altamente determinada, mas não precisa ser inteiramente determinada por regras. As regras derivam de paradigmas, mas os paradigmas podem dirigir a pesquisa mesmo na ausência de regras” (Kuhn, 2009, p. 67).

Portanto, a ciência normal consiste na ciência baseada em paradigmas. Diante disso, é necessária a distinção entre o paradigma que norteia determinada área científica de suas regras.

De acordo com Kuhn, os paradigmas compartilhados por uma sociedade científica não se confundem com a determinação de regras comuns ao grupo. Dessa forma, expõe o teórico que a limitação daquilo que se denomina como ciência normal não consiste em uma unanimidade de preceitos normativos, atribuindo algumas características ao paradigma.

Para o autor, os cientistas podem corroborar do mesmo entendimento com vistas na identificação de um paradigma; sem, contudo, chegarem a um acordo quanto à interpretação ou racionalização completa daquele. A esse respeito, expõe Kuhn:

“A falta de uma interpretação padronizada ou de uma redução a regras que goze de unanimidade não impede que um paradigma oriente a pesquisa. A ciência normal pode ser parcialmente determinada através da inspeção direta dos paradigmas. Esse processo é frequentemente auxiliado pela formulação de regras e suposições, mas não depende dela. Na verdade, a existência de um paradigma nem mesmo precisa implicar a existência de qualquer conjunto de regras” (Kuhn, 2009, p. 69).

A partir dessas afirmações, compreende-se que um paradigma não enseja obrigatoriamente um corpo adequado de regras. Diante disso, indaga-se o que verdadeiramente limita um cientista a uma tradição específica da ciência normal (Kuhn, 2009). Por meio do desenvolvimento da teoria proposta Ludwig Wittgenstein, apesar desta firma-se num contexto diferente, Kuhn explicita uma resposta à referida indagação.

Segundo Kuhn, as técnicas e os problemas de pesquisa relacionados a uma tradição em específico da ciência normal têm em comum as realizações confirmadas já reconhecidas pela comunidade científica em questão, por isso, “os paradigmas podem ser anteriores, mais cogentes e mais completos que qualquer conjunto de regras de que deles possam ser claramente abstraído” (Kuhn, 2009, p. 71).

De acordo com Kuhn, o que é determinante no funcionamento da ciência normal é o seu paradigma e não a intervenção de regras. Partindo-se desta ideia, Kuhn explica quatro razões para tal pressuposto.

A primeira razão concentra-se na dificuldade elevada no alcance de quais as regras que guiaram a ciência normal, isto é, quais as normas passíveis de serem determinadas como semelhantes em todos os campos da pesquisa científica em questão (Kuhn, 2009).

A segunda razão funda-se na natureza da educação científica, pois os cientistas nunca apreendem instrumentos intelectuais como conceitos e teorias de uma forma dissociada (Kuhn, 2009). Ao contrário, tais instrumentos situam-se numa unidade histórica e pedagogicamente predecessora, apresentados por meio de suas aplicações. De acordo com Kuhn:

“Uma nova teoria é sempre anunciada juntamente com suas aplicações a uma determinada gama concreta de fenômenos naturais; sem elas não poderia nem mesmo candidatar-se à aceitação científica. Depois de aceita, essas aplicações (ou mesmo outras) acompanharão a teoria nos manuais onde os futuros cientistas aprenderão seu ofício” (Kuhn, 2009, p. 72).

Progressivamente, o estudante adquire prática por meio de exercícios práticos fundados nas aplicações teóricas desenvolvidas, e assim continua durante todo o seu processo de iniciação profissional, até sua tese de doutoramento (Kuhn, 2009). Apesar de mais complexos, os problemas surgidos ao longo da carreira científica continuam moldados em conformidade com as realizações científicas anteriores. Dessa maneira, Kuhn explica que:

“Em algum momento de sua formação, o cientista abstrai intuitivamente as regras do jogo para seu próprio uso – mas temos poucas razões para crer nisso. Embora muitos cientistas falem com facilidade e brilho a respeito de hipóteses individuais que subjazem numa determinada pesquisa em andamento, não estão em melhor situação que o leigo quando se trata de caracterizar as bases estabelecidas de seu campo de estudos, seus problemas e métodos legítimos. Se os cientistas chegam a aprender tais abstrações, demonstram-no através de sua habilidade para realizar pesquisas bem sucedidas. Contudo, essa habilidade pode ser entendida sem recurso às regras hipotéticas do jogo”. (Kuhn, 2009, p. 72)

Uma terceira razão para a suposição de que são os paradigmas são orientadores das pesquisas científicas (e não as regras) reside na ideia de que a ciência normal pode evoluir independentemente de regras (Kuhn, 2009). Entretanto, isso somente é possível, de acordo com Kuhn, enquanto a comunidade científica aceitar as soluções de problemas já obtidas, sem maiores questões. Por outro lado, caso as realizações científicas se demonstrem inconsistentes, as regras ganhariam maior importância. Exemplo disso é o que ocorre nos períodos pré-paradigmáticos, em que métodos e

padrões de solução são veementemente discutidos. No entanto, essas discussões não desaparecem por completo com o surgimento do paradigma, apesar de se tornarem mais raras (Kuhn, 2009).

Kuhn explica que os debates acerca da legitimidade de padrões científicos “ocorrem periodicamente pouco antes e durante as revoluções científicas – os períodos durante os quais os paradigmas são primeiramente atacados e depois modificados” (Kuhn, 2009, p. 73). Nesse momento, no qual os cientistas não encontram um acordo para resolução de problemas de sua área, conforme explica Kuhn,

“a busca de regras adquire uma função que não possui normalmente. Contudo, enquanto os paradigmas permanecem seguros, eles podem funcionar sem que haja necessidade de um acordo sobre as razões de seu emprego ou mesmo sem qualquer tentativa de racionalização”. (Kuhn, 2009, p. 73)

Por fim, a quarta razão que justifica a prioridade dos paradigmas diz respeito às revoluções científicas, que, segundo Kuhn, podem ser grandes ou pequenas; isto é, algumas revoluções afetam apenas alguns estudiosos de determinada especialização científica. Isso ocorre porque a ciência não se desenvolve de uma maneira unificada, e sim de diferentes formas entre as partes de sua estrutura; ou seja, mesmo aqueles que trabalham no mesmo campo de estudos ou em campos de estudos relacionados sofrerão de forma diversificada os efeitos da transição de um paradigma para outro. É o que se depreende do seguinte trecho:

“Conclui-se daí que, embora uma modificação seja revolucionária para todos esses grupos, uma modificação que reflete apenas uma ou outra aplicação do paradigma será revolucionária somente para os membros de uma subespecialidade profissional e específica. [...] Por isso, pode dar origem simultaneamente a diversas tradições da ciência normal que coincidem parcialmente, sem serem coexistentes. Uma revolução produzida no interior de uma dessas tradições não se estenderá necessariamente às outras” (Kuhn, 2009, p. 75).

Realizada a análise da essência do paradigma científico e sua preponderância sobre as regras de determinado âmbito científico, Thomas

Kuhn passa a explicar como ocorre a mudança de paradigmas no interior de uma ciência.

1.2. Mudança de Paradigmas

A partir da análise realizada acerca do desenvolvimento da ciência normal (aquela cuja função não é a de realizar novas descobertas nem formular novas teorias, mas ao contrário, é a de “ampliação contínua do alcance e da precisão do conhecimento científico” (Kuhn, 2009, p. 77)) a seguir, busca-se explicitar como a atividade científica normal pode sofrer mudanças em seu paradigma, que influenciarão o modelo histórico de ciência; uma vez que, quanto mais preciso e confiável for esse paradigma, maior a resistência em abandoná-lo pela respectiva comunidade científica.

1.2.1. As Revoluções Científicas

Os avanços científicos somente são possíveis quando procedimentos e conceitos anteriormente compartilhados são substituídos total ou parcialmente por outros. Para Kuhn, a consciência do cientista acerca de anomalias e contraexemplos consiste em pré-requisito para emergência de teorias novas e aceitáveis. A consciência, portanto, de que a teoria vigente e aceita pela comunidade científica não é suficiente para explicar um problema antecede a gênese de um novo paradigma científico. A esse respeito explica o autor:

“A emergência de novas teorias é geralmente precedida por um período de insegurança profissional pronunciada, pois exige a destruição em larga escala de paradigmas e grandes alterações nos problemas e técnicas da ciência normal. Como seria de esperar, essa insegurança é gerada pelo fracasso constante dos quebra-cabeças da ciência normal em produzir resultados. O fracasso das regras existentes é o prelúdio para uma busca de novas regras”. (Kuhn, 2009, p. 95).

Portanto, a mudança de paradigmas em um determinado campo científico exige a consciência por parte da respectiva comunidade científica acerca da inconsistência do paradigma, até ali aceito, em resolver problemas da área. Tal consciência sobre o fracasso técnico do paradigma revela-se como cerne de uma crise. Dessa maneira, pode-se concluir que uma condição

necessária à emergência de um novo paradigma é a preexistência de uma crise, resultante de um “fracasso caracterizado na atividade normal de resolução de problemas” (Kuhn, 2009, p. 103). Nesse sentido, expõe Kuhn:

“Enquanto os instrumentos proporcionados por um paradigma continuam capazes de resolver os problemas que este define, a ciência move-se com maior rapidez e aprofunda-se mais através da utilização confiante de seus instrumentos. A razão é clara. Na manufatura, como na ciência – a produção de novos instrumentos é uma extravagância reservada para as ocasiões que o exigem. O significado de crises consiste exatamente no fato de que indicam que é chegada a ocasião para renovar instrumentos”. (Kuhn, 2009, p. 105).

