

Revista  
**JURÍDICA**  
Faculdade Nacional de Direito da UFRJ

Rio de Janeiro, Maio de 2010

## UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO

Reitor  
Aloísio Teixeira  
Vice-reitora  
Sylvia da Silveira de Mello Vargas  
Pró-reitora de Graduação  
Belkis Valdman  
Pró-reitora de Pós-graduação e Pesquisa  
Angela Uller  
Pró-reitor de Planejamento e Desenvolvimento  
Carlos Antonio Levi da Conceição  
Pró-reitor de Pessoal  
Luiz Afonso Henriques Mariz  
Pró-reitora de Extensão  
Laura Tavares Ribeiro Soares

### Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas

Decano  
Alcino Ferreira Câmara Neto

### Faculdade Nacional de Direito

Diretor  
Flávio Alves Martins  
Vice-diretor  
Ana Lúcia Sabadel  
Coordenador do Curso de Graduação  
Luciana Boiteux de Figueiredo  
Coordenadora do Curso de Pós-graduação  
Margarida Camargo

### EQUIPE EDITORIAL DA REVISTA JURÍDICA

Editor científico: Francisco Amaral  
Editor adjunto: Marcelo Araújo  
Editores executivos: José Ribas Vieira, Marcus Vinicius A. B. Matos, Tiago Lezan Sant'Anna

### PRODUÇÃO EDITORIAL

Revisão de língua portuguesa: Fabio Fisciletti  
Tradução/revisão de língua inglesa: Tatiana Santos Peixoto de Macedo (Editorial e Sumário)  
Projeto gráfico: Márcia Carnaval

Agradecimentos: Afonso José dos Santos, Alain Souto Rémy, Alexandre Bernardino, Alexandre Veronese, Bernardo de Oliveira Soares, Eneá de Stutz Almeida, Flávio Mirza Maduro, José Fernando de Castro, José Rodrigo Rodriguez, José Ricardo Ferreira Cunha, Julia Alexim Nunes da Silva, Juliana Neuenschwander Magalhães, Luciana Boiteux, Nádia Teixeira Pires da Silva, Noel Struchiner, Pedro Heitor Barros Geraldo, Sayonara Grillo, Willis Santiago Guerra Filho.

A *Revista Jurídica – Faculdade Nacional de Direito – UFRJ* é um periódico semestral, arbitrado, de circulação nacional e internacional, dirigido a advogados, juristas, magistrados e profissionais de áreas afins, professores, pesquisadores e técnicos das áreas jurídicas. A revista pretende ser um instrumento de divulgação e de disseminação de produções atuais e relevantes do ensino, da pesquisa e da extensão, no âmbito do Direito e de suas áreas afins, por meio da publicação de artigos, ensaios teóricos, pesquisas científicas, resenhas de livros, comunicações e relatórios de pesquisas científicas, visando a contribuir para a consolidação da pesquisa em Direito.

Faculdade Nacional de Direito - Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas da Universidade Federal do Rio de Janeiro.  
Rua Moncorvo Filho 8, Centro, Rio de Janeiro - RJ  
CEP: 20211-340  
Tel.: (21) 2242-7319  
Fax: (21) 2224-8904/Ramal 219  
E-mails: [revistajuridicafnd@gmail.com.br](mailto:revistajuridicafnd@gmail.com.br)  
[www.direito.ufrj.br](http://www.direito.ufrj.br)

Tiragem: 500 exemplares  
CATALOGAÇÃO NA FONTE UFRJ/REDE MINERVA  
Ficha catalográfica

Revista Jurídica da Faculdade Nacional de Direito da UFRJ. v. 1, n. 4,  
(nova série), out. 2008. - Rio de Janeiro, Faculdade Nacional de  
Direito, 2008 - .

v. ; 23 cm.

Semestral.  
ISSN 1984-0950

1. Direito – Periódicos.

CDD 340.05

# Revista JURÍDICA

Faculdade Nacional de Direito da UFRJ

Revista Jurídica - Faculdade Nacional de Direito  
UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO  
ISSN: 1984-0950

EDITOR CIENTÍFICO: Francisco Amaral  
EDITOR ADJUNTO: Marcelo Araújo  
EDITORES EXECUTIVOS: José Ribas Vieira  
Marcus Vinicius A. B. de Matos  
Tiago Lezan Sant'Anna

## CONSELHO EDITORIAL:

- Professores titulares na Faculdade Nacional de Direito da UFRJ
  - Francisco Amaral
  - Leonardo Greco
  - Nilo Batista
- Professores associados na Faculdade Nacional de Direito da UFRJ
  - José Ribas Vieira
  - Juliana Neuenschwander Magalhães
- Professores convidados
  - Raffaele De Giorgi  
(Universidade de Lecce - Itália)
  - Antônio José Avelãs Nunes  
(Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra)
  - André Jean Arnaud  
(Universidade de Paris)
  - Wanda Capeller  
(Universidade de Toulouse)
  - Friedrich Müller  
(Universidade de Heidelberg)



# Revista JURÍDICA SUMÁRIO

Faculdade Nacional de Direito da UFRJ

- [ EDITORIAL ]
- 9 *José Ribas Vieira*
- [ AS TEÓRIAS JURÍDICAS CONTEMPORÂNEAS ]
- 17 Do “Império da lei” ao “Estado constitucional”: dois paradigmas jurídicos em poucas palavras ..... *Josep Aguiló Regla* (trad.: Eduardo Moreira)
- [ SOCIEDADE, DIREITOS HUMANOS E ARTE ]
- 29 O que não se ignora no véu da ignorância ..... *Marco Antonio Santos Reis*
- 43 “*And Justice for All*”: discursos, personagens e Teorias do Direito no cinema americano..... *Marcus Vinicius A. B. de Matos*
- 63 Sociologia e Direito: condições de possibilidade do projeto interdisciplinar .....  
.....*Ricardo Nery Falbo*
- [ TEÓRIAS DA DECISÃO E DESENHOS INSTITUCIONAIS ]
- 77 O pós-positivismo é pós-positivista? Os limites da concepção juiz-centrada na teoria contemporânea ..... *Felipe Dutra Asensi*
- 93 A informatização do Judiciário e seus empreendedores ..... *Fernando Fontainha*
- 117 O Direito como argumentação ..... *Manuel Atienza* (trad.: Eduardo Moreira)
- [ IN MEMORIAM ]
- 159 Afonso Arinos de Melo Franco ..... *José Ribas Vieira*
- 163 Discurso de posse na Cátedra de Direito Constitucional .....  
..... *Afonso Arinos de Melo Franco*
- [ FORUM ]
- 171 Tópicos Especiais em Direitos Fundamentais: a preservação dos recursos hídricos ...  
..... *Tiago Lezan Sant’Anna*
- [ RESENHA ]
- 183 O Relatório Supiot: dez anos depois ..... *Cláudia Paiva*
- 189 [ NORMAS EDITORIAIS ]



# Revista JURÍDICA CONTENTS

Faculdade Nacional de Direito da UFRJ

	[ EDITORIAL ]	
13	<i>José Ribas Vieira</i>	
	[ THE CONTEMPORARY LEGAL THEORIES ]	
17	From the "Law's Empire" to "the Constitutional State": two juridical paradigms in brief ..... <i>Josep Agillo Regla</i>	
	[ SOCIETY, HUMAN RIGHTS AND ART ]	
29	What is not to be ignored under the veil of ignorance ..... <i>Marcos Santos Reis</i>	
43	And Justice for All: discourses, characters and Law theories in the American cinema ..... <i>Marcus Vinicius A. B de Matos</i>	
63	Sociology and Law: possibility conditions of the cross-disciplinary project ..... <i>Ricardo Nery Falbo</i>	
	[ DECISION THEORIES AND INSTITUTIONAL DESIGNS ]	
77	Is Post-positivism post-positivist? The limits of the judge-centered conception in the contemporary theory ..... <i>Felipe Asensi</i>	
93	The informatization of the judicial system and its entrepreneurs ..... <i>Fernando Fontainha</i>	
117	The Law as argumentation ..... <i>Manuel Atienza</i> (trad. Eduardo Moreira)	
	[ IN MEMORIAM ]	
159	Afonso Arinos de Melo Franco ..... <i>José Ribas Vieira</i>	
163	Inaugural address in the chair of Constitutional Law ..... <i>Afonso Arinos de Melo Franco</i>	
	[ RESEARCH PROPOSAL ]	
171	Special topics on Fundamental Rights: the preservation of hydric resources..... <i>Tiago Lezan Sant'Anna</i>	
	[ REVIEW ]	
183	The Suptot Report: ten years later ..... <i>Cláudia Paiva</i>	
189	[ PUBLISHING RULES ]	





# Revista JURÍDICA EDITORIAL

Faculdade Nacional de Direito da UFRJ

A realização do Primeiro Seminário de Pesquisa do Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro (PPGD/UFRJ), em abril de 2009, apontou certos encaminhamentos para a consolidação deste Programa. Ficou registrado no documento final, a necessidade de se adensar a delimitação de sua área de concentração: “Teorias Jurídicas Contemporâneas”.

O Conselho Editorial da *Revista Jurídica* da Faculdade de Direito, sensibilizado em concretizar esse esforço, firmou em edital para a publicação do seu número 4 o convite para os interessados contribuírem com textos sobre o tema citado.

Assim, a edição nº 4 da *Revista Jurídica* representa o firme compromisso de dar continuidade a sua retomada nesses últimos 10 anos, dentro do que se denominou “nova série”. Esta não rompe a longa tradição de quase 80 anos da *Revista Jurídica*.

Para tanto, a partir da *Revista Jurídica* nº 2 (out. 2008), definiu-se, de modo permanente, o seu atual perfil editorial. Assim, sempre será privilegiado um tema a ser contido num dossiê. Na número 2, por exemplo, o dossiê voltou-se para “Mundialização e Direitos Humanos”. Haverá, também, uma seção direcionada para a pesquisa em desenvolvimento, em especial no PPGD/UFRJ. A revista encerra-se com uma seção de resenha e o segmento “In Memoriam”, para resgatar a trajetória da formação jurídica na antiga Faculdade Nacional de Direito, da então Universidade do Brasil.

Vale ressaltar que a *Revista Jurídica* nº 3, foi uma edição especial (dez. 2008), voltada para uma preocupação monográfica, ao divulgar os resultados da pesquisa do Observatório da Justiça Brasileira (OJB), da UFRJ, “Acesso à Justiça e metodologia da decisão judicial no Supremo Tribunal Federal”.

A *Revista Jurídica* nº 4 (maio 2010) abre com a contribuição do constitucionalista espanhol Josep Aguiló Regla, sob o título “As teorias jurídicas contemporâneas”, que dá prosseguimento a sua importante contribuição em *Fragmentos para uma teoria de la Constitución* (2007), obra conjunta com outros estudiosos espanhóis como Manuel Atienza e Juan Ruiz Manero, na qual há novas perspectivas teóricas para a compreensão do significado atual de “constituição”.

A linha editorial da presente publicação avança ao integrar, também, estudos de autores brasileiros. Nessa direção, o professor Ricardo Nery Falbo, do PPGD/UFRJ, sublinha a relevância do aspecto interdisciplinar e sociológico no entendimento do espectro das teorias jurídicas contemporâneas. Seu trabalho merece como título “Sociedade, Direitos Humanos e Arte”. É de ser observado que, com esse sentido de Direitos Humanos, o professor Ricardo colabora em explicitar uma das linhas de pesquisa da pós-graduação da Faculdade de Direito da UFRJ.

O horizonte da referida área de concentração tem de estar pautado pela teoria da justiça, notadamente de base rawlseniana. Nessa linha, comparece o mestrando em Direito e Sociologia da Universidade Federal Fluminense (UFF), Marco Antonio Santos Reis com o texto “O que não se ignora no véu da ignorância”.

O mestrando do PPGD/UFRJ Marcus Vinicius A. B de Matos apresenta-se com a pesquisa que está sendo desenvolvida em sua dissertação, sob o título “... And justice for all’: discursos, personagens e teoria do Direito no cinema norte-americano”. A temática da decisão judicial faz-se presente com o estudo do doutorando da Faculdade de Direito da Université Montpellier I Fernando Fontainha, em “A informatização do Judiciário e seus empreendedores”. Houve, assim, um equilíbrio de incorporar também análises com essa inserção de delimitar as linhas de pesquisa da área de concentração “Teorias Jurídicas Contemporâneas”, do PPGD/UFRJ.

Na senda aberta por Josep Aguiló Regla, de reformular a teoria constitucional com uma leitura mais valorativa, o professor do Centro Universitário Augusto Motta (Unisuam) e doutorando do Instituto Universitário de Pesquisas do Rio de Janeiro (IUPERJ) Felipe Dutra Asensi giza a *Revista Jurídica* nº 4 com o texto “O pós-positivismo é pós-positivista? Os limites da concepção juiz centrada na teoria contemporânea”.

Esse dossiê sobre o tema “Teorias Jurídicas Contemporâneas” culmina com a colaboração magistral de Manuel Atienza no campo da teoria da argumentação.

A seção “In Memoriam” – com o discurso de posse na cátedra de Direito Constitucional da então Faculdade Nacional de Direito da Universidade do Brasil do jurista Afonso Arinos de Mello Franco, em 9 de setembro de 1950 – está coerente com a linha editorial dessa publicação. Esse gigante do pensamento jurídico brasileiro defende um novo ensino de Direito Cons-

titucional naquele momento histórico, com a sua aproximação decisiva com a Ciência Política. A teoria jurídica contemporânea não traduz esse aspecto interdisciplinar sem o domínio de nenhuma área de conhecimento?

Na parte de pesquisa, o mestrando do PPGD/UFRJ, Tiago Lezan Sant'Anna apresenta a sua investigação científica "Tópicos Especiais em Direitos Fundamentais: a preservação dos recursos hídricos".

A mestranda do PPGD/UFRJ Cláudia Paiva aglutina a resenha com um autor francês de Direito do Trabalho em sintonia com as teorias jurídicas contemporâneas. Trata-se de Alain Supiot e outros estudiosos, com o texto "Transformação do trabalho e o futuro do Direito do Trabalho". Cabe registrar o agradecimento ao Conselho Editorial pela concretização da *Revista Jurídica* nº 4. Por derradeiro, não se deve olvidar o esforço do mestrando em Direito do PPGD/UFRJ, Marcus Vinicius A. B. Matos, para o sucesso desse empreendimento editorial, com a colaboração do também mestrando Tiago Lezan Sant'Anna.

*José Ribas Vieira*



# Revista JURÍDICA

Faculdade Nacional de Direito da UFRJ

The First Research Seminar of the Law Graduate Program of the Federal University of Rio de Janeiro (PPGD/UFRJ), realized in April 2009, indicated some directions for its own further consolidation. As stated in the final document, among them was constant the need for increasing the delimiting of its field boundaries to some extent: contemporary legal theories.

The Editorial Board of **Revista Jurídica** (Journal of Law) of the UFRJ Faculty of Law, which was to do this, issued a public notice welcoming those who were interested in contemporary legal theories to contribute papers for its fourth number.

In this way, the issue #4 of **Revista Jurídica** represents the strong commitment towards continuing its publication, since its inception ten years ago, as a “new series”. This, however, does not disrupt the 80-year long tradition of **Revista Jurídica**.

On the basis of the first volume, issue #2 (released in October 2008), the journal was actually defined, and to the extent of the current editorial profile. Thus, it will always be a theme of privilege that which a dossier is to contain. In this second number, for instance, the dossier focused on Globalization and Human Rights. There is a section for current research, especially those of the PPSD/UFRJ, and, on the last pages, reviews and an “In Memoriam” section to recall the trajectory of the juridical formation in the old *Faculdade Nacional de Direito* (National Faculty of Law) of the *Universidade do Brasil* (University of Brazil).

It is important to note that the special issue of the first volume of the new series (dec. 2008) was devoted to a monographic concern, for having published the results of the OJB (Observatório da Justiça Brasileira) research “The access to Justice and the adjudication methodology in the Supreme Federal Court”.

**Revista Jurídica** #4 starts with the words of the Spanish constitutionalist Josep Aguiló Regla, under the heading “The Contemporary Legal Theories”,

Revista Jurídica - Faculdade Nacional de Direito da UFRJ no 4 - Maio 2010 14 which aid in the follow-up of his important contributions in a book written in association with other Spanish scholars in the field, like Manuel Atienza and Juan Ruiz Manero. The book, "Fragmentos para uma teoria de la Constitución" (2007), has new theoretical perspectives for the understanding of today's constitution.

The editorial line of the present publication goes on to bring together the studies of Brazilian authors. In this way, Professor Ricardo Nery Falbo underlines the relevance of cross-curricular and sociological aspects for a comprehension of the scope of contemporary legal theories. His work is indeed worthy of the title "Society, Human Rights and Art". It is important to observe that, since he is dealing with the subject of Human Rights, Professor Ricardo Nery Falbo goes to explain another research thread of the PPGD/UFRJ, in which he takes part too.

The previously mentioned field is to be based on the *Rawlsian* theory of justice and, following the same line of approach, Marco Antônio Santos Reis, a Law and Sociology graduate student at UFF, contributes the text "What is not to be ignored under the veil of ignorance".

Marcus A. B. de Matos, who is a Law student from the PPGD/UFRJ, makes his presence known with his research paper, "And justice for all: discourses, characters and Law theories in the American cinema", which was developed for his Master's degree thesis.

The subject of adjudication enters the scene by means of the studies of Fernando Fontainha, doctoral candidate in Law at *Université Montpellier I*: "The informatization of the judicial system and its entrepreneurs". In this manner, there has also been a balance for incorporating analysis, including the delimitation of the research threads in the considered PPGD/UFRJ field of concentration.

On the path that has been paved by Josep Aguiló Reglas to reformulate the constitutional theory by way of a more appreciative reading, Professor Felipe Dutra Asensi from Unisuam, who is also a doctoral candidate at IUPERJ, highlights the fourth issue of the journal with the production "Is Postpositivism post-positivist? The limits of the judge-centered conception in the contemporary theory".

This dossier on "Contemporary Legal Theories" then culminates with the magistral collaboration of Manuel Atienza in the field of *theory of legal argumentation*.

Coherent in relation to the editorial line of this publication, Jurist Afonso Arinos de Mello Franco's inaugural address delivered on July 9th, 1950, is presented in the section "In Memoriam". This address was presented by him while he was in the chair of Constitutional Law of the *Faculdade Nacional de Direito*, in the former *Universidade do Brasil*. This giant of the Brazilian juridical thought defends a new kind of teaching of Constitutional

Law at a historical moment when this subject is being conclusively linked 15 Revista Jurídica - Faculdade Nacional de Direito da UFRJ no 4 - Maio 2010 with the Political Sciences. Doesn't contemporary legal theory translate this cross-curricular aspect without the mastering of any other field of knowledge?

As for the research part, Tiago Lezan Sant'Ana, a PPGD/UFRJ, presents his scientific study "Special topics on Fundamental Rights: the preservation of hydric resources".

Another PPGD/UFRJ graduate student, Cláudia Paiva brings us a review, along with a French author on Labor Law who is in touch with the new contemporary legal theories. This is about Alain Supiot and other researchers, and the production is "Transformations of work and the future of the labor law in Europe".

We must congratulate the Editorial Board on the successful launching of the fourth issue of the **Revista Jurídica** and acknowledge the contribution of the assessors mentioned in this publication, who were in charge of the choosing of the texts that are published now. Lastly, the effort of Marcus Vinicius A.B. Matos and the collaboration of Tiago Lezan Sant'Ana – both PPGD/UFRJ students – for the success of this editorial enterprise are also worth mentioning.

*José Ribas Vieira*

[ AS TEÓRIAS JURÍDICAS CONTEMPORÂNEAS ]





# [ Do “Império da lei” ao “Estado constitucional”: dois paradigmas jurídicos em poucas palavras \* ]

Josep Aguiló Regla\*

Trad.: Eduardo Moreira

## 1 Introdução

A expressão “constitucionalização da ordem jurídica”, no sentido que aqui vai nos interessar, alude a um processo histórico que teve lugar em países europeus e latino-americanos, o resultado do constitucionalismo desenvolvido e praticado da 2ª Guerra Mundial até nossos dias e que está produzindo uma transformação profunda na concepção do Estado de Direito. Nesta transformação do Estado de Direito, que se pode sintetizar na fórmula “do Estado legal de Direito ao Estado constitucional de Direito” (ou “do império da lei” ao “império da constituição”), situou-se também a crise do paradigma



Título original: ‘Del “Imperio de la ley” al “Estado constitucional”. Dos paradigmas jurídicos en pocas palabras’. Disponível em: [http://www.fd.unl.pt/docentes\\_docs/ma/amh\\_MA\\_9939.pdf](http://www.fd.unl.pt/docentes_docs/ma/amh_MA_9939.pdf) Acesso em 31 mai. 2010.

\* Catedrático de Filosofia do Direito na Universidade de Alicante (Espanha).

Tradução de Eduardo Moreira, professor adjunto do PPGD/UFRJ, livre docente da Universidade de São Paulo (USP) e palestrante na Universidad de Alicante. Endereço eletrônico: eduardomoreira@terra.com.br

positivista na cultura jurídica e o trânsito até um paradigma post-positivista.<sup>1</sup> O propósito deste artigo é expor e contrapor de maneira sucinta – e espero clara – estes dois paradigmas jurídicos: o positivista e o post-positivista. Mas antes de entrar nisso, convém – creio – precisar um pouco mais o que se entende por constitucionalização de uma ordem jurídica.

## 2 Sobre a constitucionalização da ordem jurídica

Em que consiste o processo histórico (real) de constitucionalização da ordem jurídica? Segundo Ricardo Guastini, esse processo é o resultado da combinação de um conjunto de fatores que podem acontecer em maior ou menor escala em uma ordem jurídica determinada. A constitucionalização de uma ordem jurídica é, pois, uma questão de grau; não de tudo ou nada.

Estes fatores mencionados por Guastini,<sup>2</sup> interpretados com certa liberdade, são os seguintes:

a) A ordem jurídica conta com uma Constituição rígida que incorpora uma relação de direitos fundamentais. Por rigidez da Constituição (perante a flexibilidade da legislação), compreende-se imutabilidade ou resistência à (dificuldade para) sua modificação. Trata-se – segundo Guastini – de uma condição necessária: pode-se até dizer que quanto maior a rigidez constitucional (a dificuldade para a mudança do texto constitucional), maior será a tendência à constitucionalização dessa ordem jurídica;

b) Está prevista a garantia jurisdicional da Constituição. Na realidade, do mesmo modo que o fator anterior se trata também de uma condição para a constitucionalização de uma ordem jurídica. Significa que a rigidez desemboca em uma genuína hierarquia normativa e em uma efetiva imposição da Constituição sobre a lei. Além do mais, produz-se o que poderíamos chamar “reserva de Constituição”: certas matérias não podem ser derogadas ou modificadas por lei, somente pela Constituição;

c) Reconhece-se força normativa vinculadora à Constituição. Isso supõe que todos os enunciados constitucionais são interpretados –



<sup>1</sup> “Em minha opinião, o positivismo esgotou seu ciclo histórico, como antes o fez a teoria do Direito natural. Do mesmo modo que Bloch escreveu que “a escola histórica crucificou o Direito natural na cruz da história”, hoje poderia afirmar-se que “o constitucionalismo crucificou o positivismo jurídico na cruz da Constituição”. (ATIENZA, M. *El Derecho como argumentación*, Barcelona: Ariel, 2006. p. 44).

<sup>2</sup> “Em uma ordem jurídica não constitucionalizada, o Direito constitucional [...] possui um raio de ação limitado: de um lado, disciplina os aspectos fundamentais da organização do Estado (a distribuição dos poderes legislativo, executivo e judiciário [...]); de outro, determina os direitos de liberdade dos cidadãos perante aos poderes públicos [...] Pelo contrário, em uma ordem constitucionalizada, o Direito constitucional tende a ocupar todo o espaço da vida social e política, condicionando a legislação, a jurisprudência, no estilo doutrinal, as ações dos atores políticos, as relações privadas.” (GUASTINI, Riccardo: *Lezioni di teoria del diritto e dello Stato*. Torino: G. Giappichelli, 2006. p. 240).

independentemente de sua estrutura e de seu conteúdo – como normas jurídicas aplicáveis que obrigam os seus destinatários. Desaparece, dessa maneira, a velha categoria de “normas pragmáticas”, entendida como meras expressões de programas e/ou recomendações políticas que não são susceptíveis de não ser cumpridas nem, logicamente, jurisdicionalmente garantidas;

d) Produz-se uma “sobreinterpretação” da Constituição. Isto é, foge-se da interpretação literal em favor de uma interpretação extensiva, de modo que do texto constitucional pode ser extraída grande quantidade de normas e de princípios implícitos;

e) Considera-se que as normas constitucionais são susceptíveis de ser aplicadas diretamente. Por aplicação direta, entende-se que todos os juízes, em todo tipo de casos, podem empregar as normas constitucionais. Além do mais, essa aplicação direta abarca não só as relações de Direito público, as relações entre os cidadãos e o Estado, como também as relações de Direito privado, entre cidadãos (entre particulares);

f) Impõe-se o modelo da interpretação das leis conforme a Constituição. Esta característica não diz respeito à interpretação da Constituição que, como já se viu, tende a ser extensiva, mas sim com a interpretação da lei. De todas as interpretações possíveis de uma lei, o juiz deve descartar todas as que vulnerem (ou sejam incompatíveis com) a Constituição;

g) Produz-se uma forte influencia da Constituição no debate e no processo políticos. Esta influencia traduz-se que, entre outras coisas: os atores políticos demonstram uma constatada tendência de recorrer às normas constitucionais para argumentar e defender suas opções políticas e de governo; os conflitos e/ou as disputas políticas entre órgãos de diferentes níveis de governo tendem a dirimir-se jurisdicionalmente, aplicando-se-lhes normas constitucionais; e os juízes tendem a não mostrar atitudes de autolimitação ou autorrestricção em relação às chamadas “questões políticas”.

Não é necessário estender-se muito mais nesta transformação porque, creio não exagerar, ao dizer que ninguém nega esta evolução do constitucionalismo contemporâneo e este processo de constitucionalização da ordem jurídica. Agora, uma coisa é o reconhecimento do “fato histórico” da passagem do “império da lei” para a “constitucionalização das ordens jurídicas”; outra, muito diferente, é a valorização feita deste processo de mudança. Neste sentido, não são poucos os autores críticos a esta evolução e a este desvio do constitucionalismo. Esses autores sustentam que, na realidade, tais desenvolvimentos estão pondo em o próprio Estado de Direito crise. Consideram que estão se debilitando as exigências normativas derivadas do “governo das leis” e que, conseqüentemente, se está retrocedendo a esquemas vetustos vinculados ao “governo dos homens” (das elites intelectuais e judiciais). O

Direito – na opinião desses autores – está deixando de ser geral (a aplicação dos princípios constitucionais acaba desembocando no Direito da conjuntura); claro (a aplicação de princípios implica um raciocínio jurídico não puramente dedutivo) e coerente (os princípios constitucionais são contraditórios entre si e não cabe estabelecer prioridades estáveis entre eles). A crítica, definitivamente, consiste em afirmar que esta evolução supõe um retrocesso “civilizatório”, pois se minam as bases sobre as quais estão construídos os valores da autonomia das pessoas e da segurança jurídica, deixando entrar a arbitrariedade e o decisionismo na aplicação do Direito.<sup>3</sup>

Porém, além destas críticas à evolução do Estado de Direito, interessa-me mostrar que, dentro da cultura jurídica, se observa uma divisão entre os autores que afirmam que os novos fenômenos jurídicos exigem a formulação de um novo paradigma teórico e aqueles que negam tal necessidade. Isto é, a questão é determinar se para entender, explicar, ensinar – em suma, dar conta dos novos fenômenos jurídicos –, deve-se proceder a uma revisão ou não do “paradigma” teórico que se forjou em relação à ideia de “império da lei”.

Para esclarecer se é necessário redefinir ou não o conjunto de conceitos com os quais se arma (se constrói) a imagem do Direito, a disputa se dá, definitivamente, sobre se as mudanças que supõem a constitucionalização da ordem jurídica são meramente quantitativas (de grau), nesse caso não é preciso formular um novo paradigma teórico; ou se, pelo contrário, trata-se de mudanças verdadeiramente qualitativas que exigem uma revisão profunda dos esquemas teóricos com os quais se apreendem e transmitem os fenômenos jurídicos. Prescindindo de muitos detalhes, aos primeiros, isto é, aos que afirmam a continuidade do paradigma, pode-se chamá-los positivistas ou partidários do paradigma construído em torno à concepção do Estado de Direito como “império da lei”; e aos segundos, aos que afirmam a necessidade da revisão de dito paradigma, post-positivistas, neoconstitucionalistas ou partidários de um paradigma construído em torno à concepção do Estado de Direito como Estado constitucional.

A seguir, vou expor de modo conciso os esquemas conceituais básicos sobre os quais estão construídos estes dois paradigmas, tanto o positivista quanto o post-positivista. Para isso vou formular um decálogo que me permita realizar uma comparação entre ambos. Convém, no entanto, advertir: a) vou expor os dois paradigmas, tratando de enfatizar as diferenças entre eles; b) vou apresentar o paradigma post-positivista como uma superação do paradigma positivista, de modo que a exposição daquele pressuponha sempre a deste último; c) a escolha das palavras para referir-se a cada um destes paradigmas é discutível, mas o fundamental está não na escolha do nome, mas no reconhecimento das diferentes implicações de cada um dos esquemas

.....

<sup>3</sup> Na Espanha quem melhor representa, já há muitos anos, esta linha de crítica é Francisco Laporta, que publicou recentemente um livro imprescindível sobre essa questão: *El Imperio de la Ley: Una Visión Actual* (Madrid, Trotta, 2007).

conceituais; d) a exposição, como se verá, tem certo ar circular e, conseqüentemente, o decálogo poderia ter-se iniciado por qualquer de seus pontos.

### 3 Do “império da lei” ao “Estado constitucional”. Do paradigma positivista (legalista) ao paradigma post-positivista (constitucionalista)<sup>4</sup>

#### 3.1 Do modelo das regras ao modelo dos princípios e as regras

a) *Positivismo*. O modelo adequado para explicar (ou dar conta de) a estrutura de um sistema jurídico é o modelo das regras. Por regras, devem-se entender normas que correlacionam a descrição fechada de um caso com uma solução normativa. O ideal regulador é o da tipicidade – isto é, normas gerais e fechadas cuja aplicação não exige (até exclui) qualquer forma de deliberação prática ou de valoração. As normas abertas são imperfeições na regulação, cuja presença no sistema jurídico pode tanto ser o resultado de uma técnica legislativa deficiente (de um erro) quanto uma pura delegação de poder normativo dos órgãos criadores de normas (basicamente o legislador) aos órgãos de aplicação (os juízes e os órgãos administrativos). As normas abertas, ao exigir deliberação por parte de seus destinatários, supõem sempre um desvio do ideal regulador da certeza jurídica, da previsibilidade das conseqüências jurídicas das condutas.

b) *Post-positivismo*. Para dar conta da estrutura de um sistema jurídico, deve-se considerar que, além de regras, há princípios jurídicos. Isto é: há normas que estabelecem uma solução normativa (dizem o que deve ser), mas não definem um caso (não indicam quando são aplicáveis essas soluções normativas). Os princípios, assim compreendidos, dão sentido às regras. Permitem vê-las, por um lado, como instrumentos de proteção e promoção de certos bens (valores) jurídicos e, por outro lado, como resultados de um “balance, ponderação ou



<sup>4</sup> A exposição do paradigma positivista legalista – como se verá – é uma exposição de lugares comuns do que tem sido a cultura jurídica construída em torno ao “império da lei” e que se tornou dominante por longo tempo. Conseqüentemente, não me refiro a nenhum autor em particular. No entanto, parece-me conveniente enumerar autores e obras que, em minha opinião, foram relevantes no esboço do paradigma post-positivista. Obviamente, daí não se pode concluir que todos subscrevem todos os pontos com os quais eu vou caracterizar este paradigma. Minha relação de autores preferidos, neste sentido, é a seguinte: a) R. Alexy: *Teoría de la argumentación jurídica* (1997), *Teoría de los derechos fundamentales* (1977); b) M. Atienza: *El Derecho como argumentación* (2006); M. Atienza e J. Ruiz Manero.: *Las piezas del Derecho* (1996); “Dejemos atrás el positivismo jurídico”, in *El positivismo jurídico a examen: Estudios en homenaje a José Delgado Pinto* (2006); c) R. Dworkin: *Los derechos en serio* (1984); *A Matter of Principle* (1985); *Law’s Empire* (1986); d) L. Ferrajoli: *Derecho y razón. Teoría del galantismo penal* (2001); *Los fundamentos de los derechos fundamentales* (2001); *Principia iuris: Teoría del diritto e Della democrazia* (2007); e) N. MacCormick: *Legal Reasoning and Legal Theory* (1978); *Rhetoric and the Rule of Law: A theory of Legal Reasoning* (2005); f) Carlos S. Nino: *La validez del Derecho* (1985); *Fundamentos de Derecho Constitucional* (1992); *The Constitution of Deliberative Democracy* (1996).

compromisso" entre princípios para o caso (genérico) que elas regulam. Guiar a conduta mediante princípios e/ou aplicar princípios, ao se tratar de normas abertas, exige sempre deliberação prática da parte dos sujeitos normativos, dos destinatários.

### **3.2 Do modelo das relações lógicas entre normas ao modelo das relações lógicas e as relações de justificação**

a) *Positivismo*. Entre as normas (as regras) de um sistema jurídico, dão-se relações lógicas de possibilidades de dedução. Duas normas são consistentes (logicamente compatíveis entre si) quando é possível cumpri-las simultaneamente. Os conflitos entre normas são, pois, de natureza lógica e supõem a impossibilidade do cumprimento simultâneo destas. Os conflitos entre regras resolvem-se pela exclusão de uma das duas regras. Os critérios centrais para a resolução de ditos conflitos (antinomias) são os de *lex superior* (prevalece a vontade da autoridade superior), *lex posterior* (prevalece a vontade posterior da autoridade) e *lex specialis* (prevalece a vontade mais específica da autoridade).

b) *Post-positivismo*. Entre as normas de um sistema jurídico, não se dão somente relações lógicas de possibilidades de dedução. Além da noção lógica de consistência normativa (possibilidade de cumprimento simultâneo), recorre-se à ideia de coerência valorativa. Diversas normas são valorativamente coerentes entre si quando apresentam uma unidade de sentido e/ou de propósitos práticos; e são incoerentes quando essa unidade não se dá. Diferentemente da consistência, que é uma questão de tudo ou nada, a coerência é uma questão de grau. A consequência mais importante da se levar em consideração esses tipos de relações entre normas é que o âmbito justificado de aplicação de uma regra pode não coincidir com o âmbito de aplicação descrito pela própria regra. Neste sentido, as regras podem resultar sobreinclusivas ou infrainclusivas, quando há um desajuste entre o âmbito de aplicação descrito pela regra e o âmbito justificado de aplicação da regra. Os conflitos entre princípios, diferentemente do que ocorre com as regras, não se resolvem por exclusão, mas mediante ponderação.

### **3.3 Da correlação entre direitos e deveres à prioridade justificativa dos direitos**

a) *Positivismo*. Os enunciados jurídicos de direitos relativos a um sujeito ou a uma classe de sujeitos são sempre reduzíveis a enunciados de deveres de outro ou outros sujeitos. Dizer que alguém tem um direito pode traduzir-se, sem perder o sentido, a enunciados de dever de outro ou outros sujeitos. Direitos e deveres são, pois, correlativos.

b) *Post-positivismo*. Em sentido trivial, puramente regulador (de guia da conduta), é verdade que os enunciados jurídicos de direitos são

traduzíveis a enunciados de deveres. Mas, em termos justificativos, a correlação entre direitos e deveres se perde; portanto, a tradução dos enunciados de direitos a enunciados de deveres transpõe (invertendo) os sujeitos, sim, supõe perda de significação. Efetivamente, enquanto faz todo sentido afirmar que "alguém tem um dever porque outro sujeito tem um direito", não parece ocorrer o mesmo com a afirmação de que "alguém tem um direito porque outro tem um dever". O "reconhecimento" de direitos justifica a "imposição" de deveres, enquanto a imposição de deveres não serve para justificar a titularidade dos direitos.

### **3.4 Do modelo da subsunção ao modelo da subsunção e da ponderação**

a) *Positivismo*. Congruentemente com o modelo das regras, o arquétipo do raciocínio jurídico é o raciocínio subsuntivo. A justificação por subsunção consiste basicamente em mostrar que o caso concreto que se procura resolver encaixa (pode ser subsumido) no caso genérico descrito (regulado) pela regra. A subsunção (o encaixe) de casos concretos em casos genéricos pode gerar desajustes entre uns e outros. Se olharmos o desajuste desde a perspectiva do caso concreto, então o desajuste apresenta-se como um problema de qualificação (como se qualificam estes fatos?); e se o olharmos desde a perspectiva da regra, do caso genérico, então o desajuste apresenta-se como um problema de interpretação (o que diz a regra?). Isso quer dizer que os desajustes entre casos e regras (entre casos concretos e casos genéricos formulados pelas regras) são essencialmente de natureza semântica, de relação entre as palavras e seus significados, entre os termos e suas referências. A lealdade às regras é, pois, lealdade a sua expressão e a seu significado; isto é, é uma questão basicamente semântica.

b) *Post-positivismo*. No Direito, há regras; conseqüentemente, há raciocínios subsuntivos. Mas também há princípios; e guiar-se por ou aplicar princípios exige um tipo de raciocínio, a ponderação, que é diferente do raciocínio subsuntivo, já que desemboca na formulação de uma regra que permita resolver o caso. Porém, o realmente significativo não é que existam essas duas operações ou que se haja produzido um incremento quantitativo das ponderações na aplicação do Direito. O que pressupõe uma mudança fundamental é considerar que a ponderação de princípios é uma operação mais básica que a subsunção. As regras já não são entendidas como meras manifestações de vontade da autoridade que as tenha ditado, mas como o resultado de uma ponderação dos princípios relevantes levada a cabo por dita autoridade. Isso supõe que a dimensão valorativa e justificativa do Direito adquire uma relevância fundamental. A mudança básica está, portanto, na consideração de que ser leal às regras não é sê-lo somente a sua expressão (porque não são somente manifestações de vontade),

mas as suas razões subjacentes, ao balance de princípios que pretendem refletir, aos seus propósitos protetores e/ou promocionais de direitos. A lealdade às regras, e a sua expressão, é um componente da lealdade ao Direito; porém, este não está composto só por regras, também há princípios.

### **3.5 Do modelo da forte oposição entre "criar" e "aplicar" normas ao modelo da continuidade prática das diferentes operações normativas**

a) *Positivismo*. "Criar normas" e "aplicar normas" são operações conceitualmente opostas. Criar normas é uma atividade basicamente política e/ou moral, isto é, extrajurídica ou parajurídica. É uma questão de vontade. Aplicar normas, pelo contrário, é uma atividade fundamentalmente técnica e estritamente jurídica. Não é uma questão de vontade, mas de conhecimento. O legislador (o soberano) cria *ex novo* o Direito (governo *per leges*), e os juízes (profissionais) aplicam o Direito (governo *sub lege*). Se os que estão convocados a aplicar o Direito (os juízes, por exemplo) enfrentam um caso não regulado, isto é, um caso no qual não há uma regra que o resolva, então atuam como legisladores: criam a solução.

b) *Post-positivismo*. Não há uma separação terminante entre raciocínio político ou moral e raciocínio jurídico. O raciocínio político do legislador se juridifica (é *sub constitutione*), pois a lei não é criação *ex novo*, mas desenvolvimento ou concretização de princípios constitucionais; e o raciocínio jurídico se politiza e/ou moraliza (adquire uma dimensão prática da qual carecia), pois incorpora um compromisso com os valores e os fins constitucionais (definitivamente, com os princípios e/ou direitos constitucionais). Esta modificação das relações entre raciocínio político e raciocínio jurídico – o raciocínio político se juridifica e o raciocínio jurídico se politiza – vê-se claramente na mudança que supõe a substituição do cânon "interpretação da Constituição conforme a lei" ao cânon "interpretação da lei conforme a Constituição".

### **3.6 Dos juízos formais da validade das normas à distinção entre validade formal e validade material das normas**

a) *Positivismo*. O Direito é "criado", e a existência das normas jurídicas depende da ocorrência de fatos contingentes de criação. Como consequência, o Direito pode ter qualquer conteúdo. O Direito, logo, não se identifica por seu conteúdo, mas sim por sua forma. A identificação das normas jurídicas é uma questão formal. A origem das normas (não seu conteúdo) é o que determina sua juridicidade. Todo o Direito está baseado em fontes (fatos e atos criadores de normas) e é expressão de uma racionalidade de tipo formal, no sentido weberiano da expressão. A autoridade (quem dita a norma), o procedimento



(como se dita a norma) e a consistência (a compatibilidade lógica) da nova norma com as normas superiores constituem a teia conceitual com a qual se constroem os juízos formais da validade.

b) *Post-positivismo*. No Direito, há fontes (fatos e atos criadores de normas), mas nem todo o Direito está baseado em fontes. Há normas cuja validade não se apoia em critérios formais, mas em materiais. Este é o caso tanto das normas implícitas quanto das normas necessárias. A juridicidade das normas implícitas depende de sua coerência valorativa com outras normas do sistema que são realmente válidas formalmente. Além do mais, nos sistemas jurídicos há normas necessárias, há normas materialmente válidas (em razão de seu conteúdo), cuja validade não tem sentido remeter a uma ou a algumas normas formalmente válidas. Trata-se de normas não derogáveis, no sentido de que sua eliminação implicaria não a mudança de algumas normas, mas a mudança do próprio sistema jurídico. Quando se pensa, por exemplo, na legítima defesa ou no estado de necessidade ou no princípio de imparcialidade dos juízes, pode-se mudar sua regulação, mas não é concebível sua eliminação (derrogação) do sistema jurídico. Vistas como princípios, não como regras, trata-se de normas necessárias, não derogáveis. E, o mais importante de tudo, é possível que haja normas formalmente válidas (válidas por sua origem) e materialmente inválidas (incoerentes valorativamente). O Direito, neste sentido, materializou-se ou tornou-se substancial. Consequentemente, já não pode ser visto somente como expressão de uma racionalidade de tipo formal.

### **3.7 Da distinção “casos regulados/casos não regulados” à distinção “casos fáceis/casos difíceis”**

a) *Positivismo*. De acordo com o modelo das regras e à forte oposição entre criação e aplicação de normas, a classificação mais importante (ou mais significativa) dos casos juridicamente relevantes é a que distingue entre “casos regulados” (resolvidos pelo sistema de regras) e “casos não regulados” (não resolvidos pelo sistema de regras). Obviamente, a interpretação é determinante para concluir se um caso concreto pode ser subsumido ou não em uma regra. Mas o fundamental consiste em que, de acordo com o modelo das regras, uma regra é aplicável ao caso ou não. Se há regra aplicável, o caso está regulado, está resolvido; se não há regra aplicável, o caso não está regulado, não está resolvido. Naturalmente, há técnicas utilizáveis para preencher as lacunas (as ausências de regulação), mas todas entram no âmbito da discricionariedade de quem tem de resolver o caso – isto é, o aplicador. Porém, a discricionariedade é concebida fundamentalmente como liberdade do aplicador, ou seja, como se a ele fosse “permitido” escolher quaisquer opiniões possíveis. Neste sentido, as decisões discricionárias estão mais próximas à criação

(são mais uma questão de vontade e de preferências) do que à aplicação de normas (conhecimento e subsunção). Isso é assim porque entre as normas de um sistema jurídico só há – como já se disse – relações de tipo lógico.

b) *Post-positivismo*. A distinção relevante já não é a anterior (regulados/não regulados), mas a que opõe os “casos fáceis” aos “casos difíceis”. No novo paradigma, não há casos relevantes não regulados, pois nos sistemas jurídicos não há somente regras, também há princípios. Um caso é fácil quando a solução é o resultado de se aplicar uma regra do sistema, e esta solução é consistente (logicamente compatível) com as demais regras do sistema e coerente (valorativamente compatível) com os princípios do mesmo sistema. Ao contrário, um caso é difícil quando a solução não provém diretamente da aplicação de uma regra do sistema, mas quando é preciso buscá-la como resposta a uma questão prática que requer desenvolver uma intensa atividade deliberativa e justificativa. Um caso fácil não exige deliberação, mas simplesmente a aplicação da regra – *juris-dictio*, dizer o Direito para o caso. Um caso difícil exige deliberação prática – *juris-prudentia*, ponderar o Direito para o caso. Sob o novo paradigma, a discricionariedade do sujeito convocado a resolver o caso, o aplicador, já não se concebe como liberdade no sentido de a ele ser permitido escolher qualquer opção, mas sim no sentido de responsabilidade, desse tipo especial de deveres que chamamos responsabilidades.<sup>5</sup> Por isso, quanto mais discricionário é um ato (menos regrado está), mais justificação requer.

### **3.8 Da separação evidente entre a linguagem do Direito e a linguagem sobre o Direito a um discurso reconstrutor do próprio Direito**

a) *Positivismo*. A linguagem do Direito, das normas, é linguagem prescritiva e, conseqüentemente, não tem valor de verdade. Pelo contrário, a Ciência Jurídica é uma metalinguagem descritiva da linguagem do Direito, das normas. Essa ciência é, portanto, discurso descritivo; e seus enunciados têm valor de verdade. O pressuposto metodológico é que o Direito é objetivável em face dos sujeitos, de modo que estes possam observá-lo e, por conseqüência, descrevê-lo.

b) *Post-positivismo*. No âmbito do discurso jurídico, a oposição entre linguagem descritiva e linguagem prescritiva se enfraquece muito. A boa “ciência jurídica” não se concentra na pretensão de descrever com verdade um setor do sistema jurídico, mas desempenha um papel bem mais compreensivo e reconstrutor, prático e justificativo. O “cien-



<sup>5</sup> V. Isabel Lifante Vidal: “Dos conceptos de discrecionalidad jurídica” (*Doxa*, n. 25, 2002. p. 424 et seq).

tífico” do Direito não é um mero observador de um objeto que está completamente fora dele e que, portanto, é suscetível de ser descrito. Pelo contrário, o jurista (tanto o teórico quanto o prático) é um participante em uma prática social muito complexa, como é o Direito, e neste sentido está comprometido com sua melhoria. O jurista, qualquer jurista (teórico ou prático), não é um mero observador de um objeto acabado que existe fora dele; é, mais, um participante em uma prática que com seu discurso e suas ações contribui para o desenvolvimento e para a conformação da sociedade.

### **3.9 Da distinção evidente entre estática e dinâmica jurídicas à concepção do Direito como prática**

a) *Positivismo*. O Direito se objetiva em normas e em atos (ou procedimentos). Esta ideia está na base da clássica distinção entre estática jurídica (o Direito é um conjunto de normas, o Direito objetivo) e dinâmica jurídica (estas normas mudam como resultado de atos e/ou procedimentos jurídicos). Esta forma de objetivação do Direito permite tratá-lo como um objeto fora dos sujeitos que o observam e/ou o usam. Conseqüentemente, é possível conhecer sua estrutura e seus conteúdos sem serem necessárias valorações de qualquer tipo. A mera observação de fatos e atos é suficiente para a determinação de suas normas.

b) *Post-positivismo*. O Direito tende a ser visto como uma realidade social muito complexa e fluida que desborda completamente o marco anterior de objetivação. Parte-se da ideia de que a existência, a estrutura e os conteúdos do Direito dependem radicalmente das crenças daqueles que o usam (sejam aceitantes, participantes ou meros usuários). O Direito não é, pois, algo fora dos sujeitos, mas algo que depende centralmente muito de sua própria prática social. Não há, neste sentido, oposição entre a objetividade do Direito (normas e procedimentos) e sua prática. Isso supõe uma revisão total da própria noção do conhecimento jurídico, pois este já não pode pretender ser meramente descritivo (sem implicações valorativas e normativas) e passa a ser reconstrutor de uma prática social, que, mesmo sendo dotada de sentido, nunca será homogênea a ponto de, mediante observação, tornar sua descrição completa. Por outro lado, o Direito como prática apresenta múltiplos elementos que se encontram em uma tensão interna, cuja harmonização operativa obriga a realizar escolhas que devem ser justificadas, não apenas serem descritas.

### **3.10 De “ensinar Direito é transmitir normas (conteúdos)” a “ensinar Direito é desenvolver certas habilidades”**

a) *Positivismo*. O Direito se objetiva nas regras jurídicas; conseqüentemente, conhecer o Direito é principalmente conhecer suas normas, suas regras. O ensino do Direito, portanto, deve organizar-se de ma-

neira tal que garanta que essa transmissão de conhecimento normativo se tenha produzido. Estudar Direito é apreender regras jurídicas de cada um dos ramos que o compõem. Por isso, os estudos de Direito tradicionalmente têm sido de memorização (quanto mais normas se sabem, mais Direito se sabe) e insulares (como se trata de saber normas jurídicas, nem entram em contato nem se entrecruzam com outros estudos). Esses preceitos relativos ao ensino do Direito (às Faculdades de Direito), também foram aplicados como critérios para selecionar os juristas profissionais (excluído o livre exercício). Juízes, fiscais, advogados do Estado, notários, etc. devem ser selecionados mediante provas nas quais demonstrem a excelência de seu conhecimento do Direito, isto é, a excelência de seu conhecimento das regras jurídicas.

b) *Post-positivismo*. O Direito não são somente regras jurídicas. Além do mais, dada a tendência ao crescimento exponencial das regras (cada vez se ditam mais) e a tendência à sua volatilidade (à mudança e à existência efêmera), o conhecimento das regras resulta impossível: exaustivo e inútil, se se quiser prático. Neste sentido, os princípios jurídicos têm um potencial explicativo e racionalista do Direito muitíssimo mais alto do que o das regras. O relevante na excelência jurídica não é, pois, o acúmulo de memorização das regras, mas uma adequada combinação de conhecimentos normativos (regras à luz dos princípios que lhes dão sentido) e do desenvolvimento de habilidades metodológicas orientadas para solucionar problemas jurídicos. "Como resolver um problema jurídico?" deve ser o norte em direção ao qual deve tender o ensino do Direito. Isto é, o norte está em um ensino muito mais metodológico do que de memorização. E, pelo que se refere às profissões jurídicas, deve-se acabar com a "invisibilidade" e com a "intermobilidade" que o peso imponente do império da lei tem submetido aos profissionais do Direito. Um bom juiz, um bom fiscal ou um bom notário não é simplesmente alguém que conhece as leis e as usa para resolver casos. A concepção do Direito como prática, e não somente como regras e procedimentos, exige o desenvolvimento de uma cultura das virtudes profissionais dos juristas.

# [ O que não se ignora no véu da ignorância ]

Marco Santos Reis\*

**Resumo:** Este artigo pretende analisar a chamada posição original, ponto nodal da teoria da justiça de Rawls. Neste sentido, o escrito objetiva saber se as hipóteses da posição original conduzem, de modo lógico, aos resultados defendidos por Rawls. Para isso, será necessário examinar o que está além do véu da ignorância. Tal crítica se dará sob a perspectiva crítica do libertarianismo, que enfatiza o direito de liberdade individual e se baseia no princípio de não agressão.

**Palavras-chave:** Rawls. Véu da Ignorância. Cálculo econômico. Direito de liberdade individual.

**Abstract:** This work aims to analyze the so-called original position, which is the hub of Rawls's theory of justice. In this sense, it is important to question whether the assumptions of the original position, logically, leads to the principles sustained by Rawls. To achieve this goal, it is necessary to examine what is beyond the veil of ignorance and what is meant by this wording. This article will adopt a libertarian perspective. The libertarianism emphasizes individual freedom and is based on the principle of non aggression.

**Keywords:** Rawls. Veil of ignorance. Economic projection. Freedom and individual rights.

## 1 Introdução

É lugar comum ressaltar a importância de John Rawls para a Filosofia do Direito e para a teoria jurídica em si. Seja para aceitá-la ou recusá-la, o certo é que a teoria da justiça de Rawls, embora escrita no início da década de 1970, até hoje lança suas influências àquele que pensa as relações entre o Direito e a sociedade. O presente estudo não terá o condão de abarcar a imensa obra de Rawls, mas objetiva analisar criticamente o cerne de seu arcabouço teórico, a saber: questionar se as premissas assumidas pelo autor quanto à chamada posição original conduzem aos princípios por ele defendidos.<sup>1</sup>



\* Mestrando em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Endereço eletrônico: strafrechtswissenschaft@hotmail.com

<sup>1</sup> O artigo não realizará uma exposição aprofundada dos princípios em questão. De modo sucinto, segundo o princípio da maior liberdade igual, cada pessoa deve ter um direito igual ao mais abrangente sistema de liberdades básicas iguais compatível com um sistema semelhante de liberdades para as outras. Já o princípio da diferença diz que as desigualdades sociais e econômicas devem ser ordenadas de tal modo que sejam ao mesmo tempo consideradas vantajosas para todo dentro dos limites do razoável e vinculadas a posições e cargos acessíveis a todos. Cf. RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 64.

Para tal, será necessária, em primeiro lugar, uma exposição fiel do conteúdo da posição original e, sobretudo, das restrições impostas pelo véu da ignorância. Em segundo lugar, caberá o exame dos pontos considerados falhos na teoria sob um prisma não apenas filosófico, mas também econômico, a fim de indagar se a referida teoria é apta a gerar um processo decisório coerente para fins de organização social.

Por fim, o estudo, realizado à luz de uma crítica libertária,<sup>2</sup> oferece suas conclusões a respeito da sustentabilidade da teoria de Rawls.

## **2 A posição original: as restrições impostas pelo véu da ignorância**

Segundo Rawls, o objetivo da posição original é criar as condições ideais para um processo equitativo à luz de uma justiça procedimental pura. Nesse sentido, pretende-se excluir os efeitos contingenciais específicos relativos à disputa de posições entre os homens. A meta é, portanto, anular qualquer espécie de exploração das circunstâncias naturais e sociais em benefício de uns e em detrimento de outros.<sup>3</sup>

Conforme pontua o autor,<sup>4</sup> tais contingências sociais são abstraídas, pois um acordo equitativo quanto aos princípios de justiça deve eliminar supostas vantagens da barganha que surgem de modo inevitável no seio social.

A posição original consubstancia um instrumento artificial, um acordo hipotético e a-histórico, cujo intuito é justamente situar as partes de modo simétrico por meio do véu da ignorância, a fim de que se atinja o ideal de justiça social almejado por Rawls, isto é, a escolha de seus princípios da justiça.

Em primeiro lugar, as partes ignoram seu lugar na sociedade, bem como a sua posição de classe ou *status* social. Em segundo lugar, as partes desconhecem seus potenciais ou dotes naturais, suas habilidades, sua capacidade intelectual, sua força e outras condições inerentes à condição humana. Também não lhes são acessíveis as suas concepções de bem, as características do seu projeto racional de vida, tampouco peculiaridades de sua psicologia. As circunstâncias culturais e políticas de sua própria sociedade são, a rigor, igualmente ignoradas.



<sup>2</sup> O libertarianismo, a rigor, incorpora duas posições: o anarcocapitalismo, a existência de um livre mercado, ausência de coerção estatal ou poder centralizado e a organização de leis por particulares, e o minarquismo, existência de um Estado com funções de proteção contra ameaças externas e agressões entre particulares e de julgamento de crimes e inexecuções contratuais. O libertarianismo tem o ponto nodal de sua filosofia no princípio de não agressão e preservação da vida, liberdade e propriedade, enquanto direitos essenciais do indivíduo. Este trabalho não é uma exposição do libertarianismo, mas efetuará sua crítica a partir de premissas libertárias, sobretudo no que diz respeito à análise econômica da teoria da justiça de Rawls. Entre os autores libertários de maior vulto, podem-se citar: Frédéric Bastiat, Ludwig Von Mises, Friederich von Hayek, Murray Rothbard, Llewellyn Rockwell Jr., Hans-Hermann Hoppe, Milton Friedman e David Friedman.

<sup>3</sup> Cf. RAWLS, op. cit. p. 146 et seq.

<sup>4</sup> RAWLS, John. *O liberalismo político*. 2.ed. São Paulo: Ática, 1993. p. 67 et seq.

Rawls admite, contudo, que as partes têm acesso a alguns conhecimentos, a saber: a) a sociedade está sujeita às circunstâncias da justiça e à qualquer consequência que possa decorrer disso; b) as partes conhecem os fatos genéricos sobre a sociedade, isto é, entendem as relações políticas e os princípios da teoria econômica, compreendem a base da organização social e as leis que regem a psicologia humana.

Em síntese, presume-se que as partes conheçam quaisquer fatos genéricos que afetem a escolha dos princípios da justiça, sendo certo que inexistem limites para a informação genérica, para as leis e teorias gerais, uma vez que as concepções da justiça devem ser ajustadas às características dos sistemas de cooperação que devem ou pretendem regular. Segundo o autor, não há razões para desconsiderar tais fatos.<sup>5</sup> Uma vez cientes deste experimento mental proposto por Rawls, o que devemos pensar do processo decisório das partes envolvidas?

### **3 Apreciações críticas: a decisão das partes segundo o véu da ignorância e suas implicações**

#### **3.1 Argumentos práticos e teóricos**

O artifício utilizado por Rawls comporta algumas críticas de ordem variada. Tais objeções se descortinam não apenas sob uma perspectiva afeta à praticidade de um modelo de justiça aplicável a um cenário concreto, bem como sob uma perspectiva teórica.

Em primeiro lugar, a adoção do modelo hipotético-procedimental de Rawls como instrumento de aplicação de políticas públicas tendentes à promoção de justiça social é problemática. Por um lado, há a dificuldade de reconstrução da posição original (um ambiente a-histórico). Por outro, o fato de os experimentos já tentados neste sentido revelam que, fora do véu da ignorância, o índice de escolha da teoria rawlsiana para fins de distribuição de bens primários é ínfimo<sup>6</sup>, o que nos leva a uma segunda objeção de ordem prática<sup>7</sup>, mas também teórica.



<sup>5</sup> RAWLS, 2002. p. 147 et seq.

<sup>6</sup> Cf. TOCCHETTO, Daniela Goya. *Julgamentos de justiça distributiva em John Rawls e Robert Nozick: uma investigação experimental*. 2008. Tese (Mestrado em Economia). Faculdade de Ciências Econômicas, Universidade Federal do Rio Grande do Sul. p. 149 et seq. Disponível em: <<http://www.lume.ufrgs.br/handle/10183/15269>>. Acesso em: 30 ago. 2009. De acordo com esta pesquisa, dois grupos foram formados: o primeiro, submetido a um experimento que pretendeu remontar a posição original de Rawls; o outro grupo não foi exposto ao véu da ignorância. O resultado revelou que a teoria de Rawls restou muito bem acolhida pelo primeiro grupo, enquanto o oposto verificou-se no segundo grupo. Naturalmente, tais experimentos não são conclusivos, mas podem significar uma considerável prova inicial da capacidade de rendimento concreta da teoria de Rawls.

<sup>7</sup> Apesar de todo o apelo procedimental e hipotético da posição original, a possibilidade de sua aplicação prática não é um fato que possa ser ignorado. A teoria existe para explicar e modificar para melhor os fatos humanos, e não o inverso.

Mesmo que fosse possível a aplicação do véu da ignorância para se chegar aos princípios da justiça de Rawls em uma hipotética sociedade, seria duvidoso que uma próxima geração de “partes”, agora já em contato com as elementares anteriormente ocultas por ocasião do véu, continuaria a escolher os mesmos princípios de justiça.<sup>8</sup> A imponderabilidade da experiência daquelas elementares poderá desempenhar considerável influência no resultado final. Há, portanto, uma possibilidade relevante de instabilidade – sobretudo, nas primeiras transições.

Outra observação crucial a ser feita é o fato de que uma das partes integrantes da posição original desconhecer sua posição social, *status*, riqueza, dotes naturais e outras características restringidas pelo véu, *não significa que ela desconsidera alguns pontos, a saber*: a) que todas as partes necessariamente terão em concreto essas características em algum grau; b) que tais características, embora necessariamente devam existir em concreto, não são atribuíveis a cada uma das partes em um mesmo grau;<sup>9</sup> c) que se existe um certo número de “vagas” quanto ao grau mais ou menos vantajoso que cada característica ocultada pelo véu comporta, tais possibilidades serão relevantes para a decisão, apesar de as partes ignorarem seu *locus* exato no tocante a essas características concretas; d) que existem certos valores em escala individual ou geral, que vão desde a predileção pela força de vontade, independência, destemor, esforço, abnegação no trabalho até a predileção por uma vida ociosa, contemplativa e hedonista, a título de exemplo. As partes, a rigor, não sabem a quais desses valores serão simpáticas, mas sabem que a sociedade em que viverão poderá apresentar predominantemente o valor A ou B (ou ainda uma mistura de ambos), mas não só. As partes sabem (ou podem saber) que necessariamente serão simpáticas a um desses valores (ou outros, fora desta modesta lista); e) que, a não ser que as partes tratem os bens como “maná caído dos céus”,<sup>10</sup> elas devem se preocupar com outra questão além da de “como distribuir bens”. Como as partes dispõem de conhecimentos básicos em economia, elas sabem que existe o fenômeno da *escassez*,<sup>11</sup> o qual não poderão ignorar, sobretudo para o estabelecimento dos princípios de justiça.



