

UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO
FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
MESTRADO EM DIREITO

Liberdade e Decisão Judicial:

A AUTORIDADE DA VONTADE COMO
INSTRUMENTO LEGITIMADOR
DAS RAZÕES JURÍDICAS

JOÃO CLÁUDIO CARNEIRO DE CARVALHO

Recife, 2005.

JOÃO CLÁUDIO CARNEIRO DE CARVALHO

Liberdade e Decisão Judicial:
A AUTORIDADE DA VONTADE COMO
INSTRUMENTO LEGITIMADOR
DAS RAZÕES JURÍDICAS

MESTRADO EM DIREITO

Dissertação apresentada no Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito do Recife, Universidade Federal de Pernambuco (UFPE), como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre em Direito na área de concentração Filosofia, Sociologia e Teoria Geral do Direito, sob orientação do Professor Doutor João Maurício Adeodato, na linha de pesquisa Retórica Jurídica e Argumentação Jurídica.

Recife, 2005.

340.12 C3311	Carvalho, João Cláudio Carneiro de. Liberdade e decisão judicial: a autoridade da vontade como instrumento legitimador das razões jurídicas / João Cláudio Carneiro de Carvalho. – Recife: Edição do autor, 2005. 206p.
	Orientador: João Maurício Leitão Adeodato. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal de Pernambuco. CCJ. Direito, 2005.
	Inclui bibliografia: 1. Epistemologia jurídica. 2. Decisões Judiciárias. 3. Legitimidade – Crise. I. Adeodato, João Maurício Leitão. II. Título.
340.12	(CDD-Dóris de Queiroz Carvalho)
UFPE/CCJ-FDR/PPGD/EFR-JR BPPGD2005-04	

JOÃO CLÁUDIO CARNEIRO DE CARVALHO

LIBERDADE E DECISÃO JUDICIAL: A AUTORIDADE DA VONTADE COMO INSTRUMENTO LEGITIMADOR DAS RAZÕES JURÍDICAS.

Dissertação apresentada no Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito do Recife, Universidade Federal de Pernambuco (UFPE), como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre em Direito, na área de concentração de Filosofia, Sociologia e Teoria Geral do Direito, sob orientação do Professor Doutor João Mauricio Adeodato, na linha de pesquisa: Retórica Jurídica e Argumentação Jurídica.

Arguição Pública em 24/08/2005

A Banca Examinadora, composta pelos professores abaixo, submeteu o candidato à defesa em nível de Mestrado e a julgou nos seguintes termos:

Banca Examinadora:

.....
Professor Doutor Alexandre Ronaldo da Maia de Farias – UFPE.
Presidente

Julgamento:
Aprovado

.....
Professor Doutor André Regis de Carvalho – AESO.
1.º Examinador

Julgamento:
Aprovado

.....
Professor Doutor Torquato da Silva Castro Júnior – UFPE.
2.º Examinador

Julgamento:
Aprovado

Recife, 2005.

AGRADECIMENTOS

A DEUS, primeiramente.

Ao meu orientador, Professor Doutor João Maurício Adeodato, pela paciência, imprescindíveis colocações e principalmente pelo amigo dedicado que se mostrou ser.

Aos meus professores, com os quais tive a honra de conviver e compartilhar algumas das mais profundas horas de debates acadêmicos, nas pessoas especiais dos Doutores Eduardo Rabenhorst e Michel Zaidan.

Aos Professores Doutores Artur Stamford, Alexandre da Maia e Torquato de Castro Júnior pelas orientações, críticas e sugestões que tanto me ajudaram.

Ao meu dileto amigo Professor Doutor Zélio Furtado da Silva que se manteve sempre pronto e incansável a responder as minhas angústias.

Aos meus pais, sobretudo pelo exemplo de homem e mulher que são.

Ao pessoal da escolaridade, nas pessoas de Carminha, Gilka, Jôsy, Eurico e Vando, sempre tão amigos e prestativos.

DEDICATÓRIA

À minha família.

Aos meus amigos, cada um de seu modo, sempre passando forças, nas pessoas especiais de Gustavo Leal de Carvalho Filho e José Ribeiro Lins Neto.

Ao Doutor José Anchieta Félix da Silva, pessoa que descobri no cotidiano forense e passei a admirar; juiz íntegro, que me fez repensar muitas das minhas considerações céticas a respeito do Judiciário;

Dedico aos amigos que conquistei durante o Programa de Pós-Graduação, nas pessoas de Hugo Vinícius Jimenez e Fernando Gomes de Andrade.

À Day, pela paciência e pela pessoa especial que é para mim.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADCT	Ato e Disposições Constitucionais Transitórias
ADC	Ação Declaratória de Constitucionalidade
ADIn	Ação Direta de Inconstitucionalidade
Ag	Agravo
AgRg	Agravo Regimental
AI	Agravo de Instrumento
AgRAI	Agravo Regimental em Agravo de Instrumento
AgRgRCl	Agravo Regimental em Reclamação
AMB	Associação dos Magistrados Brasileiros
AOrig	Ação Originária
AR	Ação Rescisória
C/c	Combinado com
CC	Código Civil (Lei n.º 10.406/2002)
Cf	Conferir; Confira
CF	Constituição Federal
CF/88	Constituição Federal de 1988
CP	Código Penal
CPC	Código de Processo Civil (Lei n.º 5.869/73)
Cf tb	Conferir também; Confira também
DJ	Diário da Justiça
DOE	Diário Oficial do Estado
DOU	Diário Oficial da União
ED	Embargos de Declaração
HC	Habeas Corpus
IBF	Instituto Brasileiro de Filosofia
IP	Inquérito Penal
j:.	Julgado

em

JSTF	Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal
LC	Lei Complementar
Lim	Liminar
MC	Medida Cautelar
MI	Mandado de Injunção
Min	Ministro
MP	Ministério Público / Medida Provisória
MS	Mandado de Segurança
PET	Petição
PL	Projeto de Lei
RE	Recurso Extraordinário
REsp	Recurso Especial
RCI	Reclamação
RO	Recurso Ordinário
RT	Revista dos Tribunais
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
T	Turma
TRF5R	Tribunal Regional Federal da 5. ^a Região
TRT	Tribunal Regional do Trabalho
TRE	Tribunal Regional Eleitoral
TSE	Tribunal Superior Eleitoral
TJ	Tribunal de Justiça
V.g	<i>Verbi gratia</i>

RESUMO

CARVALHO, João Cláudio Carneiro de. Liberdade e decisão judicial: a autoridade da vontade como instrumento legitimador das razões jurídicas. 2005. 205p. Dissertação de Mestrado – Centro de Ciências Jurídicas/ Faculdade de Direito do Recife, Universidade Federal de Pernambuco, Recife.

Esta dissertação tem como pano de fundo a crise das funções públicas estatais, notadamente a crise de credibilidade que atravessa o Poder Judiciário brasileiro, constada em meio ao crescimento de caminhos alternativos para solução de conflitos, como o pluralismo de jurisdição, a mediação e a arbitragem. As decisões oriundas do poder judiciário vêm sendo apresentadas como estratégias de manutenção de poder, fazendo jus às convicções pessoais do julgador. O direito, não aquele idealizado pelas escolas dogmáticas, perdeu seu referencial teórico, realizando-se casuisticamente através de sentenças que julgam instintivamente, a pretexto de uma justiça ou moral, guiada pelo subjetivismo. Com efeito, o discurso oficial encontra base em elementos não dogmáticos que conduzem a tomada de decisão, muito embora o julgador apresente uma homilia ornada, fruto da utilização de ferramentas retóricas, sonhando as premissas de onde partiu. A crítica que se faz ao formalismo é devida à característica que possui de conseguir, através de fórmulas engendradas, esconder as vicissitudes de um decisão. Utilizando a técnica conhecida como análise de discurso, a dissertação decompõe a decisão do Supremo Tribunal Federal, que denegou pedidos de intervenção federal por descumprimento de ordem judicial, tendo sido verificados inúmeros artifícios retóricos que servem à manipulação das razões jurídicas e aos exercícios argumentativos, criando a ilusão de certeza em meio a insegurança e incerteza.

Palavras chave: 1. Crise de autoridade 2. Vontade 3. Discurso judicial

ABSTRACT

CARVALHO, João Cláudio Carneiro de. Judicial Decision and Freedom: the will of authority as legitimate instrument of judicial reasons. 2005. f. 205. Master Degree - Centro de Ciências Jurídicas/ Faculdade de Direito do Recife, Universidade Federal de Pernambuco, Recife.

This dissertation has as background the crisis in the state-owned company functions, especially the crisis of credibility which the Brazilian Judiciary Power has been going through due to the growth of the alternative means adopted to solve conflicts such as the pluralism of jurisdiction, mediation and arbitration. The decisions which come from the judiciary power have been presented as strategies to maintain the power assuring the personal conviction of whom judges. The law – not the one idealized by dogmatic schools – has lost its theoretic reference happening casuistically through sentences which are judged instinctively by the excuse of a justice or moral guided by the subjectivism. As a result the official discourse finds non-dogmatic elements which leads to the decision taking, much even so the judge presents an ornate homily which comes from usage of rhetoric, hiding the premises where it came from. The criticism made about the formalism is due to the characteristic which it owns of getting through invented formulas to hide the vicissitudes of a decision. Using a technique known as the discourse analysis, the dissertation alters deeply the Federal Supreme Court which denied requests of federal intervention because of an in compliance of judicial order. It has been verified countless rhetorical stratagem which are used to manipulate the judicial reasons and the argumentative exercise, creating the illusion of certainty within an atmosphere of insecurity and uncertainty.

Key words: 1. Authority crisis 2. Will 3. Judicial discourse

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO

I.	A crise do judiciário como ambiente da dissertação	12
II.	Autoridade, poder e legitimidade	18
III.	Vontade, interpretação e argumentação	21
IV.	Decisão, epistemologia e estética	24
V.	Supremo Tribunal e a Decisão denegatória de Intervenção Federal	26
VI.	Técnicas utilizadas na redação: aspectos metodológicos	29

1. CRISE E LEGITIMIDADE

O USO ALTERNATIVO DO DIREITO COMO TESTEMUNHA DA BUSCA POR UM DISTANCIAMENTO DO MODELO OFICIAL DE DECIDIR

1.1	Carestia, burocracia e descrença: vetores da crise judiciária	33
1.2	Direito alternativo como resposta: o problema da fixação conceitual em face da realidade da periferia	38
1.3	Base epistemológica: o pluralismo de jurisdição como via alternativa à solução de litígios	42
1.4	Judiciário Brasileiro: o anúncio dos sinais entrópicos	49

2. LEGITIMIDADE, AUTORIDADE E FORMALISMO: PARA ENTENDER A MUTABILIDADE HISTÓRICA DO CONCEITO DE DIREITO

2.1	Pretensões e esclarecimentos metodológicos	54
2.2	Poder, Igreja e Racionalidade: da dialética escolástica à razão iluminista	57
2.3	Autoridade e Direito: sobre a mutabilidade do conceito de direito na história	64

3. OS ELEMENTOS NÃO DOGMÁTICOS INFLUENCIADORES DA HERMENÊUTICA DA DECISÃO JUDICIAL

3.1	Entre tomar e apresentar a decisão judicial	77
-----	---	----

3.2	Problemática da interpretação dos textos normativos	82
3.3	Fixação hermenêutica do conteúdo normativo	85
3.4	Cotidiano, lei em tese e o direito aplicado	89
4. A VONTADE COMO CONCRETIZADOR ALOPOIÉTICO		
4.1	Considerações metodológicas	97
4.2	Vontade e hermenêutica judicial	100
4.3	Vontade, liberdade e causação fenomênica	102
4.3	O Direito e a lógica da vontade: desde a eleição da norma aplicável ao caso à sua incidência	109
5. IDEOLOGIA E DISFARCE		
A RETÓRICA A SERVIÇO DA LEGITIMAÇÃO ARGUMENTATIVA		
5.1	Importância da retórica aristotélica para as sociedades ocidentais	118
5.2	Instabilidade conceitual da retórica e teoria do entimema	122
5.3	<i>Topos</i> , tópica e decisão judicial	129
5.4	Críticas ao procedimento argumentativo como pretense modelo para as decisões judiciais no Brasil	134
6. UMA SOCIOLOGIA DO PODER JUDICIÁRIO		
O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL COMO NEOMONARCA DOS SENTIDOS		
6.1	Limites metodológicos da pesquisa	143
6.2	Justiça brasileira: o problema do formalismo como problema do direito	146
6.3	O pedido de intervenção federal por não cumprimento de ordem ou decisão judicial	152
6.4	Supremo Tribunal Federal e o subsistema das boas relações	160
6.5	Concretização à brasileira: para entender o discurso do Supremo em sede de pedido de Intervenção Federal por descumprimento de ordem/decisão judicial	166
6.5.1	Relatório da IF n.º 2.915-5/SP	169
6.5.2	Divergência da valoração dos fatos assentados no relatório: primeiras questões subjetivas	170
6.5.3	Adentrando nas ornamentações discursivas na questão da IF n.º 2.915-5/SP	173
7. CONCLUSÕES.		
ILUSÃO, RELATIVISMO E DIREITO:		
UMA PERSPECTIVA CÉTICA PARA O PROBLEMA DA INCERTEZA		
DAS RAZÕES JURÍDICAS		
		188
REFERÊNCIAS		
I.	Livros, artigos e documentos da Internet	195
II.	Jurisprudências dos tribunais e processos em primeira instância.	204

INTRODUÇÃO

I. A CRISE DO JUDICIÁRIO COMO AMBIENTE DA DISSERTAÇÃO.

A denominada crise das instituições é de natureza, sobretudo, ética, moral e alcança todos os campos, público e privado, no Brasil (LIMA, 2000, p.112).

No intuito de desenvolver um trabalho que fosse fiel à área de concentração deste Mestrado em Direito (Sociologia, Teoria Geral e Filosofia do Direito), fiz uma escolha pontual: a crise do poder estatal, nomeadamente a crise do poder judiciário, “subsistema do poder jurídico”, na expressão de Herkenhoff (2004, p.143).

Objetivo, com este trabalho, propor um motivo para a crise que atravessa o poder judiciário brasileiro, atendo-me especificamente ao problema da credibilidade. O objeto estudado são os discursos judiciais, notadamente a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, firmada no sentido de denegar os pedidos de intervenção federal fundamentados no teimoso descumprimento, pelo executivo, das ordens ou decisões do próprio judiciário.

Mais adiante justificarei detalhadamente a escolha pelas decisões denegatórias de intervenção federal, que, adianto, deu-se de forma estratégica. Os pedidos de intervenção

levados ao Supremo, de que tratei, fundamentam-se no descumprimento, pelo executivo, de ordem judicial, cuja natureza seria a obrigação de dar, no caso, pagar precatórios.

Devido à formação da coisa julgada, os Estados deveriam entregar aos jurisdicionados a prestação pecuniária correspondente; entretanto, em afronta à Constituição, os Estados vêm ignorando os preceitos, o que justificou o ingresso, por parte dos jurisdicionados, da medida extrema (CF/88, art.34, VI). Ocorre que o Supremo tem-se posicionado pelo indeferimento dos pleitos através de discurso carregado de ideologia, escondida graças aos instrumentais retóricos.

Com efeito, a descrição da realidade brasileira a partir desses instrumentais parece fornecer base sólida para se entender o problema da legitimidade que atravessa o judiciário brasileiro. Na verdade, a questão mais específica é apresentar um modelo capaz de detalhar como são construídos os juízos jurídicos, qual o processo mental e/ou argumentativo que possibilita ao juiz sentenciar em um, e não em outro sentido (ATIENZA, 2002, p.329).

Para não perder o raciocínio, terei sempre em mira a crise do judiciário brasileiro, visto que é minha problemática central, ao mesmo tempo que justificativa dos escritos submetidos à avaliação do programa. O colapso do poder público no Brasil, inegável sob vários aspectos, pode ser analisado de múltiplas formas, daí a necessidade de cortes epistemológicos bem definidos.

Coloco as cartas sobre a mesa, pois não pretendo discutir se existe crise do judiciário – por que não do direito ? – ou se este cumpre seu papel social, com o que definitivamente não concordo. A anormalidade no funcionamento do poder público é algo,

pelo menos aqui, incontestável. Logo no primeiro capítulo procurei comprovar esse marco inicial, não através de pesquisas empíricas de opinião¹, mas por meio de outros dados sociais.

É que, caso utilizasse pesquisas de opinião, poderia me deparar com contestações metodológicas, como que tivesse edificado uma classe dos insatisfeitos contra a dos satisfeitos com o judiciário, o que seria disfuncional, tendo em vista a arbitrariedade que poderia inspirar. Confesso que procurei me esquivar desse método, já que a “[...] preocupação do pesquisador é descrever e explicar a realidade tal como ela se apresenta, tanto quanto possível como ela é, no mundo do ser” (SOUTO, C., SOUTO, S., 2003, p.55).

Fiel a essa máxima, preferi me afastar de entrevistas ou questionários. Aliás, Sousa Santos, no início de sua conhecida tese de doutoramento confeccionada à margem de uma favela carioca, fez observações claramente metodológicas, avisando que “[...] as repostas dos entrevistados [tenderiam] a padecer de vícios”; demonstrou que pesquisas de opinião são caracterizadas por distorções, possíveis induções pelo entrevistador ou tentativas de sobre-interpretação na valorização do presente sobre o passado, ou seja, prejuízos éticos que tornariam o trabalho contestável, sob ponto de vista metodológico (SOUZA SANTOS, 1998, p. 89).

Optei por dados puros, capturados da própria realidade, que tornam incontestes a deficiência oficial. Jamais opiniões, as quais fatalmente viriam empestadas de sentimentos

¹ A motivação que encontro para não me ater às pesquisas de opinião tem claramente um fundo sociológico. Acredito que o método de entrevista ou de questionário influencia o entrevistado/questionado, e desta feita preferi (opção metodológica) levar em consideração outros aspectos que, da mesma forma, sinalizam para o problema da crise do judiciário. A toda evidência, não poderia deixar de conhecer as pesquisas, neste mesmo sentido, que fizeram Faria (1994, p.46-57), que procurou caracterizar a crise como um dos desafios do Judiciário na atualidade, Sadek e Arantes (1994, p.34-45), que trataram da crise sob a óptica dos próprios magistrados, Dinamarco (1999, p.199) referindo-se à pesquisa em que o Judiciário obteve a reprovável média de 3,5 (três e meio) entres cidadãos que analisaram em escala de ‘zero’ a ‘dez’; e Kato (1989, p.173) que demonstrou que o Judiciário não teria a mínima credibilidade junto à população, dentre outras fontes que poderiam ser citadas.

personais, motivadas por algum insucesso processual. O achaque reforma do estado, no caso, reforma do poder judiciário, pareceu-me fornecer base mais sólida. É que, não é difícil admitir, só se fala em reformulação quando o modelo posto não satisfaz as expectativas² (LOPES, 1998, p.68-93).

Assim, os dados mais concretos foram as crescentes medidas reformistas, representadas pelo controle externo (EC n.º 45/2004), pela lei de arbitragem, pela possibilidade de acordos promotoriais em ações de crimes menores e também as comissões de conciliação prévia no âmbito da justiça trabalhista, cujo acordo homologado tem força de coisa julgada, em uma palavra: o uso alternativo do direito, o qual demonstra que a sociedade brasileira busca, por meios diversos do tradicional, a solução dos conflitos: procura fugir das decisões arbitrárias dos juízes.

Além do que, o assunto eleito - crise de credibilidade do poder judiciário - como pano de fundo, remonta ao antigo embate sobre o problema da legitimidade do direito, no caso, do subsistema judiciário. A temática tratada abraça uma das matérias multidisciplinares das ciências sociais, eis que desafia desde os ramos do direito à filosofia geral, perpassando por discussões políticas e de teoria geral do estado, como penso que deva ser uma dissertação nessa intrincada área de concentração (ADEODATO, 2002a, p.53).

Procurei me centrar em uma investigação a respeito dos motivos da pré-falada crise, devendo anunciar essa busca como objetivo geral desta dissertação. Ao meu sentir, três

² A verdade é que este assunto sempre tem sido tratado com muita paixão, seja pelos que defendem modificações indiretas (nos códigos, no procedimento e nas leis, p.ex), seja pelos que advogam a tese da reformulação geral. A toda evidência, a premissa de que o poder judiciário brasileiro carece de alterações é unânime.

são os vetores para o colapso do judiciário³; contudo, procurei uma aproximação estratégica com a descrença no poder oficial.

Ao lado da carestia e da excessiva burocratização – que culmina com a demora – monstros que assolam os serviços públicos brasileiro, a desconfiança de que as decisões oriundas dos órgãos oficiais não concretizam justiça é um sentimento⁴ que vem crescendo entre os jurisdicionados; pernicioso para as bases da legitimidade estatal (PINHEIRO,1997, p.73-89).

[...] o Estado brasileiro tem sido notoriamente inoperante nos serviços públicos em geral, nos últimos tempos. Se é assim o caso da saúde, da educação, por que seria diferente no caso da Justiça (aí incluída a segurança pública) ? (LOPES, 1998, p.71).

Este trabalho cuidará especificamente de entender o porquê da desconfiança (sentimento de desagradabilidade, descontentamento) do jurisdicionado com o poder judiciário. Através da descrição da realidade (tensão judiciário/jurisdicionado), serão elaboradas digressões filosóficas, cujo intuito é propor que o motivo da crise, pelo menos no que diz respeito à descrença no subsistema judicial, é a incerteza do discurso oficial, emanado de uma autoridade ideologicamente comprometida, disposta a concretizar justiça segundo sua “vontade”.

³ Claro que outras causas poderiam ser apontadas, além dessas três que anoto. Alguns problemas de ordem institucional, como por exemplo, a formação dos tribunais – aos quais normalmente competem o julgamento final da lide (decisão mesmo) – e percalços financeiros, os quais refletem na autonomia são exemplos de outros propulsores da crise do judiciário. A toda evidência, ter apontado carestia, burocracia e descrença como ‘vetores’ tem explicação metodológica. Além da conveniência de esses temas representarem os outros problemas, como é o da formação dos tribunais superiores que podem ser capitulados como espécies do gênero ‘descrença’, a questão da falta de autonomia financeira (recursos), não entendo que seja o real motivo da crise, visto que os recursos não resolveriam as anormalidades (LOPES, 1998, p.72-3).

⁴ Algumas medidas, que poderíamos catalogar como “reformistas”, servem de “termômetro social” e comprovam a tese de que a sociedade busca por meios diversos para solução de conflitos. Mais adiante adentraremos nesse tema.

Não que o positivismo possa ser reconhecido como a solução para essa incerteza, mesmo porque o silogismo legalista serve mais como modelo de apresentação do discurso que um *modus* de raciocínio. A crítica que se faz ao positivismo é que a proposta moderna, ainda bastante sedutora, não é capaz de explicar a crise de legitimidade do poder oficial, quando muito, agrava a agonia social, encobrendo a incerteza do discurso com programas formais.

Daí o título que escolhi: “Liberdade e Decisão Judicial: a autoridade da vontade como instrumento legitimador das razões jurídicas”. Buscarei comprovar que a vontade do magistrado prevalece no caso concreto. É ela quem justifica as razões jurídicas por gozar de legitimidade. Todavia, sendo a vontade uma faculdade determinada por inúmeros fatores, por mais possibilidades interpretativas que as normas ofereçam, a decisão é sempre contingente, incerta (LAFER, 2003, p. 87).

De mãos dadas com a teoria determinista, comprovarei que a vontade sempre se encontra comprometida, muito embora o discurso legal, através de instrumentais retóricos (entimema, *topoi*, silogismos), não faça parecer, criando “[...] a ilusão de certeza em uma esfera de incerteza” (SOBOTA, 1995, p.271), advindo daí, segundo proponho, a crise de credibilidade do poder judiciário.

Com efeito, a necessidade de admitir a “vontade” como legitimadora das razões jurídicas significa perceber quão incertas são as decisões judiciais, objetos de minha dissertação. A tese é que a autoridade do irracional é um dos motivos da descrença no poder judiciário, e via conseqüência, propulsora do colapso oficial.

Quanto ao caso concreto, como já adiantei, elegi o ambiente do Supremo Tribunal Federal por ser a corte constitucional, hermeneuta oficial da Constituição. Sua posição de última instância judiciária influenciou para que observasse seu funcionamento e suas decisões.

Longe de prescrever atitudes que porventura deveriam ser tomadas pelo poder oficial, como pretendem as teorias da argumentação jurídica, buscarei uma análise fria de fatos sociais com base nas inúmeras tentativas de reformulação da esfera estatal, que retratam a insatisfação do jurisdicionado com o poder judiciário brasileiro.

A escolha de uma dissertação descritiva, sob o ponto de vista epistemológico, impõe a imperiosa dificuldade de se abandonar sentimentos éticos; por outro lado, desobriga-se de idealizar fórmulas discursivas universais, que, devido ao atributo da generalidade, parecem-me sempre imperfeitas e problemáticas (ALEXY, 1992, p.87-105).

II. AUTORIDADE, PODER E LEGITIMIDADE.

Como se verifica, evidenciei que a crise por que passa o judiciário brasileiro é, sobretudo, uma crise de legitimidade, e sendo assim, entendi fundamental, logo no segundo capítulo, abordar mais de perto esse tema. Através de paradas históricas estratégicas, cuidarei de demonstrar que os termos legitimidade e autoridade sempre se mantiveram muito próximos, detalhe que justifica o esvaziamento do conteúdo ético do direito (ARENDR, 2003a, p.134).

Essas paradas históricas, sempre pessoais e sem nenhum compromisso histórico, pretendem apenas uma seqüência lógica de fatos, à semelhança do que Adeodato

chamaria de uma “[...] linha de continuidade no tratamento do problema dos fundamentos do direito e da relação de poder” (1989, p.29).

Desejo destacar a variação do conceito de autoridade. Desde sua noção clássica à moderna, perpassando pelos medievos, para que se possa perceber como o direito abandonou o conteúdo ético, preferindo o formalismo excessivamente burocrático que consegue esconder algumas premissas discursivas em nome do procedimental-formalismo (ARENDR, 2003a, p.135).

Autoridade não pode ser confundida com “[...] alguma forma de poder ou violência”, já que “onde a força é usada, a autoridade em si mesma fracassou”. Também não seria o mesmo que persuasão, posto que se embasa em princípio de hierarquia, contra-senso do ideário argumentativo de igualdade (ARENDR, 2003a, p.129).

Daí que não se pode cogitar que a tradição clássica tenha solapado diante do iluminismo, como normalmente se faz parecer. Durante a Idade Média, e mesmo mais modernamente, a cultura helênica esteve a serviço da legitimação do direito. As ferramentas retóricas, uma vez que são instrumentais, sempre estiveram à disposição do operador jurídico, no que Berman cunhou de continuidade da cultura ocidental (2000).

Historicamente sempre foi assim: a utilização da retórica e da tópica na prédica forense foi uma opção eleita pelo lado leste do globo, como veículos condutores da legitimação. Apesar de se falar em resgate da cultura ocidental, sabe-se que a cultura da antiguidade clássica sempre esteve presente no discurso forense.

Por exemplo: os instrumentais helênicos inspiraram Roma e suas codificações, tornando-as essencialmente tópicas⁵. Nos medievos, sob a influência romana, a Igreja foi capaz de harmonizar os dogmas e opiniões. Não se rompeu com a cultura ocidental, ao contrário, serviu-se da tópica no processo escolástico de dogmatização, exatamente porque verdade e direito guardavam íntima relação, visto que a base de ambos era a crença na racionalidade; muito embora na Antiguidade se ensinasse que o direito pertencia ao campo da dialética, onde não existem verdades, mas apenas opiniões (MENDONÇA, 2003, p.378).

Após a Idade Média, mais precisamente durante a modernidade, com o desprestígio da Igreja e a supervalorização das ciências, coube ao Estado julgar e legislar. O que o iluminismo realmente efetivou foi uma modificação nos paradigmas; enquanto nos medievos quem julgava era a Igreja através de Códigos e Leis inspiradas na verdade divina, na modernidade, o Estado substituiu a Santa Instituição, enquanto as leis omnicomprensivas substituíam as leis eclesiásticas.

O direito não apenas desce do céu à terra como também nasce “[...] a convicção de que a norma jurídica legislada é a única fonte legítima de direito”, como se o ordenamento jurídico formasse um todo coeso, capaz de garantir soluções para os mais diversificados tipos de litígios (ADEODATO, 1989, p.59).

O que restou ao direito foi o formalismo. Os casos judiciais eram tratados como exemplos abstratos, colhidos a partir da realidade, embasando as decisões na neutralidade, “aparente” racionalidade e imparcialidade, como se os juízos dependessem desses elementos para se legitimarem.

⁵ A obra de Viehweg ganhou prestígio por atestar, por meio do Digesto Justiniano, que a Roma Clássica dispunha da retórica para construção dos modelos normativos (VIEWHEG, 1986, p.73-91).

O compromisso funcional da ciência jurídica moderna tem por finalidade a racionalização da aplicação do direito que se traduz na transformação dos conflitos reais em litígios abstratos, descontextualizados, definíveis e decisíveis nos moldes da normatividade estatal (APOSTOLOVA, 1998, p. 146).

III. VONTADE, INTERPRETAÇÃO E ARGUMENTAÇÃO.

Parece-me razoável afirmar que, na modernidade, o objetivo das ciências em criar leis omnicomprensivas substituiu as preocupações mais tradicionais, representadas pelos ideais de justo, igualdade e bondade.

Para chegar a essa conclusão, parto do conceito de interpretar, tão necessário ao direito. Questiono: seria uma obviedade dizer que tudo é uma questão de interpretação ? Talvez até seja. É que vemos o mundo e as coisas não como são, mas como nos é permitido perceber.

As proposições normativas, enquanto coisas ideais-reais, carecem de interpretação; primeiro para que adentrem no mundo fenomênico; segundo para dispensarem o atributo de generalidade que todo texto possui e, via consequência, poderem cumprir sua teleologia de ajudar no julgamento (BIZZOCCHI, 2001, p.34-40; MATURANA, 2001, p.19-42).

Tal qual as proposições normativas, os fatos sobre os quais se exige uma decisão são de igual sorte interpretados; normalmente se apresentam como narrações, ou seja, construções lingüísticas e intersubjetivas da realidade. Assim, tanto as proposições normativas como os fatos são ingredientes da tomada de decisão; elementos que ganham “vida” depois de percebidos e relatados (RABENHORST, 2003, p.11).

O problema não é reconhecer que as coisas ganham forma graças à maneira como as interpretamos (percepção e imposição). A dificuldade reside em conceber a interpretação como ato volitivo, já que nem as escolas nascidas sob influência do positivismo jurídico, nem aquelas apegadas aos preceitos de uma ordem externa-superior (jusnaturalismo), foram capazes de explicar o fenômeno da hermenêutica, já que partem do pressuposto de que interpretação é ato cognoscitivo.

Defendo que a interpretação é governada pela vontade. Frente ao caso concreto, o operador do direito interpreta o conjunto de textos normativos previamente estabelecidos bem como os fatos atinentes a cada situação jurídica, guiado por motivações que habitam seu *eu*. Ao final, exterioriza uma argumentação ideológica capaz de defender os interesses de uma das partes envolvidas na controvérsia (GRAU, 2003, p. 80-8).

Nasce das interpretações de “textos” e de “fatos” uma norma jurídica, cuja principal característica é a individualidade de caso. Cada lide reclama por uma solução jurídica que cuide das especificidades a ela inerentes, como adverte Grau:

O trabalho jurídico de construção da norma aplicável a cada caso é trabalho artesanal. Cada solução jurídica, para cada caso, será sempre, renovadamente, uma nova solução. Por isso mesmo – e tal deve ser enfatizado -, a interpretação do direito realiza-se não como mero exercício de leitura de textos normativos, para o quê bastaria ao intérprete ser alfabetizado (2003, p.32).

A vontade se apresenta como instrumento capaz de elucidar o processo de tomada de decisão (LESSA, Pedro, 2000, p.123); sugere um exemplo bem preciso de como as decisões são criadas, ou seja, é o principal ingrediente no processo mental e argumentativo de concepção discursiva.

A norma jurídica não é, ao contrário do que defendem as teorias positivistas, uma medida lógica, mas, ideológica. O processo de decisão não encontra limite nas regras procedimentais de qualquer Código Judiciário, mas sim, é amoldado casuisticamente; não são regras, mas apenas regularidades, como prefere Sobota (1995, p.255).

Parece-me que quem desejar entender o processo decisório e mesmo o funcionamento pragmático do direito deve verificar mais de perto os arrazoados jurídicos de juízes e advogados, ao revés de estudos puramente dogmáticos⁶ (SOBOTA, 1995, p.255), como proponho mais adiante no Capítulo 6.

A motivação ideológica da decisão é um produto final da operação caso concreto e ordenamento jurídico, em que a vontade age como agente de acoplamento, interferindo na maior ou menor abertura dos sentidos do texto prévio (PORTANOVA, 1997).

Verifico ainda que a vontade, elemento que traduzo como legitimador das razões jurídicas, não é algo puro; ostenta a característica de impulsividade tal como o desejo, mas é edificada por outros fatores externos à condição humana, como os compromissos políticos e os favores ideológicos (ou, como nomeio, elementos essencialmente não dogmáticos), o que reveste de irracionalidade a decisão judicial, muito embora se faça acreditar que a decisão é sempre racional.

⁶ No sexto capítulo desta dissertação tratarei de perto da decisão judicial. Cuidarei de demonstrar, através de um caso paradigmático (decisão denegatória de intervenção federal do STF) como as decisões são criadas e como são apresentadas para o público. O grande número de estratégias e ferramentas retóricas demonstra que o Judiciário esconde as inconstâncias da decisão, criando a sensação de certeza jurídica em uma esfera de insegurança.

IV. DECISÃO, EPISTEMOLOGIA E ESTÉTICA.

Em meio à irracionalidade é que as decisões são formadas, que a norma de decisão é criada. O que proponho é que se reconheça a vontade como elemento legitimador das razões jurídicas, uma vez que é imposta por poder autoritário. O efeito dessa necessária constatação é admitir a impossibilidade de se criarem critérios objetivos em sociedades complexas, derivando daí a suspensão de juízos, pelo menos enquanto elemento imunizador contra o dogmatismo (LESSA, Renato, 2003, p.93-5; ADEODATO, 2002a, p.317).

Apesar de reconhecer a formação irracional e subjetiva da decisão, o procedimento formalista exige que o discurso passe por um processo de racionalização, compreendendo nisto: 1. respeito ao código de ritos e 2. a utilização de uma roupagem estética, conseguida em meio à “lapidação” do discurso, o que produz alarmante efeito alucinatório.

Chamo atenção para o fato de a modernidade passar a admitir que chegar à verdade, através de um processo racional e silogístico formal, é obra de fachada. Apesar das comprovações empiricistas do movimento iluminista, as ciências sociais ainda não conseguiram – e talvez nunca conseguirão - engendrar fórmulas ou leis omnicompetentes.

Tais constatações estão muito ligadas ao mito da verdade. As teorias jurídicas mais contemporâneas, como a legitimação pelo procedimento de Luhmann, chegam a catalogar a verdade como algo de somenos importância, exatamente por observar a carga ideológica que possui: “A verdade só constitui transmissão de idéias com base na certeza obrigatoriamente intersubjetiva [...]” (LUHMANN, 1980, p.25).

Não se quer aqui diminuir o prestígio da lei formal escrita, principalmente em um sistema de *civil law* como o brasileiro; mas se sabe que ela passou a ser vista como uma entre tantas outras expressões do direito (REALE, 1991a, p.155-6).

Portanto, entre tomar e apresentar a decisão judicial existe um espaço nebuloso, em que fatores não dogmáticos, impossíveis de serem captados pelo ordenamento oficial, influenciam os julgamentos.

A lei, o argumento de autoridade e mesmo a jurisprudência, geralmente apresentados como premissas maiores, normas gerais da decisão, são utilizados com força persuasiva; estratégica forma de convencer o auditório, não deixando que se percebam as verdadeiras ideologias escondidas por detrás da argumentação.

[...] o processo de julgar raramente começa com uma premissa da qual se extrai uma conclusão; ordinariamente o juiz trabalha em sentido contrário: forma uma decisão de modo mais ou menos vago e só depois tenta encontrar premissas com as quais fundamentá-las. A motivação vital do juiz parece ser um impulso pessoal baseado em intuição particular do que é certo ou errado, desejável ou indesejável, e esses fatores constituem freqüentemente as causas mais importantes dos resultados de julgamentos. (ADEODATO, 2002a, p.278-9).

Comprovarei que outros aspectos não ligados à lei motivam o julgador. A norma mesmo só é lembrada *a posteriori*, cumprindo o objetivo de racionalizar o discurso judicial, cujas premissas maiores são inconfessáveis (ADEODATO, 2002a, p.262).

A formação humanística do julgador é que consegue estabelecer critérios de justiça para, ao final, engendrar uma decisão. Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal, em discussão envolvendo o conceito juridicamente aberto de justa indenização em processo de desapropriação, norteou a postura do magistrado em face do ofício judicante:

Ementa – Ofício Judicante – Postura de Magistrado. Ao examinar a lide, o magistrado deve idealizar a solução mais justa, considerando a respectiva formação humanística. Somente após, cabe recorrer à dogmática para, encontrando o indispensável apoio, formalizá-la. (BRASIL ... RE 111.787/GO)

V. SUPREMO TRIBUNAL E A DECISÃO DENEGATÓRIA DE INTERVENÇÃO FEDERAL.

Para verificar o compromisso ideológico do julgar, escolhi para análise o discurso esboçado pelo Supremo Tribunal Federal, intérprete oficial da Constituição, na decisão denegatória de intervenção federal.

A escolha - um tanto estratégica - pode ser justificada por dois motivos: 1. o STF é corte constitucional, hermeneuta oficial da Constituição, cúpula judiciária que deveria guardar direitos e garantias fundamentais; 2. o pedido de intervenção federal se processa, no caso dos precatórios não quitados, por desobediência de ordem judicial (Constituição Federal, artigo 34, IV).

O caso é curioso. Encontram-se no Supremo inúmeros pedidos de intervenção por descumprimento de ordem, que, nada obstante buscarem levar a efeito a coisa julgada, o próprio judiciário recuou em efetivar suas decisões.

A meu ver, essa é uma das causas que aqui analiso, causadoras da desconfiança.

Somente após isolar o discurso oficial tomado como exemplo (decisão denegatória de intervenção federal) é que pude detectar como as decisões são tomadas e apresentadas segundo metodologia retórica; por isso, a utilização da técnica análise de discurso.

A análise de discurso não é apenas um estudo da gramática, que se relaciona com aspectos normativos da fala ou mesmo da lingüística no sentido de verificação de aspectos formais. Como seu próprio nome denuncia, cuida do discurso, ou seja, da palavra em movimento, sem, no entanto, esquecer-se dos aspectos normativos e formais.

É uma técnica em que a relação palavra e meio social está em perfeita harmonia, capazes de se influenciarem. Une as técnicas objetivas da análise convencional, a sociolingüística e os modos de argumentação objetos da retórica. Com isso, encontra-se no entrecruzamento das ciências humanas, estando, portanto, submetida a grande instabilidade metodológica (MAINGUENEAU, 1998, p.13-4).

Através da análise do discurso, buscar-se-á reconhecer na decisão judicial os instrumentos capazes de reconduzir o pesquisador à mesma linha de raciocínio do apresentador, para que com isso se possa identificar quais foram as reais premissas norteadoras do acórdão.

Inúmeros são os pedidos de intervenção que, nos últimos anos, apenas se acumulam, talvez porque cada vez menos os entes federados se preocupem em obedecer à Constituição ou às ordens de um judiciário desacreditado.

A grande maioria dos pedidos é ligada ao descumprimento de precatórios. As partes, após se submeterem a uma cognição lenta e burocrática, sucedido por um processo de execução que beneficia claramente a fazenda pública, vêem seus créditos não quitados.