No entanto, Kuhn afirma que a rejeição de paradigmas não se conduz apenas pelo confronto dos cientistas com problemas não resolvidos. E isso ocorre porque os cientistas quando se depararam com anomalias não rejeitarão de imediato o paradigma, mas “conceberão numerosas articulações e modificações ad hoc de sua teoria, a fim de eliminar qualquer conflito aparente” (Kuhn, 2009, p. 108). O autor assevera que, por isso, “para uma anomalia originar uma crise, deve ser algo mais do que simples anomalias” (Kuhn, 2009, p. 113), afinal de contas discrepâncias e dificuldades sempre existem nas ciências, que são resolvidas posteriormente. Entretanto, para o autor, não há uma característica que possa ser atribuída genericamente às anomalias como causa adequadas à produção de uma crise. Mas, dá exemplos:

“Algumas vezes, a anomalia colocará claramente em questão as generalizações explícitas e fundamentais de um paradigma [...] Uma anomalia sem importância fundamental aparente pode provocar uma crise, caso as aplicações que ela inibe possuam importância prática especial [...] Ou como no caso da Química do século XVIII, o desenvolvimento da ciência normal pode transformar em uma fonte de criação de anomalia que anteriormente não passava de um incômodo [...] É de se presumir que ainda existam outras circunstâncias capazes de tornar uma anomalia algo particularmente premente”. (Kuhn, 2009, p. 113).

Diante de uma anomalia considerada verdadeiramente como fundamental, percebem os cientistas que as regras já assimiladas, e, pelo paradigma permitidas, não apresentam mais alternativas viáveis à solução de problemas encontrados; se introduzindo, então, numa crise de paradigmas, ao

sentirem a necessidade de conceberem um novo conjunto de instrumentos e enunciados.

Nesse momento, os cientistas realizarão o que Kuhn intitulou como pesquisa extraordinária: pesquisa com a qual os cientistas irão forçar ao máximo a resolução das anomalias por meio do paradigma vigente, e, ao mesmo tempo, buscar novas explicações. Possivelmente, daí emergir-se-á uma revolução científica: “uma transição para um novo paradigma é uma revolução científica” (Kuhn, 2009, p. 122). Muitas vezes, nessa pesquisa extraordinária, tem-se a formação de um novo paradigma. Nesse sentido, ainda explica o autor:

“Confrontados com anomalias ou crises, os cientistas tomam uma atitude diferente com relação aos paradigmas existentes. Com isso, a natureza de suas pesquisas transforma-se de forma correspondente. A proliferação de articulações, a disposição de tentar qualquer coisa, a expressão de descontentamento explícito, o recurso à Filosofia e ao debate sobre os fundamentos, são sintomas de uma transição de pesquisa normal para a extraordinária. A noção de ciência normal depende mais da existência desses fatores do que da existência de revoluções” (Kuhn, 2009, p. 123).

Diante do exposto, é necessária a explicitação do que são as revoluções científicas e qual a função delas para o desenvolvimento de uma ciência. Kuhn assim define as revoluções científicas: “aqueles episódios de desenvolvimento não-cumulativo, nos quais um paradigma mais antigo é total ou parcialmente substituído por um novo, incompatível com o anterior” (Kuhn, 2009, p. 125).

Nota-se que o autor, ao definir a transição de paradigmas como uma revolução científica, utiliza-se de um paralelismo com a ideia de revolução política. De acordo com Kuhn, as revoluções políticas emergem com um sentimento crescente de que as instituições já existentes não respondem mais adequadamente aos problemas postos. Dessa mesma maneira, segundo o teórico:

“As revoluções científicas iniciam-se com um sentimento crescente e restrito de que o paradigma existente deixou de

funcionar adequadamente na exploração de algum aspecto da natureza, cuja exploração fora anteriormente dirigida pelo paradigma. Tanto no desenvolvimento político quanto no científico, o sentimento de funcionamento defeituoso, que pode levar a crise, é um pré requisito para a revolução” (Kuhn, 2009, p. 126).

Conforme o exposto pelo teórico, as revoluções científicas somente revelam-se como revolução para os cientistas cujos paradigmas sejam afetados. Já para aqueles que são observadores externos, fazendo parte de outro ramo científico, a transição pode parecer apenas como uma etapa normal do processo de desenvolvimento de determinada ciência.

Ainda utilizando-se da comparação das revoluções que ocorrem na ciência com as que ocorrem na política, Kuhn afirma que para a gênese de novas instituições políticas, é necessário o abandono de um conjunto de instituições para dar lugar a outro; momento no qual a sociedade não se pode dizer governada nem somente por uma nem somente por outra instituição. A sociedade então se divide: há aqueles que defendem as velhas práticas e aqueles que procuram estabelecer uma nova instituição. Todavia, uma escolha entre uma das ordens institucionais deverá ser feita, assim, “tal como a escolha entre duas instituições políticas em competição, a escolha entre paradigmas em competição demonstra ser uma escolha entre modos incompatíveis de vida comunitária” (Kuhn, 2009, p. 127).

Assevera Kuhn que a defesa de um paradigma, justamente pelo caráter de impossibilidade de convivência comunitária entre paradigmas, deve ser feita a partir de procedimentos de avaliação característicos do respectivo paradigma. Isto é, não é possível analisar a validade de um paradigma a partir dos critérios de eficiência estabelecidos pela ciência normal, isso porque estes dependem do paradigma que está sendo confrontado. Portanto, num debate acerca da escolha de um paradigma, cada grupo deverá orientar-se pelo seu próprio paradigma, ao defendê-lo, ou seja, cada um com suas armas (Kuhn, 2009).

Kuhn defende, por fim, que o desenvolvimento científico não se dá de forma cumulativa. Ele afirma que as diferenças entre os paradigmas que

se sucedem são essenciais e simultaneamente inconciliáveis, prova disso se tem com a análise da história da ciência. De acordo com Kuhn, historicamente, a ciência avançou por meio do desenvolvimento de novos paradigmas a partir da destruição dos anteriores, assim, “a recepção de um novo paradigma requer com frequência uma redefinição da ciência correspondente” (Kuhn, 2009, p. 138). Sobre isso, explica o autor:

“Ao apreender um paradigma, o cientista adquire ao mesmo tempo uma teoria, métodos e padrões científicos, que usualmente compõem uma mistura inextricável. Por isso, quando paradigmas mudam, ocorrem alterações significativas nos critérios que determinam a legitimidade, tanto dos problemas, tanto das soluções proposta” (Kuhn, 2009, p. 144).

Portanto, uma alteração de paradigmas corresponde a um período de transição, definido por Kuhn como a chamada revolução científica. Para Kuhn, a revolução científica é um período de transição caracterizado pela escolha por um novo paradigma (incompatível com o velho paradigma) em detrimento da ciência normal.

Diante do exposto, é possível identificar a revolução científica como formada a partir de três grandes fases ligadas diretamente ao seu paradigma. A primeira fase, como se infere da teoria kuhniana, pode ser identificada como aquela em que a “ciência normal”, já formada, encontra-se em período de estabilidade, sendo que o seu paradigma é aceito universalmente pela comunidade científica, por oferecer respostas suficientes às indagações propostas. A segunda fase pode ser compreendida como a fase em que o paradigma científico encontra-se em crise, justamente por não mais atender às necessidades daquela determinada área científica, além de emergirem novos paradigmas alternativos, que num terceiro momento acabar por substituir o paradigma anterior, por mostra-se mais adequado.

Diante da análise supracitada, resta saber se a teoria dos paradigmas proposta por Thomas Kuhn é aplicável à ciência do direito. Nesse sentido, há muitas discussões na literatura da filosofia do direito acerca da não aplicação, que não serão objeto desse estudo. No presente trabalho, adota-se o posicionamento daqueles que entendem como possível a aplicação da teoria

dos paradigmas à ciência do direito, como é os autores Freitas Filho e Amaral Jr., analisados mais adiante.

Cap. 2 Aplicação da Teoria dos Paradigmas à Crise no Paradigma do Direito

Partindo-se da proposta teórica kuhniana, admite-se que o Direito contemporâneo encontra-se em um momento de crise em seu paradigma, uma vez que seus padrões teóricos tradicionalmente aceitos pela comunidade de juristas não são mais suficientes para atender às demandas sociais. Dessa forma, pretende-se uma reflexão acerca da crise no Direito, a partir da aplicação dos conceitos formulados por Kuhn - ao explicar as revoluções no interior das ciências exatas – na ciência social do Direito.

Em *Intervenção Judicial nos Contratos e Aplicação dos Princípios e das Cláusulas Gerais: o caso do leasing, 2009*, Freitas Filho realiza relevante análise acerca do uso do termo paradigmas aplicada às ciências sociais. De acordo com o autor, ao contrário do que entendem autores como Jeffrey C. Alexander, é possível essa aplicação. Freitas Filho afirma compartilhar do mesmo entendimento que o autor Alberto Amaral JR acerca dessa discussão.

“Apesar de desenvolvida no contexto das ciências físicas e biológicas, a concepção de paradigma pode ser aplicada ao Direito, especificamente ao direito privado. Por paradigma do direito privado moderno entendemos o conjunto de crenças, valores, conceitos, teorias e métodos que foi unanimemente aceito pelos juristas e que alcançou o seu apogeu no movimento codificador do século XVIII e início do século XIX. A formação do paradigma do direito privado moderno abrange três momentos distintos: 1 - a concepção do direito como ciência dogmática; 2 – a originalidade do direito moderno em oposição a todas as formas de ordenamentos jurídicos tradicionais; e 3 – a institucionalização da esfera privada livre de qualquer intervenção externa” (Amaral APUD Filho, 2009, p.25).

A partir da ideia desenvolvida por Amaral Jr. a respeito dos três momentos de formação do paradigma do direito privado moderno, é possível se estabelecer uma relação desses momentos com as diferentes fases pelas

quais passam as revoluções científicas; admitindo-se a ideia de que o desenvolvimento da ciência não é cumulativo; conforme Thomas Samuel Kuhn, em *A Estrutura das Revoluções Científicas*, 2009.

O primeiro momento, descrito por Amaral Jr. como o movimento codificador do século XVII e XIX, corresponderia à ciência normal do direito com seu respectivo paradigma compartilhado pela comunidade científica, de forma unânime, qual seja a dogmática jurídica. Já o segundo momento pode ser identificado como um tempo de crise na ciência do direito, no qual se instala uma revolução científica, ensejadora de um novo paradigma; que será, no terceiro momento, o paradigma a lastrear uma nova ciência normal.