<sup>8</sup> Acrescente-se o fato de que, apesar do véu da ignorância, as partes detêm um conhecimento básico sobre as leis que regem a psicologia humana, bem como a própria noção do véu procura evitar um determinado tipo de conduta: aquele que só enxerga o interesse próprio. Uma vez expostas às elementares outrora ocultas, seriam as partes capazes de manter os princípios de justiça? Não existe uma resposta pronta para essa questão. No entanto, a possibilidade de uma negativa é relevante.

<sup>9</sup> Seria impossível que todas as partes fossem, ao mesmo tempo, ricas, de alto *status* social, inteligentes e muito talentosas em todas as atividades. Caso contrário, a teoria de Rawls não faria sentido. Também não faria sentido se todas as partes fossem ao mesmo tempo o oposto do anterior. Logo, existiria um número certo de “vagas” para cada nível dessas características.

<sup>10</sup> Crítica também realizada por NOZICK, Robert. *Anarquia, Estado e Utopia*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1974. p. 215.

<sup>11</sup> Se existe um elemento indispensável, é a *escassez*. Se todos os humanos dispusessem de uma máquina capaz de satisfazer suas necessidades e desejos, toda a discussão que Rawls quer promover (personificada, sobretudo, no princípio da diferença) não teria razão de ser.



O erro de Rawls é não só ignorar as possíveis e prováveis observações acima expostas durante o processo decisório, mas também fazer com que cada indivíduo, isoladamente, imagine-se na pior das situações. No entanto, o jusfilósofo de Harvard ignora que a dinâmica das decisões na posição original incorpora um feixe de possíveis relações e situações, consideradas as partes em conjunto. Se não é possível afirmar sem hesitação que as observações aqui realizadas levariam com certeza à escolha de outros princípios, também não é possível afirmar, como quer Rawls, que os princípios por ele defendidos serão aceitos nos termos em que pretende o autor. Conforme demonstraremos em apartado posterior, é mais provável que os princípios da justiça de Rawls não sejam escolhidos.

Uma investigação acerca do véu da ignorância de Rawls deixa dois pontos razoavelmente claros, embora o autor não seja explícito quanto a isso. Em primeiro lugar, deixa claro que possuir determinados bens (inteligência, riqueza, *status*) é uma condição necessária e suficiente para que qualquer indivíduo tenha êxito. É condição suficiente porque o desconhecimento desses atributos em concreto é o que fará, em última instância, as partes escolherem, sobretudo, o princípio da diferença.

Este raciocínio, contudo, é equivocado, pois não é verdade que tais bens sejam, por si só, condições suficientes para gerar uma situação material satisfatória ou socialmente justa. Não é verdade que quem dispõe de tais bens, apenas em função disto, garanta uma “fatia maior” para si. Pessoas incrivelmente inteligentes, com cérebros brilhantes, podem se dedicar a atividades artesanais ou a atividades de baixa remuneração; podem não ser devidamente estimuladas ou, simplesmente, podem ser preguiçosas em demasia para explorar seus “dons naturais”. Pessoas extremamente ricas podem não saber gerir tal capital e desperdiçá-lo, seja em esbanjamentos e extravagâncias ou em empreendimentos inviáveis. Da mesma forma, pessoas que gozam de certa posição social não terão a garantia de grandes rendas, a não ser que se imagine uma sociedade em que a influência política sobrepuje a igualdade de todos perante a lei, regra da qual Rawls não pode prescindir se deseja manter seu primeiro princípio de justiça (que quer garantir igualdade de acesso aos cargos e posições).

O êxito material de cada indivíduo depende de uma série de outras circunstâncias, sejam elas inerentes ao indivíduo, sejam externas a ele. Só isto já bastaria para pôr em xeque a correção do argumento de Rawls, pois se uma das premissas não é verdadeira, a conclusão pode até ser válida, entretanto, o argumento estará incorreto.

No entanto, a estrutura da posição original também nos permite visualizar outro ponto. As partes da posição original tendem a uma atitude egoísta.<sup>12</sup>



<sup>12</sup> John Rawls (2002, p. 138 et seq.) deixa esta ideia clara em duas passagens. Assevera o autor que o julgamento dos homens tende a ser distorcido, entre outras razões, pela preocupação com seus próprios interesses. Supõe, ainda, que as partes na posição original são mutuamente indiferentes – isto é, não estão dispostas a sacrificar seus interesses em benefício dos outros.

Se Rawls tem a preocupação de (a) promover um reequilíbrio quanto aos menos favorecidos materialmente, que, necessariamente, implica uma transferência forçada de renda dos mais abonados para os menos abonados, por meio de alguns instrumentos como, por exemplo, a tributação; e (b) eliminar das partes o conhecimento acerca de dons naturais, *status* social, riqueza e outros bens materiais que supostamente são condições suficientes para os princípios de justiça conclusivos, tal pensamento traduz, mais ou menos, a seguinte proposição: as partes na posição original não tendem à solidariedade, mas sim a uma postura egoísta. Caso contrário, não haveria necessidade do véu da ignorância.

Excetuada a crítica óbvia segundo a qual Rawls incorpora um estudo antropológico, isto é, de modo implícito tenta estabelecer uma natureza humana egoística, esta visualização das partes soa extremamente medíocre, uma vez que, na realidade, além de ser tarefa deveras perigosa e difícil identificar a essência do homem, não somos todos egoístas tampouco indiferentes ao sofrimento alheio. Mas as críticas não cessam neste ponto.

Conforme pontua Nozick, caberia questionar “por que os indivíduos na posição original escolheriam um princípio que se concentra em grupos e não em indivíduos”.<sup>13</sup> Nozick indaga se a aplicação do princípio *minimax* não levaria, na verdade, a que cada pessoa na posição inicial preferisse maximizar a posição da parte que se encontra em pior situação. Neste caso, a questão estaria limitada à avaliação de como está se saindo o pior indivíduo numa escala social.<sup>14</sup> Trata-se, pois, de um expediente *ad hoc*.<sup>15</sup>

Em quarto lugar, é possível realizar algumas ponderações a respeito de possíveis questionamentos das partes envolvidas à sombra do véu da ignorância, conforme as observações acima aduzidas. Se as partes necessariamente sabem dos fatores apontados por ocasião de nossa primeira observação neste apartado (observações de “a” a “e”), podemos ter o seguinte quadro hipotético: a) a parte X – que deve tender ao egoísmo a fim de que a própria posição original possa fazer sentido – cogita da possibilidade concreta de vir a ser pobre, pouco inteligente, aparentemente sem dons ou talentos naturais e de não desfrutar de bom *status* social. Ora, ela, todavia, sabe que todas as



<sup>13</sup> NOZICK, op. cit. p. 209.

<sup>14</sup> NOZICK, op. cit. p. 209.

<sup>15</sup> Ocupamo-nos da expressão no sentido depreciativo, isto é, uma hipótese que explica unicamente o fato particular para o qual ela foi inventada como justificção e que não tem nenhum valor probatório, nenhuma consequência suscetível de verificação. Ora, se as partes são concebidas num ambiente a-histórico – como quer Rawls –, não existe possibilidade plena de comprovação dos resultados a que se chega. Ademais, conforme já exposto, também segundo ulteriores observações deste trabalho, não é de modo algum seguro dizer que: a) os elementos ocultos pelo véu da ignorância são determinantes para a escolha dos princípios de justiça nos moldes pretendidos por Rawls; b) as partes escolheriam somente tais princípios de justiça. A hipótese do véu da ignorância parece-nos muito mais um expediente mal acabado e insuficiente, cujo objetivo é, de qualquer forma, legitimar o princípio da diferença. O próprio Rawls (2002, p. 152) admite esse modo de proceder: “Ora, as razões para recorrermos ao véu de ignorância ultrapassam a mera simplicidade. Queremos definir a posição original de modo a chegarmos à solução desejada”.

outras partes terão alguma vantagem sobre ela quanto a esses “bens”. Ou seja, apesar de isso ser apenas uma possibilidade, sabe-se que dentro desse quadro hipotético existirão outras partes necessariamente mais bem dotadas em relação a esses bens ou características. Em um primeiro momento, esta parte teria todos os motivos para escolher o princípio da diferença, mas se pensarmos que se essa é uma das piores situações para esta parte individualizada, isto quer dizer que, por exemplo, numa amostragem de 1 a 10 quanto ao grau atribuível a cada um desses bens, existem outras partes em melhor situação.

Se pensarmos numa escala da referida amostragem em termos de riqueza, a título ilustrativo, o que será possível inferir quanto à posição original? Se todas as partes tendem ao egoísmo, é factível que as partes do nível 6, 7, 8, 9 e 10 em termos de riqueza não concordem em ter de transferir parte de seus rendimentos aos menos favorecidos. Aqui é irrelevante se essas partes com um nível de riqueza maior do que a média correspondem a 70, 50, 30 ou 15% das partes ou pessoas destinadas a viver numa sociedade hipotética. Rawls poderia retrucar: mas a parte, de qualquer modo, não sabe a qual nível pertencerá. Entretanto, isso não é tão relevante quanto parece, pois todas as partes, individualmente consideradas, terão potencialmente (e provavelmente assim irão proceder) a chance de cogitar desta hipótese. Se as partes sabem de antemão que a) existe um grupo maior ou menor de indivíduos necessariamente dotado de maior quantidade de riqueza, independentemente do fato de uma das partes (por exemplo, a que efetua esse raciocínio) vislumbrar para si o pior dos cenários; b) que as partes viverão num ambiente de recursos escassos; e c) que as partes tendem ao egoísmo, por qual razão as partes detentoras da maior parte da riqueza concordariam com o princípio da diferença e todas as implicações ulteriores desse princípio na teoria de Rawls, nomeadamente a transferência de bens?

### 3.2 O argumento econômico

Para responder a esta questão, é preciso esclarecer dois pontos: o fenômeno da escassez e o fato de que os bens materiais não nascem sem dono, como num bolo gigante ofertado por Deus, para depois ser dividido, atribuindo-se uma quota a cada pessoa.

Se existe escassez, serão necessários fatores produtivos empregados do modo mais eficaz possível para satisfazer às necessidades das partes, sobretudo capital disponível. Por que razão os detentores desse capital concordariam em transferir proporcionalmente tais recursos aos que possuem menos? Tal ganho de utilidade já não estaria sendo transferido com a utilização do capital das partes mais abonadas na produção de bens necessários à vida de todos?<sup>16</sup> Por que motivo essas partes concordariam em transferir



<sup>16</sup> Cumpre lembrar que tal dinâmica não implica apenas produção de bens para o consumo, mas envolve o recrutamento de mão de obra para diversos empreendimentos.

algum tipo de benefício a mais, além dos inerentes às trocas típicas do livre mercado?

Ressalte-se que, em um ambiente de escassez e competição, é necessário o capital não ficar estacionário, mas sim que seja utilizado sob a forma de poupança para investimento e aperfeiçoamento da produção e atendimento às necessidades.

A escassez traz à lume uma questão crucial, mas frequentemente esquecida:<sup>17</sup> antes de pensar como redirecionar os ganhos dos mais favorecidos para os menos favorecidos, é preciso considerar a dinâmica da superação da finitude de recursos.

Essencial à noção de escassez é o chamado “cálculo econômico”. A fim de não desperdiçar os recursos limitados, é indispensável uma alocação e aplicação que lhes dê a maior efetividade no processo de satisfação das necessidades humanas.

Em sociedades complexas como as do mundo hodierno, os modos de combinação e alocação dos recursos para a produção de bens são inúmeros e contingentes. Trata-se do fenômeno chamado “cálculo econômico”.<sup>18</sup>



<sup>17</sup> Rawls, por exemplo, é um dos que parece esquecê-la, pois, ao tratar dos aspectos econômicos de sua teoria, assevera que as questões de economia política são discutidas tão somente para se descobrir a sustentação prática da justiça como equidade. Deseja apenas saber qual a taxa adequada de poupança ao longo do tempo e como deveriam ser organizadas as questões da tributação e da propriedade, sem dispensar uma mínima atenção aos efeitos causados por tais intervenções governamentais e sem abordar a questão fundamental de que, para pensar em distribuir, é preciso pensar na melhor forma de produzir (RAWLS, 2002, p. 293).

<sup>18</sup> Tal discussão envolve marxistas, economistas clássicos, neoclássicos e a escola austríaca. Inaugurado por Barone – e tendo como principais atores Mises, Hayek e Oskar Lange –, o debate permanece até os dias atuais. Questiona-se, sobretudo, a possibilidade de uma economia planejada, com o Estado no domínio dos meios de produção (nos moldes do socialismo) e, até mesmo, um Estado intervencionista efetuarem tal cálculo da forma mais eficiente. A dúvida é se o Estado, nos moldes socialista ou intervencionista, mesmo dispondo de tecnologia avançada, saberia lidar com as variáveis do cálculo econômico: a escala de preferência dos consumidores; o conhecimento dos termos nos quais as alternativas de produção de bens são oferecidas; o volume das informações disponíveis e conhecimento acerca da disponibilidade de recursos. Historicamente, constata-se a crítica de Boris Brutzkus, economista russo que viveu o regime socialista da União Soviética. Segundo este autor, uma economia planejada encontra muitos obstáculos à realização do cálculo econômico, uma vez que prescinde do sistema de preços típico de uma economia de livre mercado. Assim, um governo socialista teria não apenas maiores dificuldades para o cálculo, bem como – em caso de fracasso e, por conseguinte, prejuízo econômico –, os administradores públicos nada sofreriam (ao contrário do empresário no livre mercado), visto que tais atividades seriam financiadas pelos recursos advindos de tributação. Conforme a própria história encarregou-se de evidenciar, não foi à toa que, entre outras causas, o colapso do socialismo real deu-se também em função de políticas econômicas incapazes de produzir de modo eficaz. Ademais, vale lembrar a baixa qualidade de vida da população nos países socialistas. Enquanto para Lange o problema do cálculo econômico é solucionável se a escala de preferências dos consumidores, o conhecimento dos termos nos quais as alternativas são oferecidas e o conhecimento da disponibilidade de recursos estiverem acessíveis, Mises e Hayek objetam que nem a escala de preferências tampouco o conhecimento de recursos disponíveis são dados de antemão e de modo constante, já que existem tão só numa forma dispersa. Além disso, os preços no livre mercado são a forma mais prática conhecida para definir o conhecimento acerca das várias alternativas oferecidas. Para uma densa discussão quanto ao problema do cálculo econômico: BARBIERI, Fernando. *História do debate do cálculo econômico socialista*. 2004. 284 f. Tese (Doutorado em Economia) – Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade, Universidade de São Paulo, São Paulo. p. 65 et seq.

Para Rawls, deve haver um setor de alocação responsável por manter a competitividade do sistema de preços dentro dos limites do factível. Tal setor teria a tarefa de corrigir os desvios mais óbvios em relação à eficiência, medindo com precisão custos e benefícios sociais, podendo recorrer, para tal, a impostos e subsídios adequados.<sup>19</sup>

Assevera também o autor que é uma tarefa essencial da lei e do governo instituir as correções necessárias ao mercado. Neste ponto, argumenta que é preciso aprovação coletiva organizada e garantida pelo Estado, uma vez que seria superficial acreditar que mesmo homens justos, quando se trata de bens indivisíveis em relação a um grande número de pessoas, tomam decisões que não conduzem ao bem comum.<sup>20</sup> Rawls parece se esquecer de que o Estado é composto por agentes que, eleitos ou não, são em última análise, homens comuns, suscetíveis aos mesmos erros de avaliação que o autor reconhece. Então por que um aparato estatal intervencionista haveria de conhecer as decisões mais justas?

Que consequências tais considerações trazem para as partes na posição original e para a própria teoria de Rawls? Se as partes soubessem que viveriam em mundo de escassez e pretendem desfrutar de liberdade de escolha, dificilmente optariam por um sistema socialista, por dois motivos.



<sup>19</sup> RAWLS, 2002, p. 304. Além da controversa possibilidade de o setor público alocar recursos escassos com melhor eficiência que o livre mercado, a recorrência a impostos e subsídios pelo Estado gera, contudo, um problema. Ao realizar um investimento em determinada área e subsidiar um ou alguns grupos de empresários na realização deste investimento, o Estado usa, naturalmente, capital oriundo de tributação – isto é, a poupança de particulares. Entretanto, não há nada que garanta: a) que tal investimento é mais urgente sob o ponto de vista dos cidadãos; b) que o grupo subsidiado é o mais eficiente para realizá-lo; c) que tal investimento, de fato, será útil e lucrativo; e, finalmente, d) que o particular, cujo dinheiro é tomado, investiria sua poupança naquele empreendimento. Caso a operação gere prejuízos, o contribuinte é punido duplamente: na tributação e nos prejuízos de um investimento que, talvez, ele mesmo não faria. Ademais, tampouco a noção do sistema de preços “factível” pode encerrar algum significado e impressão pela ignorância econômica. A rigor, o preço de um bem econômico nada mais é do que o julgamento valorativo das partes que voluntariamente operam no mercado. Não existe, portanto, algo como “preço factível” instituído à força ou puramente em decorrência do valor-trabalho, mas tão só valorações subjetivas dos agentes. O preço conhecido é sempre o preço passado e naturalmente fixado pelas livres trocas, o que equilibra a estrutura de oferta e procura. O controle de preços por parte do Estado pretende privilegiar ou o vendedor (fixação de preços mínimos) ou o comprador (fixação de preços máximos). Conforme explica Mises, se o governo quer tornar mais facilmente acessíveis certos produtos por intermédio da fixação de um preço máximo, o objetivo não será atingido, pois tal medida causará desvios na produção e, por conseguinte, na oferta. O resultado será exatamente o oposto. No caso do controle cambial, qualquer tentativa do governo em forçar um valor para a sua moeda maior do que seu valor de mercado dará origem aos efeitos da Lei de Gresham – isto é, a depreciação do valor da moeda (também denominado, de modo não muito exato, de escassez de divisas). Como uma moeda é um bem econômico, e não livre (como o ar), é inconcebível imaginar que não esteja suscetível à lei de oferta e procura. Se o governo expande a base monetária artificialmente e, ao mesmo tempo, objetiva preservar o poder aquisitivo das pessoas, deparará necessariamente com a perda de valor da moeda, que, por sua vez, diminuirá o poder aquisitivo em função do processo inflacionário criado. Cf. MISES, Ludwig Von. *Intervencionismo: uma análise econômica*. Rio de Janeiro: Instituto Liberal/EXPED, 1999. p.47-51 et seq e p. 57 et seq.

<sup>20</sup> RAWLS, 2002, p. 297.

Em primeiro lugar, as partes investidas de maior capital não teriam liberdade na produção, bem como aos consumidores só seria possível o consumo de bens e serviços escolhidos e devidamente distribuídos pelo governo. Em segundo lugar, sem um sistema de preços inerente ao livre mercado, o cálculo econômico, embora jamais exato em nenhum modo de organização, seria muito mais dificultoso pela incapacidade de o planejamento estatal conhecer todas as variáveis influentes no processo.

Pelas mesmas razões, ainda que em grau menos intenso, é bem possível que as partes envolvidas não se decidiriam em favor de um Estado intervencionista ao extremo.<sup>21</sup> Conforme acentua Mises, toda intervenção colima o desvio da produção determinada pelo mercado, o que ocasiona também um desvio no consumo. As medidas como subsídios, tabelamento e controle de preços, barreiras protecionistas – ou até mesmo a imposição governamental arbitrária de um salário mínimo –, salvos raríssimos casos logram, de modo duradouro, atingir o fim desejado pelas autoridades públicas, simplesmente porque violam o equilíbrio natural do mercado.<sup>22</sup>



<sup>21</sup> Um exemplo real do quão nociva uma política intervencionista em prol de uma suposta justiça social e melhor distribuição de renda pode ser a recente crise econômica de 2008 nos Estados Unidos da América. O Community Reinvestment Act, conjunto de medidas integrantes da política intervencionista norte-americana com o fito de estimular a expansão de crédito imobiliário entre os setores mais pobres da sociedade – que remonta o governo de Carter em 1977 –, representou o início de uma série de legislações posteriores no mesmo sentido. Por conseguinte, os bancos comerciais foram obrigados a conceder crédito a mutuários que – outrora, e à luz de uma análise racional – não teriam capacidade creditícia suficiente. Acrescente-se o fato de o Federal Reserve (FED), equivalente ao nosso Banco Central, reduzir de modo temerário a taxa básica de juros (taxa de fundos federais), o que permitiu aos bancos do mercado primário também abaixarem os juros nas operações interbancárias – pois a queda da taxa básica de juros possibilita aos bancos operarem com uma porcentagem mínima de reservas compulsórias e, por consequência, ampliarem o volume de capital disponível para empréstimos. Além disso, o governo norte-americano prometeu cobrir eventuais perdas em empréstimos, ocasionando um risco moral, consistente em gerar no mercado a falsa impressão de que existia poupança suficiente para financiar tal expansão de crédito “fácil”. Tal situação estimula a ação equivocada e irrefletida dos agentes econômicos. Se existe a falsa impressão de poupança e os riscos estão garantidos pelo governo, tudo favorece a ações irracionais. Contudo, a diminuição de juros é apenas uma forma artificial de injetar moeda, o que, conforme explica a teoria austríaca dos ciclos econômicos, gera distorções de maior ou menor intensidade e a maior ou menor prazo, conforme a intensidade e duração desta política monetária, culminando em periódicas recessões. Tal explicação é oferecida pela teoria austríaca dos ciclos econômicos (Tace). A questão crucial é visível quando as taxas de juros são artificialmente reduzidas pela emissão de papel-moeda ou o aumento de crédito sem lastro no montante existente de poupança pelos bancos que operam no mercado sob a fiscalização do Banco Central. Como as taxas de juros estão abaixo das que naturalmente existiriam caso não houvesse esta interferência, as informações que chegam ao mercado são falsas. O consumidor acredita que pode reduzir sua poupança, aumentando o consumo em função do crédito extra ou da nova quantidade de papel-moeda, enquanto os empresários aumentam os investimentos, gerando as chamadas “bolhas”. Isso tudo em função do aparente aumento na oferta de crédito que, em verdade, inexistente. Para uma explicação mais detalhada da mencionada teoria, cf. MISES, Ludwig von. *On the manipulation of money and credit*. New York: Free Market, 1978. p. 221-233.

<sup>22</sup> É um equívoco supor que as conquistas democráticas, os direitos civis e a liberdade individual sejam compatíveis com uma economia de mercado obstruída, pois, em um mundo de recursos escassos, a liberdade para empregá-los a fim de satisfazer às necessidades humanas, levando-se em conta o cálculo econômico, só é respeitada de forma plena em um livre mercado e, também, de forma mais eficiente. As demais liberdades estão inexoravelmente vinculadas à liberdade de o cidadão empregar seus recursos na busca de suas realizações. O intervencionismo, embora não

Como isso pode relevar para a questão aqui posta? Se as partes na posição original conhecem o fenômeno da escassez e sabem que é necessário lidar com os recursos limitados da forma mais racional possível quanto às necessidades das pessoas, pouco importam seus dons naturais ou quantidade de riqueza concreta, pois só uma economia de livre mercado, baseada em decisões individuais racionais<sup>23</sup> e na divisão do trabalho, poderá assegurar às partes o máximo de liberdade de escolha e, ao mesmo tempo, os bens necessários à vida com custos menores e maior eficiência.

Mais dois aspectos reclamam comentário. O primeiro refere-se à capacidade de poupança das pessoas que escolheriam os princípios de justiça apontados pelo autor; o segundo diz respeito à forma como o equilíbrio promovido pelo princípio da diferença funcionaria.

Na teoria de Rawls, a poupança está submetida ao princípio da diferença. O autor pretende chegar a um suposto princípio justo que sinalize o quanto de poupança será necessário para manter um mínimo social capaz de garantir instituições justas, sobretudo aos menos favorecidos. Mas não só. Rawls pretende que esse acúmulo se mantenha mais ou menos estável entre as gerações.<sup>24</sup> Este anseio tem, contudo, um problema. Se o setor de transferências deseja garantir condições materiais básicas para os menos favorecidos, terá de tributar os segmentos de maior capacidade de acúmulo de capital na sociedade, de forma proporcional.

O nível de renda disponível em dada sociedade depende das alíquotas dos impostos diretos aplicadas aos rendimentos brutos. Se o Estado segue esta política fiscal, o resultado é que a receita pública será obtida às expensas da redução da poupança agregada dos segmentos mais ricos e, por isso também, principais responsáveis por investimento. Se, por outro lado, o Estado segue uma política fiscal baseada em impostos indiretos, estes são incorporados aos preços de mercado dos produtos finais, influenciando os níveis nominais de dispêndio de consumo. Desse modo, a maior parte da receita será obtida com a possível redução do consumo agregado, o que repercute de modo desfavorável, sobretudo, nos segmentos sociais de menor renda.

faça cessar uma economia de mercado, impõe uma série de medidas – sejam restritivas, de expansão do crédito, instituidoras de controle de preços, subsídios, entre outras – que, em vez de atingir o objetivo para o qual foram idealizadas, trazem perturbações manifestadas sob a forma de recessão, inflação e aumento de tributação, como forma de tentar recuperar ou superar os prejuízos (não apenas econômicos) causados por interferências artificiais. Para esta e outras críticas ao intervencionismo, Mises (1999).

<sup>23</sup> A racionalidade não é aqui usada para designar o acerto de todas as decisões individuais. Por ser falível, o homem nem sempre usa os meios mais eficazes para a realização de um fim. Entretanto, a ação humana percorre este itinerário: impõe a si propósitos diversos e, para a consecução destes, desenvolve meios ou métodos mais ou menos eficazes. O livre mercado não assegura que todos sejam sempre bem sucedidos, mas proporciona a liberdade para fazer escolhas, a fim de que cada qual possa cooperar com o outro da forma mais eficiente. O lucro é um prêmio por bem atender às necessidades dos consumidores. O prejuízo ou a falência, quando não ocasionada por fatores excepcionais, significa a escolha de uma decisão equivocada quanto às necessidades dos consumidores.

<sup>24</sup> RAWLS, 2002, p. 293 et seq.

Se Rawls pretende beneficiar os menos favorecidos através de instrumentos estatais como a tributação, por meio do setor de transferências, então há sério risco de os segmentos sociais com maior capacidade de investimento simplesmente ficarem sem capital necessário para empregar em suas atividades. Tal desestímulo pode gerar, entre outras coisas, uma economia estacionária, na qual a tributação progressiva e proporcional sobre as camadas de maior acúmulo material, embora realize uma transferência de renda momentânea, desestimula os investimentos e prejudica a própria capacidade de poupança, tão cara aos objetivos intergeracionais de Rawls.

À luz de tais esclarecimentos plenamente possíveis na posição original, se as partes sabem o que significa escassez e suas repercussões (e elas podem conhecê-las nos termos apresentados por Rawls), dificilmente optariam pelos princípios deste autor, caso pretendam preservar suas liberdades e lograr extrair maior eficiência da cooperação voluntária.

O segundo aspecto refere-se ao ideal de promover uma distribuição de renda mais equitativa e é muito bem ilustrado pelo famoso argumento de Nozick.<sup>25</sup> Em síntese, Nozick narra uma situação hipotética em que determinada sociedade possui uma distribuição de renda mais ou menos igualitária, em que cada cidadão possui uma parcela considerada justa. Tal distribuição denominar-se-á "D1".

Nesta sociedade, existe um brilhante jogador de basquete chamado Wilt Chamberlain, que estabelece o seguinte contrato com o time para o qual joga: para cada jogo na cidade, um quarto do ingresso lhe será de direito. Supondo que o ingresso custe 10 dólares, e que um milhão de pessoas presenciaram as magníficas jogadas de Chamberlain na temporada, não é difícil concluir que o jogador terminou o ano com US\$ 2,5 milhões a mais do que todos os outros, chegando a uma distribuição "D2". Mesmo que tais trocas ocorressem em um sistema socialista – imaginando que Chamberlain fizesse apresentações com uma bola de basquete durante uma hora após o serviço pelo preço de US\$ 2,50 por pessoa –, a situação não seria alterada. Isso quer dizer que numa sociedade em que as pessoas são livres para dispor de seus recursos da forma que melhor lhes aprouver, não é apenas possível, mas muito provável que o equilíbrio anterior seja afetado de tal forma que só uma intervenção estatal possa recuperá-lo. Entretanto, tal intervenção será evidentemente uma violação à liberdade individual.

#### 4 Conclusões

De todo o exposto, é possível concluir que:

- a) As partes na posição original, sob o véu da ignorância, não necessariamente escolheriam os princípios de justiça de Rawls.



<sup>25</sup> O exemplo foi alterado em termos quantitativos, mas o argumento é o mesmo. Cf. NOZICK, 1974, p. 181 et seq.



Considerando uma tendência ao egoísmo, a diversidade de valores e a dinâmica global do processo decisório na situação hipotética da posição original, de modo algum tais princípios de justiça de Rawls são garantidos como resultado. O único modo de assegurá-los seria adotar um raciocínio *ad hoc*, no qual todas as circunstâncias são interpretadas e construídas com o objetivo de se chegar a um resultado previamente determinado;

b) Mesmo que as partes escolhessem os princípios de justiça de Rawls, nada garantiria que uma próxima geração continuasse a escolhê-los, uma vez que esta geração posterior, diferentemente do que ocorre na posição original, estaria exposta a um contexto cultural, político, social e a uma axiologia concreta muito influentes quanto à tomada de decisões;

c) Por mais preocupada que a teoria de justiça de Rawls esteja com a distribuição de bens, o que revela uma predominância do intuito de promover uma igualdade material, as partes não podem ignorar o fenômeno da escassez de recursos e, portanto, o cálculo econômico no momento da decisão;

d) A análise da teoria de Rawls, no tocante à posição original, revela que, na tentativa de conciliar liberdade e igualdade material, uma série de pontos é ignorada. Em primeiro lugar, ignora-se que os conceitos de liberdade política, de oportunidades e de realização individual estão vinculados à liberdade econômica. Em segundo lugar, fica claro que a tentativa de redistribuição ou transferência de renda com vistas à justiça social é algo extremamente frágil, uma vez que a manutenção desse equilíbrio justo só é garantida por meio de reiteradas intervenções, via de regra, na liberdade de escolha do cidadão.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARBIERI, Fernando. *História do debate do cálculo econômico socialista*. 2004. Tese (Doutorado em Economia) – Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade, Universidade de São Paulo, São Paulo. 284 f.

MISES, Ludwig von. *Intervencionismo: uma análise econômica*. Rio de Janeiro: Instituto Liberal; EXPED, 1999. 161 p.

\_\_\_\_\_. *On the manipulation of money and credit*. New York: Free Market, 1978. 233 p.

NOZICK, Robert. *Anarquia, Estado e Utopia*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1974. 395 p.

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2002. 707 p.

\_\_\_\_\_. *O liberalismo político*. 2. ed. Trad.: Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: 1993. 430 p.

TOCCHETTO, Daniela Goya. *Julgamentos de justiça distributiva em John Rawls e Robert Nozick: uma investigação experimental*. 2008. Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Faculdade de Ciências Econômicas. Programa de Pós-Graduação em Economia. 208 f

# [ “... And Justice for all”\*: discursos, personagens e Teorias do Direito no cinema americano ]

Marcus Vinicius A. B. de Matos\*\*

**Resumo:** Este artigo problematiza a relação entre Direito e Cinema a partir da análise da construção das personagens no filme “... And Justice for All” (1979), de Norman Jewison. Trabalha com a hipótese de que o filme – que obteve grande repercussão na sociedade norte-americana – contribuiu para o acirramento da crítica ao paradigma positivista do Direito naquele país. Para isso, procura relações entre a caracterização das personagens no filme e sua adesão a determinadas concepções (teorias) e práticas do Direito, ao propor a análise de seus discursos. O escopo teórico do trabalho fundamenta-se nos estudos sobre as relações entre Direito, Cinema e Literatura, e na compreensão das Teorias do Direito como práticas-discursivas, tendo como ponto de partida metodológico a obra *El Derecho de la Sociedad*, de Niklas Luhmann, e o método de análise de discursos proposto por Peter Shöttler.

**Palavras-chave:** Teorias do Direito; Cinema; Construção de personagens; Discursos; Mentalidades; Ideologias.

**Abstracts:** This paper discusses the connections between Law and Film based on analysis of the construction of the characters in the film “... And Justice for All” (1979), directed by Norman Jewison. It assumes the hypothesis that the film, which had great impact on American society, contributed to the intensification of criticism of the positivist paradigm of law in that country. To do so, it searches relations between the construction of the characters in the film and their adherence to certain theories and praxis of law, proposing the analysis of their speeches. The theoretical scope of work is based on studies of *Law, Film* and *Literature*, assuming theories of law as discursive-practices. The methodological starting point is the work, “*El Derecho de la sociedad*,” of Niklas Luhmann, and the method of analysis of discourse proposed by Peter Shöttler.

**Keywords:** Theory of Law; Film; Construction of characters; Discourses; Mentalities; Ideology.



\* “...E Justiça para todos”. Neste artigo, todas as traduções foram feitas livremente pelo autor. Em alguns casos, manteve-se o original em inglês, acrescentando-se a tradução em nota.

\*\* Mestrando em Teorias Jurídicas Contemporâneas no PPGD/UFRJ) e colaborador do Grupo de Pesquisa em Direitos Humanos e Cinema. Endereço eletrônico: mv@ufrj.br.



## 1 Introdução

Descobri umas duas ou três coisas fazendo este filme. Há uma justiça para os ricos e outra para os pobres. Há uma justiça para os brancos e outra para os negros. Há uma justiça para minorias e outra para as maiorias. Acho que essa é, essencialmente, a verdade. Infelizmente. Todos nós gostaríamos de acreditar que a lei está acima de tudo. Mas não está. A coisa não é bem assim.  
(Norman Jewison)

Este trabalho objetiva apontar representações de determinadas Teorias do Direito no cinema norte-americano a partir da observação direta do filme "...And Justice for All" (1979), de Norman Jewison, analisando a caracterização e os discursos de suas personagens. Nossa hipótese é que esta obra teve forte impacto sobre a comunidade jurídica nos EUA nas décadas de 1970-1980. Ao mesmo tempo, e de maneira *reflexiva*, acreditamos que a crítica do filme ao sistema jurídico – feita pela associação entre discursos sobre concepções de Direito, o comportamento (moral) e o posicionamento político das personagens – revela questionamentos característicos de abordagens teóricas do Direito que têm origem na mesma época.<sup>1</sup> No decorrer deste artigo, procuramos demonstrar esta hipótese estabelecendo paralelos entre o discurso das personagens sobre o Direito – sua adesão a determinadas Teorias do Direito – e sua caracterização, tanto no âmbito moral quanto em sua atuação, sua práxis, diante das instituições jurídicas. Para dar conta desta proposta, analisaremos trechos do filme e utilizaremos sinopses, resenhas e entrevistas realizadas com o diretor e o roteirista.

Como ponto de partida metodológico, filiamo-nos à proposta de compreensão das relações entre Direito e Cinema como expressa por Shulamit Almog e Ely Aharonson. Segundo estes autores, *justiça* é um conceito abstrato. E, por esta razão, a única possibilidade de "ver a realização da justiça" é ver uma *imagem* que seja comumente associada à justiça. O Direito pode ser compreendido como um "sistema de representações", cujo objetivo seria convencer a sociedade de que o sistema jurídico detém controle exclusivo sobre os sentidos do conceito de justiça. Para alcançar tal finalidade, um sistema legal de normas precisa produzir imagens concretas de um determinado sentido abstrato de justiça, e essa produção ocorreria por meio da utilização de estratégias performáticas – narrativas, retóricas e rituais – para representar a realização da justiça.<sup>2</sup> A legitimidade de um dado sistema normativo e suas possibilidades de produzir justiça dependeriam, então, do grau de pro-

.....

<sup>1</sup> Dois fatos nos fazem chamar atenção para esta mútua relação de influência (reflexiva) entre o filme e as teorias jurídicas contemporâneas: sua estreia ocorre apenas dois anos após a publicação da obra *Taking Rights Seriously*, de Ronald Dworkin (1977) e no mesmo ano da formação da primeira turma de graduandos da Cardozo Law School – hoje uma das mais respeitadas (e críticas) escolas de Direito dos EUA.

<sup>2</sup> ALMOG, 2004, p. 1-2.

ximidade entre *realidade* e *representação* que este consegue atingir. Ou seja, quanto maior o lapso entre os fatos ocorridos e sua interpretação pelo Direito, maiores serão as limitações de um sistema jurídico para produzir justiça em um caso concreto.

Estes autores apontam, ainda, para uma "cinematização das noções de justiça" como consequência da construção social das concepções contemporâneas de justiça a partir de convenções, imagens e ideias que integram uma dada memória social<sup>3</sup> e constituem-se em capital simbólico audiovisual. O cinema seria, hoje, o principal fornecedor deste capital simbólico, ocupando posição central na "construção de sentido e formatos de justiça".<sup>4</sup> Acreditamos que esta proposta coaduna-se com a leitura de Graeme Turner, para quem o cinema deve ser visto como *prática social*. Turner propõe um método de pesquisa sobre o cinema, em que este não é o "alvo final da pesquisa, mas faz parte de um argumento mais amplo sobre a *representação*".<sup>5</sup> Nesse sentido, o autor afilia-se a Barthes e Althusser, no âmbito dos estudos culturais, com o intuito de investigar a função, as práticas e os modos de produção da cultura – entendida como "o processo que constrói o modo de vida de uma sociedade". Daí a importância em entender como seus sistemas funcionariam para produzir "significado, sentido ou consciência" – em especial, os sistemas e meios de representação que produzem significação cultural para as imagens. A cultura, para Turner, é composta de "sistemas de significado interligados".

Dentro dessas perspectivas, trabalharemos sobre as personagens e o filme com os métodos de análise de discurso desenvolvidos por Peter Schöttler. Por meio da observação direta dos discursos das personagens, buscaremos compreender suas *mentalidades* e *ideologias* enquanto componentes de um arcabouço cultural, de uma dada memória social. O conceito de mentalidade, nesse sentido, abre possibilidades para "a investigação das formas cotidianas de consciência e comportamento como uma ordem de realidades". Além disso, permite perceber as "várias formas de consciência, mecanismos de pensamento, visão de mundo (cosmovisão), ideologias" de um determinado período histórico.<sup>6</sup> Para construir seu conceito de ideologia, Schöttler trabalha também com Louis Althusser, para quem a definição de ideologia difere daquela pretendida por Marx e Engels pela introdução do conceito de *imaginário relativo*. Segundo ele, não é mais possível falar em uma *consciência de classe*, ou de um *pensamento de massas*, num sentido quasi-cartesiano de cognição coletiva.<sup>7</sup>



<sup>3</sup> Não nos referimos aqui a um conceito sociológico de "memória social", mas sim à concepção de memória de Walter Benjamin. Segundo Maurício Lissovsky (2005, p. 143), em Benjamin a memória é um cruzamento de traços de memórias individuais e coletivas, que possuem projeções tanto para o passado quanto para o futuro.

<sup>4</sup> ALMOG, op. cit. p. 3-4.

<sup>5</sup> TURNER, 1997. p. 48.

<sup>6</sup> SHÖTTLER, 1995. p. 80.

<sup>7</sup> SHÖTTLER, 1995. p. 82.

É importante pontuar, também, como compreendemos as relações que se estabelecem entre o Direito, a Política e o Tempo, e que concorrem (ou confluem) para a produção de sentidos de justiça em uma dada sociedade. Leonel Severo Rocha aponta que esta relação se dá de modo conflituoso, dentro de uma tensão. O Direito molda a forma de sociedade e estabelece os princípios geradores que "permitem a autocriação histórica da sociedade". Contudo, é no âmbito da Política que ocorre a organização do Estado – principal forma de organização social da Modernidade – e instituem-se governos, partidos e grupos de pressão social. O Tempo está ligado "[à] produção de novos imaginários sociais, formas diferentes de encarar a realidade". As decisões jurídicas, por sua vez, possuem uma estrutura temporal específica: a dogmática jurídica, que procura estabelecer padrões e formas para controlar as decisões jurídicas e o tempo. Sendo assim, o Tempo relaciona-se com "a tomada de decisões inovadoras, fora das estruturas sociais imobilizadoras".<sup>8</sup>

Neste trabalho, ressaltamos que o conceito de mentalidade deve ser complementar àquele de ideologia, analisado dentro de seu contexto histórico, e considerado como parte constitutiva e importante do resgate da memória. Por meio da observação de mentalidades, esperamos perceber sentidos de compreensão do Direito e sentidos de concretude de justiça no comportamento das personagens. Observando a representação de ideologias, esperamos que seja possível estabelecer associações entre afiliações de ordem política e determinadas visões sobre Direito e Justiça expressos na obra "*...And Justice for All*". Utilizando este arcabouço dentro da narrativa cinematográfica – na qual inevitavelmente se produzem imagens e sentidos de justiça –, nosso objetivo é demonstrar relações entre o filme e as teorias jurídicas contemporâneas. Mais especificamente, interessam a nós as relações entre a caracterização das personagens e sua associação a determinadas Teorias do Direito – expressas não apenas em discursos, como também na sua práxis. Esta associação será mais bem explicada posteriormente.

## **2 As Teorias do Direito enquanto discursos e práticas discursivas**

Para Niklas Luhmann, as Teorias do Direito não são propriamente teorias<sup>9</sup> – no sentido científico do termo. Trata-se de teorias provenientes da prática, oriundas da necessidade de tomada de decisão em casos concretos. Por esta razão, os embates teóricos no campo desenvolvem-se com maiores preocupações metodológicas do que preocupações teóricas – em termos de capacidade explicativa da realidade. Neste sentido, é possível observá-las enquanto práticas discursivas que prescrevem não apenas um entendimento sobre o que é o Direito, como também um determinado comportamento, uma "práxis jurídica" específica.



<sup>8</sup> ROCHA, 2008. p. 1.033-1.034

<sup>9</sup> LUHMANN, 2005. p. 62. Ronald Dworkin, em sentido muito semelhante, propõe que "uma teoria geral do direito deve ser ao mesmo tempo normativa e conceitual" (DWORKIN, 2007, Introdução, p. XVII).

Para o autor, as duas maiores fontes de abstração conceitual e sistematização dessas teorias são os próprios processos de decisão (práxis) e o ensino do Direito. Precisamente pelas mesmas razões, as reflexões sobre essas teorias assumem um papel político destacado: cabe a elas dizer o que é e como deve ser interpretado o Direito. Na medida em que o Direito é definido por elas e sua definição traz implicações diretas sobre os métodos de interpretação e aplicação do Direito, “qualquer desenvolvimento teórico tem a preocupação de ser aceito pelo sistema”. As Teorias do Direito são, assim, “teorias de reflexões sobre a unidade do sistema”, e esta é uma característica que as coloca em um papel político de grande relevância: a adoção de uma ou outra teoria pode legitimar ou deslegitimar determinadas decisões e políticas do Estado. Não por outra razão, Luhmann destaca que o ensino do Direito é tratado, em boa parte dos países, como um assunto de Estado.<sup>10</sup> Esta prerrogativa, por sua vez, coloca as Teorias do Direito numa relação de reflexividade<sup>11</sup> extremamente complexa com seu objeto: trata-se de um conceito de teoria que assume uma posição constitutiva do seu próprio objeto.

A problemática das Teorias do Direito é, essencialmente, do controle de decisões que surge com a Modernidade – em que as relações jurídicas estabelecidas tencionam constantemente o Tempo e o Direito, em busca de diferenciação. Nesse contexto, existe uma grande indeterminação, e surgem dois problemas para o Direito: em primeiro lugar, o problema da *legitimidade*, “do reconhecimento social das decisões políticas tomadas”. Em segundo, o problema da *ideologia*, a “necessidade de negar a irreversibilidade das indeterminações geradas pela pluralidade de imaginários sociais possíveis”.<sup>12</sup> Entendemos, no entanto, que o problema da legitimidade engloba o da ideologia: na medida em que as decisões produzidas em um sistema são legítimas, podemos compreender que são desse modo porquanto se imiscuem em uma determinada concepção de ideologia – dominante.

Para superar esses dois problemas, a solução encontrada na Modernidade foi a racionalidade, a Razão, empregada como postura metodológica para a “conjunção dos riscos da indeterminação”.<sup>13</sup> A Razão figurou como o principal elemento da *Teoria Geral do Direito* na Modernidade, cuja maior expressão foi o juspositivismo – que, por sua vez, se originou em oposição às



<sup>10</sup> LUHMANN, 2005. p. 63. Luhmann faz menção à relação próxima de controle entre a American Bar Association e as escolas de Direito dos EUA. Cita também o exemplo da Alemanha, onde os exames jurídicos são “exames de Estado”. Da mesma forma, podemos observar a complexa teia de relações entre o exame de ordem da OAB, a classificação das faculdades de Direito pelo Ministério da Educação (MEC) e o ensino do Direito no Brasil.

<sup>11</sup> Anthony Giddens (1991, p. 19-20) aponta a relação entre ciências sociais e seus objetos como uma “hermenêutica dupla”, em que o desenvolvimento do conhecimento sociológico se dá a partir de conceitos leigos dos agentes. Assim, “conhecimento sociológico espirala dentro e fora do universo da vida social, reconstituindo tanto este universo como a si mesmo como uma parte integral deste processo”. Entendemos que, no caso das Teorias do Direito, essa relação é ainda mais complexa.

<sup>12</sup> ROCHA, 2008. p. 1.035

<sup>13</sup> Ibid.

concepções jusnaturalistas de Direito, com valores absolutos, estáticos, atemporais. Na Era Moderna, o Direito é construído para servir ao Estado, expressão máxima da racionalidade humana, segundo Hegel. Por isso, a principal característica das Teorias Juspositivistas do Direito é a cientificidade, o uso da Razão para identificar e determinar o Direito. Vincula-se, assim, o Direito à Política, por força de *metadecisões* – decisões que visam a controlar outras – e estabelece-se a ideia de Direito Positivo, dado (positivado) pelo Estado.

Dessa maneira, as Teorias do Direito Positivo desenvolveram-se elegendo como eixo a noção de *norma jurídica*. Para as concepções juspositivistas, o Direito só se estabelece em função de normas. A justiça, examinada enquanto conceito, corresponde também a uma norma – a norma de justiça –, que seria uma norma moral. No entanto, esta não teria qualquer relação direta com o Direito, exatamente porque “o conceito da justiça se enquadra no conceito da moral”.<sup>14</sup> Para Kelsen, a visão do juspositivismo sobre a relação entre Direito e Justiça consiste na “independência da validade do direito positivo da relação que este tenha com uma norma de justiça”.<sup>15</sup> Sendo assim, a principal questão para a Teoria do Direito reside na *validade* do Direito, e os autores que a adotam se lançam ao desafio de estabelecer métodos para determinar se uma norma se enquadra/pertence ou não a um determinado ordenamento jurídico. A ideia de justiça, e a sua relação com o Direito, não é sua principal preocupação.<sup>16</sup> Este modelo de teoria do Direito – baseado na cientificidade, no rigor metodológico e na linguagem de denotação pura – pode ser considerado o modelo mais influente de Teoria do Direito da Modernidade.<sup>17</sup> Entretanto, encontra seu principal obstáculo no esgotamento do modelo de racionalidade científica nos moldes iluministas, que ocorre com a crescente complexidade da sociedade por meio dos processos de globalização e das transformações do Estado e da sociedade no final do século XX e início do século XXI. Estas mudanças, que caracterizam para alguns autores a chegada da *Pós-Modernidade*, colocam em xeque algumas das bases da Era Moderna – entre elas, a própria ciência<sup>18</sup>.

Hans-George Gadamer explica esta questão sob o ponto de vista filosófico, a partir da tomada de *consciência histórica*, que, para o autor, é um privilégio do homem moderno, que pode ter “plena consciência de todo presente e da relatividade de toda opinião”. Além disso, é “provavelmente, a mais importante revolução pela qual passamos desde o início da época



<sup>14</sup> KELSEN, 2003. p. 4.

<sup>15</sup> Ibid. p. 7.

<sup>16</sup> Para Kelsen (2003, p. 117), “a questão de saber se o conteúdo jurídico definido através do processo de direito positivo é justo ou injusto nada importa para a sua validade”.

<sup>17</sup> ROCHA, 2008. p. 1.035.

<sup>18</sup> Anthony Giddens (op. cit., p. 41) aponta para a perda de credibilidade da ciência como uma das principais características deste novo período da Modernidade, que para ele é caracterizada como a *sociedade de risco*. “Não podemos simplesmente aceitar os achados que os cientistas produzem, para início de conversa por causa da frequência com que eles discordam uns dos outros, em particular em situações de risco fabricado. E hoje, todos reconhecem o caráter essencialmente fluido da ciência”.



moderna"<sup>19</sup> e permite compreender as possibilidades de uma múltipla relatividade de pontos de vista. Assim, para responder a argumentos de oposição, passa a ser possível colocar-se, deliberadamente, "na perspectiva do outro". A esse comportamento *reflexivo*,<sup>20</sup> o autor associa o conceito de *interpretação*, que nessas condições se tornaria universal. Esta generalização do conceito de interpretação – que remontaria a Nietzsche – caracteriza um período histórico em que "o sentido daquilo que se oferece à nossa interpretação não se revela sem mediação" e no qual seria necessário um olhar voltado "para além do sentido imediato" para que se possa descobrir "o 'verdadeiro' significado que se encontra escondido". Esse esgotamento da cientificidade racional moderna marca o início de um período no qual todos os enunciados provenientes da razão passam a ser suscetíveis de interpretação – uma vez que seu significado, seu sentido "verdadeiro ou real sempre nos chega mascarado ou deformado por ideologias".<sup>21</sup>

Observando as experiências hermenêuticas nas artes reprodutivas e o fato de que todo intérprete propõe "a sua própria interpretação", Gadamer sugere que é mais provável que não exista uma objetividade absoluta. Contudo, as diferentes interpretações não são, necessariamente, arbitrárias, porque podem "alcançar ou não um grau definido de propriedade (*justesse*)".<sup>22</sup> Partindo desta perspectiva de esgotamento dos modelos de racionalidade iluministas, e da crescente complexidade de uma sociedade global cada vez mais diferenciada, as Teorias Jurídicas contemporâneas procuram construir discursos sobre o Direito que deem conta de legitimar as decisões jurídicas. Assim, nos últimos 40 anos, aquilo que se entende por Teoria do Direito compreende uma série de empreendimentos teóricos/metodológicos que buscam convergência entre aspectos lógicos e hermenêuticos; institucionais (positivistas); sistêmicos; retóricos; e teórico-argumentativos.<sup>23</sup> Seja qual for a teoria adotada, um problema permanece inalterado: o da legitimidade do sistema. Para Luhmann, a produção da legitimação surge (só pode surgir) a partir da produção da justiça. Esta funciona como um "conceito de valor" que dá sentido ao trabalho do jurista. Trata-se, então, de um problema de contingência, em que a justiça só poderá ser produzida – "fazer-se visível" – a partir dos seus resultados<sup>24</sup>.

Conquanto o debate em torno das Teorias do Direito seja uma perspectiva interna ao sistema, o discurso sobre a produção da justiça – feita pelos elementos externos ao sistema, que apenas se aproximam dele – pode ser decisivo para se adotar ou rejeitar uma ou outra teoria do Direito. Isso ocorre porque esses discursos podem categorizar, no plano simbólico, um



<sup>19</sup> GADAMER, 2006. p. 17

<sup>20</sup> Para Gadamer (op. cit., p. 18), num sentido muito semelhante ao proposto por Anthony Giddens, a reflexividade é a principal característica do "espírito moderno".

<sup>21</sup> Ibid. p. 19.

<sup>22</sup> Ibid. p. 10.

<sup>23</sup> LUHMANN, 2005. p. 64.

<sup>24</sup> Ibid.

entendimento comum sobre o que é o Direito – ou sobre o que este deveria ser. Este é, precisamente, o papel do Cinema como prática social e meio constituinte de uma leitura sobre o Direito e sobre a Justiça. Esta leitura, que o cinema faz das Teorias do Direito – e a partir delas –, é a que nos interessa aqui.

### 3 "...And Justice For All": uma abordagem "realista" do sistema jurídico no cinema

"Eu não sabia muita coisa sobre isso até começar a estudar o sistema jurídico e a entrevistar juízes. Quando se trata da lei, ou quando se trata do processo judicial, tudo pode acontecer."  
(Norman Jewison)

A obra cinematográfica em questão foi lançada em 1979, como uma comédia. A crítica, no entanto, recebeu-a de forma ambígua: se, para alguns, tratava-se de uma comédia de "humor negro",<sup>25</sup> para outros, não se tratava nem de uma sátira nem de uma comédia.<sup>26</sup> O impacto do filme deu-se não apenas na crítica cinematográfica, como também na comunidade jurídica.<sup>27</sup> Outro fato para o qual chamamos atenção – e que demonstra a importância desta obra para uma análise das relações entre Direito e Cinema – é "... *And Justice for All*" ter sido incluído, recentemente, na "Lista dos 25 melhores filmes sobre o Direito", da American Bar Association (ABA), publicada no *ABA Journal*.<sup>28</sup>

De fato, é difícil classificar a obra como drama ou comédia. A abertura do filme mostra símbolos e placas típicas dos tribunais – algumas com conteúdo pragmático e escritos à mão, indicando que, para entrar em determinada sala, é necessário se submeter a revista; ou, indicando salas "reservadas" aos juízes; ou, ainda, avisos sobre a proibição de se comer ou ler durante as sessões no tribunal. A trilha sonora, no entanto, quebra qualquer reverência com sua trivialidade, sinalizando, talvez, o paradoxo entre os símbolos oficiais da justiça e o uso cotidiano – nas placas escritas à mão – que se faz destes sinais na práxis do sistema jurídico. Essa dualidade, entre a reverência e a jovialidade, é retratada na atuação dos profissionais do Direito



<sup>25</sup> CANBY, 1979.

<sup>26</sup> Neste sentido, v. Berardinelli (1996).

<sup>27</sup> Em entrevista recente, o diretor do filme revela: "O filme enfureceu muitos advogados. Recebi cartas da Ordem dos Advogados de Nova York e de outros lugares e recebi cartas de juízes [...] porque todos que fazem parte do sistema judiciário acreditam nele. Muitos deles acreditam que o que fazem é correto. Mas se vocês estão fazendo a coisa certa, por que tantos prisioneiros no corredor da morte são libertados porque o DNA provou que eram inocentes?" (JEWISON, 2008).

<sup>28</sup> A existência de uma lista como essa pode ser objeto, por si só, de futuras pesquisas. Cf. Brust (2008).

que desenvolvem uma mentalidade própria de relação cotidiana com todos esses símbolos.

Este aspecto, acreditamos, reforça a intenção dos autores, revelada recentemente em entrevistas, de construir uma ideia sobre o Direito, um retrato do que seria a "realidade" do sistema jurídico:

Vemos [no filme] o melhor e o pior da humanidade. E o pior da humanidade, às vezes, é completamente maluco. Totalmente louco. Por sua natureza, ele é dramático. [...] Mas algumas coisas são realmente cômicas. Foi interessante colocar essas inconstâncias lado a lado, e Norman Jewison não as evitou porque é, de fato, o que acontecia. É esse o mundo em que vivemos. [...] Algumas coisas são horríveis. Mas esse é o nosso sistema. É o que está aí. E tento mostrá-lo da melhor forma possível. Foi por isso que fiz este filme. Não é um sistema muito cortês, às vezes. Não é uma coisa arrumada... Às vezes, ele fica maluco. E pensamos "Meu Deus, é esse o nosso sistema?". É um bom sistema, porém isso não significa que ele não possa se tornar bizarro e ultrajante<sup>29</sup>

O título do filme é uma referência ao juramento à bandeira dos EUA, o Pledge of Allegiance,<sup>30</sup> cuja frase final faz referência à liberdade e a uma justiça universal – valores de concepções políticas liberais. O filme procura demonstrar – por meio da construção de suas personagens – que, ao contrário, não existiria uma justiça universal, e que este modelo de sistema, ancorado no liberalismo, estaria esgotado. Haveria, na realidade, um sistema que diferencia pessoas por classe, raça e gênero. Esta é a concepção de crítica ao sistema jurídico que Barry Levinson quis imprimir na trama:

O sistema legal é fascinante. Tem seus pontos altos e baixos. Às vezes, temos processos abusivos. Às vezes, a defesa vai tão longe para livrar a pessoa que sentimos quase como se ultrapassassem os limites e abusassem das razões pelas quais o sistema foi criado. Mas isso só acontece nos casos envolvendo gente importante. No outro extremo, as pessoas são negligenciadas e presas quando, na verdade, não tiveram um julgamento. Todos estavam ocupados com outra coisa. Era um advogado apontado pelo Estado e ele não estava atento, ou qualquer coisa assim. E aquela pessoa vai para a prisão e, só fica sabendo depois.<sup>31</sup>



<sup>29</sup> LEVINSON, 2008.

<sup>30</sup> "I pledge allegiance to the Flag of the United States of America, and to the Republic for which it stands, one Nation under God, indivisible, with liberty and justice for all." (US Code).

<sup>31</sup> LEVINSON, op. cit.

Na visão do diretor, o principal problema do sistema jurídico é que a concepção majoritária que se tinha do Direito à época do filme, manifestada em sua práxis, apresenta questões técnicas acima das questões morais, acima da Verdade, acima das pessoas. Para Jewison, a questão crucial do filme é que as pessoas (personagens) envolvidas na trama jurídica estão, a cada dia, lidando com as vidas de outras pessoas. Por isso, sofrem uma "pressão" imensa: "Cada processo não é apenas mais um número; é a vida de alguém". Estes seriam "problemas intrínsecos ao nosso sistema legal", que poderíamos resumir na seguinte proposição:

Lei (sistema jurídico) > Verdade, Justiça

Ainda segundo Jewison, os artistas que se debruçam sobre o Direito desempenham um papel social de "defensores da justiça", ao interpretarem estes personagens. Sua atuação procura desvendar, encontrar a verdade: "Al Pacino tenta achar a verdade em seu personagem, em todo o filme. [...] Barry Levinson e Valerie Curtin tentavam achar a verdade em sua história, no enredo. É a ideia por trás do filme que o torna importante".

Estes discursos coadunam-se com o que expressava Ronald Dworkin, em sua obra mais influente. Para o autor, há uma "teoria dominante do Direito", positivista, que não dá conta de explicar/justificar/legitimar o Direito e o sistema jurídico. A teoria positivista sustentaria que "a verdade das proposições jurídicas consiste em fatos a respeito de regras que foram adotadas por instituições sociais específicas e em nada mais que isso".<sup>32</sup> Por essa razão, seria incapaz de resolver os embates da lei com as questões morais e políticas que surgiram no século XX e, assim, de produzir justiça em suas manifestações no sistema jurídico.

De modo semelhante, acreditamos que esses discursos inspiram-se no movimento denominado Critical Legal Studies (CLS). O CLS iniciou-se também em 1977, numa conferência na Universidade de Wisconsin-Madison, conquanto suas raízes possam ser atribuídas à década de 1960, aos movimentos de lutas por direitos civis e aos movimentos contrários a Guerra do Vietnã. O movimento propagava a ideia de que a lógica jurídica e a estrutura do sistema jurídico teriam nascido das relações de classe na sociedade capitalista.<sup>33</sup> Por isso, a lei existiria apenas para legitimar os interesses de partidos e classes, refletindo ideologias e crenças destes grupos, legitimando injustiças na sociedade. De acordo com Arnaldo Godoy,<sup>34</sup> o movimento criticava profunda e solidamente o liberalismo e o positivismo, proclamando a indeterminação do Direito e sua identificação com a Política – portanto, a impossibilidade de sua neutralidade.

Ω.....

<sup>32</sup> DWORKIN, 2007, Introdução, p. XVII.

<sup>33</sup> "The wealthy and the powerful use the law as an instrument for oppression in order to maintain their place in hierarchy. The basic idea of CLS is that the law is politics and it is not neutral or value free." (LEGAL INFORMATION INSTITUTE, *Wex*, 1992).

<sup>34</sup> GODOY, 2007. p. 50.

Contudo, a forma como o filme produz discursos sobre estas concepções tem limitações. A primeira delas é que sua representação só pode ocorrer no discurso ou na prática das personagens – e, por vezes, de um modo bastante simplificado e caricaturado. Em segundo lugar, é preciso considerar que nenhuma destas concepções e teorias sobre o Direito é unânime – há discordâncias significativas sobre seus contornos e definições. Por fim, é preciso considerar, ainda, que muitas críticas contemporâneas que as teorias positivistas fazem de si próprias não existiam na época.<sup>35</sup>

#### **4 A representação das Teorias do Direito na construção das personagens do filme “...And Justice for All”**

Os discursos dos autores – diretor e roteirista – sobre o que é o Direito e sobre quais são as consequências sociais e políticas do sistema jurídico atual encontram eco na caracterização da personagem principal. Na primeira cena do filme, um travesti é preso e submetido à humilhação de entrar no corredor das selas “montado”, e é obrigado a despir-se em frente a todos os demais presos. A personagem principal, o advogado Arthur Kirkland, está preso na mesma carceragem por desacato a um juiz – o juiz Fleming – e assiste a este episódio. Incomodado com a situação, ele requisita atenção e cuidados dos policiais em relação ao novo preso. O policial retruca, no entanto, manifestando sua admiração ao juiz “durão”, que colocou Arthur na cadeia.