O voto irresignado proferido pelo então Presidente do Supremo, Ministro Marco Aurélio, nos autos da Intervenção Federal n.º 2.953-8, requerida contra o estado de São Paulo, externa a insatisfação do jurisdicionado:

O aceno do Estado requerido é insatisfatório, presente a circunstância de haver alcançado apenas a liquidação de pendências surgidas em 1996 – ano da expedição dos precatórios – e, assim, inadimplementos configurados no exercício de 1997. A ordem natural das coisas, cuja força é insuplantável, escancara continuarem pendentes os precatórios expedidos em 1997, 1998, 1999, 2000, 2001 e, já agora, 2002. Os títulos judiciais que os respaldam, cobertos pela preclusão recursal após a passagem de alguns anos da tramitação dos processos, continuam desrespeitados. O fato implica verdadeiro paradoxo. O particular citado, na execução, tem vinte quatro horas para satisfazê-la, sob pena de ver penhorados bens e levados à praça. O Estado, contando não com prazo fixado em horas, mas considerada a unidade de tempo ano – dezoito meses – mesmo assim não observa as decisões judiciais cujo conteúdo seja a obrigação de dar. Pleitear, a esta altura, mais tempo, é um escárnio. (BRASIL ... IF 2.915-5/SP, p.174)

A questão é polêmica. Enquanto de um lado estão os argumentos factuais dos jurisdicionados, os quais lutam irremediavelmente para receberem créditos acobertados pelo véu da preclusão recursal, do outro, encontram-se os estados, cuja dívida interna fundada ultrapassa a receita corrente.

Argumentos racionais são lançados tanto pelos que defendem como por aqueles que condenam a intervenção federal. Todos fixam pontos de partida na Constituição da República, contudo chegam a soluções diametralmente opostas, como ocorreu no caso supracitado, em que foi vencedor o voto de divergência inaugurado pelo Ministro Gilmar Mendes.

A questão dos pedidos de intervenção por descumprimento de ordem judicial faz até remontar um dos problemas mais discutidos na filosofia do direito e que Alexy resume no questionamento: “Existe para todo caso jurídico uma única resposta correta ?” (1998, p.7).

Alexy entende ser possível se chegar a várias respostas partindo do mesmo ponto inicial, o que se tornaria “a resposta correta” desde consensualmente estabelecida (1998, p.19-20).

Demonstro que a retórica, enquanto técnica capaz de apresentar legitimamente a decisão, pode superar a regra escrita; o julgador não depende necessariamente da lei para chegar a uma decisão judicial. Apresentado um fundamento, toda decisão é possível.

Com a análise do discurso nos processos de intervenção federal por não liquidação de precatórios, busco remontar as linhas argumentativas dos expositores para concluir que o direito possui apenas uma aparente racionalidade, traduzindo-se como vontade do julgador.

VI. TÉCNICAS UTILIZADAS NA REDAÇÃO: ASPECTOS METODOLÓGICOS

Para confecção da presente dissertação, foram utilizadas as noções de metodologia, verificadas em textos específicos (ADEODATO, 1997; ECO, 2002; SOUTO, C., SOUTO, S., 2003), além de serem feitas consultas diretas às normas expedidas pela Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT): NBR 6024:1989 “norma de numeração progressiva”, NBR 6023:2002 “informação e documentação, referências e elaboração”, NBR 14724:2002, que rege a “apresentação de trabalhos acadêmicos”, além da NBR 10520:2002, que regula as formas de “citações em documentos e apresentação”.

Quanto à opção pela citação, adotei a autor-data por tornar a escrita mais rápida e sem tantos rodapés, com o zelo de fazer constar nas referências apenas as obras efetivamente referidas no texto. Não que as notas de rodapé tenham sido desprezadas, mas,

apresentam-se ao longo da dissertação apenas como complementações ao texto base, fornecendo informações paralelas que não cabem dentro do corpo principal.

No que tange à divisão do trabalho, foram sete capítulos, todos já introduzidos pelos itens anteriores, sendo o último reservado as minhas conclusões. Finalizo, portanto, atestando um ceticismo quanto à utilização do direito na prática forense, exatamente por não acreditar que se possa, dentro da atual realidade brasileira, realizar grandes modificações sem afetar interesses políticos e econômicos, o que leva a crer na real possibilidade entrópica.

A problemática é ainda mais grave quando inserida na realidade de um país subdesenvolvido como o Brasil, onde persistem, entranhados na cultura popular, sentimentos de desigualdade fomentados pela crença tradicionalmente difundida de que existem pessoas mais importantes que outras.

Uma sociedade que se diz democrática, mas é claramente embasada no prestígio, na afinidade política e no personalismo; inúmeros são os exemplos, mas basta dizer que o símbolo da democracia – as eleições populares – ainda, em pleno século XXI, são guiadas por coronéis e votos de cabrestos.

Não há como contestar que o poder - apesar de público - é tratado como se fosse de domínio privado; nas mãos de uma elite que maneja como melhor lhe convêm. Por exemplo, o uso ordinário de expressões como “você sabe com quem está falando?”, “quem você pensa que é ?” ou ainda “recolha-se a sua insignificância !” tão bem pesquisadas por Matta (1983, p.181).

É natural, portanto, o surgimento, em meio ao seio social, de super-pessoas tendentes a adentrar em um “Nirvana Social”, exatamente por se julgarem mais importantes que as demais, impondo suas ditaduras em claro abuso de autoridade. Assim, falar em uma dogmática que consiga englobar todas as diferenças me parece uma proposta ousada, notadamente se o cenário empírico for o Brasil, que permanece com a tradicional característica de subserviência ao princípio da hierarquia social (autoridade formal).

O princípio da hierarquia (ou medo da hierarquia) é convivido cotidianamente pelo judiciário brasileiro; vários juízes admitem abertamente que sentenciam de acordo com as ordens do Tribunal a que estão vinculados por temerem represálias.

Aproveito para colar um depoimento retirado da palestra do Juiz Luís Mário Góes Moutinho, realizada na FUNDAJ – Fundação Joaquim Nabuco, em 14 de outubro de 2004. Em várias passagens, o magistrado remete a um depoimento de um Desembargador do Tribunal de Justiça de Pernambuco (TJPE), durante uma seção administrativa do pleno.

Teria dito sua Excelência:

Eu quero contar uma história real para que todos nós entendamos o que é o princípio da conveniência aqui no Tribunal, ontem, hoje e tenho a tristeza de saber que amanhã será do mesmo jeito. A conveniência se dá aqui da seguinte forma: eu era juiz da comarca de Exu, juntamente com o Desembargador, que era juiz de Riacho das Almas e outro colega nosso de turma que faleceu em Vitória,, que era juiz também numa cidade do alto Araripe. Eu pedi a remoção para Riacho das Almas juntamente com o Desembargador ... e pedi também para São João, juntamente com o Juiz hoje falecido.... E eu fui chamado na Presidência, na época o Desembargador, e ele me disse com aquele jeito muito peculiar de falar – meu jovem, eu quero ajudá-lo – ô Desembargador! Fico muito sensibilizado de ser chamado para isso, o que é que Vossa Excelência quer fazer por mim? – e ele disse – eu quero que você desista de Riacho das Almas e de São João porque é da minha conveniência trazer Dr. para Riacho das Almas e o juiz ... para São João. E eu disse a ele que não desistiria e ele fizesse o que bem entendesse. Conclusão, é que nunca mais tive uma remoção, a não ser para Palmerina porque era o único inscrito (MOUTINHO, 2004).

Já pela introdução, percebe-se que o compromisso desta dissertação de mestrado é desmistificar as crenças e os desenhos de um mundo social imaginário; o compromisso é demonstrar que o judiciário não exara decisões com base em pressupostos dogmáticos. A investigação procura descrever o ambiente em que se encontram as instituições brasileiras, não para sugerir indiferença cética, mas para apresentar um motivo plausível para a incurável desavença da crise de credibilidade do judiciário brasileiro, que caminha, sem pretensão escatológica, para a entropia (RADBRUCH, 1974, p.129).

CRISE E LEGITIMIDADE: O USO ALTERNATIVO DO DIREITO COMO TESTEMUNHA DA BUSCA POR UM DISTANCIAMENTO DO MODELO OFICIAL DE DECIDIR

1.1 CARESTIA, BUROCRACIA E DESCRENÇA: VETORES DA CRISE JUDICIÁRIA.

O alto valor das despesas exigidas para ajuizamento, desde simples petições, é um dos sérios problemas enfrentados pelo judiciário brasileiro⁷. Uma simples comparação revela um paradoxo: o judiciário federal, cuja competência se restringe às causas em que a União ou suas autarquias e fundações são partes (Constituição Federal, artigos 108 e 109), tida por isso como justiça das elites⁸, possui custas bem mais acessíveis que a justiça comum, em que a grande maioria dos atos ordinários carecem ser oficializados.

⁷ Nada obstante o artigo 5.º, XXXIV, "a" da Constituição Federal de 1988 garantir a todos o direito de petição, "[...] independente do pagamento de taxas", tem-se dado uma interpretação literal do termo taxas, já que apenas o *habeas corpus* não sofre de pagamento de despesas; quer-se dizer, o mandado de segurança, outro remédio constitucional de igual patamar que o *Habeas* sofre de pagamentos. As normas específicas, sempre que podem, burlam o comando constitucional, utilizando ao revés de o vocábulo "taxas", outros como "emolumentos, custas"; enfim, cuidando de modificar os termos e legitimar a despesa, o que conspira contra o espírito constitucional.

⁸ Utilizamos o termo justiça das elites sem nenhum compromisso científico. É que nos meios forenses tem-se batizado assim a justiça federal comum para distingui-la da justiça (estadual) comum. A competência daquela recebeu tratamento *numerus clausus* pela Constituição Federal, que nos artigos 108 e 109 definiu os limites de sua jurisdição bem como dos tribunais superiores e dos tribunais e juízes eleitorais, militares e do trabalho. O

A título ilustrativo, basta lembrar o estado da Paraíba, que, apesar de ser um dos mais pobres da federação, segundo dados colhidos do IBGE⁹, desfila as mais altas despesas judiciárias do Brasil. Conforme se depreende da leitura da Lei Estadual n.º 6.682 de 02 de dezembro de 1998, não menos que 10% do valor atribuído à causa devem ser recolhidos a título de custas e taxas, o que ultrapassa estados como São Paulo, Rio de Janeiro e Pernambuco¹⁰.

Contradição que culminou com a interposição de ADIn pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil frente à norma do estado paraibano, Lei n.º 6.682/98. O Supremo Tribunal Federal, julgando a liminar que pleiteava suspensão, entendeu pelo indeferimento; o raciocínio erístico¹¹ se sustentou na premissa de que as altas custas serviam para bancar a defensoria pública, serviço judicial que seria utilizado em larga escala naquele estado da federação.

O voto do ministro Marco Aurélio, que deferia a liminar para suspender a lei paraibana, voz isolada naquele plenário, demonstrou a insatisfação do jurisdicionado, afirmando que, da forma como o diploma foi confeccionado, “[...] a jurisdição passa a ser uma banca de negócio para o Estado, não para o juiz” (BRASIL ... MC ADI 2.078-1/PB, p.656).

resíduo da competência – que se apresenta como a grande fatia da prestação jurisdicional – foi destinada à justiça (estadual) comum.

⁹ Conferir página: <www.ibge.gov.br>, Acesso em [05/02/2004].

¹⁰ As leis que dispõem sobre custas, taxas e emolumentos são de competência de cada estado. Em São Paulo a lei vigente é a n.º 11.608/03, no Rio de Janeiro a de n.º 3.350/99 e em Pernambuco a Lei Estadual n.º 11.922/00.

¹¹ Utilizou-se o termo erístico na acepção aristotélica, segunda qual o raciocínio erístico é aquele cujas premissas de onde se parte à conclusão aparentam ser opiniões geralmente aceitas, mas não o são; ou ainda quando se parece raciocinar a partir de opiniões gerais e aceitas, mas assim não se faz (ARISTÓTELES, 1978a, p.5).

O ministro Marco Aurélio parte das premissas de que 1. o serviço judicial é dever do estado, 2. os tributos, cuja natureza é de financiamento das atividades estatais, já cobrem a prestação desse serviço; e o mais interessante 3. não se pode dizer que existe maior ou menor trabalho judicial a depender do valor atribuído à causa (BRASIL ... MC ADI 2.078-1/PB, p.653).

Exemplos da carestia não se esgotam nas custas ou taxas cobradas de início, lamentavelmente são inúmeros os outros arquétipos: altíssimos depósitos exigidos na justiça trabalhista e nos juizados especiais como requisitos para processamento do recurso é outro caso que colide com o texto constitucional por impedir o duplo grau de jurisdição, princípio básico no Estado Democrático de Direito.

A excessiva burocracia é outro grave problema que assola o aparelho oficial. O serviço público do estado, de forma geral, é lento. As formalidades estéreis atrapalham o andamento dos atos públicos, agravando-se ainda quando se trata do judiciário. Esse fardo a sociedade brasileira arrasta desde o império, quando reclamar “[...] uma dívida era um empreendimento extremamente doloroso e lento, sujeito a muitas exceções e burocracia” (ROSENN, 1998, p.31).

De lá para cá, muito pouco mudou.

Os prazos privilegiados que desfrutam ministério público, entes federados, autarquias e suas fundações¹², além de fomentarem a burocratização, ensejam sentimento de desigualdade processual (PATÚ JÚNIOR, 1996, p.281).

As inúmeras possibilidades de exceção também contribuem (legalmente) para a ineficiência do processo. O sistema recursal brasileiro é bastante aberto, permite artimanhas advocatícias inibidoras da efetividade. Dificilmente uma decisão é acolhida pelas partes sem que desafie um recurso; sem falar que casos idênticos são levados freqüentemente ao judiciário, que faz obedecer todo rito procedimental, para só ao final poder, novamente, posicionar-se (ROSENN, 1998, p.92).

O curioso é que a maioria dos recursos que desembocam nos tribunais superiores é do governo; atitude cotidianamente repetida e claramente procrastinatória, eis que em muitos casos há jurisprudência pacífica sobre o assunto. Inegavelmente há uma preocupação pública do executivo em sempre procrastinar, mesmo quando foi vencido, somente para postergar o pagamento do devido (ROSENN, 1998, p.92).

O ato de procrastinar pagamentos, em detrimento à concretização da justiça, é herança imperial, quando “[...] todos tinham direito a recorrer de qualquer decisão judicial diretamente ao rei, o qual concedia a graça da justiça conforme ele próprio julgava adequada naquele dia” (ROSENN, 1998, p.31).

¹² CPC, art. 188 – O Ministério Público, a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios, bem como suas autarquias e fundações, gozarão do prazo: I – em dobro para recorrer e ajuizar ação rescisória, II – em quádruplo para contestar.

Se por um lado o efeito imediato da excessiva burocracia é a estagnação da marcha processual e a consequência das altas despesas judiciárias é o impedimento ao acesso à justiça, mediatamente os prejuízos são ainda maiores. A sensação de injustiça triunfa, colidindo com os mais propedêuticos princípios da democracia moderna.

Não é um exagero afirmar que pior que uma justiça tardia ou um acesso limitado, só mesmo a arbitrariedade de decisões judiciais que afrontam direitos e garantias constitucionais em prol de aconchegos políticos de somenos importância. Nada mais é tão decepcionante que um discurso oficial heterológico¹³; a realidade forense revela casos curiosos que a ciência se abstém de entender (FERRAZ JÚNIOR, 2003, p.288-97).

Processos com causas de pedir idênticas, acobertados pelo mesmo procedimento, e nada obstante terem sido distribuídas para o mesmo juízo, terminam recebendo tratamento jurídico distinto¹⁴. Ao que parece, este foi mais um legado da formação patronal brasileira que “[...] produziu alastrante corrupção, uma incrível propensão à burocracia e um sistema jurídico altamente personalístico e imprevisível” (ROSENN, 1998, p.27).

¹³ Expressão utilizada por Ferraz Júnior (2003, p.289-91) que designa a imposição de uma verdade, ainda que consensual, pela idéia de decisão. É verdade aquilo que foi decidido. Ou, como acentua Veiga: “[...] é o discurso de um contra o outro, não há demonstração, porém justificação das decisões; não existe convicção, antes persuasão” (1992, p.44).

¹⁴ Como exemplo para o caso citado, apontamos as conhecidas pendengas judiciais movidas por mutuários da Caixa Econômica Federal que aderem ao SFH – Sistema Financeiro da Habitação; muitos deles não conseguem acompanhar os reajustes das prestações que superam índices de atualização salarial. Com a inadimplência, os imóveis vão a leilão, seguindo o tratamento do Decreto-lei n.º 70/66, cabendo à parte ingressar com medidas acauteladoras para sustar a medida extrajudicial e requerer o benefício de depositar os valores que defendem como corretos em juízo até o final da demanda. Estes pedidos interpostos ante a justiça federal, de quando em vez, ora são negados ora são concedidos, sem critérios jurídicos que se possam definir cientificamente. Decisões do mesmo magistrado, nos processos 97.0007992-1 e 2003.83.00.007683-2, foram comparadas.

Desse cenário, o que de fato preocupa é que o sistema jurídico não-diferenciado, mas que sofre influências de outros sistemas essencialmente não dogmáticos, tende à entropia.

É que, diante da impossibilidade de criar critérios que norteiam os julgamentos, as decisões passam por arbitrárias. O fator mais destacável e que contribui para a descrença é a utilização de meios extralegais no momento de tomada de decisão¹⁵; pior, esses mesmos meios extralegais são escondidos por técnica retórica que o operador utiliza ingenuamente ou por má-fé mesmo (SOBOTA, 1995, p.255).

Apenas para constar, cito como exemplos de ferramentas extralegais que norteiam os julgamentos: o jeitinho brasileiro, o clientelismo, poder militarizado, a ficção de isonomia, ficção de poder hierarquizado, privilégios legais, a dicotomia regra/exceção, dentre outros (ADEODATO, 2002b, pp.124-35), igualmente oriundos da formação do patronato brasileiro.

1.2 DIREITO ALTERNATIVO COMO RESPOSTA: O PROBLEMA DA FIXAÇÃO CONCEITUAL EM FACE DA REALIDADE DA PERIFERIA.

Este capítulo objetiva demonstrar, em termos empíricos, que o crescimento doutrinário e jurisprudencial do direito alternativo reforça a tese de que a sociedade busca uma via secundária para solução de seus conflitos, em meio à ineficiência, descrença e excessiva carestia do modelo oficial que o Poder Judiciário representa (ROSENN, 1998, p.96).

¹⁵ Fiz uma distinção entre tomar a decisão e apresentar a decisão; na primeira o magistrado deixa mover-se por institutos pessoais que podem ser desdobrados desde a intuição, experiência profissional e pessoal a estratégias extralegais. Forma um preconceito sobre a decisão final e apresenta-a, tomando com base a interpretação das fontes do direito; o trabalho exegético revela-se mais importante que as leis, que os códigos ou que as jurisprudências, e o procedimento não serve de limite para o julgador.

A figura do Estado, em países periféricos como o Brasil, é contestada pelos cidadãos que testemunham ou a completa ausência ou a pouca efetividade nas atuações governamentais. O número de famílias que não partilham do espaço público e que, portanto, vivem à margem da ordem estatal, cresce a cada ano; as condições mínimas não são ofertadas, planos de assistência social são de efetividade duvidosa, a grande maioria das pessoas não desfrutam dos direitos civis nem têm acesso ao judiciário; conseqüentemente, sente-se falta de uma justiça geral e comutativa.

Diante desse quadro, como constata Adeodato, é inteligível que procedimentos alternativos sejam criados, nomeadamente em países como o nosso “[...] cuja distribuição da justiça legal, entre outros serviços públicos, caracteriza-se pela ineficiência” (2002a, p.122).

Portanto, para os cidadãos de países periféricos, o termo alternativo encontra acepção mais larga que aquele difundido na Europa ou nos Estados Unidos onde a expressão designa uma “[...] tendência à descentralização e à informalização da justiça com objetivo de reduzir a esfera de ação do Estado”; ocorre que lá “[...] a sociedade civil é capaz de assumir a gestão dos conflitos sociais”, diferente do que ocorre em países da periferia, como por exemplo o Brasil (JUNQUEIRA, CAPELLER, 1998, p.161).

Enquanto o discurso dos países desenvolvidos é sobre a agilidade da justiça, problemas estruturais assolam a realidade dos Estados Periféricos¹⁶; a questão é paradoxal, os problemas dos estrangeiros são a descentralização e informalização do poder judiciário; aqui,

¹⁶ O termo “periférico”, apesar da ambigüidade semântica, foi empregado no sentido de Terceiro Mundo.

além dessas dificuldades, existe outra mais preocupante: há pessoas que não têm acesso à justiça.

Daí que aqueles que vivem à margem do aparelho estatal periférico cuidaram de criar suas próprias regras, resultado da incapacidade organizacional do Estado. Soergueu-se um direito alternativo, fomentado por regras de padrão comunitário de igual sorte coercível e que, se não encontra respaldo na ordem oficial, está vinculado a um ordenamento não estatal cujas bases são os costumes, a ética religiosa e a moral. Aliás, essa constatação foi provada empiricamente por Sousa Santos quando utilizou como ambiente de pesquisa para sua tese de doutoramento uma favela do Rio de Janeiro (1998, p.88).

A formação de um direito alternativo, em sua acepção periférica, chega a ser natural, tendo em vista a que a sociedade precisa dirimir seus conflitos. O monopólio do Estado transforma-se em mera pretensão, esmaecendo dentro dessa fatídica realidade. É como Adeodato destacou: “[...] ou grande parcela da população brasileira não vive o direito – são anjos ou demônios – ou seus inevitáveis conflitos, posto que são seres humanos, são tratados por um outro direito, para-estatal” (2002a, p.116).

Esse movimento alternativo, conforme dizia, acendeu-se entre os países desenvolvidos, cujo cerne era diminuir a esfera de atuação do Estado; só que a sociedade civil lá é bastante organizada, o aparelho estatal fornece condições básicas para a sociedade e a cultura cívica é mais aflorada que em países subdesenvolvidos como o Brasil.

Aqui, como de resto em todos os países em desenvolvimento, as formas alternativas criam-se diante da necessidade de pôr soluções a conflitos. São menos formas

alternativas de direito e mais direito alternativo mesmo, para-estatal, a serviço de uma sociedade mal-aparelhada e pouco organizada. A base de utilização desse direito rotativo é a instintividade, o subjetivismo, a completa informalidade e o pessoalismo.

Um dos motivos para formação desse direito alternativo é que a maioria não desfruta de condições econômicas para mover a máquina judiciária. A carestia do serviço público motiva a exclusão social¹⁷.

Um conflito envolvendo direito de vizinhança, em um dos córregos do Recife, dificilmente será apreciado por órgãos estatais, já que os *quetos* se assentam em desacordo com as leis municipais urbanísticas, desobedecem – se é que formulam – regras de crescimento e utilização do solo. A saída, normalmente, é mesmo a justiça privada (FALCÃO, 1990, p.113-8; SOUSA JÚNIOR, 1990, p.34-5).

Saliento que existem pelo menos duas acepções para o termo direito alternativo¹⁸: uma primeira que designa a formação de um direito subdesenvolvido, extra-oficial, à margem do Estado, característica dos países periféricos, como revelaram os estudos de Sousa Santos (1998), Falcão (1990, p.113-8) e de Sousa Júnior (1990, p.34-5).

A outra acepção diz respeito aos procedimentos alternativos elaborados à sombra do Estado, caracterizando-se por uma utilização crítica do direito, em que se criam desde pluralismos de jurisdição a interpretações mais abertas da proposição normativa,

¹⁷ Como se disse logo na introdução deste capítulo, as despesas judiciais são altas e impedem o acesso ao poder judiciário, sem falar que, a única saída para o problema da carestia do serviço judicial são as varas de assistência, locais quase sempre desaparelhados, onde faltam defensores públicos e condições mínimas para desenvolvimento de um trabalho de resultado. Problemas que evidenciam os motivos do ascendente afastamento do poder judiciário.

¹⁸ Não desconheço a posição de Cláudio Souto e Solange Souto, segundo a qual “Direito alternativo é o direito quando desviante das leis ou decisões estatais, ou de “leis” ou decisões de grupos sociais não estatais (as quais, por sua vez, lhe seriam também desviantes)” (2003, p.252), mas preferi a posição mais acima detalhada. Reconheço até que se possa, através de um discurso mais conservador, contestar a existência desse ‘direito alternativo’ examinando como ilícitos, como também ressalta Adeodato (2002a, p. 120).

construindo-se decisões *praeter* ou *contra legem*, como anunciavam Erlich (2002) e Kantorowicz (1964), opositores do fundamentalismo exegetico.

Descarto, para as pretensões desta dissertação, a primeira acepção uma vez que não desemboca para o cerne do capítulo, qual seja: identificar o crescimento do direito alternativo como prova de que a sociedade está buscando meios rotativos para solucionar seus conflitos.

Esses meios alternativos do direito se assentam, na dicção de Oliveira, em críticas “[...] ao jusnaturalismo clássico e ao positivismo normativista dominantes nas escolas de Direito” (1998, p.165). De influência italiana, a corrente da utilização alternativa do direito surgiu na década de 70, estando bastante ligada à questão jurídico-social e preocupada com a exclusão (JUNQUEIRA, CAPELLER, 1998, p.162).

Nada obstante trilhar caminho distinto dos procedimentos tradicionais oficiais, no Brasil, inclusive, já existe uma intensa produção científica sobre esse movimento crítico (OLIVEIRA, 1998, p.165-6).

1.3 BASE EPISTEMOLÓGICA: O PLURALISMO DE JURISDIÇÃO COMO VIA ALTERNATIVA À SOLUÇÃO DE LITÍGIOS.

Originou-se, em meio da anacrônica dicotomia entre jusnaturalismo e positivismo jurídico, o questionamento sobre “de quem é a legitimidade para decidir os problemas sociais?”. Tanto o jusnaturalismo - que pendeu desde a fase irracional à racional, passando pela teológica e de conteúdo variado - quanto o positivismo e suas acepções

clássicas: legalismo, normativismo e realismo, não deram ao problema uma solução definitiva (FIGUEIRÊDO, 2002, p.453-8).

Atualmente se tem admitido a existência de outros meios para solução de conflitos que não o tradicional, exercido pelo poder judiciário. A autocomposição, primeira expressão da arte de julgar, parece exsurgir em detrimento ao direito oficial imposto pelo Estado (CINTRA, GRINOVER, DINAMARCO, 2004, p. 29-31).

As mencionadas pesquisas de Sousa Santos em meados de 70; as de Joaquim de Arruda Falcão, envolvendo conflitos de propriedade no Recife; as decisões *contra legem* dos magistrados do Rio Grande do Sul sobre questões que envolviam direito de propriedade; as teorias da libertação jurídica, além das análises do Núcleo de Estudos para Paz e Direitos Humanos: projeto o direito achado na rua, sob coordenação do Professor José Geraldo de Sousa Júnior; tudo isso dá testemunhos da crescente busca por direitos alternativos (SOUSA JÚNIOR, 1990, p.34-5; SOUSA SANTOS, 1998, FALCÃO, 1990,p.113-8, CARVALHO, 1992, p.62-79).

Não é um exagero afirmar, apesar da grosseria que toda classificação contempla, que o movimento do direito alternativo é uma busca por libertação. O direito encontra raízes na história da sociedade e, por conseguinte, na luta de classes. História sempre narrada pela classe vencedora.

O direito assumiu a forma de vontade da classe opressora sobre a oprimida, levando Neves a resumir enfaticamente: “Em certa medida a Constituição só é concretizada se interesses de grupos privilegiados não são comprometidos” (1993, p. 337).

Conquanto, não é difícil imaginar que, diante de querela judicial envolvendo interesses políticos, como é o caso da decisão denegatória da intervenção federal, ainda que seja pelo descumprimento de ordem judicial, o Tribunal, composto segundo critérios pessoais e irracionais, prefira deixar de concretizar a Constituição a ter que ir de encontro a seus “mentores”:

[...] a Constituição não atua como mecanismo de autonomia operacional do Direito, sendo deformada durante o processo concretizador por força da sobreposição de injunções políticas particularistas e interesses econômicos concretos (NEVES, 1993, p.338).

É nesse contexto que o direito alternativo aparece, com objetivo de libertar da dogmática procedimental e procurar uma justiça verdadeiramente social, e não meramente legalista (SANT’ANNA, 1990, p.27-9).

É verdade que o contexto em que se inseriram os estudos de direito alternativo foi propício a muitos erros e equívocos. Vivia-se um momento de transição constitucional (a constituinte de 87), os movimentos de “diretas já!”, brasileiros expulsos que retornavam ao País anistiados, problemas e desigualdades sociais que se mostravam nos jornais televisivos - veículo na última década responsável por denúncias de corrupção em meio ao governo federal¹⁹ -, a atuação sem precedentes do Ministério Público, ameaçado com a Lei da Mordada (PL n.º 65/99 – Senado Federal).

Nesse cenário é que se fala em uso alternativo do direito, novo direito, teoria crítica do direito, zetética jurídica e direito alternativo como tendências distintas de aquela de

¹⁹ Escândalos como o *collorgate* da previdência social, o *budergate* dos precatórios e agora, há bem pouco tempo, o da violação dos painéis eletrônicos que, nada obstante o afastamento de dois senadores da república, ambos estão hoje – legitimados pelo procedimento eleitoral – de volta ao Congresso Nacional. O *impeachment* de um presidente brasileiro teve cobertura nacional, bem como o julgamento do Inquérito n.º 1690-0/PE sob relatoria do Min. Carlos Veloso, que negou processamento à denúncia formulada pelos envolvidos no escândalo dos precatórios aqui em Pernambuco.

um direito extra-oficial, à margem do estado²⁰. Bandeiras deflagradas em face da realidade de desigualdade social. O direito sendo lembrado como a última razão social.

Talvez tudo isso o tenha sido levado a exageros. A sede por justiça fez com que muitos atos ilegais²¹ fossem confundidos como alternativos, o que perjurou o termo. Os procedimentos rotativos de solução de conflitos são juridicamente relevantes, e não meros ilícitos em face da ordem estatal (ADEODATO, 2002a, p.120).

Exemplo paradigmático foi aquele envolvendo a absolvição, pelo Supremo, do acusado de estupro. O STF entendeu por conceder a ordem de *Habeas Corpus*, apesar de o Código Penal tipificar que o ato sexual com menor é estupro, eis que a violência está presente à luz da presunção legal (CP, art.24).

O paciente foi condenado pelo juízo de primeira instância com sentença confirmada pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais. A pena final foi apontada em seis anos de reclusão em regime fechado, sem direito à progressão porque o crime é classificado como hediondo (BRASIL....HC 73.662/MG).

A toda evidência, o ministro Marco Aurélio foi bastante inovador. Içou dados nos autos para edificar a tese de que a presunção do artigo 224 do Código Penal é relativa, tendo em vista a menor/vítima apresentar-se ciente e amadurecida para vida sexual:

²⁰ Adeodato afirma a existência dessa definição ao asseverar que direito alternativo é: “[...] um direito que se oferece como alternativa diante do direito dogmático – que é o direito estatal contemporâneo por excelência, aquele representado pela lei, jurisprudência, pelos contratos lícitos etc. – aproveitando-se de suas impotência e incompetência no trato dos conflitos” (2002a, p.121).

²¹ O termo ilegal está no sentido de *contra legem*.

A pouca idade da vítima não é de molde a afastar o que confessou em juízo, ou seja, haver mantido relações com o Paciente por livre e espontânea vontade. O quadro revela-se realmente estarrecedor, porquanto se constata que menor, contando apenas com doze anos, levava a vida promíscua, tudo conduzindo à procedência do que articulado pela defesa sobre a aparência da idade superior aos citados doze anos. A presunção da violência prevista no artigo 224 do Código Penal cede à realidade (BRASIL.... HC 73.662/MG, p. 316).

O ministro relator utilizou o peso da realidade, assim por ele interpretada, para rechaçar a aplicação do Código Penal vigente desde 1940, dizendo que o mesmo estaria “ultrapassado” e “anacrônico” e assim, onde a lei está enrijecida, caberia ao intérprete o dever de “[...] arrefecer tanta austeridade, flexibilizando, sob ângulo literal, o texto normativo, tornando-o, destarte, adequado e oportuno” (BRASIL ... HC 73.662/MG, p.317-8).

Decisão inovadora acompanhada pelos ministros Rezek e Maurício Corrêa, que sinalizaram no mesmo sentido. Os outros dois ministros vencidos, Carlos Velloso e Néri da Silveira, preferiram uma posição mais tradicional, negando a Ordem.

A questão é, sem embargos, *contra legem*; para alguns até um exagero, mas a verdade é que tantas outras decisões têm seguido a mesma linha, o que constata a tese de que o Supremo e os tribunais já têm cedido ao uso alternativo do direito, buscando solução menos formal.

Mesmo o Estado tem criado jurisdições secundárias para que os brasileiros resolvam suas controvérsias. Formas alternativas que recebem tutela estatal e valem coercitivamente. Entre alguns procedimentos marginais de decisão, pode-se citar, como exemplo, a Lei de Arbitragem – Lei n.º 9.307 de 23 de setembro de 1996 - cuja teleologia é a busca por soluções jurídicas sem a necessidade da movimentação da máquina judiciária (PATÚ JÚNIOR, 1996, p.275).

A implementação da Lei de Arbitragem deu-se pela necessidade de agilização nas controvérsias; clara exigência de um mundo globalizado onde a rapidez e a tecnologia se fazem necessárias. A realidade internacional brasileira e a arbitragem trilham caminhos convergentes (GOMM SANTOS, 1996, p.191).

As modificações importadas pela Lei 9.307/96 buscam quebrar a hegemonia do Estado, contendo natureza essencialmente oposta àquelas adotadas pelo Judiciário. Mesmo assim, Gomm Santos assegura que se deve mudar a mentalidade da sociedade “[...] no sentido de afastar a idéia de que os Tribunais arbitrais hão de substituir o Poder Judiciário” (1996, p.192).

Mas ora, se é verdade que os Tribunais Arbitrais não galgam essa substituição, sua implementação crescente - reflexo do exigente mercado internacional - serve para admitir que o serviço da justiça ofertado pelo Estado não satisfaz aos jurisdicionados.

A Lei brasileira sobre mediação e arbitragem observou o modelo da Lei sobre arbitragem comercial internacional divulgado pelo UNICITRAL²². As partes podem eleger no contrato a via arbitral como caminho jurídico em caso de se suscitar dúvida em relação ao mesmo.

Outras constatações podem ser retiradas: (i) a arbitragem pode atender as normas jurídicas (arbitragem de direito) ou realizar-se segundo a equidade (arbitragem por equidade); (ii) os julgadores são árbitros e não carecem possuir formação técnico-jurídica; (iii) o laudo arbitral tem a mesma força que sentença judicial passada em julgado; (iv) o laudo não está sujeito à homologação por órgãos oficiais; (v) norma é construída segundo princípio

²² Padrão legislativo que nasceu após várias discussões internacionais entre Países e representantes diplomáticos, membros da Organização das Nações Unidas (ONU).

da celeridade; (vi) custas acessíveis e, o mais importante, (vii) o laudo vale como título executivo, equiparando-se à sentença judicial²³.

Sem embargos que a intenção do legislador é fugir da via estatal, criando canais distintos de solução de controvérsias, ainda que sob a guarda do Judiciário.

Outro exemplo desse pluralismo de jurisdição é a comissão de conciliação prévia admitida na justiça trabalhista, inclusive como requisito à propositura de demanda trabalhista. A lei adjetiva determina que só após ter-se tentado o acordo na referida comissão é que se pode ingressar com a reclamação, mediante a comprovação, por certidão, que houve insucesso do acordo.

A comissão de conciliação prévia é mais um exemplo de via alternativa para solução de conflitos; do acordo homologado é lavrado termo que tem força de lei, sendo equiparado à sentença transitada em julgado. Uma interpretação teleológica da Lei 9.958 de 13 de maio de 2000, que dispõe sobre a instalação e procedimentos atinentes à comissão, revela que o objetivo é mesmo “[...] desafogar a Justiça do Trabalho, empresando maior celeridade à solução dos conflitos sociais, antes mesmo de serem trazidos aos órgãos jurisdicionais” (CARRION, 2002, p.460).

Quanto à inovação, a Lei n.º 9.958/2000 no artigo 625-D submeteu o ingresso de “qualquer demanda de natureza trabalhista” à comissão de conciliação prévia; não atendido

²³ Apesar de toda legislação específica (Lei n.º 9.307/96), a Arbitragem carece de alguns suportes do Poder Judiciário, sobretudo quando o contrato não prevê a utilização desse instituto (cláusula compromissória ou cláusula de compromisso arbitral). Nestes casos, a lide poderá ser levada ao Judiciário a fim de obrigar as partes a nomearem e darem cumprimento ao disposto no artigo 10 e seguintes da Lei Marco Maciel.

esse comando, considerar-se-á ausente um dos requisitos à propositura da ação (o interesse de agir), autorizando o magistrado a extinguir o processo sem julgamento do mérito.

As atuais e crescentes medidas reformistas em relação ao judiciário evidenciam um afastamento do modelo oficial com conseqüente quebra do monopólio estatal. O objetivo parece ser mesmo criar caminhos rotativos à prestação jurisdicional, estabelecendo opções ou diminuindo o acesso ao poder judiciário extremamente formal, demorado e dispendioso.

1.4 JUDICIÁRIO BRASILEIRO: O ANÚNCIO DOS SINAIS ENTRÓPICOS

Parte-se da premissa de que a reforma é o resultado da crise por que passa o Judiciário brasileiro que têm suas decisões contestadas e até mesmo rechaçadas sob o argumento da falta de legitimidade, o que causa o afastamento do jurisdicionado da prestação judicial tradicional.

Para atestar a pré-falada crise do judiciário, a crescente utilização de meios alternativos para solução de conflitos serve como dado real. Não o “direito alternativo” no sentido de extra-oficial, à margem do estado, mas aqueles surgidos à sombra do estado - uso alternativo do direito: e pluralismo de jurisdição – que se apóiam na tutela do próprio estado, como por exemplo, a Lei de Arbitragem e a comissão de conciliação prévia da justiça do trabalho.

Comprovada, portanto, a tese de afastamento ao modelo tradicional de decidir, ou seja, que o monopólio estatal de solucionar as controvérsias resta quebrado, coube verificar quais os motivos que podem justificar a crise do poder judiciário.

Três elementos podem ser apontados como causas da crise: (i) carestia e a (ii) burocracia que assolam os serviços públicos de forma geral e, em especial, o judiciário; e um terceiro bastante grave, por afetar a legitimidade das decisões judiciais, (iii) a falta de credibilidade do discurso oficial.

O judiciário assumiu, historicamente, a função de guardião da justiça, protetor das leis e dos princípios de direito; a toda evidência, hoje em dia, em países desenvolvidos – e sobretudo em países periféricos como o Brasil – pergunta-se sobre o papel do magistrado, do advogado, do promotor, ou seja, do operador do direito de forma geral. Há quem duvide da necessidade dessas pessoas, ou melhor, aumenta a dúvida a respeito da dogmática jurídica edificada com base em um “sentido comum teórico dos juristas” (STRECK, 2003, p.77-87).

Resta clara a revolta social com relação às atuações dos operadores do direito. A história dá conta que os juristas, de forma geral, poderiam ter assumido posição mais distinta, opondo-se a arbitrariedades do legislativo e às opressões de um executivo devorador, o que lamentavelmente não se sucedeu (LIMA, 2000, p.120).

A independência do judiciário sempre foi apresentada como símbolo ostensivo desse poder. Ocorre que uma análise mais acurada de fatos simples, como a formação do Supremo Tribunal Federal, cuja nomeação dos ministros se sucede via indicação da Presidência da República, revela que os compromissos assumidos e os favores políticos exigem trocas clientelísticas (BAHIA, 2003, p.103-85).

Um juiz independente, ou melhor, um juiz, simplesmente, não pode ser concebido em uma democracia moderna como empregado do executivo ou do legislativo, mas nem pode ser empregado da corte ou do supremo tribunal. [...] Um judiciário verticalmente militarizado é tão aberrante e perigoso quanto um exército horizontalizado (ZAFFARONI, 1995, p.88, grifos no original).

O sistema jurídico que deveria ser auto-referente e não ceder às pressões políticas, econômicas, éticas, em uma palavra: ideológicas; na prática forense, revela-se dependente (*alopoiético*)²⁴, tendente à entropia, ou seja, a tornar-se dispensável (ADEODATO, 2002a, p.37-8; LIMA, 2000, p.122).