Diante do exposto, pretende-se a seguir, realizar uma análise de cada um desses momentos expostos por Amaral Jr., - ampliados para o direito como um todo, e não somente com relação ao direito privado - conforme a Teoria das Revoluções Científicas, no interior da ciência do Direito.

Tendo em vista a estrutura de uma revolução científica, a ciência normal corresponde ao momento de estabilidade da ciência, no qual a ciência tem seus paradigmas amplamente aceitos pela comunidade científica. Utilizando-se essa ideia no âmbito do direito, é possível identificar como o paradigma da ciência normal, no âmbito direito, o monismo jurídico traduzido pela Dogmática Jurídica.

O monismo jurídico entende o direito como o Direito Positivo, a partir da concepção de que o verdadeiro direito é o Direito Positivo com normas dotadas de imperatividade garantidas pela coação, força pertencente unicamente ao Estado (Wolkmer, 2001). A última fase monista, conforme Antonio Carlos Wolkmer, em *Pluralismo Jurídico: fundamentos de uma nova cultura jurídica*, 2001, coincide com a nova fase do capitalismo, quando houve o crescente intervencionismo do Estado na produção, no século XIX. Para Wolkmer, nesse momento, a Teoria Pura do Direito, proposta por Kelsen, compôs fundamentalmente a ordem jurídica, durante o período das duas grandes guerras, no qual foi favorecida a criação dos direitos sociais.

O segundo momento; momento atual por que passa o direito; é o momento de crise no seu paradigma fundamental da ciência normal, qual seja o monismo jurídico traduzido pela Dogmática Jurídica. A ciência do direito encontra-se num momento de declínio do seu paradigma da legalidade. Na prática, o direito perdeu sua eficácia, demonstrando um desajuste entre realidade social e econômica e o modelo jurídico vigente; configurando-se, portanto uma crise do paradigma jurídico (Wolkmer, 2001). É o que assevera Wolkmer, ao expor as causas para tanto:

[...] por permanecer rigorosamente presa à legalidade formal escrita, ao tecnicismo de um conhecimento abstrato e estático e ao monopólio da produção normativa estatal, afastando-se das práticas sociais cotidianas, desconsiderando a pluralidade de novos conflitos coletivos de massa, desprezando as emergentes manifestações extralegislativas, revelando-se desajustada às novas e flexíveis formas do sistema produtivo representado pelo Capitalismo globalizado, dando pouca atenção às contradições das sociedades liberal-burguesa (principalmente aquelas provenientes de necessidades dos polos periféricos) e, finalmente, sendo omissa e descompromissada com as mais recentes investigações interdisciplinares (Wolkmer, 2001, p. 75).

Portanto, a crise do direito pode ser compreendida pelas dificuldades enfrentadas pelo sistema jurídico, contrariado por necessidades as quais não consegue suprir eficazmente. Assim, fez-se presente uma crise na Dogmática Jurídica da sociedade moderna, que representa a sistemática do Direito formalizado e identificado como regras normativas oriundas dos órgãos do Estado. O paradigma da Dogmática Jurídica contribuiu por muito tempo enquanto provedor de respostas prontas para as conflituosidades tradicionais. Contudo, na contemporaneidade, ela se mostra insuficiente e ineficaz para atender às novas demandas do Capitalismo, sofrendo uma intensa crise.

A crise no paradigma do direito, assim como o paradigma das ciências biológicas, não se reduz à crise em suas regras. Não é um artigo de uma lei ou de outra, não é um problema de uma ou outra

disciplina do direito; trata-se de uma crise em sua tradição, em sua sistemática, na qual se reconhece o direito exclusivamente nas fontes do Estado, oficialmente reconhecidas.

Cap. 3 Reflexos da Crise no Paradigma do Direito

Diante desse contexto de crise, a seguir serão realizadas análises acerca de fenômenos aqui compreendidos como reflexos da crise do paradigma no direito.

Inicialmente, realizar-se-á uma leitura do texto *Direito, Tradição e Política, 2013*; no qual Luiz Eduardo Abreu expõe uma crítica ao sistema jurídico atual, afirmando a existência de um descompasso entre a afirmação de pertencimento à tradição jurídica pelos doutrinadores do Direito e sua verdadeira tradição.

Em seguida, analisar-se-á o texto *O problema do tempo decisório nas políticas públicas, 2010*, escrito por Renato Casagrande e Roberto Freitas Filho; e, em seguida, o primeiro capítulo da obra *Intervenção Judicial nos Contratos e Aplicação dos Princípios e das Cláusulas Gerais: o caso do leasing, 2009*.

Em *O problema do tempo decisório nas políticas públicas, 2010*, Renato Casagrande e Roberto Freitas Filho tratam da problemática do controle do Poder Judiciário sobre a atividade parlamentar, por meio das perspectivas sócio jurídica e política; com destaque para análise do “tempo na questão da legiferação e seus impactos no dogma da separação os poderes” (Filho R. C., 2010, p. 21). Conforme explicitam os autores, há uma invasão de competências, na qual o Poder Judiciário adentra a competência do Poder Legislativo, acabando por legislar, ao “determinar conteúdos normativos concretos aos princípios e direitos genericamente enunciados na Constituição” (Filho R. C., 2010, p. 21).

Em seguida, será realizada uma leitura do texto primeiro capítulo da obra de Freitas Filho, *Intervenção Judicial nos Contratos e Aplicação dos Princípios e das Cláusulas Gerais: o caso do leasing*, 2009. O autor admite que “a crise do direito, em sua dimensão normativa, produziu como resposta a modificação da forma segundo a qual as leis são positivadas, leis que se expressam cada vez mais em uma forma textual aberta (princípio, e cláusulas gerais)” (Filho, 2009, p.31).

3.1 Direito, Tradição e Política.

Em *Direito, Tradição e Política*, 2013, Luiz Eduardo Abreu trata acerca da relação entre direito e política, a qual, segundo o teórico, fornece representações sobre a identidade social do brasileiro. O autor entende o direito brasileiro “como portador de uma certa maneira de ver o mundo, que à distância do vulgo, do universo cotidiano, representa algo, nos diz alguma coisa sobre nós mesmos” (Abreu, 2013, p. 2). No entanto, logo no início de seu discurso, Abreu chama atenção do leitor para o fato de que sua análise da realidade social concentra-se “naquilo que elas têm de ficção, ilusão, desvairo” (Abreu, 2013, p. 1); e não reafirma as categorias tradicionalmente estabelecidas pelo próprio direito.

Luiz Eduardo Abreu inicia seu discurso afirmando que o ensino jurídico na contemporaneidade repete a ideia de que o direito brasileiro tem suas origens no direito romano. Esta ideia tem sido disseminada pelos manuais de direito, em diferentes áreas, que dedicam um capítulo introdutório (às vezes nenhum capítulo, mas alguns parágrafos), no qual, em poucas páginas, realizam uma breve narrativa histórica, representando, assim, o sentimento de pertencimento a uma determinada tradição jurídica, a romana. Nesse sentido, Abreu critica a maneira pela qual os juristas têm concebido a história do direito ocidental.

“Os manuais de direito em todas as áreas (e podemos incluir aqui monografias de graduação, algumas das dissertações de mestrado, das teses de doutorado, dos artigos e de outros trabalhos) vão, na sua maioria, gastar alguns parágrafos com narrativas semelhantes — nas quais se repetem as características acima: a estória é sempre abrangente e

começa, de preferência, pelo início dos tempos; os períodos têm pouca relação com a historiografia tradicional; para cada época, atribuem-se umas poucas linhas; a civilização evolui, e nós somos seu ápice; as principais fontes são outros manuais; os eventos são descontextualizados e lhes são dados sentidos contemporâneos; por fim, o sentido de um instrumento ou instituto não está visível no momento original, mas o caminho desde então revela seus aspectos centrais (para um exame das narrativas históricas ruins dos bons manuais de direito processual civil, vide Cardoso, 2008)” (Abreu, 2013, p. 9).

Dessa forma, Abreu parte para a análise da visão de mundo propiciada pelo direito. Para o autor, ela possui dois sentidos:

“como um saber especializado necessário numa sociedade de massas como a nossa; e como categorias que constroem a maneira como um grupo social percebe o lugar do saber que ele professa no mundo social que o cerca — e consequentemente o seu próprio papel” (Abreu, 2013, pp. 9-10).

Dessa maneira, Abreu afirma que o direito propicia dois sentidos para a visão de mundo. O primeiro sentido seria um saber especializado necessário à sociedade; outro sentido seria o de formação de categorias. A partir deste último sentido, Abreu examina o direito com vistas em duas características principais da técnica jurídica: “a busca das essências e das classificações” (Abreu, 2013, p. 10).

Para o autor, a busca das essências pelos operadores do direito centra-se na reflexão acerca de um instrumento ou instituto; reflexão esta fundamentada na ontologia. Dessa forma, eles concordarão com a existência dos princípios do direito, mas discordarão quanto a sua essência; o que se deve ao fato de que o alcance da definição (de um instituto ou de um instrumento) desencadeará diferentes conclusões, e, portanto, diferentes decisões judiciais. E nessa tarefa de se buscar a essência, conforme explica Abreu, o uso da narrativa histórica consiste numa técnica de argumentação dogmática:

“O seu percurso consiste, tipicamente, em recorrer a exemplos retirados dos mais diferentes lugares e momentos (citações da bíblia, pirâmides do Egito, “fatos” do antigo império romano, implicações do descobrimento e do colonialismo, sociedades primitivas etc.) (Bevilaqua, 2008), de forma a estabelecer aquilo

que é a “natureza” de algo — e, com isso, justificar uma decisão” (Abreu, 2013, p. 11).