A contenda entre Arthur e o juiz Fleming tem origem no caso McCullough, no qual Arthur consegue provas de que seu cliente é inocente, mas, por apresentá-las após o prazo, não consegue libertá-lo. O juiz não aceita sequer olhar para essas “evidências”. Por essa razão, Arthur discute e chega a agredir o juiz. Essa situação é narrada a partir de uma discussão entre Arthur e seu sócio, Jay Porter, em um diálogo no banheiro do fórum, onde Jay exige que Arthur se arrume melhor antes de ir às audiências. A cena termina numa brincadeira entre colegas, na qual Jay revela como agir para agradar juízes como Fleming:

- Arthur: “I like your tie”
- Jay: “It’s Fleming favorite color”

O caso é retomado na cena em que Arthur visita McCullough na prisão. A sentença proferida pelo juiz que condenou McCullough e se recusou a rever a decisão, mesmo diante das provas que evidenciavam a inocência do réu – apresentadas pelo advogado após o decorrer do prazo –, sugere a



<sup>35</sup> Em particular, será útil a crítica feita por Noel Struchiner a diversas concepções do positivismo jurídico. Segundo Struchiner (2005, p. 410), haveria ao menos quatro modos de compreensão do positivismo jurídico: o ceticismo-ético; o positivismo ideológico; o formalismo jurídico e o positivismo conceitual. Apenas esta última aprestaria uma tese compartilhada por todos os positivistas.

adesão a uma teoria positivista de *ceticismo-ético*, ou de um *positivismo ideológico*.<sup>36</sup> Um diálogo entre Arthur e seu cliente revela/retrata a injustiça causada por uma interpretação positivista da lei. Conforme o diálogo se desenvolve, McCullaugh vai sendo conduzido pelo guarda a sua cela.

- McCullaugh: O que aconteceu?
- Arthur: Só quero reafirmar o que disse ontem. Nós vamos tirá-lo daqui.
- McCullaugh: Sei que está tentando, Sr. Kirkland, mas é loucura. Você disse que tinha a prova de que eu sou inocente. É uma prova, não é?
- Arthur: Você é inocente.
- McCullaugh: E o juiz Fleming concorda com você, certo? Se todos concordam, por que eu estou na prisão?
- Arthur: O tribunal não quer aceitar a prova.
- McCullaugh: Por que não?!?
- Arthur: Bem, há uma lei que diz que a prova deve ser mostrada num certo período. E nossa prova chegou três dias atrasada.
- McCullaugh: Que diferença faz? E daí se chegou atrasada? Têm a prova! Deviam me soltar. Não entendo! O juiz me prende, e sabe que sou inocente! O que significa isso?!?! O que está acontecendo?!?!
- Arthur: Só vai levar mais um tempo. Qualquer outro juiz o teria libertado, mas Fleming... segue a lei ao pé da letra. Prometo que vou libertá-lo.

Arthur Kirkland descreve-se como um homem que “enxerga como as coisas realmente são no Direito”. O advogado é retratado com um homem exemplar: demonstra preocupação com os interesses das partes; elabora várias críticas ao sistema “injusto” e “insensível”; e manifesta seu compromisso com a produção da Justiça. Em diálogo com Gail Packer – advogada que faz parte do comitê de ética que está investigando Arthur –, profere um discurso de viés sociológico questionando o trabalho do comitê de ética da ABA e seu poder de realmente tratar de “ética” no sistema jurídico:

- Arthur: É um grupo muito perigoso, sabia?



<sup>36</sup> De acordo Struchiner, este modo de concepção do positivismo jurídico enquanto ceticismo-ético seria caracterizado pela seguinte proposição: “Ou não existem princípios morais e de justiça universalmente válidos ou, mesmo que existam, não podem ser conhecidos pela razão humana”. Já o positivismo ideológico (ou normativo) pode ser descrito a partir das seguintes assertivas: “Os juízes e sujeitos jurídicos têm a obrigação moral de obedecer ao direito positivo [...], dotado de força moral obrigatória”. E, ainda: “os positivistas normativos identificam validade e justiça: o direito válido é automaticamente justo” (STRUCHINER, 2005, p. 404-405; 406-407).

- Gail: Santo Deus! Lá vamos nós outra vez. Arthur, por quê? Por que você acha que é perigoso?
- Arthur: O povo acha que fazem algo que não fazem.
- Gail: Sim. Mas nós estamos fazendo algo. Protegemos o povo de muitos advogados corruptos.
- Vocês ficam na superfície. Não vão atrás do poder verdadeiro.
- Ela questiona:
  - Que pode verdadeiro, Arthur?
- Ao que Arthur responde, após algumas trivialidades:
  - Quer ouvir uma história sobre nosso sistema judicial?

O discurso de Arthur evoca o caso McCullough para explicar como o sistema jurídico pode produzir injustiças por equívocos – no caso, a prisão de um inocente com nome homônimo ao de um criminoso procurado pela polícia. Na prisão por erro judicial, ocorre o assassinato de um guarda, e a arma do crime é plantada na cela de Jeff McCullough, que é novamente acusado, desta vez, de matar um agente penitenciário. Por essa razão, permanece mais seis meses na cadeia. No tribunal, o defensor público sugere que o réu confesse o crime e se declare culpado para fazer um acordo<sup>37</sup> e conseguir soltá-lo. Um acordo é feito, então, com um juiz. No entanto, este juiz não está presente no dia da proclamação da sentença. Um juiz substituto – o juiz Fleming – assume o julgamento, alegando desconhecer qualquer acordo, e, diante da confissão do réu, sentencia-o a cinco anos de prisão. O juiz Fleming não aceitou nenhuma prova da inocência do réu, porque estas teriam sido apresentadas três dias após a prescrição do prazo. McCullough é espancado na cadeia. Sofre abusos sexuais. Em uma conversa com seu cliente, Arthur o incentiva a não perder as esperanças. Tragicamente, o acusado surta e envolve-se em um incidente violento de insurreição na cadeia, que leva a sua morte.

Diante do discurso de Arthur, sua colega responde:

- Sabe, Arthur, é a lei. Você não pode culpar Fleming legalmente, pois ele seguiu a lei.

Em contraposição à personagem principal, o filme retrata dois juízes: *judge* Rayford e *judge* Fleming. Rayford é a caricatura de um juiz com tendências políticas conservadoras, ligado ao denominado "movimento de Lei e Ordem".<sup>38</sup> É retratado, por isso, como desequilibrado, louco – a personagem apresenta tendências suicidas. A primeira cena em que Rayford aparece é



<sup>37</sup> No Direito brasileiro, não são aceitos acordos desse tipo em crimes de homicídio.

<sup>38</sup> Para maiores informações sobre esta corrente política, sugerimos Linda Patterson (2009).

um julgamento em que um acusado de fraude em loteria – defendido por Arthur Kirkland – come as provas de seu crime que estavam dispostas sobre uma mesa. O promotor agride o réu; e Arthur entra na briga para defender seu cliente. O juiz Rayford entra em cena e, diante da confusão, dá um tiro para cima. Depois do disparo, com calma, questiona:

– Gentleman...may I remind you are in a court of Law? Now, let's proceed in "old fashion". [Legenda: "Senhores... preciso lembrá-los que estão em uma corte de direito? Agora vamos prosseguir com ordem."]

O advogado responde ao episódio com ironia, causando riso entre os presentes:

– Your Honor...I guess I should request a recess, so that my client could get something to eat. He is obviously very hungry. [Legenda: "Excelência... Creio que preciso solicitar um recesso para que meu cliente possa comer alguma coisa. Ele está obviamente com muita fome"]

O juiz Rayford desenvolve certo afeto por Arthur. Em conversa amistosa entre os dois, após o bizarro episódio, este convida Arthur para um passeio (um voo de helicóptero) no fim de semana. Enquanto o juiz se veste, Arthur questiona-o sobre a arma que carrega embaixo da toga. Nesta cena, Rayford revela mais de suas inclinações políticas quando aponta para sua arma e responde:

– Existem a lei e a ordem. E isso é a ordem.

Ressaltando as tendências suicidas do juiz, em outra cena este aparece almoçando no parapeito da janela de sua sala no fórum, quando um assistente chama-o para o início de uma audiência. Em seguida, no fim de semana em que passeia de helicóptero com Arthur, Rayford, piloto veterano da Guerra da Coreia, leva a cabo suas tendências suicidas e sofre um acidente de helicóptero – com Arthur –, de maneira inconsequente. Mesmo assim, nenhum dos dois sai ferido. Após esse episódio, numa conversa entre os dois, o juiz revela um pouco da trama principal do filme: a demanda para que Arthur defenda o juiz Fleming, desafeto de Arthur, em uma acusação de estupro. Por trás desta demanda, segundo Rayford, haveria uma articulação política do Comitê de Ética da ABA para chantagear o advogado – caso ele não concordasse, haveria "pessoas poderosas" que poderiam "arruinar sua carreira", expulsando-o da ordem. Rayford prossegue, alertando Arthur sobre o problema:

– Eles querem você. É um advogado de princípios, sem ligações políticas.



Arthur responde, elucidando a contradição:

- Eles querem que eu defenda Fleming por minha integridade moral. E se eu me recusar, vão me cassar por conduta antiética.

Em outra ocasião, o juiz Rayford é descrito por Arthur como “um louco suicida” que, certa vez, teria sido encontrado “se enforcando no gabinete”. O advogado complementa, enfurecido:

- Este é o homem que diariamente decide a vida das pessoas.

Já a personagem do juiz Fleming revela, na íntegra, a percepção dos autores sobre a Teoria Positivista do Direito. Na entrevista citada, falando sobre a construção das personagens no filme, Norman Jewison descreve o juiz Fleming, interpretado por John Forsythe, como “pomposo e altamente egoístico, que é totalmente antiético”. Em sua primeira aparição no filme, o juiz Fleming entra no tribunal para presidir uma audiência. Temido pelos réus, condena sumariamente um acusado que tinha antecedentes criminais. Além de interrogá-lo com deboche,<sup>39</sup> o juiz inicia seus questionamentos pelo fato de ser a terceira vez que o réu é acusado. Quando o advogado questiona este tratamento a um réu ainda não condenado, o juiz retruca condenando o réu imediatamente, com sarcasmo.

Na cena seguinte, Arthur desculpa-se por seu mau comportamento e tenta conversar com o juiz Fleming nos corredores do fórum. Fleming se recusa a ouvi-lo sobre o caso McCullaugh. Arthur argumenta:

- Kirkland: Eu entendo que o senhor siga a Lei... Mas não entendo por que negam os direitos constitucionais do meu cliente.
- Fleming: Não queira me ensinar a lei.
- Kirkland: Meu cliente é inocente.
- Fleming: Que se dane o seu cliente!

A trama principal do filme consiste no dilema ético de Arthur, quando este é chantageado pelo comitê de ética da ordem para defender Fleming contra a acusação de estupro. Além de ser um inimigo – público, o que seria estratégico – e desafeto pessoal do juiz, Arthur descobre que Fleming falsificara provas, comprara testemunhas e que era, de fato, culpado. Sem alternativa, Arthur aceita o caso e tenta usá-lo a seu favor: vai ao juiz Fleming e pede para que ele reabra o processo de McCullaugh. Ao que Fleming responde dizendo:



<sup>39</sup> Luiz Eduardo Figueira (2008, p. 105) sustenta, em sua tese, que o papel desempenhado pela comunicação verbal e não-verbal dos juizes (brasileiros), ao interrogar os réus, pode influenciar os veredictos do júri.

– Não há nada a ser feito. Mas verei o que posso fazer. Talvez haja uma exceção na lei.

Em uma das cenas incluídas na Edição Especial do filme (em DVD), há outro diálogo entre Arthur e Fleming, em que este expõe seus motivos e sua teoria social, que embasariam suas decisões legalistas:

– A cadeia tem que ser assustadora. Deixe que os criminosos criem seu próprio inferno. Sabe, a punição justa não funciona. Precisamos de punição *injusta*. Enforce alguém por assalto à mão armada. Nada temos a perder [...]. Você não entende. Vocês com suas ideias de reabilitação. Esse conceito de reabilitação é uma farsa.

Em referência a esta cena – e comprovando o retrato do juiz positivista como adepto de um ceticismo ético –, o diretor revela: "É como se o personagem de Fleming estivesse dizendo: 'Não há ética. Não há moralidade. Está tudo escrito no livro. E, de acordo com o livro, você é culpado'".

## 5 Conclusões e apontamentos

O que é a justiça? Qual a sua intenção? A justiça é a descoberta da verdade. E o que é a verdade hoje? (Arthur Kirkland)

A caracterização dos personagens no filme "*...And Justice for All*" cumpre o papel de problematizar a relação entre a adoção de determinadas teorias do Direito pelos agentes e pelos atores judiciais, e questionar a legitimidade destas teorias (e práticas) pelos seus resultados. Esta reflexão, no entanto, não esgota as diferentes possibilidades de abordagens teóricas no debate das teorias jurídicas contemporâneas. Fortalece, porém, a visão de que produção da legitimação do Direito depende da produção da justiça e que esta, por sua vez, só pode ser medida a partir de seus resultados, como aponta Luhmann.<sup>40</sup>

O que o filme não responde é "como". Como produzir justiça? Haveria uma relação irrevogável entre a moral e o Direito? Qual o papel das ideologias nesse processo? Como analisar criticamente "os resultados" e a produção da justiça? Quais são as reais consequências da adoção de uma ou outra teoria do Direito? É possível apontá-las? Sem dúvida, estas questões não serão respondidas neste trabalho. Entretanto, cabe pontuar aqui que muitas destas perguntas já foram levantadas no campo das teorias jurídicas contemporâneas. Hart e Dworkin, por exemplo, dedicam boa parte de suas obras a discutir as relações entre a moral e o Direito, e o papel da moral na produção de justiça

.....

<sup>40</sup> LUHMANN, 2005. p. 64.

– Dworkin faz esta reflexão também em relação à Política. Em outra frente, Antonio Negri debate com John Rawls as inspirações ideológicas e políticas presentes na construção de uma teoria da justiça liberal, "contratualista", e a influência das concepções "comunitaristas" de uma "abordagem hegeliana pragmática da moralidade"<sup>41</sup> no chamado "movimento de lei e ordem". Vale mencionar, ainda, a contribuição da "ação comunicativa" de Habermas e a "moral procedimental" de Robert Alexy como teorias integrantes deste campo.

Conquanto boa parte – senão a maioria – destas teorias do Direito pressuponha o esgotamento das noções tradicionais (modernas?) de *razão* e *norma jurídica* enquanto fundamento do Direito e, conseqüentemente, a superação do positivismo jurídico, acreditamos que a concepção do "positivismo conceitual" reabilita esta corrente ao mesmo campo que as demais, como uma teoria jurídica contemporânea. O positivismo conceitual, de acordo com Noel Struchiner, sustenta sua "inércia normativa"<sup>42</sup> e torna possível utilizar as concepções positivistas apenas como critério de fonte – e, se necessário, "deixar a lei de lado" para decidir um caso e produzir justiça. Sendo assim, embora partindo de pressupostos diferentes, suas conseqüências para uma práxis do Direito podem ser as mesmas que algumas das concepções "pós-positivistas" aqui relacionadas.

Observando os discursos das personagens no filme, é possível apontar algumas conseqüências de uma (des)abilitação da Razão como critério de produção da justiça em um sistema jurídico técnico – constituído por normas técnicas. Essa perda de credibilidade do sistema racional leva o sistema jurídico ao paradoxo e à loucura. De fato, a obra retrata a irracionalidade do sistema, demonstrando, na construção de suas personagens, que há algo de enlouquecedor no sistema legal. McCullough enlouquece por ser uma vítima do sistema. Ao mesmo tempo, Jay Porter, sócio de Arthur Kirkland, enlouquece por fazer parte do sistema e contribuir – por intermédio de uma "questão técnica" – para a soltura de um réu acusado por homicídio que reincide no crime, desta vez assassinando duas crianças. Jay enlouquece, raspa a cabeça e tem um incidente violento no fórum. No entanto, ao final do filme, passa a usar uma peruca e volta a advogar, sem maiores problemas. Em seu primeiro surto, Jay proclama:

– Isso é justiça? Que mundo é esse? Um mundo louco? O mundo todo está louco!

As teorias jurídicas contemporâneas parecem buscar os fundamentos do Direito nos sentidos de Justiça – sejam novos ou antigos. Este é, também, o discurso do cineasta Norman Jewison<sup>43</sup> sobre o Direito:



<sup>41</sup> Antonio Negri (2004, p. 109-114) faz referência a autores "comunitaristas", opondo esta posição ao "liberalismo" e ao contratualismo Pós-moderno de Rawls.

<sup>42</sup> STRUCHINER, 2005. p. 414

<sup>43</sup> JEWISON, Norman. Entrevista com o Diretor. "...And Justice for all." Edição Especial. Nova York: Sony, 2008. 1 DVD (2h55): Digital, Dobby, color.

Quando penso de novo no filme, tudo que vejo é aquela penitenciária. É uma das mais antigas penitenciárias nos EUA. E por fora parece uma antiga prisão inglesa. Eu pensava: "Quantas pessoas estarão presas aí que não deveriam estar?" Era o que mais me incomodava neste filme. A negação da justiça.

Ao procurar este fundamento para o Direito no sistema social, ou na Política, as teorias jurídicas contemporâneas não rompem, entretanto, com a racionalidade técnica que caracterizava o positivismo jurídico: são, de certa forma, desdobramentos deste – daí a denominação adotada por alguns autores, ao classificá-las como *pós-positivismos*. Não se trata mais, contudo, da discussão sobre a relação entre Ciência e Direito, ou da busca por um Direito normativo e racional nos padrões do positivismo kelseniano e do mito da ciência oitocentista. Jacques Ellul observa, no entanto, que a racionalidade técnica da modernidade implica também uma *moralidade técnica*, que é independente, "autônoma", em relação à moral tradicional. A racionalidade torna-se, assim, "juíza da moral".<sup>44</sup> Segundo o autor, "o homem que vive no meio técnico sabe bem que não há mais nada espiritual em parte alguma. E, no entanto, assistimos a uma estranha reviravolta; o homem não pode viver sem o sagrado"<sup>45</sup>. Cabe questionar, neste sentido, se de fato é possível produzir justiça a partir de critérios técnicos e contingentes, baseados em resultados.

A produção da justiça a partir de critérios técnicos parece ser, então, o principal desafio para as teorias jurídicas contemporâneas:

Os homens do Direito [...] não podem, sem má consciência, eliminar a justiça do Direito. Também não podem conservá-la, por causa da perturbação provocada por essa ideia, de sua incerteza, e de sua imprevisibilidade. A técnica jurídica, para ser precisa, supõe que não nos embracemos mais com a justiça.<sup>46</sup>

Contudo, se admitirmos sua insuficiência, talvez seja necessário analisar os paradoxos presentes na relação entre os critérios de racionalidade modernos, as relações de poder no Direito, as ideologias (a Política) e as mentalidades – compreendidas aqui a moral e a religião. Para que isso ocorra, é preciso romper com os preconceitos estabelecidos por uma determinada *consciência coletiva*<sup>47</sup> da modernidade, baseada no "progresso da ciência", no "aperfeiçoamento da tecnologia", na "crença na riqueza" e "no ideal do lucro". É necessário perder o medo de justificar o passado, "o antigo", relativizando as novidades, "o novo".



<sup>44</sup> ELLUL, 1968. p. 136.

<sup>45</sup> Ibid. p. 146.

<sup>46</sup> Ibid. p. 300.

<sup>47</sup> GADAMER, op. cit. p. 15.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMOG, S.; AHARONSON, E. Law as film: Representing Justice in the Age of Moving Images. *Canadian Journal of Law and Technology*, v. 3, n. 1, March 2004. Disponível em: <[http://cjlt.dal.ca/vol3\\_no1/pdfarticles/almog.pdf](http://cjlt.dal.ca/vol3_no1/pdfarticles/almog.pdf)>. Acesso em: 23 jun. 2009.

BERARDINELLI, James. "...And Justice For All": Film Review. *Reelviews*, 1996. Disponível em: <[http://www.reelviews.net/movies/a/and\\_justice.html](http://www.reelviews.net/movies/a/and_justice.html)>. Acesso em: 3 ago. 2009.

BRUST, Richard. The 25 Greatest Legal Movies. *ABA Journal*, August 2008. Disponível em: <[http://www.abajournal.com/magazine/the\\_25\\_greatest\\_legal\\_movies](http://www.abajournal.com/magazine/the_25_greatest_legal_movies)>. Acesso em: 3 ago. 2009.

CANBY, Vincent. Movie Review. Screen: Al Pacino in "...And Justice For All": Sorts of Breakdowns. *The New York Times*, 19/10/1979. Disponível em: <<http://movies.nytimes.com/movie/review>>. Acesso em: 3 ago. 2009.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Rio de Janeiro: Martins Fontes, 2007.

FIGUEIRA, Luiz Eduardo. *O ritual judiciário do Tribunal do Júri*. V. 1. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008. 264 p.

GADAMER, Hans-Georg. *O problema da consciência histórica*. 3. ed. Rio de Janeiro: FGV, 2006.

GIDDENS, Anthony. *As consequências da Modernidade*. Trad.: Raul Filker. São Paulo: Unesp, 1991.

\_\_\_\_\_. *Mundo em descontrole*. Rio de Janeiro: Record, 2005.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. O critical legal studies movement de Roberto Mangabeira Unger: um clássico da filosofia jurídica e política. *Revista Jurídica*, Brasília, v. 8, n. 82, dez. 2006/jan. 2007. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/CCIVIL\\_03/revista/Rev\\_82/Artigos/PDF/Arnaldo\\_rev82.pdf](http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/revista/Rev_82/Artigos/PDF/Arnaldo_rev82.pdf)>. Acesso em: 20 ago. 2009.

HART, H. L. A. *The concept of Law*. 2. ed. Oxford: Clarendon, 1997.

JEWISON, Norman. Entrevista com o Diretor. "... And Justice for all". Edição Especial. Nova York: Sony, 2008. 1 DVD (2h55): Digital, Dolby, color.

KELSEN, Hans. *O problema da justiça*. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

LEGAL INFORMATION INSTITUTE. *Critical Legal Theory*. Critical Legal Studies: an overview. Cornell Law School, 1992. Disponível em: <[http://topics.law.cornell.edu/wex/Critical\\_legal\\_theory](http://topics.law.cornell.edu/wex/Critical_legal_theory)>. Acesso em: 20 ago. 2009.

LEVINSON, Barry. Entrevista com o Roteirista. In: "... And Justice for all". Edição Especial. New York: Sony, 2008. 1 DVD (2h55min): Digital, Dolby, color.

LISSOVSKY, M. A memória e as condições poéticas do acontecimento. In: GONDAR, Jô; DODEBEI, Vera (Org.). *O que é memória social?* Rio de Janeiro: Contracapa; UNIRIO, 2005. p. 133-143.

LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. Ciudad de México: Herder, 2005

NEGRI, Antonio; HARDT, Michael. *O trabalho de Dionísio: para a crítica ao Estado pós moderno*. Juiz de Fora, MG: Editora UFJF – PAZULIN, 2004.

PATTERSON, Linda. The Law and Order Movement: Politics, Crime and Mass Incarceration. *Southern Political Science Association*, New Orleans, Jan. 2009.

ROCHA, Leonel Severo. Da Epistemologia Jurídica Normativista ao Construtivismo Sistemático. *Boletim da Faculdade de Direito*. Universidade de Coimbra, v. 1, p. 1.033-1065, 2008.

SCHÖTTLER, Peter. *Mentalities, Ideologies, Discourses: on the "third level" as a theme in social-historical research*. Princeton University, 1995.

STANISLAWSKI, Constantin. *A construção da personagem*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1976.

STRUCHINER, Noel. Algumas "Proposições Fulcrais" acerca do Direito: o Debate Jusnaturalismo vs. Juspositivismo. In: MAIA, Antonio Cavalcanti et al. (Org.). *Perspectivas Atuais da Filosofia do Direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 399-416.

TURNER, Graeme. *Cinema como prática social*. São Paulo: Summus, 1997.

USA HOUSE OF REPRESENTATIVES. The United States Code. Disponível em: <<http://uscode.house.gov/download/pls/04C1.txt>>. Acesso em: 3 ago. 2009.

# [ Sociologia e Direito: condições de possibilidade do projeto interdisciplinar ]

Ricardo Nery Falbo\*

**Resumo:** A exigência interdisciplinar parte do pressuposto de que todo conhecimento científico é limitado. Decorre desse pressuposto o reconhecimento de um movimento duplo e paradoxal. De um lado, a necessidade de dilatar os limites dos territórios das disciplinas. Nenhuma disciplina pode, isoladamente, dizer tudo de seu objeto. De outro lado, a dificuldade de abandonar a especialização. Toda disciplina constitui-se e desenvolve-se, modernamente, referida ao ideal de unidade do objeto. Do limite da ciência como objeto explícito de reflexão decorre a criação solidária de um conjunto de práticas científicas e de modelos analíticos. A definição dessa criação é compreendida como projeto interdisciplinar. E a Sociologia Jurídica traduz a realização deste projeto.

**Palavras-chave:** Interdisciplinaridade. Sociologia jurídica. Direito. Sociologia. Ciência.

**Abstract:** The demand for interdisciplinarity starts from the principle that all scientific knowledge is limited. It follows from this principle the recognition of a double and paradoxical phenomenon. On the one hand, sciences need to go beyond their own bounds. No science can alone describe completely its own subject matter. On the other hand, all science has some difficulty in abandoning specialization. In modern times, all discipline was born and developed out of the ideal of the unity of their subject matter. It follows from the limits of science which provides food for thought the interdependent emergence of a series of scientific practices and analytical patterns. The conception of such a creation is considered as interdisciplinary project. And Sociology of Law reflects the implementation of such a project.

**Keywords:** Interdisciplinarity. Sociology of Law. Law. Sociology. Science.

## 1 Introdução

As reformas dos cursos de Direito no Brasil estão historicamente associadas às crises do ensino do Direito no país: estrutural, funcional e operacional (Rodrigues, 2005). O enfrentamento da crise de natureza disciplinar e curricular – que atinge tanto a graduação como a pós-graduação (mestrado e



\* Doutor em Sociologia pelo Instituto Universitário de Pesquisas do Rio de Janeiro (IUPERJ) e pós-doutor pela Université Panthéon-Assas (Paris II); professor adjunto do Departamento de Teoria do Direito da Faculdade Nacional de Direito da UFRJ e de Sociologia Jurídica da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Endereço eletrônico: falbo@direito.ufrj.br



doutorado) – orienta-se por disposições normativas que encontram seu fundamento na ideia de interdisciplinaridade e de multidisciplinaridade.

A Resolução CNE/CES nº 9/2004 estabeleceu que o objetivo do eixo de formação fundamental é integrar o estudante de graduação em Direito no campo e estabelecer as relações do Direito com outras áreas do saber. Através da Portaria nº 9/2008, a Capes alterou a configuração original da Tabela das Áreas do Conhecimento – critério de organização das áreas de avaliação da pós-graduação no país – e criou a Grande Área Multidisciplinar. Dentro desta, a área interdisciplinar. Existindo com caráter apenas operacional e função meramente regulamentadora, estas disposições normativas não definem nem a natureza nem as condições de possibilidade de realizar o que pode ser chamado de “exigência interdisciplinar no Direito”.

“Modo de relação entre as práticas científicas especializadas.” Esta é a definição de interdisciplinaridade proposta pela revista dos *Annales* (1989) que discute a relação entre história e ciências sociais. Resultante de projeto específico de pesquisa, a interdisciplinaridade caracteriza-se pelas trocas entre os especialistas e pela integração real das disciplinas (JAPIASSU, 1976). Ela se distingue da multidisciplinaridade e da pluridisciplinaridade pela visão que a orienta quanto à pretensão de superação das fronteiras dos territórios das disciplinas. Aquela evoca justaposição de disciplinas sem cooperação teórico-metodológico entre elas; esta, justaposição de disciplinas com cooperação, mas sem coordenação entre as disciplinas (ibid.).

Porém, a interdisciplinaridade é uma prática problemática. A superação das fronteiras das disciplinas nunca é absoluta. A realização desse objetivo não dispensa o recurso a teorias e métodos dessas mesmas disciplinas. Assim, toda prática interdisciplinar é considerada ato de tensão disciplinar (ALVAREZ-PEREYRE, 2003). Essa tensão resulta da diferença de visão que cada disciplina possui sobre seu objeto. Todas as disciplinas realizam a observação e a construção de seus objetos de forma específica. Todas descrevem e explicam seus objetos segundo problemas e objetivos igualmente específicos. Seus aparelhos conceituais e seus instrumentais técnicos correspondem às diferenças específicas de seus objetos. Assim, toda disciplina é definida à imagem do objeto que ela própria ajuda a constituir. Esta é a hipótese segundo a qual toda disciplina supõe a naturalização de seu objeto. A consequência da tradição que assim pensa o objeto é que todo objeto é percebido e concebido como realidade intelectual total, homogênea e única. Daí o ideal de unidade do objeto como preocupação epistemológica e como fundamento das teorias gerais.

Na base das disposições normativas mencionadas, há um duplo reconhecimento histórico nada inédito no campo da ciência moderna contemporânea. Primeiro: nenhuma disciplina esgota seu objeto. Segundo: nenhuma disciplina reduz-se a outra disciplina. No campo do Direito, no entanto, o caráter relativamente inovador tem consistido no questionamento que tais diretrizes têm produzido acerca do Direito ensinado e da pesquisa jurídica. Tal questionamento vem funcionando como condição para se criarem e



adotarem novos projetos pedagógicos dos cursos de Direito e a renovação dos programas de pós-graduação em Direito no país. Contudo, a necessidade do trabalho interdisciplinar no campo das ciências sociais e do Direito não é definida arbitrariamente de modo racional e abstrato: “Decorre da própria forma de o homem produzir-se enquanto ser social e enquanto sujeito e objeto do conhecimento social”.<sup>1</sup>

Este trabalho parte do princípio que constitui uma das condições fundamentais da exigência e da necessidade interdisciplinares: a transcendência de visões e de objetos particulares. O problema que daí decorre pode ser resumido nas seguintes questões: a) como promover a superação das barreiras disciplinares? b) quais são os meios que garantem a realização desta empreitada? Uma resposta possível a tais perguntas diz respeito à superação dos limites disciplinares tradicionais pela criação de novos campos pretensamente disciplinares e pretensamente autônomos (Antropologia Jurídica, Sociologia Jurídica, História do Direito). E a lógica do objeto das novas disciplinas existiria e funcionaria de forma independente da determinação de cada disciplina (Antropologia, Sociologia, História e Direito). Neste caso, a hipótese a ser considerada é a da transdisciplinaridade (ALVAREZ-PEREYRE, 2003). Outra condição fundamental da interdisciplinaridade é que as disciplinas tradicionais conservem sua própria autonomia. Assim, a prática interdisciplinar – que não seria realizada em termos de aparelhos teóricos e metodológicos – seria considerada colaboração entre disciplinas que procurariam oferecer umas às outras os esclarecimentos necessários quanto aos limites de seus modelos analíticos. Assim, o historiador esclareceria o sociólogo – e também o jurista – que seus modelos de análise e construções de tipo-ideal não são fenômenos reais, e sim abstrações. O sociólogo poderia contribuir ampliando a perspectiva do historiador – e também do jurista – dando-lhe novos pontos de referência a respeito da interpretação de fatos históricos – e jurídicos – específicos (LE GOFF, 1974).

A hipótese formulada é considerar o caráter paradoxal do projeto interdisciplinar. É mostrar que a necessidade da interdisciplinaridade no Direito – que encontra ressonância também em exigências normativas – define também os limites de sua satisfação. O objetivo é mostrar que a ideia de paradoxo elimina a hipótese da interdisciplinaridade como utopia, como projeto que não conhece a existência de território próprio de realização, para definir as condições de possibilidade de sua realização. O problema da interdisciplinaridade não é sua impossibilidade, e sim sua dificuldade prática quanto às condições suficientes e necessárias de sua realização (ALVAREZ-PEREYRE, 2003).

Três são as situações que descrevem a prática da interdisciplinaridade e que podem ser mobilizadas na análise do projeto interdisciplinar no Direito. A primeira diz respeito às relações de colaboração possíveis entre Direito e



<sup>1</sup> FRIGOTTO, 1995. p. 26-31.

outro campo de saber específico (Antropologia, História, Sociologia); a segunda, à existência de trocas entre as disciplinas que canonicamente definem os diversos ramos do Direito e que integram a enciclopédia jurídica; a terceira, à existência de disciplina institucionalmente constituída e considerada como disciplina interdisciplinar (Antropologia Jurídica, História do Direito, Sociologia Jurídica). Estas situações de interdisciplinaridade – principalmente a primeira e a terceira – convergem para a mesma situação de tensão no que concerne à superação disciplinar quanto a paradigmas teóricos e metodológicos. São estes marcos que definem a identidade das disciplinas (tradicionais e interdisciplinares) através da definição de seus objetos e que permitem, ainda, compreender as relações entre elas. Esses marcos são a referência na análise do tipo de interdisciplinaridade de que cuida este trabalho – a Sociologia Jurídica como disciplina ou projeto interdisciplinar.

Do ponto de vista histórico e conceitual, a escolha que aqui é feita implica abordar a constituição da Sociologia Jurídica quanto aos modos pelos quais ela define seu território e suas relações com as disciplinas tradicionais (Sociologia e Direito) e sobre quais bases ela explicita sua razão de ser. Sabendo que a diversidade de critérios corresponde à diversidade de definições e à multiplicidade de objetos, a Sociologia Jurídica busca seu reconhecimento pela definição oferecida por ela própria. O problema a ser considerado é se ela é autônoma quanto a seu quadro teórico e procedimentos analíticos, e se suas escolhas – e em que termos – são as mesmas feitas pela Sociologia e pelo Direito.

O projeto interdisciplinar – aqui definido como o projeto da Sociologia Jurídica – será analisado de acordo com a preocupação de saber se os modelos teóricos e as técnicas do Direito e da Sociologia migram para a Sociologia Jurídica, se os critérios e conceitos operacionais daquelas disciplinas valem também para a nova disciplina enquanto disciplina interdisciplinar, se eles são capazes de explicar os objetos da Sociologia Jurídica e se esta se questiona quanto a perguntas desta mesma natureza como exigência ou condição fundamental de sua própria definição como disciplina interdisciplinar.

## **2 O problema do Direito como objeto das ciências sociais**

A exigência interdisciplinar implica reflexão quanto ao fato de os objetos das disciplinas serem geralmente percebidos e definidos de modo global. Geralmente, o olhar e o discurso dos especialistas estão implicitamente marcados pela ideia segundo a qual seus objetos constituem um todo. No entanto, nenhum objeto existe em si mesmo e para si mesmo. Todo especialista tem um olhar específico sobre seu objeto e persegue uma finalidade particular quanto a ele.

A Sociologia e o Direito são classificados como ramos das ciências humanas e sociais. Porém, eles se inscrevem no campo destas ciências segundo modos distintos e diversos que não se equivalem nem se assimilam. Na pesquisa científica, as diversas ciências humanas e sociais conferem estatutos teóricos próprios à sociedade e ao Direito no quadro dos fatos humanos. Contudo, estes estatutos teóricos não se confundem com o que lhes é atribuído

no âmbito das relações sociais, dos grupos sociais e das instituições em que a sociedade e o Direito existem como expressão de fenômenos quotidianos. Situação ainda diferente decorre da hipótese em que a sociedade e o Direito são pensados e vividos no contexto de sociedades que se distinguem histórica, social e culturalmente. Desta forma, “sociedade” e “Direito” distinguem-se – sem que a distinção promova a ruptura entre eles – quanto à oposição teórica entre objeto teórico e objeto real (SANTOS, 1993).

Tradicionalmente, o estatuto teórico conferido ao Direito no âmbito das ciências humanas e sociais – Sociologia, História, Direito – é o de mecanismo de controle social que traduz e reflete as necessidades e exigências de determinada sociedade ou grupo social. Especificamente, segundo orientação teórica marxista do Direito e do Estado, a reflexão sobre o Direito “tem constituído o centro da reflexão sobre os modos de dominação e de controle social nas sociedades contemporâneas.”<sup>2</sup>

Decorrem dessa concepção teórica do Direito como instrumento de controle social duas perspectivas que orientam diametralmente a investigação do Direito no campo das ciências humanas e sociais. A primeira considera o Direito como realidade estática que pode ser investigada de forma autônoma e independente em relação à sociedade e à história. Identificado com as leis e códigos vigentes, com o sentido de ordem de conduta humana e com a função de impor padrões de conduta social aos indivíduos, o Direito é definido como fato jurídico segundo a distinção entre princípios de causalidade e de imputação (KELSEN, 1998). A segunda considera o Direito como realidade a ser investigada no contexto da sociedade em que existe. O conhecimento do Direito depende da sociedade com a qual o Direito está referido e através da qual este existe como fragmento. Assim, por exemplo, as regras do Direito Penal são a expressão de semelhanças sociais fundamentais e correspondem à solidariedade social originária dessas mesmas semelhanças. O Direito é identificado com as relações sociais e com a solidariedade social e definido como fato social (DURKHEIM, 1928).

De forma esquemática, a primeira perspectiva corresponderia à investigação do Direito no próprio campo do Direito; e a segunda, a pesquisas conduzidas pela Sociologia. Porém, as duas perspectivas contariam com formas teóricas próprias de naturalização de seus objetos com base em práticas reducionistas que definem a unidade e a coerência interna de seus objetos científicos. Estes objetos definem a identidade das disciplinas e são por estas também definidos como territórios onde são pesquisados. A definição da natureza dos objetos de estudo – se sociológico ou antropológico, por exemplo – depende da comparação em cujo âmbito será possível afirmar se os fenômenos são do mesmo tipo ou não, o que não impedirá o pesquisador de produzir certo tipo de unidade passando por diferentes disciplinas ou objetos (LÉVI-STRAUSS, 1952).



<sup>2</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. *O discurso e o poder*: ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica. Porto Alegre: Fabris, 1988. p. 3.

A relação que articula Direito e sociedade não tem sido objeto de investigação no campo da prática jurídico-científica tradicional. A definição da identidade do Direito e a explicação deste têm acompanhando este quadro negativo de reflexão com respostas distintas e diversas quando se considera a análise do mesmo e único Direito. O Direito não é apenas instrumento de controle social. Essa classificação tem por fundamento critério histórico e social de uma época passada que não atende às exigências históricas e sociais da modernidade atual. Esse critério define o Direito com o qual o pesquisador se acostuma ou com o qual ele está acostumado. Ele estabelece, assim, os limites que mantêm o pesquisador afastado do conhecimento do próprio Direito. Mesmo considerando-o como instrumento de controle social, distintas e diversas são as abordagens possíveis na investigação do Direito segundo esta definição (sociológica, histórica, política).

Por outro lado, a despeito das diferentes abordagens que pode comportar o estudo do Direito como instrumento de controle social, toda pesquisa jurídica caracteriza-se pela dimensão semântica da atividade científica que define o sentido do Direito. O sentido do Direito diz respeito a referentes distintos ou a fenomenologias específicas – o social, o teórico, o doutrinário, o legal, o jurisprudencial (FALBO, 2002). Estes referentes ou fenomenologias são frequentemente reconstruídos no campo jurídico segundo um quadro pretensamente teórico que geralmente distingue, opõe e separa as dimensões que existem em relação e que fazem parte do universo fenomenológico que estas dimensões ajudam a definir – o concreto e o abstrato, o particular e o geral, o subjetivo e o objetivo.

A preocupação com a definição do sentido do Direito – que define e orienta os diversos tipos de pesquisa jurídica e também o seu estudo e ensino – nem sempre questiona as próprias regras da reconstrução dos referentes e das fenomenologias, e a própria localização do sentido do Direito num dos referentes ou fenomenologias mencionados. Consequentemente, os referentes e fenomenologias, e as próprias dimensões que lhe são atribuídas, sequer são pensadas como parte de estratégias e escolhas (individuais ou coletivas), não são consideradas expressão de representações particulares, não são vistas como produzindo exclusões específicas, ainda que tudo isso faça parte do desenvolvimento da atividade científica contemporânea.

Por outro lado, a diversidade de resultados que os pesquisadores do Direito (juristas e sociólogos) podem apresentar como função da diversidade de dimensões, abordagens ou fenomenologias do Direito – ainda que todos ou quase todos continuem usando o vocábulo *Direito* – não esconde a dificuldade quanto ao problema da coerência interna ou unidade do objeto. Nenhuma dimensão, abordagem ou fenomenologia poderia definir e explicar de modo exclusivo e suficiente a coerência do Direito como objeto teórico ou como objeto real. Afinal, as relações entre as variáveis (dependentes e independentes) tendem a dissimular o conjunto de tantas outras relações (BOURDIEU, 1979). Além disso, todo objeto de estudo específico – quanto a sua própria imagem ou representação – implica escolhas tão explícitas quanto

conscientes, referentes a questões teóricas e conceituais, procedimentos metodológicos e analíticos, definição de objetivos. Todo objeto de estudo produz resultados específicos, que decorrem de tais escolhas, e imagens particulares, que correspondem às diversas etapas da atividade científica e que definem a coerência do próprio objeto de modo particular. O problema de todo pesquisador consiste em inscrever cada coerência específica e particular no contexto mais amplo de sua atividade de pesquisa e de sua ciência. Este problema traduz e corresponde a exigências e desafios institucionais e sociais que nem todo pesquisador está disposto ou preparado para enfrentar.

### 3 A Sociologia Jurídica como problema

O problema da definição da Sociologia Jurídica é o seu objeto. Os objetivos da Sociologia Jurídica são tão distintos como diversos são seus pesquisadores (TIMASHEFF, 1937; 1938). Este é o mesmo problema enfrentado pela sociologia urbana. De modo específico, ela não tem nem objeto teórico nem objeto real (CASTELLS, 1975). Do ponto de vista histórico, o surgimento da Sociologia do Direito (GURVITCH, 1960) confunde-se com o aparecimento da Sociologia Geral (GIDDENS, 2004). A história das duas disciplinas parece seguir o desenvolvimento do pensamento sociológico com a contribuição de Durkheim, Marx e Weber. O Direito como símbolo visível da solidariedade social (DURKHEIM, 1928), o Direito como instrumento da classe dominante (MARX/ENGELS, 1962) e o Direito como tipo ideal de dominação legítima (WEBER, 1995) são temas atribuídos e reivindicados pelos primeiros teóricos tanto da Sociologia como da Sociologia do Direito. Seguindo o percurso inaugural atribuído de forma comum às referidas disciplinas, não é possível identificar se – e em que momento – as relações entre Direito e sociedade passaram a ser objeto de preocupação e reflexão explícitas quanto aos desafios teóricos e metodológicos capazes de promover a distinção entre Sociologia e Sociologia do Direito e a consequente separação das mesmas disciplinas em campos autônomos de conhecimento científico. A indistinção quanto à originalidade na demarcação do território dessas duas sociologias inviabiliza o questionamento quanto à antecedência da prática da pesquisa científica em relação à emergência da Sociologia e da Sociologia do Direito. Não é possível tampouco explicar de forma distinta a institucionalização das duas disciplinas como momento histórico inaugural. A distinção quanto aos rótulos que lhes são atribuídos não constitui condição suficiente no enfrentamento do problema da definição e distinção de seus objetos específicos de predileção. Os campos programáticos que escolhem seus objetos e que rejeitam outros tantos permanecem indeterminados. A hierarquia de suas prioridades de investigação continua desconhecida. Sua definição com base em elementos internos próprios ou em relação a outras áreas do conhecimento permanece ignorada.<sup>3</sup>



<sup>3</sup> Estas discussões foram feitas por Paulo Condorcet quanto à caracterização da disciplina Introdução ao Estudo do Direito, no livro *A Introdução ao Estudo do Direito no Pensamento de Seus Expositores* (1982).

Este quadro negativo referido ao momento histórico inaugural das duas disciplinas bastaria para negar a existência da Sociologia Jurídica como disciplina autônoma e inscrevê-la no quadro da sociologia *tout court*. Seria a hipótese de afirmar a preocupação dos fundadores da Sociologia com o Direito enquanto objeto de estudo. Apenas quanto a isto é que eles poderiam ser considerados “sociólogos do Direito” ou fazendo “Sociologia Jurídica”. A contrapartida de sociólogos preocupados com o Direito corresponderia à hipótese do estudo realizado por juristas com preocupação sociológica. Léon Duguit, Emmanuel Lévy, Maurice Hauriou, Henri Lévy-Bruhl e Jean Carbonnier fazem parte da categoria dos assim chamados “juristas-sociólogos”, que, no entanto, nunca deixaram de ser teóricos do Direito (GURVITCH, 1960). Uma vez que a hipótese da Sociologia Jurídica como disciplina interdisciplinar, com o mesmo estatuto tradicional das disciplinas tradicionais, depende de objeto de estudo específico, de critérios precisos de ordem teórica e de regras metodológicas definidas, não seria possível afirmar sua existência. Ela existiria como parte da Sociologia, que, assim, permaneceria intacta. Ela estudaria o Direito de tipo particular e em situação social específica, e experimentaria a necessidade de inventar métodos novos para objetos que continuariam pertencendo às disciplinas tradicionais. Seu interesse por tais objetos – quanto às formas e sentidos de manifestação do Direito e às relações que articulam Direito e Sociedade, Direito e Cultura, Direito e Política – não descaracterizaria a atividade da competência da Sociologia e do Direito.

Por outro lado, se a Sociologia Jurídica não existe como nova disciplina ou disciplina especial, de forma independente do estatuto tradicional de cientificidade do conhecimento (objeto, teoria e método), é possível afirmar sua existência como modelo de reflexão e prática intelectuais que articulam a relação entre sociedade e Direito (JUNQUEIRA, 1993). Esta forma de pensar a Sociologia Jurídica define uma das condições de todo trabalho de reflexão sobre a prática interdisciplinar: o problema da especialização que caracteriza as disciplinas científicas tradicionais. Ainda que a comunidade científica lhe negue o reconhecimento de disciplina científica autônoma ou de disciplina de fronteira, as instituições de pesquisa e de ensino do Direito no Brasil e no mundo lhe reconhecem existência formal como disciplina ao lado das demais. Ela não teria nascido se a Sociologia e o Direito não tivessem sido historicamente constituídos de modo reducionista ou não se revelassem limitados quanto a seus objetos de investigação. De alguma forma, a história e a evolução das disciplinas tradicionais em questão – na medida em que tais disciplinas traduzem os modos pelos quais o pensamento científico constitui-se no nível institucional – explicam o nascimento da Sociologia Jurídica. Como a institucionalização e o desenvolvimento da Sociologia e do Direito orientaram-se pelo processo de especialização da ciência moderna, elas perderam ou não mais produziram a compreensão dos fatos e acontecimentos que marcaram o século XX e que ainda marcam o século XXI. É possível, ainda, afirmar que a emergência e o desenvolvimento da Sociologia Jurídica respondem a exigências de revisão crítica contínua e

continuada da visão e do conhecimento científicos. As mudanças verificadas em seu campo traduzem movimento paralelo que parece refletir as transformações pelas quais passam as ciências sociais e humanas ainda no século XXI.

Ao representar esforço explícito de lidar com as relações entre Direito e Sociedade e de produzir reflexão nova como corolário da especialização e do reducionismo do conhecimento científico tradicional – ainda que mantendo relação teórico-metodológica com as disciplinas tracionais que vivem a crise da ciência moderna –, ela atende a exigências de conhecimento novo que respondem a demandas que se originam em diversos setores e segmentos da sociedade. A realização dessa condição autoriza a inscrição da Sociologia Jurídica de forma legítima no campo da interdisciplinaridade. Outro critério na explicação da emergência da Sociologia Jurídica como interdisciplina é a relação que ela estabelece entre Direito e Sociedade, Direito e Cultura, Direito e Política, Direito e Economia, a despeito das diferenças de abordagem teórica – o Direito como reflexo da sociedade estudada ou como elemento dinâmico desta sociedade, por exemplo.

Outras condições da análise da interdisciplinaridade da Sociologia Jurídica que escapam os limites deste trabalho e que permitiriam afirmar, diminuir ou negar a singularidade desta disciplina e, assim, reforçar as ligações entre as disciplinas cardeais (tradicionais) e de fronteira (disciplinas novas de caráter interdisciplinar) são as seguintes:<sup>4</sup> a) conhecer as bases sobre as quais são definidas sua identidade e sua razão de ser; b) reconhecer a existência de etapas na sua evolução histórica; c) distinguir suas pesquisas quanto a objetos mais antigos e mais recentes; d) definir se seus objetos históricos – inaugurais e originais, em parte ou no todo – são ou foram também objetos da Sociologia e do Direito; e) questionar, quanto a seus objetos, os métodos e teorias empregados; f) saber se suas pesquisas produziram inovação técnica específica ou se conheceram apenas a transposição de ferramentas já existentes em campos vizinhos ou se houve a extrapolação de um campo para outro; g) saber se as etapas de seu trabalho científico mudaram ou continuam as mesmas; h) definir que relações estabelece com as demais disciplinas; i) saber se realizou produção teórica de aparelho conceitual capaz de explicar as mais diversas formulações pluridisciplinares ou se recorreu à transcendência das problemáticas disciplinares para constituir seu edifício científico e, assim, considerar o desafio científico que representa o *continuum* dos fatos humanos; j) verificar se ela seguiu o mesmo itinerário que a Sociologia e o Direito; k) analisar se a base de dados com a qual ela é confrontada é a mesma da Sociologia e do Direito; l) se ela se surgiu e se desenvolveu em campo específico e se esta tendência tende a diminuir; m) saber qual é o aspecto essencial que ela privilegia em seu âmbito; n) saber se é a especificidade real ou a relativa que mais caracteriza seus objetos; o) saber se seus



<sup>4</sup> A especificação destas condições levou em conta a análise da empreitada interdisciplinar entre a etnolinguística e a etnomusicologia realizada por Frank Alvarez-Pereyre (2003).

desafios teóricos e metodológicos fazem com que, em seu interior, surjam divergências talvez mais essenciais do que as diferenças de configuração na base dos objetos.

#### **4 Sociologia, Direito e Interdisciplinaridade**

Da definição de interdisciplinaridade proposta pelos Annales, decorrem três consequências básicas. Primeira: as relações entre as ciências fundamentam o trabalho interdisciplinar. Segunda: as relações entre as práticas científicas especializadas permitem questionar a identidade das ciências e saber o que a definição de uma diz da outra. Terceira: as relações práticas entre as ciências importam a ruptura com o dogmatismo e o positivismo.

Essa definição permite ainda pensar os meios e as vantagens da colaboração entre as disciplinas (DELAMARRE, 1986). Quanto aos meios: a) utilização recíproca e cruzada dos mesmos dados; b) comunicação dos fichários dos informantes; c) coordenação com os pesquisadores de outras disciplinas no avanço de cada pesquisa; d) difusão e discussão dos relatórios; e) reuniões coletivas. Quanto às vantagens: a) a pesquisa interdisciplinar constitui contexto privilegiado para a formação do pesquisador; b) contribui para formar o olhar sobre o Outro, conduzindo-o a considerações mais reais sobre si mesmo; c) ela é verdadeiro laboratório permanente para métodos e técnicas de trabalho.

Nos termos dos Annales, a interdisciplinaridade da Sociologia Jurídica definiria a instabilidade das fronteiras dos territórios da Sociologia e do Direito, rejeitaria as definições abstratas destas disciplinas e reivindicaria sua realidade sociológica e institucional em referência à análise dos processos de tradução e de apropriação conceituais e metodológicas. A análise histórica e as concepções teóricas dos objetos constituem critérios que ajudam na explicação do surgimento e da identidade destas disciplinas. No entanto, o problema consiste em saber se a Sociologia e o Direito apresentam suas dúvidas e incertezas nesse tipo de relação e se elas revelam preocupação em redefinir seus projetos e práticas. Afinal, essa relação entre as práticas científicas tem traduzido confronto disciplinar revelador de duas tendências contraditórias: ou o confronto procura distinguir as disciplinas ou procura destacar as semelhanças entre elas. O problema destas tendências consiste em saber se o confronto das disciplinas – que revela a importância dos objetos e dos critérios na definição destas – tem promovido a discussão da centralidade das questões teórico-metodológicas dessas disciplinas. Essa é uma das condições para realizar pesquisas e trabalhos que pretendam sua inscrição no campo interdisciplinar. E a prática interdisciplinar, nos termos dos Annales, supõe que aquilo que pertence à Sociologia e ao Direito venha a integrar o campo da Sociologia Jurídica. Porém, esta passagem depende do questionamento explícito acerca da concepção de mundo, da organização desse mesmo mundo, e da estruturação específica de configuração social e jurídica particular.

Há pesquisas e trabalhos que se inscrevem no campo do trabalho interdisciplinar, que mostram a interdisciplinaridade como necessidade ou exi-



gência reconhecida e que recomendam a interdisciplinaridade na abordagem dos dados e nos títulos das disciplinas. No entanto, tanto na área do Direito como na área da Sociologia é preciso saber qual é o interesse revelado quanto à avaliação das práticas interdisciplinares. Daí a importância da observação de pesquisas, trabalhos e disciplinas para trazer à baila os desafios de todo projeto interdisciplinar. Daí o problema das denominações e definições, das relações entre os objetos e a linguagem, e do momento da análise, com referência à articulação das partes constitutivas dos objetos e da relação entre as disciplinas.

Como disciplina de fronteira e quanto às suas condições de existência, a Sociologia Jurídica tem conhecido prática corrente. Seus critérios são tão distintos e diversos como distintos e diversos têm sido seus objetivos e objetos, seus quadros teóricos e seus procedimentos analíticos. O problema é saber se a Sociologia Jurídica, a despeito de variação segundo a época e a escola, define-se por referência a algum critério que possa ser considerado como suficiente. Desse critério decorreria visão limitada do objeto e representação típica da atividade científica tradicional. Daí a necessidade de se explicitarem os critérios que definem a Sociologia Jurídica e de saber se – e como – tais critérios produzem a classificação de seus objetos. A análise dos critérios permite ainda conhecer o momento histórico e o modo pelo qual a Sociologia e o Direito se separaram, bem como se esta separação ocorrerá por meio de algum tipo oposição e qual o sentido desta oposição. Especificamente, é possível reconhecer a separação entre Direito e Sociologia do Direito segundo oposição entre prescrição jurídica (“determinação jurídica em uma lei ou um código”) e norma jurídica (“determinação jurídica transformada em ação”) (ERLICH, 1986), que corresponde à oposição histórica entre o que é tradicional e o que é moderno no mundo germânico. Essa oposição invoca distanciamento histórico e social em relação ao objeto dominante da Ciência do Direito (a prescrição jurídica), que se orienta tradicionalmente pela concepção positivista de tipo kelseniano. Aquela perspectiva invoca, ainda, a historicidade da ordem interna das associações sociais e a dinamicidade do caráter cotidiano e rotineiro de suas normas; revela a especificidade do Direito de forma (relativamente) independente do estado e da coação estatal; interpela a divisão do trabalho científico instaurada no século XIX; e estabelece métodos de investigação da Sociologia do Direito que migram da história do Direito e da Sociologia. Esse questionamento da divisão tradicional do trabalho científico – que tem por fundamento a oposição entre Direito Estatal e Direito Extraestatal, entre prescrição jurídica e norma jurídica – pode estar referido à construção teórica de outro tipo e, assim, explicar a interdisciplinaridade segundo objetos distintos. A oposição entre Direito Social e Direito Estatal pode estar referida à lógica, ao desenvolvimento e à crise do mundo capitalista contemporâneo, corresponder ao problema do pluralismo jurídico e ensejar o uso de modelos teóricos e de métodos de investigação tanto da sociologia como da antropologia (SANTOS, 1988). O tema da “ordem” pode aproximar tanto a Sociologia Jurídica de Santos como a de Erlich da preo-

cupação tradicional que possui a Ciência do Direito. Porém, este se afasta da teoria jurídica tradicional pela visão histórica do Direito; aquele, pelo sentido do Direito como relação que articula discurso e poder. Contudo, em relação a Santos, Erhlich revela ainda concepção tradicional do Direito, considerado como fenômeno normativo.

## 5 Conclusão

É possível afirmar que a Sociologia Jurídica tenha surgido como reação à tradição intelectual que ainda caracteriza o ensino do Direito e a pesquisa jurídica no século XXI. Esta tradição corresponde à tendência que o Direito possui de viver a heterogeneidade como verdadeiro pesadelo científico e à tentação de afirmar a pureza como ideal científico. Por outro lado, a diversidade de critérios na explicação da existência da Sociologia Jurídica poderia semear a dúvida quanto a dois diagnósticos distintos que caracterizam a interdisciplinaridade como projeto paradoxal: a espontaneidade da tentação com a pureza e a simples preocupação com a revisão das etapas de seu desenvolvimento histórico.

A Sociologia Jurídica como projeto interdisciplinar caracteriza-se pelo fato de rejeitar os limites excessivos da Sociologia e do Direito e de buscar superá-los. A explicação que ela oferece de si mesma como discurso interdisciplinar é constituída através do confronto de critérios constitutivos de seus objetos de estudo. De natureza distinta, estes critérios deveriam ser situados historicamente em momentos diferentes quanto a perspectivas referentes a objetos particulares. Do ponto de vista histórico, a ausência de articulação e de hierarquização destes critérios pela Sociologia Jurídica resulta na equiparação ou equivalência destes. Esta crítica vale também para a ausência de historicidade quanto à variedade das opções metodológicas. Paradoxalmente, este fato constitui ameaça ao próprio projeto interdisciplinar representado pela Sociologia Jurídica.

Se a complexidade constitutiva do objeto deve representar o centro das preocupações da Sociologia Jurídica, ela não tem excluído do projeto interdisciplinar que representa esta disciplina a preocupação lógica com a unidade do objeto enquanto categoria-chave da interdisciplinaridade. Nisto consiste o paradoxo que define seu projeto interdisciplinar: a preocupação com a unidade do objeto – ainda que espontânea e implícita – parece privar o objeto de sua complexidade constitutiva.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALVAREZ-PEREYRE, Frank. *L'exigence interdisciplinaire: une pédagogie de l'interdisciplinarité en linguistique, ethnologie et ethnomusicologie*. Paris: Maison des Sciences de L'homme, 2003.
- ANNALES. n. 6. Paris: Armand Colin, 1989.
- BOURDIEU, Pierre. *La distinction: critique sociale du jugement*. Paris: Minuit, 1979.
- CASTELLS, Manuel. O que é a Sociologia Urbana. In: *Problemas de Sociologia Urbana*. Lisboa; São Paulo: Presença; Martins Fontes, 1975.
- DELAMARRE, Marie Jean-Bruhnes. *L'Aubrac: Etude ethnologique, linguistique, agronomique et économique d'un établissement humain*. T. VII. Paris: Cnrs, 1986.
- DURKHEIM, Emilio. *La división del trabajo social*. Madrid: Daniel Jorro, 1928.
- ERLICH, Eugen. *Fundamentos da Sociologia do Direito*. Brasília: UnB, 1986.
- FALBO, Ricardo Nery. *Natureza do conhecimento jurídico: generalidade e especificidade no direito da criança e do adolescente*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.
- FERREIRA, Paulo Condorcet Barbosa. *A introdução ao estudo do Direito no pensamento de seus expositores: material para uma bibliografia brasileira da disciplina*. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1982.
- FRIGOTTO, Gaudêncio. A interdisciplinaridade como necessidade e como problema nas ciências sociais. In: JANTSCH, Ari Paulo; BIACHETTI, Lucídio. *Interdisciplinaridade: para além da filosofia do sujeito*. Petrópolis: Vozes, 1995.
- GIDDENS, Anthony. O que é a Sociologia? In: *Sociologia*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2004. p. 3-19.
- GURVITCH, Georges. Problèmes de Sociologie du Droit. In: *Traité de Sociologie*. V. 2, Paris: Puf, 1960. p. 177-188.
- JAPIASSU, Hilton. *Interdisciplinaridade e patologia do saber*. Rio de Janeiro: Imago, 1976.
- JUNQUEIRA, Eliane Botelho. *A Sociologia do Direito no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1993.
- KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- LE GOFF, Jacques. Les mentalités: une histoire ambiguë. In: \_\_\_\_\_; NORA, Pierre (Org.). *Faire de l'histoire*. Paris: Gallimard, 1974. p. 76-90.

LÉVI-STRAUS, Claude. *Antropologia estrutural*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985.

MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. *Le manifeste communiste*. Paris: Union Générale d'Éditions, 1962.

RODRIGUES, Horácio Wanderlei. *Pensando o ensino do Direito no século XXI: diretrizes curriculares, projeto pedagógico e outras questões pertinentes*. Florianópolis: Boiteux, 2005.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *O discurso e o poder: ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.

\_\_\_\_\_. *Introdução a uma ciência pós-moderna*. Porto: Afrontamento, 1993.

TIMASHEFF, N. S. What is "Sociology of Law"? *The American Journal of Sociology*, v. XLIII, July 1937 / May 1938.

WEBER, Max. *Metodologia das Ciências Sociais*. Parte 2. São Paulo; Campinas: Cortez; Unicamp, 1995.