O fenômeno *alopoiético*, presente na realidade jurídico-brasileira, pode ser explicado pelo clientelismo devido ao “[...] fato de que os indivíduos têm a necessidade e disposição para trocar” (BAHIA, 2003, p.36).

Não é difícil perceber que a sentença, de símbolo da independência, passou a ícone das pressões que recebe o Judiciário. Não é filha da lógica, mas da ideologia, embora seja confeccionada à luz de leis, de “doutrinas majoritárias” ou de “jurisprudências dominantes”, como afirmam os juristas em seus arrazoados (STRECK, 2003, p.82).

Se o judiciário sofre pressão externa, a troca política é sua consequência. Assim, a sentença - ato judicial que põe termo ao processo - é símbolo do clientelismo; é o que se dá em troca dos benefícios legislativos e indicações do executivo. Por isso é sempre motivada ideologicamente, ainda que se apresente racional(izada) (SOBOTA, 1995, p.258).

A ideologia da sentença é a vontade do grupo politicamente dominante, ou seja, do mais forte sobre o mais fraco, já que a idéia dos oprimidos é inferior e imperceptível (MATTA, 1983, p.181-2).

²⁴ Tratarei deste assunto no capítulo quatro da dissertação.

O cenário trabalhado neste capítulo permite que se entenda porque uma decisão que envolva grande interesse político recebe tratamento especial dos órgãos de julgamento. O Governo dificilmente perde uma ação em que grande interesse esteja em cheque²⁵.

De volta ao caso dos precatórios pendentes de liquidação e que, não obstante o pedido de intervenção federal formulado conforme a Constituição Federal (artigo 34, VI), o STF lhe tem negado eficácia. Anoto, ainda, que o Ministério Público Federal, através da Procuradoria Geral da República, tem parecer a favor dessa medida última, que visa proteger a soberania, a coisa julgada, os direitos fundamentais, em uma palavra: a Constituição.

Merece destaque a incoerência em não prestigiar uma ordem cuja natureza seja obrigação de dar (quitar o crédito transitado e inscrito), mesmo que exarada do próprio judiciário e transitada em julgado. Ou seja, o poder judiciário reconhece o crédito, após extensa via cognitiva, em favor do jurisdicionado; erige um crédito, exigível graças à irrecorribilidade. O crédito é executado; outra via cognitiva é inaugurada, agora a pretexto dos Embargos à Execução. Toda procissão ritualístico-recursal é repetida. Ao final: a inscrição do crédito no orçamento público, dando a oportunidade de dezoito meses para o Estado quitar (benefício que nenhum particular desfruta).

Nada obstante, o crédito não é satisfeito.

O Estado não obedece à ordem judicial que determina o pagamento do crédito oriundo de sentença transitada em julgado.

²⁵ Ir ao item 6.4.

Mesmo assim o STF tem entendido pela improcedência do pedido de intervenção federal formulado com base no artigo 34,VI da Constituição Federal de 1988. O posicionamento do Supremo equivale ao não-julgar, fere a vedação ao *non-liquet*; e, por reflexo, desobrigou o executivo da satisfação do crédito, mitigando a coisa julgada em nome da ratificação de pactos ideológicos que prejudicam a Constituição Federal (LIMA, 2000).

O posicionamento do Supremo reflete crise de credibilidade por que passa. Esta constatação não é inédita, principalmente se tomarmos por base os inúmeros casos em que o STF contribuiu para a instabilidade brasileira (LIMA, 2000).

A crise do poder judiciário brasileiro é, sobretudo, uma crise de legitimidade. Conquanto, uma visita ao tema da “legitimidade” é fundamental. Tratarei-o de forma estratégica, ocupando-me de evidenciar o progressivo esvaziamento do conteúdo ético no direito. Em outras palavras, buscarei explicar qual a influência do conceito de autoridade na história dogmático-legal, cuidando de denotar como o positivismo contribuiu na “criação” da certeza e segurança jurídica, através de propostas formais.

2

LEGITIMIDADE, AUTORIDADE E FORMALISMO: PARA ENTENDER A MUTABILIDADE HISTÓRICA DO CONCEITO DE DIREITO

2.1 PRETENSÕES E ESCLARECIMENTOS METODOLÓGICOS.

Após verificar que a sociedade anda procurando se distanciar do modelo oficial de decidir, cuidarei de adentrar em um assunto que guarda íntima relação com o capítulo anterior: a questão da legitimidade do direito.

A legitimidade foi perdendo, na história ocidental, seu conteúdo ético. Supervalorização da forma em detrimento ao conteúdo, tudo, ao que parece, para que se pudesse emprestar o *status* de ciência ao direito (ADEODATO, 1989, p.29-52).

Esse esvaziamento do conteúdo ético foi o reflexo da guinada do pensamento científico; ocorrido pelo sucesso das ciências, a partir dos séculos XIV/XV, e pela formação de uma sociedade que sobreviveria, a partir de então, em torno do Estado. Daí se dizer que houve a permuta entre o monismo social na Idade Moderna pelo Pluralismo social dos Medievos, em que cada grupo possuía um ordenamento jurídico próprio, já que não existia a figura do Estado (BOBBIO, 1999, p.26-9).

A formação de um ordenamento unívoco que se auto-explicasse, às cúspides de um Estado autoritário e absoluto, veio a ser o objetivo maior entre os teóricos juristas da Idade Moderna. Sob os eflúvios da Igreja Católica, a pirâmide mostrou-se como símbolo ideal do governo autoritário posto que além de demonstrar a existência de hierarquia entre os níveis que se acham inter-relacionados, o topo sugeriria a autoridade transcendental capaz de guiar o modelo (ARENDDT, 2003a, p. 135).

Esse desenho, mais tarde aproveitado por Kelsen (2000) com vistas a uma pretensa purificação do direito, demonstra como os juristas se preocuparam em substituir gradativamente o conteúdo substantivo de legitimidade por padrões legislativos gerais e regras instrumentais. O raciocínio silogístico foi apresentado com via de acesso à justiça; uma justiça não mais revelada, mas estabelecida pela obediência a procedimentos (SOBOTA, 1995, p.255).

Como se sabe, o arquétipo racionalista não conseguiu corresponder às inconstâncias sociais, sobretudo em sociedades complexas que não atingiram a necessária diferenciação. A realidade da vida não comportou ser regulada por padrões imutáveis que oferecem soluções às relações jurídicas que se sofisticam dia-a-dia.

Todavia, é inegável o efeito ainda premente do positivismo jurídico. A idéia que a dogmática disponibiliza um *menu* de instrumentais (regras, procedimentos, etc ...) para solução dos mais intrincados litígios por meio de raciocínios silogísticos ainda ronda o senso geral dos juristas (STRECK, 2003, p.79). Tais crenças criam a mera “sensação de certeza”, como bem ensina Sobota, dissimulando a incerteza dos julgados (1995, p.255).

Tenho na “sensação de certeza” um dos efeitos mais devastadores do movimento racionalista. Não exatamente porque as regras gerais são utilizadas como estratégias retóricas, mas, sobretudo, pela sua finalidade de esconder as idiossincrasias do julgador. Corriqueiramente ocorre de advogados, promotores ou mesmo magistrados – principalmente os magistrados, posto que suas decisões são oficiais – ao defenderem suas teses, explicitam termos como “Nessa linha, a jurisprudência é pacífica”, “O Tribunal possui reiteradas decisões sobre o caso” ou ainda “a lei é de clareza solar” para dar suporte a um determinado querer (vontade); sem falar que as jurisprudências são lançadas nos arrazoados na forma de ementários, ou seja, sem nenhuma contextualização (STRECK, 2003, p.79).

Os juízes não explicitam as reais premissas norteadoras dos julgados; pensam que agem racionalmente, mas são reféns de suas próprias crenças; crêem que decidem dogmaticamente, mas operam discursos estratégicos e no final, ao invés da suposta segurança jurídica, tem-se uma decisão criada sob o império das fórmulas procedimentais.

Cuido de demonstrar o seguinte: como o direito (legitimidade) passou a ser encarado de maneira formal, negando os ideais substantivos. Trato da contribuição do formalismo para o fenômeno da alucinação da certeza.

O próprio conceito de direito, às vezes confundido com lei em países como os Estados Unidos e Canadá, foi adaptado à cada realidade histórica e social, com vistas a dar respostas à sociedade sedenta por justiça. Aqui, no lado ocidental, a necessidade de desvincular o direito da moral e da ética em nome do *status* científico teve efeitos diversos – analisados mais adiante -.

Nasce um direito burocratizando, empestado por receitas procedimentais e vigiado pela força do Estado. Na modernidade persiste a precisão de uma ordem coercitiva, como nos medievos; a diferença é que o direito desce do céu à terra. As leis e os julgamentos são realizados pelos homens e não pela revelação divina, entretanto, a receita para um modelo jurídico duradouro apontava que se deveria combinar a solidez da experiência romana com o idealismo da Cidade de Deus (RUSSELL, 1957, p.9; DUARTE, 2003, p.71).

Uma incursão histórica demonstra as raízes desses dois paradigmas utilizados como pilares na construção da “nova filosofia”: de um lado, o conteúdo substantivo assumido pelo jurídico até à Cidade de Deus; do outro, a racionalidade advinda do positivismo, subproduto da filosofia iluminista.

Inicialmente adentrarei no legado e nas arestas cultivadas pelo movimento iluminista, contra-senso da filosofia de base aristotélico-tomista, enfocando a queda do poder temporal da Igreja; depois, cuidarei de demonstrar que a cultura grega esteve sempre presente nas fases históricas mais díspares como nas Idades Média e Moderna, mas claro que com funções diferentes (BERMAN, 2000, p.15).

2.2 PODER, IGREJA E RACIONALIDADE: DA DIALÉTICA ESCOLÁSTICA À RAZÃO ILUMINISTA.

As chamadas teorias pré-modernas²⁶ que cuidavam de legitimar o poder estatal não mais servem para a sociedade atual (ADEODATO, 2002a, p.55-9).

²⁶ As teorias pré-modernas pregavam a existência de um órgão externo capaz de ditar, segundo sua vontade, a razão. Partiam do princípio de que essas normas eram naturais e deveriam prevalecer sobre as normas humanas (positivas), sendo a imutabilidade a principal característica do ordenamento edificado externamente (ADEODATO, 2002a, p. 187-8).

A Escolástica, por exemplo, esgotava-se em pregar a existência da Igreja como intercessora entre o criador e a criatura. Teve no jusnaturalismo teológico sua manifestação mais coesa, certamente porque a filosofia encontrava base epistemológica nas obras de Tomás de Aquino. Uma filosofia otimista apegada ao preceito da razão como forma de conduzir a vida humana. Era uma razão alcançada pela decodificação dos eflúvios divinos aos homens por meio da técnica aristotélica da dialética (LOPES, 2002, p.144; ADEODATO, 2002a, p.191).

A hermenêutica nasce como uma necessidade da Igreja de interpretar os textos sagrados. A Santa Instituição se prendeu a estudar métodos que levassem ao encontro do verdadeiro alcance dos Evangelhos; todavia, os primeiros cânones de interpretação ensinavam que os enunciados dogmáticos dos textos escritos deveriam ser entendidos à luz da doutrina da Igreja (CORETH, 1973, p.6).

Com todo problema que o tema hermenêutica pode sugerir, a interpretação das Escrituras foi a causa de inúmeros debates. Já entre os séculos II e III a Igreja praticamente se dividira entre os que defendiam uma exegese voltada ao método histórico-literal - eram os Antioquinos - e os Alexandrinos, que preferiam uma metodologia espiritual como viés para o “alcance” da verdade (revelação) (CORETH, 1973, p.6).

Para superar as divisões da Igreja, Tomás de Aquino utilizou-se da antiga técnica dialética, visto que com essa ferramenta poderia discutir entre as interpretações possíveis, sustentando a mais razoável. Não seria exagerado afirmar que Tomás de Aquino pretendeu articular as primeiras formas de criação de consensos (LOPES, 2002, p.144).

As interpretações oficiais dos mandamentos geraram a *lex canonici* (lei criada sob inspiração divina) em uma tentativa de exprimir a vontade de Deus. A Igreja, por se apresentar como uma das únicas instituições sólidas após a dissolução do território Romano, terminou servindo de referência para solução dos conflitos humanos, apesar da secularização das instituições públicas (GILISEN, 1988, p.135).

Aliás, o próprio Cristo reconheceu que o “seu reino não é deste mundo” o que canalizou a Igreja para se preocupar com a salvação da alma, não dos homens (BIBLIA, 1999, p.166).

Ocorre que a grande quantidade de terras sob propriedade do Papado levava a Igreja a efetivar julgamentos de casos comuns. Some-se a isso um fato peculiar: a Santa Instituição se apresentava como detentora de uma jurisdição organizada em que a legislação básica era a *canonic*²⁷.

Entretanto, mesmo na jurisdição eclesiástica, a interpretação dos mandamentos nunca foi consensual. Tomás de Aquino buscou minimizar as diferenças havidas na interpretação dos cânones, conduzindo a aplicação ao método dialético de inspiração aristotélica, que em última análise pretendia esconder, através de artifícios retóricos, a dominação e submissão útil à Igreja (LOPES, 2002, p.114-115).

Neste ponto Santos é categórico:

²⁷ Os cânones eram verdades, reveladas pela Igreja aos homens, conseqüentemente carentes de obediência (GILISEN, 1988, p.143-5).

Tal legitimação deve, assim, ser percebida como fundamentação retórica para um eficaz e real exercício de dominação, levado a cabo pela Igreja na Idade Média: mais que revelar a verdade, o que o jurista canônico externa é a vontade política do poder eclesiástico em fazer valer seus comandos (2002, p. 230).

A Igreja, “legitimada por Deus”, passava a controlar a jurisdição, a interpretação canônica, as leis e a jurisprudência. Ao final, cada sentença simbolizava a vontade divina, assim ditada pela Santa Madre Igreja, única competente para traduzir ao mundo a vontade de Deus.

Como se pode notar, a vontade já se sobressai como elemento essencial para legitimação das decisões e mesmo para a definição do direito. A autoridade da Igreja se fazia suficiente para legitimar as interpretações. Se é assim, noto que o direito passou a se derivar apenas da vontade. Nos medievos, a vontade da Igreja; na Idade Moderna, a do soberano; e hoje, o querer dos poderes instituídos (LOPES, 2002, p.165-6).

Durante a Idade Média e contra esse cenário, levantou-se Lutero. A Reforma pregava um Deus mais acessível, sem nenhum mediador e que toca diretamente no homem. As doutrinas dos nominalistas forneciam base filosófica para o movimento de protesto (LOPES, 2002, p.165).

Inicia-se a fase do chamado jusnaturalismo antropológico ou racional que também não negou a fonte divina para o direito. A diferença é que a fé conduziria à vontade de Deus, independente de mediadores. A razão deixa de ser meio e passa a ser fonte para conhecimento do direito (ADEODATO, 2002a, p.191-2).

A filosofia eclesiástica andava muito preocupada com um conceito de direito aliado à religião, à justiça divina, elucidando as primeiras distinções entre justiça comum e

distributiva. Um conceito de direito essencialmente ético-substantivo ligado ao bem e ao bom, alcances distintos daqueles da ética pós-iluminista, caracterizada pelo formalismo.

O enfraquecimento da Igreja no ambiente pós-reforma e, principalmente, o sucesso das ciências culminaram com o iluminismo francês. Dogmas erigidos pela Igreja deixaram de fazer sentido diante de comprovações empíricas das ciências; a democratização do conhecimento ocorrido através do movimento protestante e a guerra santa - além de outros acontecimentos²⁸ - sucumbiram o processo inquisitivo-dogmático (CORETH, 1973, p.7).

O cristianismo foi reduzido a uma religião da razão advinda naturalmente, em que o mistério era a principal insígnia. O próprio direito passava a ser apresentado não mais como um segredo revelado; não existia razão pura (racionalidade), mas somente segredos desvendados pela Santa Instituição (CORETH, 1973, p.7).

Erige-se, assim, o sistema positivista. Descartes é apresentado como o grande idealizador. A base da filosofia cartesiana é a epistemologia, como bem denota a 4.^a regra para direção do espírito: “O método é necessário para a procura da verdade”. Descartes cunhou de “estudos desordenados” e “meditações confusas” todas as reflexões que não enaltessem o método (2002, p.80).

É sob influência da obra de Descartes que o iluminismo se desenvolve, fazendo da razão e da busca pela razão uma obstinada luta. Era aceitável o que fosse somente comprovado empiricamente, em claro rechace à filosofia medieval. O direito se encontrava

²⁸ O desgaste da Igreja Católica fruto da ganância dos sacerdotes culminou com a queda da institucionalização dogmático-canônica. Escândalos como a venda de indulgências é um exemplo desse desgaste frente à sociedade que passou a não só criticar o poder temporal como indagar sobre sua legitimidade.

despido de conteúdo, passava a ser essencialmente procedimental. As leis, proferidas por aqueles que detinham capacidade de comprovação valiam e resolviam as controvérsias.

A modernidade estabeleceu um modelo para separar o jurídico do moral. O mais reluzente critério diferenciador é a distinção entre coerção e liberdade. O direito passa a ser garantido coercitivamente pelo Estado, que por sua vez utiliza dessa ferramenta de dominação para se sustentar teoricamente, enquanto a moral é relegada à incoercibilidade (LOPES, 2003, p.9).

Aliás, em passagem colecionada do Discurso do Método, Descartes ovaciona a razão, explicando que esta seria o diferencial entre seres humanos e animais. A toda evidência, o que de fato faria com que se chegasse à verdade (à luz) era a observância estrita ao método (ao procedimento), a final “[...] não basta ter o espírito bom: o essencial é aplicá-lo bem” (2002, p. 21).

A preocupação em encontrar métodos também influenciou os hermenutas da época a criarem fórmulas de interpretação normativa. Cânones foram estabelecidos, todavia, um estudo revela que a vontade do legislador era mais um fetiche, já que por vezes, confundia-se com a vontade do intérprete. Apesar dos métodos pregados pelas escolas histórica, jurisprudência de conceitos, pandectismo e pela exegética francesa, nenhuma delas deram ao problema da hermenêutica uma solução definitiva (BITTAR, ALMEIDA, 2001, p.316-22).

A tese de que o alcance normativo não é descoberto, mas sim implementado no ato hermenêutico parece merecer atenção. O ato de interpretar é edificar e não simplesmente

declarar, o que significa dizer que o conteúdo normativo é lapidado pelo intérprete ao revés de significar-se por si mesmo (GRAU, 2003, p. 44).

Noto que, ao se pregar como tábua de salvação, que as leis poderiam sofrer uma interceptação de seu alcance através do ato hermenêutico e que este ato anunciaria a vontade da lei, mais parece que se cuidou de edificar um *topos* legitimador. Isto é, sob o manto dessa “verdade”, certamente os dominadores impuseram seus poderes de opressão contra os dominados.

Pelo uso desses *topos*, a retórica não estaria tão esquecida como se fazia parecer. Ora, se de um lado a filosofia aristotélica revela-se, apesar do uso da lógica e dos silogismos, preocupada com a ética, com a moral e com o direito justo, de outro, a filosofia positivista prega um desapego ao conteúdo, ordenando-se pela razão estatalista (LOPES, 2002, p. 181; MENDONÇA, 2003, p.381).

A modernidade procurou um distanciamento da moral e da ética com o jurídico. As leis, como espécies da razão lógica, fundamentavam-se em outras de hierarquia superior até chegando à norma fundamental, na sugestiva pirâmide de Kelsen (2000, p. 215-308).

A toda evidência, mesmo com essas alterações, que mais são políticas que metodológicas, o direito permaneceu sendo pensado a partir de cada problema isoladamente. Não há como falar em rompimento total com a cultura clássica. Aliás, sendo o direito uma expressão da tradição, sua decorrência decorre de uma consolidação cultural, sendo difícil estabelecer uma fronteira exata entre o pensamento jurídico antigo, o medieval e o moderno (BERMANN, 2000, p.44-52; MENDONÇA, 2003, p.382-3).

2.3 AUTORIDADE E DIREITO: SOBRE A MUTABILIDADE DO CONCEITO DE DIREITO NA HISTÓRIA.

Dois são os paradigmas para qualquer pretensa teoria jurídica contemporânea: uma é o revigoreamento da cultura clássica ocidental e outro é o uso da razão procedimental²⁹. Estes paradigmas, cada um a sua maneira e tempo, tanto influenciaram o *modus* de solucionar as controvérsias quanto amoldaram o conceito de direito.

Aliás, admitindo - como se está a admitir - que a cultura clássica se houve enraizada nas culturas posteriores (medievos e moderna), deve-se refletir qual seu papel para criação ou recriação das instituições jurídicas.

Na realidade não apenas as instituições como também a definição do termo direito foram pensadas e repensadas ao longo da história. Apesar de surgirem formas aparentemente mais antagônicas, todas se mantiveram próximas por algumas semelhanças. Entre essas semelhanças destaco a preocupação excessiva com a vontade (de Deus/do Soberano/dos Poderes Instituídos). O objeto do direito foi constantemente destruído e reconstruído ao longo da história (LOPES, 2003, p.14).

Variou-se desde a perseguição pelo ético, pelo justo à lei, passando pelo método de argumentar. Não há como se falar em direito único e imutável, mas em direitos; formas diferentes que surgiram durante os séculos, cujo principal objetivo foi legitimar vontades. Daí Lopes garantir que a história do direito é a história da legitimação de vontades;

²⁹ Essa racionalidade floresceu pelo desenvolvimento da epistemologia, onde Descartes (2002) é o maior expoente. Através do método, acreditava-se chegar à verdade nas ciências.

do mais forte sobre o mais fraco, da maioria, de Deus, ou mesmo a própria vontade da lei (LOPES, 2003, p.10).

Enquanto nas sociedades primitiva e antiga a legitimação se embasava na ética religiosa, através de um procedimento excessivamente simbólico em que a família (ou clã) apresentava-se como instituição capaz de ensinar e repassar as regras (tradições e costumes), nos medievos houve uma espécie de institucionalização da tarefa de apresentar as regras, cumprindo à Igreja proporcioná-las através da revelação; na modernidade os ideais foram mais estatais³⁰.

O iluminismo fez questão de esvaziar progressivamente o conteúdo de legitimidade; a justiça distributiva passa a ser uma situação ideal discutida apenas no espaço público, assunto tratado nas ciências políticas (LOPES, 2003, p.14).

Agora cuidarei de demonstrar o esvaziamento de conteúdo no conceito da legitimidade e, conseqüentemente, a variação do conceito de direito; explicações que servem para se entender porque direito e lei ganharam definições tão próximas, a ponto de se confundirem em algumas culturas, como no *common law* (LOPES, 2003, p. 39-110).

Entre os primatas se admite que existiu algo para legitimar as decisões tomadas. Fosse nos deuses ou em laços de consangüinidade, as decisões encontravam sustento em pilares místicos: é que não há como falar em sociedade, por mais anacrônica que

³⁰ A dissertação faz considerações apenas sob a realidade do lado ocidental do globo, já que do outro lado da terra a diferenciação ética não parece ser uma preocupação dos povos orientais, permanecendo muitos países ainda sob a orientações de preceitos éticos-jurídicos-religiosos como uma única e só coisa (GILISEN, 1988, p.135).

seja, sem existência de um mínimo de normatividade, capaz de ditar regras sociais (WOLKMER, 2002, p.19-30).

É bem verdade que nas civilizações antigas a religião era a base para um juízo de lícito ou ilícito, moral ou imoral, ético ou anti-ético. As tradições, muitas delas de caráter religioso, fundamentavam decisões em desejos místicos que representavam a vontade de um chefe. A família, tida como o primeiro reduto onde as decisões eram tomadas, para utilizar uma comparação de Coulanges, passou a ser uma “[...] associação religiosa, mais que associação natural”, em que a vontade predominante era do *pater familias* (2000, p.37).

Nessa primeira fase da história da sociedade não há como separar o jurídico do ético, do religioso, ou do político. O magistrado era chefe político e religioso, com capacidade de julgar. Chegava ao poder ou por conquista - permanecendo enquanto sua força durasse- ou por confiança popular (COULANGES, 2000, p. 196-202).

Se é verdade que nessa fase histórica não se diferenciava jurídico de não-jurídico, mais verdade ainda é que o conceito de direito era quase ou totalmente substantivo, baseado na idéia incontestável de justiça imposta por uma autoridade mística.

Na Grécia, essa vontade passa a ser extraída do povo; a palavra consenso tem fundamental importância, já que vigorava a vontade da maioria em um tipo ideal de democracia que o mundo mais tarde veio a copiar. Difunde-se a retórica cuja finalidade era persuadir através do argumento ornado, empregada na deliberação, na prática forense e no discurso epidítico (ALEXANDRE JÚNIOR, 1998, p. 13-4).

Arendt, no entanto, lembra que Platão teria, após a histórica morte de Sócrates, percebido que a persuasão era “[...] insuficiente para guiar os homens”, pretendendo, assim, “[...] algo que se prestasse a compeli-los sem o uso de meios externos de violência”, vindo a partir para as verdades auto-evidentes, posto que compeliriam a mente (2003a, p. 147).

[...] ou o conhecimento especializado infunde confiança, de modo que nem a força nem a persuasão sejam necessárias para obter aquiescência, ou o regente e o regido pertencem a duas categorias de ser completamente diferentes, um dos quais já é, por implicação, sujeito ao outro, como nos casos do pastor e seu rebanho, e do senhor e seus escravos (ARENDR, 2003a, p. 148).

A falta de um direito profissional (as lides eram entregues a amadores e a decisão competia a um corpo de jurados escolhidos entre os cidadãos comuns), a inexistência de advogados e a ausência de um procedimento sustentado pelo Estado - já que era o autor, *v.g.*, quem competia citar o réu - forneceram campo propício para o desenvolvimento da retórica. Visava-se convencer o corpo de julgadores através do discurso, caminho eleito para concretização da justiça na Grécia (REBOUL, 2000, p.2)³¹.

A retórica nasce como forma de comunicação. Uma técnica que se ocupa com princípios e fórmulas lógicas. Não todas as fórmulas e nem quaisquer princípios, mas apenas aqueles dos quais se possa retirar persuasão (ALEXANDRE JÚNIOR, 1998, p.17).

A característica da retórica é não argumentar a partir do verdadeiro, mas do verossímil. A partir dessa metodologia se buscava travar as disputas; venceria aquela idéia que melhor convencesse um corpo de membros do povo, cidadãos comuns que decidiam com base nas tradições (os jurados) (REBOUL, 2000, p.2).

³¹ Noto que o justo era estabelecido “democraticamente”, pelo consenso, daí a importância da retórica como arte de persuadir e convencer.

Interessante frisar que o corpo de jurados se encontrava a serviço de um princípio ideal de democracia em que todos os ritos conduziam para decisão popular. Comparando com os tribunais de júri de hoje em dia, pode-se assegurar que atualmente ocorre o inverso, os júris são mais representações (STRECK, 2001, p.100-1).

É bem verdade que se trata de uma simbologia funcional, pois à medida que encena a coletividade, vende a idéia de que vivemos em uma sociedade sem fissuras, onde a lei exerce a função de guardiã social ao mesmo tempo em que dita chances iguais a todos, a final, todos podem ser jurados, réus e vítimas (STRECK, 2001, p.106).

Observo que, na Antiguidade clássica, a legitimidade³² era alcançada pelo consenso; para se chegar a tal, a retórica era utilizada como meio³³, não dispensando os limites próximos com a religiosidade e com a crença, herança da Idade Primitiva.

Em Roma a outra face da retórica - a dialética - foi utilizada igualmente no processo de elaboração legislativa; talvez porque a realidade romana clássica não fosse tão diferente da grega, visto que não havia uma autoridade centralizada nem via de coerção pública (VÉRAS NETO, 2002, p.118).

Das origens de Roma ao baixo império, criaram-se institutos jurídicos hoje consagrados, como o direito de propriedade, as obrigações e contratos, questões de responsabilidade civil e de sucessões; institucionalizou-se um direito internacional. Não quer

³² Apesar de que é só em Roma que surge o termo 'legitimidade', segundo lembra Adeodato (1989, p.32).

³³ Mesmo as leis em Atenas eram essencialmente retóricas. Ou seja, não apenas no tribunal a retórica foi utilizada com grande desenvoltura, o que Aristóteles classificava como retórica forense ou judicial, mas também na deliberação (elaboração de leis) ou demonstração (epidítico). Esteve mesmo acima do direito, em socorro deste (ALEXADRE JÚNIOR, 1998, p.25).

dizer com isso que houve uma cisão entre o jurídico e o ético religioso ou que o direito, enquanto instituto, evoluíra (SANTOS, 2002, p.228).

O que de fato ocorreu foi uma sofisticação, ligada essencialmente à necessidade social, ou quem sabe política, de manutenção do imenso estado em que Roma se transformara. É que as grandes conquistas dos exércitos romanos subjugaram povos, raças, crenças e tradições, que passaram a conviver sob o mesmo governo.

Precisava-se administrar as diferenças.

Diante do quadro social inquietante deixado pelas guerras, em que nem ricos nem pobres participavam da política, mas apenas os romanos, Caio Graco é eleito tribuno da plebe (123 a.C). Entre suas medidas, uma chama atenção: a Lei da Latinidade, que significava a extensão da cidadania romana aos seus aliados (VÉRAS NETO, 2002, p.119).

Como se verifica o direito se tornou instrumento necessário à sustentação do império romano. As leis e as modificações institucionais introduzidas pelas constantes reformas visavam democratizar o processo de tomada de decisão. Resgatou-se a idéia grega de consenso; precisava-se fazer crer que a decisão oficial era fruto de um consenso, quer dizer, de um discurso majoritário vencedor onde todas as opções foram testadas e discutidas. Os instrumentais retóricos, sobretudo a tópica, eram fundamentais para criação dessa ilusão (VIEHWEG, 1986, p.22-33).

Nos julgamentos ou na confecção das normas, os romanos dispuseram destes instrumentais. No capítulo IV da *Topica y Jurisprudência*, Viehweg cuida de comprovar essa tese. Em contato com o Digesto Justiniano garante que “Para um espírito sistemático o direito

civil constitui, como se sabe, uma desilusão enorme. Apenas é possível encontrar neste deduções de largo alcance” em referência ao constante uso da tópica nos julgamentos (1986, p. 73).

Diante do Dig 41, 3 – 33, que dispõe sobre usucapião³⁴, Viehweg verifica que o mesmo texto se desdobra em uma série de comentários, todos retirados a partir de conceitos populares como boa-fé, posse justa, idoneidade das coisas, inexistência ou impedimentos para usucapir (1986, p.75-6).

Com isso, uma vez colhidos esses adágios do seio comunitário e incorporados ao discurso oficial como premissa maior, pode-se dizer que conclusão “seria” o fruto da opinião da maioria, da maioria dos sabidos, dos filósofos ou da maioria dos filósofos (ARISTÓTELES, 1978, p.5).

Uma leitura pragmática do uso da tópica entre as normas romanas revela a tendência de legitimar os juízos a partir da idéia de consenso, raiz do que se viria a rotular como soberania popular.

Tomar uma decisão é torná-la aceitável³⁵ diante de uma população arredia a fórmulas e marcada pelas diferenças, e este foi um desafio em Roma. Claro que a vontade do imperador era quem prevalecia; estou apenas falando do método utilizado para causar a impressão de uma democratização no processo de decidir, já que as premissas maiores apresentaram-se legitimadas pela opinião popular ou dos sábios (VIEHWEG, 1986, p.88-92).

³⁴ Código de Justiniano disponível em <www.unt.edu/lawinsider/library/classics.html>, Acesso em [30/01/2004].

³⁵ Luhmann faz uma sutil diferença entre ‘aceitar’ e ‘aprovar’. Enquanto que o primeiro estaria ligado à questão da legitimidade, ou seja, da disposição geral de acolher decisões de conteúdo indefinidos; o segundo tem haver com a concordância (1980, p.30 e 32).

Naquela época, o que foi a condenação de Cristo senão um agrado popular ? Pilatos, pressionado por César que levava à morte o governador incapaz de deter as manifestações dos dominados, cedeu ao pleito judaico. Não anunciou essas premissas (entimema), preferindo lavar as mãos e condenar Jesus ao calvário a ter que enfrentar a fúria popular.

Reconstruindo o raciocínio da decisão de Pilatos, tem-se: se houve crime foi contra o povo judeu; se o povo judeu deseja sua crucificação, que seja condenado, nada obstante a lei judaica não prever aquele tipo de sanção, posto que valeria o *topos* “a vontade do povo é a vontade de Deus” (BÍBLIA, 1999, p.56-7).

Apesar da secularização, o direito foi bastante influenciado pela ética religiosa e por sentimentos retirados da tradição. A confusão entre direito e lei foi mais uma aproximação intencional visando originariamente se esquivar das orientações da Igreja; não é por acaso que *ius* e *lex*, *droit* e *loi*, e *Gesetz* e *Recht* passaram a ser termos tão próximos (KANTOROWICZ, 1964, p.136).

Com a queda de Constantinopla o império romano arruína-se, sendo partilhado em feudos. A Igreja apresenta-se como única instituição segura. Julga-se e condena-se a pretexto de uma vontade divina. A filosofia escolástica assenta-se nas lições de Tomás de Aquino que utiliza igualmente da retórica e dialética gregas³⁶.

³⁶ Sobre o assunto, tratei no item 2.2 anterior.

O direito se encontrava próximo da moral e da ética; a fonte principal era o costume, como ocorrera na Roma Clássica e na Grécia. As tradições sobrepujam as leis que não possuíam o rigor formal típico da modernidade. O conceito de direito, até os medievos, não se ligava a de lei, mas as definições de tradição e de costume; visto que se fundamentavam nos cultos simbólicos (LOPES, 2003, p. 39-69).

Já na modernidade, o direito passa a ser considerado ciência. Como frisei (item 2.2), houve uma decrescente autoridade da Igreja sob uma crescente autoridade da ciência. Os Sacerdotes e depois os Reis são substituídos por democracias e tiranos (RUSSELL, 1957, p.5).

O século das luzes é marcado pelo apelo que se faz à razão. Diferentemente do pensamento eclesiástico que ostentava a presunção de veracidade eternamente inalterada, a ciência tem como base a probabilidade; as regras são baixadas por força da verificação empírica, o que resultou em uma autoridade da ciência sobre a da Igreja.

É bem verdade que a autoridade da ciência é diferente da autoridade da Igreja. Primeiro por se basear em intelecto e não em governo, segundo porque existem penalidades para os que não a aceitam. Por outro lado, pode-se dizer que é uma autoridade fragmentada. Não engloba a moral humana, as esperanças, o passado ou o futuro da história do universo, e nem mesmo serve de tranquilidade às agonias humanas (RUSSELL, 1957, p.6).

As teorias que explicam a legitimidade modificam seu foco de atuação: não mais o elemento externo, mas o interno é quem justificativa o processo de tomada de decisão. O legalismo acreditava que “o ato de legislar” era o único capaz de englobar todas as

situações jurídicas do universo. A lei poderia prever todos os casuísmos e solucionar os mais diversos litígios (ADEODATO, 2002a, p. 59-60).

No normativismo a lei não oferece limite ontológico, mas se fundamenta em outra de hierarquia superior. A pirâmide kelseniana é sedutora, símbolo do funcionalismo: bastava funcionar que gozava de validade, independente da forma como funcionasse. Por exemplo, o poder era tido como qualquer coisa que fizesse com as pessoas obedecessem; e assim, mesmo a violência poderia ser considerada forma de poder, bastando apenas que compelisse alguém a fazer algo (ADEODATO, 2002a, p.61).

O conteúdo de legitimidade se esvazia gradativamente passando a ser visto como mera ideologia (KELSEN, 2000, p.232-8). Bastava o decididor dispor de poder estatal para garantir sua execução que sua decisão seria legítima. Tanto é verdade que as leis eram integradas ao patrimônio jurídico depois de aplicadas e garantidas por um tribunal (HART, 2001, p.150).

Isso abria a possibilidade, mais clara que em outros modelos (*v.g.*: primitivo, antigo e medieval), de se escolher a decisão que melhor conviesse. Diante de um caso não contemplado pela lei todas as soluções em jogo eram consideradas, devendo o magistrado eleger aquela que melhor satisfizesse o sistema (e/ou seu querer, claro !). Fazendo referências as outras decisões e anunciando normas interpretadas segundo seu bel prazer, conseguia-se um julgado. De posse do poder estatal, efetivava-o (HART, 2001, p.142).

Observo que Hart admite, segundo as idéias tópicas de soberania, que o Estado possui legitimidade suficiente para fazer o que desejasse. Seus desejos e vontades se refletiam

em leis gerais; regras convencionais, as quais ao se depararem diante do caso concreto eram capazes de corrigir as atuações dos personagens. Mesmo os casos não previstos por estas regras-padrão seriam solucionados, visto que as regras de organização administrativa legitimavam os tribunais e, extensivamente, suas decisões (2001, p.143-145).

Apesar dessa crença na racionalidade iluminista não há como desvencilhar o conceito de direito da cultura ocidental. Mais modernamente Luhmann admite o papel fundamental da retórica como ferramenta da legitimação dos juízos, o que denota a tese de “continuidade da cultura ocidental” defendida por Bermann (2000).

A consistência interna do regulamento jurídico estabelecido através de decisões constitui, de mais a mais, um importante fator de legitimação – ainda que um entre vários. O trabalho político-jurídico, o cuidado na votação dos programas isolados de decisão e, do mesmo modo, a retórica jurídica e o talento mímico dos magistrados administrativos na aplicação do direito, ou do juiz, constituem momentos do processo de legitimação. Encarado como procedimento, este trabalho simbólico-protocolar sobre o direito traduz a legitimidade duma opção em relação a outra e facilita assim o estudo (LUHMANN, 1980, p. 35).

O esvaziamento do conteúdo ético do direito ratifica a influência do formalismo na cultura ocidental. Com o crescimento das construções positivistas cada vez mais progressivas em detrimento às construções axiológicas, o jurídico se reduziu à fórmulas gerais e imperativas. O engenho em que o direito se transformara, durante o advento da modernidade, serviu de escudo protetor das vontades da autoridade estatal.

Uma decisão do estado, mesmo aquelas pertencentes essencialmente ao campo do jurídico, ganhava coercitividade e imperatividade por ter sido emanada da autoridade. Significa que o conteúdo do discurso, ou seja, o núcleo da questão, apresentava-se acobertado pelo “véu do formalismo”. As premissas de onde partiram as conclusões lingüísticas ainda eram (e são) mistérios invioláveis.

O direito se preocupou, independentemente das épocas pelas quais passou, com a vontade. A história do direito é a história da legitimação de vontades, da busca irremediável para justificar decisões. O místico, sucedido pelo sagrado, depois pela vontade do soberano e agora pelo querer dos poderes constituídos são exemplos dessas vontades, escondidas por detrás de técnica retórica.

Não foi diferente com a modernidade. Na realidade, com a modernidade foi até mais grave, eis que a propaganda difundida entre os idealistas do iluminismo foi a de superar as diferenças sociais por programas procedimentais. Essa proposta fracassou, e fracassou não apenas pela complexidade em criar meios de diferenciação, mas, sobretudo, pela ousada tentativa de colocar todas as situações jurídicas em textos legislativos. A toda evidência, o fundamentalismo positivista, na tentativa de superar esse obstáculo, passou a criar meras ilusões de segurança, o que demonstrou a fragilidade da proposta.

Buscarei ingressar, durante os dois capítulos seguintes (3 e 4), na esfera de arremedo que simboliza a decisão judicial. Enfrento mitos como a neutralidade axiológica e o próprio positivismo jurídico para comprovar que os posicionamentos judiciais são edificados com base nos sentimentos pessoais do decisor.

Assim, a tese central da dissertação será enfocada agora sob o plano fundamentalmente filosófico. A vontade da autoridade judicial é quem legitima os juízos por gozar de uma presunção de certeza e justiça, quando são apenas desejos íntimos de uma moral pessoal. E mais, muito provavelmente, ainda viveremos sob os impérios dos desejos pessoais acobertados pelo véu do formalismo pelos anos vindouros; reféns do judiciário.