Abreu conclui que essa utilização da essência como o significado adequado de interpretação da norma jurídica significa dizer que, apesar das regras serem feitas pelos homens (Poder Legislativo), não são os operadores do direito quem as interpretam, pois estas são dotadas de uma essência própria, prevista nos manuais de direito (dos doutrinadores). Prova disso estaria nas más traçadas linhas das narrativas históricas; como se essas dissessem ao leitor: “sempre foi assim, até mesmo na antiguidade; ou melhor, atualmente funciona dessa forma, porque antes funcionava daquela”; numa falsa perspectiva de linearidade.

Em seguida, Abreu afirma que a utilização da essência como descrita acima é uma ilusão social; na medida em que, na realidade, o que ocorre é exatamente o oposto.

“Concretamente, os homens fazem o tempo todo o que os manuais lhes proíbem: adaptam-se às novas realidades e à introdução de novos princípios e regras na legislação; têm divergências que, depois de “pacificadas”, vão se desdobrar em outras; inventam e criam. A narrativa dos manuais representa, portanto, um ato de vontade coletiva: apagar das categorias do direito o ato criativo dos homens; afirmar que o direito é o resultado de si mesmo” (Abreu, 2013, p. 11).

Luíz Eduardo Abreu explica que o recurso à história do direito não é necessário, tendo em vista que a essência é imutável e eterna, e levanta a questão: “por que é preciso afirmar, ainda assim, que as narrativas que eles constroem sejam “históricas”?” (Abreu, 2013, pp. 11-12). O autor responde a essa indagação levando em consideração outra necessidade dos juristas. Para ele, além de afirmarem a impossibilidade dos homens em interpretar a norma, diante de sua essência permanente; há a necessidade desses dogmáticos de pertencimento e afirmação constante da tradição ocidental.

“Neste percurso tudo se inverte: como se pertencer à tradição ocidental fosse, para os manuais contemporâneos, uma dívida cuja contrapartida é, justamente, a invocação constante da sua autoridade, como se deixar de mencioná-la, significasse, nalguma medida, esquecê-la; obsessão que beira um

esconjuro: é preciso evitar que a hipótese contrária seja sequer imaginável” (Abreu, 2013, p. 12).

Quanto à segunda característica principal da técnica jurídica – a busca das classificações – Abreu postula que, em direito, o sistema de conceitos funciona por meio da relação entre gênero e espécie (Abreu, 2013), do qual decorre parte dos problemas do direito, que podem assumir duas diferentes possibilidades.

O autor explica que, inicialmente, cabe ao advogado convencer o julgador a classificar o fato ou ato jurídico segundo determinado gênero; enquanto à parte adversa cabe o convencimento numa categoria distinta, ou simplesmente, a impossibilidade de enquadramento naquela. A mesma tarefa incumbe ao julgador, que, em sua decisão, também classificará o evento numa ou outra categoria. Abreu exemplifica essa sistemática com a diferença, no âmbito do direito penal, entre dolo eventual e culpa consciente:

“Num caso como esse, o ‘dolo eventual’ e a ‘culpa consciente’ referem-se, aparentemente, às possibilidades “factuais” anteriores ao ato; pretendem “descrever um complexo processo psicológico em que se misturam elementos intelectivos e volitivos, conscientes e inconscientes, impossíveis de serem reduzidos a um conceito unitário (...)” (Bitencourt, 2007, p. 272). No entanto, seu uso é outro: as categorias servem para classificar a atitude do condutor, agora réu, depois do acidente. Mas — convém enfatizar — uma vez que ele seja posto numa das duas categorias, as conseqüências são previsíveis; e a diferença entre elas, brutal: basta “medir” a quantidade da pena possível num e noutro caso. Assim, se o resultado para o acusado é indiferente, se ele, sabendo dos eventos e das conseqüências, faria tudo de novo, então se trata de ‘dolo eventual’; se, ao contrário, o resultado lhe é importante, de forma que, sabendo das conseqüências, ele não teria dirigido em alta velocidade, então é ‘culpa consciente’”. (Abreu, 2013, p. 13)

Quanto à segunda possibilidade, Abreu ressalta sua proximidade com a primeira e explica que aquela trata da discussão dos critérios de enquadramento ou não de um fato a uma determinada classe. Conforme Abreu, essa discussão “se desenrola como se os critérios fossem decorrentes do fato, quando, na realidade, eles pertencem ao olhar” (Abreu, 2013, p. 14). Isto é, os critérios de cada categoria são encontrados a partir da atribuição de

valores; apesar de a técnica jurídica insistir, sem sucesso, em neutralizar o valor.

“A técnica jurídica transforma-os em categorias que não pretendem incorporar uma particularidade, um modo de ser, uma identidade coletiva; mas, “descrever” o “fato” nas suas diversas possibilidades. Isso não quer dizer que a técnica neutralize o valor; essa é, por certo, uma luta inglória, porque não há escapatória ao que nos ensina a história: somos todos, nalguma medida, o resultado do nosso tempo”. (Abreu, 2013, p. 14)

Dessa maneira, Abreu identifica a instalação de uma tensão entre a tentativa de neutralização dos valores e o pertencimento inevitável, o que resulta na construção de um mecanismo sociológico (Abreu, 2013), no qual a sociedade passa a impregnar as instituições com sua identidade e valores. No entanto, segundo o autor, fundado nas ideias de Visconde de Uruguai, a técnica jurídica exigiria o distanciamento entre direito e realidade, em virtude de seu faccionalismo e parcialidades.

“Para adaptar-se ao que o saber jurídico entende como sua situação objetiva, foi preciso dar um passo adiante na direção sugerida pelo Visconde: era contra a sociedade que o direito precisaria construir-se, de modo a frear-lhe os ímpetos, dominar sua natureza, enquadrar o seu faccionalismo. Somente na distância seria possível realizar, mesmo que precariamente, esse objetivo; era preciso, portanto, criar, entre a realidade social e a práxis jurídica, um estranhamento necessário, uma ruptura estratégica. Tarefa tão mais necessária e urgente quanto maior a proximidade daquilo que era preciso combater”. (Abreu, 2013, p. 18)

A maneira de composição da forma de Estado do Brasil deu-se a partir de uma força centrípeta: havia um único poder central e soberano; mas, com a instituição do federalismo, o poder teve que se desconcentrar para os demais entes da federação. De acordo com Visconde, em virtude disso, a política deveria buscar um distanciamento da realidade; isso porque o poder central sempre foi utilizado como meio de exercício de interesses privados. Diante disso, para Abreu, o direito brasileiro (assim como em todos os países) relaciona-se com a política, sendo que o discurso de Visconde ainda vige, só

que agora voltado para o direito, no sentido de que os julgadores precisam atuar à distância da sociedade e contra ela, para que seja exercida a justiça.

Já tradição jurídica estrangeira, por sua vez, afirma-se como representação da realidade e reflexo de sua sociedade. A doutrina brasileira busca um pertencimento infundado a essa tradição, por meio de adaptação a ela, entendendo o direito brasileiro como parte de uma tradição jurídica universal. No entanto, conforme Abreu, o direito brasileiro pertence a uma tradição local, a qual determina que o direito precisar reagir contra a maneira de política, atuando à distância da sociedade.

Já no plano da práxis jurídica, de acordo com o autor é estreita a relação entre o direito e o mundo social. Como exemplo, Abreu toma a postura do juiz, que, ciente dessa relação, se propõe a um distanciamento da sociabilidade. No entanto, Abreu afirma que não se trata da pura e simples negativa da sociabilidade, da identidade social e dos valores pelos juristas e pela dogmática; mas sim que

“a negação que a doutrina faz da nossa identidade, dos nossos valores sociais, é parte de uma “conversa” que se constrói pelo distanciamento e pelo estranhamento (retiro a idéia de Ricoeur, 1986); uma conversa que pode se desenrolar de maneiras diferentes, conforme o lugar de onde se “fala” e dos instrumentos que se usa para dizer (doutrina, a atitude do juiz, a aplicação da lei etc)” (Abreu, 2013, p. 21).

Portanto, ao reconhecer o direito brasileiro como uma tradição a sua própria maneira e não como uma importação de uma tradição jurídica antiga; Abreu identifica a negação, a ruptura e o estranhamento como pontos centrais do direito pátrio (Abreu, 2013). Em virtude disso, o autor entende como fundamental a atenção à práxis jurídica, e não apenas ao formalismo jurídico.

Diante do exposto, identifica-se no direito brasileiro um reflexo da crise paradigmática do direito, tendo em vista que há uma tensão entre as necessidades emanadas da própria prática jurídica e as afirmações de pertencimento a uma determinada tradição jurídica. Portanto, identifica-se aqui um dos aspectos da crise paradigmática, já que a ignorância pelos próprios

juristas da sua tradição local acaba por tornar o direito presente insuficiente para atender às suas demandas; assim como previsto por Thomas Kuhn, o qual afirmara que a crise no interior de uma ciência revela-se principalmente no fato de não mais ser eficiente em dar respostas às questões que por ela deveriam ser resolvidas.

3.2. O problema do tempo decisório nas políticas públicas.

Os teóricos Casagrande e Freitas Filho postulam que o Poder Executivo funciona em um tempo diverso do qual funciona os demais poderes, o que faz com que Poder Executivo e Poder Judiciário legislem. Dessa maneira, esses dois últimos poderes invadem a competência constitucional própria do Poder Legislativo, cuja atuação é lenta no processo de criação das leis.

O texto da Constituição Federal de 1988 compõe-se por normas programáticas, “diretrizes para a realização de políticas públicas” (Filho R. C., 2010, p. 22); o que, de acordo com Casagrande e Freitas Filho, acarretou na constante judicialização política, nos últimos tempos. Também se relaciona com o referido fenômeno a

“história de negligência em relação à implementação dos direitos sociais, associada à demanda reprimida pela sua efetivação durante o período de exceção que criou a situação de uma massa cidadã a exigir políticas e serviços públicos, ao mesmo tempo em que o Estado não era capaz de dar respostas satisfatórias” (Filho R. C., 2010, p. 22).