# [ O pós-positivismo é pós-positivista? Os limites da concepção juiz-centrada na Teoria Contemporânea ]

Felipe Dutra Asensi\*

**Resumo:** O objetivo deste artigo é refletir sobre as transformações que o Direito tem passado no contexto contemporâneo em sua interface com a política, buscando estabelecer uma reflexão crítica sobre como tais transformações ainda encontram-se respaldadas numa concepção centrada na figura do juiz, através do qual orbitam as demais instituições jurídicas e sociais. Para tal, serão destinadas discussões a três perspectivas contemporâneas da Teoria Do Direito (Dworkin, Posner e estudos de judicialização) que, por mais que sejam heterogêneas e distintas, produzem concepções centradas no juiz. Após, serão apresentados os limites destas concepções juiz-centradas para pensar a atuação dos demais atores e instituições jurídicas e sociais, sobretudo no Brasil, buscando-se evidenciar os limites do pós-positivismo e dos estudos de judicialização na compreensão do efetivo papel de tais atores e instituições. Por fim, serão realizadas ponderações a respeito das críticas à centralidade do juiz, de modo a propor alternativas teóricas e metodológicas que apontem para uma alternativa analítica: a juridicização das relações sociais.

**Palavras-chave:** Pós-Positivismo. Judicialização. Juridicização. Instituições jurídicas.

**Abstract:** The objective of this article is to reflect on the transformations that law has passed in the contemporary context on its interface to politics, intending to establish a critical reflection on how such transformations are still endorsed in a conception centered in the figure of the judge, through which the other legal and social institutions gravitate. For such, there will be discussed three perspective contemporaries of the theory of law (Dworkin, Posner and Judicialization studies) that, no matter how heterogeneous and distinct they are, they produce conceptions centered in the judge. After, the limits of these judge-centered conceptions will be presented to think the performance of other legal and social institutions, mainly in Brazil, intending to evidence the limits of post-positivism and of the judicialization studies in the understanding of the effective paper of such actors and institutions. Finally, there will be made considerations regarding the critics on the judge centrality, in order to consider theoretical and methodological alternatives that point to an analytical alternative: the juridicization of the social relations.

**Keywords:** Post-positivism. Judicialization. Juridicization. Legal institutions.



\* Mestre e doutorando em Sociologia pelo Instituto Universitário de Pesquisas do Rio de Janeiro (IUPERJ); pesquisador do Laboratório de Pesquisas sobre Práticas de Integralidade em Saúde (Lappis/UERJ) e da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB/RJ); professor da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ) e da Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas (FGV-RJ). Endereço eletrônico: felipedml@yahoo.com.br



## 1 Introdução

O contexto atual de efetivação de direitos indica-nos, parafraseando Habermas (1992), que *algo está mudando no horizonte do Direito*. Mas, ao tratar de mudanças, devemos entender em que sentido elas operam *no* Direito, ou *pelo* Direito e, simultaneamente, em que sentido elas operam *no conteúdo valorativo do Direito*, ou apenas em sua *estrutura formal*. No campo da teoria do Direito, tais transformações traduzem-se principalmente na crítica à perspectiva do positivismo jurídico. O positivismo constituiu-se no campo do Direito ainda no século XX, e um dos principais sistematizadores desse paradigma foi Hans Kelsen (2000), que dedicou boa parte de sua obra à formulação e desenvolvimento de uma *teoria pura do Direito*. Essa teoria fundamenta a ordem jurídica na própria norma positivada, sem levar em conta como fundamento de validade qualquer aspecto subjetivo, valorativo, sociológico ou cultural. Kelsen parte do princípio de que o Direito regula a sua própria criação; logo, as regras regulam a maneira pela qual outras regras devem ser criadas por um sistema lógico e sistematicamente coeso e não contraditório.

Essa perspectiva sobre o Direito – fundamentalmente formalista – recebeu críticas ao longo do século XX. Principalmente após os excessos e descaminhos ocasionados pelas duas guerras mundiais, os problemas derivados de regimes totalitaristas e o colapso econômico de alguns países, o que se convencionou chamar de *pós-positivismo* buscou consolidar-se como uma alternativa à insuficiência e insensibilidade das correntes anteriores, sobretudo ao incorporar critérios valorativos e principiológicos no campo do Direito. Os teóricos do pós-positivismo – Ronald Dworkin, Chaim Perelman, Theodor Viehweg, Robert Alexy e outros –, sustentaram que a forma de se concretizar o Direito é debruçando-se sobre o problema e sobre casos empíricos particulares a serem decididos pelos juízes, e não sobre a regra jurídica, como se enfatizou no positivismo jurídico. A simples adequação fato/norma, que seria realizada de maneira mecanicista e pouco sensível às especificidades dos fatos sociais, deu lugar a uma nova forma de pensar o Direito *em sociedade*, ou seja, um Direito capaz de considerar e respeitar as diferenças e de levar em conta as particularidades inerentes ao caso concreto. Para captar e compreender tais casos, foi adotada como estratégia privilegiada da perspectiva pós-positivista a superação da “letra” da lei como fonte do conhecimento jurídico.

Em geral, essa superação da “letra” da lei e a incorporação de valores têm sido o fundamento teórico para que a perspectiva seja denominada de pós-positivismo. Por outro lado, o pós-positivismo recepcionou uma característica fundamental e estruturante do argumento positivista: a concepção centrada no juiz. O positivismo admite a figura do juiz como elemento essencial à aplicação de qualquer norma jurídica, que se fundamenta num mecanismo de legitimidade formal. Por sua vez, as reflexões dos autores assumidos como pós-positivistas, em ampla medida, são ainda reflexões sobre o juiz e os processos de decisão e aplicação do direito. A institucionalidade do Judiciário como elemento essencial para o Direito também está presente no pós-po-

sitivismo. Assim, é preciso indagar seriamente o seguinte: o pós-positivismo – a despeito da superação do formalismo nas normas jurídicas – é efetivamente pós-positivista ou uma variação/aperfeiçoamento do positivismo?

Com isso, o objetivo desse artigo é refletir sobre as transformações que o Direito tem passado no contexto contemporâneo em sua interface com a política, buscando estabelecer uma reflexão crítica sobre como tais transformações ainda encontram-se respaldadas numa concepção centrada na figura do juiz, ao redor da qual orbitam as demais instituições jurídicas e sociais. Para tal, o próximo tópico será destinado a discutir três perspectivas contemporâneas da Teoria do Direito, que, por mais que sejam heterogêneas e distintas, produzem concepções centradas no juiz. Após, serão apresentados os limites dessas concepções juiz-centradas para pensar a atuação dos demais atores e instituições jurídicas e sociais, sobretudo no Brasil, buscando-se evidenciar os limites do pós-positivismo e dos estudos de judicialização na compreensão do efetivo papel de tais atores e instituições. Por fim, serão realizadas ponderações a respeito das críticas à centralidade do juiz, de modo a propor alternativas teóricas e metodológicas que apontem para uma alternativa analítica: a juridicização das relações sociais.

## **2 O Juiz, o Direito, a Política**

### **2.1 O interpretativismo de Dworkin**

Dworkin parte da seguinte pergunta: nos casos difíceis, como os juízes decidem e/ou deveriam decidir sobre qual direito deve ser aplicado? Ao analisar quatro casos logo no 1º capítulo de *Law's Empire* (1986) – Elmer, Snail Darter, McDouglin, Brown –, Dworkin observa que os juízes têm de decidir os casos difíceis mais interpretando do que apenas aplicando decisões anteriores. A ideia inicial é que o raciocínio jurídico é um exercício de interpretação construtiva. Assim, Dworkin busca justamente sustentar que o conceito de integridade jurídica é a chave para se discutir a prática e a teoria jurídica anglo-americana. Para o autor, o juiz “constrói sua teoria geral do Direito contemporâneo a fim de que reflita, tanto quanto possível, os princípios coerentes de equidade política, justiça substantiva e devido processo legal adjetivo” e, mais ainda, “de que reflita todos esses aspectos combinados na proporção adequada” (Dworkin, 1999, p. 483), o que revela a ideia de integridade.

De fato, o que está por trás da teoria de Dworkin também é uma teoria da adjudicação. O Direito é visto pelo autor como uma série de numerosos e diversificados referenciais que os juízes podem utilizar para resolverem conflitos. Além das regras escritas, seria possível identificar princípios existentes no sistema jurídico que, em conjunto com as regras, constituiriam a ideia de norma jurídica.

Do ponto de vista da práxis do Direito, Dworkin admite que a lei frequentemente se torna aquilo que o juiz afirma, o que implica reconhecer

que a prática do Direito é fortemente argumentativa. Ao aplicar o Direito, o juiz interpreta os dados jurídicos (*legal data*) – tais como a legislação, precedentes, etc. – com o objetivo de articular uma interpretação que melhor explique e justifique a prática jurídica do passado. Todos compartilham de uma certa noção de Direito, mas há casos em que a aplicação dessa noção é nebulosa, os quais Dworkin denominou de *casos difíceis*.

Assim, os juízes criam novo direito toda vez que decidem um caso importante, mas essa criação guarda relação com o direito anterior, o que corresponde à ideia de *romance em cadeia*. Tal expressão significa que os juízes (romancistas) são autores e críticos no seu ato de julgar, além de admitir como pressuposto que o romancista tem de levar a sério as suas responsabilidades de continuidade do romance. Assim, deve considerar todos os personagens, trama, gênero, tema e objetivo. Por outro lado, Dworkin (1986, p. 87) apresenta um argumento que complexifica a construção da decisão jurídica como romance. O autor sustenta que não é possível estabelecer a etapa em que o romancista interpreta o texto que lhe foi entregue e a etapa em que acrescenta seu próprio capítulo, guiado pela interpretação pela qual optou, na medida em que “o Direito é um conceito interpretativo”. Além disso, o texto entregue não possui necessariamente uma unidade, pois foi escrito por romancistas diferentes no tempo e no espaço.

Para resolver tal limitação, Dworkin (2002, p. 446) defende que, em toda situação na qual os direitos das pessoas encontram-se em disputa, a melhor interpretação envolve a tese da resposta certa (*right answer thesis*). Segundo o autor, “o ‘mito’ de que num caso difícil só existe uma resposta correta é tão obstinado quanto bem-sucedido. Sua obstinação e seu êxito valem como argumentos de que não se trata de um mito”.

Porém, isso não quer dizer que o juiz possui discricionariedade ao decidir casos difíceis. De certa forma, Dworkin concorda que os juízes podem exercer sua discricionariedade no sentido “fraco”, na medida em que o juiz pode usar sua avaliação ao aplicar os referenciais delineados por uma autoridade. Por outro lado, discorda em relação ao sentido “forte” de discricionariedade, isto é, quando os juízes deliberadamente tomam uma decisão sem estarem submetidos a referenciais jurídicos. Mais precisamente, “os juízes sentem uma obrigação de atribuir a decisões passadas aquilo que chamo de ‘força gravitacional’, e que essa obrigação contradiz a doutrina positivista do poder discricionário do juiz” (DWORKIN, 1999, p. XIII).

Assim como Rawls (*véu da ignorância*) e Habermas (*situação ideal de fala*), Dworkin também cria a sua metáfora para discutir o Direito: o *juiz-Hércules*. Trata-se de uma concepção ideal de juiz, que possui uma sabedoria imensurável e, além disso, amplo conhecimento das fontes do Direito e muito tempo para poder decidir sem qualquer equívoco. Este juiz ideal constrói uma teoria que melhor justifique o Direito como integridade no âmbito da decisão de um caso particular. Parte-se do princípio de que os juízes devem decidir com base em regras, princípios e referenciais jurídicos, e não em política, e que um juiz ideal seria partidário do Direito como integridade.



Assim, diante destas condições ideais, o juiz-Hércules sempre chegará a apenas uma resposta correta, ao passo que juiz real só pode imitar Hércules – e, mesmo assim, até certo ponto. Segundo Dworkin (1999, p. 477), “para Hércules, o Direito real contemporâneo consiste nos princípios que proporcionam a melhor justificativa disponível nas doutrinas e dispositivos de direito como um todo”. Essa tese auxilia Dworkin na crítica ao ceticismo jurídico, que preconiza que as respostas certas num contexto de dilemas morais e jurídicos não podem ser determinadas. O argumento de Dworkin é fundamentalmente anticeticista, na medida em que pressupõe que as propriedades do ceticismo são análogas às do substantivismo moral. Mais precisamente, uma vez que os dilemas jurídicos e morais não poderiam ser resolvidos pelo referencial da resposta correta, o cético cria uma incerteza epistêmica. Dworkin, por sua vez, permite estabelecer uma crítica a determinadas vertentes que surgem no mesmo período, a exemplo do pragmatismo desenvolvido pelo juiz Posner.

## 2.2 O pragmatismo de Posner

Com a ressalva de qualquer reducionismo, as atuações profissional e acadêmica do juiz Posner possuem diversos pontos de contato. Posner parte do pressuposto de que o Direito não consiste em uma entidade abstrata e sagrada, mas sim em objetivos socialmente determinados para delinear o comportamento dos indivíduos em consonância com os valores da sociedade. Em suas palavras, a base do pragmatismo jurídico é a “adjudicação pragmática, e a base desta é sua alta preocupação com as consequências e, então, uma disposição para julgamentos baseados em políticas e não em conceitualismos ou generalidades” (POSNER, 2008, p. 238).

O ponto de partida da discussão de Posner em *The Problems of Jurisprudence* (1990) é como os juízes realizam decisões em casos concretos, uma vez que, segundo seu argumento, não podem recorrer à lógica ou à ciência e acabam por utilizar métodos informais que pouco dizem respeito a uma experiência ou treinamento jurídico, tais como a analogia. Tais métodos “nem sempre são nitidamente jurídicos, e nem sempre muito objetivos, mesmo quando se adota uma abordagem flexível e pragmática da objetividade” (POSNER, 2007, p. 167). Conforme sustenta o autor, a mistura entre razão e persuasão torna problemático o conceito de verdade, o que acaba com as pretensões racionais do Direito, uma vez que a conversão a outras opiniões ocorre sempre por motivos fundamentalmente pragmáticos.

Esta teoria possui uma série de filigranas, que podem ser sistematizadas a partir dos seguintes aspectos: a) não se concebe o Direito como normas objetivas, externas e impessoais; b) apresenta-se uma concepção cética do Direito (no sentido pragmático, e não metafísico), na medida em que ele não possuiria natureza ou essência; c) há uma hostilidade ao silogismo como metodologia decisória; d) o juiz é visto como um legislador intersticial; e) busca-se prever como o poder do Estado será empregado em determinadas circunstâncias; f) o Direito é visto como disposição, e não como objeto; g) a

previsão só não se aplica ao juiz do tribunal superior, pois não se pode prever, *a priori*, o seu comportamento; h) o Direito é visto como um conjunto de hipóteses que advogados e juízes inferiores propõem a propósito de regularidades no comportamento de juízes de tribunais superiores; i) ao agirem, os juízes criam a Teoria do Direito, que relaciona o Direito como atividade que jamais pode ser completa; j) observa-se uma concepção progressista, pois os precedentes permitem ao juiz inferior mais criatividade na decisão; k) porém, pode ser normativa aos juízes inferiores, sobretudo quando se busca estabilidade judicial.

Posner sedimenta sua concepção de Direito como atividade de profissionais autorizados. O autor admite que não existe uma tábula rasa no que se convencionou denominar “raciocínio jurídico”. Como desdobramento, seria sempre difícil determinar se uma decisão jurídica é correta ou incorreta, o que abre espaço ao estudo do comportamento dos indivíduos na atividade jurídica. Tais métodos são heterogêneos e plurais, a exemplo do senso comum, intuição, interpretação, experiência, analogia, etc. Desse modo, a ideia de razão prática envolve uma racionalidade que busque pensar a relação entre meios e fins; determina-se o objetivo e, então, escolhem-se os meios mais apropriados para se alcançar tais objetivos, sob o argumento de que “as consequências nunca são irrelevantes no Direito” (POSNER, 2007, p. 199).

A legitimidade da razão prática, em seu argumento, deriva em grande parte do reconhecimento de valores compartilhados. Em suas palavras, “o fato das decisões judiciais serem algumas vezes influenciadas pela raça, religião, gênero ou outras características pessoais do juiz não precisa ser consequência de deslealdade”, ou seja, “isto pode refletir o fato das pessoas de diferentes características pessoais trazerem diferentes prioridades para a resolução de seus assuntos factuais e terem preferências de políticas” (POSNER, 2008, p. 126). Como desdobramento, o consenso apresenta-se como condição necessária para a objetividade legal, apesar de ser fundamentalmente frágil. Assim, a ausência de uma “intuição coletiva” transformaria a razão prática numa opinião aleatória e imprevisível no âmbito da tomada de decisões. Por outro lado, Posner sustenta que a ideia de consenso político seria um termo polido para significar a vontade do mais forte, o que revela a sua concepção sobre a natureza inconclusiva do raciocínio jurídico. Segundo o autor, quanto mais frágil o consenso, mais difícil para os juízes determinarem as premissas decisórias e, ao fazê-lo, promoverem a aproximação do raciocínio jurídico da dedução lógica do silogismo, o que revela uma crítica à própria epistemologia do Direito.

O autor parte do princípio da irredutibilidade da adjudicação a um processo objetivamente determinável de *resposta única*. Seria preciso, portanto, partir de um acervo de critérios (*rules e standards*) e de um tecido de concepções (*concepts*). Segundo Posner, os materiais estritamente jurídicos só são usados para ajudar a estabelecer uma orientação inicial e fornecer dados específicos, e como fontes posteriores de possíveis limitações. Assim, os fatores políticos e a visão social têm de sempre ser levados em conta no processo decisório, e as consequências das decisões nunca são irrelevantes.

Assim, o pragmatismo consistiria em olhar para os problemas concretamente, experimentalmente, sem ilusões, com plena consciência das limitações da razão humana, como consciência do “caráter local” do conhecimento humano, da inalcançabilidade da “verdade”, da consequente importância de manter abertos diferentes caminhos de investigação e da insistência de que o pensamento e a ação sociais sejam avaliados como instrumentos a serviço dos objetivos humanos valorizados, e não como fins em si mesmos.

### **2.3 Os estudos sobre a judicialização da política e das relações sociais**

A perspectiva do pós-positivismo – das mais variadas vertentes e com especial relevo para as concepções de Dworkin e Posner – findou por se associar às reflexões sobre o Judiciário de múltiplas formas. Paralelamente – em alguns contextos, até anteriormente –, constituíram-se os estudos sobre *judicialização da política e das relações sociais*, que encontraram no pós-positivismo um solo fértil de análise, apesar de terem se desenvolvido também em momentos anteriores. Com isso, apesar de não possuírem uma raiz histórica comum do ponto de vista temporal ou lógico, o pós-positivismo e os estudos de judicialização desenvolveram-se num contexto de mútuo fomento acadêmico. Isso revela, ainda, como a concepção juiz-centrada do pós-positivismo reforçou a cristalização de pesquisas calcadas em processos judicializantes.

Historicamente, o Judiciário foi tradicionalmente associado a um poder inerte, que se conteria a apenas reproduzir o conteúdo previsto na lei. Emblemática, aqui, é a ideia de Montesquieu, de que o Judiciário seria apenas a “boca da lei” – ou seja, sua função seria a de mero tradutor do texto jurídico, afastando qualquer tipo de subjetividade ou papel proativo na realização do Direito. No cenário contemporâneo, o que se observa é a transformação de “Poder ‘mudo’ a Terceiro Gigante” (WERNECK VIANNA et al., 1997, p. 39), sobretudo a partir da mútua influência entre Direito e Política, possível em razão de uma série de fatores.<sup>1</sup>

Não obstante, a relevância institucional do Judiciário no Brasil não se reduz ao âmbito da política. Num contexto *welfareano* – em que há uma pluralidade de normas de eficácia plena e programática que visam, em algum grau, a impor um dever de agir ao Executivo –, o Judiciário tem sido cada



<sup>1</sup> Principalmente pelos mecanismos de controle de constitucionalidade de leis, o Judiciário passou a fazer parte da formulação destas, juntamente com o Legislativo. E, com a ampliação dos instrumentos processuais – como a ação civil pública, a ação popular e a ação de improbidade –, passou a exercer controle direto nas ações do Executivo e papel proeminente na efetivação de direitos. Com isso, a política passou a fazer parte do mundo do direito, o que ensejou transformações consideráveis nos sentidos, ações, competências e atribuições das instituições jurídicas. No contexto brasileiro, a leitura de Werneck Vianna et al., (1997, p. 12), por exemplo, denota que o protagonismo do Judiciário é “menos o resultado desejado por esse Poder, e mais um efeito inesperado da transição para democracia, sob a circunstância geral [...] de uma reestruturação das relações entre o Estado e a sociedade”.

vez mais acionado para resolver conflitos, efetivar direitos e adotar políticas públicas. O resultado desse processo expressa-se na ampliação da criatividade do magistrado e dos poderes institucionais que lhes foram atribuídos no momento da interpretação e aplicação da lei, ganhando relevo o pós-positivismo.

Nesse contexto, em que a sociedade civil desempenha papel cada vez mais fundamental na mobilização destas instituições, tem ocorrido o que Werneck Vianna et al. denominaram “judicialização das relações sociais”. Nesta linha, os autores denominam “judicialização” o termo que define o movimento de discussão, no campo do Direito e com protagonismo do Judiciário, dos conflitos político-sociais. Tal perspectiva exprime que não somente os atores privilegiados se utilizam da via judicial para resolver *conflitos políticos*, tais como partidos políticos, chefes do Executivo, etc. Judicializar relações sociais envolve um processo muito mais amplo, que alça o Judiciário a referencial de resolução de *conflitos sociais*.

John Ferejohn (2002) busca refletir sobre os elementos sociopolíticos que explicam, em algum grau, a proeminência do Judiciário nesse contexto. Na análise do autor: a) o Judiciário tem se visto cada vez mais apto a limitar e regular o exercício do Legislativo, principalmente ao impor limites importantes ao poder das instituições parlamentares; b) cada vez mais o Judiciário tem sido o lugar de onde surgem decisões e políticas significativas na efetivação de direitos e implantação de políticas públicas; c) os juízes têm se apresentado mais dispostos a regular a conduta da atividade política.

Com isso, a perspectiva que enfatiza o movimento de judicialização – seja da política seja das relações sociais – evidencia que o Judiciário passa a ocupar centralidade no processo de resolução de conflitos políticos e sociais. Como desdobramento, o papel de outras instituições – como o Ministério Público e a Defensoria Pública – apresenta-se como um agente propONENTE de ações judiciais a um magistrado, que possui a competência jurisdicional para resolver o litígio. Porém, existem outras formas de atuação das instituições jurídicas e sociais que não remetam necessariamente a um processo de judicialização, mas que ainda assim realizam uma discussão jurídica sobre a política e as relações sociais. Denomina-se esta perspectiva analítica de “juridicização”.

### 3 Superando a concepção juiz-centrada

#### 3.1 Os limites do referencial judicial

Como se observa, a concepção construída pelo pós-positivismo – com especial enfoque para Dworkin e Posner – e a concepção adotada pelos estudos de judicialização têm um ponto em comum: a centralidade do juiz na efetivação dos direitos. Tais concepções vão além, ao estabelecerem que, metodologicamente, as pesquisas realizadas no campo do Direito também devem seguir o referencial judicial, o que alça o Judiciário a um verdadeiro *lugar privilegiado* de discussão de acadêmicos, profissionais do Direito e atores políticos.

Assim, tais perspectivas assumem, a seu modo, a centralidade do Judiciário no mundo contemporâneo. Por outro lado, salienta-se que as concepções construídas pelo pós-positivismo e pelos estudos de judicialização apresentam limitações de diversas naturezas, sobretudo do ponto de vista metodológico e teórico. A assunção do juiz como elemento essencial na aplicação e interpretação do Direito – realizada pelo pós-positivismo – e como a instituição jurídica primaz na efetivação do Direito – realizada pelos estudos de judicialização – tem supervalorizado a dinâmica judicial, que tem sido operada em detrimento de reflexões sobre outras formas jurídicas e não jurídicas de aplicação e efetivação de direitos.

Mas quais seriam os limites deste tipo de concepção, que adota o juiz como centro organizador dos direitos e elemento essencial de sua aplicação? É possível estabelecer pelo menos três limitações que dizem respeito ao pós-positivismo e aos estudos de judicialização: a) o modelo adversarial da dinâmica judicial, associado ao princípio da inércia da jurisdição; b) a ênfase no momento da aplicação do direito posto, deixando em segundo plano a construção e o reconhecimento de novos direitos pelo juiz, e também a construção de direitos não postos e vigentes no âmbito societário; c) a subvalorização metodológica e teórica em relação às demais instituições jurídicas e sociais, como o Ministério Público, a Defensoria Pública e conselhos participativos. Cada uma dessas limitações será vista separadamente.

No que concerne ao primeiro limite, o Judiciário tradicionalmente se constituiu a partir de um modelo adversarial, que pressupõe, em seu desenvolvimento, o princípio da inércia da jurisdição. No Poder Judiciário, reina a máxima “*nemo iudex sine actore*”, ou seja, *não há juiz sem autor*. Essa máxima evidencia que o Judiciário somente pode agir para concretizar direitos mediante provocação de quem se sentir lesado pela ação ou omissão de outrem, de modo a adotar uma postura estática enquanto não for chamado à resolução de um litígio.

Observam-se limites em relação a esse modelo adversarial. Primeiro, parte-se do princípio de que as partes são antagonistas – portanto, deve haver um órgão decisório com a possibilidade de definir qual delas será bem sucedida e qual sucumbirá. Em segundo lugar, esse modelo confere pouco destaque à formação de consenso, apesar de algumas estratégias de conciliação, tendo em vista a própria necessidade jurídica de se definir um “vencedor”. Em terceiro lugar, tal modelo estático retira do Judiciário a possibilidade de agir voluntariamente na efetivação de direitos explicitamente desrespeitados, a não ser quando ativado pelas partes. Por fim, esta estática abre a possibilidade de se pensar em instituições dinâmicas que não se encontram submetidas à inércia – sobretudo as que compõem as funções essenciais da justiça, como o Ministério Público e a Defensoria Pública –, pois podem agir independentemente de provocação.

No que concerne ao segundo limite, as reflexões do pós-positivismo e dos estudos de judicialização demonstram fortemente uma preocupação com o momento da aplicação do direito posto, deixando em segundo plano

a construção e reconhecimento de novos direitos pelo juiz e também de direitos não postos, mas vigentes no âmbito societário. Trata-se, então, de uma sobrevalorização da decisão judicial, em detrimento de outros processos, como a formação de consenso e o estabelecimento de estratégias extra-judiciais.

Numa chave pluralista, observa-se a emergência de outros centros produtores de direito legítimo na sociedade moderna que não se confundem com o Estado, revelando a complexidade das relações sociais. Em outros casos, observa-se a construção de novas interpretações sobre o direito vigente que não necessariamente remetem à interpretação oficial (e judicial). De fato, as questões jurídicas não são questões descoladas da sociedade e, portanto, encontram-se amplamente relacionadas ao contexto social. Nesse sentido, o Estado seria apenas mais um centro de produção de direitos e seus sentidos: há esferas não estatais que produzem outras concepções de direitos e conteúdos para a sua efetivação. O momento da aplicação do direito pelo juiz, portanto, é apenas um dos múltiplos processos existentes de efetivação do direito posto e de construção de novas concepções e direitos. Subvalorizar ou negligenciar tal multiplicidade de processos implica inequivocamente um reducionismo analítico.

No que concerne ao terceiro limite, a crítica apresenta-se muito mais no plano da teoria e da metodologia. As pesquisas jurídicas, sobretudo no Brasil, têm subvalorizado as demais instituições jurídicas e sociais. Essa problemática revela-se tanto teoricamente quanto metodologicamente. Não é raro observar pesquisas sobre concepções de tribunais acerca de determinada matéria ou que adotam contraposições de entendimentos entre tribunais. Além disso, as pesquisas que buscam refletir sobre as demais instituições jurídicas geralmente assumem-nas como proponentes de ações judiciais, como as investigações sobre o número de ações civis públicas propostas pelo Ministério Público ou o número de atendimentos judiciais realizados pelas defensorias públicas.

Tais pesquisas adotam o Judiciário como central no processo de resolução de conflitos políticos e sociais. Como desdobramento, o papel de outras instituições reduz-se à mera proposição de ações judiciais a um magistrado, que possui a competência jurisdicional para resolver o litígio. Porém, existem outras formas de atuação das instituições jurídicas que não remetem necessariamente a um processo de judicialização, mas que, ainda assim, realizam uma discussão jurídica sobre os conflitos e as relações sociais – o que revela um movimento de *juridicização da política e das relações sociais*.

### **3.2 A juridicização da política e das relações sociais**

De fato, o que se observa no cenário contemporâneo é uma pluralidade de instituições, atores e intérpretes que também atuam decisiva e legitimamente na construção e garantia de direitos. O Judiciário, portanto, apresenta-se somente como mais um desses atores, cuja proeminência, verdadeiramente, advém de suas competências e atribuições constitucionais, principalmente no que concerne à resolução de conflitos.

Considerando que a estratégia privilegiada de algumas instituições pode ser o diálogo num processo contínuo de concessões recíprocas, podemos observar que as relações sociais sofrem muito mais uma *judicialização* (conflitos que não são levados ao Judiciário, mas são discutidos sob o ponto de vista jurídico, principalmente em momentos não processuais) do que uma *judicialização* (conflitos levados ao Judiciário na forma de ação judicial ou algum outro instrumento processual). Na medida em que há diversas instituições jurídicas (Ministério Público, Defensoria Pública, etc.) que não se utilizam necessariamente do Judiciário para realizar suas ações, observa-se um contexto em que os conflitos são discutidos sob o prisma do Direito, mas evita-se levar o conflito ao Judiciário – isto é, evita-se a *judicialização* do conflito.<sup>2</sup>

A título de exemplo, vejamos como é possível pensar a estratégia das instituições jurídicas na perspectiva da judicialização. Para tal, serão utilizados os resultados de uma pesquisa que realizei no município de Porto Alegre entre os anos de 2000 e 2005, que teve como objetivo pesquisar a atuação do Ministério Público (MP) na efetivação do direito à saúde. Durante a análise, observou-se que o Ministério Público tem utilizado dois instrumentos formais não excludentes para a efetivação dos direitos: a ação civil pública (ACP) e o termo de ajustamento de conduta (TAC). A ACP trata-se de uma ação judicial que o MP pode propor ao Judiciário para a garantia de um direito que se encontra violado; ao passo que o TAC consiste num compromisso firmado entre o Ministério Público e o gestor municipal, estadual ou federal para que este realize alterações necessárias ao exercício de um determinado direito, visando a corrigir uma situação débil.

Certamente, o reconhecimento legal de direitos sociais e coletivos possui uma implicação essencial: a possibilidade de judicialização de conflitos político-sociais. Nesse sentido, as perspectivas de judicialização trabalham na lógica de um MP proponente e um Judiciário centralizado. Com essa perspectiva, o papel do MP é situado como mera parte figurante no processo judicial, apesar de alguns estudos de judicialização apontarem, sem conferir muita atenção, algumas tendências diversas.<sup>3</sup>



<sup>2</sup> Logicamente, existem também fatores internos ao Judiciário que podem influir nesta valorização da extrajudicialidade, dentre os quais podemos destacar: a) no caso de direitos coletivos, juízes com receio de julgar ações com grande repercussão econômica; b) tribunais relutantes em julgar ações coletivas de forma não conservadora; c) pouca sensibilidade à especificidade dos direitos sociais, como o direito à saúde e educação; d) problemas estruturais e culturais no que concerne ao acesso ao judiciário; e) problemas de morosidade e de transferência da decisão ao órgão judicial.

<sup>3</sup> São exemplos das referidas pesquisas que findam por indicar caminhos de superação da ideia de judicialização os seguintes: Arantes observa uma relação de conflito entre Judiciário e MP, e sustenta que “muitas vezes os promotores e procuradores evitam tomar o caminho dos tribunais, buscando meios alternativos ao processo judicial” (Arantes, 2002, p. 146). Werneck Vianna e Burgos afirmam que “se o Judiciário é chamado, em geral, para resolver situações em que o dano já ocorreu, e nas quais os direitos já foram feridos, pode-se dizer que uma vocação importante do Ministério Público tem sido a de atuar preventivamente”, o que lhe conferiria um “papel complementar e não concorrente em relação ao Judiciário” (WERNECK VIANNA; BURGOS, 2003, p. 444). Casagrande, por fim, sustenta que “a própria Procuradoria percebe esta limitação à atuação do Ministério Público em juízo, pois de forma geral vem privilegiando a assinatura de termos de ajustamento de conduta” (CASAGRANDE, 2008, p. 226).

Durante a pesquisa, observou-se que a eleição de um ou outro instrumento não é trivial.<sup>4</sup> Os membros do MP, ao compreenderem que as decisões em saúde devem primar pela celeridade, estabelecem expedientes e estratégias distintas para a utilização do TAC. A título de exemplos comuns na saúde, é possível destacar os seguintes: a) no caso da estrutura do hospital que não tem leitos suficientes, faz-se um TAC através do qual o gestor compromete-se, a partir de um certo período, a prover o número de leitos correspondente à demanda do hospital; b) no caso de um posto de saúde que apresenta falta de medicamentos, faz-se um TAC através do qual o gestor compromete-se, num determinado prazo, a obter uma quantidade de remédios suficiente.

Por meio do recurso ao diálogo, o MP desenvolveu outra estratégia, que preserva a juridicidade dos direitos – no caso, a saúde – sem necessariamente discuti-la no âmbito judicial. Tal estratégia permite que os diferentes atores sociais extrapolem a perspectiva formalista calcada na “letra” da lei para que, no interior de suas práticas cotidianas, estabeleçam consensos e negociações. Este espaço de diálogo é a *autocomposição social*, preconizando que as formas extrajudiciais de resolução de conflitos devam envolver uma atuação conjunta e integrada que comporte três aspectos: a) evitar ao máximo que um terceiro (o Judiciário) seja o mediador do conflito, de modo que não haja um veredicto, ou seja, não haja um terceiro que dirá qual parte detém a verdade; b) estabelecer como objetivo não o alcance de uma *verdade*, mas sim uma *solução* consensual para casos concretos; c) permitir que os próprios atores realizem a resolução do conflito, de modo a ampliar a celeridade nas decisões.

Uma breve análise das ações civis públicas propostas pelo MPE-RS, por exemplo, evidencia a relevância institucional da estratégia juridicizante. Entre 2000 e 2005, somente duas ações civis públicas haviam sido propostas perante o Judiciário, ambas contra o Governo do Estado, e que contaram com a participação de MPE e do MPF, bem como do Conselho Estadual de Saúde. No âmbito do MPF-RS, a recorrência de ações civis públicas é um pouco maior, mas mesmo assim a estratégia do diálogo é adotada como principal – sendo, inclusive, estratégia definida e aprovada para ser adotada pela Associação Nacional do Ministério Público em Defesa da Saúde (Am-pasa).

Diante desse cenário, a utilização extrajudicial do termo de ajustamento de conduta (TAC) tem sido preferível à da ação civil pública. O TAC consiste num compromisso ajustado entre o membro do MP e o da gestão, de modo que se corrija uma situação débil ou se satisfaça alguma política de saúde. Nesse sentido, o TAC permite: a) a *previsão* de quando será solucionado o problema (ao se estipular um prazo); b) o conhecimento de *quem* o solucionará (através de quem assinou o termo); c) a definição de *como* solucionará (medidas a serem tomadas no prazo). Portanto, a segurança de que o problema



<sup>4</sup> Para um aprofundamento da perspectiva da juridicização da política e das relações sociais, e de sua aplicabilidade no âmbito do direito à saúde, ver Asensi (2008).



será resolvido, conjugada à rapidez do processo decisório, propicia ao TAC o *status* de estratégia mais recorrente de atuação do Ministério Público, pois confere maior certeza à garantia de um direito.

Da parte do membro da gestão, a assinatura do TAC demonstra a sua vontade política para resolver uma determinada deficiência ou insuficiência no sistema público de saúde. Caso não assinasse – e tem a possibilidade de não assinar, pois trata-se de ato discricionário –, a ACP demandaria muito mais tempo. Por vezes, quando é decidida, o próprio gestor já não se encontra mais em seu cargo, o que retiraria a possibilidade de sua responsabilização. Nesse sentido, o gestor que assina o TAC demonstra, simbolicamente, que não pretende se utilizar da lentidão do Judiciário para não implementar uma política de saúde. Assina o TAC, desse modo, mediante prazo fixado e responsabilização certa, com consequências institucionais e jurídicas definidas.

Os resultados da pesquisa permitem supor que a *juridicização da política e das relações sociais* propicia a constituição de respostas concretas às necessidades de efetivação dos direitos por intermédio de uma *vontade comum*, pactuada com a convergência de diversos saberes e práticas. O âmbito extrajudicial inaugura e confere realce a outros personagens que, em virtude de suas estratégias de ação, são decisivos na efetivação de direitos sociais. No âmbito dessas novas esferas estatais, sobretudo na *juridicização*, as demais instituições jurídicas e sociais desempenham papel fundamental pelo menos em cinco dimensões:

- a) se, num contexto de *judicialização*, o Judiciário é chamado a *decidir* no sentido da resolução definitiva de um determinado conflito (TATE; VALLINDER, 1995, p. 15), num contexto de *juridicização* predomina a ideia de *consenso pelo diálogo*, ou seja, a ênfase num processo de negociação, pactuação e concessão recíproca entre os diversos atores, cujo resultado é construído consensualmente;
- b) o que está em pauta num contexto de *judicialização* é o monopólio do poder de legislar (FEREJOHN, 2002, p. 17-18); ao passo que num contexto de *juridicização* também se objetiva estabelecer estratégias de execução proativa de políticas públicas, de modo a consolidar recursos, diretrizes e compromissos a serem implementados num dado tempo pactuado;
- c) a *judicialização* da política possibilita a proeminência do Judiciário na definição de direitos sem incorporar critérios sociais substantivos, pois pode configurar uma relação entre Judiciário e Estado de moldes providenciais (WERNECK VIANNA et al., 1999, p. 43); ao passo que, na perspectiva de *juridicização*, a incorporação da sociedade civil constitui-se como pressuposto para a formulação de consensos que sejam efetivamente plurais;
- d) num contexto de *judicialização* da política, cujo principal indicador no Brasil é o controle de constitucionalidade, há uma ampliação da comunidade de intérpretes, porém ainda muito restrita aos órgãos de cúpula, tais como o STF e os tribunais superiores (ibid., p. 47); ao passo

que, num contexto de *juridicização*, observa-se uma maior pluralidade de atores e instituições no processo de interpretação constitucional, não restrito somente à interpretação oficial, geral ou abstrata de um tribunal; e) num contexto de *judicialização*, observam-se demandas que chegam a um Judiciário sob forte influência do princípio da separação de poderes e da adesão ao direito sob forma de códigos (WERNECK VIANNA et al., 1997, p. 12); ao passo que, num contexto de *juridicização*, verifica-se um cenário que busca, por princípio, considerar as especificidades dos contextos nos quais as demandas estão inseridas para estabelecer estratégias mais efetivas para satisfazer tais demandas.

#### 4 Considerações finais

O pós-positivismo é pós-positivista? A indagação enseja muito mais questões do que respostas. De fato, a superação da “letra” da lei e a incorporação de valores têm sido o fundamento teórico para que essa perspectiva seja denominada de pós-positivismo. Entretanto, como visto, a dimensão institucional do positivismo, fortemente calcada na centralidade do juiz, foi recepcionada pelo pós-positivismo. As reflexões dos autores assumidos como pós-positivistas, em ampla medida, são ainda sobre o juiz e os processos de decisão e aplicação do direito. Dworkin, Alexy, Posner e outros são associados a uma perspectiva que ainda possui um “vício de origem”, pois não superou a dimensão institucional do positivismo. Por sua vez, os estudos de judicialização permitiram um solo fértil para o estudo e a análise das teorias destes autores, o que reforçou a sua relevância na teoria do Direito contemporânea.

Dworkin e Posner não foram escolhidos por acaso. Possuem concepções distintas sobre o Direito, adotam referenciais teóricos e analíticos que se contrapõem em muitas questões, sobretudo no que concerne ao ceticismo. Porém, ambos admitem a centralidade do juiz. Dworkin (1999, p. 486) salienta que “os tribunais são as capitais do império do Direito, e os juízes são seus príncipes”. Posner, por sua vez, ressalta o seguinte:

De Hobbes a Blackstone, a Dworkin e à análise econômica do Direito, o papel atual e apropriado do juiz – suas motivações e limitações, o equilíbrio que ele deve buscar para manter-se entre a discricionariedade e a obediência, entre a criatividade e a conformidade, as condições da grandeza judicial, as fontes dos desejos judiciais, os dois lados da usurpação e da passividade – tem ocupado o palco central do drama da ciência do Direito anglo-americana. (POSNER, 1995, p. 109)

Em ambos os casos, o pressuposto institucional é o mesmo. Como consequência, a própria denominação de “pós” ao que veio denominar-se “pós-positivismo” merece um debruçar mais rigoroso. De fato, todo prefixo “pós” enseja, em algum grau, a ideia de superação. No caso em questão, a superação busca dizer respeito, em múltiplos aspectos, a um dos pilares de

sustentação teórica do positivismo, que consiste no que é o Direito. Nesta questão, o pós-positivismo realmente pode ser visto como “pós-positivista”, na medida em que problematiza o referencial do formalismo no âmbito do Direito. Contudo, seria reducionista atribuir o prefixo “pós” apenas por esta problematização, ainda mais porque a metodologia de análise da aplicação do Direito do pós-positivismo possui os mesmos pressupostos do positivismo: a centralidade epistemológica, heurística e teórica do juiz.

A institucionalidade do Judiciário como elemento essencial para o Direito também está presente no chamado pós-positivismo. Isso se intensifica justamente com a associação, realizada a partir da 2ª metade do século XX, entre o pós-positivismo e os estudos de judicialização. Mas, ao que parece, tal associação permitiu apenas o surgimento de um “efeito de superfície”, representado pela superação do formalismo. Quando se observa a dimensão institucional, o que se denomina pós-positivismo se apresenta muito mais propriamente como um neopositivismo, pois consiste em uma releitura da institucionalidade positivista, em que o juiz é o centro do sistema jurídico.

Talvez outro desafio seja a tendência de incorporar, no Brasil, como perfeitamente articuláveis o pós-positivismo e os estudos de judicialização, sem realizar-se uma reflexão crítica rigorosa a respeito de suas premissas e de sua aplicabilidade analítica às peculiaridades nacionais. Os limites, já citados, destas perspectivas – modelo adversarial-inerte, ênfase no direito posto, subvalorização das demais instituições jurídicas e sociais – permitem afirmar que a combinação entre judicialização e pós-positivismo auxilia na reflexão de uma parte bastante reduzida dos processos de efetivação de direitos e resolução de conflitos no Brasil.

Como visto, é a possibilidade de atuar de forma independente ao Judiciário que permite a proeminência e o destaque das demais instituições jurídicas e sociais na efetivação de direitos – especialmente os sociais e coletivos, que exigem rápida prestação (como a saúde). Tão importante quanto o estudo dos  *fins*  de uma ação judicial é o dos  *meios*  utilizados pelas diversas instituições para efetivar direitos. Assim, configura-se necessário debruçar-se no estudo de uma nova forma de atuação das instituições jurídicas e sociais que ultrapassa a mera judicialização, o que permite ampliar ainda mais as reflexões sobre os processos institucionais de efetivação de direitos e implantação de políticas públicas no Brasil.

Talvez assim seja possível compreender uma nova forma de atuação das instituições jurídicas. Inclusive, é possível pensar até a *juridicização* do próprio Judiciário, que tem frequentemente adotado estratégias extrajudiciais na resolução de conflitos, cujos principais indicadores são as práticas originais publicadas no *Prêmio Innovare*. De fato, outros atores também são *guardiões de promessas* e, ainda mais, buscam ser seus principais *cumpridores*, o que revela os limites da combinação entre pós-positivismo e judicialização no Brasil. A ação política passa a ser entendida muito mais como uma regra de sociabilidade, e a *juridicização da política e das relações sociais* apresenta-se como um movimento que denota as suas especificidades.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ARANTES, R. B. *Ministério Público e Política no Brasil*. São Paulo: Sumaré, 2002.
- ASENSI, F. D. *Judicização das relações sociais e Ministério Público: novas estratégias e desafios na efetivação do direito à saúde*. Dissertação (Mestrado em Sociologia) – IUPERJ, Rio de Janeiro, 2008. 200 p.
- CASAGRANDE, C. *Ministério Público e a Judicialização da Política: estudos de casos*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008.
- DWORKIN, R. *Law's Empire*. London: Fontana, 1986.
- \_\_\_\_\_. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- \_\_\_\_\_. *O império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- FEREJOHN, J. Judicialización de la política, politización de la ley. *Revista Mexicana de Ciencias Políticas y Sociales*, n. 184, p. 13-50, 2002.
- HABERMAS, J. The horizon of modernity is shifting. In: *Postmetaphysical thinking*. Cambridge: MIT, 1992.
- KELSEN, H. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- POSNER, R. *How judges think*. Cambridge; London: Harvard University, 2008.
- \_\_\_\_\_. *Overcoming law*. Cambridge; London: Harvard University, 1995.
- \_\_\_\_\_. *Problemas de Filosofia do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- \_\_\_\_\_. *The problems of jurisprudence*. Cambridge; London: Harvard University Press, 1990.
- TATE, N.; VALLINDER, T. *The global expansion of judicial power*. New York University, 1995.
- WERNECK VIANNA, L. J.; BURGOS, M. Revolução processual do Direito e democracia progressiva. In: VIANNA, L. W. (Org.). *Democracia e os três poderes no Brasil*. Belo Horizonte: UFMG, 2003.
- WERNECK VIANNA, L. J et al. *Corpo e alma da magistratura brasileira*. Rio de Janeiro: IUPERJ, 1997.
- \_\_\_\_\_. *Judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

# [ A informatização do Judiciário e seus empreendedores ]

Fernando de Castro Fontainha\*

**Resumo:** O objetivo da presente análise é identificar os atores e seus discursos na disputa dos rumos da informatização dos tribunais brasileiros hoje. Iniciaremos por fixar o marco epistemológico de nossa abordagem sobre o objeto, numa contraposição entre as ideias de Marx e Weber, para seguir os caminhos de ambos numa metodologia tipológica e política. Chegaremos a quatro tipos de magistrados: o juiz conservador, o juiz “moderno”, o juiz institucionalista e o juiz do “bom governo”.

**Palavras-chave:** Sociologia dos tribunais. Política judiciária. Método tipológico. Informatização dos tribunais. Empreendedorismo político.

**Abstract:** This paper aims to identify the actors and their speeches in nowadays Brazilian courts computerization. Firstly we'll fix our subject's epistemological framework, in a dialogue between the ideas of Marx and Weber, then we'll build a political and typological methodology. Four types of judges are found: the conservative judge, the “modern” judge, the institutionalist judge and the “Good Government” judge.

**Keywords:** Judicial sociology. Judiciary Politics. Typological Method. Courts Computerization. Political Entrepreneurship.

## 1 Introdução

O objetivo da presente análise é identificar os atores e seus discursos na disputa dos rumos da informatização dos tribunais brasileiros hoje. Cremos encontrar mais do que discursos, mas verdadeiras identidades de juízes, que, mais que disputar os rumos de um processo por que passa o Poder Judiciário, advogam a pauta identitária de sua categoria.

Iniciaremos por fixar o marco epistemológico de nossa abordagem sobre o objeto, numa contraposição entre as ideias de Marx e Weber, para seguir os caminhos de ambos numa metodologia tipológica e política. Antes de iniciarmos a análise das fontes consultadas, tentaremos convencer o leitor



\* Mestre em Sociologia e Direito pela Universidade Federal Fluminense (UFF); doutorando em Ciência Política na Université de Montpellier 1; membro do Centre d'Études Politiques de l'Europe Latine (Cepel) e bolsista Capes. Endereço eletrônico: fernando.fontainha@gmail.com



acerca de nossa opção pelo marco weberiano, afastando, evidentemente, a adoção de qualquer detrimimento ideológico ou proselitismo político.

De fato, trabalharemos com um instrumental que nos guia pelo caminho da Ciência Política a partir do comportamento de seus agentes, articulado com as inúmeras demandas formuladas pela sociedade em face do Poder Judiciário, buscando entender como se dá a relação dos magistrados “dispostos” a atuar no que se pode chamar “política judiciária”. Também será necessário um exame rigoroso do instrumental eleito, para caracterizar esta figura que se afasta do empresário político, do *boss*, na medida em que um funcionário de carreira de um estado burocrático moderno pode viver *para e da* política judiciária.

Chegaremos a quatro tipos de magistrados: o juiz conservador, o juiz “moderno”, o juiz institucionalista e o juiz do “bom governo”. Veremos, também, quais são os espaços privilegiados para o exercício do empreendimento político judiciário bem como para o empreendimento identitário da magistratura, que permite uma dupla relação a partir de uma só ação individual: autorizar o discurso na medida em que se reivindica a voz de uma parcela considerável dos juízes, ao mesmo tempo em que promove o fomento a uma identidade e um comportamento.

## 2 Epistemologia: Marx versus Weber

É evidente que não pretendemos esgotar ou mesmo tratar com fôlego um tema do vulto que assume uma comparação entre as concepções epistemológicas de Marx e Weber. Apenas, e a título de introdução, visamos a ilustrar brevemente duas linhas diversamente delineadas pelas quais poderíamos perpetrar a análise do nosso objeto.

Não é de todo incauto afirmar que o pensamento epistemológico de Marx se dá no marco de uma ruptura com o empirismo, ou ainda, com o empirismo transcendente de Descartes, o empirismo transcendental de Kant e, principalmente, o empirismo idealista de Hegel. A “imensa revolução teórica” atribuída a Marx por Althusser<sup>1</sup> consiste na compreensão de que existe uma relação de determinação entre os aspectos econômicos e os demais na sociedade, ou, nos termos do próprio Marx, no *modo de produção global*. É o que Marx chama de divisão entre *base* e *superestrutura*, em metáfora oriunda da construção civil. De fato, a metáfora ilustra muito mais que a economia abaixo da ideologia, da política, da religião e do Direito, representa o fato de que apenas estes últimos são captáveis pelos sentidos empíricos do homem.<sup>2</sup> Portanto, para termos a plena compreensão dos fatos e domínios do real, devemos desvendar, em cada uma de suas manifestações superes-



<sup>1</sup> ALTHUSSER, Louis. A imensa revolução teórica de Marx. In: *Estruturalismo: Antologia de textos teóricos*. Lisboa: Direcções 1975. p. 289-308.

<sup>2</sup> Importante para a plena compreensão dos significados de ambos os conceitos é a tradução do alemão *Vorstellung* (o que está por traz) e *Darstellung* (encenação).

truturais, o determinante econômico, a relação fundamental. Trecho bastante ilustrativo e até poético em Marx, que bem ilustra a relação entre a base e a superestrutura é o seguinte: “É uma luz universal de que se embebedam todas as cores, e que as modifica em sua particularidade. É um éter especial, que determina o peso específico de todas as coisas emprestando relevo ao seu modo de ser”.<sup>3</sup>

Porém, seria pueril admitir que simplesmente Marx pensasse que a economia é o único domínio do real. Esta noção é relativizada com a inserção da dialética no materialismo de Marx, tirando-lhe o predicado exclusivo de *determinismo econômico*.<sup>4</sup> É a partir da dialética que devemos constatar que, por vezes, há interação entre os dois setores do modo de produção. Assim, o que se chama de *interpenetração dos contrários* – elemento fundamental da dialética – ocorre entre a base e a superestrutura. Isso nos remete à compreensão de que a superestrutura pode sim determinar a economia. Assim, a dialética no pensamento de Marx é muito mais que um método, uma técnica, é a própria maneira de entender o modo de produção a partir da mais fundamental de suas relações.

O segundo e também fundamental elemento no materialismo de Marx é o elemento histórico. Sua compreensão do real advoga por uma postulação de sentido entre as diferentes etapas da história, o que lhe permitiu elaborar o projeto político do comunismo, um modo de produção tendente a superar o capitalismo. Isso implica compreender no modo de produção posterior a chave para o modo de produção anterior. Assim como a anatomia humana é a chave para a compreensão da anatomia do macaco, o modo de produção capitalista é a chave para a compreensão do modo de produção feudal.<sup>5</sup>

Em síntese, no pensamento de Marx encontra-se um real holístico, perceptível por um método científico, que recorre à dialética para relativizar seu economicismo, e determinado por uma pressão do tempo em que vivemos: uma pressão histórica. Marx não levantou missivas contra os economistas alemães em detrimento dos franceses e ingleses porque as escolas de economia eram melhores na França e Inglaterra que na Alemanha, chamando-os “simples aprendizes, repetidores e imitadores, modestos vendedores a domicílio dos atacadistas estrangeiros”.<sup>6</sup> Sua crítica deve-se ao fato de que o atraso da teoria econômica alemã estava diretamente relacionado ao precário desenvolvimento do capitalismo na Alemanha em relação à França e à Inglaterra.



<sup>3</sup> MARX, Karl. *Para a crítica da economia política*. In: “Os Pensadores: Marx”. São Paulo: Nova Cultural, 1996. p. 44.

<sup>4</sup> Importante ensaio sobre o materialismo dialético foi escrito por Georg Lukács: *História e Consciência de Classe: Estudos sobre a Dialética Marxista* (São Paulo, Martins Fontes, 2003).

<sup>5</sup> MARX, op. cit. p. 43.

<sup>6</sup> MARX, Karl. *O Capital: Crítica da Economia Política*. Livro 1. V. 1. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1980. p. 12.

Por fim, o corolário do ajuste de contas de Marx com a concepção hegeliana da realidade<sup>7</sup> encontra-se na ruptura radical com o idealismo, segundo o qual o real era o reflexo de ideias e representações da mente. O idealismo, entretanto, no pensamento de Marx vai ocupar o lugar do que costumamos chamar de *senso comum*, ou, ainda, o falso conhecimento. Assim, conhecendo ou não o trabalho científico de Arquimedes, aquele que se atirar de uma ponte e não souber nadar morrerá afogado. De igual sorte, os poetas românticos da Alemanha não poderiam pôr em versos a cerejeira, se esta não tivesse sido trazida por mercadores em tempos pretéritos.<sup>8</sup>

Muitos foram os marxistas pseudo-ortodoxos que, na desesperada tentativa de descredenciar Weber, taxaram-no de mero repetidor de Hegel com “verniz do século XX”. Na verdade, uma perfunctória leitura de Weber basta para afastar esta pressuposição. Em Hegel, diferentemente de Weber, há um real holístico e perceptível, não determinado, mas refletido<sup>9</sup> pelas representações da mente, das ideias. Em Weber, não.

Como todo grande pensador de seu tempo – assim como Marx –, os conceitos fundamentais de Weber fundam-se em sua concepção epistemológica. Em *A Objetividade do Conhecimento nas Ciências e Política Sociais*,<sup>10</sup> Weber expõe de forma sistematizada sua concepção epistemológica a partir de uma crítica ao materialismo – eis porque escolhemos expor a síntese dos dois autores – para chegar ao conceito-chave de sua obra: o *tipo ideal*. Para Weber, a busca de um real fixo e holístico no campo das ciências sociais é fim inglório. Porém, a realidade – ou as realidades – é passível de ser definida não pelas representações, mas pelas ações de indivíduos históricos que são causa de desenvolvimento, que se tornam racionais na medida em que reproduzem uma adequação entre meios e fins, originando um fio de coerência que estabelece “relações instáveis no fluxo do devir”,<sup>11</sup> concepção que encontra resistência, segundo Weber, entre os que não compreendem a realidade senão segundo *leis*. Portanto, se planejo para a ação social de dar “bom dia” a um amigo a resposta “bom dia”, está criada uma relação típica ideal. Em outras palavras, concretizada a ação, está criada uma realidade. Assim como, para Weber, é pueril falar em capitalismo ou socialismo. Ambos são tipos ideais, ou seja, um conjunto de predicados os quais podem concretizar-se a partir de uma ação ou feixe de ações sociais em diferentes tempos e espaços. Assim, não existe o capitalismo, ou o socialismo, e sim o capitalismo estadunidense atual e o socialismo soviético dos anos 1950.

Mercê dessas afirmações preliminares, podemos estabelecer relação entre a concepção epistemológica de Weber e a expressa pelos autores que



<sup>7</sup> O termo “ajuste de contas” deve-se ao fato ter sido o próprio Marx um dos jovens hegelianos, e após ter rompido com o idealismo.

<sup>8</sup> MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. *A Ideologia Alemã*. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 44.

<sup>9</sup> Conceito de *reflexão* apreendido por Hegel do pensamento de Leibniz.

<sup>10</sup> WEBER, Max. A objetividade do conhecimento nas ciências e política sociais. In: *Sobre a teoria das ciências sociais*. São Paulo: Moraes, 1991.

<sup>11</sup> WEBER, op. cit. p. 62.



advogam o *relativismo antropológico*? Podem as relações sociais, na obra de Weber, ser interpretadas como a metáfora de Bruno Latour<sup>12</sup> sobre o mapa rodoviário, onde, no fluxo do real sociológico, vários caminhos levam ao mesmo lugar, mas nem todos a todos os lugares, nem todos suportam o mesmo fluxo e custam o mesmo preço, onde o trabalho do cientista seria saber onde e quem levam, e não se são certos ou errados? Ou, mais ainda, seria Weber mais um dos anarquistas intelectuais que, denunciava Freud, a pressupor que “poderíamos construir pontes tanto com papelão quanto com pedras, poderíamos injetar em nossos pacientes um decigrama de morfina, em vez de um centigrama, e poderíamos usar gás lacrimogêneo como anestésico, em lugar do éter?”<sup>13</sup>

Uma das peculiaridades do pensamento epistemológico de Weber é pretender cobrir apenas a área das ciências sociais. Freud, com destreza, naturaliza elementos justamente oriundos das ciências naturais. Mas como representaria, por exemplo, a ambição anarquista de construção da categoria *Estado*?

A chave para se compreender da epistemologia weberiana está justamente na tarefa aparentemente paradoxal de compreender as *realidades* criadas a partir da ação social, mercê de um elemento ideal ou não real. Um ótimo exemplo ilustrativo está no tipo ideal do viver *para a política*, em oposição ao do viver *da política*.<sup>14</sup> A radicalização do primeiro tipo mencionado somente poderia ser efetuada pelo empresário capitalista, eis que sua fonte de renda não é oriunda de seu trabalho, o qual poderia ser canalizado para a política, sem dela esperar o sustento próprio. Já a radicalização do segundo tipo seria apenas o *boss*, aquele cujo capital manuseado é um certo número de votos, com os quais se autoriza e transforma na sua mercadoria, no seu sustento, no elemento de troca.<sup>15</sup>

Mas não é na radicalização que o tipo ideal se torna uma ferramenta essencial de compreensão das realidades, é na sua relativização. Do apolítico ao que vive para a política podemos traçar uma enorme tipologia: os que simplesmente não acreditam em participação política e a evitam o quanto podem; os que simplesmente votam; os que votam e de alguma forma se engajam em campanhas; e os militantes orgânicos. De igual sorte podemos fazer com os que vivem da política.

São estes os fundamentos essenciais de onde derivam a compreensão de ambos os autores sobre a sociedade. Em Marx, emergem os conceitos de *meios de produção* e *classe dominante*. Em Weber, os de *dominação* e *estamento*. Nenhum dos dois autores naturaliza o estado. Em Marx, ele é ca-



<sup>12</sup> LATOUR, Bruno. *Ciência em ação: Como seguir os cientistas e engenheiros mundo afora*. São Paulo: Unesp, 1998. p. 314.

<sup>13</sup> FREUD, Sigmund. *Edição Standard Brasileira das obras psicológicas completas de Sigmund Freud*. V. XXII: 1932-1936. Rio de Janeiro: Imago, 1996. p. 172.

<sup>14</sup> WEBER, Max. *Ciência e Política: duas vocações*. São Paulo: Cultrix, 2000. p. 64-65.

<sup>15</sup> WEBER, Max. *Economia y Sociedad*. México, DF: Fondo de Cultura Económica, 1999. p. 1.089.

racterizado como aparelho da classe dominante; em Weber, como agrupamento político cuja característica essencial é o monopólio do exercício da violência legítima. Na classificação de Marx, quatro etapas civilizacionais compõem nossa história: o período gentílico,<sup>16</sup> o escravismo, o feudalismo e o capitalismo. Weber, embora adote a terminologia feudalismo, antigo regime e modernidade, vai compreender mais fluidamente as etapas históricas a partir da forma como a dominação a partir dos agrupamentos políticos se dá: de forma *tradicional, carismática e legal*.<sup>17</sup>

O período gentílico era caracterizado fundamentalmente pela relação primária entre o homem e a natureza, na qual não havia Estado e classes: os clãs organizavam-se para produzir sua subsistência. O escravismo seria uma sociedade organizada em castas rígidas nas quais já se processa uma divisão precária do trabalho, entre o labor braçal realizado pelos escravos, e atividades como a ciência, a política e a filosofia, realizadas pelas classes dominantes. O feudalismo, já com uma divisão do trabalho mais complexa, foi caracterizado pelo domínio sobre a terra fundado no regime da servidão. O capitalismo, finalmente, é considerado por Marx como o pleno desenvolvimento das forças produtivas e o estágio mais complexo da divisão do trabalho. Em todos os estágios a partir do escravismo, o movimento fundamental do modo de produção é a luta de classes. Mas é no capitalismo que ela chega na sua mais radical etapa, com o protagonismo de duas delas: a burguesia e o proletariado. O capitalismo é fundamentalmente caracterizado como o modo de produção no qual as relações econômicas predominantes são fundadas na propriedade privada dos meios de produção e na compra e venda da força de trabalho.