3

OS ELEMENTOS NÃO DOGMÁTICOS INFLUENCIADORES DA HERMENÊUTICA DA DECISÃO JUDICIAL

3.1 ENTRE TOMAR E APRESENTAR A DECISÃO JUDICIAL.

A proposta é trazer à reflexão a influência de fatores estranhos ao direito estatal, na aplicação da legislação vigente; ou ainda, que não há norma clara, ou seja, de conteúdo cuja evidência dispense a atividade interpretativa (STAMFORD, 2005, p.79).

Até aqui tratei de dois assuntos marginais desta dissertação, mas que nem por isso podem ser legados a segundo plano; primeiro, justifiquei a escolha da “crise de legitimidade como crise da credibilidade do poder judiciário”, elevando-a a pano de fundo do trabalho; segundo, verifiquei como direito e legitimidade passaram por um esvaziamento do conteúdo ético, transformando-se em um engendrado de fórmulas, composto por inúmeras leis e extensa codificação.

Devo dizer que os três capítulos que se seguem cuidam mais de perto do tema central desta dissertação de mestrado em que procuro afirmar que a decisão judicial, embora de forma não aparente, é o resultado da vontade do magistrado. Diante do caso, o juiz

interpreta textos e fatos jurídicos, de sorte a conduzir a sentença segundo seus interesses. Utiliza-se de recursos retóricos com fins de maquiagem essa postura.

Apenas para organizar as idéias: sugiro que o julgamento é constituído por dois momentos. O primeiro é a formação do juízo propriamente dito, que chamarei de tomada de decisão. Um momento irracional em que o julgador assume a postura que normalmente defenderá até o final da demanda.

Após, advém o segundo estado: o julgador, diante da necessidade de expor uma posição, racionaliza a decisão demonstrando um discurso jurídico funcional em que leis, jurisprudências e doutrinas são apresentadas com função persuasiva.

Ocorre que a tomada de decisão é influenciada por inúmeros fatores não-dogmáticos, como a intuição, a consciência pessoal e subjetiva do julgador sobre conceitos como verdade, justiça e moral; a emoção inerente à lide judicial, junto com a repercussão da mesma na sociedade, são fatores que exercem grande peso no tirocínio de quem decide.

Esses arquétipos não são demonstráveis, podendo ser classificados como conhecimentos sintéticos, mas suas existências precisam ser admitidas como influências no sistema jurídico. Juntamente com a experiência acumulada pelo julgador, formam o que convencionei chamar de elementos endógenos, manipuladores da sentença.

Mas existe uma segunda classe de tipos não-dogmáticos, não mais ligados à “condição de ser humano”, todavia ocasionados pela influência de outros sistemas no sistema

jurídico (*alopoiесе*), que catalogo como fatores extralegais. Por exemplo: as boas relações, a moral, o clientelismo político (ADEODATO, 2002a, p.124).

Assim, fatores endógenos, posto que inerentes à condição humana, e extralegais constituem a fonte de onde os julgadores retiram suas premissas para proferir decisões, embora tenham o cuidado de jamais confessá-las. Assumem essa postura de forma inconsciente, reproduzindo proposições normativas, doutrinas e jurisprudências no alcance que lhes convêm. Daí se dizer que não constroem regras, mas apenas padrões casuísticos de julgamentos; “regularidades” como prefere chamar Sobota (1995, p.255).

Ainda posso assegurar que, em países periféricos como o Brasil, existe uma hierarquia dos tipos extralegais em detrimento dos endógenos, o que denota uma freqüente dilatação moral do julgador frente aos seus conceitos subjetivos, principalmente para atender compromissos ou por insegurança mesmo (ADEODATO, 2002a, p.124-35).

Some-se a isso o fato de que o processo legislativo também é clientelístico. De quando em vez se verifica que legislações são criadas para beneficiar uns em detrimento de outros. Os exemplos são os mais variados; vão desde diplomas que passam por cima do veto presidencial até à conhecida legislação privada, onde os congressistas criam leis cujos beneficiários são eles próprios.

Exemplo claro foi a Lei n. 9.996 de 14 de agosto de 2000 que anistiou “[...] os débitos resultantes das multas aplicadas pela Justiça Eleitoral, a qualquer título, em decorrência de infrações praticadas nos anos eleitorais de 1996 e 1998” (art.2.º), claramente beneficiando muitos dos parlamentares votantes. Ou ainda, as normas que privilegiam o

aumento das remunerações de servidores públicos do alto escalão, nada obstante o funcionalismo não alcançar a reposição salarial decorrente da perda inflacionária, sem falar em apadrinhamentos chancelados por atos públicos (LINHARES, 2005, p.54-5).

Evidencia-se que entre os legisladores existe um jogo, em que interesses são postos à mesa e negociados abertamente pela via da troca política (*lobbies*): ora se recebe pressão de grupos de interesse, cedendo-se aos desejos; ora o legislador cria obstáculos para extrair benefícios do cliente (BAHIA, 2003, p.261).

A toda evidência, o que de fato se verifica é que o jurisdicionado se mantém refém ou das convicções pessoais do julgador ou de fatores de conveniência; incerteza traduzida pela concretização normativa que observa parâmetros da vontade de quem conclama a norma de decisão. Tem-se aí a causa de desconfiança no poder judiciário, agravada pelo fato de que não há como eliminar a incerteza, visto que, diante do caso concreto, o que muito há é a probabilidade de uma decisão, mas nunca uma certeza (STAMFORD, 2005, p.78).

O fato se agrava quando a lide envolve - como é o caso trazido nesta dissertação - grande interesse público, quando alguma estrutura estatal sofrerá potencialmente as conseqüências da decisão judicial. Então, a escolha da direção oficial a ser tomada é eminentemente política, como admite confessadamente um magistrado:

[...] os juízes, sendo órgãos integrantes da estrutura estatal, tendem, naturalmente, a decidir dentro de certos limites que não ameacem quebrar essa integração, e sempre, subliminarmente, de acordo com a orientação político-jurídica do seu mentor institucional (PATU JÚNIOR, 1996, p.281).

A apresentação da decisão, por seu lado, é verificada no que tange ao formalismo procedimental facilmente encontrado no Código de Processo Civil brasileiro. As fases procedimentais de cognição à execução são observadas e normalmente os atos de manifestação do julgador seguem detidamente o rito processual. O resultado da observância rigorosa ao procedimento é uma decisão acobertada pelo véu do formalismo, um dos postulados mais respeitados no direito brasileiro (ROSENN, 1998, p.53-8).

Todavia, as premissas norteadoras da decisão permanecem ocultas, talvez por ser mais conveniente. A racionalização do discurso fruto de ideologias e interesses pessoais é feita por *topoi* (lugares-comuns ou específicos ao direito) que justificam qualquer tomada de decisão. A retórica, através de uma outra ferramenta, o entimema, amolda esteticamente o discurso vendendo a idéia de que o mesmo foi extraído de premissas legais, quando na realidade a lei é anunciada para dar conforto à pregação institucional.

Perelman admite que o juiz, quando procura justificar suas decisões, sente-se tranqüilo apenas quando menciona um conjunto de regras prévias. A operacionalização é mais ou menos a seguinte: menciona normas cujo alcance agrada sua convicção, depois, narra-se o fato que gera a aplicação para, finalmente, ter-se a decisão (2000, p.11).

A composição estética da sentença³⁷, ato judicial em que o julgador põe fim ao processo, é bastante enganadora. É constituída de três elementos básicos: relatório, fundamento jurídico e o dispositivo. Ocorre que esse modelo operacional, em que inicialmente o julgador narra os acontecimentos, demonstra os dispositivos legais atinentes à

³⁷ CPC, art. 458 – São requisitos essenciais da sentença: I – o relatório [...], II – os fundamentos [...], III – o dispositivo [...].

matéria, para ao final subsumir chegando a uma decisão final, não traduz uma forma de raciocínio; quando muito, vale como modelo de apresentar as razões jurídicas.

Resumidamente: (a) o processo de tomada de decisão não encontra limite na lei, (b) a decisão judicial é alopoiética por sofrer influência de outros subsistemas essencialmente não-dogmáticos, (c) a retórica enquanto técnica argumentativa apresenta ferramentas que podem dar ao problema a solução que o julgador pensa ser a mais correta, e (d) a retórica enquanto ferramenta legitimadora sugere que a norma condutora da decisão seja facilmente dedutível, aparentando que dessa norma maior foram retiradas as induções da decisão.

3.2 PROBLEMÁTICA DA INTERPRETAÇÃO DOS TEXTOS NORMATIVOS.

A proposta de se encontrar um modelo racional para todas as formas de conhecimento levou a humanidade à procura por fórmulas universais omnicompetentes, na tentativa de buscar soluções através de um processo lógico-formal. O positivismo é um dos reflexos do iluminismo moderno, desencadeando o movimento codificador do século XVIII. A Lei foi elevada à categoria de elemento solucionador de problemas (SOBOTA, 1995, p.251).

A toda evidência, a derrocada do movimento codificador, filho do positivismo filosófico, é apenas uma das provas da disfuncionalidade de teorias formais que buscam arquitetar uma verdade em ciências humanas.

Sobota lembra que, sob influência do movimento codificador, foi editado o Código Geral Prussiano cujo cerne era definir todas as relações jurídicas, “[...] um sistema

razoável que pudesse regular a conduta humana por meio de um ordenamento jurídico unívoco, completo e abrangente, independente da mediação arbitrária dos juízes” (1995, p. 251).

A metodologia científico-empiricista do século das luzes fez aparecer várias escolas de interpretação do direito. Algumas, completamente herméticas. Escolas que defendiam uma metodologia fechada buscando abarcar todas as situações jurídicas, impedindo a interpretação.

A mais famosa, talvez pelo pioneirismo, foi a *École de l'Exégèse* francesa que modernamente recebeu a alcunha de “simplista” e “ingênuas”, mais tarde seguida pelas Escolas Normativistas: Escola Histórica, Jurisprudência de Conceitos, de Interesses, Círculo de Viena dentre outras (ADEODATO, 2002a, p.261).

O fundamentalismo exegético sustentava uma proibição à interpretação. Garcia Maynèz relata que Blondeau, um dos idealistas da Escola Exegética, ensinava que o juiz, diante de diplomas aparentemente contraditórios, em que a vontade do legislador não poderia ser descoberta, deveria abster-se de julgar a ter que interpretar (1985, p.333).

Comparativamente, o normativismo deu um salto. Estabeleceu uma moldura jurídica dentro da qual o intérprete poderia se movimentar, destacando certa previsibilidade no julgamento. O objetivo era permutar a total incerteza pela possibilidade. Uma moldura interpretativa, em que os sentidos da lei estivessem previstos como material pré-fabricado (KELSEN, 2000, p.390).

A interpretação foi legalmente permitida. Essa permissão foi catalisada pela própria condição humana de entender os sinais. Entre um sinal qualquer e sua aplicação ao mundo real, o homem disponibiliza de um arsenal óptico capaz de individualizar sua descrição, visto que o ser humano está, incondicionalmente, impossibilitado de se abster de interpretar.

Ou seja, as coisas são representações.

Em sentido oposto ao modelo exegético, surgiram escolas que lecionavam uma interpretação livre do direito ou uma interpretação do direito vivo, assumindo que o casuísmo determinaria o sentido da norma. Um dos expoentes foi Erlich, que, apesar de admitir que “o direito vivo não está nas preposições jurídicas do direito positivo, mas é o que, porém, domina a vida”, entendia que o caso posto serviria de guia exegético (1999, p.112).

A lei escrita desprendida do caso concreto não possui sentido algum; é uma mera proposta legislativa que só ganha efeito quando é retirada do mundo ideal e conduzida à realidade. Nesse contexto, o ato hermenêutico ganha especial tarefa: a de transpor a lei do ideal ao real. Entretanto, o processo de transposição é extremamente complexo. Não simplesmente por ser mental (está no *eu* de cada indivíduo), mas também por, sendo mental, sofrer as inconstâncias e influências a que todo ser humano está submetido (ADEODATO,2002a, p.237).

Na modernidade surgiram teorias que buscavam dar ao problema da interpretação uma solução definitiva. Müller critica tanto o modelo positivista como o tópicoretórico. Um pelo fechamento e o outro pela excessiva abertura que concede ao intérprete. O

que o legislador faz, sobretudo o legislador constituinte, mesmo originário, é produzir o texto legal ou constitucional, não a norma propriamente dita e nem sequer a moldura dentro da qual se situam as interpretações devidas, em contraposição aos ensinamentos de Kelsen (2000, p.387-91) e Hart (1997, p.137-49).

O texto - ou proposição normativa - expresso por artigos e parágrafos na lei, é somente um dado de entrada na efetiva elaboração da norma. A interpretação aplicadora tradicional mostra apenas um dos aspectos da concretização normativa. Assim Müller procura afastar-se estrategicamente do positivismo normativista (ADEODATO, 2002a, p. 239-40).

3.3 FIXAÇÃO HERMENÊUTICA DO CONTEÚDO NORMATIVO.

Como visto, apesar de a história dar conta da existência de escolas jurídico-dogmáticas que impediam a interpretação, de onde o operador do direito deveria apenas aplicar a lei, o cerceamento da interpretação entrou em incompatibilidade com a essência humana de significar e significar-se.

Textos normativos que impediam a interpretação não conseguiram dar ao problema da hermenêutica uma solução definitiva. Tanto é que as escolas que esboçaram técnicas objetivando que o operador do direito buscasse a vontade do legislador, faliram.

Na atualidade as doutrinas envolvendo interpretação buscam uma posição menos contundente. Nem tão abertas, como as escolas de interpretação livre do direito e de interpretação do direito vivo, nem tão fechadas como o modelo exegético francês. Tomo, como exemplo, por andar muito em moda, a metódica estruturante de Friedrich Muller.

A metódica pretende fixar, através de uma série de atos procedimentais, o melhor conteúdo normativo. Tem o cuidado de admitir os casuísmos, sem se esquecer do aspecto de generalidade atinente a toda lei.

Convencionou-se, na metódica, que a lei de forma geral e os cânones constitucionais são apenas textos. O conteúdo da norma é um produto final de uma série de onze etapas de processamento, envolvendo os métodos hermenêuticos tradicionais (gramatical e sistemático) e respeitando-se a casuística (ADEODATO, 2002a, p.238).

Ao se afastar do conceito mais tradicional de hermenêutica jurídica – interpretação e aplicação do direito –, substituindo-o por concretização normativa, Müller parece mesmo buscar um isolamento conceitual estratégico. A hermenêutica vem sendo confundida com processos lógico-silogísticos que terminariam comprometendo muitas das definições originais da metódica estruturante, já que a concretização normativa não se serve de interpretações ontológicas, nem tão somente de procedimentos retóricos.

A fixação do conteúdo normativo deve partir de dados pré-jurídicos que, por sua vez, norteiam a concretização. Essa fase pré-jurídica, ou de coleta de dados brutos, é marcada por dois atos seguidos: no primeiro, há a coleção de todas as obras lingüísticas atinentes ao caso (*Sprachdaten*), e o segundo é marcado pelo ajuntamento de toda hermenêutica que se pode fazer a partir de textos normativos (*Realdaten*).

Assim, não apenas os dados lingüísticos, mas principalmente os dados reais envolvendo conceitos, valores e definições sociais são levados em consideração na formulação dos dados de entrada (ADEODATO, 2002a, p.239-40).

O primeiro passo efetivamente “jurídico” da metódica são “[...] as proposições normativas constituídas pelo encadeamento dos signos da língua através de artigos, parágrafos, incisos e alíneas” denominados simplesmente de *Normtextmenge*. (ADEOATO, 2002a, p.242-4). Ainda não se está falando de textos normativos específicos, mas gerais.

O conjunto de proposições normativas só será especificado quando o relato leigo do caso (*Fallerzählung*) sofrer interferência do profissional do direito, transformando-o no conjunto de matérias relacionadas com o caso especificamente. Conjunto de matérias batizado de *Sachverhalt*³⁸.

A metódica ainda continua com outras fases, delimitando o âmbito do caso e o âmbito da norma, originando mais tarde a solução jurídica (norma jurídica) que automaticamente será incorporado ao texto normativo.

A toda evidência, por mais moderna que seja a teoria de Müller, ela não consegue escapar da subjetividade. Desde a eleição dos dados de entrada ou dados pré-jurídicos (*Sprachdaten e Realdaten*), a intersubjetividade do intérprete influencia.

É que, dentro de uma série de acontecimentos que circundam o mesmo ato jurídico, várias pessoas podem narrá-lo diferentemente e, conseqüentemente, irão apontar dados iniciais distintos; isso porque os fatos são igualmente interpretados, como propaga Rabenhorst:

[...] não se pode inferir que a apreensão dos fatos pelo direito não seja, também, um momento tipicamente interpretativo. Para aceitarmos esta idéia devemos modificar a

³⁸ Reconheço que o conceito de *Sachverhalt* é bastante polêmico, ora se confundindo com *Tatbestand* ou *Fattispécie*. A toda evidência, a originalidade de Fredrich Müller permite assegurarmos que entre esses conceitos existem diferenças, conforme anota Adeodato (2002a, pp.243-6), mas que não abordarei.

nossa posição padrão com relação ao que chamamos de “fato”. Conforme já sublinhei, o senso comum nos leva a pensar que um “fato” é algo indiscutível em virtude de sua própria objetividade. Ora, esta posição-padrão acerca dos fatos está ancorada na idéia profundamente questionável de que os fatos independem do observador, dos métodos e instrumentos que lhes são disponíveis e, finalmente, de suas próprias escolhas (2003, p.10).

Tomemos um exemplo simples: um quadro. Poderá ocorrer que cada observador, diante da pintura, anuncie um detalhe com mais ênfase que outro. Cada detalhe poderá ser mais ou menos destacado, a depender apenas do observador e dos fatos que se acumulam na experiência humana.

Significa dizer que, para cada pessoa, haverá impressões iniciais diferentes e, com isso, soluções normativas construídas a partir de premissas retiradas da mesma realidade, mas da realidade percebida de formas distintas.

Logo, da mesma forma que uma imagem, o texto normativo é ligado ao fato jurídico por uma hermenêutica que, por mais isenta que procure ser, será influenciada por dados inicialmente apreendidos pelo intérprete, sobre os quais não se pode requisitar uma isenção total. Se a narração do fato é marcada pela intersubjetividade do intérprete, as eleições dos comandos legais aplicados às espécies também o são, sem falar que o próprio alcance normativo comporta uma carga altamente subjetiva.

A tese aqui exposta é: interpretar vai muito mais além que atribuir um sentido ao texto normativo; é mesmo vivificar a norma, observando a narrativa do caso, a escolha arbitrária dos textos atinentes à matéria, para ao final atribuir uma solução que o operador do direito pensa ser a mais correta, ou mais convincente, ou quem sabe: a mais conveniente.

A interpretação é precedida por uma escolha de valores. O magistrado, ainda que não atue movido por interesses clientelísticos, sempre estará promovendo suas crenças, suas idiosincrasias e seu senso de justiça; portanto, tornando os jurisdicionados prisioneiros de suas vontades (BARROSO, 2001, p.292).

O desafio é descobrir que fatores não-dogmáticos influenciam a hermenêutica, pois admitir que existem é questão óbvia. A experiência, aliada ao que no mundo fático normalmente acontece, é o que influencia a tomada de decisão. A intuição, a emoção e os pré-conceitos do intérprete são elementos de que não se pode abdicar ao estar frente ao caso. O julgador não pode se desprender do tirocínio nem do que comumente ocorre, estando fadado a tomar uma decisão com base em aspectos do cotidiano.

Ementa – prova – convicção livre do juiz - O conhecimento do juiz, que não pode desprezar as regras de experiência e do que comumente acontece, servem de respaldo à sua convicção, com respaldo legal (CPC artigo 335) (SÃO PAULO RO nº 02970442714).

3.4 COTIDIANO, LEI EM TESE E DIREITO APLICADO.

Diante de um caso concreto, o julgador decide (toma uma decisão) sensibilizado por elementos não-dogmáticos. Aspectos não oficiais que norteiam a decisão final. Critérios pessoais que fazem parte do aparelho cognoscitivo humano e que terminam subordinando todos os jurisdicionados, quando se sabe que o julgador deveria verificar o outro lado; ou seja, deveria verificar não apenas o que pensa como moralmente digno, mas o que as partes entendem também (ADEODATO, 2002a, p. 123).

Cria-se um outro direito, cujas fronteiras vão muito mais além da lei, limite das decisões estatais, como sugere a tese dogmático-positivista. A consciência oficial se desapega dos preceitos legais, notadamente pela condição humana de interpretar os casos jurídicos

através do código endógeno, representado pelo conjunto de elementos intersubjetivos (irracionais, de toda forma, no sentido de serem de difícil demonstração via processo empírico) que fazem parte do aparelho cognoscitivo humano.

O Código endógeno³⁹ é formado por dois tipos de conhecimento: o transcendental e o analítico. O conhecimento transcendental é a intuição pessoal ou intelecção que influencia a postura do magistrado diante da lide, ou seja, influencia a tomada de decisão. Já as proposições analíticas são oriundas da experiência. Experiência que se acumula no operador do direito que, com a ajuda do tempo e dos casos difíceis, aprimora sua sensibilidade jurídica.

Ao lado de todos esses aspectos, tem-se também os oportunismos que seduzem e são capazes de enlanguescer a moral pessoal. Procedimentos constituídos na sombra do Estado, por funcionários e serventuários, os quais, considerando as prerrogativas públicas, enaltecem a troca até à franca corrupção (ADEODATO, 2002a, p.123).

São endógenos todos aqueles elementos pertencentes ao aparato cognoscitivo humano e que influenciam a tomada de decisão. Uns já incorporados ao conhecimento humano na forma de verdadeiros juízos sintéticos *a priori*, outros que vão se aglutinando pela experiência do operador do direito, aprimorando assim sua sensibilidade como intérprete.

No que tange àqueles elementos próprios do homem, dizem-se sintéticos tendo em vista que o “[...] critério de adequação do juízo não está contido nele mesmo e não pode

³⁹ Endógeno sugere a origem por fatores internos. Fazendo uma acepção aos elementos não-dogmáticos, mas que influenciam a decisão judicial. Proponho que elementos pertencentes ao aparelho cognoscitivo humano também norteiam os julgados. De tanto serem utilizados, nada obstante a involuntariedade dessa utilização, seriam como regras, daí a expressão Código Endógeno (FERREIRA, 1993, p.207).

ser averiguado sem o auxílio de elementos externos a ele [...]”⁴⁰ e apriorísticos, pois, existem, independente da percepção concreta. Apreende um objeto sem carecer de experiências; são juízos claros e evidentes, e, por isso, dotados de certa generalidade (ADEODATO, 2002b, p.28).

O juízo sintético *a priori*, demonstrado pela intuição do magistrado frente ao caso concreto, “[...] às vezes, fala mais alto que razões ostensivas”, como lembrou o ex-Desembargador Cezar Peluso do Tribunal de Justiça de São Paulo, hoje içado à condição de Ministro do Supremo Tribunal Federal, ao relatar Recurso de Apelação Cível em uma intrincada ação declaratória que lograva a anulação de doação (SÃO PAULO... AC 007.512-4/2-00).

No Direito Penal, quando por ocasião da dosimetria da pena, o magistrado, frente ao caso concreto, vale-se da intelecção pessoal para fixar a pena base, agravar, atenuar e apontar o regime do condenado. Por mais hermética que fosse a lei penal - o que não é o caso, visto que faz uso de conceitos indeterminados, conforme assunto mais adiante detalhado - a decisão judicial continuaria sendo fruto de critérios subjetivos, que se escondem por detrás de *topoi* como “dignidade da pessoa humana”, “espírito cívico”, “segurança nacional” dentre outros, facilmente manuseados para aumentar ou diminuir a situação penal do condenado.

Os conceitos indeterminados são aproveitados amiúde na prática forense a fim de contribuírem plasticamente para a decisão, embora semanticamente transitem entre o ambíguo e o vazio (FURTADO, 2003, p.95).

⁴⁰ Dito de outra forma, os juízos sintéticos apenas são demonstrados por outros elementos empíricos e externos à condição humana.

Em outro caso, é de se notar como a intuição do julgador, normalmente encontrada nas entrelinhas e não mencionadas exatamente por ser inconfessável, é externada logo na ementa do julgado. O caso envolvia um furto qualificado em que a tese da defesa girava em torno da desqualificação penal, tendo em vista a facilidade do roubo provocada pela própria vítima. O Relator Côrrea Moraes rechaçou a tese recorrente afirmando que “[...] como é de primeira intuição e verdadeiramente axiomático, nada importando, pois, que a subtração tenha ocorrido na via pública”:

Ementa – Furto qualificado - Subtração, verificada a desoras, de coisa móvel que se achava na via pública - Incidência da causa de aumento ligada ao repouso noturno - Inteligência: artigo 155, parágrafo primeiro do Código Penal. Para o especial efeito agravante, e suficiente tenha sido a ação criminosa facilitada pela maior vulnerabilidade do patrimônio alheio móvel, a desoras, como é de primeira intuição e verdadeiramente axiomático, nada importando, pois, que a subtração tenha ocorrido na via pública. Observação igualmente pertinente tanto à vigilância que caberia ao próprio titular quanto ao cuidado supletivo que todos os homens probos devem ter para com os bens alheios, uma e outro debilitados pelo repouso noturno (SÃO PAULO ... AP 608.163/1).

Ao lado da intuição do julgador, vem a experiência, que é um fator influenciador da decisão final. O acúmulo de casos julgados e as experiências profissionais – e, por que não, pessoais – aumentam a sensibilidade do operador do direito que, diante de um caso concreto, utilizará mais desse elemento endógeno para dar à lide a solução que entende mais correta.

O Tribunal de Justiça de São Paulo - julgando Agravo de Instrumento contra decisão em Execução Fiscal - fez constar que o magistrado deve utilizar as regras de experiência como pessoa, para dar à lide a solução mais adequada. No caso, o Juiz de primeiro grau discricionariamente determinou a substituição dos bens penhorados pela Fazenda, por entendê-los “de difícil comercialização”, nada obstante existir a regra objetiva estipulada no artigo 655 do Código de Processo Civil (art.655) (SÃO PAULO ... AI 069.052-5).

Mais curioso foi este julgado: o STJ, apreciando Recurso Especial, diferenciou “interpretação” de “valorização” da prova, sustentando que, enquanto a primeira diz respeito ao plano meramente normativo, o segundo relaciona-se e depende da experiência do magistrado, mais uma vez elevando o critério endógeno da experiência como um norteador chave para a solução do conflito (BRASIL ... REsp 54.558-7/RJ).

Mesmo as experiências pessoais, em tese, extraprocessuais, vêm sendo incorporadas aos julgamentos. É claro, pois o decididor não poderia se despir de suas convicções, pré-conceitos e experiência da vida para só então estar apto para julgar⁴¹.

Uma dissociação, pelo Juiz, de seu próprio tirocínio, é um mito cada vez mais distante. Destarte, o Superior Tribunal de Justiça, em julgado da lavra do Ministro Anselmo Santiago, em sede de Recurso em *Habeas Corpus*, deixou claro que:

Não é nula a decisão condenatória se o magistrado, fazendo alusão a fatos de seu conhecimento pessoal, advindos de sua experiência de vida, os sopesa com aqueles extraídos dos autos, formando, assim, a sua livre convicção. (BRASIL ... RHC 6190/SP, grifei).

A toda evidência, ao lado do código endógeno, o Juiz se serve de outros meios da mesma forma não-dogmáticos para fomentar suas decisões. São os instrumentos extralegais que igualmente explicam o processo de tomada de decisão no caso brasileiro.

Um dos exemplos, entre vários tipos extralegais, é a dicotomia regra/exceção (ADEODATO, 2002a, p.124-7). O que de fato é a regra geral e o que é exceção? Dicotomia altamente funcional quando se deseja privilegiar uns em detrimento a outros, fazendo

⁴¹ Verificar acepção de julgamento que utilizo no Capítulo 3, item 3.1.

demonstrar que a isonomia não passa de um princípio de falácia⁴². A definição de regra e de exceção é feita pelo intérprete, principalmente nos casos em que as proposições normativas possuem certa abertura lingüística.

Tomo como exemplo o artigo 421 do Código Civil brasileiro que disciplina: “A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”. Ora, o comando normativo larga o jurisdicionado às mãos do intérprete, a quem caberá casuisticamente definir função social. Se não se pode certificar que o intérprete tenderá a definir o termo envergando-se para uma das partes envolvidas no litígio por critérios extralegais, pode-se afirmar que a possibilidade, ao menos, existe⁴³.

O subsistema das boas relações em muito influi as decisões judiciais. O que em sociedades altamente diferenciadas poderia servir para neutralizar a atuação da amizade, do amor e admiração, nas decisões, pelo menos por aqui no Brasil, ocorre ao contrário. Laços de sangue no meio público chega a ser o mais importante requisito para obtenção de cargos e vantagens. Fenômeno claro e cotidiano é o nepotismo, testemunha viva na cultura subdesenvolvida. Logo, tendo em vista que o sistema jurídico, ao revés de auto-referente, se mostra *alopoiético*, não há como pensar em decisões judiciais isonômicas; aliás, a cultura ocidental, por ter feito escolha pelo modelo formal kelseniano – em que a pirâmide

⁴² Em monografia apresentada ao Professor Raymundo Juliano do Rego Feitosa, na disciplina de Direito Tributário, cuidei de analisar detidamente o princípio da isonomia tributária em constantes embates com jurisprudências do Supremo Tribunal Federal. Não só concluí a dificuldade de se chegar a um conceito de igualdade, como comprovei que o Supremo utiliza-o sem nenhum compromisso científico, o que termina beneficiando uns em detrimento de outros. A respeito do assunto, Mello tem trabalho interessante em que é possível observar a dificuldade de se conceituar “igualdade”. O administrativista conclui que é mais fácil uma definição do que não venha a ser igualdade do que conceituar o preceito de forma categórica (MELLO, 2004, p.47-8).

⁴³ Inúmeros poderiam ser os exemplos. A Lei n.º 8.666/93 ao deixar a contratação submetida à vontade do Estado é outro exemplo emblemático. O Supremo Tribunal Federal decidiu várias ações que se fundamentam em preceitos constitucionais que rechaçam a possibilidade de o jurisdicionado permanecer à mercê da vontade do príncipe. A toda evidência, talvez pela falta de critérios legalizados ou por diplomacia política, o STF elegeu o *topos* interesse público para motivar suas decisões, rechaçando as demandas (MENDONÇA, 2003, pp.304-46).

escalonada de leis é o símbolo – falar em igualdade chega paradoxal (ARENDR, 2003a, p.136).

As boas relações permitem uma quebra sistêmica. Os favores são utilizados com mais constância que a burocracia racional. As normas, se seguidas detidamente, poderiam até mesmo prejudicar esse sistema. Assim, prefere-se criar manobras para explicar a inaplicabilidade de textos em casos específicos a ter que aplicar os diplomas oficiais, o que favorece a chavões como “o Código Civil é do rico e o Penal, do pobre⁴⁴”.

Existe uma confiança tipicamente brasileira na importância das relações pessoais, fruto da consideração de que os homens valem mais que as leis, o que em um país complexo e marcado pela diferença resulta na inaplicabilidade de regras fixas de padrões imutáveis (ASCARELLI, 1952, p.133).

A toda evidência, nenhum desses instrumentos extralegais que influenciam a tomada de decisão é mais tipicamente brasileiro que o jeito. Ligado intrinsecamente à corrupção, distancia-se desta pelo simples fato de ocorrer às claras, no cotidiano do povo brasileiro que, em alguns casos, encontra-se anestesiado e acostumado a manobras de favorecimento (ROSENN, 1998, p.13-6).

Para entender o poder público, ou melhor, o Brasil, há de se investigar e compreender primeiro um cotidiano místico, marcado pelas diferenças, e que o judiciário

⁴⁴ Sem fazer grande esforço, podemos constatar as grandes diferenças tanto no processo penal quanto na execução da pena quando comparamos tipos penais idênticos com atores diferentes. Por exemplo, os crimes cometidos por Ministros de Estado, Governadores e Secretários são julgados por Tribunais Específicos. Quando condenados, cumprem penas em locais bem diferentes que servidores públicos de baixo escalão.

prefere esconder - utilizando-se da opção formal e dogmatizada escolhida pelo ordenamento jurídico – a encarar⁴⁵.

⁴⁵ É por isso que Matta tem razão. Quem quer que deseje entender o poder no Brasil, deve começar estudando a fatídica realidade dos carnavais, dos heróis, das contravenções penais que ocorrem às claras. Quem nunca viu uma banca de jogo do bicho plantada na frente do Tribunal de Justiça convidando os Desembargadores, assessores e funcionários a apostarem ? Ou um bar repleto de magistrados que consomem whisky importado mais barato, beneficiando-se do não recolhimento de IPI ? (MATTA, 1983, p.139-93).

4

A VONTADE COMO CONCRETIZADOR ALOPOIÉTICO

4.1 CONSIDERAÇÕES METODOLÓGICAS.

No capítulo anterior busquei demonstrar que fatores não pertencentes ao sistema jurídico influenciam a hermenêutica no processo de tomada de decisão. Essa constatação é de suma importância para o trabalho já que pretendo desafiar o modelo tradicional de construção do discurso jurídico, calcado na idéia de que o julgador, frente ao caso, realizaria três etapas de processamento: (i) uma primeira, que consiste na narração dos fatos ocorridos, seguida de uma segunda, (ii) quando os textos dogmáticos são apresentados e finalmente, (iii) uma conclusão, que é a decisão propriamente dita.

Esse modelo tradicional de construção da decisão judicial, tecnicamente chamado de silogismo, revela um efeito devastador: a crença de que as decisões são frutos da lógica, ou seja, dos raciocínios evidentes. Entretanto, a doutrina mais atualizada prefere entender o silogismo como um modelo de apresentação da decisão, nunca um modelo explicativo de como as decisões são tomadas (ADEODATO, 2002a, p.261-2).

É por isso que me parece pouco produtivo o estudo de teorias que pretendem justificar as posições tomadas em um embate judicial, principalmente porque a retórica disponibiliza uma quantidade considerável de ferramentas que legitimam o discurso. As chamadas teorias da argumentação jurídica apostam - e apostam muito alto - em instâncias compostas de conceitos abertos, do tipo: igualdade, justiça, coerência ou ponderação para justificação das posturas discursivas adotadas (ALEXY, 2001, p.187-200; GÜNTHER, 2004, p.300-58).

Neste capítulo pretendo uma explicação de como as decisões são tomadas; qual a atividade mental do jurista na construção de sua tese (ATIENZA, 2002, p.319), afinal de contas, o objetivo maior desta dissertação é verificar que o direito é repleto de incertezas e que suas decisões são impostas por uma autoridade. O resultado desse quadro é que a crise de legitimidade do judiciário é uma resposta social aos posicionamentos ideológicos dos órgãos oficiais, os quais, ao manipular suas posturas, cedem espaço para desconfiança.

Tenho como ponto de partida, no exame sobre o processo mental de construção das decisões, a idéia de vontade. Aviso que utilizei o termo, ao longo de todo trabalho, no mesmo sentido de “querer”, um dos elementos da *vita contemplativa* (ARENDT, 2003b, p.13).

Segundo Arendt, as atividades humanas seriam catalogadas em dois grandes grupos; o primeiro, que foge ao foco deste trabalho, diz respeito à *vita activa*, ou seja atividades fundamentais que ligam o homem à terra (2003b, p. 15), representadas pelo labor, pelo trabalho e pela ação; e o segundo grupo, que diz respeito às atividades do pensar, do querer e do julgar (*vita contemplativa*).

Como avisei, trato especificamente do querer. Imputo-o como um modelo a partir do qual se pode explicar o processo de tomada de decisão, no qual a hermenêutica é uma fase. Ao contrário do pensar, que é uma atividade aberta que contempla regras gerais, o querer e o julgar “[...] têm como intencionalidade alcançar objetos particulares do mundo” (LAFER, 2003, p.86), encontrando-se mais próximos da *vita activa*, ou seja, do mundo das aparências.

No que tange à distinção entre o julgar e o querer, Lafer diria que a primeira faculdade sempre se voltaria para o passado, unindo o geral ao particular retirado da experiência, ao passo que a segunda faculdade poderia ser identificada com projetos, “pois, a vontade transforma o desejo numa intenção, que decide o que vai ser” (2003, p.86).

Chamo atenção para o fato de que a reflexão sobre a atividade mental criadora das decisões judiciais poderia conduzir o investigador a aproximá-la simplesmente da faculdade do julgar, visto que os casos judiciais sempre são sobre fatos ocorridos; a toda evidência, Arendt reconhece uma proximidade entre as duas faculdades que acho pertinente aos objetivos desta dissertação (2002, p.69-77).

Os julgamentos ocorrem com base em fatos passados, mas a solução estará sempre relacionada à contingência dos atos volitivos. A solução habita o futuro, marcado pela incerteza, realizado, no caso do direito, conforme as idiossincrasias do julgador (FURTADO, 2003, p.73).

A faculdade humana do querer (vontade) parece melhor explicar o processo de tomada de decisão, além de justificar o ambiente de arremedo e de incerteza típico do cotidiano forense atual, seja porque as decisões judiciais não estão imunes às influências extra-sistêmicas (elementos não dogmáticos), seja porque o querer é faculdade mental voltada para o futuro, revelando sempre uma pré-disposição (intenção) do jurista para uma ou outra posição processual, vindo, só depois, racionalizá-la (ARENDR, 2002, p.227).

Neste capítulo inicio com a discussão antiga que envolve a vontade; começo pelas teorias do livre arbítrio e do determinismo, devendo anunciar que a segunda me parece mais correta, por supor que a faculdade humana do querer também é um reflexo dos vários elementos extra-sistêmicos⁴⁶ que guiam as intenções do operador do direito.

4.2 VONTADE E HERMENÊUTICA JUDICIAL.

Ficou claro que o processo de tomada de decisão é um ato volitivo, posto que inerente à faculdade humana do querer. Igualmente sob o espectro da vontade é que os fatos e textos legais são interpretados, ou seja, têm suas incidências definidas segundo o interesse do julgador⁴⁷.

Assim, a interpretação, tão constante na vida do homem, nomeadamente do operador do direito, é governada pela vontade. Frente ao caso concreto, o intérprete entende o conjunto de textos normativos previamente estabelecidos, bem como os fatos atinentes a cada situação jurídica, guiando-se por motivações que habitam seu *eu*. Ao final, exterioriza uma argumentação ideológica capaz de defender os interesses de uma das partes envolvidas na controvérsia (GRAU, 2003, p.32).

⁴⁶ Vide capítulo 3.

⁴⁷ O interesse do julgador admite compromissos ideológicos e posicionamentos com base em aspectos não-dogmáticos (Capítulo 3).

O hermeneuta, sempre fiel a sua intersubjetividade, guia-se pela vontade para tomar decisões. Diante do caso, este já percebido segundo seus próprios limites exegéticos (MATURANA, 2001, p.27-42; RABENHORST, 2003, p.10), o jurista coleciona textos normativos que serão interpretados segundo sua vontade.

Infere-se, daí, uma maior ou menor incidência do texto ao caso, concretizando uma norma de decisão que equaciona a lide, segundo a lógica da preferência e não conforme a lógica da consequência (GRAU, 2003, p.35). Mesmo o legislador, a quem cumpria historicamente estabelecer os limites exegéticos do texto, ao escrever o preceito já estaria decidindo em um, e não em outro sentido (PERELMAN, 2000, p.24).

Se é assim com o legislador, com o jurista não é diferente.

A motivação ideológica da decisão é um produto final da operação caso concreto e ordenamento jurídico, em que a vontade age como agente de acoplamento, interferindo na maior ou menor abertura dos sentidos do texto prévio.

A partir dessa premissa, francamente utilizada, bem se explica como nascem as decisões judiciais, além de se denotar a instabilidade em que o direito está submerso. Decisões, mesmo das mais altas cortes, são apresentadas como padrões de racionalidade e certeza, todavia confeccionadas à luz da insegurança e da incerteza (PORTANOVA, 1997).