Conforme expõem os autores as políticas públicas são o principal instrumento para concretização dos direitos sociais e demais direitos fundamentais. Eles afirmam que a questão principal acerca das políticas públicas constitucionais é

“a alocação equânime dos resultados do esforço coletivo de produção de riqueza e o acesso aos bens culturais, simbólicos e da estrutura básica da sociedade, que permitem o exercício das condições de dignidade da pessoa humana” (Filho R. C., 2010, p. 22).

Os bens objeto da referida alocação equânime constituem, segundo os autores, bens em sua maioria indivisíveis, de gozo coletivo, relacionados com a justiça distributiva. Casagrande e Freitas Filho afirmam que a distribuição desses bens, por meio das políticas públicas, enfrenta dificuldades, justamente pela sua natureza de bem compartilhável por toda coletividade. A fim de exemplificarem essa problemática, os autores se utilizam do artigo 225 da Carta Magna.

“Quando se diz que *todos* têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e ao mesmo tempo o dever de prover e manter o equilíbrio ecológico é de todos (Poder Público e coletividade), aparentemente há uma confusão (no sentido técnico do termo) das posições de “credor” e “devedor”, o que no limite inviabilizaria a dedução de pretensão. Uma política pública que tenha por objetivo regular o exercício da propriedade privada em consonância ao direito de todos ao meio ambiente equilibrado tem de lidar com os limites da apropriação individual dos recursos ambientais, tanto em termos econômicos quanto em termos de fruição pessoal, considerando variada gama de princípios, regras e valores, tendo em vista uma boa e digna qualidade de vida e com o compromisso intergeracional” (Filho R. C., 2010, p. 22).

Casagrande e Freitas Filho estabelecem a primeira distinção entre os poderes. De acordo com os teóricos, o Poder Judiciário funciona, em regra, em escala individual, na medida em que as decisões são direcionadas aos problemas de um indivíduo; enquanto Legislativo e Executivo atuam segundo uma lógica coletiva. No entanto, eles alertam para o fato de que as decisões do Poder Judiciário que abrangem as políticas públicas têm impacto sobre toda coletividade, uma vez que os recursos que custeiam a execução de tais decisões são coletivos.

Diante da complexidade econômica em se concretizar as determinações constitucionais sobre direitos sociais, os autores explicam que o pressuposto para a atividade de legislar — tendo em vista a alocação equânime de bens coletivos — é o estabelecimento de critérios de distribuição, isto é, “quem deve fazer o quê para que alguém tenha acesso ao recurso” (Filho R. C., 2010, p. 23). Entretanto, conforme explicam os autores, as transformações econômicas e tecnológicas ensejam um descompasso entre governabilidade e

legiferação, o que eleva a complexidade da tarefa de dar concretude às normas programáticas constitucionais.

Casagrande e Freitas Filho admitem que a eficácia da implementação de políticas públicas possui limites materiais e temporais, tendo em vista os recursos estatais disponíveis para tanto, nos termos do art. 2º do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966. Para os autores, nessa disposição, está presente a ideia de que há “normas que devem estabelecer diretrizes para a atuação estatal, mais do que garantir os direitos sociais como direitos subjetivos” (Filho R. C., 2010, p. 24).

Dessa maneira, afirmam os teóricos que o contexto no qual se inserem os direitos sociais é o da globalização. Casagrande e Freitas Filho entendem como conceito de globalização “a intensificação do processo de internacionalização das economias capitalistas” (Filho R. C., 2010, p. 26). E é nesse contexto de economia globalizada, que os teóricos identificam uma crescente dificuldade de concretização dos objetivos constitucionais, na medida em que “o modelo de produção é, por essência, concentrador” (Filho R. C., 2010, p. 26)p.26. Nesse sentido, discorrem os autores:

“As mudanças econômicas e sociais ocorridas nos últimos vinte anos decorrentes da globalização trouxeram o agravamento da exclusão social e aumentaram as desigualdades de oportunidades de acesso aos bens materiais, culturais e simbólicos necessários ao exercício digno da cidadania” (Filho R. C., 2010, p. 25).

Após realizarem uma descrição do contexto da globalização, no qual “o conceito de soberania adstrito aos limites geopolíticos do Estado é insuficiente para dar conta de explicar o fenômeno jurídico e operar um sistema de resolução de conflitos insertos no mercado globalizado” (Filho R. C., 2010, p. 27), os autores expõem o quão árdua é a tarefa de governabilidade e de implementação de políticas públicas no contexto globalizado, principalmente com relação à variável do tempo.

O conceito de tempo é visto pelos autores sob a perspectiva social e não cronológica. Casagrande e Freitas Filho aderem ao conceito sócio-

cultural de François Ost, para quem “o tempo é radicalmente cultural, construído coletivamente e essencialmente historicizado” (Filho R. C., 2010, p. 28). Nesse sentido exemplificam os primeiros

“A noção de tempo é, portanto, social e não propriamente cronológica. Isto é visível, por exemplo, em relação à produção fordista, que forjava o tempo como aceleração do trabalho associada ao dinheiro com aumento de pagamento. Já o stalinismo acelerava o tempo por um motivo ideológico” (Filho R. C., 2010, p. 28).

Conforme explicam Casagrande e Freitas Filho, a variável tempo é elemento constitutivo da ideia de globalização, tanto na perspectiva social quanto na perspectiva social.

Com relação à perspectiva social, os atores explicam que a globalização intensifica mundialmente as relações sociais “de tal forma que acontecimentos locais são conformados por eventos que ocorrem a muitas milhas de distancia e vice-versa, revelando a ideia de imediatividade” (Filho R. C., 2010, p. 28).

Sob o ponto de vista econômico, “com a globalização, pela primeira vez na história surgiu um mercado de capitais unificado funcionando em tempo real” (Filho R. C., 2010, p. 29). Isso se deve ao fato de as transações econômicas realizarem-se em maior velocidade; aumentando, conseqüentemente, a lucratividade. “A capacidade de executar uma infinidade de transações em tempo reduzido, implementando circularidade ao trânsito do capital, é o que caracteriza o sistema” (Filho R. C., 2010, p. 29).

Diante do contexto da globalização e suas conseqüências sociais e econômicas, especialmente no que diz respeito à sua capacidade de influência sobre o tempo, Casagrande e Freitas Filho trazem a hipótese de que “o imediatismo do tempo econômico acaba por se estabelecer como referência em outros campos da experiência humana” (Filho R. C., 2010, p. 29), mas não em todos.

Os autores, então, estabelecem uma distinção entre tempo do direito (tempo jurídico) e o tempo da economia (tempo econômico). Eles postulam que o tempo jurídico é o tempo do ontem e o tempo do amanhã, ao tomarem o direito no momento da legislação; uma vez que as discussões parlamentares são lentas, assim como todo o processo legislativo. Para os autores, “isso decorre do fato de que as normas devem programar para o futuro, o que torna a confecção de leis um processo de especulação sobre os resultados e impactos futuros da norma na realidade fática” (Filho R. C., 2010, p. 30).

A dinâmica que envolve a economia é diferente. A economia, segundo os autores, trabalha com o princípio da liberdade iniciativa; e, por isso, as regras da economia devem viabilizar a adaptação aos vieses dos contextos competitivos. Assim, os autores identificam o tempo econômico como o tempo do hoje.

Realizadas as distinções entre o tempo jurídico e o tempo econômico, os autores esclarecem que as demandas da sociedade pela atuação do governo, tendo em vista a resolução de problemas normativos, ocorrem conforme o tempo econômico, “pois a velocidade dos fatos políticos e econômicos torna a expectativa de exercício do governo imediata” (Filho R. C., 2010, p. 30). Em virtude disso, a implementação de políticas públicas pelo Poder Executivo pode ser dada por duas formas: por meio da submissão de projetos de lei ao processo legislativo ordinário – o qual funciona segundo a dinâmica temporal jurídica – ou do processo legislativo abreviado – as medidas provisórias.

Nos dois caminhos há pontos negativos. De acordo com Casagrande e Freitas Filho, ao utilizar o processo legislativo ordinário, o Poder Executivo encontra obstáculos na sua lentidão, correndo o “risco de não conseguir responder a tempo às demandas da lógica de mercado” (Filho R. C., 2010, p. 30).

Já o uso das medidas provisórias – que podem ser expedidas pelo Presidente da República, sem a participação do Poder Legislativo, desde que preenchidos os requisitos de relevância e urgência – os autores expõem que “resolve o problema da dimensão da governabilidade econômica do governo, mas gera um déficit de legitimidade democrática na medida em que legisla sem amplo debate e enfraquece o papel do Legislativo” (Filho R. C., 2010, p. 30).

A utilização de maneira desordenada das medidas provisórias pelo Poder Executivo tem sido objeto de duras críticas tanto pelo Poder Legislativo quanto pelo Poder Judiciário, em virtude da invasão de competências. Nessa esteira, Casagrande e Freitas Filho chamam atenção para a seguinte questão: “em que medida é admissível que o judiciário determine os limites da governabilidade?” (Filho R. C., 2010, p. 30).

Para os autores, existe certo exagero da atuação jurisdicional para dar efetividade aos direitos sociais, com o alargamento da intervenção do Poder Judiciário na implementação das políticas públicas. No entanto, eles entendem que essa atuação, assim como no caso da ligeferação do Poder Executivo, é problemática, em virtude de dois fatores.

O primeiro é que a decisão do juiz, em regra, trata de conflitos individuais. No entanto, muitos desses conflitos são reflexos de uma demanda de toda a sociedade ou de grupos que detém os mesmos direitos. O segundo fator é que a “legiferação por atalho impede o processo legislativo e a discussão parlamentar ampla, cujo tempo é longo” (Filho R. C., 2010, p. 31).

Dessa forma, os autores concluem que Executivo, Legislativo e Judiciário funcionam em lógicas assíncronas, o que pode ser nitidamente percebido na divergência entre o princípio da legalidade que lastreia os dogmas do processo legislativo e do princípio da eficiência no qual se fundamentam as políticas públicas.