Já em Weber, outros parâmetros que não as relações econômicas predominantes e o desenvolvimento das forças produtivas dão a tônica da leitura dos diferentes tempos. Em vez de falar em meios de produção, Weber desenvolve o conceito de *meios de gestão*, sendo estes mais que os meios econômicos, mas também a reprodução de toda a forma de poder, como o exército. Aos possuidores de tais meios por direito próprio, Weber alcunhou o termo “estamento”. Assim, o feudalismo é caracterizado fundamentalmente como a multiplicidade de estamentos, em que cada feudo possui e é autossuficiente em seus próprios meios de gestão. No Antigo Regime, temos um processo de centralização dos estamentos em organizados e racionalizados agrupamentos políticos, em maioria consolidados em monarquias. E a Modernidade, cujo traço fundamental é expresso por Weber pelo termo *burocracia*, consiste na racionalização dos agrupamentos políticos, não somente por terem se convertido em maioria em repúblicas constitucionais,



<sup>16</sup> A descoberta do período das comunas gentílicas de clãs rendeu ao manifesto sua primeira nota de rodapé, em que se substitui a expressão “a história de todas as sociedades é a história da luta de classes” por “a história escrita de todas as sociedades é a história da luta de classes” (MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. *Manifesto do Partido Comunista*. São Paulo: Global, 1993. p. 75).

<sup>17</sup> WEBER, 1999, p. 707-715.

mas também por não serem dirigidos necessariamente por um estatamento específico, que até o mais democrático dos regimes garanta esterioridade, mas por um corpo de funcionários de carreira, de burocratas.<sup>18</sup>

Mas não é, como já pudemos perceber, na radicalização dos postulados que encontramos as mais acuradas respostas a partir dos autores estudados. O elemento de predominância é o traço fundamental, mas não o único que foi levado em conta, conforme alertam os próprios autores. Destarte, no mais avançado capitalismo, podem ser encontradas formas de produção pré-capitalistas. O taxista do Rio de Janeiro que é proprietário de seu veículo e de sua autonomia assemelha-se à figura do camponês, que, embora seja proprietário de meios de produção (traço fundamental do *burguês*), produz sua subsistência exclusivamente da sua força de trabalho (traço fundamental do *operário*). De fato, para Marx, não existe capitalismo ou qualquer outro modo de produção no qual as relações sejam exclusivamente as que os caracterizam: basta que elas sejam predominantes. De igual sorte, não há em Weber vulgata tendente a afirmar qual dos três tipos de dominação é o presente em dada sociedade em dado tempo. No Brasil de hoje, por exemplo, o presidente Lula não reivindica apenas sua legitimidade constitucional de governante. Também peticiona por uma legitimidade carismática, fundada no estigma de seu partido e de sua história de vida. E, de fato, ambas se encontram presentes, mesmo, em termos, veiculada essa reivindicação expressa e velada, sendo o termo “estigma” aplicado em função da evidente ruptura dos laços materiais que outrora uniam Lula e o Partido dos Trabalhadores à classe operária brasileira, num dizer, vejamos, marxista.

### 3 Metodologia: construindo tipos (ideais x reais)

A esta altura, nosso leitor deve estar desesperançoso em relação ao tema título deste trabalho. Porém, não poderíamos, sem critério, lançar tipos de juízes sem fixar os marcos teóricos dentro dos quais pretendemos analisá-los. Neste capítulo, pretendemos firmar os termos sobre os quais pretendemos construir as noções de empreendedor e tipo.

A noção de empreendedor está necessariamente ligada a uma reivindicação identitária de *ethos*. Tomemos como exemplo Benjamin Franklin (no dizer de Weber) e Robert Owen (no dizer de Engels). Benjamin Franklin, autor utilizado por Weber como parâmetro identificador da ética capitalista moderna,<sup>19</sup> ao advogar por uma identidade do capitalista, deu a Weber o elemento fundamental da diferença entre o capitalismo moderno e o deca-



<sup>18</sup> Um dos marcos da transformação da investidura a partir do *spoil system* para o modelo burocrático foi o Civil Service Reform estadunidense, o qual previa, sumariamente, a investidura nos quadros estatais por concurso, plano de carreira e de aposentadoria. Assim, tanto os *connoisseurs* do príncipe quanto os tecnocratas dos governantes eleitos foram substituídos, de grau em grau, por um corpo de funcionários de carreira. V. WEBER, Max. *Ciência e Política: duas vocações*. São Paulo: Cultrix, 2000. p. 69.

<sup>19</sup> WEBER, Max. *A Ética protestante e o espírito do Capitalismo*. São Paulo: Martins Claret, 2001. p. 47-55.

dente; e é justamente no *ethos* característico do discurso de Franklin que Weber funda sua caracterização do modelo. Chega Weber, inclusive, a afirmar que é este *ethos* o elemento que não se encontra nos capitalismo ditos decadentes. Ou seja, o capitalismo da prosperidade é aquele gerido por empresários, cujo traço fundamental da identidade é o objetivo não individual, a preocupação social e, principalmente, a ética. O elemento importante dessa construção é que – ao passo que Franklin fala de um capitalista existente e se reivindica, ainda que de forma não explícita, seu representante e portavoz – também indica como ele *deve* ser. Em Engels, ocorre de forma diversa. Ao explicitar o projeto do socialismo utópico, Engels cita a figura de Robert Owen, industrial escocês do ramo do algodão que mantinha uma fábrica com 2.500 operários sob *ethos* muito peculiar.<sup>20</sup> Os filhos de seus operários eram educados em creches e escolas em Nova Lanark, enquanto seus concorrentes expunham as crianças a uma jornada de até 14 horas diárias de trabalho. Criara uma colônia-modelo, onde se não conhecia embriaguez, juízes de paz, polícia e processos. Seu *empreendedorismo* chegava ao cúmulo de enviar um manifesto às potências da Aliança no sentido de que a vitória na 1ª Guerra Mundial deveria também vir acompanhada pela proclamação do socialismo e do fim da propriedade privada. Porém, a crítica de Engels ao socialismo utópico inicia-se na crítica ao *ethos* de Owen: faltava, no caso, ao empreendedor, um compromisso de classe. Como prova, apresentou o fato de que até uma crise do algodão ter fechado sua fábrica, esta faturou vultuosas fortunas, reproduzindo, assim, a exploração do modo de produção capitalista muito mais que a subvertendo nas suas consequências concretas, materiais.

O relevante na comparação exposta é que ela nos dará o primeiro elemento de que necessitamos para, ao final, optarmos por um ou outro método para traçar a tipologia identitária dos juízes diante da informatização do Poder Judiciário.

O outro, ligado ao conceito de tipo, remete a duas obras elucidativas dos autores apresentados, que, além de reproduzirem fielmente suas concepções epistemológicas, expressam teses reconhecidas no campo da ciência política. Estamos falando de *O Dezoito Brumário de Luís Bonaparte*<sup>21</sup> e *Política como Vocações*.<sup>22</sup> No *Dezoito Brumário*, Marx vai traçar uma tipologia fundamental em sua obra: a das classes sociais. E, para tal, vai utilizar como critério e filtro a relação que cada indivíduo desenvolve com as forças produtivas. Assim, a classe operária é composta por indivíduos que obtêm sua subsistência pela venda de sua força de trabalho. Já a burguesia é composta



<sup>20</sup> ENGELS, Friedrich. *Do socialismo utópico ao socialismo científico*. São Paulo: Global, 1989. p. 40-41.

<sup>21</sup> MARX, Karl. *O Dezoito Brumário e Cartas a Kugelmann*. São Paulo: Paz e Terra, 2002.

<sup>22</sup> WEBER, Max. *Ciência e Política: duas vocações*. São Paulo: Cultrix, 2000.

por indivíduos que obtêm sua subsistência a partir da propriedade privada de meios de produção e a utilizam como ponto de apoio para a acumulação de capital a partir da compra de força de trabalho e consequente extração da mais-valia. O *lumpemproletariado*, por sua vez, é composto por indivíduos que obtêm sua subsistência a partir de atividades alheias ao processo produtivo, como os bandidos os e mendigos. Isso para citas apenas estas três, uma vez que o importante aqui não é expor toda a tipologia do *Dezoito Brumário*, mas identificar seus critérios marcantes. Numa epistemologia não empirista fundada nas relações econômicas como determinantes, seria óbvio perceber que a relação com as forças produtivas fosse o parâmetro do traço identitário dos grupos na sociedade. Porém, mais que isso, devemos perceber que Marx pressupõe tipos reais. Quando falamos em operário em Marx, não criamos uma categoria teórica a partir da qual, flexibilizando-a e relativizando-a, poderemos compreender como se apresenta em diferentes realidades. Viver da venda da força de trabalho própria no Brasil de hoje ou na Inglaterra do século XIX caracteriza um operário.

É aqui que surge o elemento diferenciador concreto que nos forçará a um caminho, uma escolha. O *tipo ideal*, muito mais que um conceito-ferramenta, é o fundamento da compreensão do real no pensamento de Weber, de forma semelhante ao papel que cumpre a dialética no pensamento de Marx. Diferentemente dos tipos reais de Marx – batizados assim por iniciativa nossa –, os *tipos ideais* são representações teóricas tendentes a identificar as realidades manifestas na ação social. Assim, na tipologia daquele que *vive da política* e daquele que *vive para a política*, são criados extremos ideais representados, captações de individualidades históricas que podem nos fornecer a chave para compreender todos os comportamentos intermediários entre os pontos fixados nos tipos. Assim, a figura do *boss* é um exemplo real citado por Weber como aquele que mais se aproxima do tipo ideal de viver da política, no sentido que votos são a mercadoria fundamental de sua vida, que lhe renderá subsistência. Ainda, o próprio Weber não vacila ao reconhecer que um estudo minucioso nos revelará vários *tipos* de *bosses*. Foi Gouldner quem apresentou, ao nosso ver, a metáfora mais precisa que ilustra o conceito de tipo ideal: a régua de 12 polegadas. Não se pode esperar que todos os objetos aproximados tenham 12 polegadas: uns terão mais; outros, menos.<sup>23</sup>

#### **4 Recorte do objeto e consequências de uma opção metodológica**

Pode ter ficado evidente para o leitor, desde o início da comparação entre Marx e Weber, a despeito de a termos explicitado na introdução, nossa opção pelo ferramental a ser adotado. Por uma questão de honestidade intelectual, não podemos nos furtar à afirmação de nossa simpatia pelos postulados do marxismo e pelo projeto político do comunismo. No entanto, os parâmetros que guiam nossa escolha são de caráter puramente científico.



<sup>23</sup> GOULDNER, Alvin. *Studies in Leadership*. Nova York: Harper and Bros, 1950. p. 53-54.

Como pretendemos analisar os magistrados empreendedores do processo de informatização dos tribunais no Brasil e organizá-los em uma tipologia, o ferral de Weber revela-nos o mais adequado. Falaremos de categorias muito específicas: juízes, que são funcionários de carreira, portanto, vivem de seu labor burocrático, ao passo que, em dada medida, dedicam-se ao que chamamos “política judiciária”, alçando espaços privilegiados, como direções de tribunais, associações de categoria, espaços em comissões executivas ou mesmo publicações acadêmicas. Interessa-nos aqui o juiz que, como diretor de associação, publica seus discursos em cartilha ou o presidente de um tribunal publicizando sua opinião acerca de uma nova política adotada pela corte. E mais: um segundo aspecto do recorte do nosso objeto é o conteúdo do discurso que analisaremos a partir das fontes expostas a seguir. Procuramos magistrados que disputam os rumos do processo de informatização fulcrados numa concepção de magistrado, reivindicando um *ethos* para si. E, ao mesmo tempo em que postulam falar por todos os que compartilham deste *ethos*, advogam-no como dever de todos os magistrados. Dessa forma, o empreendedor que procuramos incorpora as funções de interveniente político, representante e porta-voz.

Portanto nossa opção metodológica tem um caráter objetivo e científico. Importa-nos aqui estabelecer marcos para a elaboração de uma tipologia, não uma classificação. Em Schnapper<sup>24</sup>, a diferença entre os dois métodos é posta a nu, e esclarece-se qual se deve utilizar diante da análise pretendida e o recorte do objeto. Como não temos um recorte global e geral, bem como não tratamos de fenômenos majoritários, poremos de lado o método classificatório – e, com ele, as técnicas qualitativas e estatísticas – em benefício do método tipológico, privilegiando técnicas qualitativas em busca de uma abordagem analítica e experimental.

Tendo escolhido o instrumental weberiano para abordar a questão e delimitado nosso objeto, cumpre-nos a última precaução antes de analisarmos as fontes pretendidas. Falamos de elemento fundamental da metodologia de Weber, que, como não poderia deixar de ser, se articula com todas as suas concepções epistemológicas. Falamos do sentido da *neutralidade axiológica*. Sendo a axiologia ramo da Filosofia dedicado ao estudo dos valores, o sentido da neutralidade axiológica compreende um autopatrolhamento, inerente à vocação de cientista, que recomenda a não adoção de análises apaixonadas ou tomadas de posição valorativa.<sup>25</sup> Isso nos impede, outrossim, de – principalmente, uma vez traçados os tipos – afirmar qual deles é o mais adequado, mais apropriado ou, em última instância, o melhor.



<sup>24</sup> SCHNAPPER, Dominique. *La Compréhension Sociologique: Démarche de l'analyse typologique*. Paris: Presses Universitaires de France, 1998. p. 13-14.

<sup>25</sup> WEBER, Max. *O sentido da "neutralidade axiológica" nas ciências sociológicas e econômicas*. In: Sobre a teoria das ciências sociais. São Paulo: Moraes, 1991. p. 75-77.

## 5 O juiz conservador: identidade sem rosto

Pode ter causado espanto a alusão a três tipos no título, quando o índice apresenta quatro. Ocorre que neste capítulo não falaremos propriamente de um tipo de magistrado, e sim um perfil, um tipo sem empreendedor, mas com definição identitária. É interessante constatar que, em processos políticos, mesmo entre adversários, são firmados determinados *consensos negativos*, o não ser da política. Neste caso, não seria diferente. É estabelecido o consenso entre os interlocutores do empreendimento “informatização do Judiciário” segundo o qual a informatização é um dado irreversível. Ou seja, não há – ou não nos foi possível encontrar – magistrado que publicamente advogue contra a informatização dos tribunais no Brasil. Pelo menos no material que pude recolher, essa postura não aparece.

A resistência a este dado (a informatização), na opinião dos empreendedores, remete à concepção clássica de Montesquieu, que afirmava que o juiz nada mais é – entenda-se, *deve ser* – que um ser inanimado que não cumpre outro papel senão ser a boca da lei. Assertiva que toma relevo mais eminente no *ser* do magistrado no sistema *civil law* em Merryman,<sup>26</sup> que chega a afirmar serem funcionários públicos que cumprem um papel importante, porém não criativo. Todos os empreendedores concordam em afirmar um papel de magistrado conectado no seu tempo, e atribuem aos que resistem à informatização uma identidade mais radical que juiz cartorial, burocrata, antiquado, mas conservador, no sentido de empreender o dever-ser de Montesquieu e o ser de Merryman. Ao menos é desta forma que trata o assunto nossa primeira fonte, o juiz Luiz Fernando Ribeiro de Carvalho, *então*<sup>27</sup> presidente da Associação dos Magistrados Brasileiros, em palestra proferida no *Seminário Friedrich Naumann* (Iuperj) e publicada na cartilha “Cidadania e Justiça”, da Associação dos Magistrados do Estado do Rio de Janeiro.<sup>28</sup>

É importante notar que mesmo a identidade de juiz conservador não contando com representantes e porta-vozes, a ela é atribuída o caráter de interveniente na política judiciária, na medida em que é tratada como força difusa ou organizada que deve ser combatida. Nas fontes estudadas, encontramos apenas citações de conversas particulares, narrativas de situações e



<sup>26</sup> “The net image is of the judge as an operator of a machine designed and build by legislators. His function is a mechanical one. The great names of the civil law are not those of judges (who knows the name of a civil law judge?) but those of legislators (Justinian, Napoleon) and scholars (Gaius, Irnerius, Bartolus, Mancini, Domat, Pothier, Savigny and a host of other nineteenth – and twentieth-century European and Latin American scholars). The civil law judge is not a culture hero or a father figure, as he often is with us. His image is that of a civil servant who performs important but essentially uncreative function” (MERRYMAN, John Henry. *The Civil Law Tradition*. Stanford University, 1969. p. 36-37).

<sup>27</sup> O emprego da expressão “então” deve-se unicamente ao fato de indicar os cargos que ocupavam os autores citados como fontes na data das veiculações sob exame, baseado na indicação firmada na própria obra, sem compromisso com a investigação acerca de quais cargos vêm a ocupar hoje ou ocuparam no passado. A expressão será utilizada doravante até o final do trabalho.

<sup>28</sup> CARVALHO, Luiz Fernando Ribeiro de. *Democracia e acesso à justiça*. In: ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO (Org.). *Cidadania e justiça* (coletânea de discursos). p. 53-63.

tomadas de posição em que a suposta figura do juiz conservador revela sua identidade, mas não seu rosto, seu nome.

Nossa segunda fonte é o discurso de José Augusto Delgado, então Ministro do Superior Tribunal de Justiça, na *II Conferência dos Advogados Paraibanos*.<sup>29</sup> Em determinada parte de seu discurso, justamente quando falava do papel do juiz na sociedade, narrou uma situação na qual ele, como corregedor, revogou a portaria de um juiz de 1º grau que determinava o atendimento aos advogados apenas das 11h30 às 13h. E arrematou:

Esse é um exemplo entre tantos para demonstrar essa preocupação hoje com essa terceira onda processual, com um juiz não ativo, com um juiz que pensa que cumprir o seu dever é seguir rigorosamente o formalismo do processo, presidir a audiência com aquela cara feia que ele faz mais do que o normal, fechar a sua toga, botar a sua barriga para frente e indeferir, sem qualquer fundamentação, as reivindicações das partes, e se limitar, unicamente, da mesma maneira como aquela máscara que é colocada no rosto do boi do sertão, a caminhar naquele caminho imposto pelo vaqueiro para impulsionar os seus passos.<sup>30</sup>

É importante notar que, embora Delgado tenha articulado “um exemplo”, o mesmo se refere a um certo juiz, em certo local do país – enfim, a um ator não localizado ou localizável no tempo e espaço, sem nome, sem rosto, guardando apenas a identidade de magistrado e, pela descrição de um ato praticado, um magistrado mais automatizado que um computador. Por outro lado, Delgado cita a “3ª onda de Cappelletti”. Está se referindo ao Relatório Geral<sup>31</sup> elaborado por este em contribuição com Briant Garth, durante a pesquisa *Projeto de Florença*,<sup>32</sup> que colheu relatórios de diversos países acerca do tema “acesso à justiça”. A relevância desta referência deve-se ao fato de que a metáfora das “ondas” vem sendo ventilada no Brasil – e não apenas por Delgado – como a panaceia para mazelas ainda maiores que as que envolvem a problemática do acesso à jurisdição, a deformalização das controvérsias e a redução da litigiosidade contida – a rigor, as características gerais da “terceira onda – um novo enfoque do acesso à justiça”. Parecem negar ou, de certa forma, ignorar os apontamentos metodológicos dos autores, que afirmam ser as “ondas” metáforas de três movimentos distintos percebidos nos anos 1960 e 1970 nos Estados Unidos. É explícito, na formulação de Cappelletti e Garth, que a sistematização das três ondas não é apenas uma conclusão da sua pesquisa empírica, mas a

.....

<sup>29</sup> DELGADO, José Augusto. Acesso à justiça e celeridade processual: direito da cidadania. *Revista da OAB – Seccional Paraíba*, n. 2. p. 45-61.

<sup>30</sup> DELGADO, op. cit., p. 49.

<sup>31</sup> Publicado no Brasil por Sergio Fabris Editor, traduzido de Ellen Gracie Northfleet.

<sup>32</sup> Publicado em seis volumes numa parceria entre as editoras Giuffrè e Sijthoff, Milão.



chave que aponta para a solução de problemas análogos em diferentes espaços e tempos dos que foram objeto da pesquisa.<sup>33</sup> Os autores que ventilam Cap-pelletti e Garth parecem descumprir o papel de intérpretes e simplesmente querer fazer fluir as ondas no Brasil, independentemente de haver uma minuciosa análise dos problemas, mormente se os mesmos são análogos àqueles percebidos nos EUA nos anos 1960 e 1970.

Nossa terceira fonte é o trabalho de Edison Brandão, juiz da 5ª Vara Criminal de São Paulo e então Diretor de Informática da Associação dos Magistrados Brasileiros e da Associação de Magistrados de São Paulo, publicado na *Revista do Centro de Estudos Jurídicos da Justiça Federal*<sup>34</sup>. Seu trabalho basicamente descreve a iniciativa da magistratura paulista em efetuar a oitiva de presos por videoconferência. Narra uma situação em que, em um encontro em Vila Velha (ES), vários juízes observavam em um telão de dois megabytes a oitiva de um preso e afirmavam “para que isso?”, fundados no fato de que o preso poderia estar sendo coagido sem que o juiz da causa percebesse. Brandão afirma que seus colegas exigem uma garantia que o sistema legal judiciário nunca teve e arremata: “é o medo do novo”<sup>35</sup>. Ainda atribui outro discurso aos conservadores – “e há ainda essas tolices ditas, quanto ao sistema de videoconferência, de que ele serve para garantir quem tem ojeriza a preso”<sup>36</sup> – e justifica sua posição pela adesão internacional ao sistema.

Ainda sobre a alegada falta de segurança dos recursos computacionais aplicados aos tribunais alegada pelos juízes conservadores, afirma: “E nesses casos, sempre surgem velhas críticas dos fiéis companheiros, alegando, por exemplo, que qualquer ‘crackerzinho’ de doze anos de idade consegue mexer, etc. Realmente consegue sincronizar a fala, mudar a fala de uma pessoa não é nada simples, mas é bem mais seguro do que papel”.<sup>37</sup> E arremata, em tom de desabafo: “Por quê? Por que sempre a voz do atraso, da discórdia, vem nos atrapalhar no nosso relacionamento com a sociedade?”<sup>38</sup>.

Eis como surge, dos corredores, dos gabinetes, de reuniões e situações, uma identidade sem rosto, um empreendimento sem porta-voz. Qualquer argumento, qualquer adjetivo, é válido para desqualificar e excluir o juiz conservador da margem de diálogo. Citar nomes, atribuir diretamente autorias a discursos, enfim, é incorrer no risco de fixar referências, consolidar mais um polo de tensão. O juiz conservador é alguém que não possui face, nome e lugar no tempo e espaço. Aderir a esta identidade, ou seja, voluntariamente apor seu nome neste rol de valores, significa ser de antemão defenestrado do espaço público.



<sup>33</sup> CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Introduction. In: CAPPELLETTI, Mauro (Org.). *Accès à la Justice et Etat-Providence*. Paris: Economica, 1984. p. 18.

<sup>34</sup> BRANDÃO, Edison. O uso da informática na justiça estadual. Interrogatório à distância na vara criminal. *Revista CEJ*, n. 13. Brasília, 2001. p. 130-134.

<sup>35</sup> *Ibid.* p. 131.

<sup>36</sup> *Ibid.*

<sup>37</sup> *Ibid.* p. 132.

<sup>38</sup> *Ibid.* p. 133.

Uma vivência empírica dessa conclusão pudemos experimentar durante nossa presença na inauguração dos Juizados Especiais Federais eletrônicos de São Gonçalo (RJ), em setembro de 2004. Reunida uma série de autoridades – também identificadas por um crachá próprio – em torno da tribuna, iniciou-se uma cerimônia recheada de protocolos e formalidades. As autoridades judiciárias, legislativas, militares e a reitora de uma universidade estabelecida no local, com muita disciplina começaram a proferir vários discursos. Na vez do presidente do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, uma voz da plateia o interrompeu, meio ininteligível, causando um certo desconforto nos presentes. Tratava-se do Presidente da OAB de São Gonçalo, Manuel Felipe Monteiro. De antemão, excluído daquele espaço. Não era uma “autoridade”, não apenas por não ter o crachá, mas também porque estava de pé junto aos presentes, não junto com as autoridades. Apenas compreendi do que se tratava quando o Presidente do TRF2 disse, da tribuna (e do microfone): “Não apenas autorizo, como será uma honra ouvi-lo, doutor”. E trêmulo, com voz vacilante, o advogado começou a esboçar um discurso cujo conteúdo timidamente apontava para um “distanciamento” entre partes, advogados e magistrados a partir do estabelecimento dos processos “virtuais”. Aquele espaço fora, em todos os aspectos, hostil ao advogado, excluiu-o, mesmo permitindo o “vazamento” de seu discurso. O Presidente do TRF2, logo após a fala do advogado e antes da sua, disse: “Fui advogado muitos anos antes de exercer a magistratura, onde estou há mais de 25 anos; de forma que me sinto muito à vontade ao ouvir um advogado falar”. Apesar da hostilidade disciplinada, uma das “rodas de comentários” estabelecidas ao fim do evento, organizada em volta de Monteiro, demonstrava que ele encon-trava-se bem à vontade, satisfeito, e ainda recebia algumas congratulações pelo discurso. Aparentemente, os cumprimentos se dirigiam mais à iniciativa que ao conteúdo.

## 6 O juiz “moderno”

É a partir daqui que as identidades adquirem rosto, e assumem, de forma velada ou explícita, o tripé do interveniente político, representante e porta-voz. É dessa forma que se apresentam as três identidades a seguir estudadas.

Sobre o juiz moderno, podemos traçar dois extremos definidores de seu universo. Assim, para ser um juiz moderno, é preciso, no mínimo, estar pessoalmente convencido da eficiência do ferramental computacional a partir de sua experiência particular com a informática. O outro ponto e o outro extremo do juiz moderno é aquele segundo o qual a informática aplicada ao Judiciário proporciona melhores condições de trabalho aos magistrados, ajudando o desempenho de seus misteres e aumentando a sua produtividade. Como poderemos ver, o termo *produtividade* aparecerá em nossas fontes de forma textual. Não crermos ser por acaso o aparecimento de um termo afeito à economia e à contabilidade. Isso pode ser um esboço de conclusão de que tratamos de empreendedores circundados por alguma espécie de capital, assim como o capital eleitoral do *boss*.

Nossa primeira fonte é o texto de Francisco Geraldo Apoliano Dias, então vice-presidente e corregedor-geral do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, publicado na *Revista do Centro de Estudos Jurídicos da Justiça Federal*.<sup>39</sup> Dias inicia o texto narrando sua experiência com computadores, para depois concluir pela importância destes na administração judiciária:

O meu primeiro contato com a informática foi assim: [...] encontrei [...] um computador 286 lacrado – era o mais moderno na época. Veio-me a curiosidade de saber como aquilo funcionava. Foi aí que errei, pois de lá pra cá nunca mais deixei de mexer com a informática. Entusiasmei-me a tal ponto que pude aprender rapidamente que o judiciário precisaria muito daquela ferramenta, pela comodidade, facilidade, rapidez e segurança que a mesma poderia proporcionar para o trabalho forense”. [...] Queria dizer, para os aficionados no *software via voice*, que a IBM lançou a segunda versão *Release II* do *via voice*. Sou usuário do *via voice* há seis meses e tomei a iniciativa de avisar o pessoal da Ajufe. Pra que digitar se posso ditar? [...] Fiquei muito entusiasmado, mesmo quando terminei de ditar o voto e disse: “Geraldo Apoliano, Relator”, e ele colocou “Geraldo Bolíviano, Relator”. Eu disse “mas não é possível”, ele colocou “mas não é possível”! [...] Agora, ele já não comete mais esses erros, e a segunda versão ampliou o banco de dados de 5 mil sotaques que a IBM havia recolhido no Brasil para que o gaúcho lá da querência e o cidadão lá do Amapá possam falar ao computador e ditar os seus textos sem a menor dificuldade (DIAS, op. cit., p. 121-125).

Dias legitima-se como empreendedor a partir da sua narrativa de vida, em que a atividade de magistrado confunde-se com a evolução de seu contato com a informática. A marca da identidade “moderna” é revelada em dois aspectos do texto: a) no uso de expressões técnicas e conhecimento acerca do mercado informático; e b) na ênfase da sua capacidade pessoal em resolver e contornar problemas com computadores. Afinal, qualquer magistrado “moderno” pode desvendar com facilidade as charadas do campo da informática.

Nossa segunda fonte é o livro de José Renato Nalini, então presidente do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, integrante da Comissão de Reforma do Judiciário do Ministério da Justiça e diretor adjunto da Escola Nacional da Magistratura. Nalini afirma:



<sup>39</sup> DIAS, Francisco Geraldo Apoliano. Avanços e dificuldades na implantação da informática no judiciário brasileiro. *Revista CEJ*, n. 13. Brasília, 2001. p. 121-125.

Todos os benefícios colocados à disposição do homem pela ciência devem servir ao Judiciário. [...] Ainda há tempo de recuperar o tempo perdido, em cuja busca não se esmera, salvo esforços isolados. Basta a vontade política, a vontade de ousar e eliminar os preconceitos. [...] A otimização permitirá ao juiz multiplicar sua produção, sem gerar mais desgaste. Haverá mais tempo disponível para o estudo. Tranquilidade para a pesquisa. Sem o atropelo das petições empunhadas no último dia do prazo por advogados em desespero, quase interrompendo a audiência ou o ditado de uma sentença para obter um despacho.<sup>40</sup>

Também é “moderno” o juiz que não mais valoriza a relação face a face, o atropelo dos advogados, a burocracia cartorial e o empurra-empurra forense. É também “moderno” o juiz que se desapegou dos grilhões culturais do seu campo. Ele não mais possui uma pretensa “função judicante”, em sua caneta a *longa manus* de um poder de Estado. Como todos os profissionais, o juiz “moderno” tem uma “produção”, uma produtividade. Eis a identidade do juiz “moderno”: um profissional, com todos os predicados que ao termo se agregam: flexibilidade, produtividade, objetividade, iniciativa e... empreendedorismo.

Nossa terceira fonte é o livro de Heliana Coutinho Hess, então Juíza da 5ª Vara Cível de Campinas (SP), de onde se extrai:

A racionalização dos programas de *software jurídicos* poderá auxiliar os funcionários e juízes na elaboração de despachos e decisões e no aumento da produtividade e celeridade do serviço cartorial. A documentação dos autos e o reservatório dos autos dos processos podem ser substituídos por disquetes e por catálogos de microfilmagem, eliminando-se o entulho dos processos arquivados e pedidos de desarquivamento. Porém, isto ainda não é operacionalizado para diminuir a quantidade de processo e papéis arquivados e que consomem parte do orçamento dos tribunais.<sup>41</sup>

Em todos os três juízes estudados, estão presentes explicitamente os três elementos que julgamos essenciais aos empreendedores. Seja quando Dias vai à Ajufe propagandar o programa *via voice*; quando Nalini louva os esforços isolados para recuperar o tempo perdido e narra os incômodos cotidianos por que passa um magistrado; ou quando Hess afirma que parte



<sup>40</sup> Nalini, José Renato. *O juiz e o acesso à justiça*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 68-69.

<sup>41</sup> HESS, Heliana Coutinho. *Acesso à justiça por reformas judiciais*. Campinas: Millenium, 2004. p. 196.

do orçamento dos tribunais é ocupada com gastos que poderiam ser otimizados com o uso da informática.

## 7 O juiz institucionalista

Esse segundo tipo de empreendedor caracteriza-se fundamentalmente pela defesa do Poder Judiciário como instituição. Seus dois extremos podem ser fixados desde aquele que se preocupa com o descrédito dos tribunais e sua conseqüente substituição por meios alternativos de resolução de controvérsias até aquele que milita por uma posição de resistência, que considera o Judiciário a última trincheira dos direitos humanos e garantias individuais. É evidente que, por vezes, o primeiro extremo pode se converter no apoio a medidas alternativas justamente para atribuir ao Judiciário o que seria próprio dele. Em todos, é comum o desejo de a instituição adequar-se a fenômenos como globalização e informatização para melhor acompanhar nossos tempos.

Nossa primeira fonte é o texto de Tourinho Neto, então presidente do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, publicado em cartilha jurídica do próprio tribunal. Em suma, o magistrado assume posição próxima do segundo extremo do tipo de empreendedor citado, efetuando a defesa dos tribunais como instituição perseguida e desvalorizada, em decorrência da possibilidade de ser o erradicador das desigualdades sociais:

Várias são as causas por que a justiça só existe para “constar”, a começar por nossas faculdades de Direito, com um ensino altamente conservador, burocrático, amorfo e bolorento. A justiça é explicada como sendo pura e exclusivamente o Direito positivo. [...] O governo não investe na justiça. [...] Daí termos um amesquinamento salarial tanto dos juizes como dos demais servidores. As instalações são acanhadas. Os equipamentos de informática, poucos. [...] Sim, os atos, as medidas inconstitucionais que o chefe do Executivo edita em detrimento do povo são em número assustador. A justiça, funcionando com rapidez e eficiência, não tardará em condená-lo. [...] O que dificulta, sem dúvida alguma, o acesso á justiça é que não se creia na justiça. As leis são produzidas pelas classes dominantes. São frutos dos grandes grupos econômicos [...] A mídia com eles colabora. [...] São esses parlamentares, representantes não do povo, mas dos interesses das classes que dominam o país, subservientes ao capital estrangeiro, assim como o próprio Executivo, que elaboram as leis. [...] Isso tudo leva a um descrédito na justiça.<sup>42</sup>



<sup>42</sup> TOURINHO NETO. Obstáculos ao acesso da população brasileira à justiça. *Cartilha Jurídica do Tribunal Regional Federal da 1ª Região*, n. 81. Brasília, 2001.

Não há separação entre justiça e Poder Judiciário na visão de um juiz “institucionalista”. Os tribunais são o anteparo entre as classes dominantes (e quem com elas colabora) e as classes “dominadas”, ou seja, o “povo”. Colaboram com as classes dominantes (hegemonizadas pelo capital “estran-geiro”) os meios de comunicação de massa, a universidade (ainda que apenas com seu anacronismo didático-científico) e os demais poderes da República. O Poder Judiciário não consegue vencer as classes dominantes e emancipar “o povo” porque a mídia o desqualifica, a universidade é inábil em formar decentemente seus quadros, o Executivo mantém sucateados os tribunais, e o Legislativo aprova leis injustas e defasa o salário de seus membros. O po-vo, por sua vez, não “crê” na justiça – digo, no Poder Judiciário. O juiz “institucionalista” propugna o fortalecimento dos tribunais, também pela informatização, para que estes tenham mais espaço e força para realizar determinado projeto político, que somente a “independência” político-eleitoral da magistratura pode proporcionar.

Nossa segunda fonte é o texto de Sálvio de Figueiredo Teixeira, en-tão ministro do Superior Tribunal de Justiça e diretor na Escola Nacional da Magistratura, publicado na *Revista da Associação dos Advogados de São Paulo*. Em suma:

No âmbito da justiça, e em dimensões mundiais, a realidade está a demonstrar a insatisfação generalizada com a inefi-ciência da solução jurisdicional estatal, o que tem levado a estudiosos e organizações, oficiais ou não, a buscar soluções, instituindo órgãos de planejamento permanente, criando es-colas de formação e aperfeiçoamento, promovendo semi-nários locais e internacionais, investindo em pesquisas e meios alternativos de resolução de conflitos.<sup>43</sup>

Nossa terceira fonte é o artigo, publicado no *Jornal do Commercio* em 1º/3/1994, de Cláudio Vianna de Lima, então juiz aposentado e diretor-geral da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, onde criara uma comissão de arbitragem, em conjunto com a Associação Comercial do Rio de Janeiro. Em suas palavras:

É preciso tomar uma só providência: manter no Judiciário só o que é próprio do Judiciário. “Privatizar”, o quanto possível, em certa medida, a solução dos conflitos de interesses, na segurança da paz social. [...] O Judiciário, aliviado do tra-balho extra a que presentemente é submetido, renderá muito



<sup>43</sup> TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. A arbitragem no sistema jurídico brasileiro. *Revista da Associação dos Advogados do Estado de São Paulo*, n. 51. São Paulo, 1997. p. 16.

mais e melhor ao solver os conflitos de interesses que só a ele é dado solucionar, que não se podem resolver pelas fórmulas alternativas. Haverá a desobstrução da justiça, a celeridade de suas decisões e a melhoria de sua qualidade. Porquanto justiça rápida é mais justiça!<sup>44</sup>

Aqui também podemos perceber uma carga proselitista em todos os discursos, principalmente no auto político de Neto e na recomendação privatizante de Lima. O juiz “institucionalista” quer a todo custo impedir o processo de descrédito que, segundo ele, vem acometendo o Poder Judiciário. Adequá-lo às necessidades e aos ventos da modernidade é a ordem do dia; e a informatização, um de seus aspectos fundamentais.

### **8 O juiz do “bom governo”**

Neste item, apropriamo-nos do critério de “bom governo” desenhado por Rousseau<sup>45</sup>. Para Rousseau, toda vez que lhe perguntavam quais seriam os sinais de um bom governo, dizia que o que se pode perceber são sinais acerca de se um povo está sendo bem governado ou não. A prosperidade é o critério definidor, e deve ser percebido pelos números e pela população. O governo no qual os cidadãos vivem e se multiplicam é sem dúvida o melhor; e aquele no qual os cidadãos diminuem e perecem, o pior.

Assim, o juiz do bom governo é aquele para quem o empreendimento da informatização dos tribunais está intimamente ligado à mitigação das mazelas sociais, da humanização do processo, da efetividade da jurisdição e da função social do Direito. Neste tipo, suas bandeiras de luta são muito mais identificáveis que nos demais.

A primeira de nossas fontes são os dizeres de Márcio Moraes, presidente do Tribunal Regional Federal da 3ª Região durante a inauguração dos Juizados Especiais Previdenciários eletrônicos, publicados na Cartilha Jurídica do Tribunal. Suas palavras: “Nós, Juízes e Desembargadores da Justiça Federal – 3ª Região, estamos, então, dedicando ao segurado da Previdência Social um Fórum só para ele, um lugar exclusivo onde os seus processos em 1ª e 2ª instância, terão andamento prioritário”.<sup>46</sup>

A segunda de nossas fontes é o artigo de Cristóvão Daiello Moreira, então desembargador do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul e presidente da Federação Americana das Instituições Educacionais e Culturais de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados e Agentes do Ministério Público, apresentado no workshop *Administração da Justiça nas Américas no contexto da globalização*, realizado no Hotel Glória (RJ) em novembro de 1997:



<sup>44</sup> LIMA, Cláudio Vianna de. *Arbitragem: a solução*. Rio de Janeiro: Forense/EMERJ, 1994. p. 6.

<sup>45</sup> ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O Contrato Social e outros escritos*. São Paulo: Cultrix, 1988. p. 87-88.

<sup>46</sup> TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO. *Cartilha Fórum Social Ministro Miguel Geronymo Ferrante*. São Paulo, 2002. p. 7.

É o consolidar no Judiciário o querer afirmar-se como Poder, obstaculizado pela morosidade e o resistir à modernidade no pensar e agir para solucionar as crises institucionais entre e com os demais poderes para o aperfeiçoar do Estado de Direito e do insubstituível regime democrático e compor, através do criar de norma jurisdicional, com eficácia *erga omnes* os conflitos gerados pelas emergentes e poderosas forças sociais na luta pelo poder a conduzir o Estado [...] destarte, o indispensável, urgente e inarredável, para dinamizar o agir e prestar da jurisdição, concerne ao apoiar da informática às atividades jurisdicionais ápices do juiz decisões e sentença, com o valer-se de ferramentas da inteligência artificial, e mais especificamente por sistemas especialistas.<sup>47</sup>

O juiz “do bom governo” é aquele que articula as reformas na administração da justiça com verdadeiras políticas públicas de distribuição de cidadania. O foco dos juízes “modernos” e dos “institucionalistas” é o magistrado e o Judiciário, respectivamente. O do juiz “do bom governo” é o que se convencionou chamar de “jurisdicionado”. O usuário da justiça é prioritariamente alguém carente e dependente de uma vitória diante de enormes litigantes habituais (seja a Fazenda Pública ou grandes empresas) para mitigar sua condição desfavorecida. Precisam de meios adequados para se credenciarem como cidadãos. A máxima do juiz “do bom governo” é que o Poder Judiciário possa tornar-se um meio de se realizarem os direitos fundamentais, dialogando com as bênçãos mistas da modernidade: se por um lado, acirram as mazelas sociais; por outro, fornecem meios de amenizá-las, e aí surge a proposta da informatização. Uma informatização dita “cidadã”, ou “democrática”, deve permitir ao cidadão além de uma satisfação mais rápida, uma transparência e acessibilidade da corte, mercê de seu deslocamento espaço-temporal pelas estradas das novas mídias, notadamente as páginas eletrônicas dos tribunais ou o famoso “sistema *push*”.

Por fim, devemos encerrar a presente análise tipológica retomando o sentido relativizante do método eleito: jamais haverá um empreendedor marcado exclusivamente pelos filtros identitários aqui levantados, que somente encontram utilidade como definidores de traços mais marcantes. Assim, será comum um juiz *moderno* incorporar elementos do *bom governo*. Um juiz exclusivamente moderno só existe no mundo das ideias, como representação, conforme já vimos.



<sup>47</sup> SECRETARIA DE PLANEJAMENTO, COORDENAÇÃO E FINANÇAS DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. *Acesso à justiça*. Workshop Administração da justiça nas Américas no contexto da globalização. Rio de Janeiro, 1997. p. 93-94.



## 9 Conclusões

A mais curial das conclusões a que somos forçados a nos afiliar é bem simples: o juiz pode e faz política, e nem sempre *política judiciária*. Existe um espaço privilegiado, pontos de apoio de onde juízes podem com mais eficácia e abrangência exercer o empreendimento político e identitário no Poder Judiciário. São, em geral, associações de representação da categoria, escolas de aperfeiçoamento profissional ou mesmo cargos de gestão e administração de tribunais. Tanto o conceito de empreendedor, em sua flexibilização para o estudo presente, quanto o conceito de capital ou capitalização podem ser flexionados para caber aqui. Vários são os capitais articulados no discurso dos diferentes tipos de juízes. Ou a melhoria das condições de trabalho e produtividade a um menor custo laborativo, ou o fortalecimento institucional do Poder Judiciário ou a articulação de uma função de pé republicano na efetivação do “bom governo”.

Sobre a informatização dos tribunais, o presente trabalho revela a necessidade de se buscar mais uma resposta: é possível, a partir da compreensão dos tipos de empreendedores, suas bandeiras, seus discursos, e suas incursões sobre espaços de execução e gestão de políticas, determinar e avaliar um possível vencedor ou predominante e, assim, o possível destino do processo de informatização dos tribunais no Brasil?

De nossa parte, pensamos que uma conclusão que encaminhasse uma informatização individualista e cartorial, na vitória do juiz moderno; encasteladora e corporativista, na vitória do juiz institucionalista; e demagógica e assistencialista, na vitória do juiz do bom governo, não seria a mais apropriada. Preferimos adotar o otimismo segundo o qual minimamente os juízes abrem espaços para outros empreendedores, que a todo o momento peticionam na sociedade, também o possam fazer diante do Judiciário, em igualdade de condições com os que lhes é próprio.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALTHUSSER, Louis. A imensa revolução teórica de Marx. In: *Estruturalismo: Antologia de textos teóricos*. Lisboa: Direcções, 1975.
- BRANDÃO, Edison. O uso da informática na justiça estadual. Interrogatório à distância na vara criminal. *Revista CEJ*, n. 13. Brasília, 2001.
- CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryant. Introduction. In: *Accès a la Justice et Etat-Providence*. CAPPELLETTI, Mauro (Org.). Economica. Paris. 1984.
- CARVALHO, Luiz Fernando Ribeiro de. Democracia e acesso à justiça. In: ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO (Org.). *Cidadania e justiça* (coletânea de discursos).
- DELGADO, José Augusto. Acesso à justiça e celeridade processual: direito da cidadania. *Revista da OAB – Seccional Paraíba*, n. 2.
- DIAS, Francisco Geraldo Apoliano. Avanços e dificuldades na implantação da informática no judiciário brasileiro. *Revista CEJ*, n. 13. Brasília, 2001.
- ENGELS, Friedrich. *Do socialismo utópico ao socialismo científico*. São Paulo: Global, 1989.
- FREUD, Sigmund. *Edição standard brasileira das obras psicológicas completas de Sigmund Freud*. Vol. XXII: 1932-1936. Rio de Janeiro: Imago, 1996.
- GOULDNER, Alvin. *Studies in leadership*. Nova York: Harper and Bros, 1950.
- HESS, Heliana Coutinho. *Acesso à justiça por reformas judiciais*. Campinas: Millenium, 2004.
- LATOURET, Bruno. *Ciência em ação: como seguir os cientistas e engenheiros mundo afora*. São Paulo: Unesp, 1998.
- LIMA, Cláudio Vianna de. *Arbitragem: a solução*. Rio de Janeiro: Forense/ Emerj, 1994.
- LUKÁCS, Georg. *História e consciência de classe: Estudos sobre a dialética marxista*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- MARX, Karl. Para a crítica da economia política. In: Os Pensadores – Marx. São Paulo: Nova Cultural, 1996.
- \_\_\_\_\_. *O Capital: Crítica da Economia Política*. Livro 1. Volume 1. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1980.
- \_\_\_\_\_. *O Dezoito Brumário e Cartas a Kugelmann*. São Paulo: Paz e Terra, 2002.

- MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. *A Ideologia Alemã*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- \_\_\_\_\_; \_\_\_\_\_. *Manifesto do Partido Comunista*. São Paulo: Global, 1993.
- MERRYMAN, John Henry. *The Civil Law Tradition*. Stanford University, 1969.
- NALINI, José Renato. *O juiz e o acesso à justiça*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O Contrato Social e outros escritos*. São Paulo: Cultrix, 1988.
- SCHNAPPER, Dominique. *La Comprensión Sociologique: Démarche de l'analyse typologique*. Paris: Presses Universitaires de France, 1998.
- SECRETARIA DE PLANEJAMENTO, COORDENAÇÃO E FINANÇAS DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO (Org.). *Acesso à justiça*. Workshop Administração da justiça nas Américas no contexto da globalização. Rio de Janeiro, 1997.
- TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. A arbitragem no sistema jurídico brasileiro. *Revista da Associação dos Advogados do Estado de São Paulo*, n. 51. São Paulo, 1997.
- TOURINHO NETO. Obstáculos ao acesso da população brasileira à justiça. *Cartilha Jurídica do Tribunal Regional Federal da 1ª Região*, n. 81. Brasília, 2001.
- TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO. *Cartilha Fórum Social Ministro Miguel Geronymo Ferrante*. São Paulo, 2002.
- WEBER, Max. *Ciência e Política: duas vocações*. São Paulo: Cultrix, 2000.
- \_\_\_\_\_. *Economia y Sociedad*. México, DF: Fondo de Cultura Económica, 1999.
- \_\_\_\_\_. *A ética protestante e o espírito do capitalismo*. São Paulo: Martins Claret, 2001.
- \_\_\_\_\_. A objetividade do conhecimento nas ciências e política sociais. In: *Sobre a teoria das ciências sociais*. São Paulo: Moraes, 1991a.
- \_\_\_\_\_. O sentido da “neutralidade axiológica” nas ciências sociológicas e econômicas. In: *Sobre a teoria das ciências sociais*. São Paulo: Moraes, 1991b.



# [ O Direito como argumentação\* ]

Manuel Atienza\*\*

Trad.: Eduardo Moreira

## 1 Introdução: a argumentação jurídica e seu auge atual

Parece óbvio que a argumentação é um ingrediente importante da experiência jurídica, praticamente em todas as suas facetas: tanto se considerarmos a aplicação como a interpretação ou a produção do Direito quanto se nos situarmos na perspectiva do juiz, do advogado, do teórico do Direito, do legislador... O que talvez seja menos óbvio é esclarecer em que consiste – ou em que se traduz – exatamente essa importância e, principalmente, mostrar de que maneira a perspectiva argumentativa permite entender em profundidade muitos aspectos do Direito e da teoria jurídica e provê, enfim, instrumentos sumamente úteis para operar com sentido no Direito; particularmente, nos sistemas jurídicos dos Estados constitucionais.

Certa dificuldade para alcançar todos esses objetivos surge da obscuridade que rodeia a expressão “argumentação jurídica” e muitas outras que podem ser consideradas mais ou menos sinônimas (ou parcialmente sinônimas): “argumento”, “raciocínio jurídico”, “lógica jurídica”, “método jurídico”... Ao longo do livro, esclarecer-se-á em que sentido falo de argumentação jurídica (ou, melhor, em que sentidos: uma das ideias centrais da obra é que existem diversas concepções da argumentação com relevância jurídica), mas desde já convém fazer algumas precisões iniciais.

A primeira é que por argumentação jurídica não entendo o mesmo que por lógica jurídica: ainda que se adotasse uma concepção suficientemente ampla da lógica (que incluísse, por exemplo, o conjunto de temas tratado por Aristóteles no *Organon*), não haveria praticamente nada – nenhum tema dos que aqui vão ser abordados – que não pudesse ser considerado como pertencente à lógica, à lógica jurídica. De fato, a expressão “lógica” se tem usado – e se usa – com uma enorme quantidade de significados, um



\* Tradução do capítulo I do livro *O Direito como argumentação*, Editora Ariel, 2006.

\*\* Manuel Atienza é catedrático de Filosofia do Direito da Universidade de Alicante (Espanha) e diretor da *Revista Doxa*. Publicou diversos livros como: *Argumentação: Las razones del Derecho* (Madrid, 1991); *Trás la Justicia* (Barcelona, 1993); *Derecho y argumentación* (Bogotá, 1997); *La guerra de las falácias* (Alicante, 1999). É referência em Filosofia do Direito no continente europeu. Tradução de Eduardo Moreira, professor adjunto do PPGD/UFRJ, livre docente da Universidade de São Paulo (USP) e palestrante na Universidad de Alicante. Endereço eletrônico: eduardomoreira@terra.com.br

dos quais (enquanto adjetivo) equivaleria a “racional”, “aceitável”, “fundamentado”. De todas as formas, hoje é frequente contrapor o enfoque lógico da argumentação a outros de caráter retórico, tópico, comunicativo, etc., e aqui continuarei basicamente esse costume, solidamente estabelecido, além de tudo. Dito de forma aproximativa, a lógica – a lógica formal – entende os argumentos como encadeamentos de proposições, nos quais a partir de algumas delas (as premissas) se chega a outra (a conclusão). Outros enfoques podem consistir em ver a argumentação como uma atividade, uma técnica ou uma arte (o *ars inveniendi*) dirigida a estabelecer ou descobrir as premissas; como uma técnica dirigida a persuadir a outro ou a outros de determinada tese; ou como uma interação social, um processo comunicativo que acontece entre diversos indivíduos e que deve se desenrolar conforme certas regras.

Além do mais, a questão das relações entre o Direito e a Lógica é complexa e resulta bastante obscurecida pela imprecisão com que se costuma falar de “lógica” no âmbito do Direito (e em muitos outros âmbitos). Na realidade, vem a ser um dos temas clássicos do pensamento jurídico, que costuma ser abordado de maneira muito diferente, segundo as culturas jurídicas e à época de que se trate. Falando muito em geral, poderia dizer-se que, na cultura ocidental, houve momentos (e direções do pensamento jurídico) nos quais Direito e Lógica parecem ter tido a tendência de aproximar-se (por exemplo, no jusnaturalismo racionalista) e outros nos quais a relação teria sido mais de tensão (como ocorre com o movimento antiformalista ou realista). Como exemplo deste último, é inevitável citar a conhecidíssima frase do juiz Holmes, no começo de sua obra *The Common Law* (1963, p. 1): “A vida do Direito não tem sido lógica, mas experiência”. Mas essas palavras foram mal interpretadas com não pouca frequência, certamente devido à mencionada obscuridade da expressão “lógica”. Parece bastante razoável entender que o que pretendia Holmes ao escrever essas linhas não era afirmar que no Direito não houvesse lógica: Holmes era plenamente consciente da importância da análise lógica dos conceitos jurídicos, e suas decisões – particularmente seus votos dissidentes – são exemplos destacados de como usar persuasivamente a lógica. O que mais pretendia era contrapor o formalismo jurídico a uma concepção instrumental ou pragmática do Direito; ou seja, assinalar que o que guia o desenvolvimento do Direito não é uma ideia imutável de razão, mas sim a experiência – a cultura – cambiante (MENAND, 1997, p. XXI). Dito de outra maneira, o aforismo de Holmes iria contra a “lógica”, mas compreendida em um sentido que nada tem a ver com como hoje se emprega – tecnicamente – a expressão.

Também vale a pena ressaltar o fato de que hoje, quando se fala de “argumentação jurídica” ou de “teoria da argumentação jurídica”, não se está dizendo nada muito diferente ao que anteriormente se chamou “método jurídico”, “metodologia jurídica”, etc. Assim resulta significativo que nas primeiras páginas de seu livro *Teoría de la Argumentación Jurídica* (uma das obras mais influentes na Europa e na América Latina nas últimas décadas), Robert Alexy mostra explicitamente que o que ele pretende é abordar, cen-

tralmente, os mesmos problemas que tinham ocupado os autores dos tratados mais influentes de metodologia jurídica (Larenz, Canaris, Engisch, Esser, Kriele...): ou seja, esclarecer os processos de interpretação e aplicação do Direito e oferecer um guia e uma fundamentação ao trabalho dos juristas. Em minha opinião, a diferença no uso que hoje se dá à expressão “argumentação jurídica” ante a expressão “método jurídico” consiste essencialmente em que a primeira tende a centrar-se no discurso justificativo (particularmente, o dos juízes), enquanto que “método jurídico” (pelo menos entendido em sentido amplo) teria de fazer referência também a outra série de operações desempenhadas pelos juristas profissionais e que não têm estritamente (ou não só) um caráter argumentativo: por exemplo, encontrar o material com o qual resolver um caso ou adotar uma decisão em relação a um caso (na medida em que se distingue da justificação dessa decisão). De fato, o que se pode chamar de “teoria standard da argumentação jurídica” parte de uma distinção clara (que não costuma se encontrar nos cultivadores mais tradicionais da metodologia jurídica), por um lado, entre a decisão (judicial) e o discurso referido ou conectado com a decisão; e, por outro lado (no plano do discurso), entre o caráter justificativo e o descritivo e explicativo; a teoria da argumentação jurídica de nossos dias ocupa-se, quase exclusivamente, do discurso justificativo dos juízes, isto é, das razões que oferecem como fundamento – motivação – de suas decisões (o contexto da justificação das decisões), e não da descrição e explicação dos processos de tomada de decisão (o contexto da descoberta) que exigiriam levar em conta fatores do tipo econômico, psicológico, ideológico, etc.

No entanto, como o leitor irá vendo, este livro inspira-se em uma concepção muito ampla da argumentação jurídica, que tende a conectar a atividade argumentativa aos processos de tomada de decisão, de resolução de problemas jurídicos, e que, de certo modo, relativiza as distinções anteriores; de modo que poderia dizer-se que o enfoque argumentativo do Direito aqui proposto consiste essencialmente em considerar os problemas do método jurídico desde a sua vertente argumentativa. Além do mais, no mundo anglo-saxão – particularmente nos Estados Unidos – a expressão “raciocínio jurídico” (*legal reasoning*) tem sido usada tradicionalmente – e continua usando-se – em um sentido muito amplo e praticamente equivalente ao do método jurídico. Vide, por exemplo, Burton (1985) e Neumann (1998). Nos livros de *legal reasoning*, procura-se ensinar aos estudantes a “pensar como um jurista” (algo fundamental em um sistema educativo dirigido quase exclusivamente a formar bons profissionais) e cumprir uma função – propedêutica – semelhante àquela que muitas vezes se atribuiu à lógica em relação ao resto das ciências.

Pois bem, em qualquer dos sentidos em que cabe falar de raciocínio jurídico ou de argumentação jurídica, não há dúvidas de que suas origens são muito antigas. O estudo das formas lógicas dos argumentos utilizados pelos juristas (*a pari*, *a fortiori*, *a contrario*...) remonta, pelo menos, ao Direito romano. O *ars inveniendi*, a tópica, teria sido, segundo Viehweg, o estilo característico da jurisprudência na época clássica do Direito romano e teria

durado na Europa pelo menos até a chegada do racionalismo. E a própria origem da retórica (na Sicília, no século V a.C.) não é outra coisa senão o Direito: o considerado primeiro tratado de retórica – o Córax – surge da necessidade de se persuadir aos juízes com relação a determinadas disputas sobre a propriedade da terra.

Agora, esse interesse desde sempre pela argumentação jurídica – e pela argumentação em geral – tem aumentado enormemente nos últimos tempos. Aqui deveria falar-se talvez de dois momentos de inflexão. Um é o dos anos 50 do século XX, quando se produz um grande ressurgimento da aplicação da lógica ao Direito, em parte pela possibilidade de aplicar-lhe as ferramentas da “nova” lógica matemática (a publicação da *Lógica jurídica* de Ulrich Klug é de 1951, mas a elaboração do livro data de finais dos anos 1930 [ATIENZA, 1991]) e como consequência do nascimento da lógica deôntica ou lógica das normas (o trabalho pioneiro de Von Wright é de 1951); mas também de outras tradições no estudo dos argumentos, representadas pela tópica de Viehweg (sumamente afim, além do mais, à concepção do raciocínio jurídico de um autor norte-americano, Levi, que publica pelas mesmas datas um influente livro sobre o tema), a nova retórica de Perelman ou a lógica informal de Toulmin. Por isso, quando hoje se fala de argumentação jurídica (ou de teoria da argumentação jurídica), faz-se referência a um tipo de investigação que não se limita ao uso da lógica formal (a análise lógico-formal seria só uma parte desta) e inclusive, às vezes, a um tipo de investigação que se contrapõe ao da lógica (ao da lógica formal).

Outro momento de inflexão produz-se no fim dos anos 1970, quando se elabora o núcleo conceitual daquilo que se pode considerar a “teoria standard da argumentação jurídica” (v. Atienza 1991), que aparece exposta em diversos trabalhos de Wroblewski, Alexy, MacCormick, Peczenik e Aarnio; ainda que acentuando outros aspectos da argumentação jurídica (o que logo chamarei sua dimensão “material”). Nessa época, publicou-se também uma série de trabalhos de Dworkin, Summers e Raz que influíram decisivamente na maneira de entender o discurso justificativo (de caráter judicial). O enorme interesse existente pela argumentação jurídica a partir dessas datas é muito fácil de constatar: basta examinar os índices das revistas de Teoria ou de Filosofia do Direito. Ou acudir a diversos números dessas mesmas revistas nos quais se promoveram pesquisas para conhecer quais eram os temas dessas disciplinas que seus cultivadores consideravam de maior interesse. Além do mais, não se trata só de um interesse teórico dos filósofos do Direito, mas sim de um interesse que estes compartilham com os profissionais e os estudantes de Direito.

## **2 Fatores que explicam o fenômeno**

A que se deve o caráter central que a argumentação jurídica passou a ter na cultura jurídica (ocidental)? Há vários fatores que, tomados conjuntamente – de fato estão estreitamente vinculados –, oferecem uma explicação que me parece satisfatória.



O primeiro é de natureza teórica. As concepções mais características do Direito do século XX tenderam a descuidar – ou, pelo menos, não concentraram particularmente sua atenção – da dimensão argumentativa do Direito. Compreende-se, por isso, que exista um interesse – digamos um interesse de conhecimento – em construir teorias jurídicas mais completas e que preencham essa lacuna. Depois desenvolverei este aspecto com algum detalhe.

O segundo fator – obviamente conectado com o anterior – é de ordem prática. A prática do Direito – especialmente nos direitos do Estado constitucional – parece consistir, de maneira relevante, em argumentar; e as imagens mais populares do Direito (por exemplo, o desenrolar de um julgamento) também tendem a que se destaque essa dimensão argumentativa. Isto resulta especialmente evidente na cultura jurídica anglo-saxônica – principalmente na norte-americana – com sistemas processuais baseados no princípio contraditório e em que o Direito é contemplado tradicionalmente não do ponto de vista do legislador ou da perspectiva abstrata do teórico ou do dogmático do Direito (como ocorre nas culturas do continente europeu), mas desde a perspectiva do juiz e do advogado. Isso explica que, ainda que os norte-americanos não tenham sentido com grande força – nem, me parece que o sintam agora – a necessidade de construir uma teoria da argumentação jurídica, a prática da argumentação constituía o núcleo do ensino do Direito nas faculdades – melhor, escolas profissionais – de prestígio desde a época de Langdell: instituições como a *case method*, o método socrático ou as *moots courts* são a prova disso (Pérez Lledó, 2002).