4.3 VONTADE, LIBERDADE E CAUSAÇÃO FENOMÊNICA.

O peso da vontade arresta as flutuações da alma quando se converte em mola da ação. A ação liberta o *eu volitivo* da sua inquietação, pois a vontade, quando se abre para o futuro e quer prospectivamente, percebe a sua força (LAFER, 2003, p.96).

A vontade encontra-se de tal sorte ligada ao mundo jurídico que não seria um exagero defender sua institucionalização. As leis, os atos administrativos e os discursos judiciais, em uma palavra: as decisões políticas são movidas por esse fenômeno que ocupa não apenas os estudos de juristas, como também é objeto de campos diversos como a Ética, a Política, a Sociologia e, agora mais especificamente, a Hermenêutica.

O próprio Código Civil, no artigo 112, assevera:

Nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciadas do que ao sentido literal da linguagem.

Revela-se antiqüíssimo o estudo acerca da vontade. Entre os pré-socráticos, caracterizados por uma filosofia rudimentar, foram os pitagóricos os primeiros a cuidarem do assunto, emprestando-lhe um enfoque de livre-arbítrio. Quanto à teoria da vontade, foram os difusores da corrente do indeterminismo, sendo chamados por isso de indeterministas (LESSA, Pedro, 2000, p. 128-9).

Mas foi graças ao desenvolvimento da indução como método científico que a vontade humana chegou a ser realmente explicada por meio diverso do livre arbítrio. O artifício Socrático alçou grandes vôos no que tange à explanação de “como nascem as volições humanas”, pregando que o resultado científico dependeria da observação subjetiva e objetiva dos fatos envolvidos (RUSSELL, 1959, p. 97-109).

Desde a antiguidade grega a vontade desperta atenção de filósofos e pensadores, sendo duas as teorias que lhe servem de explicação: o indeterminismo e o determinismo.

Os adeptos do indeterminismo defendem que a decisão pertence exclusivamente - nada obstante as pressões do meio e os mais plurais motivos - ao indivíduo, exteriorizando assim sua vontade livremente (LESSA, Pedro, 2000, p.123).

Ao que parece, Aristóteles professou o livre arbítrio; foi reputado como o maior expoente do indeterminismo. No terceiro livro da sua *Ética a Nicômacos*, o mestre retórico ensina que o livre arbítrio é o condutor da vontade (1992, p.57). Distingue três tipos de atos: os voluntários, os involuntários e os não-voluntários. O primeiro diz respeito aos atos praticados e movidos pela vontade, ao revés do segundo tipo, que são praticados por “compulsão”, e finalmente os não-voluntários, que são atos praticados pela ignorância (o não saber) (ARISTÓTELES, 1992, p.49-51).

O toque aristotélico na teoria ainda rudimentar do livre arbítrio foi professá-la o mais próximo possível do conceito de moral e de ética.

Lamentavelmente, não se encontra um conceito pronto e acabado de vontade em sua obra⁴⁸, talvez porque Aristóteles não lida com a vontade como algo do futuro. Aponta como precursor o conceito de *pro-airesis*, que seria apenas um “[...] estado mental que precede a ação e evolve a escolha entre duas possibilidades, ou melhor, a preferência por uma ação em lugar de outra” (LAFER, 2003, p.88; ARENDT, 2002, p.230-3).

Segundo a definição de Jolivet, vontade seria “[...] o princípio mais alto da atividade humana. Ela se opõe ao instinto, como uma atividade refletida se opõe a uma

⁴⁸ Refere-se, pelo menos, às obras trabalhadas nesta dissertação: *Ética a Nicômacos*, *Argumentos sofísticos*, *Retórica e Tópica* (ARISTÓTELES, 1992, 1978a, 1998, 1978b)

atividade inconsciente e fatal. Por ela, o homem se torna verdadeiramente ‘pai de seus atos’” (1959, p.215).

Talvez Aristóteles pudesse exemplificar a vontade como o ato de escolher livremente uma opção entre as apresentadas; o ato volitivo necessariamente seria ato livre. Liberdade e vontade são como duas faces da mesma realidade: não haveria vontade sem liberdade, nem liberdade sem vontade. Em a Política, chega a dizer: “A liberdade significa fazer um homem o que deseja” (2002, p.82).

Mas é em sua Ética dedicada a Nicômacos que Aristóteles impõe um limite aos atos volitivos, a saber: a moral (1992,p.57). A moral, como limitador da vontade, foi mais tarde objeto dos estudos de Kant, para o qual “A vontade é uma espécie de causalidade dos seres vivos, enquanto racionais [...]” (2002, p.79).

Kant subordina a vontade à causalidade, o que significa dizer que não admite uma vontade plenamente livre. Em passagem colecionada da Terceira Seção da Fundamentação Metafísica dos Costumes, sustenta que admitir “[...] uma vontade livre seria um absurdo”, avisando que a vontade deveria se submeter às leis morais (2002, p.80).

Mesmo cometendo todas as grosserias que uma classificação impõe, pode-se rotular Kant de indeterminista. Concebe limitações (as morais) para a vontade, apesar de traçar pontos comuns entre vontade e liberdade. Entre os socráticos, os epicuristas também eram indeterministas, pois buscavam uma conciliação entre sua teoria do livre arbítrio com a teoria geral dos átomos, acreditando em um poder misterioso capaz de alterar a ordem de seus

movimentos; confiavam na fatalidade como resposta às orientações atômicas, semelhante à liberdade humana (LESSA, Pedro, 2000, p.130).

Entre os cristãos da Idade Média, notadamente aqueles que professavam a teoria filosófica de base tomista, a idéia de livre arbítrio também gozava de prestígio (ARENDRT, 2002, p.233-40).

A repercussão do pensamento aristotélico, que colocava a vontade como liberdade moral, conduz o homem necessariamente para desejar o bem, no sentido de aquilo que é bom. Jolivet defende a vontade como um adágio de toda atividade ordenada para o bem, pregando: “O homem não pode querer outra coisa senão o bem: em relação a este objeto, a vontade não é livre”, com isso, estaria submetida a preceitos éticos (1959, p.216).

Surge, dessa colocação uma constatação: liberdade, base do livre arbítrio, seria um conceito mais amplo que vontade. Não seriam temas necessariamente vinculados como se pode imaginar. Quero dizer: a vontade é livre enquanto escolha (ato de eleição), limitada que é pela moral.

Ao revés de um alcance mínimo emprestado ao termo pelos indeterministas, seus opositores preferiram uma definição mais larga, não circunscrita apenas à eleição de uma entre duas opções preestabelecidas. É que apesar de atividade orientada para o bem, o bem é de múltipla acepção; assim, deve-se eleger, e eleição é ato de liberdade (JOVILET, 1959, p.221).

No sistema cartesiano a vontade é identificada como faculdade de julgar. O livre arbítrio seria a liberdade de escolha. O homem viria ao mundo como uma tábua rasa moral; conhecendo as realidades sociais, faria eleições entre uma ou outra opção estabelecida (LESSA, Pedro, 2000, p.132).

A crítica ao modelo cartesiano surge na filosofia de Schopenhauer, segundo a qual, a teoria de Descartes exigiria que o homem refletisse apenas como lhe agradaria ser melhor, residindo aí o livre-arbítrio (2002, p.5). Nessa teoria, o homem quer o que conhece, diferente da tese schopenhaureana de que o homem conhece o que quer.

Lafer lembra que a secularização do mundo, o descrédito do passado e mesmo a ênfase no progresso histórico tornaram essas idéias (as do indeterminismo) insuficientes. A preocupação com o futuro e com o eu pensante fez com que eclodisse a teoria determinista, que impõe ao homem a condição de parte da trama universal; ou seja, o homem está submetido à causalidade e seus atos não poderiam ser analisados fora desse contexto (2003, p.89-90).

Com isso, entendem que inúmeros fatores influenciam a vontade humana, de sorte que interpretá-la à luz do livre-arbítrio é uma tentativa reducionista da complexidade. Na realidade, o decidir é um comportamento humano e, como tal, submetido a vários fatores que atuam e intervêm em cada ser. Fatores múltiplos e heterogêneos que proporcionam uma causalidade psíquica. As motivações, portanto, encontradas em cada arrazoado jurídico, nunca são simplesmente científicas, mas um reflexo das relações sociais (SICHES, 1995, p.84).

Sobre o determinismo, pode-se dizer que são três as variações: o mecânico, o fisiológico e o psicológico. O primeiro faz uma analogia entre força e comportamento humano, buscando daí retirar explicações para vontade humana: o homem agiria por pressão de uma força que atua sobre todo universo; o fisiológico busca explicação da vontade humana pelos instintos: paixões, temperamento, ambiente, ou seja, pela formação da sensibilidade; e, finalmente, o psíquico, que leva em consideração os instintos, guiados que são por uma força estranha (LESSA, Pedro, 2000, pp. 126-7).

Pode-se perceber que qualquer que seja a vertente, a vontade pertence ao ser humano. É uma atividade pessoal que habita o “eu” de cada indivíduo, encontrando-se na instância do mental - componente da *vita* contemplativa (ARENDRT, 2003b, p.13) – e, assim, constituída por atos conscientes e inconscientes (LAFER, 2003, p.86; ADEODATO, 1989, p.133).

Para que a vontade se concretize, ou seja, transforme-se em ação, alguns fatores (externos) incidem. O homem exterioriza o que lhe é conveniente. Escolhe, seguindo a lógica da preferência, a melhor opção dentre todas que lhe são possíveis. A vontade, determinada por fatores externos, não é livre como pensavam os indeterministas.

Ora, não se pode dizer que o homem é portador de apenas uma forma de conhecimento ou que todo conhecimento necessariamente guarda relação com a razão. Assim, quando os deterministas tentam construir a idéia de que tudo, mesmo as escolhas, seriam atos racionais, essa tese não deve prosperar. Na realidade, existem certas coisas que só podem ser explicadas por argumentos da afetividade, da intelecção, ou seja, da vontade. Existe o

irracional e suas explicações para os fenômenos humanos devem ser consideradas (REALE, 1991b, p.140).

Apreende-se a realidade do mundo interior pela experiência imediata da nossa vontade, no que Reale chamou de intuição volitiva; é ela quem abre espaço para que se entenda a existência. A filosofia intuicionista admite a intuição como forma de conhecimento, da qual a vontade é parte integrante. Apenas através da experiência volitiva é que se criam subsídios para manifestação de uma intuição volitiva (REALE, 1991b, p.140).

A vontade, explicada pela teoria do livre arbítrio, pelas limitações que sofrera desde Aristóteles, passando por Kant e Descartes e chegando até a modernidade, parece não resolver o problema. É inegável que o meio social influencia o processo de seleção ou de escolha, o que faz cair por terra as evidências indeterministas. Como se isso não bastasse, uma reflexão mais detida sobre o assunto sugere: mesmo as opções de escolha, expostas nas prateleiras da vida e sobre as quais o homem, exercendo sua liberdade de eleição, apontará, estão à disposição por imposição do meio (COMTE-SPONVILLE, 2002a, p.65-75).

Muitas vezes o repertório de decisões judiciais que se apresentam para resolver um caso jurídico é imposto por questões econômicas, políticas e religiosas. Quero dizer que um ato econômico pode fazer nascer uma possibilidade de escolha; sem falar que esse mesmo ato pode conduzir a eleição da decisão (SICHES, 1995, p.89).

A mistura destes ingredientes: psíquico, biológico, geográfico, social e mesmo econômico determina o meio em que o homem está inserido. Suas opções e as respectivas escolhas corresponderão ao contexto criado por essa miscelânea de fatores.

Talvez a vontade devesse ser livre. A escolha do homem devesse ser livre, o que para Kant já seria um absurdo (2002, p.80). A toda evidência, a prática social revela que a vontade está correlacionada com outros fatores, que não os essencialmente jurídicos, morais ou econômicos.

Não é diferente com o querer do magistrado, aparentemente liberto ou capaz de, diante de cada caso, emprestar uma infinidade de interpretações à lei. Este querer é seduzido por oportunidades e pela realidade incompreensível e complexa do mundo. Fatores influenciam o processo de tomada de decisão, e o que prevalece no final é a “vontade do julgador”, colhida a partir das experiências extraleais. Isso talvez explique porque casos idênticos recebem tratamento jurídico distinto (STAMFORD, 2005, p.79).

Existem casos parecidos que recebem decisões díspares, exatamente por conta da proeminência de fatores externos que atuam em graus diferentes sobre a opinião (vontade) de cada julgador (SICHES, 1995, p.89).

4.4 O DIREITO E A LÓGICA DA VONTADE: DESDE A ELEIÇÃO DA NORMA APLICÁVEL AO CASO À SUA INCIDÊNCIA HERMENÊUTICA.

Ambas as correntes que buscam explicar o fenômeno da vontade parecem cometer deslizes, mas em um único ponto gira a dicotomia: saber se a vontade é influenciada por fatores externos/internos ou se a vontade depende apenas da constituição psíquica de cada indivíduo (LESSA, Pedro, 2000, p.138).

As primeiras tendências do indeterminismo pensavam que a vontade seria livre, ilimitada; mais tarde, Aristóteles cria uma barreira: a ética (1992, p.57). Kant intensifica o estudo da moral, sugerindo este como um dos limitadores da volição (2002, p.80-1). Com

efeito, a vontade, para os indeterministas, não deixa de ser liberta mesmo que limitada pela ética.

Ao que parece, os defensores do indeterminismo confundem uma liberdade material (a de ir e vir, ir à esquerda ou à direita) com a liberdade mais íntima, habitada no “eu” de cada indivíduo. Se vontade fosse escolher entre qualquer uma das opções materiais, não restaria diferença entre o homem e um ser irracional. A vontade nos seres irracionais confunde-se com o conceito de necessidade, estando ligado aos limites biológicos do ser. São atos instintivos. Não que os homens não tenham esses desejos, todavia não há como chamar essas necessidades de vontades.

A vontade, enquanto instrumento de eleição, segue a racionalidade de quem escolhe, que o faz por meio de um sopesamento de valores e influências intersubjetivas e pessoais, neste ponto, irracional para as bases da ciência global.

As idéias de liberdade - aquela que advém do livre arbítrio - e vontade não são tão íntimas como se pode cogitar. Fazer o que se quer não é puramente liberdade. Cumpre analisar se existiram fatores externos que influenciaram aquele querer, ou seja, cabe verificar se ‘se quis aquilo que se quis’. Não havendo influências, pode-se falar em vontade livre, do contrário, toda vontade é determinada.

Por tudo isso, devo adiantar que não acredito em vontade livre, sobretudo na realidade jurídica. O homem está submetido às intempéries da vida social e todas as suas decisões são construídas no seu “eu” por inúmeras convicções, algumas inclusive capturadas

da sociedade e da experiência social. Não haveria, pelo menos no âmbito do direito, como se falar em vontade livre.

O pressuposto para que se analise a realidade social é o de que a complexidade do mundo impede que se congele um fenômeno social e dele se retirem todas as suas características. Quero dizer: não há como analisar os fenômenos do direito se despreendendo da moral, da ética, da política, da economia ou de tantas outras ciências.

Assim, a vontade do operador do direito se submete, desde sua elaboração no seu eu, a fatores morais, éticos, políticos e às conjunturas econômicas. Não pode ser diferente. Aliás, em países periféricos a situação se agrava, sobretudo porque esses fatores formam um emaranhado inseparável e mais influente.

O direito ainda não chegou a um estágio de diferenciação como as teorias idealistas precisam, para que seus dogmas funcionem; nem mesmo nas civilizações do primeiro mundo, que se mantêm igualmente distantes de um tipo ideal⁴⁹. O funcionamento de uma civilização ideal se faria quando os componentes do sistema jurídicos (estruturas, processos, limites, meio etc.) fossem autoconstitutivos, relacionando-se entre si de forma auto-reprodutiva (TEUBNER, 1993, p.66).

Dizer, portanto, que o querer do operador do direito é livre, não parece condizer com a realidade complexa do direito periférico. É claro que é bem mais confortável se imaginar que as vontades são livres, e que o homem faz o que quer (ilimitadamente).

⁴⁹ A teoria de Luhmann, ao que parece, trabalha com um tipo ideal de diferenciação social. É neste sentido que se utilizou o termo aqui destacado (1980).

Ocorre que a experiência cotidiana revela que os homens guiam-se pelo princípio da causalidade.

O obstáculo desta dissertação é que argumento contrário ao ideal de liberdade. A dificuldade é por que as questões políticas e práticas em geral partem da suposição de que a liberdade é uma verdade em si mesma. A partir dessa suposição axiomática é que leis são criadas e juízos são feitos (ARENDDT, 2003a, p.96 e 189).

Ocorre que essa “suposição” da liberdade humana descarrega efeitos reflexivos sobre a realidade jurídica. Acredita-se que os homens são livres, impondo assim suas vontades “puras”. Na verdade, não o são, e se fossem, não se poderiam analisar seus atos, pois o livre-arbítrio não se submeteria a qualquer verificação teórica:

[...] se há porventura um eu primeiramente livre em nós mesmos, ele certamente jamais aparece de modo claro no mundo fenomênico e, portanto, nunca pode se tornar objeto de verificação teórica (ARENDDT, 2003a, p.189, grifei).

Nada adiantaria que a liberdade se encontrasse apenas no interior do operador do direito (eu pensante), sem que pudesse se exteriorizar. Essa liberdade jamais seria passível de análise científica. À medida que se exterioriza, que surge no mundo exterior, é que pode ser passível de estudos. A liberdade carrega um querer refém de inúmeros fatores, para daí se exteriorizar, contaminado por distúrbios sociais.

Na prática, a vontade nunca se apresenta livre, liberta de conceitos ou de pré-conceitos; sempre é condicionada por ideologias, apesar dos homens sustentarem a crença de que podem tudo (livremente). Ocorre que, por meio da experiência, os homens notam que seus atos resultam da combinação entre caráter e motivo (SCHOPENHAUER, 2002, p.2).

Cuidando de defender a suposição axiomática de que os homens são livres, o direito erigiu o princípio do livre convencimento do magistrado, cumprindo assegurar que “todo homem é livre e faz o que quer”; entretanto, uma reflexão teleológica revela que a lei pretende imprimir a impressão de independência do juiz sustentando o aforismo da neutralidade axiológica.

Uma investigação cética conduz à leitura do princípio do livre convencimento como um *topos* legitimador, autorizando o magistrado a se movimentar como deseja na confecção da decisão, afinal, as provas ganham o relevo que o juiz escolher. Dito de outra forma: as provas também detêm peso retórico, maior ou menor, a depender da preferência do julgador que defenderá sua posição por meio do discurso fundamentado.

CPC, art.131 - O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes nos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento.

Por isso não é forçoso dizer que a hermenêutica, enquanto ato humano, é ato volitivo, limitado por fatores extrajurídicos. Ninguém interpreta involuntariamente, mas fiel as suas crenças. Desde a escolha da norma a ser aplicada ao caso concreto até que seus limites exegéticos, o operador do direito segue a lógica da vontade (GRAU, 2003, p.35).

O juiz age conforme sua vontade, seja elegendo os textos normativos do caso concreto ou justificando sua incidência. Neste último caso, o faz por argumentação, visto que só assim pode explicar uma maior ou menor ampliação da exegese adotada.

O direito fica subordinado à conveniência do intérprete. As normas e seus alcances exegéticos são justificativas que legitimam os resultados pretendidos pelo intérprete (GRAU, 2003, p.39).

A teoria mais moderna sobre interpretação, que é a *Juristische Methodik* de Fredrich Muller, assegura que a decisão é o resultado de um processamento em que os fatos concretos e os textos legais são as matérias-primas, e a casuística é uma das principais características; o produto final é a norma, uma decisão ideológica (GRAU, 2003, p.51).

Mesmo na Metódica, como disse no capítulo 3, o elemento subjetividade não é abandonado. O operador oficial certamente se valerá de convicções prévias e impulsos instintivos que, unidos aos preceitos morais e éticos, cuidarão de lhe guiar na eleição dos textos normativos utilizados para solução de controvérsias.

O momento imediatamente posterior é o ato hermenêutico, quando o intérprete reúne fatos, provas e textos normativos segundo sua preferência. Ampliará, conforme sua conveniência, a incidência do texto, edificando uma norma-decisão como padrão para solucionar a lide. A decisão é um produto final do querer do julgador, especialmente criada a cada caso isolado, já que não existem soluções previamente estruturadas (GRAU, 2003, p.32).

É bom lembrar: os textos são conhecidos, as jurisprudências e os princípios também; a toda evidência, serem ou não utilizados em cada caso real é uma escolha que depende do intérprete autêntico. A ele cabe não apenas apontar as fontes jurídicas que vão ser utilizadas para o deslinde da causa como também realizar as necessárias adequações. Interpretar é adequar fatos e textos prévios, segundo um critério de preferência, escalonados por jogo retórico (GRAU, 2003, p.34).

Não ocorre apenas com o juiz, mas também com o advogado, promotor ou qualquer outro operador do direito. No exercício da advocacia, quase sempre o mesmo advogado possui clientes em situações diferentes. Ora se executa; em outro processo, embarga-se. Peças processuais são redigidas e, se os arrazoados jurídicos do mesmo subscritor pudessem constar em um mesmo processo, revelariam uma estranha contradição argumentativa que comprova que a atividade jurídica é um exercício político-ideológico (KELSEN, 2000, p.396).

Com o juiz não é diferente; suas convicções são os guias mestres. Inegavelmente o magistrado pode sofrer as intempéries de preceitos éticos, religiosos, esquemas doutrinários ou reflexos sociais, sem falar nas instâncias superiores que condicionam o julgamento (GRAU, 2003, p.37-8).

Utilizando a analogia de Rigaux, o raciocínio jurídico edifica-se em via imaginativa, adentrando logo depois no mundo real. Esta é a única diferença entre ele e um romance, já que neste as convicções do escritor não sairiam do meramente contemplativo (2000, p.305).

Finalizo: os elementos que influenciam (aqueles essencialmente não-dogmáticos) a vontade (o “eu” pensante) padecem de análise técnica mais profunda, não havendo como desvencilhar querer e imaginação, pelo menos de maneira simplista.

Todavia, o que se assegura é que juízos jurídicos são formados de maneira irracional, de certo ponto, inacessíveis à ciência, mas nem por isso podem ser desprezados. A

formação dos posicionamentos jurídicos é axiológica, e o peso das influências é sentido casuística e subjetivamente.

Então, o juiz decide. Como suas motivações pessoais não interessam para o processo, posto o compromisso legalista de se apresentar neutro, apresenta uma decisão com base no ritual do Código de Processo Civil. Relata fatos, apresenta proposições normativas que se encontram mais próximas da decisão desejada e, ao final, profere sua sentença. Esse *modus operandi* coopera para a impossibilidade funcional de o juiz “indicar na sentença, os reais motivos que lhe formaram o convencimento” (CPC, art.131).

Talvez fosse mais funcional admitir o óbvio, ou seja, que elementos valorativos (e até não-dogmáticos) dominam a compreensão da lei na criação do direito, ao revés de se insistir que apenas ao legislativo são permitidas tais faculdades. A isenção do magistrado, na prática, revela-se utópica (STERN, 2003, p.509).

Tomo por base a teoria da argumentação jurídica de Alexy (2001) para afirmar que uma argumentação racional é um modelo ideal; apesar de reconhecer que à realização dos requisitos de processamento dessa teoria são bastante problemáticos e dificilmente funcionariam em países periféricos como o Brasil, onde meios marginais são cotidianamente freqüentados como formas autênticas de legitimação (ALEXY, 1992, p.91-102)⁵⁰.

Após apresentar a decisão judicial como um discurso prático que concretiza uma entre várias probabilidades de solução jurídica, observando o critério da vontade do

⁵⁰ Ver item 5.4.

magistrado - o que repercute na crise de instabilidade (credibilidade/legitimidade) do Judiciário -, tratarei de demonstrar como a decisão é apresentada.

Na realidade tratarei da retórica; a *thechné* utilizada no cotidiano forense, quase que instintivamente, para apresentar um discurso racionalizado capaz de ser sustentado em qualquer auditório. Em outras palavras: tratarei da técnica que disfarça a ideologia presente no *decisum*.

5

IDEOLOGIA E DISFARCE: A RETÓRICA A SERVIÇO DA LEGITIMAÇÃO ARGUMENTATIVA

5.1 IMPORTÂNCIA DA RETÓRICA ARISTOTÉLICA PARA AS SOCIEDADES OCIDENTAIS.

Cientes das premissas que nutrem a tomada de decisão no judiciário brasileiro – elementos endógenos e extralegalidade – cumpre analisar como elas são escondidas no modelo discursivo judicial, fazendo crer que a proposição normativa mencionada é quem norteia a decisão final. É nesse sentido que as ferramentas retórico-aristotélicas servem de pano de fundo à argumentação. Um misto de arte e técnica capaz de dar ao discurso um tom racional com base em opiniões geralmente aceitas (VIEHWEG, 1986).

É que o silogismo, enquanto modelo de raciocínio, não correspondeu às expectativas; consegue apenas garantir que uma conclusão seja retirada da subsunção de um caso específico (premissa menor) às prescrições gerais e universais (premissa maior): todos os X são iguais a Y (p1), se Q é igual a X (p2), logo Q é igual a Y (HASSEMER, 2002, p.279-80).

Ocorre que pelo menos desde o processo de Nurenberg (1945), vem-se admitindo que o raciocínio tópico é quem domina o direito. O silogismo deixou de ser visto como modo de pensar e passou a ser visto como modelo de apresentação do discurso (PERELMAN, 2000, p. 29).

A toda evidência, se por um lado o modelo positivista se mostrou ingênuo e disfuncional quanto à excessiva codificação de outro, a abertura lingüística provoca um pernicioso efeito colateral: larga o jurisdicionado simplesmente à liberdade dos desejos de quem julga. É como se o legislador, outrora empolgado com o positivismo filosófico, tivesse agora desistido de prever as inúmeras possibilidades do mundo real e, com os termos abertos, entregasse o poder de decisão ao magistrado, agora cada vez menos vinculado (HASSEMER, 2002, p.292-301).

O operador do direito possui um espírito constantemente inquieto com o resultado do litígio; seus esforços são sempre no sentido de conciliar as técnicas de raciocínio com os ideais de justiça, a fim de causar uma aceitabilidade social da decisão. Um raciocínio puramente formal certamente esconde as vicissitudes do julgador, encobrindo o subjetivismo por uma pretensão de certeza (PERELMAN, 1998, p.13).

A segunda metade do século passado é marcada pela importação histórica de conceitos originados na Grécia Antiga, sobretudo, as definições aristotélicas sobre retórica, entimema, tópica e *topos* (TEIXEIRA, 2002, p.81-3).

Coube ao jurista alemão Theodor Viehweg o revigoramento da cultura clássica ocidental. O pensamento iluminista, tradicionalmente sistemático e de índole lógico-dedutiva,

é preterido por uma outra forma de olhar o direito: agora, a partir dos problemas (SALDANHA, 2000, p.351; MONTEIRO, 2003, p.188-9). O resgate da retórica, no sentido de arte de convencimento, sofreu influência da obra *Topica y Jurisprudencia* de Viehweg (1986), mas é Perelman e Olbrechts-tyteca (2000) que amoldam os conceitos clássicos à teoria da ação comunicativa.

O rompimento com o modelo sistêmico é anunciado logo na introdução do Tratado da Argumentação, quando Perelman e Olbrechts-tyteca destacam:

A publicação de um tratado consagrado à argumentação e sua vinculação a uma velha tradição, a da retórica e da dialética gregas, constituem *ruptura com um concepção da razão e do raciocínio de Descartes*, que marcou com seu cunho a filosofia ocidental dos três últimos séculos (2000, p.1, grifos no original).

Com efeito, a retórica é resgatada nos limites da doutrina aristotélica.⁵¹ Seu objetivo é descobrir o que é adequado a cada caso com fim de persuadir (ARISTÓTELES, 1998, p.48). Não persuadir simplesmente, mas primeiramente eleger os meios de persuasão mais pertinentes a cada caso, para depois persuadir.

[...] a retórica é útil porque a verdade e a justiça são por natureza mais fortes que os seus contrários. De sorte que, se os juízos se não fizerem como convém, a verdade e a justiça serão necessariamente vencidas pelos seus contrários, e isso é digno de censura. Além disso, nem mesmo que tivéssemos a ciência mas exacta nos seria fácil persuadir com ela certos auditórios (ARISTÓTELES, 1998, p. 47).

Sobre os meios retóricos para se gerar persuasão, existem os *topoi* e o entimema. Os primeiros são opiniões que a comunidade normalmente aceita sobre qualquer problema que seja apresentado (ARISTÓTELES, 1978a, p.5); já o entimema é uma ferramenta estética; consiste em apresentar o discurso sem todas as premissas. Não se

⁵¹ A retórica possui vários significados: uma atribuída à Córax e Tísias “geradora de persuasão”, outra à Hermágoras “a faculdade de falar bem no que concerne aos assuntos públicos”, Quintiliano “a ciência do bem falar”, e a de Aristóteles “a retórica é a capacidade de descobrir os meios de persuasão relativos a um assunto dado” (ALEXANDRE JÚNIOR, 1998, p.15).

pronuncia uma das premissas por ser evidente. É um silogismo; todavia um silogismo incompleto e imperfeito, mas juridicamente funcional:

[...] para concluir que Dorieu recebeu uma coroa como prêmio da sua vitória, basta dizer: pois foi vencedor em Olímpia, sem que haja necessidade de se acrescentar a Olímpia a menção da coroa porque isso toda a gente o sabe. (ARISTÓTELES, 1998, p.52)

Assim, *topos* e entimema são as ferramentas aristotélicas frequentemente utilizadas no seio jurídico, ainda que inconscientemente. A tópica é a técnica capaz de procurar as opiniões geralmente aceitas sobre determinadas aporias, sobre problemas pendentes de solução.

Ressalto a importância das obras de Aristóteles (1998, 1978a), cujo, objetivo foi a busca pela desmistificação da retórica, antes utilizada apenas como pano de fundo para os constantes embates entre Platão e os Sofistas. Contribuiu para o conhecimento humano ao elevar o argumento lógico a posição de destaque no discurso, podendo ser utilizado à qualquer assunto (ALEXANDRE JÚNIOR, 1998, p.22).

Uma retórica que não é apenas técnica de elocução didática, como pretendiam Córax e Tísias; nem detentora de natureza paradigmática, cuja valorização à elocução era fato marcante, como lecionava Górgias. Aristóteles deseja fazer uma relação entre falar bem e persuadir - entre o discurso ornado e o eficaz, o agradável com o útil - o que torna difícil um conceito ou definição de retórica de forma global (REBOUL, 2000, p. 1-9).

Mais feliz é a divisão dos discursos em deliberativo, epidítico e judicial. Os deliberativos são dissuasões que visam mostrar a vantagem ou desvantagem de uma determinada ação. Os forenses/judiciais evidenciam acusações e defesas feitas no passado e os

epidíticos louvam ou censuram algo, visando demonstrar virtude ou defeito de uma pessoa ou coisa (ALEXANDRE JÚNIOR, 1998, p.25).

Aristóteles sustenta a retórica judicial ou forense como a mais prejudicial em relação aos demais gêneros, exatamente por funcionar em casos concretos, deixando as partes na mediação arbitrária dos pretores (1998, p.52), mas garante sua utilidade:

[...] se alguém argumentar que o uso injusto desta faculdade da palavra pode causar graves danos, convém lembrar que o mesmo argumento se aplica a todos os bens, excepto à virtude, principalmente aos mais úteis, como a força, a saúde, a riqueza e o talento militar; pois, sendo usados justamente, poderão ser muito úteis, e sendo usados injustamente poderão causar grande dano (ARISTÓTELES, 1998, p.47).

Aparentemente sucumbida, a retórica reaparece como alternativa de explicação para o modelo de concretização normativa. A retomada de conceitos clássicos ocorre na metade do século passado com a obra de Viehweg (1986).

Modernamente podemos entender o emprego da retórica em três acepções, a saber: 1 – a retórica material, em que se evidencia o uso da linguagem, a condição humana de sinalizar-se, situar-se por sinais convencionados; 2 – retórica prática, que ensina como proceder, como utilizar a material; e finalmente a 3 – retórica analítica, cuja perspectiva epistemológica rege o estudo das duas retóricas anteriores (prática e material). A analítica possui dupla abstração, exatamente compreendida entre a retórica material e a prática, possuindo a característica da descrição. (BALLWEG, 1991, p.175-84).

5.2 INSTABILIDADE CONCEITUAL DA RETÓRICA E A TEORIA DO ENTIMEMA

Apesar de as escolas dogmáticas tradicionais sugerirem que o modelo operacional silogístico ofereceria todas as condições de solução para os problemas, uma

investigação mais profunda revela que as normas previamente anunciadas na decisão não são as balizas norteadoras do Judiciário. Dizer que, diante de cada problema, deve-se apenas subsumir uma norma geral ou premissa maior ao caso específico que fatalmente se chegaria a uma solução, não passa de uma fórmula simplista que reduz a complexidade do mundo circundante.

A idéia de um silogismo no discurso judicial não passa de mera ficção, mas de efeitos perniciosos sobre a realidade. Sobota chega a comentar que o silogismo “[...] molda o discurso jurídico, por vezes a tal ponto que se confunde com a própria realidade – como se a argumentação jurídica fosse silogística” (1995, p.257, grifos no original).

Estruturalmente a decisão judicial no modelo brasileiro não é melhor justificada pelo silogismo, mas sim pelo entimema, eis que nem todas as premissas são explicitadas. Várias delas permanecem afastadas por serem absolutamente inconfessáveis. (ADEODATO, 2002a, p.262).

É exatamente nesse ambiente de inconfessabilidade que o discurso judicial cede espaço à manipulação. As verdadeiras motivações - políticas, econômicas, religiosas, intuitivas, dicotomia entre justiça/injustiça, em uma palavra: ideológicas ou, não dogmáticas do julgador não são apresentadas na decisão, o que faz parecer que o sistema jurídico é auto-referente (PRADO, 2003, p.14-22).

A aplicação normativa é obra de fachada, servindo apenas para emprestar aparente racionalidade ao discurso final. Esse ambiente de arremedo por que passa toda dogmática jurídica atual oferece a situação em que a enganação é mais eficaz que a dura

realidade, em que a irracionalidade - sempre insegura e incompreensível - é escondida por procedimentos e fundamentos aparentemente esculpidos na lei.

O julgador submete a decisão ao crivo social de forma aparentemente racional, quando a forma discursiva judicial obedece a certa regularidade. A propósito, o termo regularidades, apresentado por Sobota, representa bem a maneira como os discursos oficiais realmente são; meras “formações cibernéticas dinâmicas, tais como [...], modas, rituais ou padrões de comportamento. Regularidades são ‘padrões’ e não ‘estruturas’ ou ‘regras’ – padrões construídos por um observador dentro do próprio sistema” (1995, p.254-5).

Diante desse contexto, a tese do positivismo que prega o desprendimento do julgador em relação à norma, atuando apenas como aplicador de lei, não explica o processo de concretização normativa. Em sentido contrário, até pela aceitação de que a formação humanística do julgador interfere na hermenêutica, uma teoria da argumentação cuja ferramenta principal é a retórica parece explicar melhor a tomada de decisão. Como dito várias vezes, o arsenal ofertado pela retórica consegue dar ao discurso judicial a racionalização necessária (ADEODATO, 2002a, p.278).

A toda evidência, Aristóteles não traça definições para o conceito de entimema e nem mesmo aceita com parcimônia a classificação de entimema de primeira, segunda ou terceira ordem, segundo falte a premissa geral, a menor ou mesmo a conclusão. Aconselha que permaneça uma delas no silêncio, por ser auto-evidente e mais persuasiva (1998, p.51 e 153).

Antes, classifica o raciocínio em: apodítico, dialético, erístico e paralogístico. Raciocínio nada mais é que um argumento em que, estabelecidas certas premissas, ocorrerá uma conclusão. O raciocínio apodítico é evidente, pois as premissas de que se parte são verdadeiras e primeiras, gerando uma conclusão originária destas. Cataloga como dialético o argumento que parte de premissas geralmente aceitas como verdadeiras. São aquelas opiniões que todo mundo admite, ou a maioria das pessoas ou a maioria dos filósofos (ARISTÓTELES, 1978a, p.5).

São argumentos erísticos, também chamados de contenciosos, quando “[...] parte de opiniões que parecem ser geralmente aceitas, mas não o são realmente, ou, então, se apenas parece raciocinar a partir de opiniões que são ou parecem ser geralmente aceitas”. A conclusão erística não é verdadeira: “Todo pássaro voa; a mosca voa; logo, a mosca é um pássaro” (ADEODATO, 2002a, p.271; ARISTÓTELES, 1978a, p.5).

O raciocínio paralogístico é embasado em falso raciocínio, pois parte de premissas peculiares às ciências especiais. As premissas nem são primeiras nem verdadeiras, nem tampouco geralmente aceitas (ARISTÓTELES, 1998, p. 54-5; 1978a, p.5-6).

A retórica como técnica e como arte se distancia da dialética. Enquanto a retórica ocupa-se com a persuasão, a dialética atém-se à demonstração, objetivando vencer a *disputatio*, independente dos meios (lícitos/ilícitos) (SCHOPENHAUER, 2002, p.98); utiliza-se do silogismo dialético, ao passo que a retórica busca força, ou no exemplo (paradigma) ou no entimema.

Através de juízos entimemáticos, lastreados pela dedução, ou de juízos paradigmáticos, ou seja, indutivos, é que os retóricos se habilitam para confeccionar discursos persuasivos. Como se observa, indução e dedução são os instrumentais que distinguem entre os exercícios baseados em exemplos ou aqueles com base no silogismo retórico (SCHOPENHAUER, 2002, p.102-3).

De facto, uns exercícios retóricos são paradigmáticos e outros entimemáticos; e de igual modo, uns oradores são melhores em exemplos e outros em entimemas. Não são, portanto, menos persuasivos os discursos baseados em exemplos, mas os que se baseiam em entimemas são mais aplaudidos (ARISTÓTELES, 1998, p.51).

Sobre o entimema, objeto central deste sub-capítulo, Aristóteles (1998, p.53) leciona que deriva da probabilidade, dos sinais, da evidência ou dos argumentos irrefutáveis. Probabilidade é o que normalmente ocorre, mas não em absoluto. Uma é premissa plausível à medida que coincide com uma opinião geralmente admitida: ao se pregar que os contratos podem sofrer revisão, justifica-se tal posição no *topos* do *rebus sic stantibus*; ao defender o contrário, ou seja, que os contratos devem ser cumpridos conforme estipulado, motiva-se tal assertiva no *pacta sunt servanda*. Com efeito, da mesma lide, pode-se ter julgamentos díspares, a depender do *topos* colecionado pelo magistrado⁵².

Os paradigmas encontram força persuasiva nos exemplos retirados do passado; eles podem ser utilizados na persuasão, pois as pessoas revelam a natural tendência de aceitar que as coisas ocorridas se repitam:

[...] quando se afirma que Dionísio tenta a tirania, porque pede uma guarda [justifica-se paradigmaticamente] pois também antes Pisístrato, ao intentá-la [a tirania], pediu uma guarda e se converteu em tirano mal a conseguiu, e Teágenes fez o mesmo em Mégara; estes e outros que se conhecem, todos eles servem de exemplo para Dionísio, de quem ainda se não sabe se é essa razão por que a pede. Todos estes casos particulares se enquadram na mesma noção geral de que quem aspira à tirania pede uma guarda. (ARISTÓTELES, 1998, p.54).

⁵² Esse grupo – da probabilidade - recebe uma forte influência da tópica, visto que é daí de em que se extraem as premissas.

Os sinais se dividem segundo dois critérios: primeiro, quanto à refutabilidade e o segundo quanto à conclusão. Quanto à refutabilidade: diz-se que são refutáveis ou irrefutáveis. Os refutáveis são sinais que podem ser facilmente contraditados, ou seja, apesar de surgirem, não são constantes. Já os irrefutáveis são sinais constantes e comprovados (ADEODATO, 2002a, p. 269-74).

A outra classificação diz respeito à conclusão: se são sinais retirados do particular para o caso geral, ou do caso geral para um caso específico. Noto que a combinação dessas duas classes, subdividida cada uma em outras duas, enseja quatro combinações possíveis:

1. Entimema que pode ser retirado a partir de sinais irrefutáveis de um caso particular, mas válido universalmente (I:P \Rightarrow G): P1 – Sócrates é mortal; P2 – Sócrates é homem, logo (C) o homem é mortal⁵³.