A assincronia de lógicas é prejudicial à consecução material dos objetivos constitucionais; pois, conforme explicam Casagrande e Freitas Filho, a “consecução eficiente de políticas públicas que materializam as previsões constitucionais sobre direitos sociais depende de uma mínima sincronia entre os Poderes, tendo em vista a complexidade desse objetivo” (Filho R. C., 2010, p. 32).

Os teóricos defendem que as normas que determinam a implantação das políticas públicas devem ser objeto de debate parlamentar, levando em consideração a visão de mundo originada das discussões entre governo e oposição. O papel do Poder Executivo é o de executar as políticas públicas segundo os limites das leis e diretrizes orçamentárias definidas pelo Legislativo.

Todavia, os autores chamam atenção para o fato de que isso não acontece, já que a atividade legislativa não alcança o tempo da economia e “perde espaço nessa função específica para o Executivo e, menos intensamente, para o Judiciário, quando esse decide em sede de liminar ou antecipação de tutela” (Filho R. C., 2010, p. 33). Dessa maneira, a assincronia de lógicas, conforme Casagrande e Freitas Filho, produz o risco de esvaziamento das funções do Poder Legislativo.

Quanto ao Poder Judiciário, explicam os autores que a problemática que o envolve centra-se nas decisões judiciais, cujo conteúdo remonta à concretização de políticas públicas, tanto em conflitos individuais e coletivos. Ao fazê-lo, em geral por meio liminares, o Poder Judiciário adentra a competência do Poder Legislativo, acabando por legislar, ao “determinar conteúdos normativos concretos aos princípios e direitos genericamente enunciados na Constituição” (Filho R. C., 2010, p. 21).

Diante do exposto, percebe-se que a ideia de que o direito confunde-se e restringe-se ao direito escrito e codificado está ultrapassada e insuficiente em face das necessidades sociais. Prova disso seria o fato de o Poder Judiciário acabar por invadir a competência do Poder Legislativo para

trazer a efetividade dos direitos sociais, o que, conforme Casagrande e Freitas Filho, é consequência da assincronia entre o tempo legiferante e as demandas da sociedade, refletindo assim a crise do paradigma monista do direito.

A esse respeito, Freitas Filho realiza importante estudo em *Intervenção Judicial nos Contratos e Aplicação dos Princípios e das Cláusulas Gerais: o caso do leasing, 2009*. O autor estabelece uma relação entre a mudança no modelo de legislação com a crise no direito contemporâneo, que propicia o fenômeno de transição do modelo normativo casuístico para o modelo de normas abertas.

3.3 Mudança no modelo de legislação

Em *Intervenção Judicial nos Contratos e Aplicação dos Princípios e das Cláusulas Gerais: o caso do leasing, 2009*, Roberto Freitas Filho propõe que a técnica legislativa no Brasil sofreu mudanças, passando a “privilegiar certo modelo de normas que permite a aplicação a situações que se modificam de acordo com a dinâmica de uma sociedade complexa e cuja forma de expressão das relações jurídicas é variada” (Filho R. F., 2009, p. 19); assunto que tem sido objeto de exaustiva produção teórica.

Freitas Filho explica que houve uma transição do modelo de normas: de normas casuísticas para normas denominadas como cláusulas gerais. No entanto, o autor chama atenção para dificuldade de se ter como verdadeira tal afirmação, uma vez que a sua comprovação exigiria um trabalho árduo de quantificação e qualificação das leis; mas reconhece a importância da temática na doutrina do direito, a qual o autor define como o discurso acerca do direito.

Segundo Freitas Filho, dar ao direito um tratamento prescritivo pode ser considerado como uma forma de se fazer direito; e nessa esteira, há um crescente interesse na análise de um modelo de leis identificado pela doutrina como semanticamente mais aberto, em relação ao um modelo mais fechado, ou seja, mais preciso; o denominado “modelo casuístico” (Filho R. F., 2009, p. 20).

Feitas essas considerações, Freitas Filho encarrega-se de expor o porquê da crescente necessidade de produção de normas abertas, menos precisas. Para o autor, o momento atual corresponde a uma mudança de paradigmas no direito brasileiro, o que resulta em uma:

“[...] mudança do padrão normativo de normas semanticamente mais precisas e menos vagas – as quais chamo de normas fechadas – a normas semanticamente menos precisas e mais vagas – as quais chamo de normas abertas. Estas têm como característica principal o fato de serem constituídas de um tipo de palavra que, na teoria moral de Richard Hare é denominada palavra de valor”. (Filho, 2009, p. 20)

Freitas Filho explica qual a função de uma palavra de valor: “em uma determinada construção argumentativa ou textual é de avaliação de um determinado fato ou conduta, em oposição a uma outra função denominada descritiva” (Filho R. F., 2009, p. 20).

Conforme Freitas Filho, a mudança do (Kuhn, 2009) padrão normativo é consequência da crise no direito, em virtude da incapacidade do direito em adaptar-se com a nova realidade da sociedade brasileira. Segundo ele, a sociedade brasileira sofreu mudanças radicais no século XX, no entanto, o direito não as acompanhou:

“Em decorrência da mudança do perfil de distribuição social brasileiro, surgiram vários conflitos de natureza coletivizada, acompanhados de consequentes demandas que foram apresentadas ao Judiciário. Questões de ocupação de espaços periféricos nas grandes cidades; acesso à saúde, educação, moradia; questões relativas à segurança pública; direitos dos consumidores são apenas alguns exemplos dos conflitos que se instauram na sociedade complexa atual”(Filho, 2009, p. 21).

O autor explica que a crise manifesta-se “na forma da incapacidade do direito de adaptação às novas condições de produção e aplicação das normas (Filho R. F., 2009, p. 20)”. Essa crise, de acordo com Freitas Filho, é verificada em dois momentos diferentes: “na formação do ator jurídico e na sua atuação prática como profissional” (Filho, 2009, p. 21); nos quais está presente uma determinada cultura jurídica do ator jurídico, consistente num “conjunto de práticas, valores, procedimentos, concepções

condicionantes culturas e históricas, que compõem o seu ideário [...]” (Filho, 2009, p. 21).

De acordo com Freitas Filho, didaticamente, é possível estabelecer duas concepções acerca da cultura jurídica, por meio da visão lógica-formal e da visão liberal. Segundo o teórico, a primeira tem como fundamento o normativismo lógico liberal e baseia-se nos princípios da ideologia liberal. A segunda atribui ao direito o caráter científico, por meio da redução do estudo jurídico ao seu aspecto normativo, dissociado de disciplinas como Economia, Filosofia e Sociologia. “A característica básica é a predominância do estudo do direito positivo, sendo o direito válido apenas o direito estatal, o que redundava na noção de que o direito é uno e monolítico” (Filho, 2009, p. 22).

Para Freitas Filho, o entendimento de que ao operador do direito somente incumbe a tarefa de subsunção dos fatos a normas e, ainda, a disseminação de interpretações equivocadas a respeito da Teoria Pura do Direito, difundidas nas faculdades de direito, fazem com que o discurso sobre a atuação do jurista se torne uma problemática.

O autor critica a visão da academia acerca da ideia kelseniana, pois, segundo ele, Kelsen jamais disse que a aplicação das normas estivesse dissociada da axiologia; não obstante, as faculdades de direito reproduzem a ideia de que a aplicação da lei deve ser feita sem a consideração de valores. Para Freitas Filho, Kelsen entendia o contrário: “como o fato de aplicação das normas é ato que depende de valoração, partindo da premissa de que a ciência deve estar imune aos valores, a aplicação das normas não é matéria de investigação científica” (Filho, 2009, p. 22). Freitas Filho ainda expõe que:

“Assim, embora Kelsen nunca tenha dito que o ato de aplicar o direito não pode ser realizado com a consideração dos valores, parece que a apropriação generalizada entre nós é esta. E mais, embora a visão exegeta da aplicação das normas seja em certa medida antiética a Kelsen, ou melhor, sejam teorias com finalidades e funções diferentes, a cultura brasileira adotou durante longo período uma prática jurídica que se estriba num

ambíguo e equivocado discurso da neutralidade kelseniana” (Filho, 2009, p. 23).

Freitas Filho explica que, junto à cultura jurídica de formação do ator jurídico, existe a cultura jurídica do profissional do direito, a cultura da prática jurídica. Em seguida, o autor identifica no modelo de cultura jurídica a conceituação de direito, por esta concebido

“como um sistema de normas feito e pensado para resolução de problemas em uma sociedade na qual, do ponto de vista das partes envolvidas, os conflitos fosse resultantes de divergências entre indivíduos mais ou menos padronizados e, do ponto de vista do conteúdo, versassem sobre questões contratuais e patrimoniais próprias do direito privado e, por outro lado, no direito público, do indivíduo contra intervenções injustas e arbitrárias do Estado em sua esfera” (Filho, 2009, p. 24).

Todavia, o autor alerta para o fato de que esse modelo de cultura jurídica e de conceito de direito não se demonstram suficientes para atender “às demandas da sociedade, a partir da segunda metade do século vinte, dadas as alterações na conformação do Estado e dos conflitos levados ao Poder Judiciário frente à auto-compreensão de seu papel social e teórico-funcional” (Filho, 2009, p. 24), o que resulta numa crise.

Freitas Filho expõe que a ideia de crise no direito tem sido analisada em diversos estudos críticos “ocupados em apontar que algo está mudando de forma importante em relação ao paradigma teórico do direito” (Filho, 2009, p. 24).

Como exemplo desses estudos, pode-se citar o autor Antonio Carlos Wolkmer, em *Pluralismo Jurídico: Fundamentos de uma nova cultura no Direito, 2001*; que faz considerações acerca da crise do direito.

Assumindo a ideia de mudança na técnica legislativa, com a conseqüente predominância do modelo de normas abertas no ordenamento brasileiro, Freitas Filho se propõe a analisar as diferenças entre a aplicação de uma norma aberta e a aplicação de uma norma fechada; tendo como

pressuposto que “a construção da decisão na qual se aplicam normas abertas é diferente daquela na qual se aplicam normas casuísticas” (Filho, 2009, p. 28).