Agora, o que ainda chama mais a atenção – estamos tratando do auge atual da argumentação jurídica – é que o aspecto argumentativo da prática jurídica também resulta grandemente destacado em culturas e ordenamentos jurídicos que obedecem a outra grande família de sistemas jurídicos ocidentais: a dos direitos romano-germânicos. O caso espanhol pode muito bem servir de exemplo para ilustrar essa mudança. Limitar-me-ei a assinalar dois dados. O primeiro – cujo caráter evidente não precisa de nenhuma prova – é que, a partir basicamente da Constituição de 1978, as sentenças dos juízes estão mais e mais bem motivadas do que antes era usual; para isso, tem contribuído muito a ideia – aceita pelos tribunais após alguns titubeios iniciais – do caráter obrigatório da Constituição e a própria prática (de motivação exigente) do Tribunal Constitucional. Outro dado de interesse é a introdução do jurado (cumprindo precisamente uma exigência constitucional), em 1995. Perante a alternativa do jurado puro anglo-saxão e do sistema do júri vigente em diversos países europeus, optou-se pelo primeiro deles, mas com a peculiaridade de que o jurado espanhol tem de motivar suas decisões: não pode limitar-se a estabelecer a culpabilidade ou não culpabilidade, mas tem de oferecer também suas razões. Naturalmente, trata-se de uma forma de certo modo peculiar de motivar, de argumentar (a motivação é contida no conjunto de respostas dadas às perguntas elaboradas – em ocasiões, podem passar de 100 – pelo juiz que preside o jurado; não é, portanto, uma motivação discursiva [Atienza, 2004] como aquela que se pode encontrar em uma sentença

judicial); e muitas das críticas que se têm dirigido ao funcionamento da instituição vêm precisamente das dificuldades para levar a cabo esta tarefa. Mas o que me interessava destacar é até que ponto se considera hoje que a prática do Direito – a tomada de decisões jurídicas – deve ser argumentativa.

O terceiro dos fatores está vinculado a uma mudança geral nos sistemas jurídicos, produzida pela passagem do “Estado legislativo” ao “Estado constitucional”. Por Estado constitucional, como é óbvio, não se entende simplesmente o Estado no qual está vigente uma Constituição, mas o Estado no qual a Constituição (que pode não sê-lo em sentido formal: pode não haver um texto constitucional) contém: a) um princípio dinâmico do sistema jurídico político, ou seja, a distribuição formal do poder entre os diversos órgãos estatais (Aguiló, 2002); b) certos direitos fundamentais que limitam ou condicionam (também em relação ao conteúdo) a produção, a interpretação e a aplicação do Direito; e c) mecanismos de controle da constitucionalidade das leis. Como consequência, o poder do legislador (e o de qualquer órgão estatal) é um poder limitado e que tem de justificar-se de forma muito mais exigente. Não basta com a referência à autoridade (ao órgão competente) e a certos procedimentos, mas exige-se também (sempre) um controle em relação ao conteúdo. O Estado constitucional supõe assim um incremento para a tarefa justificativa dos órgãos públicos e, portanto, uma demanda maior de argumentação jurídica (do que a requerida pelo Estado liberal – legislativo – de Direito). Na realidade, o ideal do Estado constitucional (o ápice do Estado de Direito) supõe a submissão completa do poder ao Direito, à razão: a força da razão ante a razão da força. Por isso, parece bastante lógico que o avanço do Estado constitucional tenha sido acompanhado por um incremento quantitativo e qualitativo da exigência de justificação das decisões dos órgãos públicos.

Além do mais – junto ao do constitucionalismo –, há outro traço dos sistemas jurídicos contemporâneos que aponta no mesmo sentido: refiro-me ao pluralismo jurídico ou, querendo, à tendência para apagar os limites entre o Direito oficial ou formal e outros procedimentos – jurídicos ou parajurídicos – de resolver os conflitos. Pelo menos a princípio, a tendência a um Direito mais “informal” (à utilização de mecanismos como a conciliação, a mediação, a negociação) supõe um aumento do elemento argumentativo (ou “retórico”) do Direito, em face do elemento burocrático e coativo – vide Santos (1980 e 1998).

O quarto dos fatores é pedagógico e, de certo modo, é uma consequência – ou, querendo, forma parte – dos anteriores. Recorro outra vez a um exemplo espanhol. O aspecto que tanto os professores quanto os estudantes de Direito consideram mais negativo do processo educativo poderia ser sintetizado neste lema: “O ensino do Direito há de ser mais prático!”. A expressão “prática” é, evidentemente, bastante obscura (como o é o termo “teoria” ao qual costuma acompanhar) e pode se entender em diversos sentidos. Se se interpreta como um ensino que prepare para exercer com êxito alguma das muitas profissões jurídicas que se oferecem ao licenciado em

Direito ou para formar juristas capazes de atuar com discernimento (o que pode querer dizer algo diferente do êxito profissional) no contexto de nossos sistemas jurídicos, um ensino mais prático, então, significará um ensino menos voltado para os conteúdos do Direito e mais para o manejo – um manejo essencialmente argumentativo – do material jurídico. Utilizando a terminologia dos sistemas expertos, caberia dizer que do que se trata não é de que o jurista – o estudante de Direito – chegue a conhecer a informação contida na base de dados do sistema, mas que saiba como aceder a essa informação, aos materiais jurídicos (é o que os norte-americanos chamam *legal research*) e qual é – e como funciona – o motor de inferência do sistema, ou seja, o conhecimento instrumental para manejar esse material (o *legal method* ou o *legal reasoning*: como faz o jurista experto – como pensa – para, com esse material, resolver um problema jurídico). Finalmente, pois, o que haveria de propugnar não é exatamente um ensino mais prático (menos teórico) do Direito, e sim um mais metodológico e argumentativo. Se quiser, ao lado do lema “o ensino do Direito há de ser mais prático!” haveria este outro: “Não há nada mais prático do que a boa teoria, e o núcleo dessa boa teoria é a argumentação!”.

Como foi dito antes, esse tipo de ensino “prático” do Direito já existe. Porém, não há porque considerá-lo como um modelo ideal, posto que não o é. E não o é, em minha opinião, por uma série de fatores que têm a ver precisamente com a argumentação. Quando se examinam as críticas que costumam dirigir-se às grandes escolas de Direito norte-americanas (Pérez Lledó, 2002), nos encontramos, por um lado, com objeções que apontam para um excesso de casuismo, para a falta de uma maior sistematicidade e, por outro lado, com deficiências que se referem a elementos ideológicos do sistema educativo: gerar uma aceitação acrítica do Direito; esquecer os aspectos não estritamente profissionais; gerar entre os futuros juristas um ceticismo radical, uma visão puramente instrumental do Direito, que, no fundo, leva a pensar que o que é tecnicamente possível (usando o Direito ainda que seja de maneira injusta) é também eticamente aceitável. Pois bem, eu diria que tudo isso é, de certo modo, uma consequência de se ter desenvolvido um modelo – uma concepção – da argumentação jurídica que potencializa quase exclusivamente os elementos de tipo retórico em detrimento do que depois chamarei “elementos formais e materiais da argumentação”: o aspecto mais estritamente lógico e a justificação em sentido estrito das decisões.

O último (quinto) fator é de tipo político. Falando em termos gerais, as sociedades ocidentais sofreram um processo de perda de legitimidade baseada na autoridade e na tradição; em seu lugar – como fonte de legitimidade – aparece o sentimento dos afetados, a democracia. O processo tem lugar em todas as esferas da vida, e explica que o crescente interesse pela argumentação – um interesse ligado, pois, à ascensão da democracia – não se circunscreva absolutamente ao campo do Direito. Em todo caso, o fenômeno de constitucionalização do Direito ao qual me referi anteriormente supõe, por um lado, um reflexo da legitimidade de tipo democrático, mas, por outro la-

do, inclui um elemento de idealidade – os direitos humanos – que vai além da democracia ou, querendo, aponta para outro sentido da democracia. Em outras palavras, a vinculação da argumentação com a democracia varia segundo como se entende a democracia. Se se concebe simplesmente como um sistema de governo – um procedimento de tomada de decisões – no qual se consideram as preferências de todos (no qual funciona a lei da maioria), é óbvio que existe um amplo espaço para a argumentação – muito mais amplo do que em um Estado não democrático –, ainda que não necessariamente – ou não sempre – para uma argumentação de tipo racional que não busque simplesmente a persuasão, porém a correção (querendo, a persuasão racional). Porém, as coisas são diferentes no caso do que se costuma chamar “democracia deliberativa”, isto é, a democracia compreendida como um método no qual as preferências e os interesses das pessoas podem ser transformados através do diálogo racional, da deliberação coletiva. Essa democracia (naturalmente, uma ideia reguladora, um ideal, mas não um desvario da razão) pressupõe cidadãos capazes de argumentar racional e competentemente em relação às ações e decisões da vida em comum (Nino, 1996).

### **3 Concepções do Direito**

#### **3.1 Dos teóricos e dos práticos**

Por concepção de Direito, entendo um conjunto de respostas, com certo grau de articulação, a uma série de questões básicas relacionadas com o Direito (Atienza, 2000): a) quais são seus componentes básicos; b) o que se entende por direito válido e como se traçam os limites entre o direito e o não direito; c) que relação tem o Direito com a moral e com o poder; d) que funções cumpre o Direito, que objetivos e valores devem – ou podem – ser alcançados com ele; e) como pode conhecer-se o Direito, de que maneira pode construir-se o conhecimento jurídico; f) como se entendem as operações de produção, interpretação e aplicação do Direito; g) e talvez algumas outras.

No século XX, e em relação aos sistemas jurídicos ocidentais, parece ter havido, basicamente, três conjuntos de respostas, de concepções, que desempenharam um papel central e outras duas as quais poderiam considerar-se periféricas. As centrais teriam sido: o normativismo positivista, o realismo (também uma forma de positivismo) e o jusnaturalismo; enquanto que, na periferia, teriam de se situar o formalismo jurídico e as concepções céticas do Direito – até a década de 1970, essencialmente, as tendências de inspiração marxista, e desde então, as chamadas “teorias críticas do Direito”, mistura de marxismo e alguma outra coisa.

Muitas vezes têm se qualificado às três primeiras concepções, assinando que cada uma delas se fixa, respectivamente, no elemento normativo, comportamentista (behaviorismo) (principalmente, a conduta dos juízes) e valorativo do Direito. Recorrendo a uma metáfora arquitetônica, é como se o edifício do Direito se visse preferentemente do ponto de vista de sua es-

trutura, de sua funcionalidade ou de sua idealidade. Não é uma ideia desacertada; e, de certo modo, contribui para explicar a pujança dessas três concepções do Direito. De fato, pode se dizer o mesmo da própria arquitetura que permite, tipicamente, esses três enfoques. Mas esse esquema – em si, excessivamente vago – necessita ser enriquecido (se quiser, “cruzado”) com as respostas que se deem à anterior bateria de perguntas, para assim evitar uma construção insuficiente (ou, pior que insuficiente: confusa) dessas concepções. Essa confusão acontece; por exemplo, quando, para caracterizar o jusnaturalismo, escolhe-se somente a resposta para alguma das questões anteriores, e se confronta com o juspositivismo do qual, por outra parte, se destacam suas respostas a outras das perguntas. Assim, é bastante usual apresentar o positivismo jurídico a partir da chamada “tese das fontes sociais do Direito”, ou seja, (entendida em sentido amplo) a tese de que o Direito é um fenômeno convencional que se cria e se modifica por atos humanos; o que permite diferenciar essa postura do jusnaturalismo teológico de outras épocas, mas mais dificilmente do jusnaturalismo contemporâneo (por mais que o elemento teológico ou religioso não tenha desaparecido de todas as atuais versões do jusnaturalismo). E alguns jusnaturalistas, por seu lado, põem a ênfase na tese da necessária conexão entre o Direito e a Moral, na impossibilidade de distinguir claramente entre o ser e o dever-ser, na ideia de que o Direito não pode ter qualquer conteúdo, etc.; mas não é nada óbvio que isso permita, por si mesmo, caracterizar uma concepção do Direito: dito de outro modo, pode se subscrever sem necessidade de professar o jusnaturalismo; e é uma tese que, se não se acompanha de alguma outra (como a da incompleta autonomia do Direito em relação à religião), deixaria de fora a boa parte da tradição jusnaturalista.

O critério múltiplo antes sugerido permite, parece-me, uma análise comparativa que poderia lançar resultados interessantes neste sentido. Mas não vou desenvolvê-lo aqui. Só utilizarei o esquema como uma espécie de marco conceitual para explicar que nenhuma dessas concepções incorpora uma teoria satisfatória da dimensão argumentativa do Direito.

Mas antes de falar disso, convém fazer a pergunta de se – ou até que ponto – essas concepções (dos teóricos ou dos filósofos) do Direito têm seu reflexo na prática jurídica, isto é, se os juízes, advogados, etc. operam no Direito de acordo com alguma (ou com alguma combinação) dessas concepções. Em princípio, pareceria que deveria ser assim, ainda que também resulte razoável pensar que as concepções do Direito dos práticos não apresentam o grau de articulação interna que é possível encontrar nas obras dos filósofos do Direito.

O que aqui entendo por concepção do direito dos práticos mantém uma conexão estreita com aquilo que Friedman (1978) chamou *cultura jurídica interna*, isto é, a dos que desempenham as atividades jurídicas especializadas em uma sociedade e que contrapõe à *cultura jurídica externa* as ideias, atitudes, etc. que em relação ao Direito tem a população em geral. Precisamente, para Friedman, o raciocínio jurídico, a prática judicial consistente em dar

razões das decisões, é um elemento significativo dessa cultura interna; e este autor desenvolve uma tipologia dos sistemas jurídicos, segundo a forma – o estilo – que nelas assume o raciocínio jurídico. Para tal resultado, leva em conta duas perspectivas. A primeira delas: um sistema jurídico pode ser *fechado*, se as decisões só podem considerar como premissas das mesmas “proposições do Direito” (ou seja, parte-se de uma distinção entre proposições que são jurídicas e outras que não o são) ou *aberto*, se não há um limite para o que pode ser considerado como uma premissa ou uma proposição do Direito (não opera a distinção anterior). Já pela segunda perspectiva, haveria sistemas jurídicos que aceitam a inovação, isto é, a possibilidade de que possa surgir novo direito e outros sistemas que não. Resultam, assim, quatro tipos de sistema jurídicos: a) fechados e que rejeitam a inovação: o Direito clássico judeu, o Direito mulçumano ou a *common law* da época clássica; b) fechados e que admitem a inovação: o *common law* desde o século XIX ou os direitos codificados de tipo continental-europeu; c) abertos, mas que não aceitam a inovação: direitos consuetudinários; d) abertos e que aceitam a inovação: aproximar-se-ia ao que Weber entendia por “racionalidade substantiva”, sistemas de legalidade revolucionária, como o Direito soviético da primeira época, ou o tipo de Direito orientado a *policies*, característico do Estado de Bem-Estar Social (*Welfare State*).

Sobre a base do esquema anterior, parece que haveria que se chegar à conclusão de que os sistemas jurídicos evoluídos de nossos dias obedecem basicamente a uma combinação de elementos dos tipos “b” e “d” ou que estão entre um e outro: são sistemas inovadores e relativamente fechados, o que não quer dizer que todos os sistemas e/ou setores do Direito o sejam no mesmo grau. Essa caracterização pode muito bem servir de marco para situar a diversidade de concepções do Direito que costuma encontrar os juízes, os advogados, etc., que operam sob um determinado sistema jurídico. Assim, referindo-se ao Direito norte-americano e a seus juízes, Summers identificou duas concepções operativas diversas (*working conceptions*) que não constituem uma necessidade lógica, mas sim uma necessidade pragmática (para operar no sistema).

Caberia, segundo ele (Summers, 1992), distinguir entre a concepção que vê o Direito como um conjunto de regras preexistentes (preexistentes ao trabalho judicial) e a que o entende como um método para reconciliar, mediante razões, considerações que se encontram em conflito. Essas duas concepções poderiam ser avaliadas desde três perspectivas: facilitar a identificação dos fenômenos normativos preexistentes; interpretar esse material; e criar novo Direito (inovar o Direito). Summers chega à conclusão de que, desde a terceira das perspectivas, a concepção do Direito como razão é superior, isto é, resulta mais operativa.

Um estudo profundo (e suficientemente detalhado) da diversidade de concepções dos práticos (e dos teóricos, dos dogmáticos) do Direito pressupõe a realização de investigações de caráter empírico, que devem levar em conta, além das diferenças existentes em função das profissões, as pecu-

liaridades de cada sistema jurídico e o momento temporal escolhido. Mas há certos traços, mais ou menos gerais, que podem conjecturar-se sem muito temor de enganar-se (de que sejam refutados). Por exemplo:

1) a cultura jurídica norte-americana (interna e externa) é muito menos formalista do que a dos países de Direito continental e, especialmente, do que a espanhola e a dos países latino-americanos. Assim, na cultura acadêmica dos Estados Unidos, a filosofia moral e política e/ou a análise econômica do Direito hoje formam parte da bagagem cultural de um jurista, o que não se pode dizer de nossas faculdades de Direito; com antecedência, esse papel de abertura ao exterior parece tê-lo cumprido a literatura e a retórica (Kronman, 1993). Utilizando a esquema anterior de Summers, não seria muito imprudente supor que o que ele chama concepção do Direito como razão é muito mais fácil de se encontrar nos Estados Unidos do que na Europa, onde, pelo contrário, tem muito mais força a visão do Direito como um conjunto de normas preexistentes. Por outro lado, dentro dos sistemas da *common law*, o Direito norte-americano parece ser mais substantivista (mais aberto, ao aceitar como “proposições do Direito” – fontes – critérios não baseados na autoridade), e o inglês mais formalista (com um sistema de fontes mais imediatamente ligado às autoridades) (Atiyah; Summers, 1987);

2) o que foi dito leva a (ou explica) que a cultura jurídica norte-americana – sempre falando em termos gerais – seja mais propensa ao realismo e não sinta uma rejeição particular pelo jusnaturalismo (ou, por certa maneira de entender, a doutrina do Direito natural). Enquanto que o polo de atração dos juristas europeus no século XX (aqui incluindo os ingleses) tenha sido constituído mais pelo positivismo normativista. Assim se explica, por exemplo, a escassa influência de Kelsen na cultura jurídica norte-americana ou o surgimento de teorias como a de Dworkin, que, obviamente, obedecem ao modelo que considera o Direito como “razão”;

3) as mudanças no sistema jurídico (e no sistema social) que aconteceram nas últimas décadas levam a que o “modelo norte-americano” esteja, de certo modo, ganhando terreno. Por exemplo, o desenvolvimento do Direito europeu pressupõe para os juristas a necessidade de operar, dentro de ordenamentos jurídicos de grande complexidade, com sistemas de fontes (e estilos de raciocínio) diferentes, frequentes conflitos de leis, etc.; parece óbvio o paralelismo com a complexidade jurídica norte-americana, na qual opera tanto o *common law* quanto o Direito legislado, e com regulamentações e jurisdições de cada estado e de caráter federal;

4) pelo que se refere à cultura jurídica interna espanhola – a dos práticos e a dos professores de Direito –, a situação poderia descrever-se assim: a) subsiste um fundo formalista que, no entanto, tende progressivamente a debilitar-se; b) o modelo de positivismo jurídico do

tipo *Kelsen* suscita uma rejeição bastante generalizada, particularmente entre os juízes: em parte porque não se vê que o modelo de juiz da teoria pura reflete a realidade da aplicação prática do Direito; e, em parte, talvez também porque supõe uma imagem pouco brilhante da função judicial. Uma concepção como a de Hart ou Carrió, pelo contrário, resulta muito mais atraente: ou seja, a ideia de que, em alguns – poucos – casos, os juízes criam em maior ou menor medida direito, enquanto em outros – na maioria – limitam-se a aplicá-lo; c) do modelo de Dworkin talvez se possa dizer que resulta atraente, mas está muito alheio aos parâmetros de nossa cultura jurídica. Seus elementos “comunitaristas”, hermenêuticos, não são facilmente compreensíveis: os juízes – como o resto dos juristas – na Espanha não têm em absoluto<sup>1</sup> a impressão de serem partícipes de uma tarefa comum do tipo da escritura de uma novela em cadeia, ou da construção de uma catedral (este último exemplo é de Nino); d) algo de “realismo jurídico” está bem, porém, se for demais, leva ao ceticismo, e este último não é uma atitude ante o Direito à qual estejam propensos os juízes e os professores (talvez esteja mais frequente entre os advogados). Poucos aceitariam, por exemplo, a tese da indeterminação radical do Direito, segundo a qual, “nem as leis ordenam a sociedade nem resolvem os conflitos, senão que no máximo são diretrizes, pontos de referência que o legislador põe nas mãos dos funcionários e dos juízes, sabendo que só muito parcialmente vão aplicá-las, e que sempre o decisivo não será a vontade do legislador, e sim o critério pessoal do operador” (NIETO, 1998, p. 15); e) do jusnaturalismo (a concepção que, pelo menos como ideologia, tem sido a mais familiar para uma boa parte dos juízes e dos professores espanhóis em seu período de formação) não parece ficar quase nada. Se por acaso, a propensão a identificar (mas não de forma explícita) a Constituição com uma espécie de Direito natural, de princípios indiscutíveis que cabe encontrar nesse texto, interpretado pelo Tribunal Constitucional; ou, dito de outra maneira, a defesa de um positivismo ideológico (a outra face de certo jusnaturalismo) que identifica completamente o Direito com a justiça e que leva, portanto, a que o jurista pense que não tem por que embarcar em nenhuma aventura teórica que o leve mais além do Direito positivo; não significa somente que a filosofia moral e política seja perigosa para o jurista, senão que não a necessita.

#### 4 O formalismo jurídico

Antes disse que o formalismo jurídico foi uma concepção extrema ou marginal do Direito no século XX. Mas esta é uma afirmação que precisa

.....

<sup>1</sup> Aqui deveria ser excluído o Tribunal Constitucional e, talvez, algum outro alto tribunal.



ser matizada, pelo menos nos dois seguintes sentidos. Por um lado: uma coisa é que, efetivamente, a teoria – ou a filosofia – do Direito do século XX não se tenha visto, em geral, como formalista; e outra que o formalismo não tenha sido – e não continue sendo – uma atitude frequente na prática do Direito; isto é, aqui parece existir certo distanciamento entre as concepções do Direito dos teóricos e as concepções “operativas” do direito dos práticos. Por outro lado, o termo “formalismo” é muito obscuro; e, ainda que hoje se tenda a usar a expressão em sentido pejorativo, a existência de tópicos como “as formas são importantes no Direito” e outros do gênero apontam para certa ambiguidade da noção de formalismo que convém esclarecer. Pois existem, pelo menos, estas duas maneiras diferentes de entender o formalismo.

1) O formalismo como característica do Direito moderno, que vem a identificar-se com o que Weber chamou “racionalidade formal”.<sup>2</sup> Essa mesma ideia, expressa na terminologia da teoria do Direito contemporânea, significa que o Direito moderno consiste essencialmente em *regras*, ou seja, as premissas dos raciocínios jurídicos funcionam como razões excludentes ou peremptórias, de maneira que, em muitos ou na maioria dos casos, os decisores (os aplicadores) podem prescindir das circunstâncias particulares dos casos, isto é, das razões para a decisão que em princípio seriam de aplicação para decidir o caso mas que, ao não constar na regra abstrata preestabelecida, não precisam levar em consideração; o que também significa que a aplicação das normas pode ser feita sem que entrem em jogo os critérios morais e políticos do aplicador. A prática da aplicação do Direito – da tomada de decisões jurídicas –, salvo em hipóteses marginais, resulta assim não somente simplificada, como se torna relativamente previsível, já que esses órgãos – os juízes – não necessitam levar a cabo, em sentido estrito, uma tarefa deliberativa.

Pois bem, há algumas linhas de desenvolvimento do Direito contemporâneo que parecem contrárias a essa tendência ao formalismo, à racionalização formal do Direito: o crescente aumento das funções do Direito; a tendência a uma regulação jurídica cada vez mais particularizada em muitos âmbitos; a importância das normas de finalidade, isto é, normas que sinalizam objetivos, estados de coisas a obter; o aumento dos fatores que contribuem a minar o caráter “sistemático” do Direito – lacunas, contradições etc. – como consequência da proliferação legislativa; a crescente importância dos princípios e dos valores jurídicos... No entanto, também parece razoável pensar que se trata de tendências que não podem pôr em questão esse fundo de formalismo; ou, dito de outra maneira, se não fosse assim, o sistema jurídico perderia suas senhas de identidade em relação aos outros subsistemas sociais, e o mesmo ocorreria com o raciocínio jurídico: não existiria propriamente



<sup>2</sup>“Legalismo” seria uma expressão sinônima.

raciocínio jurídico, se este não tivesse, de alguma maneira, um caráter “fechado” no sentido de Friedman. Parece-me que este também é o fundo de razão que pulsa na reivindicação das normas – de certo formalismo – no Direito. E também a razão mais poderosa hoje para defender o positivismo jurídico: não tanto porque suponha aderir à tese das fontes sociais do Direito ou da separação entre o Direito e a moral, senão porque, ao subscrever essa tese, está-se aceitando uma determinada atitude moral ante o Direito: uma atitude que consiste em limitar o poder dos intérpretes e dos aplicadores. É o tipo de positivismo jurídico defendido já faz tempo por Scarpelli (1965; ver Jori, 1987) e, mais recentemente, por autores como Campbell (2002) e Hierro (2002). Não é o caso de entrar aqui na profusa discussão contemporânea em torno ao positivismo jurídico (e suas variantes “neopositivismo”, “positivismo crítico”, “positivismo inclusivo”, “positivismo axiológico”, etc.), mas parece-me importante ressaltar que o peso do “formalismo”, no sentido em que estou usando a expressão, nos diversos setores do Direito não é uniforme (e não deve sê-lo): é explicável – e justificável – que a aplicação do Direito por muitos órgãos burocráticos (especialmente se se situam nos níveis baixos da estrutura do sistema jurídico) obedeça quase exclusivamente a parâmetros formalistas, mas não parece que tenha de ser igual quando se trata de superiores tribunais de justiça e, evidentemente, do Tribunal Constitucional.<sup>3</sup>

b) O formalismo, entendido propriamente como uma concepção do Direito, é algo diferente (embora tenha certa conexão com o fenômeno anterior). Talvez se pudesse dizer que o que une as grandes correntes formalistas do século XIX (a escola da exegese, a jurisprudência de conceitos, a *analytical jurisprudence* e o “formalismo jurisprudencial” norte-americano) é uma tendência a absolutizar os elementos formais do Direito e a construir a partir daí uma teoria – uma ideologia – que, para os efeitos que interessam aqui, se caracteriza pela tendência a simplificar as operações de aplicação e interpretação do Direito. Como diriam Hart ou Carrió: por não ver os casos da penumbra, os casos difíceis, e tratar a todos eles como se fossem fáceis. Daí que a motivação, a argumentação das decisões, se veja em termos puramente dedutivos ou mecânicos (embora não sejam iguais uma e outra coisa). Os formalistas, propriamente falando, não precisam de uma teoria da argumentação jurídica. É suficiente a lógica dedutiva, que alguns chegam a reduzir inclusive a um só tipo de argumento: o *modus ponens*, o silogismo judicial.

Há, evidentemente, algo de correto na famosa – e hoje injuriada em geral – “teoria da subsunção”: a justificação de decisões que supõem o estabelecimento de normas concretas, tendo de basear-se em certas normas – premissas – preestabelecidas, supõe que pelo menos um dos passos da jus-

.....

<sup>3</sup> O que justifica que seja assim é o que se poderia chamar “as razões do formalismo”: basicamente, a segurança jurídica.

tificação tem de ser dedutivo. Mas, por um lado, dizer que um dos elementos da justificação seja dedutivo (ou assim possa ser reconstruído) não significa identificar, só com isso, justificação e justificação dedutiva. Por outro lado, é importante não confundir – muitos formalistas já o fizeram – justificação e decisão: “decidir – segundo o acertado *dictum* de MacCormick – não é deduzir”. Finalmente, o formalismo jurídico, enquanto concepção do Direito, é uma coisa; e a lógica – formal – jurídica, outra. A análise lógica do Direito, do raciocínio jurídico, não tem por que incorrer no formalismo, embora às vezes o faça. Mais adiante, tratarei do tema com mais detalhe, mas por enquanto bastará dizer que o que se deve estar prevenido não é contra a lógica jurídica (um instrumento simplesmente essencial para o estudo e a prática do raciocínio jurídico), e sim o logicismo jurídico, contra a tendência a reduzir o raciocínio jurídico a seus elementos lógico-formais.

### **5 O positivismo normativista**

Como foi dito antes, o positivismo normativista foi provavelmente a concepção de Direito mais difundida entre os teóricos de Direito europeus do século XX. Caberia falar aqui de duas formas básicas: uma, a mais radical, está representada pelo modelo kelseniano; a outra, mais moderada e sofisticada, identifica-se com a obra de Hart. A incompatibilidade da concepção kelseniana do Direito com a visão do Direito como argumentação é, como logo se verá, um fato manifesto e indiscutível. Em relação a Hart, no entanto, o julgamento tem de ser muito mais matizado. Assim poderia resumir-se: a visão do Direito presente em sua obra mestra, *El Concepto del Derecho*, tem pouco a ver com o enfoque argumentativo do Direito, mas Hart mostrou em outros de seus escritos (posteriores a esse livro) um notável interesse pelos aspectos argumentativos do Direito; e, além do mais, não se pode esquecer que, sobre a base dos pressupostos hartianos (e desenvolvendo sua concepção do Direito em certos aspectos), construiu-se uma das teorias da argumentação jurídica mais influentes e importantes dos últimos tempos: a de Neil MacCormick.

O positivismo normativista tem sido também uma concepção do Direito de grande influência na Filosofia do Direito do século XX no mundo de fala hispânica. Aqui também podem encontrar-se duas formas básicas que podem ser exemplificadas nas obras de Genaro Carrió, uma, e nas de Carlos Alcourrón e Eugenio Bulygin, outra. A de Genaro Carrió é essencialmente semelhante à de Hart, apesar de que talvez se possa dizer que o autor argentino demonstrou desde sempre um maior interesse pela argumentação judicial e dos advogados. Provavelmente, isso se deve a estes dois fatores: um é a influência que o realismo sempre teve em sua obra (tanto o realismo americano quanto o escandinavo, o de Alf Ross); e o outro tem a ver com o fato de que Carrió trabalhou durante muito tempo como advogado e depois chegou a ser presidente da Suprema Corte argentina. Em todo caso, vale a pena recordar aqui alguns dados significativos de sua produção teórica. Carrió não somente traduziu o famoso livrinho de Levi sobre o raciocínio jurídico, como também

escreveu uma sugestiva e atinada introdução a essa obra na qual assinalava as afinidades que tinha com a tópica jurídica de Viehweg; é o autor de um livro de muito sucesso no foro argentino sobre o *recurso de amparo* (a primeira edição é de 1967) que constitui um magnífico exemplo de como construir a dogmática jurídica de um enfoque argumentativo do Direito; e, nos últimos anos de sua produção, escreveu dois pequenos manuais (dirigidos aos advogados novéis) sobre como argumentar um caso e como fundamentar um recurso, no estilo dos livros norte-americanos de introdução ao raciocínio jurídico. No entanto, as insuficiências básicas que cabe encontrar no enfoque de Hart (que logo me referirei) podem também aplicar-se, no essencial, à obra de Carrió.

Como dizia, a outra concepção normativista de positivismo que teve – e tem – uma grande influência na Filosofia do Direito em língua espanhola está representada pela obra de Carlos Alchourrón e Eugenio Bulygin. Falando em termos gerais, pode se dizer que, sob o prisma argumentativo, a produção conjunta desses dois autores situa-se em um ponto intermediário entre Kelsen e Hart. Diferentemente de Kelsen (e de outros autores “irracionalistas”, como Ross), Alchourrón e Bulygin sempre defenderam a tese de que as decisões jurídicas podem (e devem) justificar-se em termos lógico-dedutivos; ou seja, que se podem realizar inferências normativas, que a lógica se aplica também às normas. Inclusive pode se dizer que a tendência desses autores tem sido identificar justificação e justificação lógica (dedutiva). Recentemente, Bulygin (1993) aceitou que “o modelo dedutivo de justificação” “não exclui outros”, mas nem ele nem Alchourrón demonstraram interesse por esses outros modelos. Isso tem a ver, em minha opinião, com seu forte ceticismo em relação à razão prática e a sua tendência à emotividade em matéria moral. De Hart (e de Carrió) separa-os, precisamente, a maior ênfase posta na análise lógico-formal do Direito e no ceticismo moral (Hart pode considerar-se como um objetivista mínimo em matéria moral) e, talvez como consequência disso, que Alchourrón e Bulygin tenham elaborado uma teoria do Direito que, de certo modo, é centrada nos casos fáceis.

O que faz a visão kelseniana do Direito ser basicamente antagônica em relação a uma de tipo argumentativo são os seguintes traços:

1) a ênfase na análise estrutural do Direito, ou seja, o Direito visto como conjunto de normas, diante do enfoque funcional (sociológico) ou valorativo. Como se sabe, Kelsen defendeu que o Direito é uma técnica de controle social, e deu considerável importância a essa faceta, mas um pressuposto inamovível de sua construção teórica (provavelmente traído na própria elaboração de seus escritos) é a separação terminante entre Ciência do Direito (normativa e estrutural) e Sociologia do Direito;

2) uma teoria da validade do Direito – das normas jurídicas – que leva, na realidade, a considerar os elos de validade como elos de autoridades: definitivamente, a validade, para Kelsen, é uma questão de *fiat*, não de argumentação racional;

3) A consideração do Direito como um objeto para ser conhecido, mais do que como uma atividade, uma prática, na qual se participa (por exemplo, argumentando);

4) a emotividade ética, a consideração da justiça como um ideal irracional e, conseqüentemente, a negação da possibilidade da razão prática;

5) A tese do último Kelsen (mas que não pode ser visto absolutamente como uma radical mudança em sua obra) de que não há relações lógicas entre as normas; ou seja, a impossibilidade de justificar racionalmente as decisões jurídicas ou, dito de outra maneira, a negação radical do discurso justificativo. Bulygin (1988, p. 25) sugeriu que essa atitude de Kelsen pode ser devida a seu escasso conhecimento da lógica moderna; mas, naturalmente, trata-se de uma tese explicativa, não justificativa.

6) Sua forma de enfocar a interpretação e a aplicação do Direito. Como é bem sabido, Kelsen relativizou a distinção tradicional entre a criação e a aplicação do Direito e considerou que os órgãos aplicadores (juízes ou não) também criam Direito; mas, nessa produção do Direito, as regras do método jurídico – o raciocínio jurídico – não desempenham praticamente nenhum papel. Mais concretamente, a partir da distinção entre a análise estática e dinâmica do Direito, o lugar “natural” para dar espaço à argumentação jurídica na obra de Kelsen teria de ser a dinâmica do Direito e, em particular, a teoria da interpretação. Mas este é, talvez, o capítulo mais insatisfatório da teoria pura (v. Lifante, 1999). Kelsen fez distinção entre a interpretação autêntica, a que os órgãos aplicadores executam, e a interpretação do científico do Direito. A primeira consiste em um ato de vontade no qual a argumentação racional não desempenha nenhum papel. Pelo contrário, a interpretação do científico do Direito é uma atividade puramente cognoscitiva, mas bastante inútil: as normas jurídicas são marcos abertos a diversas possibilidades, e o único que caberia fazer é pôr em evidência os diversos sentidos possíveis, sem decantar nenhum deles.<sup>4</sup>

Como já havia dito, em relação à concepção hartiana do Direito, não se pode emitir um juízo semelhante. Mais ainda, vários de seus trabalhos (em Hart, 1983) podem ser vistos como contribuições de interesse à teoria da argumentação jurídica. Então, a propósito de Bentham, Hart desenvolveu a ideia de considerar as normas jurídicas como razões peremptórias, o que constitui um aspecto central daquilo que chamarei “concepção material” da argumentação e da qual se falará adiante. Também é relevante seu artigo sobre a teoria norte-americana do Direito no qual fixa sua posição, em relação



<sup>4</sup> Uma aguda e, em minha opinião, acertada radicalmente crítica deste tipo de positivismo pode ser encontrada no livro de Lon Fuller dos anos 1940: *The Law in Quest of Itself*.

à interpretação e aplicação do Direito, entre o *pesadelo* dos realistas extremos que exacerbam os elementos de indeterminação do Direito e o *nobre sonho* daqueles, principalmente como Dworkin, que superestimam o papel da razão prática e a capacidade do Direito em prover uma solução correta a todos os casos difíceis. É significativo seu interesse pela obra de Perelman, que se plasma no fato de ter feito uma apresentação para a primeira tradução dos escritos de Perelman para o inglês. E, talvez principalmente, a voz *Problems of Philosophy*, redigida para a Enciclopédia MacMillan nos finais dos anos 1960 (em Hart, 1983). Neste último trabalho, Hart considera que existem três classes de problemas (que mantêm entre si certa relação) dos quais se ocupa a Filosofia do Direito: problemas de caráter conceitual; problemas de raciocínio jurídico; e problemas de crítica do Direito. Esclarece que os concernentes ao raciocínio jurídico (dos juízes e tribunais) têm preocupado principalmente aos autores norte-americanos. E apresenta um quadro teórico desses problemas sumamente lúcido (e que prefigura os posteriores desdobramentos de MacCormick): mostra o alcance e os limites da lógica dedutiva, devido ao caráter indeterminado das normas; denuncia a obscuridade com que se costuma tratar o tema do raciocínio indutivo; faz distinção entre o contexto da descoberta e o de justificação (métodos de descoberta e standards de avaliação – *appraisal*); faz distinção também entre o caráter final e infalível dos tribunais de última instância; e inclusive assinala a importância dos princípios (“principles, policies and standards”) para resolver os casos difíceis, aqueles em que não basta a dedução.

De qualquer maneira, o texto que permite entender melhor a concepção essencial de Hart sobre o raciocínio jurídico (sobre o Direito, em geral) é o famoso *Postscriptum a El Concepto de Derecho*. Nesse trabalho (1997 – a data de redação é 1983), que essencialmente é uma tomada de posição em relação à concepção dworkiniana, Hart reconhece que, no *El Concepto de Derecho*, tinha se ocupado muito pouco do problema da aplicação judicial do Direito (a “adjudication”) e do raciocínio jurídico e, muito especialmente, da argumentação em relação aos princípios (p. 118). Mas Hart insiste (em minha opinião, com toda razão) de que em sua concepção não há nada que impeça reconhecer que os princípios também podem fazer parte do Direito; uma ideia, além do mais, que já tinha sido defendida por Carrió (1971) imediatamente depois de aparecerem as primeiras críticas de Dworkin a Hart. Particularmente, Hart insiste em que a regra de reconhecimento pode incorporar como critério final de validade jurídica, princípios de justiça ou valores morais substantivos (p. 102), de maneira que as diferenças com Dworkin se reduziriam, na realidade, a duas. A primeira refere-se à defesa de Hart da tese da discricionariedade judicial. Isto é, o caráter indeterminado do Direito faz com que, em alguns casos, o juiz tenha de criar Direito, já que sua decisão não pode ser vista como predeterminada pelo Direito (p. 135). Claro que Hart não pensa que o juiz deva criar Direito arbitrariamente: tem de basear-se em “razões gerais” e deve atuar “como um legislador escrupuloso o faria ao decidir segundo suas próprias crenças e valores” (p. 137). Ou seja,

existem razões, ainda que não se trate de razões jurídicas e ainda que essas razões sejam limitadas. E a segunda diferença – sublinhada também por Hart na entrevista que Páramo lhe fez na revista *Doxa* (1990) pouco depois da publicação do *Postscriptum* – é que ele pretende ter construído uma teoria descritiva e geral do Direito, enquanto que a de Dworkin seria “parcialmente valorativa e justificativa” e “dirigida a uma cultura em particular” (o Direito anglo-americano) (p. 93).

Então, esses dois aspectos que o separam de Dworkin vêm também a ser os pressupostos de fundo que fazem com que uma concepção do Direito como a hartiana (ou a de Carrió) deva ser considerada insuficiente para dar conta plenamente do elemento argumentativo do Direito. A tese da discricionariedade pressupõe a separação entre o Direito e a Moral, e, com ela, a negação da unidade da razão prática: a argumentação jurídica não pode ver-se, por isso, como formando uma unidade com a argumentação moral e a política. E o enfoque descritivista (obviamente vinculado com a tese da separação conceitual entre o Direito e a moral) leva (como no caso de Kelsen, mas de maneira muito menos radical) a ver o Direito essencialmente como um objeto de conhecimento; ou seja, Hart não está interessado no caráter especificamente prático do Direito, substancial à ideia do Direito como argumentação: sua teoria é centrada no Direito considerado sistema, mais do que prática social.<sup>5</sup>

Em termos gerais, caberia dizer que o que separa ao positivismo normativista do enfoque do Direito como argumentação consiste no seguinte (a distinção é semelhante à que Summers traça entre o que ele chama *rule-approach* e *form-approach*):

- a) desde a perspectiva do conceito de Direito, os normativistas veem o Direito como uma realidade previamente dada; o Direito é um conjunto de normas, um livro, um edifício, ou uma cidade que está aí fora para ser contemplada e descrita. Para o enfoque do Direito como argumentação, o Direito consiste mais em uma atividade, uma prática complexa; a imagem seria mais a de uma empresa, uma tarefa, na qual se participa: a escritura de uma novela em capítulos, mais do que o livro já escrito; a construção de uma catedral, mais do que a catedral construída; ou, melhor ainda, a atividade consistente em construir e melhorar uma cidade na qual a gente tem de viver;
- b) desde a perspectiva de quais são os elementos integrantes do Direito, tanto Kelsen quanto Hart, Alchourrón e Bulygin analisam o Direito em termos de normas e de tipos de normas (ou, também, de enunciados, alguns dos quais podem ser normativos). O enfoque do Direito como argumentação vê no Direito um processo (ou, pelo menos, outorga uma grande importância ao aspecto processual) integrado por



<sup>5</sup> Isso apesar de Hart ver as normas como práticas sociais.

fases, momentos ou aspectos da atividade, da prática social na qual consiste o Direito. Talvez dito de outra maneira, os positivistas tendem a ver o Direito como sistema (por analogia com o sistema da língua ou o sistema da lógica) e a descuidar do Direito enquanto prática social (como prática que vai além do sistema, da mesma maneira que a prática da linguagem – a *parole* – não se pode reduzir à *langue*; nem a argumentação, à lógica dedutiva);

c) desde a perspectiva da forma de estudar o Direito, o normativismo positivista interessa-se, principalmente, por uma análise estrutural, anatômica, enquanto o enfoque do Direito como argumentação leva a um estudo de caráter mais funcional e fisiológico;

d) finalmente, do ponto de vista da metodologia ou dos objetivos teóricos, os positivistas normativistas procuram descrever uma realidade neutralmente (ou, ainda melhor, o esqueleto, a parte conceitual desta), como um objeto previamente dado; enquanto o enfoque do Direito como argumentação supõe contribuir para a realização de uma empreitada: o objetivo da teoria do Direito não pode ser exclusivamente cognoscitivo, mas sim que a teoria (como ocorre com a concepção “interpretativa” do Direito, de Dworkin) se funde com a prática.

## 6 O realismo jurídico

A contraposição anterior refere-se exclusivamente a uma das grandes formas do positivismo jurídico do século XX; deixa de fora a outra: a representada pelo realismo jurídico. Precisamente, esta última é uma concepção que, particularmente na versão “americana”, põe a ênfase no Direito considerado como uma prática social, como um fenômeno essencialmente fluido: digamos, o Direito *in fieri*, mais do que o Direito formalmente estabelecido; e sublinha, portanto, o caráter instrumental do Direito: nessa tradição, o Direito é, principalmente, um meio de construção social, “engenharia social”. Tudo isso aproxima, sem dúvida, essa concepção ao que chamei o enfoque do Direito como argumentação. Se, apesar disso, o realismo jurídico não produziu nada que possa considerar-se como uma teoria da argumentação jurídica, isso se deve a razões diferentes daquelas que se acabam de assinalar em relação ao positivismo normativista.

Também em relação ao realismo jurídico americano, pode distinguir-se uma versão extrema e outra moderada. Quem costuma ser considerado como representante mais caracterizado da versão extrema é Jerome Frank. Já que para ele não se pode falar em sentido estrito de *justificação* das decisões judiciais, fica claro que sua concepção é incompatível com o enfoque argumentativo do Direito. Não obstante, ao ter proposto estudar o Direito não tanto pela perspectiva dos tribunais de apelação, mas pela dos tribunais de primeira instância, a Frank deve-se, entre outras coisas, o fato de ter chamado a atenção sobre a importância da argumentação (ou, de outra maneira, o manejo – ou a “manipulação” –) dos fatos, pois na prática cotidiana do Direito o mais frequente é que o jurista tenha de resolver questões concer-



nentes aos fatos, não às normas. Em todo caso, os elementos que na obra de Frank (e no realismo em geral) se opõem ao enfoque do Direito como argumentação são os seguintes:

a) o ceticismo axiológico. Frank, como em geral os realistas, considera que os juízos de valor desempenham um papel muito importante na tomada de decisões jurídicas, mas esses juízos não pertencem ao campo da razão. Sobre eles não é possível construir um discurso propriamente justificativo, e sim de caráter persuasivo. Não se trata de justificação, mas de racionalização; não de argumentação racional, mas, em todo caso, de retórica;

b) O interesse pelo estudo da retórica fica, por outro lado, limitado pelo fato de que o enfoque realista do Direito é um enfoque comportamentista (behaviorismo). Trata-se de predizer ou, pelo menos, de explicar a *posteriori* as condutas dos juízes, e para isso a retórica é de escassa ou nula utilidade, já que as razões explícitas (as que aparecem na motivação) não são as “verdadeiras razões” que produziram a decisão. Nisso se baseia sua conhecida crítica à teoria do silogismo judicial: os juízes não operam de acordo com o modelo silogístico; não começam afirmando o princípio ou a regra que serve como premissa maior de seu raciocínio para depois empregar os fatos do caso como premissa menor e chegar finalmente à resolução mediante processos de puro raciocínio. Ou seja, a Frank não interessa na realidade o plano da justificação, e sim o da explicação. Ou, melhor dizendo, Frank tende a confundir o contexto da descoberta com o da justificação, e a partir de uma tese explicativa de como os juízes chegam realmente a formular duas decisões, ocasiona que tais decisões não são susceptíveis de serem justificadas (em sentido estrito);

c) finalmente, a indeterminação radical do Direito (em relação às normas e em relação aos fatos) que defende Frank faz com que não se possa falar propriamente de argumentação jurídica sequer de método jurídico. As decisões judiciais, segundo ele, não estão determinadas por normas previamente estabelecidas, mas só podem explicar-se a partir de considerações biográficas, idiossincrásicas, sobre os juízes. O que se necessita não é, pois, lógica – argumentação –, e sim psicologia. Para Frank, a tarefa fundamental da teoria do Direito não tem caráter construtivo, mas, de preferência, crítico: não consiste propriamente em construir um método, mas em desvelar os mitos – o da segurança jurídica, o da justificação das decisões judiciais, o da existência de respostas corretas, etc. – que a cultura jurídica tem edificando como uma espécie de ideologia que proporciona uma visão confortável – porém falsa – da realidade do Direito.

No caso do realismo moderado, o de um Llewellyn, as coisas apresentam-se de forma notavelmente diferente. Melhor dizendo, no “primeiro Llewellyn” podem encontrar-se esses três motivos (o ceticismo axiológico, o condutivismo, a indeterminação do Direito), ainda que formulados de outra

maneira, com menor radicalismo. Porém sua concepção do Direito muda significativamente em suas últimas obras; particularmente, em *The Common Law Tradition*, donde se poderia dizer que, dos três motivos anteriores, só fica na realidade um: a visão condutivista do Direito (ver Twining, 1985; Kronman, 1993).

Como já o havia feito Holmes, Llewellyn contrapõe a lógica à sabedoria (*wisdom*) ou prudência no sentido clássico (a *fronesis* aristotélica). O objetivo de seu livro é combater o ceticismo jurídico, isto é, a perda de confiança nos tribunais de apelação norte-americanos, que, para ele, constituem um símbolo central e vital do Direito (p. 4). Segundo Llewellyn, os fatores de estabilização que fazem as decisões desses tribunais serem razoavelmente previsíveis não têm a ver com a lógica; assinala, inclusive, que os lógicos têm dado razões aos “iconoclastas”, ao mostrar que a dedução pressupõe a escolha das premissas, e que esta operação tem um caráter puramente arbitrário (p. 11). Esta estabilização depende de uma série de fatores (alguns dos quais se vinculam ao que depois chamarei “concepção material” e “concepção pragmática” da argumentação) como, por exemplo: a “doutrina jurídica”, entendendo por isso um conjunto de regras, princípios, tradições, etc.; a existência de “técnicas” de trabalho que os juízes utilizam de forma mais ou menos consciente; a tradição da “única resposta correta”, que Llewellyn compreende aproximadamente no sentido de Alexy, isto é, como uma ideia reguladora; a prática da motivação das decisões; a existência de mecanismos de limitação dos problemas ao reduzir, por exemplo, as decisões a termos binários: revogação ou não revogação, etc.; a argumentação dos advogados no contexto de um procedimento contraditório; o sentido de responsabilidade; o sentido de responsabilidade em relação à justiça; etc.

Por outro lado, a concepção de Llewellyn, do ponto de vista axiológico, já não pode ser qualificada, no sentido estrito, de emotivista; e sequer poderia dizer-se que a dele seja uma concepção claramente positivista do Direito, pois, entre outras coisas, Llewellyn questiona a distinção entre ser e dever-ser. No entanto, sua análise, do ponto de vista do enfoque do Direito como argumentação, continua tendo o limite de que o centro de seu interesse não é o discurso justificativo, mas sim o de predição. O que importa não é tanto o que dizem os juízes, mas sua conduta. Llewellyn defende nessa obra o que chama de *grand style* ou o *style of reason* (o dos juízes norte-americanos na época de formação, no começo do século XIX, depois perdido, e recuperado a partir dos anos 20 do século XX) que contrapõe ao *formal style*. Característico do estilo formal é a ideia de que os casos são decididos pelas regras do Direito e de que a motivação tem uma forma dedutiva. Mas o grande estilo é uma forma de pensar e de trabalhar, isto é, um método que não consiste unicamente – nem talvez centralmente – em argumentar. Certamente, tem a ver com isso o fato de que Llewellyn conceba o trabalho do jurista como uma técnica artesanal, cuja “justificação” se encontra mais no produto, em sua eficácia, do que na “correção” dos meios empregados. Por isso também, o modelo de argumentação que ele parece defender tem muito mais a ver

com a retórica do que – suponhamos – com a discussão racional habermasiana ou, evidentemente, com a argumentação compreendida à maneira da lógica dedutiva. Assim, as recomendações que dirige aos juízes de apelação são, caberia dizer, sobre como utilizar com habilidade e honestidade profissional regras técnicas (a lei da discricção jurídica, a dos espaços de livre jogo (*leeways*)<sup>6</sup>, a da adequação e o tom) que tem a ver, principalmente, com o que chamarei de “concepção pragmática da argumentação”. E a mesma coisa – e ainda mais – cabe dizer dos conselhos dirigidos aos advogados se bem que, em um e outro caso, se trata de uma retórica bem entendida, isto é, de pôr a persuasão a serviço de uma ideia do Direito na qual o sentido da justiça desempenha um papel de grande importância.

Em relação ao realismo jurídico escandinavo, a análise que caberia fazer é muito semelhante. O que se encontra, por exemplo, na obra-prima de Alf Ross, *Sobre el Derecho y la Justicia* (sem dúvida, uma das obras mais importantes da Filosofia do Direito do século XX) é algo muito parecido ao último Llewellyn, com a diferença de que o autor dinamarquês é muito mais sistemático do que o norte-americano, se bem que (eu diria como contrapartida) Ross tem uma concepção muito mais restrita dos limites do racional.

Diferentemente do positivismo normativista, Ross tem uma visão mais ampla, mais fluida, do Direito. Concede grande importância ao Direito não estabelecido pelas autoridades e destaca, em especial, o papel do que chama “tradição de cultura” (que consiste basicamente em um conjunto de valorações) enquanto fonte do Direito que pode ser o elemento fundamental que inspira o juiz ao formular a regra em que baseia sua decisão (Ross, 1963, p. 95). Igualmente, a propósito da interpretação ou do “método jurídico” (os princípios ou regras que realmente guiam os tribunais em trânsito da regra geral à decisão particular), ressalta a importância dos elementos valorativos, isto é, não cognoscitivos (perante a concepção tradicional) e defende também (agora perante Kelsen) que o jurista (quem elabora a dogmática jurídica) não pode abster-se de valorar, escolher e decidir. Ao destacar que o Direito é uma técnica social, um instrumento para alcançar objetivos sociais de qualquer tipo, Ross dá grande importância à “política jurídica”, isto é, à formulação de propostas a respeito da aplicação do Direito (*de sententia ferenda*) e de sua produção (*de lege ferenda*). Tanto a administração de justiça quanto a produção legislativa do Direito consistem, em sua opinião, em uma amálgama de elementos cognoscitivos e valorativos; e, por isso, o jurista (como se acaba de dizer) não pode deixar fora de seu campo o discurso valorativo. Diferentemente de Kelsen (que também sublinhou o caráter de técnica social do Direito, mas defendeu uma dogmática livre de considerações sociológicas e valorativas), Ross não pede ao jurista que não faça política, mas que seja consciente de quando faz ciência e quando faz política; mais concretamente, para ele as decisões de política jurídica têm um componente cognoscitivo, racional (cujo incremento depende basicamente do



<sup>6</sup> Tomo a tradução do livro de Felix F. Sánchez Díaz (2002).

desenvolvimento de uma Sociologia do Direito sobre bases científicas), mas no fim de tudo, há sempre um componente de irracionalidade, isto é, as decisões dependem de juízos de valor que, segundo Ross, têm um caráter irracional, emocional.

O último pressuposto do enfoque de Ross é a ideia de que toda ação deliberada está condicionada por dois fatores: um motivo ou meta (uma atitude), e uma série de “concepções operativas”, isto é, de elementos cognoscitivos (crenças) que dirigem a atividade em direção ao fim. As atitudes (incluídas as atitudes morais) expressam emoções e estão além da justificação e da argumentação: são irracionais, no sentido de que se trata de uma forma de consciência irredutível para os atos de apreensão, para as crenças (por isso, a ideia de uma “razão prática” é, para ele, uma contradição nos termos: se é razão, não é prática; e se é prática, não pertence ao campo da razão). Quando se tomam decisões em relação à interpretação e à produção do Direito (já se disse que, para Ross, interpretar implica sempre decidir), existe, por assim dizer, a necessidade de alcançar um acordo, para o qual se pode recorrer a métodos racionais ou irracionais. Os primeiros, de natureza argumentativa, podem ser usados para influir nas crenças; mas para influir (de maneira direta; de maneira indireta, pode se fazer modificando as crenças) nas atitudes, o que existe é a persuasão. Na produção e interpretação do Direito, os juristas recorrem a diversas “técnicas de argumentação” (por exemplo, a propósito da interpretação: como usar os argumentos por analogia, ao contrário, etc.), mas se trata de técnicas retóricas, isto é, de uma mistura de argumentação e de persuasão. Ross considera que é impossível prescindir da persuasão e que não há por que adotar uma atitude de cinismo em relação a isso. Mas a retórica carece, em sua opinião, de critérios objetivos de correção: “Sempre existe a possibilidade de que outra pessoa, mesmo quando aceite os argumentos formulados e não invoque contra-argumentos, pode agir de maneira diferente da recomendada, sem que isso justifique que se diga que dita pessoa tenha agido ‘equivocadamente’” (p. 327).

O argumento de Ross (que, em minha opinião, se baseia em um erro) é, na realidade, o mesmo que usou em outras obras (1941; 1970) para defender a tese de que a lógica clássica não se aplica às normas e para propor, consequentemente, uma lógica das normas que, através de diversos expedientes técnicos (hoje considerados praticamente sem êxito), evitasse esse problema. Segundo ele, uma inferência prática como “deves manter tuas promessas; esta é uma de tuas promessas; portanto, debes manter esta promessa” carece de validade lógica. Não é logicamente necessário que um sujeito que estabelece uma regra geral deva também estabelecer a aplicação particular dessa regra. Que isto se verifique ou não depende dos fatos psicológicos. Não é raro – acrescenta Ross – que um sujeito formule uma regra geral, mas evite sua aplicação quando ele mesmo se vê afetado. Mas aqui parece haver um erro: o de supor que a validade lógica de uma inferência depende de fatos externos ou psicológicos. Como escreveu Gianformaggio (1987), os autores que sustentam a tese de que a lógica não se aplica às normas estão, na rea-

lidade, misturando duas questões diferentes. Uma é a de se a relação entre duas normas válidas (pertencentes a um sistema) são relações de tipo lógico; a resposta é não, ou não necessariamente, pois a um mesmo sistema podem pertencer normas contraditórias: por exemplo, “as promessas devem ser cumpridas” e “não é obrigatório cumprir tal promessa”. E outra questão é a de se é possível inferir validamente uma norma de outra; não se vê por que a resposta tenha de ser, nesse caso, negativa, ainda que exista a grande dificuldade de tradicionalmente a noção de inferência ou de consequência lógica ter sido construída sobre a base dos valores verdade/falsidade que não parecem ser de aplicação às normas.

## 7 O jusnaturalismo

Como não poderia ser de outra forma, também dentro das concepções jusnaturalistas do século XX podem distinguir-se muitas variantes. A mais recorrente, pelo menos nos países de tradição católica, não tem promovido em absoluto a consideração do Direito como argumentação. A razão para isso, expressa em termos gerais, é que esse tipo de jusnaturalismo se preocupou principalmente em determinar a essência do Direito e em mostrar as conexões existentes entre a ordem jurídica e uma ordem de natureza superior, que, no fim das contas, remetia a uma ideia de tipo religioso. A fundamentação teológica do Direito se encontra inclusive nos autores mais “secularizados” dessa tradição, como poderia ser o caso do espanhol Legaz y Lacambra, cujo jusnaturalismo foi qualificado recentemente de “peculiar” (DELGADO PINTO, 2002). Para Legaz (1964), “todas as coisas estão ordenadas a Deus” (p. 282), e esse é o ponto de partida para ocupar-se também do mundo do Direito, já que “o supremo critério de verdade está na religião, em Deus” (p. 306).

Um dos autores jusnaturalistas mais influentes no século XX, Giorgio del Vecchio, pensava (e com isso refletia uma opinião amplamente – por não dizer unanimemente – compartilhada por esse tipo de jusnaturalismo) que a positividade não é uma nota essencial do conceito de Direito; o essencial unicamente seria a noção de justiça. Por isso, o Direito natural refletia a ideia do Direito “em sua plena e perfeita luz”, enquanto o Direito positivo oferecia “reflexos parciais e defeituosos” (p. 530). Holmes (referindo-se a essa mesma ideia) havia comparado em uma ocasião aos partidários do Direito natural com os cavaleiros aos quais não é suficiente que se reconheça que sua dama é bonita: tem de ser a mais bela que já tenha existido e que poderia chegar a existir. Naturalmente, uma consequência dessa aproximação é a falta de interesse pelas questões metodológicas, de como funciona – e como pode funcionar – o Direito (o Direito positivo) como realidade determinada social e historicamente. Ou, dito nos termos de um influente trabalho de Bobbio dos anos 1950 (Bobbio, 1980): o jusnaturalismo do século XX foi, principalmente, uma Filosofia do Direito dos filósofos, preocupada em aplicar ao Direito uma filosofia geral (de base teológica); e não uma Filosofia do Direito dos juristas, isto é, construída de baixo, a partir dos problemas que os juristas encontram no desempenho das diversas profissões jurídicas.

E, além do mais, esse idealismo cavalheiresco e escapista era sumamente funcional como ideologia justificativa da ordem existente: o Direito positivo nunca será perfeitamente justo, mas certamente é difícil encontrar algum que, em algum sentido, não suponha “um ponto de vista sobre a justiça” (essa era a definição de Direito que dava Legaz na Espanha franquista) de maneira que, no final, chegava-se (de forma mais ou menos velada) à identificação simplesmente do Direito positivo com a justiça. Assim se compreende que os juristas – os professores de Direito –, que nas faculdades tinham a seu cargo o estudo dos diversos ramos do Direito, se lembrassem do Direito natural no primeiro dia do curso (quando se afrontava o tema do conceito de Direito), para esquecê-lo completamente quando começavam a tratar das questões “próprias” de sua matéria.