2. Entimema retirado a partir de sinais irrefutáveis do caso geral para um caso específico (I:G \Rightarrow P): P1 – Todo homem é mortal; P2 – Sócrates é homem, logo (C) Sócrates é mortal.

3. Entimema retirado a partir de sinais refutáveis do caso particular para o geral (R:P \Rightarrow G): P1 – Sócrates é justo; P2 – Sócrates é filósofo, logo (C) todo filósofo é justo. Note-se que há refutabilidade da conclusão, eis que nem todo filósofo é necessariamente justo, pois entre filosofia e justiça não existe relação.

⁵³ Neste caso, um entimema de terceiro grau, ou seja, em que a conclusão fica acobertada, seria: Sócrates é mortal visto que é homem. De primeiro grau: Sócrates é homem, logo é mortal; de segundo grau: Sócrates é mortal pois todo homem é mortal.

4. Entimema retirado a partir de sinais refutáveis do caso geral para o particular (R:G e P): P1 – Todos os romanos são sábios, P2 – Sócrates é sábio, logo (C) Sócrates é romano. Novamente a conclusão é falha, até certo ponto erística, não servindo a silogismos.

Apesar da classificação aqui apresentada, as obras aristotélicas não permitem que se chegue a uma tabulação de forma simples. A dificuldade em tratar com conceitos não definidos ocasiona conflitos e embates infundáveis. Contradições que assustam o estudioso e confundem o leitor (CUNHA, 2003a, p.1-4)

A relação entre retóricos e céticos se estreita quando desacreditam em um conteúdo verdadeiro na essência. O conceito de verdade, em uma sociedade hiper-complexa, perde o sentido, sendo permutado por verossimilhança. A verdade é concebida como termo eminentemente essencialista que Adeodato observa:

A verdade é objeto da filosofia essencialista; o consenso é o objeto da filosofia retórica. Só que esse consenso significativo é também retórico, não é necessariamente fruto de um acordo real sobre tal ou tal critério de solução de conflitos, podendo assumir os mais diversos aspectos, inclusive o de ser apenas presumido ou reduzir-se a uma neutralização ou institucionalização do dissenso e suas possibilidades. Tudo o que está além ou aquém da evidência, ou seja, todo âmbito das relações humanas pertence à retórica e esta constitui assim a *moral provisória* que nos orienta na vida, a única moral possível para um ser carente (2002b, p.225, destaques no original).

O fato de o sistema jurídico ser *allos* e não *autos* poético⁵⁴, reforça a tese de que a retórica explica como as decisões legais são confeccionadas.

⁵⁴ Tratei do assunto nos capítulos 3 e 4.

5.3 TOPOS, TÓPICA E DECISÃO JUDICIAL.

Entre retórica, tópica e dialética, de fato, existe muita instabilidade conceitual. O que é certo é que são técnicas argumentativas desenvolvidas com intuito de aprimorar o discurso prático jurídico.

A retórica, em sentido *lato*, engloba conceitos da velha dialética e da tópica, perpassando por estilos arquitetais, literários, estudos da linguagem, dentre outros campos. Invade desde áreas típicas do conhecimento científico à arte poética, cuja expressão maior na Grécia eram as peças teatrais.

A propósito, Aristóteles ensinava que toda peça era composta por seis elementos⁵⁵, elevando o pensamento à categoria de elemento-chave; eis que seria tudo aquilo que, nas palavras pronunciadas, se expõe ou se exprime em uma sentença. Portanto, os atores deveriam se servir da retórica para buscar os argumentos com fito de persuadir o ouvinte (ARISTÓTELES, 2003, p.37).

Interessa-me, em particular, a tópica e os *topoi*. Estes são as opiniões aceitas por toda comunidade, pela maioria ou pela maioria dos sábios (ARISTÓTELES, 1978a, p.6). O que não é demonstrado, mas axiomático; base para persuasão ou dissuasão. Aristóteles cataloga vinte e oito *topos* diferentes, ofertando para cada qual um exemplo característico; todos marcados pelas opiniões normalmente aceitas (1998, p. 156-67).

Tem-se *topoi* colhidos a partir da cultura jurídica clássica, como por exemplo, a relação entre mais e o menos: “se nem os deuses sabem tudo, menos ainda os homens”. *Topos*

⁵⁵ Enumerava como elementos da peça: “[...] encenação, caracteres, fábula, diálogo, música e pensamento”, fazendo anotações seguidas de uma a uma destas. (ARISTÓTELES, 2003, p.36)

a partir de uma dissociação comparativa: “se um simples indivíduo deve preocupar-se da vossa glória, também vós vos deveis preocupar da glória dos gregos”. Argumentos contra o emissor a partir das palavras lançadas: “você entregaria a armada a troco de dinheiro ? Não ?! Tu que és Aristofante não a entregaria, e eu que sou Ifícrato fa-lo-ia ?”. (ARISTÓTELES, 1998, p.156-67). Os sentidos semânticos, a indução, o exame das conseqüências, das coisas opostas, paradoxo, analogia, dentre outros, são exemplos de *topos* utilizados na cultura ocidental.

A tópica é “[...] o arsenal de idéias e de argumentos com que, por um lado, pensamos e organizamos o nosso pensamento, e, por outro, nos preparamos para as batalhas solitárias de convencer um público (Retórica) ou vencer um adversário (Dialética)”, podendo ser entendida como catálogo, uma arte, um método, uma doutrina ou mesmo uma posição purista (CUNHA, 2003a, p.8).

É à obra *Topica y Jurisprudencia* de Viehweg (1986) que se deve o resgate da cultura grega. Durante a segunda guerra mundial, o Juiz alemão estabelece-se num povoado próximo a Munique. Perto de sua residência, descobriu uma biblioteca que lhe conferiu subsídios para pesquisas. Findos os trabalhos, os escritos foram submetidos à Universidade de Munique para obtenção do grau de livre-docência, mais tarde publicados. (BITTAR; ALMEIDA, 2001, p.390).

Como se disse, a obra não representou nenhuma descoberta, mas um resgate de conceitos, definições e métodos utilizados na Antigüidade Ocidental, nomeadamente o *topos*. Viehweg apenas constata que tais modelos são aplicados ao direito. Com isso, privilegiar-se-

ia a função do direito como mecanismo de equalização das lides pelos problemas em detrimento ao modelo racionalista do positivismo jurídico do século XIX e do normativismo.

A tópica é apenas uma forma de pensar e não um método científico. Por isso, pode-se afirmar que o pensar tópico não tem a pretensão de alcançar uma verdade infalível, diferentemente do racionalismo moderno. Enquanto a dogmática parte de pontos de partida indiscutíveis e inegáveis, a tópica vale-se de pontos de partida abertos à discussão, já que são meras tentativas de compreensão, e não uma certeza absoluta.

A estes momentos do questionamento argumentativo liga-se o questionamento do próprio dogma do qual se parte – a lei, o direito consuetudinário, a norma administrativa etc. – o que permite ao processo decisório discutir seus pontos de partida sem negá-los. Trata-se de uma astúcia da razão dogmática para extrair de sua vinculação ao dogma sua própria liberdade (FERRAZ JÚNIOR, 2002, p.333).

Viehweg procura entender o direito a partir da problemática dos casos judiciais, em que há embates de argumentos; nesse ponto se assemelha à dialética, que é uma virtude do saber, capaz de ponderar os argumentos diversos, confrontando opiniões antagônicas, para ao final decidir de modo equalizado. (1986).

A mudança da abordagem do direito, não mais enxergado como uma ciência infalível, e nem o Juiz como um ser autômato subordinado à lei, é salutar. A comprovação da superação da regra jurídica escrita por argumentos e *topos* demonstra que: nem existem decisões irrefutáveis, nem o julgador depende necessariamente da lei para deliberar. Toda decisão é possível, desde que se apresente um fundamento.

Como se não bastasse a possibilidade, empiricamente comprovada, de se argumentar valendo-se das técnicas retóricas, o sistema jurídico cuidou de criar seus próprios *topoi*; *clichês* que acobertam as decisões e protegem o julgador contra ataques externos.

Demonstrei que a decisão judicial é fruto de subjetivismos e irracionalismos (Código Endógeno e elementos extralegais), funcionando, os *topoi*, como fiéis legitimadores do discurso entimemático.

Cada vez mais esses *topoi* se convertem em lei formal escrita. Formam conceitos indeterminados que margeiam a zona de certeza jurídica. Vêm se proliferando positivamente, e, se mal usados, causam grande prejuízo ao Direito. Inquestionavelmente são fontes de abuso por parte dos agentes públicos (PEREIRA, 2000, pp.238-9).

Um dos exemplos de conceitos indeterminados, de certa forma identificados como lugares-específicos, é a prerrogativa de se julgar conforme o livre convencimento que tratei anteriormente⁵⁶.

Mesmo as chamadas provas técnicas, como, p.ex, os exames tautológicos para fixação de indenização ou os laudos assistencial e oficial em demanda expropriatória⁵⁷, não subordinam o Juiz. O magistrado não está adstrito ao laudo pericial, podendo simplesmente se valer do “livre convencimento”.

CPC, art. 436 – O juiz não está adstrito ao laudo pericial, podendo formar a sua convicção com outros elementos ou fatos provados nos autos.

Esses *topoi*, apresentados sob a forma de lei escrita, testemunham a tese aqui levantada: o Juiz não julga senão por critérios endógenos e extralegais, possuindo na retórica a forma de legitimação do discurso.

⁵⁶ Vide o capítulo 3.

⁵⁷ A finalidade do laudo pericial em ação de desapropriação é levantar o valor da terra nua e das benfeitorias da área desapropriada.

As regras esculpidas nos artigos 131 e 436 do Código de Processo Civil (*topoi*) normalmente não são pronunciadas no discurso judicial, por serem evidentes. Gera-se a idéia de que são as premissas maiores (P1) da tomada de decisão, quando, na verdade, servem-lhe apenas de ferramenta estética.

As premissas que de fato se utilizam não são anunciadas.

Outros, entre tantos termos juridicamente abertos, poderiam servir de exemplos, como os conceitos de interesse público, urgência, bons costumes, fim social, equidade e relevância social. Segundo Perelman (2000, p.49), o legislador teria recorrido a essas noções indeterminadas sem cuidar de defini-las, para que o Juiz tivesse o “livre poder de apreciação”:

LICC, art. 5.º - Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.

É difícil reconhecer que em países periféricos como o Brasil, cujo acervo de iletrados ingênuos ultrapassa mais da metade da população, as decisões judiciais são frutos de desejos ou impulsos pessoais. A cultura do legalismo ainda é muito forte, mesmo entre os operadores do direito, quem dirá para a sociedade.

A realidade da Europa, cenário onde se discutem com entusiasmo os limites dos conceitos juridicamente abertos, é bastante diferente da brasileira. Lá a sociedade se encontra civilmente organizada, não faltam condições básicas para o cidadão e por isso os embates entre Estado e cidadão não são constantes, sem falar que as Cúpulas Constitucionais são mais independentes.

No Brasil, a realidade é outra. A sociedade civil é desorganizada, há leis escusas e uma notável dependência política dos órgãos oficiais de julgamento. O que se pode esperar dos Juizes brasileiros mal aparelhados e de pouca capacidade científica ? Como os julgadores poderão monocraticamente articular os limites das leis de conteúdos flexíveis, se nem mesmo as Casas Legislativas, cujo corpo funcional é bem maior e mais bem aparelhado, conseguem demarcar um alcance ?

Os resultados são julgamentos governistas em que a Constituição Federal tem seu alcance mitigado. Direitos e garantias são solapados em nome do interesse público, que de público nada tem. Claro que o problema não está simplesmente nos conceitos abertos, seria uma ingenuidade pensar dessa forma.

Críticas, como a de Alexy (1998,p.13), que classifica a tópica como método “arbitrário” e “débil”, podem, por isso, ser rechaçadas. Basta lembrar a passagem em que Viehweg nega a arbitrariedade, explicando que os lugares comuns eleitos como premissas maiores no discurso devem ser aqueles que gozem de maior prestígio dentro da sociedade:

Con otras palabras: en el marco de lo opinable se puede aspirar también a una efectiva inteligencia y no a una simple y arbitraria opinión, lo que no tendría sentido y justificaria que la empresa no se tomara en serio. Se trata de un procedimiento indirecto de conocer muy característico, en el que realmente todo depende en gran medida de con quién se practique, como Aristóteles indicó expresamente (VIEHWEG, 1986, p.67).

5.4 CRÍTICAS AO PROCEDIMENTO ARGUMENTATIVO COMO PRETENSO MODELO PARA AS DECISÕES JUDICIAIS NO BRASIL.

É difícil acreditar que teorias procedimentais possam resolver o problema ou atenuar os percalços do discurso prático, especificamente os problemas intrincados do

discurso judicial. De forma geral, tais teorias se resumem em procurar vias para concretização da justiça (ALEXY, 2001, p. 211-7).

A sociedade contemporânea é marcada por diferenças e contrastes que a lei não pode abraçar, e ainda que pudesse, não concretizaria justiça geral. Esse foi o erro do iluminismo e das teorias positivistas do direito: não enxergar as dessemelhanças dos atores sociais, acreditando na coercibilidade de comandos normativos em detrimento ao fim maior do direito, a saber: a justiça.

Na medida em que o direito na sua dimensão sistêmica invade a esfera regulada informalmente do mundo da vida, a juridificação produz efeitos negativos, socialmente desintegradores (NEVES, 2001, p.114).

Como dito antes, o conceito de legitimidade passou a se esgotar na lei, norma ou vontade do legislador. Apesar de a crença nos silogismos ter acabado, como normalmente é anunciado, seus efeitos estão vivos e detêm impressionante força na contemporaneidade.

As teorias argumentativas pretendem unir duas gerações de posições díspares em torno de um conceito de justiça. A intenção é criar um canal epistemológico que forneça confiança e possibilidade de se alcançar à justiça. Pregam que o direito, apesar de formal, precisaria de uma justificação moral no atual estágio social (NEVES, 2001, p.115; ALEXY, 2001, p.17-36).

O obstáculo das teorias argumentativas é vencer colocações genéricas sobre o que seria justiça, normalmente conclamada como um bem universal e necessário. As críticas de Atienza à obra de Viehweg são extensivas às demais teorias em geral:

O problema, naturalmente, não consiste em fazer proclamações vazias sobre a Justiça, e sim em criar algum tipo de método – ou pelo menos algum elemento de controle – que permita discutir racionalmente as questões de Justiça (ATIENZA, 2002, p. 74).

É que, embora Viehweg tenha ganhado importância no cenário da filosofia ocidental, sua principal obra buscou um distanciamento da lógica de certa forma exagerado. Como sucessor de suas idéias, Perelman pretendeu uma aproximação ao escrever a obra *Lógica Jurídica* (1998), onde demonstra que o raciocínio lógico pode ser também material.

Se é verdade que Viehweg prega uma perpetuação do modelo tópico na jurisprudência contemporânea em detrimento da lógica, como acusa Atienza, tenho de concordar com a crítica de que a *Topica* de Viehweg é “imprecisa, e em certos aspectos, também equivocada” (2002, p. 76-7)⁵⁸.

A leitura mais sugestiva de Viehweg é aquela que aponta sua obra como uma tese descritiva, em que o autor pretendeu demonstrar que os julgamentos são guiados por *topoi*, opiniões, premissas abertas. Procurou comprovar que é possível “[...] raciocinar onde não cabem fundamentações conclusivas”, além de “[...] explorar, no raciocínio jurídico, os aspectos que permanecem ocultos se examinados de uma perspectiva exclusivamente lógica”, como lembra Atienza (2002, p. 77).

Viehweg aponta para uma indução (ser), e não para um *devenir*.

⁵⁸ Nada obstante a afirmação, destaco que não consigo, na leitura da *Topica y Jursiprudencia* de Viehweg, remeter a uma “apologia da tópica na contemporaneidade”. Antevendo a obra de Viehweg como uma tese descritiva, da qual retirei em comunhão com a obra de Berman (2000) a conclusão de que a cultura clássica jamais esteve divorciada da realidade das decisões judiciais. A tendência do iluminismo foi mascarar esse fato através de regras e leis omnicomprensivas e uma proliferação de códigos (codificação) que saiu dessa batalha como teoria vencida, nada obstante seus frutos serem ainda colhidos e sentidos pela comunidade jurídica contemporânea.

Mais modernamente, Mendonça (2003), em diálogos com decisões do Supremo Tribunal Federal, pôde comprovar que a tópica é utilizada como ferramenta de legitimação dos juízos. A Constituição é diminuída frente ao querer do intérprete, sempre condicionado por fatores determinantes (2003, p. 387-94).

Uma leitura pragmática sobre a utilização da tópica nos discursos judiciais do STF revela que o texto da lei é interpretado e reinterpretado segundo os ditames das “opiniões geralmente aceitas”. O processo de criação da norma de decisão é instantâneo, mas dirigido em todos os momentos pelo intérprete decidor.

Aliás, a tendência mais moderna, talvez buscando um escape das codificações detalhistas, é generalizar com termos lingüisticamente abertos, o que facilita esse manejo nos sentidos da lei. A Constituição é pródiga em termos indeterminados como, *v.g.*, urgência e relevância, requisitos que justificam a edição das Medidas Provisórias (Constituição Federal, artigo 59,V).

Ora, alguém poderia definir o conteúdo de urgência ou relevância ? Será que existem leis irrelevantes ? Autorizar que o Chefe do Executivo legisle, desde que atendidos esses requisitos, é o mesmo que dizer que o legislativo cria textos sem a devida relevância (?) (CONCEIÇÃO, 1999, p. 22).

Outro paradigma que atesta o uso desses conceitos juridicamente abertos é a Lei n.º 9.868/99, que disciplina o processo e julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIn) e da Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC). Esses institutos processuais foram postos à disposição do jurisdicionado, para que possa se defender dos abusos legislativos frente às garantias constitucionais.

O artigo 27 da referida norma reza:

Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

Como se pode verificar, por mais teratológica que venha a ser a inconstitucionalidade, e ainda que admitida pelo Supremo Tribunal Federal, a lei ou ato normativo controlado, poderá continuar válida, e produzindo seus perniciosos efeitos inconstitucionais; carece apenas do comando de 2/3 dos ministros do Supremo, os quais têm a serviço os *topoi* da “segurança jurídica” ou “do excepcional interesse social” para apresentar a decisão.

Termos como interesse público ou ordem social carregam um peso lingüístico bastante acentuado, a depender do alcance que o intérprete realiza no momento da concretização. A saída de utilizar textos abertos na confecção das normas para entregar aos juízes os casuísmos é tipicamente europeia, mas foi importada para o Brasil.

Como ressaltai, a realidade europeia é diferente da que se verifica aqui no Brasil. A desigualdade social, a falta de recursos públicos, a impossibilidade de exercício da cidadania são “detalhes” arredios a fórmulas dedutivas ou procedimentos que conduzam à justiça.

Aliás, está-se falando de casos oficiais, levados ao conhecimento do governo. Como se sabe, o Brasil é o país do inoficial, do jeitinho e das manobras escusas. Até mesmo as agências divulgadoras de dados são postas à prova e não podem ser confiáveis. Daí se

poder assegurar que a grande maioria dos cidadãos, normalmente pouco esclarecidos, sequer procuram o Governo; vivem submersos em uma sub-realidade, têm medo da oficialidade (ROSENN, 1998; FALCÃO, 1990).

Não levam seus problemas para o poder oficial (polícia ou judiciário) ou por falta de recursos na contratação de um advogado e pagamento de custas – já que as Defensorias Públicas e as Varas Assistências são desaparelhadas e prestam desserviço à sociedade – ou por represália do ciclo comunitário em que vivem. Resolvem suas pendengas pessoalmente, em um tipo de justiça privada que segue os padrões formais do ordenamento dos guetos (SOUSA JÚNIOR, 1990; FALCÃO, 1990).

Esse retrato, tipicamente brasileiro, de tantas diferenças, impede que se acredite em teorias procedimentais que conduzam à justiça, conceito tão vago quanto ambíguo. Tomo como exemplo, por andar em voga, a teoria de Alexy (2001).

Apesar de pretender a edificação de uma teoria que fundamente o direito – como inclusive anuncia no subtítulo da obra, Alexy admite que existem casos que não observam as regras empíricas nem mesmo as regras da metodologia jurídica:

[...] nesses casos deve-se concluir que quem decide tem de ser discreto, na medida em que o caso não seja completamente redigido por normas jurídicas, regras do método jurídico e doutrinas de dogmática jurídica. Então ele pode escolher entre várias soluções (2001, p. 19).

Entretanto, Alexy convencionou entender que esses casos seriam uma minoria, pelo menos na Alemanha. Os apontamentos que se devem fazer à teoria do procedimento argumentativo, a saber: vinculação moral e procedimento lógico-dedutivo, são precedidos por um obstáculo intransponível: o conceito de situação ideal de fala (2001, p. 25-36). Para entender a insustentabilidade prática da tese, nada melhor que o conceito de “situação ideal de

fala”. Consiste em achar que participantes do discurso devem estar em consenso. Seria o mesmo que a idéia perelmeniana de “auditório universal” (PERELMAN, OLBRECHTS-TYTECA, 2000, p. 238).

É óbvio que o valor dessa unanimidade depende do número e da qualidade dos que a manifestam, sendo o limite atingido, nessa área, pelo *acordo do auditório universal*. Trata-se evidentemente, nesse caso, não de um fato experimentalmente provado, mas de uma universalidade e de uma unanimidade que o orador imagina, do acordo de um auditório que deveria ser universal, pois aqueles que não participam dele podem, por razões legítimas, não ser levados em consideração (PERELMAN, OLBRECHTS-TYTECA 2002, p.35).

Para se efetivar o consenso que Alexy conclama, precisaria que se cristalizassem todos os participantes do discurso, como se fossem inexoravelmente idênticos⁵⁹; e pior, devem sempre construírem os mesmos argumentos, tudo em nome da racionalidade⁶⁰.

Evidentemente que tal situação nunca ocorre, nomeadamente em um país como o Brasil, caracterizado pelas diferenças sociais e culturais; acrescento as variantes econômicas típicas da periferia para se verificar que a teoria é ousada ou de aplicabilidade duvidosa.

O próprio Alexy, no posfácio de sua obra, esquivava-se das alegações dos censores tratando a questão do consenso como um modelo ideal. Assevera que “Uma garantia do consenso em todas as questões só pode ser aceita se a premissa empírica de que não existe

⁵⁹ Essa premissa inicial perpassa todo texto. Ao tratar das regras básicas do discurso prático geral, impõe a regra de que “(1.4) Diferentes oradores podem não usar a mesma expressão com diferentes significados”, como se pudesse ser possível manter-se uma identidade entre as perspectivas de dois ou mais oradores (ALEXY, 2001, p.187).

⁶⁰ Quando trata das regras da racionalidade, Alexy impõe como regra o direito de que qualquer pessoa que fale poderá participar do discurso (2001, p. 190), quando a realidade demonstra que nem sempre isso é possível. As regras instrumentais impedem uma abertura. Tomemos o exemplo do número de testemunhas a serem ouvidas em audiência de instrução e julgamento em um simples juizado especial, seguindo-se os ditames da Lei 9.099/95, o número de testemunhas encontra-se limitado a duas por parte, o que significa que por mais imprescindível que seja o assistente, há um claro impedimento formal.

nenhuma diferença antropológica entre as pessoas resistentes ao discurso for verdadeira” (2001, p.310), o que na prática é pouco provável.

Ao meu sentir, a idéia de consenso, condição ideal de fala ou igualdade entre as partes, é válida enquanto tese; longe da realidade desanimadora; aliás, o adágio da sinceridade entre os que discursam não é de somenos importância, mas é inegavelmente impossível submeter as pessoas ao esconjuro da verdade.

A argumentação procedimental enfrenta ainda dois obstáculos: (i) o problema da simbiose teórico-moral e (ii) a aposta no processo lógico-dedutivo. Começo pelo primeiro: um exemplo paradigmático dessa dependência da moral diz respeito às regras estabelecidas para o discurso prático racional do qual o direito faz parte⁶¹.

É que Alexy tem o cuidado de traçar quatro passos para a fundamentação das regras do discurso racional: (i) as regras do discurso são regras técnicas, conduzem necessariamente a algum fim; (ii) há a fundamentação empírica: as regras devem ser utilizadas efetivamente pela sociedade e isto deve ser comprovado; (iii) haveria uma fundamentação definidora que seria uma mescla dos passos anteriores; e (iv) mostrar que a validade de determinadas regras é a condição de possibilidade da comunicação lingüística (2001, p.182-5).

Edificar uma teoria na regra de que “(1.2) Todo orador apenas pode afirmar aquilo que crê” é, no mínimo, uma aposta audaciosa: as crenças pessoais habitam o “eu” de cada sujeito, sendo esta regra uma variável altamente prejudicada notadamente pelo grau de variabilidade e não-aferição em que se caracteriza (ALEXY, 2001, p. 187-9).

⁶¹ Dentro do discurso prático geral existem regras a serem observadas, como, p.ex: as regras básicas, as regras da racionalidade, regras para partilhar a carga da argumentação, as regras de justificação e as regras de transição (ALEXY, 2001, p. 179-200).

Com efeito, não há como dizer que essas regras têm validade universal. Entendo-as como proposições de um modelo ideal; um mero *devenir*, muito longe de ser utilizado no Brasil ou quiçá na Europa.

Por fim, a teoria procedimental depende do silogismo. Criam-se fórmulas lógicas com intuito de explicar a realidade da vida. Ora, além de redirecionar todas as críticas ao silogismo enquanto modelo de raciocínio à proposta de Alexy, pode-se acrescentar ainda que os enunciados procedimentais, geralmente apresentados como básicos e auto-evidentes, nem sempre são tão lógicos (KAUFMANN, 2003, p.95).

A realidade sócio-jurídica é arredia a fórmulas. Modelos analíticos fechados vendem a racionalidade como algo simples, o que definitivamente não é. Uma coisa é dizer que a força que atua sobre um corpo é o produto de massa e aceleração ($F = m \times a$), outra é criar-se abstrações dedutivas e desejar que todos os fatos sociais se subordinem a essa “verdade”.

Além de não acreditar em fórmulas que engendrem a realidade jurídica, esses padrões, normalmente pintados à luz da realidade européia, encontram mais um óbice à sua instalação na sociedade brasileira, a saber: a existência de um direito subdesenvolvido.

6

SOCIOLOGIA DO PODER JUDICIÁRIO: O SUPREMO COMO NEOMONARCA DOS SENTIDOS

6.1 LIMITES METODOLÓGICOS DA PESQUISA.

Neste capítulo a abordagem recairá sobre o caso prático: a decisão denegatória de intervenção federal requisitada pelo não cumprimento de ordem judicial, ou seja, por não liquidação de precatório inscrito com base em crédito transitado em julgado.

É fundamental, antes de adentrar na questão, apresentar os limites da pesquisa, já que não pretendo abordar o lado dogmático da intervenção. Por isso é que tive o cuidado de encaminhar o leitor para leituras de obras aqui catalogadas como secundárias. Não enfrentarei o antigo embate sobre sua natureza, o qual remontaria uma releitura dos conceitos sobre federalismo constitucional, de inegável valor histórico, mas, sem pertinência direta com esta dissertação (PINTO FILHO, 2002, p.215-35; HORTA, 2002, p.361-448; 449-63; 465-515).

Objetivo uma análise mais detida no discurso do Supremo Tribunal Federal que denegou o pedido de intervenção requerido por não quitação de precatório. Buscarei um distanciamento estratégico em relação ao posicionamento da corte constitucional, esquivando-

me de asseverar juízos de valor, sobre se foi correta ou incorreta a denegação, como comumente ocorre nas teses dogmáticas.

Todavia, esquecem os dogmáticos que, em ciências sociais, a dificuldade de estudo de uma decisão judicial decorre de sua formação retórica. É por isso que apontar o certo ou o errado passa a ser mero psicologismo, pois a decisão judicial está submetida a grande instabilidade investigativa e não comporta juízos de valor. Encaro a decisão muito mais como uma convicção subjetiva, que uma objetividade científica, do que decorre a impossibilidade de experimentação (POPPER, 2003, p.46-7).

Portanto, apesar de alguns aceitarem os enunciados legais, como sendo dados colhidos da experiência objetiva - a idéia que não defendo, embora reconheça que essa impressão seja o que é propagado pela doutrina positiva majoritária - a decisão, enquanto sentimento de convicção, “[...] jamais pode justificar um enunciado científico” (POPPER, 2003, p.48).

Reconheço os limites das classificações teóricas, mas não deixo de fazê-las por entender conveniente. Assim, consigo resumir o problema do direito em duas vias: a primeira diz respeito a aceitar que os textos legais possuem ambigüidade semântica (retóricos); e a segunda, considera-os dados objetivos, aplicados conforme regras instrumentais (AARNIO, 1991, p.21-31).

Aarnio entende que a ambigüidade semântica das proposições normativas é uma das causas da impossibilidade de se ter uma única resposta correta para cada problema judicial. Ocorre que, não obstante se tentar impor um limite ético à interpretação, através da obediência aos cânones exegéticos, à autoridade das fontes jurídicas materiais içadas da

prática jurídica ou aos enunciados procedimentais, a verdade é que o ordenamento jurídico é composto por instrumentais retóricos que ganham incidência após processo de concretização (1991, p.21-4).

Concebendo assim o problema do direito, chega-se à conclusão de que as decisões judiciais ganham roupagem tão retórica quanto as leis interpretadas, ostentando a característica de produto da subjetividade humana.

La interpretación de una novela y la interpretación jurídica se aproximan por el hecho de que ambas incluyen la reacción del lector ante un mensaje escrito. Desde este punto de vista, la interpretación está, en ambos casos 'esencialmente centrada en el lector' (AARNIO, 1991, p.26).

Por outro lado, a tese do positivismo de que os enunciados prescritivos são dados capturados da realidade objetiva, e que a decisão é um produto da subsunção lógica desses enunciados a casos específicos, não deve prosperar. A decisão, como exaustivamente demonstrei, é uma convicção subjetiva do julgador. O juiz, frente ao caso concreto, primeiramente decide, depois justifica.

Se é assim (tomada de decisão – apresentação), pode-se dizer com altivez que as experiências subjetivas não servem para justificar o enunciado. A convicção pessoal do intérprete colhe apenas o sentido possível (aquele que lhe interessa) do texto legal. Via consequência, a subsunção lógica é incapaz de verdadeiramente criar juízos, quando muito, é forma de apresentação do juízo estabelecido subjetivamente.

Ao exigir objetividade para os enunciados básicos, assim como para outros enunciados científicos, afastamos quaisquer meios lógicos por via dos quais poderíamos esperar reduzir a verdade dos enunciados científicos a experiência pessoais (POPPER, 2003, p.49).

Por tudo isso é que me esquivarei de embates sobre se a decisão denegatória de intervenção federal foi ou não correta, ou ainda, justa ou injusta. É que tenho como certo que a decisão é um produto da consciência pessoal do julgador (vontade) que resta submetida a várias intempéries. Sua característica de contingencialidade me permite apenas investigar o que existe no mundo fenomênico, no caso, o discurso oficial.

Após rápida incursão dogmática e a análise do discurso vencedor de Gilmar Mendes, no pleno do Supremo Tribunal Federal (acompanhado pelos demais Ministros, à exceção do então presidente Ministro Marco Aurélio), onde técnicas retóricas foram utilizadas para fins persuasivos, chega-se à conclusão de que a homilia ornada causa apenas sensação de aplicação de justiça, mas jamais a concretiza.

Logo, a crise de autoridade do poder judiciário apóia-se nesse fato, como anotou Lima:

Decisões não cumpridas levam o juiz ao descrédito, ao desprestígio social e político. Qualquer prefeito do município mais longínquo e miserável fica à vontade para descumprir a decisão de um respeitável ministro de Tribunal Superior (2000, p.268).

6.2 JUSTIÇA BRASILEIRA: O PROBLEMA DO FORMALISMO COMO PROBLEMA DO DIREITO.

Após se admitir que as decisões judiciais são posicionamentos ideológicos, fruto da vontade do julgador submetido, não raramente, a contextos de trocas políticas (BAHIA, 2003), como é o caso da Corte Constitucional brasileira, cuja formação depende de nomeação do executivo, o fenômeno da descrença no judiciário passa quase a ser uma obviedade; uma consequência evidente da soma de tantos fatores que a sugerem.

Adicione-se a esse quadro o formalismo e a carestia que repudiam a busca pelo judiciário. No que diz respeito às excessivas formalidades, o problema encontra raízes desde a formação do jovem estudante, levado sempre a questionamentos sobre a norma legal. Formalidades que fazem crer que o direito seja uma *jurisciência*, causa de imbróglios, como detecta Rosenn:

Gerações de estudantes de direito brasileiros foram ensinados que o direito é ciência, e que a tarefa da ciência do direito é analisar e elaborar princípios que podem ser abstraídos através de um estudo pormenorizado da legislação positiva, para então criar uma estrutura harmoniosa, um sistema coerente. Os componentes desse sistema, acredite-se, são puramente jurídicos, um conjunto de verdades descobertas, relacionadas entre si por uma rigorosa lógica dedutiva. (1998, p.63)

Essa crença tem efeitos bombásticos. É que o princípio da legalidade não oferece todas as respostas ao estudioso do direito. A busca por verdades muitas vezes frustra o magistrado, simplesmente por não existirem em sua forma ontológica. Daí que, diante de um caso complexo, levado pelo ideal tradicional de legalidade, ocorre de o jurista preferir rechaçar a resolver a demanda, invocando normas instrumentais ou complicando o processo.

O efeito mais diretamente ligado à excessiva burocracia é a morosidade que, como diagnostica Pinheiro, “[...] precisa ser combatida urgentemente, com medidas eficazes e permanentes”; todos os movimentos – entre vários, o “mutirão”, de nada têm adiantado. (1997, p.57).

Os procedimentos sumaríssimos, se aplicados corretamente, seriam instrumentos capazes de entregar agilmente justiça aos jurisdicionados. Normas processuais que emprestam efeito imediato às decisões judiciais, sem os infundáveis suspensivos recursais, também poderiam tornar instantânea a prestação jurisdicional. O uso adequado de institutos como a medida cautelar, liminares e a antecipação dos efeitos da tutela também seriam.

Com relação ao precário sistema recursal brasileiro, tem-se mais um fomentador da demora; apelações procrastinatórias são admitidas a debalde, sem que haja nenhum ato processual que impeça os abusos, nada obstante o Código de Processo Civil prever aplicação de multas e condenação em litigância de má-fé⁶².

Atualmente são admitidos, pelo menos, onze⁶³ tipos independentes de recursos; isso sem falar nos Embargos Declaratórios que podem ser interpostos contra qualquer sentença, mesmo aquelas oriundas de um outro recurso ou mesmo de anterior Declaratório. Além de interromper o prazo recursal, por não imperar para o magistrado a regra do artigo 537 do Código de Processo Civil, os Embargos de Declaração causam efeito letárgico bastante alargado.

Não sem razão, afirma-se que o Brasil é o país do réu, do devedor inadimplente. O prejudicado tem o sentimento de que procurar a justiça é eternizar o sofrimento, pois as indenizações, p.ex., que são fixadas – ou melhor, quando são fixadas-, representam valores pequenos quando comparados ao dano sofrido.

Executá-los é outro passo extremante árduo.

Todos aqueles recursos acima citados podem ser novamente manejados em sede de Embargos à Execução. Os Embargos à Alienação ou Adjudicação, conforme se desenrole o ato expropriatório, também impedem a efetividade processual, nada obstante a

⁶² CPC, art.16 – Responde por perdas e danos aquele que pleitear de má-fé como autor, réu ou interveniente. CPC, art.17 – Reputa-se litigante de má-fé aquele que: V – proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo, VI – provocar incidentes manifestamente infundados, VII – interpuser recurso com intuito manifestamente protelatório. CPC, art.18 – O juiz ou tribunal, de ofício ou a requerimento, condenará o litigante de má-fé a pagar multa não excedente a 1% (um por cento) sobre o valor da causa e a indenizar a parte contrária, dos prejuízos que esta sofre, mais os honorários advocatícios e todas as despesas que efetuou.

⁶³ Contabilizei: apelação, agravo de instrumento, agravo retido, agravo regimental, agravo simples ou “agravinho”, embargos infringentes, ação rescisória, recurso ordinário, extraordinário e especial.

execução se embasar em título judicial, reabrindo a possibilidade de utilização de todo *menu* recursal.

O Brasil tem sido caracterizado como o paraíso do réu, por causa da histórica tendência dos juízes brasileiros de conceberem aos autores, em seus julgados, pequenas quantias a título de perdas e danos e pelas inúmeras oportunidades para adiar o efetivo pagamento a que foi condenado (ROSENN, 1998, p.93).

É evidente que as nações de modo geral devem se preocupar com a burocracia e com o formalismo, mas a brasileira é extremada - para não dizer opressiva - como destaca Rosenn no seguinte exemplo:

[...] até 1980, para assegurar a eficácia jurídica de uma procuração outorgada nos Estados Unidos, com objetivo de promover uma transferência de um imóvel no Brasil, era necessário:

- (1) assinatura perante um tabelião nos Estados Unidos;
- (2) autenticação da assinatura do tabelião junto ao escrivão do foro local;
- (3) autenticação da assinatura do escrivão junto ao cônsul brasileiro nos Estados Unidos;
- (4) autenticação da assinatura do cônsul brasileiro junto ao Itamaraty;
- (5) tradução da procuração para o português, feita por tradutor juramentado;
- (6) registro da procuração no Registro de Títulos e Documentos; e
- (7) registro da procuração no Registro de Imóveis (1998, p.59).

A morosidade não é apenas conseqüência do formalismo, como também da falta de juízes, nomeadamente na primeira instância, que anda abarrotada de ações. Frequentemente se encontram varas com mais de 6000 processos, além de uma demanda mensal superior a 150.

A falta de aparelhamento, subproblema da morosidade, ocorre pelo número acanhado de cartórios, juízes e serventuários, sem falar nas péssimas instalações, na má distribuição de recursos, a não participação dos tribunais no planejamento orçamentário, bem como na remuneração insuficiente dos magistrados e dos serventuários (PINHEIRO, 1997, p.75).

Além do mais, as taxas judiciárias são altas e a utilização do serviço advocatício também é dispendioso. Existem varas de assistência aos necessitados bem como a Defensoria Pública, mas, além do preconceito em relação à utilização desses serviços, a verdade é que elas se encontram ainda em fase de implementação e a ausência de pessoal e de estrutura dificulta a efetivação dessas medidas. Se o número de juizes é pequeno, o das varas assistenciais e dos defensores públicos é ínfimo.

A contratação de um advogado “privado” termina sendo condição necessária para o ingresso na justiça. A prática revela que os contratos de honorários contemplam, por expressa autorização da Lei 8.906/94 – Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil –, percentual de até vinte por cento do sucesso da demanda; cobra-se para confecção de petições iniciais, sem falar nos honorários sucumbenciais fixados na sentença (ROSENN, 1998, p.94).

O que em termos de teoria do direito pode ser analisado é que a crença no formalismo causa efeitos devastadores. O crescimento do sentimento positivista fez erigir, no ordenamento jurídico, a confiança em sistemas unívocos, capazes de resolver tudo. Enunciados, códigos processuais e uma estrutura teoricamente perfeita foram criados, mas a realidade da vida é outra.

O entusiasmo com a forma fez desaparecer o conteúdo, como se o direito fosse uma esfera oca, recrudescida pelos limites protocolares. Permito-me não opinar sobre esses modelos; primeiro pela isenção de sentimentos éticos que busquei fixar, tal como avisei desde a introdução, e, segundo, bem mais importante, porque não acredito que tenhamos conhecido um modelo hermético na prática; experimentamos, sim, modelos pouco acabados de um procedimentalismo fracassado.

A esfera oca jamais funcionou como deveria, ou seja, na produção de decisões – senão justas, ao menos imparciais. A pirâmide de Kelsen não passou de simbologia, por vezes perjurada por pseudo-leitores. O positivismo terminou sendo o sistema ideal para esconder as idiosincrasias pessoais dos poderosos, longe de sua teleologia principal, a saber: a imparcialidade.