De acordo com Freitas Filho, quaisquer decisões fundam-se num procedimento de dedução, por isso, esta não é a diferença na aplicação das normas. Para ele, a diferença na aplicação das normas abertas reside na ideia de que o sentido descritivo da norma não é previamente estabelecido, cabendo ao aplicador a especificação dos elementos compositores desta, no momento da decisão. Freitas Filho entende, portanto, que

“[...] a crise do direito, em sua dimensão normativa, produziu como resposta a modificação da forma segundo a qual as leis são positivadas, leis que se expressam cada vez mais em uma forma textual aberta (princípios, e cláusulas gerais)” (Filho, 2009, p. 31).

Dessa maneira, entende-se que a crise do paradigma do direito também repercute na dimensão normativa, a qual as próprias leis positivadas abrem espaço para o aplicador do direito realizar a determinação dos elementos compositores na norma, no caso em concreto.

Cap. 4 Reflexos da crise do direito e a projeto do Pluralismo Jurídico

Ao longo do presente trabalho, admitiu-se que o paradigma do direito da cultura positivista é o direito escrito e formalizado, forjado a partir de proposições legais abstratas, impessoais e coercitivas, formuladas pelo monopólio de um poder público centralizado, interpretadas e aplicadas por órgãos estatais (Wolkmer, 2001). Trata-se do paradigma positivista do direito. Esclarece Roberto Lyra Filho, em *O Que é Direito, 2001*, que os adeptos ao positivismo “conservam a tendência a enxergar todo o Direito na ordem social estabelecida pela classe e grupo dominantes, diretamente (com suas normas costumeiras) ou através das leis do Estado” (Lyra Filho, 2001).

Diante disso, Wolkmer afirma que o referido paradigma funcionou por muito tempo, no entanto houve um suposto declínio do paradigma da legalidade na teoria do direito. Essa crise coincide, conforme explica Wolkmer, com a crise do capitalismo monopolista, com a conseqüente globalização, bem como o colapso da cultura liberal individualista (Wolkmer, 2001).

Aqui também se admitiu a existência dessa crise do paradigma do direito, refletido no interior do próprio direito oficial, por meio da mudança do modelo de legiferação, tendo em vista o funcionamento do Poder Legislativo e do Poder Judiciário em tempos diferentes; o que faz com que as normas elaboradas sejam cada vez mais abertas. Além da problemática da práxis jurídica brasileira, em virtude de um descompasso entre a afirmação de pertencimento à tradição jurídica pelos doutrinadores do direito e sua verdadeira tradição.

Realizada a análise da crise do paradigma no direito, no âmbito normativo, como uma crise da legalidade estrita, na qual o fracasso técnico revelou-se como cerne da crise em face das crescentes demandas sociais, a seguir será analisado o Pluralismo Jurídico, como processo de transformação rumo a um novo paradigma. Para tanto, realizar-se-á uma leitura do texto de

Antonio Carlos Wolkmer, *Pluralismo Jurídico: Fundamentos de uma nova cultura no Direito*, 2001.

4.1 O projeto do Pluralismo Jurídico

Em face da crise do paradigma da ciência do direito, pautada numa crise do esgotamento jurídico estatal, surgem esforços para o alcance de outro paradigma para o direito, assim como é a proposta de Thomas Kuhn para o funcionamento das revoluções científicas; tendo em vista que o avanço da ciência pressupõe o abandono do paradigma anterior para dar espaço a um novo paradigma científico. Partindo-se dessa ideia, Wolkmer propõe que o pluralismo jurídico seria um novo paradigma do direito. Cumpre-se agora esclarecer, e não esgotar, a referida proposta teórica.

Wolkmer afirma que a crise do modelo normativo estatizante, propicia, gradualmente, amplas possibilidades para o surgimento de orientações paralelas práticas e teóricas do direito; que, segundo o autor, questionam e superam a ideologia monista. Wolkmer conceitua o pluralismo jurídico como:

“a tentativa de buscar outra direção ou outro referencial epistemológico que atenda à modernidade na virada do século XX e nos primórdios do novo milênio, pois os alicerces de fundamentação – tanto das ciências humanas quanto da Teoria geral do Direito – não acompanham as profundas transformações sociais e econômicas por que passam as sociedades políticas pós-industriais e as sociedades de industrialização tardia” (Wolkmer, 2001, p.170).

Wolkmer explica que o Pluralismo Jurídico tem se mostrado presente no interior do próprio direito oficial. Na perspectiva do direito oficial, o autor identifica o pluralismo tanto na produção normativa quanto nas soluções dos conflitos, de forma institucionalizada.

No âmbito da produção normativa institucionalizada, o Pluralismo Jurídico, conforme expõe Wolkmer, manifesta-se pelas Convenções Coletivas de Trabalho e pelas ações coletivas propostas pelos sujeitos coletivos. Já, no

âmbito das soluções de conflitos, o Pluralismo Jurídico manifesta-se na conciliação, mediação, arbitragem e juizados especiais (Wolkmer, 2001).

Ademais, o Pluralismo Jurídico propõe, conforme Wolkmer, a extração da normatividade não mais apenas das fontes representadas pelo processo legislativo e jurisdicional do Estado, mas do reconhecimento do fenômeno jurídico marcado pelas informalidades e ações concretas dos sujeitos coletivos. Nesse sentido, Wolkmer defende a proposição de que

“para superar a crise do modelo jurídico tradicional de descentralização e democratização dos procedimentos, senão ainda maior conscientização, participação e criatividade de sujeitos coletivos no processo de auto-regulação social e na administração da Justiça, são fatores que, bem explorados e estimulados, constituem-se no meio mais adequado para operacionalizar as demandas e equacionar os conflitos coletivos de espaços societários dependentes, quanto para canalizar com eficácia as carências e as aspirações dos novos movimentos sociais” (Wolkmer, 2001, p.308).

Para Wolkmer, o Pluralismo Jurídico aponta para novas fontes para a cultura jurídica independentes da chancela estatal. Apesar de a estrutura legalista do direito buscar minimizar a relevância das manifestações normativas não-estatais, ou seja, aquelas não chanceladas por uma autoridade estatal; o Pluralismo Jurídico propõe, com a finalidade de operacionalizar a referida superação do modelo jurídico tradicional, as seguintes técnicas pluralistas: a resolução de conflitos não institucionalizada, as convenções coletivas de novo tipo e os acordos setoriais de interesse.

Conforme explica Wolkmer, a resolução de conflitos por via não institucionalizada não se confunde com a arbitragem e fundamenta-se na incapacidade funcional dos órgãos do judiciário. O autor explica que tal modalidade de resolução de conflitos consiste numa “instância de jurisdição completamente informalizada e utilizada a serviço tanto dos sujeitos sociais como da coletividade como um todo” (Wolkmer, 2001, p.310). A resolução de conflitos pela via não institucionalizada trata-se de procedimento mais simplificado, uma vez que os conciliadores não são juízes ou advogados. De acordo com Wolkmer

“O critério que deve nortear a conciliação extra oficial é um novo tipo de interpretação emancipatória, norteadada pela legitimidade de novas identidades sociais e firmada na equidade, na na ordenação de justos interesses e na satisfação plena das necessidades fundamentais” (Wolkmer, 2001, p. 310).

Já as convenções coletivas de novo tipo seria a utilização das já existentes tradicionais convenções coletivas de trabalho valendo como lei em todos os campos do direito, “materializando-se através de ações efetivadas junto às instâncias judiciais, oportunizando-se nas inúmeras práticas de conciliação e acordos aí resultantes” (Wolkmer, 2001, p. 317)

Com relação aos acordos setoriais de interesse, Wolkmer explica que estes consistem em acordos sócio-políticos como norma disciplinadora. Nesse sentido, os movimentos sociais e grupos coletivos desenvolvem-se espontaneamente; adquirindo capacidade de organização, criando verdadeiras condições para influenciar e defender objetivos específicos; mantendo-se autônomos com relação ao Estado. “Trata-se de um pluralismo social, na qual há a transição da forma de atuação de cunho representativo para o pluralismo das organizações de interesse” (Wolkmer, 2001, p.318).

Portanto, o Pluralismo Jurídico, de acordo com Wolkmer, aponta para uma transformação do paradigma do direito, revelando-se a partir de duas perspectivas. A primeira perspectiva é a manifestação do Pluralismo Jurídico no interior do próprio direito estatal, tanto no âmbito da produção legislativa quanto no âmbito da produção legislativa. A segunda perspectiva é sua manifestação fora do direito oficial, traduzindo-se num verdadeiro paradigma inovador do direito, na medida em que propõe formas de resolução de conflitos e fontes normativas para além do direito chancelado pelo Estado.

Cap. 5 Considerações Finais

A teoria dos paradigmas formulada por Thomas Kuhn explica o processo pelo qual se dá uma revolução científica. O teórico informa em sua obra que toda revolução científica ocorre por meio de uma crise em seu paradigma, o qual, por não ser mais suficiente para resolução de problemas da área, acaba por dar espaço a um paradigma inovador.

Dessa maneira, percebe-se que, após a estabilização do paradigma de uma ciência normal; no momento em que este paradigma se revela sem efetividade; instala-se a crise como indicativo para a ocorrência da revolução. Por fim, vê-se que levado à tona um novo paradigma mais eficiente em dar as respostas buscadas pela comunidade científica, tem-se um momento de estabilização desse novo paradigma e abandono do antigo paradigma vigente. Tal substituição de paradigmas consiste, conforme explica Kuhn, na característica de não cumulatividade das ciências.

É certo que a teoria dos paradigmas foi elaborada com fundamento na estrutura das revoluções científicas, no âmbito das ciências exatas. Diante disso, existe a discussão a respeito da possibilidade ou não de aplicação da referida teoria às ciências sociais. No decorrer desse estudo, admitiu-se a ideia de possibilidade de aplicação da referida teoria, sem levar em conta os argumentos que vão de encontro a essa posição.