No entanto, o dito anteriormente não serve para caracterizar todos os jusnaturalismos que houve no século XX, mas somente sua forma mais conspícua. Não serve, por exemplo, para caracterizar (ou, pelo menos, não completamente) a concepção de um autor como Michel Villey, cuja forma de entender o Direito natural suscita, além do mais, receios consideráveis entre os próprios autores jusnaturalistas que se consideram a si mesmos dentro dessa mesma tradição aristotélico-tomista (ver Vigo, 1991). Para Villey, o Direito natural é essencialmente um método para *descobrir* o Direito, o justo, nas relações sociais. O justo, em sua opinião, identifica-se com “o seu de cada um”, mas isso não é algo que se encontra nas normas, mas na própria realidade social. O método que Villey propugna não é outro que a dialética, entendida no sentido aristotélico: um tipo de raciocínio que não se confunde nem com o da lógica dedutiva nem com o das ciências empíricas, tampouco com o da retórica. A dialética (diferentemente da retórica) não está encaminhada para a persuasão, mas para a verdade, e para isso parte de opiniões múltiplas e divergentes: o essencial da dialética seria a ideia de um diálogo ordenado e sincero. Outro aspecto dessa metodologia jurídica é constituído pelas fontes do Direito; as fontes assinalam onde se deve encontrar o Direito, isto é, de onde pode partir o raciocínio, a dialética; para Villey, existem tanto fontes do Direito positivo quanto do Direito natural.

Como se vê, trata-se de uma concepção que, em alguns aspectos, coincide com o enfoque argumentativo do Direito; de fato, diversos autores dos que se podem considerar entre os pioneiros da teoria contemporânea da argumentação jurídica e que defenderam uma concepção do raciocínio jurídico contraposta à da lógica formal dedutiva (Recaséns Siches, Viehweg, Esser, Perelman) consideraram-se, com maior ou menor intensidade, como autores jusnaturalistas. É possível que esse tipo de inscrição tenha sido devido, em boa parte, à obscuridade das noções de jusnaturalismo e de positivismo jurídico e, consequentemente, à falsa ideia de que o positivismo jurídico representava uma concepção formalista do Direito. Mas, em todo caso, o que se pode dizer com certeza é que a concepção de Villey (e outro tanto cabe dizer dos outros autores, com a exceção de Perelman) não constitui uma teoria minimamente desenvolvida da argumentação jurídica. No caso de

Villey, a principal razão pode dever-se a seu espírito conscientemente arcaizante: premoderno ou antimoderno. Sua concepção do Direito poderia ser adequada para o Direito romano da época clássica, mas não para o do Estado constitucional, cujos valores, simplesmente, resultam antitéticos com os pressupostos ideológicos de Villey.

Não é, no entanto, este o caso de Gustav Radbruch, um dos paladinos do “renascimento do Direito natural” depois da 2ª Guerra Mundial. Sua reação ante o positivismo jurídico acontece como consequência da experiência nazista, e o que procura Radbruch no Direito natural pode bem dizer-se que é, mais que nada, uma forma de realizar os valores do que depois se chamou “o Estado constitucional”. De fato, há uma clara continuidade entre muitas de suas teses “de fundo” e as de Alexy, do mesmo modo que também há afinidade entre muitas das ideias de Fuller e as de Dworkin: Alexy e Dworkin são considerados (v. Bongiovanni, 2000) como os dois principais representantes da teoria constitucional do Direito.

Radbruch era consciente de que a validade (a validade em sentido pleno) do Direito não podia vir do próprio Direito positivo, nem de certos fatos, e sim de algum valor de caráter suprapositivo (RADBRUCH, 1951). Sua ideia do Direito contém, na realidade, três noções de valor: a justiça, a adequação ao fim e à segurança jurídica, que se complementam, embora também possam entrar em conflito. A adequação ao fim está subordinada às outras duas, e os conflitos entre justiça e segurança não podem ser resolvidos de maneira unívoca, posto que a segurança também é uma forma de justiça. Estamos, portanto, perante uma questão de grau: quando se trata de leis extraordinariamente injustas, essas leis deixam de ser válidas, porque a segurança jurídica garantida pelo Direito já não significa praticamente nada (vid. Radbruch, 1951, pp. 44, 52; e Radbruch, 1971); mas Radbruch não deixa de reconhecer a possibilidade de que uma lei (moderadamente) injusta seja válida, seja Direito (suposições, pois, nas quais o valor da segurança jurídica prima sobre o da justiça).

Logo, como resulta mais ou menos óbvio, hoje não se necessitaria para defender essa ideia – a possibilidade de que existam leis inválidas em razão de seu conteúdo injusto – apelar ao Direito natural, pois os critérios constitucionais de validade incluem a adequação a conteúdos de justiça plasmados nos direitos fundamentais; na realidade, a peculiaridade dessa concepção já tinha sido advertida há muito tempo por autores como Legaz, para o qual o sentido “jusnaturalista” da obra de Radbruch resultava “bastante atenuado”.<sup>7</sup>



<sup>7</sup> “Por isso, para Radbruch a ‘natureza da coisa’ é um meio da interpretação e o preencher lacunas, uma ‘ultima ratio’ da interpretação e complementação da lei; não é, pois, uma fonte do Direito válida por si mesma, se está em oposição ao ‘espírito da lei’. Deste modo, na doutrina de Radbruch, o sentido ‘jusnaturalista’ da ideia da ‘natureza da coisa’ resulta bastante atenuado, pois tal conceito fica ainda muito nas proximidades do relativismo e em total contraposição ao Direito natural racional quer derivar as normas jurídicas, com espírito de igualdade e uniformidade, de princípios superiores de razão” (LEGAZ, p. 211).

Isso assinala também uma questão importante em relação ao jusnaturalismo (e com o positivismo jurídico): a necessidade de levar em conta as circunstâncias históricas, o contexto, para poder julgar acerca da adequação dessa concepção do Direito, e inclusive para poder produzir definições com sentido do que cabe entender por jusnaturalismo e por positivismo jurídico. Faz muito tempo que Gonzáles Vicén fez distinção entre positivismo jurídico como “fato histórico” (como *conceito*), isto é, a ideia de que o Direito é um fenômeno social e histórico de sociedades concretas; e as diversas teorias (*concepções*) do positivismo jurídico: o positivismo historicista, voluntarista, realista, etc. Em sua opinião, a irrupção do positivismo jurídico, desbancando as anteriores concepções que se baseavam na ideia de um Direito natural (natural e imutável), acontece na Europa no fim do século XVIII e começo do XIX, quando começam a existir ordenamentos jurídicos com sistemas de fontes bem fixos; ou seja, quando se produziu o fenômeno da “positivização” do Direito. Recentemente, Ferrajoli (1999) insistiu na mesma ideia, ao assinalar que o jusnaturalismo é a concepção característica do Direito na época anterior à modernidade, e que teria sido substituído pelo positivismo jurídico com a chegada do Estado moderno e a existência de “um sistema exclusivo e exaustivo de fontes positivas” (p. 17).

Este teria sido o primeiro embate histórico contra o Direito natural: embora muitas das normas do Direito natural tenham passado para as codificações modernas, o resultado foi que o jurista já não precisava do Direito natural como instrumento com o qual operar dentro do Direito: no máximo, o Direito natural podia desempenhar um papel para preencher as lacunas do Direito positivo ou, como se acaba de ver, para negar validade jurídica às normas que fossem particularmente injustas. O segundo ataque (que em minha opinião, também é contra o positivismo jurídico)<sup>8</sup> produz-se com a constitucionalização dos sistemas jurídicos, com a passagem do Estado legalista ao Estado constitucional: para que possam ser consideradas como Direito válido, as leis têm de se acomodar a certos critérios de conteúdo que integram ideias de moralidade e de justiça: os direitos fundamentais. É claro que também poderia dizer-se nessa ocasião que o constitucionalismo moderno “incorporou grande parte dos conteúdos ou valores de justiça elaborados pelo jusnaturalismo racionalista e ilustrado” (Ferrajoli, 1989); que pulverizou a tese positivista (não de todos os positivistas) de que o Direito pode ter qualquer conteúdo. Ou que o papel que desempenhava antes o Direito natural em relação ao soberano desempenha-o agora a Constituição em relação ao legislador (Prieto, p. 17). Mas daí, em minha opinião, não se deduz que o constitucionalismo seja uma espécie de neojusnaturalismo (nem Dworkin nem Alexy poderiam qualificar-se desta maneira, a não ser que se fale de

.....

<sup>8</sup> Pelo contrário, para Ferrajoli, o constitucionalismo supõe “completar o positivismo jurídico” (1999. p. 19)



Direito natural em um sentido tão geral que já não signifique praticamente nada), e sim que a possível função do Direito natural se desloca para outro lado: o jusnaturalismo não pode subsistir, ou ressurgir, como tese ontológica do Direito senão, em todo caso, como teoria sobre a fundamentação do Direito, como deontologia jurídica. E não se deduz tampouco que o constitucionalismo tenha aberto o caminho definitivamente ao positivismo jurídico. Em minha opinião, o positivismo esgotou seu ciclo histórico, como anteriormente o fez o Direito natural. Do mesmo modo que Bloch dizia que “a escola histórica crucificou o Direito natural na cruz da história” (v. González Vicén, 1979, p. 40), hoje poderia afirmar-se que “o constitucionalismo crucificou o positivismo jurídico na cruz da Constituição”. Das duas teses clássicas do positivismo jurídico, a primeira (a das fontes sociais do Direito) morreu, caberia dizer, “de êxito”; e a segunda (a da separação entre o Direito e a moral) foi refutada historicamente pelo constitucionalismo.

Essa mudança de função do Direito natural (a passagem de uma função ontológica para outra deontológica) à qual acabo de referir-me adverte-se, por exemplo, na obra de Finnis (o autor jusnaturalista mais influente nas últimas décadas do século XX), centrada na consideração do Direito como um aspecto da racionalidade prática. A concepção do Direito de Finnis pode ser considerada como um fragmento de uma teoria da argumentação jurídica. A ele não lhe interessam particularmente – caberia dizer – as questões de técnica argumentativa no Direito, mas sim a fundamentação definitiva do discurso jurídico justificativo. Sua obra pode ser considerada como um argumento em favor da unidade da razão prática, da abertura do raciocínio jurídico em direção ao raciocínio moral e político. O principal objetivo dessa teoria do Direito natural não é a afirmação de que as leis injustas não são Direito: segundo Finnis, o direito injusto não seria Direito no sentido “focal” do termo, mas o seria em um sentido secundário. A tarefa central do jusnaturalismo consistiria em explorar as exigências da racionalidade prática em relação com o bem do ser humano, em identificar os princípios e os limites do Estado de Direito (o *rule of law*) e em mostrar de que maneira o Direito válido (*sound*) se deriva de certos princípios imodificáveis (FINNIS, 1980, p. 351).

E, além do mais, o contexto histórico também permite explicar que o Direito natural pode ter desempenhado nos países de *common law*, e particularmente nos Estados Unidos, um papel diferente ao que executou na Europa continental depois do fenômeno da positivação do Direito. Enfim, em um sistema de *common law*, não é tão fácil identificar quais são os textos jurídicos autoritaristas, e o Direito tende a ser entendido como uma realidade mais fluida e com fronteiras muito mais flexíveis em relação à moral, à tradição, etc. do que costuma acontecer nos sistemas de Direito legislado. Essa cultura proporcionava, caberia dizer, o terreno propício para que se pudesse desenvolver uma concepção que, como a de Fuller, contempla o Direito não como um conjunto de normas preexistentes, e sim como um empreendimento guiado pela ideia de razão. A maneira de Fuller de compreender o Direito – muito influente nas décadas centrais do século XX – coincide em

muitos aspectos com o que chamei o enfoque do Direito como argumentação e baseia-se explicitamente em ideias jusnaturalistas, ainda que se trate de um jusnaturalismo bastante peculiar e que não tem nada a ver com a religião.

Quando se examina a notável polêmica que teve lugar, nos anos 1950 e 1960 entre Fuller e Hart, não há dúvidas de que há aspectos nessa polêmica – digamos, o da precisão e do rigor intelectual – no qual o vencedor é inegavelmente Hart. Mas Fuller apontava para uma concepção – antipositivista – do Direito que, em certo sentido, resultava mais profunda do que a de Hart, se bem que é preciso reconhecer que se tratava de uma concepção mais insinuada do que propriamente desenvolvida.

Ante o conceito (a imagem) positivista do Direito como um edifício, como uma realidade preestabelecida pelo legislador ou pelos juízes (o Direito como conjunto de normas), Fuller põe ênfase no fato de que o Direito é um empreendimento, uma atividade; não o edifício construído, mas o edifício em construção; ou, melhor, o empreendimento de construir um edifício. É, nesse sentido, muito sugestiva a imagem que utiliza em uma de suas obras (Fuller 1941) para criticar Kelsen: a de uma carretilha na qual o que conta não é somente que se trate de um objeto com certas características formais, com certa estrutura (esse seria o enfoque kelseniano), mas também o conteúdo, o que se transporta de um lado para outro, e a direção, a finalidade da atividade que se executa com esse utensílio. Para Fuller, os elementos do Direito (suas partes constituintes) não são – ou não são fundamentalmente – as normas, e sim os diversos aspectos ou momentos de uma atividade: a atividade de governar a conduta humana mediante normas. Por isso, em sua análise, o que predomina não é a anatomia, a estrutura, mas a fisiologia, os elementos funcionais. Fuller não pretende (como os positivistas normativistas) descrever neutralmente um objeto, uma realidade, mas contribuir à realização de uma empresa. Mas não concebe o Direito (agora em face dos realistas) em termos puramente instrumentais, porque ele não é um cético no plano axiológico e concede por isso grande importância ao plano da interpretação, tanto a de caráter teleológico quanto a valorativa.

Tratando-se de uma concepção que coincide em muitos aspectos fundamentais com o que chamei o enfoque do Direito como argumentação, a pergunta que se deveria fazer é por que, apesar disso, Fuller não desenvolveu nada parecido a uma teoria da argumentação jurídica. Uma resposta simples poderia ser que isso estava – implícito – em seu projeto de trabalho intelectual, e que Fuller não chegou a realizá-lo simplesmente por falta de tempo ou porque antepôs a isso outras tarefas intelectuais. A primeira vista, essa interpretação pareceria estar avalizada pelo título de um de seus últimos trabalhos (Fuller, 1972): *The Justification of Legal Decision*. Mas se do título se passa ao conteúdo, verificamos logo que se trata de uma pista falsa: o próprio autor explica claramente que o conteúdo de seu trabalho não tem nada a ver com seu título, escolhido simplesmente para “justificar” sua inclusão dentro das atas de um congresso dedicado a esse tema. De modo que as causas que explicam essa relativa falta de interesse de Fuller pelo raciocínio jurídico

devem ser procuradas em outro lugar. Em minha opinião, caberia encontrá-las nas quatro considerações seguintes: a) o conservadorismo de Fuller que o levou a insistir principalmente na noção de ordem e a deixar de lado a de justificação; b) o antiformalismo, enquanto traço geral da cultura jurídica norte-americana, que o levou, como aos realistas, a desdenhar o papel da lógica no Direito; c) sua preferência por análises concretas, maior do que por elaborar uma teoria geral da argumentação jurídica. No comentário que publicou do livro de Viehweg, *Tópica y Jurisprudencia*, Fuller (que tinha uma opinião bastante crítica em relação à tópica) sugere que mais interessante do que elaborar uma teoria geral do raciocínio jurídico seria estudar como se argumenta em cada um dos ramos do Direito (no Direito de Contratos – que era sua especialidade acadêmica –, no Direito de Responsabilidade Civil, etc.); d) uma teoria da interpretação jurídica que o levou a sustentar, assim como aos realistas, que o significado é completamente dependente do contexto. Fuller não teria compreendido o peculiar das regras enquanto premissas do raciocínio jurídico (para dizê-lo nos termos de Schauer, seu caráter “entrincheirado” – v. Schauer, 1991, p. 212) e essa concepção excessivamente aberta das normas jurídicas (de todas elas) também leva a não compreender o caráter peculiarmente limitado do raciocínio jurídico.

## 8 O ceticismo jurídico

A forma mais característica de ceticismo jurídico até o final do século XX foi o marxismo jurídico. Da mesma forma que os realistas, os marxistas sublinharam o caráter instrumental do Direito, mas enquanto os primeiros nunca puseram em dúvida a funcionalidade desse instrumento, sua idoneidade como ferramenta de construção e de mudança social, os segundos foram céticos também nesse segundo aspecto. Em geral, os marxistas tenderam a considerar que a mudança social, a passagem do capitalismo ao socialismo, não era uma tarefa na qual o Direito pudesse desempenhar um papel importante: o essencial consistiria em transformar a base socioeconômica da sociedade, o modo de produção e as relações de produção; e a luta para isso deveria travar-se, em todo caso, no terreno da política, não no do Direito. O Direito (como aparece refletido no título de uma conhecida obra dos anos 1970) é visto principalmente como um “obstáculo para a mudança social” (Novoa Monreal, 1975), de maneira que, no quadro teórico do marxismo, o discurso interno de caráter justificativo, o que constitui o núcleo da argumentação jurídica, não é possível. Mas, além disso, enquanto o realismo deixava em aberto, em geral, a possibilidade de um uso retórico (instrumental) do Direito; no caso do marxismo, o que se propugna é mais a substituição do Direito por outra coisa. Por isso, o realismo é compatível com uma teoria limitada (limitada a seus elementos retóricos) da argumentação jurídica, enquanto o marxismo leva mais a diluir a argumentação jurídica em argumentação política.

No entanto, o que foi dito vale para o que poderíamos chamar de marxismo clássico, mas não em relação às diversas direções de marxismo jurídico que começam a surgir nos finais dos anos 1960 e que se caracterizam

por “debilitar” as teses marxistas tradicionais. Assim, o caráter classista do Direito já não significa que o Direito seja simplesmente a expressão da vontade da classe dominante, e sim que a igualdade diante da lei típica do Direito moderno esconde em seu seio um tratamento de caráter discriminatório, ou seja, elementos desiguais. O economicismo de outras épocas é substituído pela tese de “a determinação em última instância” dos elementos superestruturais e ideológicos pela base socioeconômica. Reconhece-se a importância do Direito na transformação social. E, definitivamente, o discurso jurídico resulta, pelo menos até certo ponto, reabilitado.

O que nos últimos tempos se chama teoria crítica do Direito (“uso alternativo do Direito”, “critical legal studies”, critique juridique”, “crítica jurídica”, etc.) pode ser considerado, de certo modo, como um produto desse marxismo fraco, ao qual se acrescentaram elementos de outras tradições: a tese da indeterminação radical do Direito dos realistas; a crítica ao racionalismo e ao cientificismo do pensamento pós-moderno; o feminismo jurídico, etc. Sua característica central (v. Pérez Lledó, 1996) consiste em adotar uma perspectiva crítica (cética) do Direito, mas, ao mesmo tempo interna, enquanto o Direito é visto pelo jurista crítico como um instrumento que pode (deve) ser usado para alcançar certas finalidades políticas (de emancipação). Dentro dessa perspectiva, não há lugar para a análise propriamente justificativa da argumentação jurídica, mas sim para estudos dos elementos persuasivos, retóricos do Direito.

Um caso interessante é o de Boaventura Santos que, em vários de seus trabalhos (1980, 1998), distinguiu três componentes estruturais do Direito: retórica, burocracia e violência. Seu ponto de partida é uma concepção ampla do Direito que se opõe ao positivismo jurídico dos séculos XIX e XX; esse positivismo jurídico teria reduzido o Direito ao ramo estatal. A concepção de Santos é, pois, antipositivista, segundo a qual as sociedades modernas estão reguladas por uma pluralidade de ordenamentos jurídicos, inter-relacionados e distribuídos socialmente de diversas maneiras (*interlegalidade*), e onde o Direito estatal não ocupa o lugar central. Define o Direito como “um corpo de procedimentos e *standards* normativos regulados, que se considera exigível ante um juiz ou um terceiro que reparte justiça e que contribui para a criação e a prevenção de disputas, assim como para sua solução mediante um discurso argumentativo acompanhado da ameaça da força” (Santos, 1998, p. 20). Tanto a retórica quanto a burocracia e a violência são vistas por ele como formas de comunicação e estratégias de tomada de decisões que se baseiam, respectivamente: “na persuasão, ou na convicção por meio da mobilização do potencial argumentativo das seqüências e mecanismos verbais e não verbais aceitos”; “nas imposições autoritárias, realizadas mediante a mobilização do potencial demonstrativo dos procedimentos regulados e os *standards* normativos”; e “na ameaça da violência física” (*ibid.*, p. 20). Esses componentes estruturais articulam-se de diversas maneiras. Por exemplo, o Direito estatal moderno se caracterizaria por uma forte presença de burocracia e de violência e por uma presença fraca de retórica, enquanto os campos

jurídicos transnacionais que surgem com a globalização do Direito (por exemplo, o Direito dos grandes escritórios de advogados, das empresas transnacionais, das organizações inter-regionais, da nova *lex mercatoria*, etc.) pressupõem, em geral, baixos níveis de burocracia, altos níveis de violência e um nível de retórica que pode ser alto ou baixo. Santos esclarece, além do mais, que esses três componentes estruturais se interpenetram de maneira que, por exemplo no Estado moderno, “a retórica não só se reduz quantitativamente como é ‘contaminada’ ou ‘infiltrada’ qualitativamente pela burocracia e pela violência dominantes” (p. 23).

Pois bem, como fica mais ou menos claro do que foi dito, a – interessante – obra de Santos adoece, às vezes, de certa obscuridade (v. Cotterell, 1991; Twining, 2000). Nesse enfoque, não parece que possa haver espaço para o discurso jurídico propriamente justificativo: Santos reduz explicitamente a argumentação à retórica (ainda que seu uso de “retórica” seja mais amplo do que o sentido mais convencional da expressão). E as razões para isso, creio, são, basicamente, as seguintes. A primeira é que o ponto de vista do qual Santos elabora sua teoria do Direito é o do sociólogo, o do observador interessado basicamente em dar conta de (e em criticar) um fenômeno, e não o ponto de vista do participante que quer contribuir para a melhora de uma prática; evidentemente, o enfoque de Santos é abertamente político, mas sua proposta política consiste em convidar a reconstruir a prática sobre outras bases: por isso, suas análises não são dirigidas propriamente ao participante, e sim – por assim dizer – ao “infiltrado” na prática (SANTOS, op. cit., p. 39). A segunda razão é que a visão postmodernista do Direito de Santos tem um caráter antirracionalista que o leva a defender versões fortes de ceticismo epistemológico e de relativismo cultural (v. Twining, p. 204 et seq) que fazem também impossível um discurso propriamente justificativo; como exemplo disso, pode ser sua forma de aproximar-se aos direitos humanos (TWINNING, op. cit., p. 180 et seq) e sua proposta de um diálogo intercultural que, de novo, parece estar construído em termos retóricos, e não de um discurso crítico-racional.

Outro bom exemplo de concepção cética sobre o Direito é constituído pela obra de Duncan Kennedy, talvez o mais influente dos autores críticos dos últimos tempos e que tem abordado em diversas ocasiões (1976, 1986, 1997) o problema da aplicação judicial (a “adjudicação”) e, portanto, o da argumentação jurídica.

A tese central de Kennedy parece ser esta: ante a retórica da *coerência* e da *neutralidade* que ele atribui à filosofia “liberal” *standard*, o que, em sua opinião, a teoria crítica do Direito deve por em seu lugar é a *radical indeterminação* do Direito e o caráter *político* da administração de justiça.

A explicação que Kennedy deu em alguma ocasião para a indeterminação do Direito (Kennedy, 1976; v. Pérez Lledó, 1996) tinha como base a ideia de que sempre existem duas formas distintas e irreconciliáveis de entender o mundo: uma individualista e outra altruísta. Essa “contradição radical” faz com que o juiz não possa ser neutral e objetivo: o Direito, cada instituição

jurídica, cada ato de interpretação, sempre pode se entender dessas duas maneiras. Em seus últimos trabalhos, no entanto, essa tese parece ter sido substituída pela construção social da realidade. Não há um mundo externo que seja independente de nós, e, portanto, a objetividade no sentido estrito é impossível; melhor, é uma pretensão que, no caso do juiz, tem a função ideológica de ocultar que sua conduta é simplesmente estratégica: o juiz não trata de alcançar a resposta correta para o caso que tem de decidir, mas tenta alcançar certos projetos ideológicos a partir de um material jurídico mais ou menos caótico e manipulável (“sociolegalidade”, assim chama Kennedy) que o juiz vive como um limite. O juiz seria como um artesão que, muitas vezes, não pode construir um fino vaso com um material deficiente. Diante dos valores (“modernos”) da racionalidade científica e técnica, Kennedy (e muitos outros autores críticos e influenciados pelo pensamento postmodernista) demonstra uma atitude de perda de fé na racionalidade e acentua o idiossincrásico e o subjetivo; no tema que nos interessa, isso leva-o a situar-se na perspectiva pessoal do juiz que tem de resolver um caso concreto; mas Kennedy não somente descarta a perspectiva do observador externo, mas também renuncia à formulação de critérios gerais que pudessem guiar a conduta dos juízes.

Tudo isso, naturalmente, abona a tese do caráter político da administração de justiça e permite a Kennedy negar a legitimidade – a possibilidade – de um discurso jurídico justificativo em sentido estrito. O que se revela na aplicação judicial do Direito (no estabelecimento do Direito por parte dos juízes) é uma questão de poder. Os juízes ocultam esse poder que exercem e que lhes permite perseguir seus interesses impondo-se ao critério majoritário que se expressa nas leis, mediante a linguagem da neutralidade na qual, invariavelmente, estão redigidas suas resoluções. Na opinião de Kennedy, trata-se de uma ocultação deliberada, isto é, os juízes mentem conscientemente, e para essa mentira pode ser encontrada uma explicação em termos psicológicos: seria um típico exemplo da forma como as pessoas resolvem a angústia gerada pelas tensões internas (no caso dos juízes, a tensão entre fazer justiça – realizar seus projetos políticos – e acatar as normas vigentes), negando as ditas tensões. E à pergunta de por que este discurso de ocultação deliberada é aceito pela comunidade jurídica e pelas pessoas em geral, a resposta é que “querem conservar a imagem do juiz neutral, enquanto que este é o símbolo social por excelência da imparcialidade” (Kennedy, 1999, p. 88).

Assim, como no caso dos realistas, o discurso jurídico justificativo no sentido estrito é impossível. O que existe é um discurso que esconde (deliberadamente ou não) suas motivações reais. Daí que o único discurso que tem sentido propugnar seja a crítica a esse discurso pretensamente justificativo (desvelar suas verdadeiras motivações) ou bem um uso persuasivo deste dirigido a obter objetivos políticos e ideológicos. A teoria da argumentação jurídica dos autores críticos, por isso, não pode consistir em outra coisa que retórica, em crítica ideológica ou em alguma combinação de ambas.

## 9 O que fica

Este sucinto repasse das concepções mais características do Direito do século XX tinha como objetivo – como o leitor recordará – mostrar as razões pelas quais nenhuma delas permite dar conta satisfatoriamente do Direito visto como argumentação. E, *a sensu contrario*, também mostrar o caminho a seguir para desenvolver essa perspectiva.

Assim, perante o formalismo e sua concepção fechada, estática e insular do Direito, necessitar-se-ia uma mais aberta e dinâmica. O Direito tem de ser contemplado em relação com o sistema social e com os diversos aspectos do sistema social: morais, políticos, econômicos, culturais... A consideração do “contexto” leva necessariamente a abandonar uma concepção demasiadamente simples do raciocínio jurídico, como é a do formalismo. No entanto (seria o outro sentido de “formalismo jurídico”), a abertura do Direito tem de ter um limite: é necessário haver certos sinais de identidade do Direito (e do raciocínio jurídico) que o distinga de outros elementos da realidade social, que outorgue algum grau de autonomia ao raciocínio jurídico. Na terminologia de Friedman, poderia dizer-se que o raciocínio jurídico tem de estar minimamente “fechado”.

Em relação ao positivismo normativista, talvez o mais importante seja compreender que o Direito não pode ser visto simplesmente como um objeto de estudo, como uma realidade que simplesmente está aí fora, pronta para ser descrita. O Direito é (se se quer, é além do mais) uma atividade, uma empresa da qual se forma parte, da qual se participa. A função do teórico do Direito não pode se limitar a descrever o que há: o essencial é mais um propósito de melhora dessa prática, de melhora do Direito. Isso significa, de alguma forma, pôr em questão a distinção entre o ser e o dever-ser, entre o discurso descritivo e o prescritivo; ou, melhor ainda, reparar que essa distinção só é pertinente a partir de determinada perspectiva, mas não a partir de outras; como diria Dewey, é uma distinção, não uma dicotomia. Assim, por exemplo, o enunciado interpretativo emitido por um juiz não descreve algo preexistente, mas tampouco pode se ver simplesmente como uma prescrição, e sim que se trata mais de uma criação peculiar, um desenvolvimento guiado, embora não predeterminado em todos seus aspectos, por certos critérios e que, de certo modo, tem algo de descritivo e de prescritivo.

Ante o positivismo normativista, centrado no sistema do Direito, no Direito visto como um conjunto de enunciados, o realismo jurídico, o positivismo sociológico põe a ênfase no Direito considerado como atividade, como uma prática social. Mas tende a fixar seu interesse exclusivamente nos aspectos previsíveis (e explicativos) dessa prática, e não nos justificativos. Na consideração do Direito como argumentação, o que importa não é só – ou fundamentalmente – a conduta dos juízes e de outros atores jurídicos, como também o tipo de razões que justificam (e, em parte, também guiam) essas condutas. Além do mais, o discurso justificativo é incompatível com o emotivismo axiológico defendido pelos realistas; dito de outra maneira, o enfoque do Direito como argumentação está comprometido com um

objetivismo mínimo em matéria de ética. O realismo jurídico pressupõe uma concepção mais ampla em diversos sentidos do que a do positivismo normativista (por exemplo, enquanto ao sistema de fontes) e uma concepção dinâmica e instrumental do Direito. Mas reduz o Direito à racionalidade instrumental e estratégica; exclui a deliberação racional sobre os objetivos (para os instrumentalistas, não há propriamente objetivos *internos* do Direito, mas somente objetivos *externos*); e, por isso, é uma concepção que nega a racionalidade prática no sentido estrito da expressão.

O problema das concepções jusnaturalistas é, de certo modo, o oposto, a saber: a dificuldade de justificar a noção de racionalidade prática da qual se parte e de que esta possa ajustar-se à racionalidade interna do Direito. Isso explica a tendência a desentender-se do Direito enquanto fenômeno social e histórico, ou bem a apresentá-lo de forma mistificada, ideológica. Um dos aspectos – talvez o mais difícil – do enfoque do Direito como argumentação consiste em oferecer uma reconstrução satisfatória do raciocínio jurídico que dê conta de seus elementos morais e políticos; ou, dito de outra maneira, das peculiaridades do raciocínio jurídico dentro da unidade da razão prática.

Finalmente, o marxismo e as teorias críticas do Direito não podem dar conta do discurso justificativo que pressupõe certo grau de aceitação do Direito. O formalismo jurídico simplifica muito as coisas, vê mais ordem da que realmente há. Mas a tese da indeterminação radical do Direito, da dissolução do Direito na política, etc. impossibilita que se possa dar conta do discurso *interno* do Direito, isto é, não deixa lugar para um discurso que não seja nem descritivo, nem explicativo, nem puramente crítico. Não cabe, por isso, falar nem de método jurídico nem de argumentação no sentido estrito, mas unicamente de uso instrumental ou retórico do Direito. Como dizia, a visão do Direito como argumentação pressupõe certo grau de aceitação do Direito, mas, naturalmente isso não supõe a aceitação de qualquer sistema jurídico. Por isso, esse tipo de enfoque cobra especial relevância em relação ao Direito do Estado constitucional e pode resultar irrelevante (quando não ideológico) em relação a outros tipos de sistemas jurídicos: não só em um Direito como o do nacional-socialismo, como, em geral, em ordenamentos jurídicos que não acolham um sistema mínimo de direitos. O ceticismo com o qual muitos autores “críticos” se referem aos direitos fundamentais (segundo, de certo modo, uma tradição que começa com Marx) mostra seu afastamento do que hoje constitui um sinal de identidade da esquerda (as ideologias de esquerda são as que, em nosso tempo, sustentam com maior ênfase a “luta pelo Direito”) e, de certa maneira, sugerem que talvez haja algo de equivocado (pois incorreria em uma espécie de “contradição pragmática”) em uma concepção que ao mesmo tempo que promove o compromisso com a prática, renuncia a estabelecer critérios que possam servir de guia.

Parece-me que os déficits que acabo de assinalar e as mudanças nos sistemas jurídicos provocadas pelo avanço do Estado constitucional são o que explica que nos últimos tempos (aproximadamente a partir dos anos 1970) esteja em gestação uma nova concepção do Direito que já não se po-



de definir a partir dos parâmetros anteriores. Continua falando-se de positivismo jurídico (inclusivo, crítico, neopositivismo, etc.) da mesma forma que de neorealismo, neojusnaturalismo, etc. Porém, as fronteiras entre essas concepções parecem ter-se apagado consideravelmente, em parte porque o que acabou prevalecendo são as versões mais moderadas de cada uma dessas concepções. Nesta troca de paradigma, a obra de Dworkin (apesar de suas ambiguidades) foi talvez a mais determinante, o ponto de referência a partir do qual se toma partido, em amplos setores, da teoria do Direito contemporânea. E, de fato, muitos outros autores procedentes de tradições filosóficas e jurídicas muito diferentes entre si (o positivismo jurídico, o realismo, a teoria crítica, a hermenêutica, o neomarxismo, etc.) têm defendido nos últimos tempos teses que, no fundo, não se diferenciam muito daquelas de Dworkin; penso em autores como MacCormick, Alexy, Raz, Nino ou Ferrajoli. Entre eles existem, obviamente, diferenças que, ocasionalmente, não são desprezíveis, mas parece-me que, a partir de suas obras, podem sinalizar-se certos traços característicos dessa nova concepção. Talvez nenhum desses autores assuma todos os traços que agora assinalarei, porém em suas obras identifica-se a maioria desses traços, que, além do mais, estão estreitamente ligados ao enfoque argumentativo do Direito. Seriam os seguintes:

- a) a importância outorgada aos princípios como ingrediente necessário – além das regras – para compreender a estrutura e o funcionamento de um sistema jurídico;
- b) a tendência a considerar as normas – regras e princípios – não tanto da perspectiva de sua estrutura lógica, mas a partir do papel que desempenham no raciocínio prático;
- c) a ideia de que o Direito é uma realidade dinâmica e que consiste não tanto – ou não somente – em uma série de normas ou de enunciados de diversos tipos, mas – ou também – em uma prática social complexa que inclui, além de normas, procedimentos, valores, ações, agentes, etc.;
- d) ligado ao item anterior, a importância que se concede à interpretação que é vista mais que como resultado, como um processo racional e formador do Direito;
- e) o enfraquecimento da distinção entre linguagem descritiva e prescritiva e, conectado a isso, a reivindicação do caráter prático da teoria e da ciência do Direito que já não podem ser reduzidos a discursos meramente descritivos;
- f) o entendimento da validade em termos substantivos e não meramente formais: para ser válida, uma norma deve respeitar os princípios e direitos estabelecidos na Constituição;
- g) a ideia de que a jurisdição não pode ser vista em termos simplesmente legalistas – de sujeição do juiz à lei –, pois a lei deve ser interpretada de acordo com os princípios constitucionais;
- h) a tese de que entre o Direito e a Moral existe uma conexão não só em relação ao conteúdo, mas de tipo conceitual ou intrínseco: ainda

que se pense que a identificação do Direito se faz mediante algum critério como o da regra de reconhecimento hartiana, essa regra incorporaria critérios substantivos de caráter moral e, além do mais, a aceitação dessa regra teria necessariamente um caráter moral;

i) a tendência a uma integração entre as diversas esferas da razão prática: o Direito, a moral e a política;<sup>9</sup>

j) como consequência do anterior, a ideia de que a razão jurídica não é só razão instrumental, mas sim razão prática (não só sobre meios, mas também sobre fins); a atividade do jurista não está guiada – ou não está guiada exclusivamente – pelo êxito, mas pela ideia de correção, pela pretensão de justiça;

k) o enfraquecimento das fronteiras entre o Direito e o não Direito;

l) a importância colocada na necessidade de tratar de justificar racionalmente as decisões – e, portanto, no raciocínio jurídico – como característica essencial de uma sociedade democrática;

m) ligado ao que foi dito anteriormente, a convicção de que existem critérios objetivos (como o princípio de universalidade ou o de coerência ou integridade) que outorgam caráter racional à prática da justificação das decisões, ainda que não se aceite a tese de que existe uma resposta correta para cada caso;

n) a consideração de que o Direito não é só um instrumento para alcançar objetivos sociais, mas incorpora valores morais, e que esses valores não pertencem simplesmente a uma determinada moral social, mas a uma moral racionalmente fundamentada, o que também leva de certo modo a relativizar a distinção entre moral positiva e moral crítica;<sup>10</sup>

## 10 Sobre o pragmatismo jurídico

Assinalei anteriormente que, por trás dessa última concepção, havia pressupostos filosóficos muito diversos entre si. Mas talvez tenham também



<sup>9</sup> Raz, evidentemente, com sua tese do positivismo “excludente” não subscreveria estas duas últimas teses, como também não o faria Ferrajoli.

<sup>10</sup> Escreveu, por exemplo, Nino a respeito: “Mas tão importante como distinguir a moral positiva e a moral ideal é advertir seus pontos de contato. Um desses pontos é dado pelo fato de que *sem a formulação de juízos acerca de uma moral ideal não haveria moral positiva*. [...] Mas também há relações entre a moral ideal e a moral positiva que vão em outra direção. Isto se advierte se concentramos a atenção em uma esfera da moral positiva que não é constituída por pautas substantivas de conduta, e sim pela *prática do discurso ou argumentação moral* que contribui a gerar tais pautas e que constitui uma técnica social para superar conflitos e facilitar a cooperação através do consenso [...] tais juízos não se formulam no vazio e sim no contexto desta prática social à qual subjazem critérios procedimentais e substantivos de validação, como a universalidade, generalidade e aceitabilidade dos juízos em condições ideais de imparcialidade, racionalidade e conhecimento. Evidentemente que esta prática do discurso moral com seus critérios subjacentes, prática que não é moralmente justificável sem ser circular embora sua expansão seja causalmente explicável, é um produto histórico; pode perfeitamente distinguir-se entre a atual prática do discurso moral, de origem iluminista, e outras que estão baseadas na autoridade divina ou na tradição” (NINO 1989. p. 33-34). Agradeço a Victoria Roca por ter-me feito notar esta eloquente passagem da obra de Carlos Nino.

algo em comum; ou, dizendo de forma mais exata, o que da perspectiva do Direito como argumentação vem a unificar esses e outros autores e permite utilizar muitas de suas contribuições como se se tratasse de uma concepção unitária do Direito é uma filosofia de tipo pragmática. Explicarei.

O pragmatismo em relação ao Direito parece supor a aceitação de teses como as seguintes (v. Posner, 1990; Smith, 1990):

- a) a necessidade de considerar o Direito e os problemas jurídicos em relação ao contexto;
- b) o levar em conta (pode ser uma consequência do que foi dito) que as teorias, ou as doutrinas, são elaboradas com um propósito e são dirigidas a um determinado auditório;
- c) o rechaço a uma concepção demasiado abstrata do Direito: não significa que se esteja contra aos conceitos ou às teorias, mas que estas e aqueles devem estar elaborados no nível de abstração adequado;
- d) uma visão instrumental e finalista do Direito: o Direito é um instrumento para resolver (ou prevenir, ou tratar) conflitos, um meio para a obtenção de finalidades sociais; não tem por que excluir que exista algo assim como “finalidades internas” do Direito;
- e) a vinculação do Direito a certas necessidades práticas dos homens;
- f) a ênfase que se põe nas consequências, no futuro: isso tampouco exclui que se leve em consideração o passado, mas que este se valorize por si mesmo, e não por sua contribuição para obter certos resultados futuros;<sup>11</sup>
- g) a verdade não consiste na correspondência dos enunciados com o mundo, mas sim que esses enunciados resultem úteis; e daí a importância do diálogo e do consenso como critério de justificação;
- h) A importância da prática como meio de conhecimento: aprende-se a argumentar argumentando, etc;

Entendido desta maneira tão ampla, tanto Ihering quanto Holmes, o realismo jurídico em geral, Dworkin, as teorias críticas do Direito ou o movimento da análise econômica do Direito, cairiam dentro do pragmatismo. Trata-se, por isso, de uma noção muito ampla, que vai além do “instrumentalismo pragmatista” que, na opinião de Summers, caracterizou a corrente principal da Filosofia do Direito norte-americano desde o final do século XIX. A diferença fundamental estaria em que este pragmatismo amplo não está comprometido com o relativismo axiológico tampouco leva a identificar correção com eficiência. Dito de outra maneira, é um pragmatismo compatível com a razão prática entendida em seu sentido forte e ao qual, por isso, não se aplicaria o sarcasmo de Chesterton dirigido contra o pragmatismo clássico: “Se o pragmatismo tem a ver com as necessidades humanas, uma



<sup>11</sup> Ver a argumentação de Smith (1990), a qual justifica que Dworkin também seria um pragmatista.

das primeiras necessidades do homem é a de não ser pragmatista” (v. Menand, p. XII).

O que significa tudo isso é que o pragmatismo, assim compreendido, não pode ser considerado como mais uma filosofia do Direito. Como Toulmin expressou em uma ocasião:

As pessoas falam das atitudes americanas em relação ao Direito, como em relação a muitas outras coisas, como umas atitudes caracterizadas pelo pragmatismo. E umas pessoas, de um ponto de vista europeu, pensam que esse é um defeito do pensamento americano e da prática americana. Pensam que os americanos são muito propensos ao compromisso, que não têm uma compreensão suficiente dos princípios. Mas eu creio que dizer isso é entender equivocadamente o significado do pragmatismo na cena americana. O pragmatismo não é mais outra teoria, para ser discutida pela *intelligentsia*, o pragmatismo é o nome de uma atitude mental na qual o valor da teoria se julga pelo grau em que essa teoria pode ser posta em prática, e com ela efetuar mudanças para o bem dos homens (Toulmin, 1992, p. 353-355).

Outra maneira, mais ou menos equivalente, de dizer o mesmo seria esta: o pragmatismo jurídico não é exatamente uma teoria sobre o Direito tampouco necessariamente uma atitude em relação ao Direito e em relação à teoria jurídica, “o pragmatismo jurídico se compreende melhor como um tipo de exortação acerca da teoria: sua função não é a de dizer coisas que os juristas e os juízes não saibam, mas de recordar aos juristas e aos juízes o que já sabem mas que frequentemente não praticam” (Smith, 1990, p. 2). Este tipo de prédica, naturalmente, é tão mais importante quanto mais uma cultura jurídica (a cultura jurídica interna) se esquece de agir como deveria. Em minha opinião, a teoria do Direito que se costuma elaborar nos países latinos (tanto a dogmática quanto a teoria geral) padece precisamente desse defeito: de falta de pragmatismo, de incapacidade para incidir nas práticas jurídicas, de maneira que bem se pode dizer que, para nós, a primeira necessidade da teoria é a de levar-se o pragmatismo a sério.

Mario Losano escreveu em uma ocasião (1985) que, nas ciências humanas, tudo já foi dito, pelo menos uma vez. Se for assim, o papel da teoria do Direito não pode ser o de pretender elaborar algo verdadeiramente original. Trata-se mais de contribuir para elaborar uma concepção articulada do Direito que realmente possa servir para melhorar as práticas jurídicas e, com isso, as instituições sociais.

### **11 Direito, conflito e argumentação**

O pragmatismo, como se acaba de ver é, em certo nível, a única filosofia do Direito possível; digamos, a profundidade maior (a atitude me-

tateórica) de qualquer teoria do Direito. E se é compatível tanto com o neomarxismo como com a teoria do discurso ou com muitas filosofias de cunho analítico, isso se deve, simplesmente, a que tanto uma quanto outra se movem em planos distintos. Essa diferença de planos é o que também permite que, desde a perspectiva do que chamei “enfoque argumentativo do Direito” (e que não é exatamente uma concepção do Direito, mas – digamos – um aspecto precisamente do pragmatismo jurídico), possa-se sacar proveito de muitas contribuições pertencentes a essas distintas tradições.

Assim, não é possível construir uma teoria da argumentação jurídica que cumpra as funções teóricas, práticas e pedagógicas às quais antes se aludiu, se se deixa de lado uma adequada análise estrutural do Direito – se não se pressupõe, por exemplo, uma teoria suficiente dos enunciados jurídicos; se não se leva em consideração a vinculação dos processos argumentativos com o comportamento dos juízes e outros operadores jurídicos; as relações entre o raciocínio propriamente jurídico e o de natureza moral e política – e, em geral, as relações entre o Direito e o mundo dos valores; os limites (formais) do raciocínio jurídico; ou os elementos ideológicos e de poder que, evidentemente, se podem achar no Direito e no raciocínio jurídico.

O que o enfoque do Direito como argumentação trata de fazer é conectar todos esses elementos de análise a partir de uma concepção dinâmica, instrumental e “comprometida” do Direito que parte da noção de conflito.

O conflito é, efetivamente, a origem do Direito, o que leva a vê-lo como um instrumento, uma técnica (não necessariamente neutral) de tratamento (o que sempre implica solução) de problemas de certo tipo. Além do mais, uma característica do Direito contemporâneo, como já se viu, é que as tomadas de decisão em relação aos conflitos têm de estar sustentadas por razões de certo tipo, por argumentos. O Direito pode ser visto por isso (ainda que essa não seja a única perspectiva possível) como uma complexa instituição voltada para a resolução (ou o tratamento) de conflitos por meios argumentativos e nas diversas instâncias da vida jurídica.

Assim, argumenta, obviamente, o juiz que tem que resolver um conflito tomando uma decisão e motivando-a. Mas também o advogado que trata de persuadir ao juiz para que decida em um determinado sentido; ou que assessora a um cliente para que empreenda um determinado curso de ação; ou que negocia com outro advogado a maneira de trilhar uma disputa. E o legislador que propõe a elaboração de uma lei para obter estas e aquelas finalidades, que defende que tal artigo tenha este ou outro conteúdo, etc. Na realidade, não há prática jurídica que não consista, de maneira muito relevante, em argumentar, incluídas as práticas teóricas. Então não se poderia ver a dogmática jurídica como uma grande fábrica de argumentos postos à disposição daqueles que se ocupam da criação, aplicação e interpretação do Direito? E se a experiência jurídica consiste de maneira tão proeminente em argumentar, não parece inevitável que a teoria do Direito tenha que ser construída, em grande medida, como uma teoria da argumentação jurídica?

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AGUILÓ, Josep. Sobre el constitucionalismo y la revisión constitucional. *Doxa*, n. 24, 2001.
- ATIENZA, Manuel. *Las razones del derecho: teorías de la argumentación jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991.
- \_\_\_\_\_. *El sentido del derecho*. Barcelona: Ariel, 2001.
- \_\_\_\_\_. *La motivación del jurado*. Na imprensa, 2004.
- ATIYAH, P. S.; Summers, R. S., *Form and substance in anglo-american law: A comparative Study of Legal Reasoning, Legal Theory and Legal Institutions*. Clarendon, Oxford.
- BOBBIO, Norberto, *Contribución a la teoría del derecho*. Valencia, 1980.
- BONGIOVANNI, Giorgio, *Teorie 'costituzionalistiche' del diritto: morale, diritto e interpretazione* in R. Alexy e R. Dworkin. Bologna: Clueb, 2000.
- BULYGIN, Eugenio. *Prólogo*. In: KLUG, Hans Kelsen-Ulrich. *Normas jurídicas y análisis lógico*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1988.
- \_\_\_\_\_. Entrevista a Eugenio Bulygin. Por Ricardo Caracciolo. *Doxa*, n. 14, 1993.
- BURTON, Steven J. *An Introduction to Law and Legal Reasoning*, Boston; Toronto: Little, Brown and Company, 1985.
- CAMPBELL, Tom. El sentido del positivismo jurídico. *Doxa*, n. 25, 2002.
- CARRIÓ, Genaro R. *El recurso extraordinario por sentencia arbitraria en la jurisprudencia de la Corte Suprema*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1967.

# [ Afonso Arinos de Mello Franco\* ]

José Ribas Vieira\*\*

A escolha do Professor de Direito Constitucional Afonso Arinos de Mello Franco, Catedrático da antiga Faculdade Nacional de Direito da Universidade do Brasil para a seção “In Memoriam” desta publicação da Revista Jurídica nº 4 não precisa de maiores justificativas. No seu discurso de posse na citada cátedra, em 9/7/1950, o professor Afonso Arinos sintetiza, naquela altura do início da 2ª metade do século passado, a sua participação na sociedade brasileira “como intelectual e político”. Poderia ser observado que esses traços eram correntes nesse momento histórico, no qual a formação profissional e acadêmica não se pautava pelos limites dos muros da universidade. O relevante nesse quadro é o fato de o professor Afonso Arinos de ter sido um dos gigantes como intelectual e político da segunda metade do século XX no Brasil.

Assim, o intelectual e político Afonso Arinos ocupou todas as formas de espaço público na sua longa existência; foi deputado federal pelo estado de Minas Gerais (iniciando a carreira política em 1947); destacou-se como legislador com a “Lei Afonso Arinos” (nº 1.390/1951); foi duas vezes senador (pelo Distrito Federal, eleito em 1958, e pelo estado do Rio de Janeiro, eleito em 1986), ocupou a cadeira nº 25, pertencente a José Lins do Rego, em 1958; duas vezes ministro de Relações Exteriores (1961 e 1962); responsável pela formulação da “política externa independente”. Como senador pelo estado do Rio de Janeiro, exerceu a função de constituinte e destacou-se, ainda, por ter presidido a denominada “Comissão Afonso Arinos” instituída no Decreto nº 91.450/1985.

Não pode ser esquecido que além dessas funções exercidas no Estado brasileiro e de ter sido jurista e escritor com várias obras publicadas em diversos campos do conhecimento, Afonso Arinos destacou-se como orador. Sempre demonstrou um arrependimento a respeito do seu famoso discurso na Câmara dos Deputados na crise de agosto de 1954, o qual denunciara o “mar de lama” no Palácio do Catete e a responsabilidade política do presidente Getúlio Vargas. Havia por parte dele uma certeza de que esse importante discurso tenha sido a causa final para o suicídio de Vargas, em 24/8/1954. Pontuada toda essa trajetória como intelectual e política como é possível



\* Professor catedrático de Direito Constitucional (27/11/1905 – 27/8/1990).

\*\* Professor associado do PPGD/UFRJ e editor da Revista Jurídica. Endereço eletrônico: jribas@ufrj.br

compreender que, mesmo saindo de um lastro liberal conservador próprio dos quadros partidários como o da UDN, Afonso Arinos pôde assumir, por exemplo, posições arrojadas como a proposição da “política externa independente” do Governo Jânio Quadros (1961)?

Essa possível contradição entre uma formação política denominada de liberal conservadora é superada ao ser lido o discurso de posse como professor catedrático de Direito Constitucional da então Universidade do Brasil. É no exercício do magistério que há pistas concretas de como Afonso Arinos pôde articular o institucional jurídico e o político. Isto é, como sua formação intelectual abria caminho para a importância e o peso da política. Assim, é a sua presença como docente da Faculdade Nacional de Direito e na antiga Universidade do Estado da Guanabara que iluminará o seu gigantismo como articulador e formulador de política no Brasil da última metade do século XX. Não deve ser descartada a sua liderança no centro de estudos de Ciência Política (Indipo) da Fundação Getúlio Vargas (FGV) nos anos 70 do século passado.

Desse modo, a seção “In Memoriam”, ao veicular o seu discurso de posse na antiga Cátedra de Direito Constitucional da Universidade do Brasil é, sem dúvida nenhuma, uma valiosa contribuição para compreender os fundamentos do pensamento político e jurídico de Afonso Arinos. Vale sublinhar que a conquista da citada cátedra resulta da tese tendo cujo título é *História e teoria do partido político no Direito Constitucional brasileiro* (1948).<sup>1</sup> Trata-se de obra que mereceu novas edições pela editora Alfa Omega e tornou-se um clássico na Ciência Política brasileira, a respeito da teoria dos partidos políticos.

Fica patente nessa citada tese que Afonso Arinos, como destaca no seu discurso de posse, trabalha o partido político como “instituição”. Há, assim, uma perspectiva interdisciplinar para tratar a questão dos partidos políticos com as leituras jurídica, política e histórica. Essa sólida formação intelectual é que dá ao político Afonso Arinos uma visão mais flexível, certamente, de como operar a realidade social. Dessa forma, reiteradamente, o catedrático empossado em 1950 defende uma nova didática para o Direito Constitucional na qual a Ciência Política deve predominar. O Direito Constitucional encontra-se num patamar que tem de estar, nessa nova didática proposta por Afonso Arinos, no universo das Ciências Sociais. Afasta-se o autor de *História e Teoria dos Partidos Políticos* de uma proposta que o Direito Constitucional encerra-se a uma mera visão de comentários. Critica a tradição da teoria constitucional americana, lembrando a obra *O Federalista*. Aponta, também, Pimento Bueno no Brasil do século XIX por ter seguido esses passos. Estabelece uma distância com os comentaristas constitucionalistas da 1ª República no Brasil. Por consequência, sua visão teórica e metodológica articula



<sup>1</sup> Vale lembrar que, neste mesmo ano, na Faculdade Nacional de Filosofia, Victor Nunes Leal defende a sua tese *Coronelismo, Voto e Enxada*, originalmente publicada pela Editora Forense em 1949.



a presença da Ciência Política e um tratamento do Direito Constitucional visando a privilegiar as “instituições”.

Seu pensamento constitucional é pertencente à tradição francesa. Essa metodologia, imbricando o político com o Direito Constitucional, foi expandida entre os constitucionalistas franceses pela liderança de um exilado russo, Boris Mirkine-Guetzévitch (1892-1955), principalmente a obra *Modernas Tendencias del Derecho Constitucional*.<sup>2</sup> No seu próprio discurso de posse, Afonso Arinos menciona a figura exponencial do diálogo entre o Direito Público e a Sociologia (Émile Durkheim), a figura de Leon Duguit (1859-1928), e, numa outra linha de raciocínio, a de Gaston Jèze (1869-1953).

Agrega-se a essa formação jurídico e política francesa a convivência constante de Afonso Arinos com o núcleo pensante de San Tiago Dantas<sup>3</sup> e Hermes Lima, os quais foram bastante atuantes na trajetória política do empossado catedrático de Direito Constitucional da Universidade do Brasil.

Se o percurso intelectual e acadêmico de Afonso Arinos foi relevante para sua postura de político – sublinhe-se outra vez, para capacitá-lo a moldar o processo social –, é também no magistério que se apresenta o núcleo de sua coerência ideológica. No seu discurso de posse, lembra que pode até defender como professor o sistema político parlamentar, sendo ele presidencialista, o que não se pode é transigir com a sustentação do quadro democrático. Em plena vigência do Ato Institucional nº 5, como catedrático<sup>4</sup> de Direito Constitucional da agora Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, profundamente deprimido, optou nas suas aulas por abordar temas como a formação intelectual de sua geração. Assim, a sua presença como docente naquele tormentoso período histórico-institucional do Brasil foi apresentar o pensamento católico de Charles Péguy, o seu mestre.

A defesa da democracia pôde, no entanto, novamente, resurgir em 1985, com o fim do regime militar. Afonso Arinos, agora como político, sustentou quer na Presidência da já referida Comissão Afonso Arinos quer como constituinte de 1987-1988 a sua substantiva crença ideológica de estruturar o Estado e a sociedade, principalmente no Brasil.



<sup>2</sup> Foi publicada na Espanha pela Editora Reus em 1934 (Madrid) e, no Brasil dos anos 1930, teve enorme impacto para a formação jurídica brasileira daquele período.

<sup>3</sup> Vide a obra sobre ensino jurídico de San Tiago Dantas (*Palavras de um Professor*, 2. ed., 2001) para compreender no discurso de posse de Afonso Arinos a questão da nova didática do Direito Constitucional.

<sup>4</sup> As antigas cátedras foram extintas pela Constituição Federal de 1967, sendo os ocupantes enquadrados como professores titulares, mas com perda de poder acadêmico após a instituição da unidade mínima de ensino nas universidades federais, os departamentos, como previsto na Reforma Universitária de 1968.



# Discurso de Posse na Cátedra de Direito Constitucional\*

Afonso Arinos de Mello Franco

Ao atingir a dignidade tão almejada de participar da ilustre congregação da Faculdade Nacional de Direito, sinto que a eminência da posição, estimulando embora meu senso de responsabilidade, não me perturba a tranquilidade de consciência.

Preparei-me aplicada e penosamente para o concurso de Direito Constitucional durante vários anos. Dei a esse preparo e a sua realização, dentro da pouquidão dos meus recursos intelectuais, tudo o que em mim havia de boa-fé, lealdade e esforço, conhecendo, como conhecia, o alto teor científico dos meus dignos concorrentes a quem desejo prestar, aqui, minha sincera homenagem.

Defrontei-me com a severidade, a competência e a integridade de uma Comissão Examinadora, cujos atributos não foram um instante postos em dúvida por ninguém.

E se logrei obter sufrágio unânime de tal Comissão, é que, realmente, a recompensa da Justiça deveria coroar meus longos e duros trabalhos preparatórios. Esta convicção, como disse acima, se me tranquiliza a consciência, não faz, por outro lado, senão estimular meu senso de responsabilidade.

Permitireis, agora, senhores professores, que, admitindo, todavia, o tom pessoal da declaração, proclame ainda, nestas primeiras palavras, por imperativo moral de gratidão, tudo que meu êxito ficou devendo a duas pessoas: minha esposa e meu amigo professor San Tiago Dantas.

De minha esposa recebi o amparo moral, a solicitude permanente e o encorajamento necessário, que mercê de Deus, nunca me faltaram nos nossos mais de 20 anos de vida comum. Ao professor San Tiago Dantas, inteligência ao mesmo tempo penetrante e poderosa cultura que surpreende



\* Discurso pronunciado no Salão Nobre da Faculdade Nacional de Direito, em sessão realizada em 9/7/ 1950. Publicado originalmente em: *Revista Jurídica*. Rio de Janeiro, v. 11. p. 179-188, 1952.



pela precisão técnica e pela amplidão humanística, mestre dos maiores da nossa geração, sou devedor da própria ideia de minha inscrição entre os concorrentes e de um acompanhamento intelectual decisivo, não só em todas as fases do concurso, como no longo período de sua preparação.

### **Didática do Direito Constitucional**

Num discurso de investidura, deve o catedrático escolher, entre as numerosas formas de abordar os problemas jurídicos, aquela que mais se aproxima da sua didática, sendo certo que, na orientação de qualquer ensino, devemos distinguir com nitidez os aperfeiçoamentos práticos das inspirações teóricas.

Ao falar, portanto, da didática do Direito Constitucional no nosso país e no nosso tempo, devo, antes de tudo, distinguir bem a matéria prática da teórica.

Do ponto de vista prático, as observações sobre o ensino do Direito Constitucional dizem, sobretudo, respeito à técnica do desenvolvimento da disciplina e cingem-se, portanto, a uma crítica sobre o método habitual de elaboração dos programas da cadeira.

Já do ponto de vista teórico, as reflexões que ocorrem sobre o ensino do Direito Constitucional são muito mais importantes, pois interessam ao próprio conceito da disciplina, nas suas graves, estreitas e inevitáveis relações com todo o complexo político-social do país.

Esboçarei, a seguir, algumas considerações sobre didática do Direito Constitucional, segundo o método acima indicado.

### **Prática do ensino do Direito Constitucional**

Praticamente, parece-me que a revisão dos programas oficiais deve ser considerada, a fim de se examinar a conveniência de uma transformação do ensino da cadeira, cujo fundo seria, em substância, fazer dela realmente a seção de Direito Constitucional do ensino jurídico e não o aprendiz do Direito da Constituição como, via de regra, é ela considerada nas faculdades brasileiras.

Chamo aqui cadeira de Direito Constitucional aquela parte do ensino jurídico que ministra uma noção geral, sistemática e orgânica das instituições constitucionais de determinado país, estejam ou não as mesmas consignadas no texto escrito da Constituição; instituições que devem ser estudadas no seu complexo vivo, observadas no seu funcionamento e nas recíprocas relações.

Por Direito da Constituição, pretendo designar o comentário analítico do texto constitucional, comentário geralmente submisso à ordem articulada desse texto, tal como é de praxe fazer-se entre nós.

Através dessa explicação, vemos logo a diferença que separa dois métodos, bem como as consequências naturais que decorrem da obediência a um ou a outro.

Pelo Direito Constitucional chegamos ao que me parece ser a verdadeira finalidade da cadeira, isto é, ao trabalho didático no qual a matéria

política se equipara à jurídica; no qual as instituições são examinadas como se fossem um edifício construído, um todo orgânico, que vive no texto escrito da lei constitucional e das suas leis complementares; mas que se apresenta, também, fora do direito escrito, naquilo que os juristas chamam o costume e a convenção constitucional.

Lei, costume e convenção constitucionais coexistem dentro de qualquer regime político e de qualquer sistema de governo. Certo é que os governos parlamentaristas que adotam constituições flexíveis são mais propícios à aceitação do Direito Constitucional costumeiro e da convenção constitucional, mas isso não quer dizer que os governos presidencialistas, de constituição rígida, desconheçam costumes e convenções importantíssimos na integração do conjunto jurídico-político, digamos logo, do conjunto constitucional do Estado.