O sistema jurídico auto-referente, exatamente para oferecer possibilidade de funcionamento ao modelo positivista, absorveu as pressões do meio, posto que era constituído de regras e homens. As regras são instrumentais perfeitos tecnicamente, ao revés dos homens, criaturas de moral transitória.

Não sem razão, Luhmann (1980, p.119-25) ignora a presença do homem ou sequer entende-o como participante do sistema social, interessando-se pelas regras sistêmicas. Empresta ao direito o papel de garantidor de expectativas. Descarta a possibilidade do homem interferir no sistema, o que não deixa de ser idealmente admirável, ao mesmo tempo que impossível.

O resultado dessa experiência foi o preenchimento do conteúdo da esfera, agora não apenas por regras morais, mas por ideais políticos, econômicos e elementos estranhos ao direito.

Resultado final: as paredes do formalismo tendem a se romper, uma vez que não conseguem mais abarcar tantas diferenças e subsistemas que vão se criando infinitamente; isso faz pensar que a saída é a individualização de decisões para cada caso, o que por sua vez mexe com a já baqueada credibilidade do Judiciário.

Mas o que de fato interessa, exatamente por ser o mais impressionante de todos os fatos, é os poderes instituídos não respeitarem as decisões exaradas do judiciário; daí que a entropia anunciada se mostra como realidade próxima. Aliás, nem mesmo o judiciário se respeita, posto que não faz cumprir suas decisões de forma coercitiva.

Não é à toa que se tenta amenizar a funesta realidade, assumindo-se o caráter retórico do direito, com o resgate de conceitos clássicos, os quais, na realidade, sempre estiveram presentes na cultura ocidental (BERMANN, 2000, p.15).

Assim, as teorias discursivas pós-modernas têm dado especial atenção à experiência iluminista, considerando-a como modelo teórico ideal. Busca-se, hoje em dia, unir-se o procedimento à discussão contudista, o primeiro pela imparcialidade e o segundo pela preocupação com ideais de justiça geral e comutativa que logram o *welfare state*.

6.3 PEDIDO DE INTERVENÇÃO FEDERAL POR NÃO CUMPRIMENTO DE ORDEM OU DECISÃO JUDICIAL.

A Intervenção é um instituto pertencente genuinamente à dogmática constitucional, não simplesmente por ser tratado em tópico específico pela Constituição Federal (art. 34 *usque* 36), todavia porque está ligado aos conceitos de autonomia e soberania nacional. Aliás, é uma exceção à regra da autonomia; pode ser visto como mecanismo de correção ofertado ao ente superior que deve aplicá-lo em casos específicos tratados pelo texto Constitucional.

Com isso, apesar de pertencer ao direito constitucional, envolve questões de teoria do estado e ciências políticas, fato que faz os doutrinadores preferirem catalogá-lo como instituto político, como é o caso de Silva, que afirma: a intervenção “[...] é ato político

que consiste na incursão da entidade interventora nos negócios da entidade que a suporta” (2003, p.482).

É uma criação norte-americana, mais precisamente da Suprema Corte, já que o texto fundamental daquele país não usou o termo intervenção diretamente. Coube a Roger B. Taney, chefe de justiça, estabelecer, a partir do caso *Luther x Borden*, a doutrina das questões políticas, segundo a qual “[...] incumbia os poderes populares, Executivo e Legislativo, resolver determinados problemas constitucionais” (PINTO FILHO, 2002, p.219).

A histórica decisão da Suprema Corte tinha amparo constitucional; é que a Constituição Norte-Americana (1797) garante à União a proteção da soberania em face dos Estados-membros, contra invasões e manutenção da ordem interna.

Artigo IV, Seção 4
Os Estados Unidos garantirão a todos os estados desta união uma forma republicana de governo, e os protegerão contra invasões estrangeiras; sob requerimento do Legislativo, ou do Executivo (quando o Legislativo não puder se reunir) contra perturbações internas⁶⁴.

Devido à influência americana, sobretudo após o imperialismo, é incorporada à Constituição de 1891 (1.^a da República) a Cláusula de Garantia. Ocorre que a tradição brasileira importou o instituto da intervenção de forma diferente, deixou claro que seria uma medida excepcional⁶⁵.

Durante a República Velha e o Governo Vargas, foi medida largamente utilizada em clara supressão de poder, desviando-se das previsões constitucionais.

⁶⁴ Traduzi a partir de ‘United States of America Constitution. Article IV, Section 4: “The United States shall guarantee to every State in this Union a Republic Form of Government, and shall protect each of them against Invasion; and on Application of the Legislature, or the Executive (when the Legislature cannot be convened) against Violence.”

⁶⁵ Constituição de 1891: “Art.6.º - O Governo Federal não poderá intervir em negócios peculiares aos Estados, salvo: 1.º - Para repelir invasão estrangeira, ou de um Estado em outro; 2.º Para manter a forma republicana federativa; 3.º - Para restabelecer a ordem e a tranqüilidade nos Estados, à requisição dos respectivos governos, 4.º - Para assegurar a execução das leis e sentenças federais” (Redação depois alterada pela Emenda Constitucional de 03 de setembro de 1926, ampliando substancialmente o comando no artigo referido).

Caracterizou-se como medida de mandonismo do poder central em face dos estados (PINTO FILHO, 2002, p.216).

Em 1937, o regime ditatorial fica claro na Constituição. A redação do artigo 9.º, que tratava da organização nacional, passa a ser “intervirá”, como se o instituto tivesse sido elevado à categoria de regra e não como exceção, como vinha sendo tratado.

Na Constituição de 46, devolve-se o “não intervir”. Fica evidenciado que o a intervenção era uma prática do regime; em algumas vezes era utilizada, em outros momentos era evitada.

Em 64, tal como sucedera em 1934, a história federalista constitucional deixa de evoluir, devido às constantes intromissões do Executivo no processo social. Medidas extremas desafiavam o bom senso, o que terminou com divergências políticas que se resolviam com a utilização da Intervenção⁶⁶.

A Emenda Constitucional n.º 1 de 1969, que alterou o texto de 1967, foi sucedida pelo polêmico Ato Institucional n.º 05 (AI-5) em cujo no seu bojo pode-se verificar a permissão para que o Chefe do Poder Executivo interviesse em Estados-membros e mesmo em municípios sem qualquer limitação (PINTO FILHO, 2002, p. 301-2).

AI – 5.º

.....
O Presidente da República, no interesse nacional, poderá decretar a Intervenção nos Estados e Municípios, sem as limitações previstas a Constituição. Parágrafo único: os interventores nos Estados e Municípios serão nomeados pelo Presidente da República e exercerão todas as funções e atribuições que caibam, respectivamente, aos Governadores ou Prefeitos, e gozarão das prerrogativas, vencimentos e vantagens ficados em lei

⁶⁶ Foi o que ocorreu com o Estado de Alagoas, que em 1966 sofreu intervenção, desta vez editada pelo General Castelo Branco (Decreto n.º 57.623 de 13 de janeiro de 1966).

Na Constituição de 1988, os tempos são mais calmos. Não que não surjam motivos para intervenção, mas a ponderação na aplicação do princípio ocorre com mais frequência, talvez pelos traumas ainda recentes.

A primeira grande discussão a que está submetido o tema é sobre a taxatividade do artigo 34. O texto constitucional é claro ao estabelecer *numerus clausus* os casos em que se admite a medida excepcional. Os incisos de I a VIII do artigo em comento enumeram situações em que se exige a intervenção federal nos Estados e no Distrito Federal. O Supremo Tribunal Federal tem orientado que a interpretação do artigo 34 deve ser restritiva, cabendo ao aplicador apenas identificar, entre as hipóteses oferecidas, aquela que se encaixe na realidade.

[...] o tratamento restritivo, constitucionalmente dispensado ao mecanismo da intervenção federal, impõe que não se apliquem as hipóteses de sua incidência, cabendo ao intérprete identificar, no rol exaustivo do art.34 da Carta Política, os casos únicos que legitimam, em nosso sistema jurídico, a decretação da intervenção federal nos Estados-membros (BRASIL IF 591-9/BA).

Devendo-se ater a uma interpretação restritiva, os incisos do artigo 34 são remédios de pronto atendimento e devem ser aplicados para correção do fato ilegal. A restrição tanto deve impossibilitar arbitrariedades, evitando que se criem situações não albergadas pelo Texto Maior, como deve impedir que argumentos descontextualizados do artigo 34 sejam utilizados para evitar a medida excepcional.

Moraes apresenta 02 (dois) grupos em que se podem classificar os tipos de intervenção: 1. espontânea e 2. provocada. A espontânea é aquele caso em que o Chefe do Poder Executivo, com vistas à proteção da integridade nacional, para repelir invasões estrangeiras pôr termo a grave comprometimento da ordem pública ou organizar as finanças

(artigo 34, incisos I, II, III e V da Constituição Federal), decreta a medida última *ad referendum* do Congresso Nacional (2003, p.308-9).

O segundo tipo é a intervenção provocada. O Chefe do Poder Executivo, por ter competência privativa para decretação da medida, é compelido a editar o decreto interventivo (Constituição Federal, artigo 34, IV, VI, VII e VIII).

Nada obstante a importância do primeiro tipo (espontânea), por não ser objeto desta dissertação, deixo de adentrar nas espécies. Trato dos pedidos vinculados, cujas situações estão estipuladas nos incisos IV, VI, VII e VIII da Constituição Federal.

Ainda utilizando a classificação bastante metódica de Moraes, a provocada pode ser dividida em dois grandes subgrupos: (i) aquelas que visam à defesa dos poderes executivo e legislativo locais (provocada por solicitação), que igualmente não são objeto de análise, e (ii) aquelas provocadas por requisição, cumprindo ao Tribunal, após o devido processo legal, decidir pela intervenção (2003, p.308-9).

O objeto desta dissertação são as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em sede de Pedidos de Intervenção formulados com base na desobediência de ordem (Inciso VI, artigo 34 da Constituição Federal de 1988).

Não irei adentrar na seara da dogmática propriamente dita, visto que minha intenção não é o procedimento ou processamento da Intervenção, mas as estratégias retóricas utilizadas pelo STF no discurso que denegou o pedido formulado com base no descumprimento de ordem.

O processo desse tipo de pedido de intervenção federal, especificamente os créditos não quitados, é normalmente formulado após demorada cognição, em que o jurisdicionado tem reconhecido seu direito de crédito por decisão irrecurável.

O ente federado sofre execução nos termos do artigo 730 e ss do Código de Processo Civil, vendo a inscrição em precatório judicial que se processa até o dia 1.º de junho de cada ano, para pagamento no exercício subsequente (LIMA, 2000, p. 265).

O caso que trato diz respeito à contingência de que, não obstante a obediência ao procedimento acima formulado, e se ter inscrito precatório, normalmente ocorre de os jurisdicionados não receberem a quantia devida. O calote dos Estados justifica o pleito de medida última por descumprimento de ordem.

Lima, a respeito da não quitação dos precatórios, noticia que, para evitar a crise de autoridade do poder judiciário, o Tribunal Superior do Trabalho (TST) viu-se obrigado a baixar a IN n.º 11 de 10 de abril de 1997 que ratifica a obediência às ordens judiciais:

[...] a IN 11/97 tinha uma importância fundamental, até mesmo sob a ótica político-institucional, na medida em que impedia o desrespeito às decisões judiciais. Social e processualmente, vinha assegurar ao jurisdicionado vencedor na demanda o recebimento de seu crédito, coibindo a rolagem ilegal da dívida pública. Institucionalmente, garantia o cumprimento e a eficácia da decisão do judiciário (LIMA, 2000, p.268).

Apesar das preocupações dos tribunais com a coisa julgada, o Supremo preferiu declarar a inconstitucionalidade da Instrução Normativa n.º 11/1997 que garantia a efetividade no pagamento do precatório⁶⁷. Dispensável articular qualquer argumento que

⁶⁷ Em igual monta, o RE n.º 190.519/SP sob relatoria do Ministro Francisco Rezek. Levado ao Supremo a indagação sobre a dispensa de precatório, dando interpretação ao comando do artigo 100 da Constituição Federal de 1988 que determinaria que os créditos de natureza alimentícia não precisariam ingressar em regime precatório, o Supremo Tribunal Federal (STF) entendeu pela maneira diversa, ou seja, pela necessidade de precatório, mesmo em créditos de natureza alimentícia (BRASIL ... RE 190.519/SP).

comprove a necessidade de respeito às instituições e às leis; para uma democracia se concretizar, inicialmente se deve ter em mira a Constituição, que obriga o cumprimento das decisões transitadas em julgado.

Os posicionamentos do Supremo, seja como corte constitucional, seja como última instância judiciária, são acompanhados de sentimentos ideológicos e clientelísticos, ocultados por regras instrumentais e modelos estéticos validados por técnica retórica.

O Judiciário, sobretudo nesta pós-modernidade, tem assumido papel importante como casa de solução de conflitos. A sociedade, cada vez mais complexa, anda precisando de respostas rápidas e concretas. Em nível constitucional, o revide à realidade plural e hipercomplexa foi dado pela Constituição de 1988 ao estampar normas programáticas e conceitos plasticamente abertos; contudo, foi ignorado que as instituições brasileiras, entre as quais incluo o STF, ainda estão presas à tradição. Edificaram um conceito de democracia bem peculiar aos aconchegos políticos.

Na observação de Souza, a Constituição Federal de 1988 embarcou na seara do constitucionalismo axiológico sem a devida adequação, para começar “[...] entregou essas delicadas juspolíticas, que exigem um Tribunal Constitucional, aos órgãos judiciários, ou essenciais às suas atividades, vale dizer, a Tribunais, a Juizes e ao Ministério Público” (2002, p.137).

Como produto dessa realidade, houve a jurisdicização da política e a politicização do judiciário; de forma desordenada e com prejuízos à ordem social e ao próprio Poder Judiciário (SOUZA, 2002, p. 140).

A experiência européia, na valorização do conceito de Estado Democrático de Direito, experimentado no constitucionalismo alemão, serve para que se detecte a diversidade entre o papel do Tribunal Constitucional e aquele desempenhado pelo Supremo Tribunal Federal. O STF abraçou essa função. De forma impositiva, terminou aceitando tarefa para a qual não foi constituído.

[...] o Poder Judiciário experimentou uma enorme valorização no decorrer do estabelecimento do Estado de Direito e da Democracia. Tornou-se – em oposição exata a Montesqueau – um autêntico poder de Estado, nomeadamente na jurisdição constitucional, que, no Brasil, contrariamente à maioria dos países europeus, não é tarefa de um tribunal constitucional autonomizado, mas do Supremo Tribunal Federal – uma construção que foi muito bem refletida e com razão não escolhida na Alemanha (STERN, 2003, p.510).

Com efeito, em nome dessa prudência pseudo-democrática, o judiciário tem preferido não decidir (não-decisão), o que de toda sorte é altamente prejudicial devido ao compromisso de *non-liquet*. Tem preferido “deixar as coisas como estão” a ter que se posicionar contrário ao governo, a exemplo do próprio pedido de Intervenção Federal, que como disse Pinto Filho, “[...] tem se demonstrado, na re-inauguração democrática, um atavio sem qualquer serventia” (2002, p.419).

É por isso que não é exagero anunciar a entropia, ou seja, a autodesintegração do sistema judiciário.

Enquanto o Supremo Tribunal Federal denega pleitos de intervenção que visam obter desse tribunal uma medida coercitiva a ser imposta contra agentes políticos que ignoram decisões emanadas do judiciário, está, a corte constitucional, fomentando a crise de credibilidade. Qual cidadão vai acreditar na concretização das normas constitucionais contra as autoridades públicas, se o poder responsável pela coerção se acovarda quando suas decisões são flagrantemente desrespeitadas ?

Postergar algumas intervenções [dentre as quais destaco as requeridas por descumprimento de ordem/decisão judicial], como temos presenciado, pode até ter uma explicação ao nível de teoria política, mas não convence, e mais, causa descrença no cidadão brasileiro que ainda acredita que quando uma autoridade descumpra a Constituição, haverá uma outra, superior e mais justa, que poderá resguardar-lhe a cidadania (PINTO FILHO, 2002, p.419).

Para manutenção do Judiciário e do federalismo constitucional, há ocasiões em que a tolerância e a política de boa convivência devem ser ignoradas, visto que soam mais como demagogia que atitudes democráticas.

6.4 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E O SUBSISTEMA DAS BOAS RELAÇÕES.

Para enfrentar o problema da legitimidade, as teorias tradicionais apostaram do divino ao racional, e mesmo na concepção de soberania popular. Elementos externos ao sistema social eram freqüentemente remetidos para justificar decisões, introduzindo-se, assim, a idéia de obediência à legalidade, que funcionaria, segundo dicção de Adeodato, “[...] para justificar a dominação política e a necessidade de legitimação” (2002a, p.59).

Dentre as teorias modernas, o procedimentalismo de Kelsen é uma das primeiras tendências à auto-referência. Nesta, o problema da legitimidade se achava resolvido dentro do sistema social mesmo. A questão da legitimidade seria encerrada quando uma norma de decisão fosse apoiada em outra de hierarquia imediatamente superior. A pirâmide tornou-se o símbolo dessa corrente, sendo aquilo que Kelsen denominou de *Grundnorm* uma norma fundamental.

A neutralidade axiológica que a teoria de Kelsen procurou estabelecer foi abandonada pelo realismo. Ao tratar do assunto, Adeodato lembra que Karl Deutsch “[...] procura suavizar o rigor da equiparação legitimidade e efetividade, [...] através da admissão

de um mínimo de conteúdo ético e de adesão como indispensáveis para obtenção de uma legitimação estável” (2002, p.61).

Dentro da concepção positivista, pouco a pouco, as decisões políticas deixam de ser justificadas por hierarquia. O poder fundamental já se apresenta como parte da estrutura social, assumindo a posição de núcleo; cumprindo o papel de reunir todas as outras camadas sociais. A estrutura de cebola, assim proposta por Arendt, torna-se o símbolo do totalitarismo, superando a pirâmide kelseniana.

Em contraposição tanto aos regimes tirânicos como aos autoritários, a imagem mais adequada de governo e organização totalitários parece-me ser a estrutura da cebola, em cujo centro, em uma espécie de espaço vazio, localiza-se o líder; o que quer que ele faça – integre ele o organismo político como em uma hierarquia autoritária, ou oprima seus súditos como um tirano – ele, o faz de dentro, e não de fora ou de cima (ARENDR, 2003a, p.136)

.....
A estrutura de cebola torna o sistema organizadamente à prova de choque contra a fatalidade do mundo real (ARENDR, 2003a, p.137).

Ao lado da teoria de Arendt – que, diga-se de passagem, não se atém ao problema filosófico, mas político, da legitimidade – nasce a tese de Luhmann. Essa teoria parte de uma concepção sistêmica da sociedade, não se preocupando com a existência do homem; ao contrário, homem/sociedade seria um problema a se resolver.

Nesse cenário, o direito funcionaria como estrutura garantidora das expectativas, como leciona Ferraz Júnior:

O direito é visto, então, como uma estrutura que define os limites e as interações da sociedade. Como estrutura, ele é indispensável por possibilitar uma estabilização de expectativas nas interações. Ele funciona como um mecanismo que neutraliza a contingência das ações individuais, permitindo que cada ser humano possa esperar, com um mínimo de garantia, o comportamento do outro e vice-versa (1980, p.1).

Luhmann (1980) procura diminuir a complexidade do mundo, concebendo a sociedade como um sistema social, em que outros sistemas coexistiriam: sistema político,

sistema econômico, moral, ético e religioso. Cada sistema seria composto por regras procedimentais com objetivo de resolver problemas.

A solução dos litígios estaria na obediência rigorosa ao procedimento capaz de gerar uma norma de decisão final, legítima por ter sido edificada a partir de um procedimento pré-estabelecido (FERRAZ JÚNIOR, 1980, p.3).

A teoria de Luhmann não consiste em chegar a “[...] consenso entre as partes, mas em tornar inevitáveis as prováveis decepções difusas; apesar de descontentes, as partes aceitam a decisão” (FERRAZ JÚNIOR, 1980, p.4). Esta seria a função do procedimento, que em certa medida tenderia a buscar, dentro de seus limites, as normas basilares para solução dos conflitos.

Assim, o ideal teórico para funcionamento do sistema jurídico é sua auto-referência ou *autopoiese*; quer dizer: o sistema jurídico não deve receber influência de outro sistema, para que seu funcionamento seja ideal. A relação é indireta: mais influência, menos funcionamento ideal do jurídico; quanto menos influência, maior (e melhor) funcionamento estrutural.

Evidentemente que a influência está condicionada à diferenciação social. Em países periféricos, o direito está intimamente ligado ao sistema político, econômico, religioso, moral; o que sob a perspectiva da teoria de Luhmann estaria longe do modelo ideal.

Consiste em dizer que, em países periféricos, o ideal autopoietico está mais longe de ser alcançado. A realidade da *alios* e não da *autos poiese* serve para entender por que

o direito serve a uma determinada classe em detrimento de outra. A lógica da preferência é a experiência do *modus* como isto sucede.

A religião, a moral, a política e a economia, além dos elementos essencialmente não-dogmáticos, são artefatos que dominam o discurso judicial. A tópica é uma técnica capaz de camuflar essas realidades em prol de um pseudo-racionalismo (SOUSA SANTOS, 1988, p.23-5).

Como exemplo dessa referência extra-sistêmica (ou *alopoiese*): o *modus operandi* para formação do Supremo Tribunal Federal, corte constitucional brasileira. Esse é um exemplo em que o sistema das boas relações exerce grande influência no sistema jurídico.

Veja a composição do Supremo:

CF/88, art. 101 – O Supremo Tribunal Federal compõe-se de onze Ministros, escolhidos dentre cidadãos com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos de idade, de notável saber jurídico e reputação ilibada.

Parágrafo único. Os Ministros do Supremo Tribunal Federal serão nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal.

O texto não estabeleceu critérios objetivos para nomeação: nenhum aspecto meritório, já que idade, reputação ilibada e notável saber jurídico são meros *topoi* permitidos pelo Texto Constitucional, cuja finalidade é esconder decisões subjetivas do chefe do poder executivo na escolha dos seus interessados.

A afinidade por uma determinada pessoa poderá ser suficiente para nomeação como ministro do Supremo Tribunal Federal, já que a Constituição não exige formação técnico-profissional, mas apenas notável saber jurídico. O perfil do operador da corte

constitucional pode ser decidido por preferências ou simpatias políticas do Presidente da República.

Ora, claro que sem essa informação um cientista não poderia entender muitos dos posicionamentos do Supremo, principalmente a denegatória de intervenção federal; sem falar que o modelo de formação desse tribunal lhe retira autonomia. Se é assim na cúpula, não é diferente em algumas instâncias inaugurais, onde as causas que envolvem interesses do governo são conduzidas para receberem decisão em favor do estado, como se colhe do seguinte depoimento de um magistrado:

[...] não se pode desconhecer que, pelos exemplos tirados do dia-a-dia, até mesmo das altas cortes, sempre quando pender de decisão uma causa envolvendo grandes interesses do Estado, principalmente aqueles de repercussão política ou econômica, a balança do Judiciário não se incline mais para um lado, embora fazendo-se, todavia, acompanhar de justificativas sedutoras (PATÚ JÚNIOR, 1996, p.281)⁶⁸

Voltando à questão do modelo de formação do Supremo Tribunal Federal, é de se dizer que a dependência do executivo na sua escalação é uma das tradições mais perniciosas contidas no ordenamento constitucional. Fala-se amplamente em independência dos magistrados, mas ainda não houve uma preocupação efetiva com essa situação; vive-se ainda sob o império das ditaduras militares e das regras procedimentais dos partidos políticos (ZAFFARONI, 1995, p.27).

O judiciário, ao revés de cumprir seu papel social, escondeu-se em uma posição menos distinta em relação à sociedade. Não se libertou do executivo, interagindo mais como câmara de legitimação que órgão julgador (ZAFFARONI, 1995, p.28).

⁶⁸ Aproveitar-se-ão as decisões denegatórias de intervenção federal – tema mais adiante aprofundado – como comprovações empíricas da tese central desta dissertação, a saber: o juiz frente a uma controvérsia de grande importância política profere a decisão para atender interesses não servindo-se de nenhum critério de justiça.

Aliás, o Constituinte de 88, bem como os parlamentares de modo geral, admitiu criar benefícios legislativos para os magistrados; e estes – diante do fenômeno clientelístico, retribuem com julgamentos governistas.

Apenas como exemplo ilustrativo, vale lembrar o modelo à brasileira para formação do Superior Tribunal de Justiça (STJ). O artigo 27 do ADCT não só cria o tribunal, como dispõe sobre sua composição, ajeitando a vida dos ministros do extinto Tribunal Federal de Recursos. Parecido ocorreu com os juizes federais que automaticamente foram investidos na titularidade das varas para as quais foram nomeados ou designados, em detrimento a todos os outros critérios que a lei exigia (ADCT, art.28).

Sem esse contexto, dificilmente um cientista analítico do judiciário brasileiro poderia entender o processo de tomada de decisão, onde o sistema é cotidianamente influenciado por outros subsistemas, fazendo da sentença um reflexo de suas “crenças pessoais” (PORTANOVA, 1997).

6.5 CONCRETIZAÇÃO À BRASILEIRA: PARA ENTENDER O DISCURSO DO SUPREMO EM SEDE DE PEDIDO DE INTERVENÇÃO FEDERAL POR DESCUMPRIMENTO DE ORDEM/DECISÃO JUDICIAL.

A característica mais premente da decisão judicial é sua apresentação retórica. Aqueles que apresentam um discurso, até inconscientemente, o fazem de forma ornada, com vistas à persuasão. Convencer um auditório para vencer o adversário é sua missão.

A tendência mais comum entre os juristas é acreditar que a decisão é lógica, fruto da aplicação de enunciados gerais a casos particulares, desencadeando um processo silogístico que tem, na decisão, um resultado final. Segundo Hassemer: a atividade do juiz

“[...] será correcta, se transportar o conteúdo da norma codificada para o caso a decidir, sem lhe acrescentar ou retirar nada” (2002, p.282).

Sem dúvidas, é muito mais cômodo acreditar que a decisão é fruto de lógica. Mas advirto logo: uma coisa é acreditar que o discurso é lógico, outra é preferir entender o discurso dos tribunais como um discurso apresentado de forma lógica, com vistas à persuasão. Parece-me que a primeira opção é ingênua, muito embora não possa descartar sua funcionalidade (HASSEMER, 2002, p.283).

O processo de descrença no juspositivismo ocorreu devido às mudanças políticas e da própria sociedade, acompanhado por processo de crítica ideológica, fomentado pelo dinamismo social (WIEACKER, 1967, p.500).

De fato se buscou, em nome do princípio da neutralidade axiológica, afastar o juiz de sentimentos éticos, religiosos ou ideologias pessoais. Acreditava-se no valor autônomo de um direito que não apelasse para essas instâncias metafísicas (WIEACKER, 1967, p.504).

Apesar de ingênuo, por acreditar na neutralidade, o positivismo se mostrou bastante funcional. Isso é inegável. Os problemas aparentes que enfrentou enquanto escola de pensamento foi mais por culpa da essência humana que por erros estruturais. O tipo pregado pelo juspositivismo em qualquer de suas acepções não soube prever a falibilidade humana.

Este foi o equívoco do positivismo: ignorar o homem, ou, em leitura mais cética, acreditar que o homem pudesse se desprender de suas vicissitudes. Já quando não mais correspondia à realidade, sobretudo porque sua forma fundamentalista, representada pela

Escola Exegética, preferia rechaçar a resolver a demanda se o magistrado tivesse de interpretar normas, a decisão judicial começou a ser o objeto dos cientistas pós-modernos.

Viehweg propôs um olhar para as decisões romanas, demonstrando seu caráter tópico. Isso foi suficiente para que os críticos do positivismo iniciassem uma verdadeira batalha com vistas a destruir o discurso positivista (1986).

Sendo o discurso jurídico dominado por *topoi*, este seria irremediavelmente aberto, aderente às influências de elementos afins, como diria Sousa Santos:

A construção retórica do processo de decisão condiciona a própria decisão, mas esta, sem deixar de ser um produto do discurso, é também o discurso produzido; é simultaneamente, a medida do discurso e o discurso medido (1988, p.20).

Diante de um caso específico - a saber: a decisão do Supremo Tribunal Federal em sede de pedido de Intervenção Federal requerido pelo descumprimento de ordem judicial - podem-se identificar as técnicas retóricas utilizadas pelos oradores.

Como desde a introdução desta dissertação já expliquei a opção por decisões dessa natureza, permito-me não reprisar. Assim, discorrerei sobre os pontos polêmicos dos votos paradigmáticos dos ministros Marco Aurélio de Melo e Gilmar Ferreira Mendes, o primeiro que deferiu a medida extrema, e o segundo, que a denegou.

A utilização desses dois votos tem razão prática: é que além deles se auto-limitarem (um serve de limite ao outro), simbolizam uma disputa forense em que os oradores estão em igualdade, a fim de persuadirem os demais ministros da corte (público alvo dos discursos).

A estratégia retórica, muitas vezes dialética, mostra-se como característica principal dos votos, buscando abertamente os adeptos, no caso, os nove demais ministros que se sentiriam persuadidos a acompanhar um ou outro voto.

O caso é bastante interessante. Seja do ponto de vista dogmático, já que o pedido de intervenção federal é uma medida grave, seja do ponto de vista sociolinguístico, devido às formas dialéticas com que os votos foram apresentados, o que só corrobora a tese de usos retóricos frequentes.

Apenas para que se possa ter uma idéia da situação fática dos jurisdicionados que não tiveram quitados os precatórios, passarei a narrá-la, tomando como ponto de partida, o Relatório da IF 2.915-5/SP.

6.5.1 Relatório da IF n.º 2.915-5/SP.

Aqui farei uma rápida incursão no relatório com base nas informações objetivas capturadas a partir do voto do Ministro Marco Aurélio de Melo. As razões de me embasar no voto de sua Excelência dá-se por dois motivos básicos: primeiro, por ser o relator, juiz a quem cumpre oficialmente relatar o processo, e segundo, o Ministro Gilmar Mendes não fez constar em seu voto qualquer relatório, lançando logo sua opinião.

Com intuito de descrever os fatos de forma objetiva, digo que se trata de Pedido de Intervenção Federal formulado com base no artigo 34,VI (descumprimento de ordem ou decisão judicial) por jurisdicionados que se encontram credores do Estado de São Paulo, tendo em vista decisão transitada em julgado (BRASIL IF 2.915-5/SP, p.153).

A cognição iniciou-se ante a 11.^a Vara da Fazenda Pública de São Paulo (SP) ainda em 1987. Os créditos, acobertados pela preclusão recursal, têm natureza de alimentares, tendo sido expedido precatório em 1997, ainda não quitado pelo Estado Paulista (BRASIL IF 2.915-5/SP, p.153).

A pedido das partes prejudicadas, o Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP) ouviu o Governador e o Ministério Público, admitindo o pedido de intervenção federal e determinando o envio dos autos ao Supremo Tribunal Federal (BRASIL IF 2.915-5/SP, p.153).

O Governador foi instado a manifestar-se, tendo alegado que não houve dolo, ou seja, “vontade intencionalmente dirigida” para o descumprimento da decisão do TJSP (BRASIL IF 2.915-5/SP, p.153).

A Procuradoria Geral da República forneceu parecer opinando pela procedência do pedido de intervenção. O Senhor Relator informa que foram tentadas alternativas, sem que se lograsse nenhum êxito no que diz respeito ao pagamento (BRASIL IF 2.915-5/SP, p.154).

Foram juntadas petições do Estado Requerido sobre o pagamento de precatórios de pequeno valor e destinações de verbas (Projeto Arnaldo Madeira) para quitação de outros precatórios semelhantes (BRASIL IF 2.915-5/SP, p.154-7).

6.5.2 Divergência da valoração dos fatos assentados no relatório: primeiras questões subjetivas.

Devo frisar que, como estou analisando os votos dos Senhores Ministros Marco Aurélio e Gilmar Mendes, não me preocuparei em transcrevê-los na íntegra.

A primeira divergência que antevejo foi a valorização de o fato do Estado de São Paulo ter procurado quitar precatórios, utilizando-se de vias rotativas (Projeto Arnaldo Madeira) e da destinação de 2% (dois) por cento na verba orçamentária para quitação de débitos pendentes.

Marco Aurélio de Melo preferiu demonstrar a realidade, asseverando que apenas contra São Paulo existem 2.822 processos no Supremo, “[...] a maioria deles ligados a descumprimento de precatórios” (BRASIL IF 2.915-5/SP, p.159).

Salta aos olhos o numerário, já que a contabilidade de outros estados da federação chega a 430 pleitos, despontado o Estado do Rio Grande do Sul, com 176, como o segundo maior Requerido em ações dessa natureza (BRASIL ... IF 2.915-5/SP, p.159-60).

Sobre esse assunto, Marco Aurélio de Melo preferiu dar nenhum valor às atitudes de São Paulo, pois entende que o Estado é devedor contumaz, razão de tantos pedidos de intervenção (BRASIL IF 2.915-5/SP, p.171-2).

Entende que o Projeto Arnaldo Madeira, que previa autorização de 80% dos depósitos para os Estados utilizarem no pagamento de precatórios de natureza alimentícia, ao ser derrubado pelo substitutivo Romeu Tuma, não serve de socorro ao Estado Paulista. Aliás, o substitutivo, ao contrário, demonstrou uma excessiva preocupação com as instituições financeiras já que proibia a destinação do dinheiro tendo em vista a enorme descapitalização que causaria aos banqueiros. (BRASIL IF 2.915-5/SP, p.173).

Rechaça, assim, a figura do dolo do administrador, por entender que basta, para concretização da norma do artigo 34,VI da Constituição Federal de 1988, o elemento objetivo, presentes aos autos.

Por outro lado, Gilmar Mendes preferiu entender que houve esforço do Estado para quitação de precatórios, integrando ao voto parte do memorial apresentado pelo Procurador Geral de São Paulo, que demonstrou despesas com saúde, educação, custeios administrativos da máquina pública e os investimentos mínimos (BRASIL IF 2.915-5/SP, p.181).

Mendes preferiu ver com bons olhos as atitudes do Estado de São Paulo, que apesar de não ter satisfeito todos os pagamentos, cumpriu como que “humanamente pôde”; nesse ponto, utilizou uma estratégia retórica: *topos* retirado da realidade social: “só se faz o que é possível”, o que está no campo do impossível, ninguém realizaria.

[...] não podem ser desconsideradas as limitações econômicas que condicionam a atuação do Estado quanto ao cumprimento das ordens judiciais que fundamentam o presente pedido de intervenção (BRASIL ... IF 2.915-5/SP, p.181).

Ambos os Ministros têm o mesmo ponto de partida, mas chegam a soluções diferentes. Marco Aurélio entende que as atitudes do Estado de São Paulo se revelam iníquas ou de nenhuma importância, quando muito reforçam a tese da intervenção, posto que a inadimplência continua; Gilmar Mendes vê de forma distinta: prega um otimismo apegado no preceito de que só se faz o que se pode, *topos* que esconde por detrás do “princípio germânico do financeiramente possível” (*Vorbehalt des Finanziellen Möglichen*).

Acho que tais divergências atestam que o pensamento jurídico não é silogístico, como pretendiam os positivistas. Pois, ao passo que o relator apegava-se na

subsunção da norma geral ao caso da desobediência (inadimplência configurada), não restaria, senão, a decretação da medida excepcional.

P1: Artigo 34,VI da Constituição Federal de 1988: O ente federado que descumprir ordem judicial deverá sofrer intervenção.

P2: O Estado de São Paulo descumpriu a ordem judicial (a de pagar precatório).

C: Logo, São Paulo deve sofrer intervenção.

A análise das decisões paradigmáticas me levou a crer que o direito é a vontade do intérprete, sempre contaminada por elementos essencialmente não-dogmáticos. Apesar do discurso se apresentar como *júris* da prudência, o silogismo é lembrado como forma de racionalização da decisão, estrategicamente escondendo as premissas subjetivas que envolveram as questões.

6.5.3 Adentrando nas ornamentações discursivas na questão da IF 2.915-5/SP.

Com um olhar estritamente retórico, pode-se constatar que o voto do Ministro Marco Aurélio de Melo, Relator e então Presidente do Supremo Tribunal Federal, foi mais uma construção cuja linha de raciocínio foi colhida pelo silogismo simples, sem grandes ornamentações dialéticas.

Um voto sóbrio em que enfrenta questões fundamentais do direito brasileiro, nada obstante não ter poupado a irresignação (BRASIL ... IF 2.915-5/SP, p.174)⁶⁹

A apresentação de poucos *topos* nas passagens do voto serviu para dar ênfase ao raciocínio singelo que utilizou; tendo, com isso, menos importância que aqueles utilizados no discurso do Ministro Gilmar Mendes.

⁶⁹ Ver a transcrição dessa parte do voto do Ministro Relator Marco Aurélio de Melo na página 28 desta dissertação.

a. Exclusão de *topos* negativo. Marco Aurélio de Melo equiparou as medidas Paulistas ao *topos* negativo colhido da experiência popular do “devo não nego, pago quando puder”. Assim, defendeu que esse *topos* deveria ser excluído, compelindo argumentativamente o tribunal a não aceitar as justificativas de São Paulo. Chamou atenção para o precedente que se criaria caso o STF não interviesse no Estado Requerido.

Outra questão, umbicalmente ligada à exclusão do *topos* negativo, é o fato de que o Estado sempre teve problema de caixa. O Senhor Ministro entende que não pode servir de argumento uma colocação fática como a falta de recursos, posto que sua preocupação é com a decisão judicial descumprida, desagregadora da credibilidade oficial.

b. Realidade e Responsabilidade: crise do poder judiciário. No voto do relator escapa uma convicção extremamente pessoal: a crise do poder judiciário. Um dos motivos da crise de autoridade que perpassa todo sistema jurídico estaria em decisões intrincadas como essas, e que o STF tem se abstinido de enfrentar:

A falta de celeridade nas decisões judiciais não pode servir ao respectivo descumprimento. Mas é esse o sentimento que predomina. Constantemente os veículos de comunicação retratam a rebeldia de dignitários relativamente a decisões judiciais. Afirma-se, com absoluto desprezo à responsabilidade maior, que não se cumprirá esta ou aquela, pouco importando, até mesmo, que seja originária do Supremo Tribunal Federal e se mostre coberta pela preclusão (BRASIL IF 2.915-5/SP, p.175).

c. Problema da efetividade das decisões judiciais. Marco Aurélio também apresentou preocupações com as decisões judiciais de forma geral. Utilizou-se da ampliação indevida, primeiro dos 38 estratagemas de Schopenhauer, que consiste em “Levar a afirmação do adversário para além de seus limites naturais, interpretá-la do modo mais geral possível e exagerá-la” (2003, p.124).

Foi o que tentou o Relator diante da negativa de pagamento do precatório por parte do Estado de São Paulo. Sentenciou que seria o primeiro passo para o descrédito total das decisões do Tribunal. Segundo o Relator, logo ninguém mais cumpriria as ordens emanadas dos Tribunais, mesmo aquelas dotadas de imutabilidade:

Parte-se da óptica: recorram ao Judiciário e esperem. Será essa uma sentença final ? No momento em que oitenta por cento das ações que chegam aos tribunais superiores envolvem o Estado, partir-se, quanto aos débitos deste, retratados em sentenças judiciais, em precatórios, em requisições, para a teoria a teoria do 'homem da mala' ou do 'trem pagador', sem os quais não cabe deferir intervenção, é aceitar que o tempo e a ordem jurídica consagrem a atitude dos inadimplentes e protejam não só o Estado devedor, mas também o Estado contumaz no descumprimento de decisões judiciais, como se estas existissem para atender não aos anseios de justiça do próprio povo, mas a simples formalidade (BRASIL ... IF n.º 2.915-5/SP, p.175-6).