Dessa forma, diante das insuficientes técnicas metodológicas oferecidas pela dogmática do positivismo jurídico, refletidas nos constantes problemas encontrados pelo operador do direito em seu cotidiano - como a insegurança jurídica gerada pelo déficit de argumentação dos julgadores, a posição de legislador ativo do Poder Judiciário, e até mesmo, a emergência de novas propostas alternativas á dogmática jurídica, como o Pluralismo Jurídico - percebe-se um momento de intensa crise no direito.

Diante dessa insuficiência do paradigma positivista do direito – o qual supostamente informa respostas prontas - refletiu-se acerca da aplicação da teoria dos paradigmas no direito. Dessa maneira, identificou-se a correspondência dos três momentos da revolução científica no direito.

No primeiro momento, concebido como momento de constância da “ciência normal”, identificou-se a vigência do paradigma da dogmática jurídica, segundo o positivismo jurídico. No segundo momento, fala-se da crise do paradigma do direito, momento no qual podemos situar a já citada insuficiência do paradigma do direito. Esta crise é percebida por meio de alguns fenômenos jurídicos explicados nos textos discutidos no terceiro capítulo, que são concebidos nesse trabalho como reflexos da crise no direito.

O primeiro desses reflexos pode ser identificado no texto de Abreu o qual identifica uma tensão entre a verdadeira tradição jurídica brasileira, a qual corresponde a uma tradição local, e a ideia de pertencimento a uma tradição jurídica universal, difundida pelos doutrinadores. Este é um aspecto estreitamente relacionado com o paradigma da dogmática jurídica, tendo em vista que, este contrassenso de pertencimento desestabiliza o próprio paradigma do direito.

Para Abreu, os juristas ignoram a ideia de que o direito brasileiro pertence a uma tradição local; e, que diferentemente da tradição estrangeira, o direito brasileiro não serve para representar as realidades sociais, mas tem a necessidade de distanciamentos destas, já que o rompimento com as realidades sociais significa um rompimento com as forças políticas de interesse privado, a fim de que se realize a justiça no caso concreto. Com esta postura adotada pelos juristas, o direito brasileiro permanece voltado para dogmática jurídica insuficiente para o atendimento das demandas sociais, demonstrando assim, a fragilidade no paradigma jurídico.

O segundo texto apresentado informa a problemática do tempo do Poder Legislativo e do Poder Judiciário. Nesse sentido, os autores explicam que o Poder Judiciário precisa, muitas vezes, agir como legislador ativo,

tornando-se verdadeiro criador de políticas públicas. Isso ocorre porque o Poder Legislativo, dotado das formalidades inerentes ao processo legiferante, não consegue alcançar as demandas da sociedade, na formulação das leis. Dessa maneira o Poder Legislativo precisa agir, o que nitidamente viola a separação dos Poderes.

Diante desse quadro, não se busca aqui realizar qualquer juízo de valor acerca dos benefícios ou malefícios desse ativismo judicial, mas sim chamar atenção para o quê tal situação nos fala a respeito da crise do direito. O positivismo jurídico entende o direito como as normas advindas exclusivamente do Estado, como o direito oficializado pelo parlamento, no entanto, quando o Poder Judiciário legisla justamente porque o Poder Legislativo não acompanha as necessidades sociais, resulta daí uma prova de que tal paradigma não funciona, não subsistido a premissa de que o direito oficial consegue solucionar todos os problemas apresentados.

O mesmo raciocínio pode ser usado para o terceiro texto, no qual Freitas Filho afirma que, em virtude da crise paradigmática, as normas produzidas pelo Poder Legislativo estão cada vez mais abertas. Ora, se o Estado ao produzir normas tem abandonado o modelo casuístico de legiferação, adotando o modelo de normas abertas, dando espaço para a interpretação da norma pelo aplicador do direito, é certo que a técnica dedutiva do paradigma positivista do direito não está mais correspondendo às expectativas da sociedade. Dessa maneira, por meio da leitura dos três textos, no capítulo dois, foi possível a identificação de fatores da crise no paradigma do direito.

Kuhn afirma que, numa revolução científica, emergem novos paradigmas a fim de substituírem o atual paradigma em crise, paradigmas alternativos, que, num momento posterior, consistirão no novo paradigma, estabilizando-se como paradigma de uma ciência normal. É nessa perspectiva que foi apresentada a proposta do Pluralismo Jurídico, conforme o referencial teórico produzido por Antonio Carlos Wolkmer. Para o autor, o Pluralismo Jurídico consiste num paradigma alternativo ao paradigma vigente, assim, o

Pluralismo Jurídico surgiria na atualidade como um paradigma alternativo à dogmática positivista, convivendo simultaneamente com esta; mas que depois, virá a substituí-la.

No entanto, o Pluralismo Jurídico não parece se demonstrar apto a substituir por completo o paradigma atual, uma vez que as propostas de solução de conflitos e de normatividade aparentam utilizar os mesmos métodos já presentes no direito positivo brasileiro. As convenções coletivas, por exemplo, já estão positivadas na CLT; as chamadas soluções alternativas de conflitos em muito se assemelham à mediação e à arbitragem também já existentes no direito oficial. Por outro lado, o Pluralismo Jurídico pode ser compreendido como um dos reflexos da crise no paradigma jurídica, uma busca de solução para os problemas não resolvidos pelo positivismo jurídico.

Diante do exposto, é possível identificar o atual momento do direito como um momento de crise em seu paradigma, tendo em vista uma revolução na ciência do direito. No entanto, ainda não é possível a identificação do surgimento de um novo paradigma que seja apto a substituir por completo a dogmática positivista.

CONCLUSÃO

A presente monografia propôs-se a realizar um estudo da teoria dos paradigmas de Thomas Kuhn aplicada à ciência social do direito. Para isso, no primeiro capítulo, deixou-se explícito que a crise no direito pode ser vista a partir de diferentes perspectivas, mas que aqui o objetivo era ter uma visão do direito a partir da crise em seu paradigma. Portanto, nesse estudo, admitiu-se a possibilidade de aplicação da teoria dos paradigmas ao direito, apesar dessa posição não ser unânime na literatura da filosofia jurídica.

Realizada a análise da obra de Thomas Kuhn, no primeiro capítulo, concluiu-se que uma ciência para assim ser concebida exige que sua comunidade compartilhe de modelos metodológicos e técnicas padronizadas de estudo. Nesse sentido, entendeu-se que a ciência normal é aquela que possui paradigmas universalmente aceitos pela comunidade científica.

Ainda no primeiro capítulo, afirmou-se, conforme o referencial teórico de Thomas Kuhn, que os paradigmas de uma ciência não se confundem com suas regras, pelo contrário, são preponderantes a elas. Dessa maneira, concluiu-se que uma revolução científica pressupõe a existência de uma crise no paradigma. Tal crise corresponde ao momento em que o paradigma vigente começa a ter sua eficiência questionada, por não mais responder aos questionamentos científicos.

Nesse contexto de crise, emergem paradigmas alternativos ao paradigma vigente, o qual será substituído por um novo paradigma. Por fim, ao ganhar estabilidade, esse novo paradigma passará a nortear a ciência normal.

Em seguida, no segundo capítulo, demonstrou-se a aplicação da teoria dos paradigmas ao direito, por meio do referencial teórico de Amaral Jr., concluindo-se, portanto, que é possível a citada aplicação, uma vez que os três momentos da revolução científica possui correspondência no âmbito do direito.

Numa breve análise, o primeiro momento corresponde à vigência do paradigma da dogmática jurídica, segundo a visão positivista do direito. O segundo momento corresponde à crise do paradigma do direito, em virtude de sua falta de efetividade em dar respostas aos jurisdicionados; crise esta refletida pela tensão entre as necessidades emanadas da própria prática jurídica e as afirmações de pertencimento a uma determinada tradição jurídica; pela diferença no tempo segundo o qual Poder Legislativo e Judiciário legislam; e; por fim, pela substituição do modelo casuístico de legiferação pelo modelo de normas abertas.

No quarto capítulo, foi apresentada a proposta do Pluralismo Jurídico, o qual é concebido por Antonio Carlos Wolkmer como um paradigma alternativo à dogmática jurídica, que teria a eficácia necessária para substituí-la. No entanto, como se concluiu no último capítulo, o Pluralismo Jurídico revela-se apenas como reflexo de que realmente o direito está em crise, porque se propõe a solucionar os problemas vivenciados. Todavia, o Pluralismo Jurídico não é dotado de eficácia instrumental para a sua estabilização como novo paradigma do direito, tendo em vista que busca na própria dogmática do direito os seus mecanismos de funcionamento.

No último capítulo, objetivou-se tecer mediações entre crise no paradigma do direito e os fenômenos jurídicos aqui apresentados como reflexos dessa crise, concluindo-se, por fim, que é possível identificar o atual momento do direito como um momento de crise em seu paradigma; não sendo possível, contudo a identificação do surgimento de um novo paradigma que seja apto a substituir por completo a dogmática positivista.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABREU, L. E. Tradição, direito e política. Dados — Revista de Ciências Sociais, v. à paraître, (Abreu, 2013)2013.

CARRION, Eduardo Kroeff Machado. Crise do Direito e ensino jurídico. Jus Navigandi, Teresina, ano 5, n. 42, 1 jun. 2000 . Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/43>>. Acesso em: 18 set. 2013.

CASAGRANDE, R.; FREITAS FILHO, R. O problema do tempo decisório nas políticas públicas. *Revista de Informação Legislativa*, v. 47, n. 187, p. 21-34, 2010. Disponível em <http://www2.senado.gov.br/bdsf/handle/id/198690>

FREITAS FILHO, Roberto. Intervenção judicial nos contratos e aplicação dos princípios e das cláusulas gerais: o caso do leasing. Porto Alegre: Fabris Ed., 2009.

KUHN, Thomas S. A Estrutura das revoluções científicas. São Paulo: Perspectiva, 2009.

LYRA FILHO, Roberto. O que é Direito. São Paulo: Brasiliense, 2001.

WOLKMER, Antonio Carlos. Pluralismo Jurídico: fundamentos de uma nova cultura jurídica. São Paulo: Alfa-Omega, 2001.