Quando se adota o método de ensinar o Direito Constitucional, a matéria se organiza livremente, de forma a abranger não só o que se acha contido nos preceitos da Lei Magna, como tudo mais que venha completar o exame jurídico das instituições políticas do Estado. Por isto mesmo é que se dava, algumas vezes, ao Direito Constitucional o nome de Direito Político, nome que, significativamente, vem sendo de novo utilizado pelos mais modernos autores.

Note-se que tal método pode e deve ser utilizado sem qualquer incursão no terreno da Teoria Geral do Estado, estudo que corresponde a uma introdução especializada ao Direito Constitucional.

O método a que me refiro considera o quadro do Direito Constitucional dentro dos limites das instituições existentes e não ambiciona exceder tais limites. Mas, por outro lado, amplia, como é necessário, o seu campo de estudos além do texto constitucional, de forma a compreender o conjunto das instituições políticas do Estado, pois a própria Constituição fica, em grande parte, impenetrável à inteligência juvenil quando não é explicada dessa maneira.

Através desse método é que se descobre porque o processo do comentário analítico da Constituição não é o mais adequado ao ensino da importante disciplina da cadeira, a que os antigos e os novíssimos, lembro ainda, chamam de Ciência Política.

A preferência, na elaboração dos programas de Direito Constitucional, pelo processo da apresentação da matéria na forma de comentário aos artigos da Constituição não é nova e representa, talvez, no nosso país, uma tradicional influência do Direito norte-americano.

Nos Estados Unidos, o primeiro grande estudo de Direito Constitucional, *O Federalista*, foi composto em atenção a certas circunstâncias de momento que lhe condicionaram a forma.

Tratava-se, para os seus autores, de apresentar ao público de um estado da União o texto da Constituição votada em Filadélfia, juntando-se-lhe explicações e comentários que facilitassem a aceitação do mesmo pelo referendo popular.

Embora não seguisse fielmente o articulado da lei, *O Federalista* destacou os pontos mais importantes e mais controvertidos, procedendo a uma apreciação circunstanciada deles, em forma que não deixou de servir de modelo à segunda obra marcante aparecida nos Estados Unidos, que são os comentários de Story.

Daí por diante, o processo se estabeleceu como hábito, a ponto de podermos assegurar que, na maioria, os grandes estudos constitucionais americanos são escritos na forma de comentários à Constituição.

Esta ficou sendo, por igual, a tradição do nosso Direito, a começar, no Império, pelo ilustre Pimenta Bueno. Não devemos esquecer, com efeito, que a influência do constitucionalismo americano não esperou a República Federal para se fazer sentir no Brasil. Sem irmos até os devaneios da Inconfidência Mineira, basta que pensemos no Ato Adicional, como prova disso. Como o advento da República de modelo presidencial à americana, a tradição ainda mais se consolidou, como era natural.

Por isso é que a nossa literatura de Direito Constitucional é tão rica em comentários – alguns notáveis – à Constituição, enquanto se mostra paradoxalmente tão pobre em estudos de conjunto das instituições, não existindo, mesmo, um só livro que mereça o nome de “Tratado do Direito Constitucional Brasileiro”.

Tal situação tinha que se refletir no ensino da cadeira nas faculdades, e, por consequência, na elaboração dos respectivos programas.

Devo confessar que a orientação seguida, entre nós, na feita deles não me satisfaz, embora reconheça e proclame os altos méritos dos seus autores, alguns dos quais conto entre os mestres que mais respeito e admiro.

Os programas organizados em forma de comentário apresentam, a meu ver, os inconvenientes que decorrem da situação que vimos apreciar.

Em primeiro lugar, limitam demasiado a ação do professor dentro do texto escrito, obrigando-o a ensinar, como disse, o Direito da Constituição, e não o Direito Constitucional ou Ciência Política. Defronta-se o professor com o dilema: ou sai do ponto e do programa na procura das sínteses e generalizações, ou fica dentro deles, mas fazendo aos alunos a exibição anatômica de peças mortas, proporcionando-lhes somente visão fragmentária e um tanto desconexa da disciplina.

Além disso, devemos considerar que a ordem de distribuição de assuntos observada pela Constituição – ordem, aliás, bastante arbitrária: se pode convir à economia interna de um texto legal, pode também desconvir – como é o caso entre nós – à livre e harmoniosa fluência de um curso universitário.

A linha de coerência interna deste obedece a outros desígnios, influi-se por fatores diversos daqueles que criam as precedências e desdobramentos formais na redação de uma lei.

O programa de Direito Constitucional deve ser composto pelo professor preferencialmente na ordem em que ele distribuiria os capítulos de um livro que desejasse escrever sobre a matéria.

Não nos esqueçamos da advertência de Léon Duguit, contida no livro *Leçons de Droit Public Général*: “Ce sont précisément ces règles générales

ET cette évolution que doivent avant tout étudier nos Facultés. Je le dis nettement et avec la plus entière conviction: si le rôle du professeur de droit devait se borner à commenter les lois positives. Il NE vaudrait pas une minute d'effort et travail".

### **Teoria do ensino do Direito Constitucional**

Dentro do quadro das Ciências Sociais, que são as nossas, ensinar não é transmitir conhecimentos ou pretendidas verdades com olímpica serenidade ou indiferença glacial. Longe disso: ensinar é um ato de fé.

Sem cair em qualquer sectarismo ou propaganda, preservando com desvelo a liberdade de opinião e a autonomia intelectual dos jovens estudantes, devem, contudo, os professores de Direito Constitucional crer naquilo que ensinam, viver realmente, com esta prodigiosa vida que é a da inteligência, a constante mutação da Ciência cuja responsabilidade lhes incumbe.

Claro é que essa crença se fixa nas grandes linhas, nos dados essenciais, não se paralisa na adesão ferrenha aos espectros secundários.

Para dar um exemplo pessoal, lembrarei que sou sinceramente presidencialista, considero artificial e inoportuna a pretendida implantação do parlamentarismo entre nós. Mas, se ela por acaso viesse, tal fato não representaria nenhuma alteração substancial nas minhas convicções profundas, no que toca à estrutura político-jurídica do Estado, convicções que estão ligadas ao regime democrático, e não aos sistemas de governo através dos quais ele se pode apresentar. Continuará a dar o curso de Direito Constitucional parlamentarista, com a mesma convicção democrática que me anima ao estudar os fundamentos jurídicos e políticos do sistema que nos rege.

Já o mesmo não poderia se dizer se a alteração constitucional substituísse os próprios fundamentos sobre que se assenta o regime democrático.

Aí é que o ensino passa a solicitar todas as forças do professor, na luta da consciência contra a violência. Aí é que o magistério exige tudo aquilo que a fé, tomada no sentido intelectual e não religioso, pressupõe e implica.

A obrigação do professor, tal como se deu tantas vezes na Alemanha, na Espanha, na Argentina e no nosso país, é, então, resistir e transformar sua cátedra num bastião da verdade, pouco medindo as consequências. Nesses casos, duplo é o ministério, dobrado o ensino: o da ciência e o da conduta moral.

Aqui tende, em simples palavras, o que me parece ser a função especificamente didática de um professor de Direito Constitucional, nos momentos de crise da cultura democrática, e – mais do que a expressão de um pensamento – o compromisso de um ação futura, caso, como é infelizmente possível, da luta política que se esboça no Brasil surja um desfecho que arrasta de roldão a liberdade.

A firmeza das convicções científicas não se deve curvar ante os insucessos da hora. O ilustre Gastón Jeze não se atemorizou com as vaias do

auditório fascistizante, quando, pouco antes da última guerra, a França vacilava, golpeada pela invasão do pensamento totalitário. E sua resistência é, hoje, um exemplo.

A cátedra é o posto de combate, a tribuna de onde se pode falar por último, quando as outras já tiverem sido, acaso, derrubadas. E é melhor emudecer com ela do que, escravo do poder irracional, dizer coisas em que não cremos.

Não vai nisso nenhuma paixão política da minha parte, mas, e somente, uma inabalável convicção nas bases definitivas, bem como nas possibilidades de evolução e aperfeiçoamento deste sistema de convivência social e de organização política, elaborado pela cultura ocidental, a que damos o nome de democracia.

Não há dúvidas de que o poder democrático tem sofrido, graças à evolução econômica e social do mundo, transformações tão profundas que muitas das instituições do Estado, embora mantendo os mesmos nomes por que eram conhecidas há um século, apresentam, hoje, conteúdo bastante diverso.

A função legislativa tomou outro caráter com a massa imponente de normas legais provenientes dos poderes Executivo e Judiciário, e não do Legislativo. O sufrágio universal de hoje nada tem a ver com o censitário de passadas épocas. O princípio das garantias individuais diminui cada vez mais o seu campo de proteção, embora aprimore, também, continuamente, a técnica processual da sua aplicação. A ficção da liberdade do trabalho evolui sempre para o direito ao trabalho e para os direitos do trabalho.

Mas todas essas grandes transformações do poder democrático, condicionadas à evolução histórica, representam adaptações do que existe de mutável na forma democrática, sem que, por isso, deixemos de identificar a permanência da substância, a continuidade do que, dentro do regime, são condições inseparáveis da sua própria existência. Dentre essas condições, três podem ser salientadas que opõem decisivamente o conceito jurídico e cultural da democracia ocidental ao das ditaduras de fundo marxista, como a da Rússia e países satélites, ou de fundo fascista, como as do Eixo derrotado e as que se lhe assemelham, como as vigentes de Franco, Salazar, Perón ou a passada de Getúlio Vargas.

As três condições essenciais para identificação do regime democrático, a que acima me referi, são: a investidura dos governantes por escolha realmente livre do eleitorado; a existência de uma minoria real contrastando o governo da maioria; e, finalmente, a limitação efetiva dos prazos dos mandatos políticos.

Respeitada a realidade dessas três condições – realidade que implica o exercício de todos os demais direitos políticos individuais –, a democracia existe, qualquer que sejam a forma e os fins do governo, monárquico ou republicano, presidencial ou parlamentar, intervencionista ou abstencionista no campo econômico. Violada ou escamoteada tal realidade, a democracia desaparece, quaisquer que sejam, também, os bons propósitos dos governantes



e a propaganda que envolva os seus atos. Sendo, por outro lado, inevitável que os bons propósitos cedo se dissolvem, como se acha milenarmente provado, na tremenda corrupção que é o mal de todas as tiranias.

As declarações francas ou as insinuações veladas, que sustentam a insuficiência do regime democrático, para resolver os novos problemas de governo, impostos pela conjuntura mundial, esbarram diante do fato inconcusso de que todos os empecilhos habitualmente apontados não passam de aspectos formais da democracia, facilmente removíveis sem sacrifício dos seus verdadeiros fundamentos. Estes são poucos, residem, afinal como vimos, na legitimidade do poder, na liberdade das minorias e na temporalidade das funções de governo; e tais fundamentos, irredutíveis a qualquer transação que os comprometa, se compõem, no entanto, perfeitamente, com as mais variadas orientações políticas e administrativas, e constituem, mesmo, campo muito fecundo para a sementeira do Estado intervencionista e antiliberal, no sentido social e econômico.

É por crer firmemente em tudo isso que um professor de Direito Constitucional democrático, que respeite a sua função, nunca ensinará um Direito Constitucional que não se funde nos princípios democráticos há pouco enunciados, e deverá sempre considerar do seu dever funcional o fazer da cátedra uma tribuna de defesa de tais princípios e de combate a todas as forças que se organizem no propósito de subvertê-los.

Esta, a sua teoria didática; este, o seu compromisso moral de firme execução enquanto ele for exequível, isto é, enquanto a cátedra não lhe seja violentamente arrancada nos casos infelizmente sempre possíveis em que as conquistas e os deveres da inteligência se vejam superados pelo poder irresponsável e sem lei.

Senhores professores: ao tomar assento a vosso lado, faço-o com o sincero sentimento de que este é o ato mais importante da minha modesta e honrada vida de intelectual e de homem público. Esta simples declaração, mais que quaisquer palavras eloquentes, pode demonstrar até que ponto me dignifica a investidura, e até onde me esforçarei por exercitá-la, vendendo as minhas deficiências naturais com esforço da vontade, pureza de propósitos e humildade de coração.



# [ Tópicos Especiais em Direitos Fundamentais: preservação dos recursos hídricos\* ]

Tiago Lezan Sant'Anna\*\*

**Resumo:** Este artigo propõe uma pesquisa sobre a temática da proteção dos recursos hídricos, considerando o meio ambiente equilibrado como direito fundamental. Também discute as linhas gerais das normas constitucionais e infraconstitucionais sobre o uso da água no Brasil, apresentando o Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos.

**Palavras-chave:** Direitos fundamentais. Meio ambiente. Código das Águas e Lei nº 9.433/97. Direito das Águas

**Abstract:** This paper proposes a research over the issue of legal protection of water resources, considering a balanced environment as a fundamental right. It also discusses the general lines of the constitutional and infra-constitutional Law on the usage of water in Brazil, presenting the National Water Resource Management System.

**Keywords:** Fundamental rights. Water bill and Law n. 9.433/97. Water Law.

## 1 Introdução

Na disciplina “Tópicos Especiais em Direitos Fundamentais”, o prof. Leandro Ribeiro propôs-se a apresentar uma perspectiva histórica dos direitos humanos, sustentando que os direitos e garantias que, em determinado momento, são considerados fundamentais resultam de um processo histórico. Este conceito é bem transmitido pela classificação destes direitos em gerações, teoria apresentada no capítulo seguinte, que desenvolve também a ideia de dimensões de direitos fundamentais.

O curso dividiu-se em duas partes. Nas primeiras seis sessões, abordou-se a luta do homem pela liberdade desde a Idade Antiga até o presente, com ênfase no movimento iluminista, que influenciou a positivação de direitos



\* Proposta de pesquisa produzida no âmbito da disciplina “Tópicos Especiais em Direitos Fundamentais”, sob a orientação do prof. Leandro Ribeiro, no Mestrado da Faculdade Nacional de Direito – UFRJ.

\*\* Pós-Graduado em Processo e Direito Civil (Residência Jurídica) pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ); mestrando em Teorias Jurídicas Contemporâneas no PPGD/UFRJ. Endereço eletrônico: t.lezansantanna@adv.oabrj.org.br.

humanos em declarações e cartas constitucionais. Nas nove sessões seguintes, foram abordados diversos temas de direitos fundamentais, tais como a defesa do meio ambiente; a tutela protetiva das crianças adolescentes e idosos; o direito à educação; o direito à saúde e à moradia; o livre exercício do trabalho e a liberdade de imprensa.

A proposta era dar subsídios para o desenvolvimento de algum dos temas abordados na segunda parte do curso, conforme a livre escolha dos discentes. Neste primeiro semestre de 2009, optou-se pelo aprofundamento a respeito do direito fundamental ao meio ambiente equilibrado. Diante da amplitude do assunto, sugeriu-se tratar apenas, neste primeiro momento, do uso dos recursos hídricos, ficando como sugestão para as próximas turmas a ideia de dar continuidade ao tema, abordando o uso de outros recursos naturais, como as florestas e os minérios.

Em 22/3/1992, a Organização das Nações Unidas (ONU) instituiu o “Dia Mundial da Água”, visando a incentivar a luta em defesa da preservação da natureza. A ONU redigiu, ainda, um documento intitulado “Declaração Universal dos Direitos da Água”. Recentemente, realizou-se em Istambul o V Fórum Mundial da Água (FMA), que terminou no dia 22/3/2009, mostrando a clara divisão entre os Estados quanto à proposta de vários países (Bolívia, Cuba, Equador, Uruguai e Venezuela, com adesão da Espanha, Holanda e Alemanha) de declarar o acesso à água como um “direito humano”.

Assim, na Declaração Ministerial de Istambul não se chegou a decretar a água um direito humano, mas constou daquele documento o compromisso dos participantes em reconhecer que o acesso à água potável e ao saneamento é uma necessidade humana básica.

Parece haver certo consenso entre os Estados em relação ao “direito à água”, mas não sobre como expressá-lo, pois alguns temem as implicações político-jurídicas de se considerar a água um direito humano, preferindo uma redação intermédia que qualificaria a água como um “direito básico”.

Deste modo, para garantir tal direito, é necessário que o Estado exerça uma fiscalização sob as ações dos particulares. Não basta que o Estado evite poluir o meio ambiente. Deve também garantir que a exploração de recursos escassos, como a água, se dê de forma consciente. Por isso, nada mais razoável do que a previsão constitucional de que o meio ambiente é bem de uso comum do povo.

## **2 Da solidariedade e dos direitos fundamentais de terceira geração ou dimensão**

Ao conjunto de direitos e liberdades institucionalmente reconhecidos e garantidos pelo Direito positivo de determinado Estado dá-se o título de “direitos fundamentais”, em razão de seu caráter básico e fundamentador do Estado de Direito – distinguindo-se, portanto, dos “direitos humanos” que independem de declaração estatal.

Por exemplo, o direito ao meio ambiente passou a integrar o texto da Constituição da República Federativa do Brasil em 1988, mas, muito antes

disso, já dizia Locke, em seu *Segundo Tratado de Governo*: “God gave the world to men in common”.<sup>1</sup>

Aplica-se especialmente ao uso dos recursos hídricos, o item 33 do Capítulo V:<sup>2</sup>

For he that leaves as much as another can make use of, does as good as take nothing at all. Nobody could think himself injured by the drinking of another man, though he took a good draught, who had a whole river of the same water left him to quench his thirst; and the case of land and water, where there is enough of both, is perfectly the same.

Esses direitos fundamentais foram sendo reconhecidos pelos ordenamentos jurídicos e textos constitucionais de forma paulatina. Comparato procurou mostrar “como se foram criando e estendendo progressivamente, a todos os povos da Terra, as instituições jurídicas de defesa da dignidade humana contra a violência, o aviltamento, a exploração e a miséria”.<sup>3</sup>

A expressão “gerações de direitos do homem” teria surgido quando Karel Vasak,<sup>4</sup> em 1979, buscou demonstrar a evolução dos direitos humanos com base no lema da revolução francesa: a primeira geração seria a dos direitos civis e políticos, fundamentados na liberdade (*liberté*); a segunda, dos direitos econômicos, sociais e culturais, baseados na igualdade (*égalité*); e a terceira, dos direitos de solidariedade, em especial o direito ao desenvolvimento, à paz e ao meio ambiente, atrelados à fraternidade (*fraternité*).

A primeira geração remete a conquistas do século XVII. Foram conquistados direitos individuais, compreendidos como aqueles inerentes ao homem e que devem ser respeitados por todos os Estados, como o direito à liberdade, à vida, à livre iniciativa econômica, à manifestação, à expressão e ao voto. Alexandre de Moraes aponta que:

Essas ideias encontravam um ponto fundamental em comum, a necessidade de limitação e controle dos abusos de poder do próprio Estado e de suas autoridades constituídas e a consagração dos princípios básicos da igualdade e da legalidade como regentes do Estado moderno e contemporâneo.<sup>5</sup>



<sup>1</sup> LOCKE, John. *A treatise concerning civil government: Essay concerning the true original extent and end of civil government*. Dover Publications, 2002. p. 15.

<sup>2</sup> Ibid.

<sup>3</sup> COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. 3. Ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 1.

<sup>4</sup> Cf. BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 517; PIOVESAN, Flávia. *Temas de Direitos Humanos*. São Paulo: Max Limonad, 1998. p. 28.

<sup>5</sup> MORAES, Alexandre. *Direitos Humanos Fundamentais*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2000. p. 19.

A segunda geração, dos direitos metaindividuais, coletivos ou difusos, compreende os direitos sociais, relativos à saúde, ao trabalho, à educação, o direito de greve, previdência e assistência social, lazer, segurança e transporte, entre outros. Quanto aos direitos de segunda geração, salienta Bonavides, *verbis*:

[...] atravessaram, a seguir uma crise de observância e execução, cujo fim parece estar perto, desde que recentes constituições, inclusive a do Brasil, formularam o preceito da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais. De tal sorte, os direitos da segunda geração tendem a tornar-se tão justificáveis quanto os da primeira; pelo menos esta é a regra que já não poderá ser descumprida ou ter sua eficácia recusada com aquela facilidade de argumentação arrimada no caráter programático da norma.<sup>6</sup>

De fato, segundo a nossa Constituição, os direitos e garantias fundamentais têm aplicabilidade imediata (art. 5º, § 1º). Cumpre ressaltar que, embora Paulo Bonavides, Norberto Bobbio e outros doutrinadores falem em gerações de direitos fundamentais, não existe qualquer relação de hierarquia entre estes direitos. No que se refere a esta terminologia, salienta Bonavides:<sup>7</sup>

Força é dirimir, a esta altura, um eventual equívoco de linguagem: o vocábulo “dimensão” substitui, com vantagem lógica e qualitativa, o termo “geração”, caso este último venha a induzir apenas sucessão cronológica e, portanto, suposta caducidade dos direitos das gerações antecedentes, o que não é verdade. Ao contrário, os direitos da primeira geração, direitos individuais, os da segunda, direitos sociais, e os da terceira, direitos ao desenvolvimento, ao meio ambiente, à paz e à fraternidade, permanecem eficazes, são infraestruturais, formam a pirâmide cujo ápice é o direito à democracia; coroação daquela globalização política para a qual, como no provérbio chinês da grande muralha, a humanidade parece caminhar a todo vapor, depois de haver dado o seu primeiro e largo passo. Os direitos da quarta geração não somente culminam a objetividade dos direitos das duas gerações antecedentes como absorvem – sem, todavia, removê-la – a subjetividade dos direitos individuais, a saber, os direitos de primeira geração.



<sup>6</sup> BONAVIDES, op. cit. p. 518.

<sup>7</sup> Ibid. p. 525.

Continua observando o referido autor que “tais direitos sobrevivem, e não apenas sobrevivem, senão que ficam opulentados em sua dimensão principal, objetiva e axiológica”. É por isso que a mais moderna doutrina defende o emprego do termo “dimensões” de direitos fundamentais, ao invés de “gerações”.

Willis Santiago Guerra Filho<sup>8</sup> prefere o termo “dimensão”, pelo fato de os direitos gestados em uma geração ganharem outra dimensão com o surgimento de uma geração sucessiva. Dessa forma, os direitos da geração posterior transformam-se em pressupostos para a compreensão e realização dos direitos da geração anterior.

A nosso ver, todos os direitos fundamentais têm sua previsão constitucional atrelada à ideia de democracia e todos exigem um conjunto de ações e abstenções, tanto públicas quanto privadas. Assim como a própria democracia não se efetiva pela simples igualdade formal, não é um mero agir ou não agir por parte do Estado capaz de concretizar os direitos fundamentais.

O direito de propriedade, por exemplo, não exige apenas do Estado que se abstenha de agir, mas também que garanta o respeito às propriedades privadas por parte dos demais indivíduos. E, ainda, que impeça abusos deste direito. O aspecto solidário ou fraterno do direito à propriedade impõe a todos cumprir tanto uma função social (art. 5º, XXIII, da CF88) como uma função ambiental (art. 225).<sup>9</sup> Segundo Guerra Filho,<sup>10</sup> “o direito individual de propriedade, num contexto em que se reconhece a segunda dimensão dos direitos fundamentais, só pode ser exercido observando-se sua função social, e com o aparecimento da terceira dimensão, observando-se igualmente sua função ambiental.”

Os direitos de terceira geração ou dimensão exerceram um papel preponderante nas formulações constitucionais após a 2ª Guerra. A partir daí, as constituições passam a tratar da preocupação com o meio ambiente, da conservação do patrimônio histórico e cultural. Trata-se de direitos cujos sujeitos não são os indivíduos, mas sim, os grupos de indivíduos, como a família, o povo, a nação e a própria humanidade. Neste trabalho, tratamos a água como direito humano e como direito fundamental de terceira geração ou dimensão.

### **3 Os recursos hídricos e o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado**

A água é um bem indispensável; e, com a sucessão de desastres ecológicos, receia-se o esgotamento das reservas naturais. O Estado deve pre-



<sup>8</sup> GUERRA FILHO, Willis Santiago (Coord.). Direitos fundamentais, processo e princípio da proporcionalidade. In: *Dos Direitos Humanos aos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 13.

<sup>9</sup> Id. *Introdução ao Direito Processual Constitucional*. Porto Alegre: Síntese, 1999. p. 26.

<sup>10</sup> *Ibid.* p. 13.

seguir o desenvolvimento sustentável e, por isso, deve impedir que os particulares promovam a destruição do meio ambiente e deve zelar para que a exploração desse recurso se dê de forma consciente, auxiliando os comitês de bacias hidrográficas na execução de seus planos plurianuais.

Para tanto, o Estado deve proporcionar a toda a população ampla informação acerca das políticas ambientais, tendo o constituinte lhe imposto (art. 225, § 1º, VI) a promoção da “educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente”.

Do ponto de vista da legislação ambiental concernente aos recursos hídricos, vale destacar o crescente interesse dos juristas, alguns defendendo inclusive a existência de um ramo específico do Direito destinado ao assunto: o chamado Direito das Águas.<sup>11</sup> São diversas as obras que abordam as variantes envolvidas na questão do seu uso no Brasil.<sup>12</sup>

De acordo com o Código de Águas (Decreto n. 24.643/1934), existem três categorias de águas: a) águas públicas (pertencentes ao Poder Público; somente aquelas que compõem os mares, os rios e os lagos do domínio público); b) águas privadas (nascidas e localizadas em terrenos particulares, quando não estiverem em categoria diversa); c) águas comuns (correntes não navegáveis ou flutuáveis).

As constituições posteriores ao Código de Águas sutilmente alteraram algumas de suas disposições, atribuindo maior gerenciamento de recursos hídricos aos estados federados, como ocorreu no art. 35 da Constituição de 1946. Atualmente, operou-se uma espécie de *publicatio* em relação às águas, passando o Estado a assumir a titularidade destes recursos naturais.

O meio ambiente é de uso comum do povo, pois se configura como essencial à sadia qualidade de vida de toda a humanidade. Assim, os recursos ambientais são bens públicos (art. 99 do Código Civil) que o Poder Público e a coletividade têm legitimidade para defender e preservar. Neste sentido, as águas estão tuteladas pelo artigo 225, *caput*, da Constituição.<sup>13</sup>

Percebe-se, pela leitura do art. 20, III e VIII, e do art. 26, I, da Constituição, que o domínio das águas se encontra diluído entre a União e os estados-membros: são bens da União as terras devolutas indispensáveis à preservação ambiental (art. 20, II); os lagos, rios e quaisquer correntes de água em terrenos de seu domínio; ou que banhem mais de um Estado, sirvam de limites com outros países, ou se estendam a território estrangeiro ou dele provenham; os terrenos marginais e as praias fluviais (III); e os potenciais de energia hidráulica (VIII).



<sup>11</sup> Paulo Affonso Leme Machado, o maior nome do Direito Ambiental brasileiro, critica esta fragmentação do Direito Ambiental em subgêneros. Cf. MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 139.

<sup>12</sup> POMPEU, Cid Tomanik. *Direito de águas no Brasil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006; GRANZIERA, Maria Lúcia Machado, *Direito de Águas*, 3. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

<sup>13</sup> “Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.”



Excetuadas as águas de propriedade da União, as demais pertencem aos estados (art. 26, I). Aponta José dos Santos Carvalho Filho<sup>14</sup> que: “Nenhuma referência foi feita na Constituição sobre o domínio do Município sobre águas públicas. Como a divisão constitucional abrangeu todas as águas, é de considerar-se que não mais tem aplicação o art. 29 do Código de Águas, quando admitiu pertencerem aos Municípios as águas situadas em seus territórios”.

A competência para legislar sobre águas é privativa da União (art. 22, IV). Ademais, a Constituição contemplou a possibilidade energética dos recursos hídricos, no art. 21, XII, “b”, atribuindo à União a competência para explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, “o aproveitamento energético dos cursos de água, em articulação com os Estados onde se situam os potenciais hidroenergéticos”, bem como, no inciso XIX, outorgou a competência à União para “instituir sistema de gerenciamento de recursos hídricos e definir critérios de outorga de direito de uso”.

Tal competência foi exercida com a promulgação da Lei nº 9.433/97, que institui a política nacional de recursos hídricos. Esta lei, em plena consonância com o art. 225 da Constituição, parte do fundamento de que a água é bem de domínio público (artigo 1º, I) e recurso natural limitado, dotado de valor econômico. Prevê diretrizes para utilização dos recursos hídricos e trata dos atos de outorga dos direitos de uso desses recursos e da cobrança dos beneficiários do uso. É, portanto, o diploma que estabelece as diretrizes para a captação e o uso dos recursos hídricos.

Entendemos, portanto, que a Constituição de 1988 alterou as disposições do revogado Código Civil de 1916, que regulava a propriedade de cursos internos como bens particulares, e as disposições do Decreto nº 24.643/1934. A questão tormentosa diz respeito à existência ou não de direito adquirido dos que anteriormente podiam considerar as águas de seus terrenos como propriedade particular.

A mesma questão ocorre com os manifestos de mina,<sup>15</sup> previstos no Código de Mineração (Decreto-Lei nº 227/1967). A primeira Constituição Republicana, de 1891, estabelecia, no art. 72, § 17, que “ao proprietário da superfície cabia a propriedade das minas e jazidas minerais”. A partir da Constituição de 1934, o solo foi separado do subsolo, mas os proprietários de terrenos com minas que as *manifestassem* no tempo legal continuariam com a propriedade do subsolo, conforme a regra de transição prevista no art. 10 do Código de Minas, de 1934.

Ocorre que a Constituição de 1988 não resguardou o direito dos antigos proprietários de minas manifestadas. O artigo 177 estabeleceu o monopólio



<sup>14</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*, 14. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 928.

<sup>15</sup> SANTOS, Lúcia Helena Alves dos. O Direito Minerário e o instituto do manifesto de mina. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 13, n. 1.964, 16 nov. 2008. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11965>>. Acesso em: 26 abr. 2009.

da União para os recursos minerais, sem fazer qualquer ressalva.<sup>16</sup> O que pode passar ao domínio privado é o produto da lavra, conforme o art. 176, enquanto as jazidas serão todas pertencentes somente à União.

O Decreto-Lei nº 4.657/1942, dispõe no art. 6º que: "A Lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitadas o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada". O artigo 5º, XXXVI, da CF88 pontifica: "a Lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada".

Observe-se que tanto a Lei de Introdução ao Código Civil quanto a própria Constituição de 1988 apenas garantem direitos adquiridos em face de lei, mas não em face de uma nova constituição. Assim, data máxima vênua, ousamos discordar dos mestres William Freire e de Lúcia Helena Alves dos Santos,<sup>17</sup> quando sustentam a permanência do instituto do manifesto de mina, mesmo diante da atual constituição. Ao contrário, filiamo-nos ao pensamento já esposado pelo orientador deste estudo, no que tange ao regime de propriedade pública dos recursos hídricos, em seu artigo "Possibilidades Normogenéticas dos Recursos Hídricos como Direito Fundamental",<sup>18</sup> bem como por outros autores.<sup>19</sup>

Em virtude do crescente processo de publicização das águas e pelo texto previsto na vigente Constituição, acreditamos ter sido extinta a categoria de águas privadas, prevista no Código de Águas.

A questão, porém, é bastante controversa, valendo citar a posição do mestre Carvalho Filho,<sup>20</sup> que se assemelha à dos referidos autores do Direito Minerário, no que tange aos manifestos de minas: "Ousamos discordar desse entendimento. A uma, porque não vislumbramos no texto constitucional tal desiderato; a duas, porque a norma da Lei nº 9.433 deve ser interpretada em relação às águas que são efetivamente públicas".

Este administrativista concorda que as águas, em sua maioria, sejam bens públicos, mas não afasta a possibilidade da existência de águas privadas. Carvalho Filho crê que as águas formadas em áreas privadas (pequenos açudes e lagos, locais de armazenamento de água da chuva através da construção de cisternas, por exemplo) são bens privados, ainda que eventualmente tenham sido captados de águas públicas.

Em nosso entendimento, todos os recursos hídricos são públicos. O que pode variar é a necessidade ou não de outorga, já que, de fato, esta não se exige para o uso de recursos hídricos para se satisfazer as necessidades de

.....

<sup>16</sup> "Art. 177. Constituem monopólio da União: [...] V – a pesquisa, a lavra, o enriquecimento, o reprocessamento, a industrialização e o comércio de minérios e minerais nucleares e seus derivados, com exceção dos radioisótopos cuja produção, comercialização e utilização poderão ser autorizadas sob regime de permissão, conforme as alíneas b e c do inciso XXIII do caput do art. 21 desta Constituição Federal."

<sup>17</sup> SANTOS, op. cit.

<sup>18</sup> RIBEIRO DA SILVA, Leandro. Possibilidades Normogenéticas dos Recursos Hídricos como Direito Fundamental. In: *Direitos Fundamentais: novos direitos*. Lúmen Juris. Rio de Janeiro: 2006. p. 33 a 65.

<sup>19</sup> VIEGAS, Eduardo Coral. *Visão Jurídica da Água*. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2005. p. 78.

<sup>20</sup> CARVALHO FILHO, op. cit. p. 926-927.

pequenos núcleos populacionais, distribuídos no meio rural; as derivações, captações e lançamentos considerados insignificantes, tanto do ponto de vista de vazão como de carga poluente; e as acumulações de volumes de água consideradas insignificantes.

#### 4 Da utilização da água, bem de uso comum do povo

A outorga de direito de uso de recursos hídricos é um dos seis instrumentos da Política Nacional de Recursos Hídricos, estabelecidos no inciso III do art. 5º da Lei Federal nº 9.433/1997. É o ato administrativo mediante o qual o poder público outorgante (União, estado ou Distrito Federal) faculta ao outorgado (requerente) o direito de uso de recurso hídrico, por prazo determinado, nos termos e nas condições expressas no respectivo ato. Esse instrumento tem como objetivo assegurar o controle quantitativo e qualitativo dos usos da água e o efetivo exercício dos direitos de acesso aos recursos hídricos.

A Lei nº 9.433/97 partiu do pressuposto de que a água, recurso natural limitado, dotado de valor econômico, pode ser aproveitada para diversas finalidades, como: abastecimento humano, dessedentação animal, irrigação, indústria, geração de energia elétrica, preservação ambiental, paisagismo, lazer, navegação, etc. Porém, muitas vezes esses usos podem ser concorrentes, gerando conflitos entre setores usuários ou até mesmo impactos ambientais.

Neste sentido, gerir recursos hídricos é uma necessidade premente e que como objetivo buscar acomodar as demandas econômicas, sociais e ambientais por água em níveis sustentáveis, de modo a permitir a convivência dos usos atuais e futuros sem conflitos.<sup>21</sup> Os diferentes setores usuários de á-



<sup>21</sup> Segundo a *Declaração Universal dos Direitos da Água*, redigida pela ONU: “1. A água faz parte do patrimônio do planeta. Cada continente, cada povo, cada nação, cada região, cada cidade, cada cidadão, é plenamente responsável aos olhos de todos. 2. A água é a seiva de nosso planeta. Ela é condição essencial de vida de todo vegetal, animal ou ser humano. Sem ela não poderíamos conceber como são a atmosfera, o clima, a vegetação, a cultura ou a agri-cultura. 3. Os recursos naturais de transformação da água em água potável são lentos, frágeis e muito limitados. Assim sendo, a água deve ser manipulada com racionalidade, precaução e parcimônia. 4. O equilíbrio e o futuro de nosso planeta dependem da preservação da água e de seus ciclos. Estes devem permanecer intactos e funcionando normalmente para garantir a continuidade da vida sobre a Terra. Este equilíbrio depende em particular, da preservação dos mares e oceanos, por onde os ciclos começam. 5. A água não é somente herança de nossos predecessores; ela é, sobretudo, um empréstimo aos nossos sucessores. Sua proteção constitui uma necessidade vital, assim como a obrigação moral do homem para com as gerações presentes e futuras. 6. A água não é uma doação gratuita da natureza; ela tem um valor econômico: precisa-se saber que ela é, algumas vezes, rara e dispendiosa e que pode muito bem escassear em qualquer região do mundo. 7. A água não deve ser desperdiçada, nem poluída, nem envenenada. De maneira geral, sua utilização deve ser feita com consciência e discernimento para que não se chegue a uma situação de esgotamento ou de deterioração da qualidade das reservas atualmente disponíveis. 8. A utilização da água implica em respeito à lei. Sua proteção constitui uma obrigação jurídica para todo homem ou grupo social que a utiliza. Esta questão não deve ser ignorada nem pelo homem nem pelo Estado. 9. A gestão da água impõe um equilíbrio entre os imperativos de sua proteção e as necessidades de ordem econômica, sanitária e social. 10. O planejamento da gestão da água deve levar em conta a solidariedade e o consenso em razão de sua distribuição desigual sobre a Terra.

gua têm igualdade no direito de acesso a esse bem, conforme a Lei nº 9.433/97. A única exceção por ela estabelecida é que em situações de escassez, a prioridade de uso da água no Brasil é o abastecimento público e a dessementação de animais.

É por isso que o instrumento da Outorga se mostra necessário, pois ordenando e regularizando o uso da água é possível assegurar ao usuário o efetivo exercício do direito de acesso à água, bem como realizar o controle quantitativo e qualitativo desse recurso.

Como o domínio das águas é compartilhado entre União e estados, havendo ainda a competência dos municípios para as questões de interesse local, é previsto o Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos (art. 32 da Lei nº 9.433/97), integrado por órgãos dos poderes públicos federal, estadual e municipal, que devem atuar em regime de gestão associada em face dos interesses que os aproximam.

Para controle da correta aplicação da política nacional dos recursos hídricos, a lei contemplou também a criação da Agência Nacional de Águas (ANA), que se deu através da Lei nº 9.984/2000. Entre as atribuições da referida entidade – que se qualifica como agência reguladora, tendo sido criada sob a forma de autarquia de regime especial, vinculada ao Ministério do Meio Ambiente – estão: a supervisão, o controle e avaliação das ações e atividades decorrentes do cumprimento da disciplina federal relacionada com os recursos hídricos.

De acordo com o inciso IV, do art. 4º, da Lei Federal nº 9.984/2000, compete à ANA outorgar, por intermédio de autorização, o direito de uso de recursos hídricos em corpos de água de domínio da União, bem como emitir outorga preventiva. Também é competência da agência a emissão da reserva de disponibilidade hídrica para fins de aproveitamentos hidrelétricos e sua consequente conversão em outorga de direito de uso de recursos hídricos, estando a questão regulamentada pela Resolução nº 707/2004. A outorga, segundo a resolução da ANA, é indispensável para:

- A derivação ou captação de parcela da água existente em um corpo d'água para consumo final, inclusive abastecimento público, ou insumo de processo produtivo;
- Extração de água de aquífero subterrâneo para consumo final ou insumo de processo produtivo;
- Lançamento em corpo de água de esgotos e demais resíduos líquidos ou gasosos, tratados ou não, com o fim de sua diluição, transporte ou disposição final;
- Uso de recursos hídricos com fins de aproveitamento dos potenciais hidrelétricos;
- Outros usos que alterem o regime, a quantidade ou a qualidade da água existente em um corpo de água.

Em corpos hídricos de domínio dos Estados e do Distrito Federal, a solicitação de outorga deve ser feita às respectivas autoridades outorgantes

estaduais, devendo-se atentar para as legislações sobre recursos hídricos de cada uma das unidades da Federação.<sup>22</sup>

## 5 Conclusão

De acordo com as classificações em gerações ou dimensões de direitos fundamentais, apontamos que o direito à água integra o rol dos chamados “direitos de solidariedade ou fraternidade”.

A preservação dos recursos hídricos para a presente e às futuras gerações é direito fundamental, que necessita, para sua efetivação, da intervenção do Estado, fiscalizando o seu uso, de modo a garantir a saúde e o bem-estar humanos, bem como o equilíbrio ecológico aquático. Por isso, sustentamos que, desde 1988, não existem mais águas particulares.

Deve-se ressaltar que a água, como recurso escasso, é um direito humano, componente essencial do conceito de “meio ambiente ecologicamente equilibrado”, direito garantido pelo artigo 225 de nossa Constituição.



<sup>22</sup> AGÊNCIA NACIONAL DAS ÁGUAS. Disponível em: <<http://www.ana.gov.br/Institucional/Aspar/legislacaoEstadosDF.asp>>.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Trad.: Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito constitucional*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*, 14. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- FREIRE, William. *Comentários ao Código de Mineração*. 2. ed. Rio de Janeiro: Aide, 1996.
- GUERRA FILHO, Willis Santiago. Direitos fundamentais, processo e princípio da proporcionalidade. In: \_\_\_\_\_ (Org). *Dos Direitos Humanos aos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.
- \_\_\_\_\_. *Introdução ao Direito Processual Constitucional*. Porto Alegre: Síntese, 1999.
- GRANZIERA, Maria Lucia Machado, *Direito de Águas*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2006.
- MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- PIOVESAN, Flávia. *Temas de Direitos Humanos*. São Paulo: Max Limonad, 1998.
- POMPEU, Cid Tomanik. *Direito de Águas no Brasil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- RIBEIRO DA SILVA, Leandro. Possibilidades Normogenéticas dos Recursos Hídricos como Direito Fundamental. In: *Direitos Fundamentais: Novos Direitos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- SANTOS, Lúcia Helena Alves dos. O Direito Minerário e o instituto do manifesto de mina. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 13, n. 1.964, 16 nov. 2008. Disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11965>  
Acesso em: 26 abr. 2009.
- VEIGAS, Eduardo Coral. *Visão Jurídica da Água*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

# ⊙ Relatório Supiot: dez anos depois

Cláudia Paiva\*

O livro *Transformações do Trabalho e Futuro do Direito do Trabalho na Europa*,<sup>1</sup> mais conhecido como o *Relatório Supiot*, é o resultado do trabalho de uma comissão criada pela União Europeia para identificar os principais desafios a serem enfrentados pelos países europeus decorrentes da disparidade entre as legislações trabalhistas, além das diferentes realidades do mundo do trabalho de cada país.

A comissão multidisciplinar representava 8 dos 15 países que integravam a União Europeia à época (atualmente são 27 países) e era composta por Maria Emilia Casas (jurista espanhola e atual presidente do Tribunal Constitucional Espanhol); Anders Johansson (perito sueco em organização do trabalho); Pamela Meadows (cientista política inglesa); Enzo Mingione (sociólogo italiano), entre outros; e, como relator geral, o jurista francês Alain Supiot.

Supiot, um dos mais importantes autores do Direito do trabalho na França, é professor da Universidade de Bordeaux e apenas seu último livro – *Homo Juridicus: Ensaio sobre a Função Antropológica do Direito* – foi publicado no Brasil.

O Relatório Supiot é um profundo olhar sobre a natureza mutável do trabalho e de suas instituições. Sua publicação na Europa (francês e espanhol em 1999, inglês em 2001, italiano e português em 2003) provocou um amplo debate sobre a função da legislação trabalhista e como ela pode ser modernizada para que proteja os interesses dos trabalhadores de forma efetiva na atual conjuntura econômica globalizada.

Trata-se de uma obra que tem muito a contribuir no debate sobre a reforma trabalhista brasileira por sua abordagem inovadora e, principalmente,



\* Mestranda do PPGD/UFRJ. Endereço eletrônico: claudia.paiva@globo.com

<sup>1</sup> Todas as citações têm como referência: SUPIOT, A. et al. *Transformações do trabalho e futuro do Direito do trabalho na Europa*. Coimbra: Coimbra, 2003. 335 p.

antidogmática. Mesmo já tendo se passado dez anos de sua primeira publicação (*Au-Delá de L'emploi*, Flammarion, 1999), continua atual e com propostas que poderiam ser aplicáveis à realidade brasileira, apesar de o próprio Supiot alertar que não se trata de “avançar receitas jurídicas que sejam diretamente aplicáveis aos vários países”.

O Relatório Supiot foi organizado em torno de cinco temas principais (Trabalho e Poder Privado, Estatuto Profissional, Tempo, Organização Coletiva e Poderes Públicos), além de terem sido acrescentados dois temas complementares ao projeto original: um sobre a transformação do trabalho das mulheres e outro sobre o desempenho econômico.

No primeiro capítulo, Supiot afirma que a função histórica fundamental do Direito do Trabalho tem sido assegurar as condições de coesão social e que, para continuar a exercer esta função, o Direito do Trabalho precisa acompanhar a evolução das formas de organização do trabalho na sociedade contemporânea, sem ficando fechado sobre as que lhe deram origem.

A forma de organização que deu origem ao Direito do Trabalho é o chamado “modelo fordista”. Neste modelo, há a preponderância dos contratos salariais de tempo integral, baseados na troca da subordinação pela estabilidade e garantia de emprego, o que não atende mais às demandas da sociedade pós-industrial.

A diversidade de modelos de organização reflete a diversidade dos modos de produção, e o recurso ao trabalho autônomo, à subcontratação ou à externalização da mão de obra tanto pode corresponder à busca de uma diminuição dos custos em atividades tradicionais, como também a estratégias de inovação em setores de elevado nível de qualificação.

Ainda no primeiro capítulo, Supiot considera a evolução da subordinação ambivalente, pois ao mesmo tempo em que há progressos na autonomia no trabalho, aumenta-se o peso da subordinação em novas formas de emprego precário. A “face feliz” da autonomia traduz-se na substituição da organização piramidal pela organização em rede, com o poder sendo exercido por meio da avaliação de resultados do trabalho, e não pelo seu conteúdo. A “face triste” ocorre, por exemplo, nos contratos de aprendizagem oferecidos aos jovens ou nos contratos a prazo determinado. Nestes, ao poder normal de direção soma-se o poder de dar, ou não, continuidade à relação de trabalho no final do contrato.

A externalização da mão de obra, segundo o Relatório, “coloca ao Direito do Trabalho duas categorias de problemas de natureza diferente: a da fraude social, que consiste em interpor uma empresa de fachada entre o trabalhador e o seu verdadeiro empregador; e a da verdadeira externalização ou subcontratação, na qual o empregador fica numa situação de dependência técnica ou econômica em relação a outra empresa”.

Para Supiot, “é duvidoso que, algum dia, seja suficiente um único critério para caracterizar o trabalho assalariado. Este não é um dado adquirido, com existência própria, mas sim uma construção jurídica constantemente reiniciada”. E este também é o debate brasileiro envolvendo a Súmula nº



331, do Tribunal Superior do Trabalho, o que revela a dificuldade nas legislações trabalhistas para identificar a natureza da “externalização” ou que permita “enquadrar este tipo de prestação e separar o trigo (flexibilidade) do joio (tráfico de mão de obra)”.

O estatuto profissional do trabalhador é o tema do segundo capítulo. O estatuto profissional “fordista”, relativamente homogêneo e estável, caracterizava-se pelo tipo ideal de “um chefe de família homem (o que ganhava o pão) que, após uma formação relativamente curta, ocupava de forma duradoura o mesmo emprego, ou o mesmo tipo de emprego, na mesma empresa ou, pelo menos, no mesmo ramo, antes de passar a uma merecida reforma, poucos anos antes de morrer”.

O fato de este estatuto nunca ter beneficiado mais do que uma parte dos trabalhadores não o impediu, no entanto, de se tornar uma referência para os que almejavam aquela “situação estável”. É justamente a falta desta estabilidade que caracteriza os modelos pós-fordistas de organização do trabalho, apesar de as empresas continuarem a exigir tanto, ou mais, de seus empregados.

O Relatório Supiot, de forma inovadora, constata que o Direito do Trabalho não deve criar obstáculos à evolução dos métodos de organização do trabalho, mas deve, sim, harmonizar os novos imperativos de flexibilização com a necessidade de garantir o estatuto profissional dos trabalhadores.

A originalidade desta abordagem consiste em pensar o estatuto dos trabalhadores baseado não mais na titularidade de um emprego, mas na continuidade de um estado profissional, independentemente da diversidade dos empregos ocupados, ou seja: não mais uma organização estática, mas uma organização dinâmica do trabalho.

Trata-se, segundo o Relatório, de proteger o trabalhador, não contra a decisão de demissão propriamente dita, mas contra as consequências dessa decisão. Afinal, uma forte proteção contra a demissão contribui mais para dificultar novas admissões do que para salvaguardar o emprego, e esta é uma lição que precisamos aprender no Brasil, quando existem tentativas de dificultar ainda mais a demissão sem justa causa.

Ao final deste capítulo, Supiot afirma que existem duas interpretações para a atual conjuntura. Na primeira, a natureza do trabalho não sofreu alterações fundamentais na sociedade pós-industrial, e o que mudou foi a relação de forças entre capital e trabalho. A segunda interpretação “defende que não foi só o capital que mudou, mas também o trabalho, de forma parcialmente autônoma. [...] Em resumo, a relação salarial não se desestabiliza apenas devido às transformações do capital, mas também devido às transformações do trabalho. Este segundo tipo de interpretação, mais complexo, parece ter prevalecido”. E acrescenta que a primeira interpretação faz com que o Direito do Trabalho tenha um *dever de resistência*, enquanto a segunda estabelece, como estratégia, uma *simples adaptação*.

Entretanto, Supiot acredita que nenhuma dessas duas estratégias é satisfatória, por conduzirem a sociedade a uma dualização, concebendo uma terceira estratégia: a *adaptação ativa*, que consiste na reinstitucionaliza-

ção da relação de trabalho. E explica: “Reinstitucionalizar, neste caso, significa fixar regras, determinar espaços de negociação das regras, permitir a atores coletivos intervir de forma eficaz”.

Esta, creio, é a recomendação fundamental do Relatório Supiot, qual seja, ultrapassar o modelo de emprego de forma ativa e não, defensiva.

No terceiro capítulo, o Relatório Supiot constata que a relação com o tempo também mudou. A configuração objetiva do tempo no modelo “fordista”, com a obrigação de disponibilidade temporal por parte do trabalhador, já não dá mais conta nos modelos pós-fordistas de trabalho, que são cada vez mais individuais e heterogêneos – ou seja, cada vez mais subjetivos. Para compreender as novas figuras de tempo, segundo Supiot, é necessário compreender as transformações na organização do trabalho, como por exemplo, nas variantes japonesas do toyotismo, um modelo mais bem adaptado ao contexto de incerteza que caracteriza a economia contemporânea e que pode ser considerado como um neofordismo.

Isso significa que o modelo de tempo homogêneo já não mais convém ao novo mundo do trabalho e que a individualização do tempo resulta das novas formas de organização, contemplando outras formas de partilhar o tempo, como a promoção do regime de tempo parcial.

Outras formas de partilhar o tempo e, ao mesmo tempo, favorecer novas contratações, diminuindo o desemprego, foram experimentadas na Europa, como a redução da jornada semanal do trabalho e a redução da idade de aposentadoria, ambas com “efeitos colaterais”. No caso da redução da jornada, muitos trabalhadores acabam assumindo uma dupla jornada de trabalho como forma de ampliar seus rendimentos; e, quanto à antecipação da aposentadoria, o incremento no custo da previdência social obviamente não justifica a nova contratação.

Considerando as alterações legislativas, Supiot afirma que “todo este movimento de individualização e de heterogeneidade do tempo condena à impotência as leis que continuem a considerar o tempo de trabalho como uma referência objetiva, um dado do sistema de relações de trabalho”.

A organização coletiva das relações profissionais, bem como os mecanismos jurídicos de representação e negociação coletiva são os temas do quarto capítulo e, segundo Supiot, foram profundamente afetados pelas transformações ocorridas no âmbito da organização do trabalho. É esta nova organização que determina o desenho atual das instituições laborais ou, nas palavras de Supiot: “nesta nova arquitetura, já não é com base na profissão que se constroem as identidades coletivas, mas com base na pertença a uma empresa ou a um setor de atividade”.

O Relatório Supiot observa que o recurso à negociação coletiva tem sido generalizado, quase como uma passagem obrigatória na elaboração do Direito, ampliando notadamente suas funções e objetos para além dos aumentos de salário e ganhos de produtividade.

Segundo o Relatório, uma “tendência geral é no sentido de a lei se esvaziar de disposições substanciais, estipulando no seu lugar regras proces-

suas destinadas a garantir o direito à negociação coletiva". É o "direito negociado" ampliando a sua atuação e substituindo o "direito legislado" em todos os sistemas de relações de trabalho.

Dessa forma, alerta o Relatório Supiot, "os sindicatos devem adaptar as suas formas de organização, ou seja, as suas estruturas e a sua ação à heterogeneidade do mundo do trabalho". De fato, as nossas organizações sindicais – patronais e laborais – estão muito longe de compreenderem seu papel na obtenção do consenso e da coesão social em uma sociedade complexa, cujos interesses não podem mais ser classificados na simples oposição capital vs. trabalho.

No quinto capítulo, o Relatório Supiot trata das transformações e das perspectivas de evolução do papel do Estado e de como que essas mudanças afetam a organização do mercado de trabalho, além de analisar o Estado como empregador.

Existem diferenças significativas na maneira como o Estado desenvolveu-se nos países europeus e não há, segundo Supiot, dois países na Europa em que o papel do Estado, em matéria de relações de trabalho, seja concebido da mesma forma. Existem, entretanto, três modelos – continental, britânico e nórdico –, sendo o continental o mais próximo da nossa realidade.

Os dois últimos capítulos do Relatório Supiot tratam de temas que talvez tenham perdido a atualidade, mas não deixam de ainda trazer contribuições, como no capítulo que trata da questão da discriminação de mulheres no âmbito do trabalho. Uma orientação do relatório é a dedicação especial à questão da representação dos interesses das mulheres nas negociações coletivas, considerando a constituição basicamente masculina no mundo sindical e patronal.

Outros aspectos importantes da questão do trabalho na Europa não foram tratados pelo Relatório Supiot, como o trabalho dos imigrantes, pois existia uma outra comissão encarregada de analisar o fenômeno da imigração, além do fato de a União Europeia ter ampliado consideravelmente suas fronteiras, comprometendo a abrangência do relatório. Entretanto, essas questões são específicas do contexto europeu, enquanto os outros aspectos abordados no Relatório Supiot superam a questão geográfica e histórica, exportando reflexões, ainda atuais, para além de suas fronteiras.

Concluindo, o Relatório Supiot propõe assumir uma visão ampliada da vida de trabalho, que não se limita apenas ao trabalho assalariado. Além disso, a questão do estado profissional das pessoas deve ser baseada nessa perspectiva de trabalho e ser capaz de associar os imperativos de liberdade e segurança, apesar da natureza mutável do trabalho, de suas instituições e de seus modelos.

Podemos concluir, ainda, que o modelo "fordista" ou o trabalho industrial não desapareceu, mas que a diversidade e a coexistência de modelos ou de sistemas de organização da produção e do trabalho constituem o que pode ser considerada a maior característica das sociedades atuais, tanto no Brasil quanto na Europa. Para Supiot, "o binômio mudança/conservação é, portanto, essencial para uma compreensão correta destas transformações".

Decorridos dez anos, podemos afirmar que o Relatório Supiot apresenta várias possíveis respostas institucionais às mudanças no mundo do trabalho que, sem dúvida, podem contribuir para o necessário redesenho das instituições trabalhistas brasileiras.

## NORMAS PARA PUBLICAÇÃO DE TRABALHOS

1) A Revista é aberta e composta fundamentalmente de artigos resultantes de monografias, dissertações, teses e pesquisas, bem como de ensaios, resenhas, entrevistas, resumos de palestra, relatórios adaptados de pesquisa científicas e registros significativos.

2) Edições especiais podem ser publicadas e as normas abaixo poderão sofrer alterações. Números assim reconhecidos poderão passar por tratamento editorial e gráfico diferenciado.

3) Os artigos devem ser encaminhados à Equipe Editorial com 1 gravação em CD-R e 3 cópias impressas, entre 15 a 20 laudas, com 25 linhas de 70 toques, fonte Times New Roman, corpo 12, em espaço interlinear de 1,5 cm, todas as margens com 2,5 cm, em papel formato A-4. Essas dimensões incluem as referências bibliográficas completas e possíveis ilustrações. As resenhas não devem exceder a 3 laudas.

4) O artigo deverá ter o nome completo do(s) autor(es), sua formação profissional, títulos acadêmicos, cargos, nome e endereço completos da instituição a qual está(ão) vinculado(s), telefone e e-mail, dados em folha separada do corpo do artigo.

5) A primeira página do texto deverá conter:

– somente o título do artigo, sem nome(s) do(s) autor(es), constando, no máximo, 10 palavras.

– o resumo deve ter até 150 palavras.

– devem ter entre três a cinco palavras-chave, escolhidas entre aquelas que possam classificar com precisão o trabalho em pesquisa bibliográfica, para efeito de indexação.

6) Serão aceitas contribuições em português, espanhol ou inglês. Em relação à língua dos Resumos e palavras-chave, a orientação é a seguinte:

– artigo em português e inglês, o resumo e as palavras-chave só deverão ser em português e inglês.

– artigo em espanhol, o resumo e palavras-chave deverão ser em espanhol, português e inglês.

7) As notas de rodapé devem ser evitadas; quando indispensáveis, não deverão exceder a quatro linhas.

8) Os trabalhos enviados à Revista devem ser inéditos, não é permitida sua apresentação simultânea em outro periódico. A Equipe Editorial reserva-se o direito de exclusividade na publicação de artigos e similares, cabendo

avaliar as exceções. O copyright dos artigos publicados pertence a seus autores e os direitos autorais de cada edição pertencem à *Faculdade Nacional de Direito da UFRJ*; portanto, caso os autores do artigo queiram republicá-los em coletâneas ou outros periódicos, solicita-se obrigatoriamente mencionar a primeira publicação na *Revista Jurídica da Faculdade Nacional de Direito da UFRJ*

9) As colaborações não encomendadas são encaminhadas à Equipe Editorial a quem cabe recomendar a publicação. Quando da não coincidência de avaliações, o artigo será submetido a outro terceiro parecerista. A Equipe Editorial da Revista poderá sugerir aos autores modificações.

10) Os originais enviados à Revista serão considerados definitivos. Os originais não aprovados serão inutilizados e a Equipe Editorial se compromete, ainda, a enviar resposta, positiva ou negativa, por e-mail e/ou diretamente ao(s) seu(s) autor(es). A simples remessa de originais à revista implica a autorização para publicações. Será assegurado o anonimato para os autores no processo de avaliação e aos pareceristas sobre sua avaliação, em qualquer circunstância.

11) Réplicas e comentários sobre os artigos publicados são do interesse da Revista e, se aceitos para publicação, serão enviados aos autores para conhecimento prévio às publicações e para direito a tréplicas, preferencialmente no mesmo número.

12) Os artigos publicados farão jus a um exemplar da Revista, que será enviado pelo Comitê Editorial.

13) Não serão pagos direitos autorais.

14) Não serão publicados artigos que atentem contra a ética profissional, que emitam preconceitos de qualquer natureza ou pontos de vista incompatíveis com a Linha Editorial da Revista.

15) Os artigos e similares devem obedecer às normas da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT) e devem ser entregues à Revista, revisados segundo as regras gramaticais vigentes.

#### CITAÇÕES E REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

O conteúdo dos artigos, incluindo suas citações e referências, entregues pelos autores à Revista para publicação, são de responsabilidade dos seus respectivos autores.

Citações (Segundo a NBR/Agosto de 2002):

- As citações devem seguir a orientação autor-data;
- Citação de até 3 linhas: dentro do corpo do texto, entre aspas, fonte igual à do texto.
- Citação de mais de 3 linhas: fora do corpo do texto, fonte 11, recuada para a linha do parágrafo, sem aspas, ou qualquer outro destaque, espaçamento interlinear simples, margem direita igual à do texto.
- Nome do autor, para os dois casos acima:

a) no corpo do texto (grafia normal para nomes próprios). Exemplo: Segundo Costa (2002, p. 39), “A sociedade civil (...)”.

b) entre parênteses, em caixa alta. Exemplo: “A sociedade civil (...)” (COSTA, 2002, p. 39).

Referências Bibliográficas (serão obrigatórias e só devem ser feitas da bibliografia efetivamente citada no artigo ou similar)

Exemplos:

a) Para livros (obra completa):

ROCHA, C. L. A. *Princípios Constitucionais da Administração Pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

BITTAR, E. C. B. *Direito e ensino jurídico: legislação educacional*. São Paulo: Atlas, 2001.

b) Para capítulo de livro:

MORAES, L. C. S. de. Competência legislativa. In: *Curso de direito ambiental*. São Paulo: Atlas, 2002. cap. 2, p.54-68.

MACHADO, A. M. O. O estágio de estudantes: oportunidade de aprendizado ou porta aberta para a fraude aos direitos trabalhistas?. In: Gilberto Stürmer. (Org.). *Questões Controvertidas de Direito do Trabalho e outros Estudos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 21-32.

c) Para periódicos – revistas:

TÁCITO, C. Bases Constitucionais do Direito Administrativo. *Revista de Direito Público*, vol. 81. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

d) Para dissertações/teses:

DEMARCHI, C. *Medida liminar em mandado de segurança no Direito Educacional*. Itajaí, Dissertação de Mestrado em Ciência Jurídica, Faculdade de Direito, Universidade do Vale do Itajaí, 1998.

e) Para jornais:

DAMOUS, D. E quem vai nos defender? *O Globo*, Rio de Janeiro, 10 de fev., 2007. Tema em debate, Caderno 1, seção Opinião, p. 7.

f) Para meio eletrônico:

Reestruturação do curso jurídico em função da realidade social contemporânea do país. Disponível em: <http://metodocaso.blogspot.com> Acesso em: 7 dez. 2006.