Como se observa, a decisão do Ministro Presidente Marco Aurélio de Melo foi mais técnica silogística que ornada mesmo. Apenas quando tratou da crise de autoridade do poder judiciário é que se observa uma preocupação claramente subjetiva no que tange ao futuro do Supremo e do Judiciário.

d. Dicotomia regra/exceção. O mesmo não se pode dizer do discurso do Ministro Gilmar Mendes, que foi excessivamente retórico, marcado pelo uso de estratégias da dialética erística com finalidade única de vencer. Mendes inicia polemizando o que seria regra e o que seria exceção, fato tipicamente extralegal e brasileiro:

Em nosso sistema federativo, o regime de intervenção representa excepcional e temporária relativização do princípio básico da autonomia dos Estados. A regra, entre nós, é a não-intervenção, tal como se extrai com facilidade do disposto no *caput* no artigo 34 da Constituição, quando diz que “a União não intervirá nos Estados nem no Distrito Federal, exceto para ...” (BRASIL IF 2.915-5/SP. p.177-8).

O Senhor Ministro inicia o voto polemizando. Impõe a dicotomia regra e exceção. A finalidade é confundir. Busca frisar a característica de que a medida é exceção e que, portanto, não deveria ser aplicada.

e. Entimema. Aristóteles previa que existem premissas auto-evidentes; sendo disfuncional demonstrar toda cadeia lógica. As premissas evidentes deveriam ser suprimidas (1998, p.153).

Mendes constrói o raciocínio de que a regra da intervenção advém do subprincípio da não-intervenção, manifestação especial do princípio da autonomia, e, via conseqüência, do princípio constitucional supremo da Soberania. Não anunciou que só se faz Soberania, ou só se exerce Soberania, com o respeito à coisa julgada e com respeito ao judiciário, ou ainda, que cabe a todos o cumprimento das decisões. Preferiu vender a idéia de que a não-intervenção serve à Soberania, tentando deixar nas entrelinhas o contrário, ou seja, que a intervenção não serve à soberania:

Com maior rigor, pode-se afirmar que o princípio da não-intervenção representa sub-princípio concretizador do princípio da autonomia, e este, por sua vez, constitui sub-princípio concretizador do princípio federativo. O princípio federativo, cabe lembrar, constitui não apenas princípio estruturante da organização política e territorial do Estado brasileiro, mas também cláusulas pétreas da Carta de 1988 (BRASIL ... IF 2.915-5/SP, p.178).

Observo ainda que Mendes impõe algumas premissas descontextualizadas, apesar de corretas e aceitáveis. Por exemplo, ao lembrar que os princípios federativos seriam cláusulas pétreas, o Ministro deseja pintar que as cláusulas pétreas são conquistas tal qual a soberania e, assim, intervir em um Estado teria um custo constitucional e democrático altíssimo. A intenção de Mendes em impor tais premissas durante todo voto é obter uma conclusão geral a partir de premissas específicas – assunto que trato mais adiante.

f. Fuga do específico para o geral. Outra forma de debate encontrada no voto de divergência que comento é a fuga do específico para o geral. Este estratagema é comum nos discurso de advogados, juízes e promotores. Ocorre quando não se encontra nada de

apropriado para debater a especificidade dos argumentos, “[...] devemos focar o aspecto geral do tema e atacá-lo assim” (SCHOPENHAUER, 2003, p.150).

Normalmente quando se está diante de um caso em que a lei é bastante clara, sem ambigüidade semântica, prefere-se uma discussão principiológica. Não estou dizendo que os princípios não têm relevância, mas sua importância é muito mais retórica, como forma de persuadir as partes a posicionamentos que talvez não tomariam.

Invocam-se *topos* retirados da opinião da maioria, da maioria dos sábios e dos filósofos. É o caso, *v.g.*, do advogado do inquilino que, diante de uma ação de despejo por falta de pagamento de aluguéis, invoca a obrigação do estado em proteger as pessoas e as famílias, obrigação compartilhada com a sociedade, eis que o contrato de aluguel deve cumprir sua função social (Código Civil, art.421), e, assim, requer ao tribunal que não despeje o inquilino devedor, pois ele não teria para onde ir.

Na passagem do voto acima colado, Mendes faz questão de levar a discussão para os princípios, uma vez que lá teria condições de derrubar a tese de intervenção.

Exemplo claro desse estratagema é verificado no início do voto, quando o Ministro Gilmar Mendes posiciona-se, desde o começo, por uma discussão principiológica (ver itens “d” e “e”).

g. Ponderação. É uma forma de sopesamento que abre espaço para o desenvolvimento da retórica. Consiste em demonstrar os prós e os contras das opiniões,

evidenciando os reflexos contrários da argumentação adversária e as vantagens na adoção da argumentação que se defende.

Mendes preparou o terreno para que a discussão fosse alocada na órbita dos princípios, o que de fato lhe favoreceria. Melhor que discutir se a norma constitucional deveria ser ou não aplicada, seria debater sobre dois princípios antagônicos: intervenção e soberania constitucional. Sugere que existem dois adágios em colisão e, assim, a solução estaria na ponderação:

[...] um conflito entre normas que, ao contrário do conflito entre regras, é resolvido não pela revogação ou redução teleológica de uma das normas conflitantes nem pela explicitação de distinto campo de aplicação entre as normas, mas antes e tão somente pela ponderação do peso relativo de cada uma das normas em tese aplicáveis e aptas a fundamentar decisões em sentidos opostos. Nessa última hipótese, aplica-se o princípio da proporcionalidade para estabelecer ponderações entre distintos bens constitucionais (BRASIL IF 2.915-5/SP, p.179).

Ter levado a discussão para a arena dos princípios foi posição estratégica de Mendes. Como se sabe, os princípios gozam de prestígio na sociedade, visto que são expressões culturais e altamente valorativas. Como característica principal, está a ambigüidade semântica. Os princípios não gozam de certeza, não são flechas miradas ao alvo, mas termos indeterminados que o intérprete pode mais facilmente manusear.

g.1) Com isso, o 12.º estratagema de Schopenhauer poderia ser facilmente utilizado: manipulação semântica. Ocorre quando “[...] o discurso é sobre um conceito geral que não tem um nome próprio e que deve ser designado figurativamente por uma metáfora, é preciso escolher a metáfora que mais favoreça a nossa tese” (2003, p.152-3).

g.2) Ao lado da manipulação semântica, Mendes fez questão de estabelecer as três máximas para aplicação do princípio da proporcionalidade: (i) adequação, (ii)

necessidade e (iii) proporcionalidade *stricto sensu*. Termos abertos que dão azo à petição de princípio⁷⁰ (SCHOPENHAUER, 2003, pp.137-8; ARISTÓTELES, 1978a, p.147).

[...] a aplicação do princípio da proporcionalidade se dá quando verificada restrição a determinado direito fundamental ou um conflito entre distintos princípios constitucionais de modo a exigir que se estabeleça o peso relativo de cada um dos direitos por meio da aplicação das máximas que integram o mencionado princípio da proporcionalidade. São três as máximas parciais do princípio da proporcionalidade: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito (BRASIL ... IF 2.915-5/SP, p.179-80).

Sobre petição de princípio, a doutrina de Schopenhauer propõe que sejam de quatro maneiras. Entre elas, diz que há petição quando [...] precisamos demonstrar uma verdade geral e fazemos que se admitam todas as particulares” (2003, p.138). Ora, verifico que o real motivo de Mendes impor algumas premissas verdadeiras, mesmo descontextualizadas, é que pretendia, após apresentar várias premissas específicas, chegar a uma conclusão geral aceitável por todos (ver item “e”).

A idéia de Mendes foi tornar absoluto o princípio da autonomia, como se sua aplicação desaguasse na não-intervenção, ou seja, na freqüente e necessária proteção à autonomia, o que era necessário as suas razões jurídicas.

[...] a aplicação do princípio da proporcionalidade em casos como o presente, em que há pretensão de autuação da União no âmbito da autonomia de unidades federativas, é admitida no direito alemão (BRASIL IF 2.915-5/SP, p.180).

h. Argumento *ad verecundiam*⁷¹: está ligado ao sentimento de honra. É uma estratégia dialética que se embasa na utilização do argumento de autoridade. Apela-se para o respeito que normalmente transmitem os especialistas; a despeito do assunto, Schopenhauer

⁷⁰ Argumento a que se apegou o Ministro Maurício Correa (BRASIL IF 2.915-5/SP, p. 201-2; 204-5), bem como também comportam as razões para indeferimento do pedido no voto do Ministro Carlos Velloso (BRASIL IF 2.915-5/SP, p. 218-26).

⁷¹ O Ministro Nelson Jobim aproveita seu voto para indicar trabalho do Professor Sanstein, sobre custos no direito. O Professor teria demonstrado “[...] nas circunstâncias atuais de um pedido de intervenção, que temos de lembrar se isso é viável à execução, considerando as coisas como elas são, e não como elas deveriam ter sido ou poderiam ser” (BRASIL IF 2.915-5/SP, p.193).

indica que se devam pronunciar personalidades nos arrazoados jurídicos, principalmente o nome de pessoas desconhecidas, visto que “[...] são autoridades que o adversário não entende, aquelas que, geralmente, mais efeito obtêm” (2003, p.165).

O Ministro Gilmar Mendes, logrando supervalorizar ou tornar absoluto o princípio da autonomia, junta uma plêiade de autoridades que homologariam sua decisão. Cita Robert Alexy, J.J Gomes Canotilho, Bruno Schmidt-Bleidtreu, Fraz Klein, Inocêncio Mártires Coelho (BRASIL ... IF 2.915-5/SP, p.180 ss), como se essas “autoridades” comungassem com suas idéias e assim, estaria revelando uma decisão pensada e apoiada em doutrina considerável.

i. Negação da teoria pela prática⁷². Como a terminologia denuncia, trata-se de negar a teoria da intervenção por desobediência à ordem judicial pela prática decorrente da experiência. Afirma que a consolidação dos direitos fundamentais [fazendo referência à coisa julgada] se faz a custos altos, e entre esses custos estaria a não-efetivação da medida intervencionista. Defendeu que a prática de uma medida intervencionista causaria um prejuízo ao princípio da autonomia:

Como tenho afirmado, esse exame de dados concretos, ao invés de apenas argumentos jurídicos, não é novidade no Direito comparado. No âmbito dos reflexos econômicos da atividade jurisdicional, a experiência internacional tem, assim, demonstrado que a proteção dos direitos fundamentais e a busca da redução das desigualdades sociais necessariamente não se realizam sem a reflexão acurada acerca de seu impacto (BRASIL ... IF 2.915-5/SP, pp.181-2).

j. Rótulo odioso⁷³. Schopenhauer diz que “Um modo rápido de eliminar ou, ao menos, de tornar suspeita uma afirmação do adversário é reduzi-la a uma categoria

⁷² Argumento colhido pelos Ministros Ilmar Galvão (BRASIL IF 2.915-5/SP, pp. 228-40) e Moreira Alves (BRASIL IF 2.915-5/SP, p.252 e p.204).

⁷³ A tese defendida por Marco Aurélio também recebeu o tratamento de simplista pelo Ministro Nelson Jobim (BRASIL IF 2.915-5/SP, p.193).

geralmente detestada, ainda que a relação seja pouco rigorosa e tão só de vaga semelhança” (2003, p.174).

É o caso de pechar a tese adversária de maniqueísta, arianista, idealista, ou seja, com um qualificativo que a reduza ao ridículo, como se fosse fruto de um pensamento leviano, sem razão. Com relação à tese de Marco Aurélio, Mendes me parece que se utilizou dessa estratégia, senão:

Já afirmei, em outras oportunidades, a real necessidade de que os órgãos judicantes, ao julgarem questões intrincadas, analisem com a maior amplitude possível informações e dados concretos para obterem uma interpretação precisa (BRASIL IF 2.915-5/SP, p.182-3).

k. Retorsio argumenti⁷⁴. Sucede quando “[...] o argumento, que o adversário quer usar a seu favor, pode com mais razão ser utilizado contra ele” (SCHOPENHAUER, 2003, p.157).

Mendes, defendendo a não-intervenção no caso analisado, começa a duvidar da figura do interventor. Claro que levanta dúvida sobre a legitimidade do interventor para provar que a tese da intervenção de nada resolveria. Utiliza o argumento de Marco Aurélio de Melo, que defendia a intervenção contra ele mesmo.

Inicia afirmando que, como se não bastasse a ilegitimidade democrática, posto que o interventor não teria sido eleito popularmente, ele não resolveria o problema. Reduz a tese de Marco Aurélio a uma questão simples, como se o Relator tivesse proclamando que, se se colocasse um outro governante, o problema estaria resolvido.

⁷⁴ Argumento que se apega a Ministra Ellen Gracie (BRASIL IF 2.915-5/SP, pp.189-90), também o Ministro Nelson Jobim (BRASIL IF 2.915-5/SP, pp.191-2).

Claro que a postura de Mendes foi intencional, visto que, colocando a argumentação do adversário dessa forma, poderia duvidar da figura do interventor. Utiliza a argumentação de Melo contra ele mesmo: “Vai-se intervir logo logo no interventor”:

Manter a condução da Administração estadual, sob o comando de um Governador democraticamente eleito, com a ressalva de que esteja o mesmo atuando com boa-fé e com inequívoco propósito de superar o quadro de inadimplência, é inegavelmente medida menos gravosa que a ruptura na condução administrativa do Estado. Pode-se presumir, ademais, que preservar a chefia do Estado será igualmente eficaz à administração por um interventor, ou, ao menos, não se poderia afirmar, com segurança condicionantes já apontadas, será mais eficaz que a atuação do Governador do Estado (BRASIL IF 2.915-5/SP, p.185).

.....

É duvidosa, de imediato, a adequação da medida de intervenção. O eventual interventor, evidentemente, está sujeito àquelas mesmas limitações factuais e normativas a que está sujeita a Administração Pública do Estado (BRASIL 2.915-5/SP, p.184).

De mais a mais, o texto acima transcrito assume a postura de uma falsa *reductio ad absurdum*, ou seja, uma arte de criar conseqüências. É bem persuasiva essa técnica que basicamente consiste em edificar situações a partir da fala do adversário, tirando conclusões absurdas, mesmo que o adversário nada tenha dito.

I. Uso de instância: probabilidade. Uma interpretação dos fatos, notadamente aqueles que atestam atitudes por parte do Estado de São Paulo em quitar os precatórios, levaria a condução da amenização do elemento dolo, o que não autorizaria a medida excepcional.

Como já disse, Melo entendeu que as medidas tiveram efeito írrito, ao oposto de Mendes que as viu com bons olhos. É neste ponto que o Ministro Mendes utiliza-se do argumento de instância. Parte do pressuposto de que, se o Estado anda pagando, é porque vai pagar:

No caso em exame, a par de um quadro de impossibilidade financeira quanto ao pagamento integral e imediato dos precatórios relativos a créditos de natureza alimentícia, verifica-se a conduta inequívoca da unidade federativa no sentido de honrar tais dívidas (BRASIL IF 2.915-5/SP, p.183).

Evidente que o fato de o Estado estar pagando precatórios, por si só, não garante a quitação dos demais. É uma mera probabilidade, que Mendes classifica como um “bom indício”.

m. Pista Falsa. Bastante interessante a cartada final de Mendes para denegar o pleito de intervenção. Às fls.184-185 do processo (IF 2.915-5/SP), traz aos autos os limites a que estão submetidos os governantes no que tange à aplicação de receitas, despesas e custeios; parâmetros estabelecidos pela Lei de Responsabilidade Fiscal – LC 101/2001.

Pois bem, para não inquirir diretamente sobre se presentes os requisitos autorizadores da intervenção, Mendes questiona se o interventor deveria obediência aos limites constitucionais, ou se deveria levar a todo custo a aplicação do artigo 78 dos ADCT que garante a intervenção.

Pergunta capciosa, induzindo a pista falsa nos exatos termos da teoria de Schopenhauer (2003, p.141). É que, optando pela obediência aos limites financeiros adquiridos historicamente, nem o atual nem qualquer outro administrador poderia fugir do “financeiramente possível” e, assim, estaria anulando a possibilidade de intervenção (ADCT, art.78). Admitindo a tese da Intervenção em detrimento à dos limites constitucionais, estaria inviabilizada a medida urgente que precisa de um mínimo da previsão orçamentária.

Ou seja, independente da resposta, instalar-se-ia uma situação caótica. Todavia, Mendes prefere um sonoro “não !” à aplicação do ADCT, art.78, apostando nos limites constitucionais das finanças públicas, haja vista que tal posicionamento lhe garante mais coerência que apostar em uma intervenção sem base orçamentária:

Poderá o interventor, em nome do cumprimento do art.78 do ADCT, ignorar as demais obrigações constitucionais ? Evidente que não. Por outro lado, é inegável que as disponibilidades financeiras do regime de intervenção não serão muito diferentes das condições gerais (BRASIL IF 2.915-5/SP, p.184-5).

n. Alternativa forçada. É de Schopenhauer a seguinte lição:

Para que adversário aceite uma tese, devemos apresentar-lhe também a contrária e deixar que ele escolha, ressaltando essa oposição com estridência, de modo que ele, se não quiser ser contraditório, tenha que decidir pela nossa tese que, em comparação a outra, se mostra muito mais provável (2003, p.145).

A passagem que proponho diz respeito ao sopesamento de princípios que Mendes adverte como necessários. Observo que o Ministro trata a questão da intervenção com desdém, simplificando a situação como se se tratasse de um interesse privado, querendo sobrepujar o vultoso princípio do interesse público:

Estão claros, no caso, os princípios constitucionais em situação de confronto. De um lado, em favor da intervenção, a proteção constitucional às decisões judiciais, e de modo indireto, a posição subjetiva de particulares calcada no direito de precedência dos créditos de natureza alimentícia. De outro lado, a posição do Estado, no sentido de ver preservada sua prerrogativa constitucional mais elementar, qual seja a sua autonomia, e, de modo indireto, o interesse, não limitado ao ente federativo, de não se ver prejudicada a continuidade da prestação de serviços públicos essenciais, como educação e saúde (BRASIL IF 2.915-5/SP, p.186-7).

Todavia, a utilização da alternativa forçada (como se o direito privado estivesse sobrepujando o interesse público) tem efeito plástico, visto que toda doutrina sabe que a coletividade vem primeiro que o interesse particular.

o. Dolo e demais estratégias. Após a utilização de tantas estratégias retirados das experiências retóricas e da dialética erística, ficou simples ao mentor intelectual do voto de divergência (Ministro Gilmar Mendes) trazer sua premissa mais forte: a necessidade de dolo na aplicação do preceito do artigo 34,VI da Constituição Federal (intervenção em caso de descumprimento de ordem/decisão judicial).

A explicação que encontro para apresentação da decisão histórica do Ministro Nelson Hungria apenas ao final do voto é também colhida dos estratégias schopenhaureanos. Mendes plantou várias premissas específicas para concluir com base em posicionamento que já havia ocorrido no Tribunal, no caso, o julgado sob relatoria de Hungria.

Schopenhauer batizou essa estratégia de pré-silogismos:

Se queremos chegar a uma certa conclusão, devemos evitar que esta seja prevista, e atuar de modo que o adversário, sem percebê-lo, admita as premissas uma de cada vez e dispersas sem ordem na conversação (2003, p.134-5).

Mendes poderia ter anunciado o voto histórico de Hungria logo no início do voto, mas preferiu colecionar premissas cujas conclusões equivalessem à situação apreciada por Hungria. A estratégia de Mendes é conhecida por pré-silogismos e foi utilizada para evitar a obviedade na apresentação de suas razões.

Com efeito, o argumento da ausência de dolo (vontade manifesta), depois de lido e relido, é o mais forte de todos. Não apenas pelo posicionamento histórico do Supremo, ou ainda, por ter sido da autoria do saudoso Ministro Nelson Hungria, que não deixa de configurar um argumento de autoridade; a questão é que, desde o início, toda estratégia

retórica de Mendes foi no sentido de vitimar o Governador de São Paulo, como se tivesse recebido uma herança maldita.

Qualificando o Estado de São Paulo de zeloso (petição de princípio)⁷⁵, o Ministro Gilmar Mendes grava:

[...] não se pode exigir o pagamento da totalidade dos precatórios relativos a créditos alimentares sem que, em contrapartida, se estabeleça uma análise sobre se tal pagamento encontra respaldo nos limites financeiros de um Estado zeloso com suas obrigações constitucionais (BRASIL IF 2.915-5/SP, p.182).

Assim, identificada muitas das estratégias retóricas, pode-se atestar que a tese de que (a) o discurso jurídico é tópico-retórico, (b) faz uso de entimema, já que existem premissas ocultas não mencionadas, (c) é concretizado por meio da vontade do operador do direito, (d) retrata as inconstâncias sociais e humanas a que estão submetidos os arrazoados jurídicos.

Com efeito, entendo que, da mesma forma que todos os argumentos retóricos foram utilizados para denegar o pedido, poderiam ter sido utilizados para dar provimento, posto que, como afirma Schopenhauer no seu 35.º estratagema, “[...] na maior parte das vezes, pesam mais umas migalhas de vontade que uma tonelada de compreensão de persuasão” (2003, p.176).

Assim, o julgar (tomada de decisão) é ato anterior; o discurso é só apresentação, ornamentação de idéias. Enquanto no primeiro momento os atos volitivos quem dominam, direcionando a decisão final; no segundo, trata-se apenas de racionalização com vistas à persuasão.

⁷⁵ Argumento acolhido pelo Ministro Sepúlveda Pertence (BRASIL IF 2.915-5/SP, p.250-1)

CONCLUSÕES
ILUSÃO, RELATIVISMO E DIREITO:
UMA PERSPECTIVA CÉTICA PARA O PROBLEMA DA
INCERTEZA DAS RAZÕES JURÍDICAS

[...] o dogmático combina uma espécie de narcisismo cognitivo com uma radical – e perigosa – ausência de qualquer benefício (LESSA, Renato, 2003, p.98).

A comprovação empírica de que o discurso judicial brasileiro, notadamente o do Supremo Tribunal Federal, serve-se da retórica, ratifica o que sustentei desde a introdução: a utilização de arsenal tópico - segundo metodologia da dialética erística - e de entimema nas decisões da Suprema Corte demonstra que a homilia oficial é sensível às intempéries mundanas e não está edificada em bases objetivas como desenhava o positivismo filosófico.

Pôde-se observar, em contato com a decisão denegatória de intervenção federal, que os votos paradigmáticos dos Ministros Marco Aurélio de Melo e Gilmar Mendes foram pródigos na utilização de ferramentas retóricas e técnicas argumentativas.

Claro que é impossível detectar o peso das premissas norteadoras desta ou daquela decisão; aliás, qualquer tentativa, nesse sentido, seria mero psicologismo, estranho ao estudo da filosofia do direito. Contudo, o que se pôde verificar é que a característica retórica

do discurso tende a esconder as premissas da decisão oficial, exatamente porque o discurso está submetido a grande instabilidade sócio-lingüística.

Assim, a formação de uma sentença compreende etapas intrincadas, distintas de aquelas receitadas pelo Código Processual (Art.458). Daí ter sugerido, com base analítica, que o julgamento é composto por duas etapas: uma primeira, em que o julgador toma a decisão, e uma segunda, na qual o magistrado colhe preceitos legais das fontes jurídicas para racionalizar o discurso; tais etapas chamei, respectivamente, de tomada de decisão e apresentação da discursiva.

Assim, a tomada de decisão e a apresentação discursiva são as reais etapas na concepção de uma sentença judicial. Enquanto esta consiste em um processo retórico com fim de revestir o discurso de certa racionalidade, aquela diz respeito ao processo mental de posicionamento do magistrado diante do caso concreto⁷⁶.

A decisão é fabricada sob critérios impulsivos. A vontade do julgador, por se encontrar submetida às inconstâncias sistêmicas, reflete aspectos não-dogmáticos acobertados pelo procedimentalismo do Código de Ritos.

É inegável que esse processo cotidiano forneça uma sensação de segurança. A construção da racionalidade contribui para que as pessoas aceitem, com mais facilidade, os posicionamentos oficiais. Contudo, a construção sentencial facilmente verificada pela obediência ao artigo 458 do Código de Processo Civil é uma estratégia, e, como tal, não corresponde à realidade.

⁷⁶ Ir ao capítulo 3.

Com efeito, a realidade não é a segurança, mas a insegurança; não é a certeza, mas a incerteza jurídica. Evidente que é mais confortável acreditar no mito da neutralidade que desvendar o direito como algo irracional. É preferível confiar que as leis conduzam à justiça a verificar que as normas são instrumentais estáticos, que ganham vida após um exercício de conveniência pessoal, representado pela interpretação legal que cada operador do direito faz em relação às proposições normativas e à situação jurídica.

É nesse contexto arredoio a fórmulas ou leis gerais, que o papel do positivismo foi reduzido a mero construtor de miragens. As instituições e o direito se servem da definição cada vez mais usual do “politicamente correto”, escondendo, por detrás de processos burocráticos, os compromissos éticos que mitigam alianças mais próximas com as políticas públicas ou com os verdadeiros ideais de democracia (CUNHA, 2003b, p.88-90).

Penso que os poderes instituídos não gozam de prestígio na sociedade; pior, são alvos de críticas e dúvidas constantes. O *impeachment* e os últimos escândalos de corrupção impedem que o brasileiro mais otimista acredite em uma ética pública. Se é assim com a esfera pública, a descrença também acomete o poder judiciário, historicamente isento e comprometido com a distribuição da justiça (LIMA, 2000, p.112-114).

Sem dúvidas de que o poder judiciário, notadamente o Supremo, poderia ter dado contribuição mais significativa à sociedade. Sua omissão é digna de responsabilização, sobretudo pelo dever de zelar a Constituição e as instituições democráticas. A abertura lingüística de textos legislativos possibilitou uma infiltração ainda maior do STF na política

econômica e na moral do país, mas o tribunal nada construiu, apesar de ser apontado desde o século passado como neomonarca dos sentidos constitucionais:

[...] assim como outrora para o monarca absoluto, encontra-se o Tribunal que dispõe de tal entendimento do conceito de Constituição livre para tratar de litígios sociais como objetos acerca de cujo conteúdo já está previamente decidido na Constituição 'corretamente interpretada', podendo desta forma disfarçar o seu próprio decisionismo sob o manto de uma 'ordem de valores' submetida à Constituição (MAUS, 2000, p.138).

A contestação da sociedade cada vez mais sedenta por justiça é uma preocupação que perpassou todas as páginas deste trabalho. A inquietação diante das decisões do Judiciário aumenta, notadamente quando a corte constitucional prefere posicionamentos políticos a ter que decidir contrário ao governo. A certeza da insegurança jurídica e a ilusão de obediência normativa angustiam o jurisdicionado, por deixar-lhe refém das vontades impostas por uma autoridade ideologicamente comprometida.

Esta dissertação não é um saudosismo ao positivismo, especialmente porque fiz duras críticas à dogmática tradicional, a quem imputo como autora da alucinação jurídica; demonstrei que o discurso oficial não é racional, mas fruto das idiosincrasias de seu mentor intelectual. A descrição analítica da realidade jurídico-brasileira, em que a retórica e a dialética dominam o direito, pretende apenas servir de explicação para a crise de credibilidade do poder judiciário que ocorre aos auspícios do positivismo, o qual a tudo encobre com o véu do formalismo.

Em termos reais, a anunciada crise de legitimidade poderá causar, sem pretensões escatológicas, a auto-desintegração do sistema judiciário (entropia), como já está

ocorrendo pela leitura que fiz a respeito do crescimento dos meios alternativos ao tradicional para solução de conflitos⁷⁷.

Esta dissertação poderia se enquadrar como uma tese cética ao problema da legitimidade das instituições jurídicas. Gradativamente o espaço público vem diminuindo; ocorre que o Executivo e o Legislativo são estruturalmente mais maleáveis a tais modificações, mesmo porque já funcionam ao lado do “terceiro estado”, ao contrário do Judiciário, que, tendo de dividir o monopólio de julgar, parece-me que não suportaria decompor espaço.

O posicionamento filosófico que nega a possibilidade de se chegar a uma descrição correta do ser é o ceticismo na sua modalidade epistemológica. A insegurança da tópica e da retórica, instrumentais largamente difundidos entre os operadores do direito, conduz necessariamente ao raciocínio cético.

O fundador dessa corrente foi Pirro de Elis, que objetivava trazer o ceticismo dos sentidos à moral e à lógica; o cético não enxerga o objeto e, em alguns casos, mesmo o homem (HESSEN, 2000, p.31-2).

Russell exemplifica o que seria o ceticismo como filosofia: enquanto o homem da ciência diria “penso que isso é assim e assim, mas não tenho certeza”, e o intelectual asseguraria “não sei como é, mas espero descobrir”, o cético seria enfático : “ninguém sabe, e ninguém poderá jamais saber” (1957, p.273).

⁷⁷ Ir ao capítulo 1.

Claro que, ao esbanjar tanta fúria, seria normal que o ceticismo sofresse críticas. Para alguns, como Russell, o ceticismo possuiu muitos adeptos, tendo em vista a facilidade dogmática que pregava: nada existe, não pode ser apreendido e não pode ser repassado enquanto conhecimento (1957, p.275).

Entretanto, extraídos os excessos, o ceticismo apresenta-se como modelo filosófico explicativo para a questão da legitimidade das instituições jurídicas brasileiras. O ceticismo admite uma insegurança no discurso, tendo em vista não acreditar na verdade, mas sim, na isosternia (força dos argumentos contrários), prática real no cotidiano forense.

Como visto, o discurso oficial é retórico, o que consiste em dizer que a linguagem é utilizada como estratégia. O meio jurídico é pródigo em verossimilhanças, mas nunca em verdades (HESSEN, 2000, p.33).

Outra característica tipicamente encontrada na filosofia cética é o descrédito ou nenhum otimismo com o futuro. Na realidade, o cético enxerga o presente com as instabilidades funcionais inerentes e assim prefere não apostar no futuro. Acreditaria que, diante de tantas avarias sistêmicas, o que fatalmente sucederá, devido ao problema da legitimidade do judiciário, é um aumento gradativo das insurreições de meios rotativos ao tradicional para solução de conflitos, afastando o jurisdicionado da arbitrariedade dos magistrados.

A questão é: o quadro de complexidade e diferença que surge na sociedade brasileira impede que se possa cogitar uma teoria capaz de solucionar os problemas advindos do direito. As relações jurídicas são intrincadas e os raciocínios silogísticos, apresentados como modelos de decisão, não sugerem a verdadeira complexidade do mundo.

Daí a retórica, campo do meramente opinável, servir como base epistemológica mais confortável que a dogmatização cartesiano-iluminista. O conceito de direito e as instituições jurídicas são engodos, diante da impossibilidade de se tecerem juízos sobre as relações judiciais.

Apenas uma pregação ética - no sentido substantivo do termo - revivendo um humanismo no momento da formação do operador do direito, é que soa como a última esperança. Creio que os cursos jurídicos poderiam repensar a proposta pedagógico-legalista e tratar do justo e do moral ao revés do meramente lícito/ilícito.

É que, da forma como ocorre hoje, tem-se a sensação do dever cumprido; da distribuição de justiça geral e comutativa, quando, no máximo, tem-se a subordinação da sociedade aos quereres intersubjetivos dos julgadores. Quereres, como demonstrado, edificados sob o império dos códigos endógenos e elementos essencialmente não-dogmáticos, que emprestam efeitos devastadores sobre a aplicação da justiça. Alguns desses juízos são claramente oportunistas e disfarçados por técnica retórica e por procedimentos funcionais que vendem uma ilusão de certeza.

Com efeito, as decisões são impostas pela autoridade dos julgadores, as quais, por causa dos posicionamentos ideológicos, são cada vez mais impugnadas; um círculo vicioso que cede pouco espaço para juízos otimistas, e, com isso, a angústia conduz à entropia do poder judiciário.

REFERÊNCIAS

I. Livros, artigos e documentos da Internet.

AARNIO, Aulis. Derecho, racioanlidad y comunicaci3n social: ensayos sobre filosofa del derecho. Traduci3n de Ernesto Garz3n Vald3s e Rodolfo V3squez. M3xico: Fontamara, 1991.

ADEODATO, Jo3o Maur3cio. Bases para uma metodologia da pesquisa em direito. In: Anu3rio dos cursos de P3s-gradua3n em Direito. n.º 8. Recife: UFPE, p.201-224, 1997.

ADEODATO, Jo3o Maur3cio. O problema da legitimidade: no rastro do pensamento de Hannah Arendt. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

ADEODATO, Jo3o Maur3cio. 3tica e ret3rica: para uma teoria da dogm3tica jur3dica. S3o Paulo: Saraiva, 2002a.

ADEODATO, Jo3o Maur3cio. Filosofia do direito: uma cr3tica 3 verdade na ci3ncia e na 3tica. 2.ed. Saraiva: S3o Paulo, 2002b.

ALEXANDRE J3NIOR, Manuel. Introdu3n. In: ARIST3TELES. Ret3rica. Traduci3n de Manuel Alexandre J3nior, Paulo Farmhouse Alberto e Abel do Nascimento Pena. Lisboa: Imprensa Nacional - Casa da Moeda, p. 11-40, 1998.

ALEXY, Robert. Problemas da teoria do discurso. Traduci3n de Jo3o Maur3cio Adeodato. In: Anu3rio do mestrado em direito. n.º 5. Recife: UFPE, p. 87-105, 1992.

ALEXY, Robert Derecho y raz3n pr3ctica. Traduci3n de Ernesto Garz3n Vald3s e Rodolfo Vasquez. D.F M3xico: Fontamara 1998.

ALEXY, Robert. Teoria da argumenta3n jur3dica: a teoria do discurso racional como teoria da justifica3n jur3dica. Traduci3n de Zilda Hutchinson Schild Silva. S3o Paulo: Landy, 2001.

APOSTOLOVA, Bistra Stefanova. Poder judici3rio: do moderno ao contempor3neo. Porto Alegre: Fabris, 1998.

- ARENDDT, Hannah. A vida do espírito: o pensar, o querer, o julgar. Tradução de Antônio Abranches, César Augusto R de Almeida, Helena Martins. 4.ed. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 2002.
- ARENDDT, Hannah. Entre o passado e o futuro. Tradução de Mauro W. Barbosa. 5.ed. São Paulo: Perspectiva, 2003a.
- ARENDDT, Hannah. Condição humana. Tradução de Roberto Raposo. 10.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003b.
- ARISTÓTELES. Tópicos. Tradução de Leonel Valandro e Gerd Bornheim In: PESSANHA, José Américo Motta (org.). Os pensadores. São Paulo: Abril Cultural Editora, p.5-151, 1978a.
- ARISTÓTELES. Argumentos sofisticos. Tradução de Leonel Valandro e Gerd Bornheim In: PESSANHA, José Américo Motta (org.). Os pensadores. São Paulo: Abril Cultural Editora, p.155-197, 1978b.
- ARISTÓTELES. Ética a Nicômacos. Tradução de Mário da Gama Kury. Brasília: UnB, 1992.
- ARISTÓTELES. Retórica. Tradução de Manuel Alexandre Júnior, Paulo Farmhouse Alberto e Abel do Nascimento Pena. Lisboa: Imprensa Nacional - Casa da Moeda, 1998.
- ARISTÓTELES. Política. Tradução de Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2003.
- ASCARELLI, Tullio. Apresentação do Brasil. São Paulo: Edições SAL, 1952.
- ATIENZA, Manuel. As razões do direito: teorias da argumentação jurídica. Tradução de Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy, 2002.
- BAHIA, Luiz Henrique Nunes. O poder do clientelismo: raízes e fundamentos da troca política. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- BALKING, Jack. M. A night in the topics: the reason of legal rhetoric and the rethoric of legal reason. Law's stories: narrative and rethoric in the law, Yale. Disponível em <www.yale.edu/lawweb/jbalking/articles/topics1.html>. Acesso em [28/02/2004], p.211-224, 1996.
- BALLWEG, Ottmar. Retórica analítica e direito. Tradução de João Maurício Adeodato. In: Revista brasileira de filosofia. n.º 163, vol. 39, São Paulo: IBF, p.175-184, 1991.
- BARROSO, Luís Roberto. Interpretação e aplicação da constituição. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2001.
- BERMAN, Harold John. La formacion de la tradición jurídica de occidente. Tradução de Mónica Utrilla de Neira. D.F México: Fondo de Cultura Económica, 2000.
- BÍBLIA. Português. Bíblia de estudo Almeida. Tradução de João Ferreira de Almeida. Bueri: SBB, 1999.

- BITTAR, Eduardo C.B; ALMEIDA, Guilherme Assis de. Curso de filosofia do direito. São Paulo: Atlas, 2001.
- BIZZOCCHI, Aldo. Cognição: como pensamos o mundo. In: Ciência hoje, v.30, n. 175, Rio de Janeiro: SBPC, p.34-40, 2001.
- BOBBIO, Norberto. O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito. Tradução de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodríguez. São Paulo: Ícone, 1999.
- CAFFÉ, Mara. Psicanálise e direito. São Paulo: Quartier Latin, 2003.
- CARRION, Valentin. Comentários à consolidação das leis do trabalho: legislação complementar e jurisprudência. 27.ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- COSTA, Nelson Nery; ALVES, Geraldo Magela. Constituição federal anotada e explicada. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- CUNHA, Paulo Ferreira da. Dialética, tópica e retórica jurídicas. In: Mirandum 14, Porto: Mandruvá. n.14, anno VII. Disponível em <www.hottopos.com/mirand14/pfc.htm>. Acesso em [11/06/03], p.1-14, 2003a.
- CUNHA, Paulo Ferreira da. Miragens do direito: o direito, as instituições e o politicamente correto. Campinas: Millennium, 2003b.
- CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pelegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria geral do processo. 20.ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- CORETH, Emerich. Questões fundamentais de hermenêutica. São Paulo: EPU/USP, 1973.
- COMTE-SPONVILE, André. Apresentação da filosofia. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2002a.
- COMTE-SPONVILE, André. Pequeno tratado das grandes virtudes. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2002b.
- CONCEIÇÃO, Márcia Domingues Nigro. Conceitos indeterminados na Constituição. Requisitos da Relevância e urgência (Art.62 da CF). São Paulo: Bastos, 1999.
- COULANGES, Fustel de. A cidade antiga. Tradução de Fernando de Aguiar. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- DESCARTES, René. Discurso do método e regras para direção do espírito. Tradução de Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2002.
- DUARTE, Écio Oto Ramos. Teoria do discurso e correção normativa do direito: aproximação à metodologia discursiva do direito. São Paulo: Landy, 2003.
- ECO, Umberto. Como escrever uma tese. Tradução de Gilson César Cardoso de Sousa. 17.ed. São Paulo: Perspectiva, 2002.

- ENGLISH, Karl. Introdução ao pensamento jurídico. Tradução de J. Batista Machado. 6.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1988.
- ERLICH, Eugen. O estudo do direito vivo. Tradução de Francisco Luiz Pitta Marinho. In: SOUTO, Cláudio e FALCÃO, Joaquim (orgs). Sociologia e direito. 2.ed. São Paulo: Thomson, p. 109-115, 1999.
- FALCÃO, Joaquim de Arruda. Justiça social e justiça legal: conflitos de propriedade no Recife. In: SOUZA JÚNIOR, José Geraldo (org.). O direito achado na rua. Brasília: UnB Editora, p. 109-120, 1990.
- FARIA, José Eduardo. Os desafios do poder judiciário. In: Revista da USP. São Paulo: USP, n.º 21, p. 46-57, 1994.
- FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. A legitimidade pragmática dos sistemas normativos. In: MERLE, Jean-Christophe e MOREIRA, Luiz (orgs.). Direito e legitimidade. São Paulo: Landy, p. 288-297, 2003.
- FERRAZ JÚNIOR. Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão e dominação. 3.ed. São Paulo: Editora Atlas, 2001.
- FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Apresentação. In: LUHMANN, Niklas. Legitimação pelo procedimento. Tradução de Maria José Corte-Real. Brasília: UnB, p.1-5, 1980.
- FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. Minidicionário da língua portuguesa. 9.ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993.
- FIGUEIREDO, Luiz Carlos de Barros. Direito alternativo x uso alternativo do direito: um falso dilema na realidade atual brasileira. In: Revista da ESMape, n. 15, v.07, Recife: Bagaço, p. 451-480, 2002.
- FURTADO Zélio. Admissibilidade da teoria da imprevisão na jurisprudência brasileira como princípio geral de direito. Recife, PE, 2003. 238f. Tese (Doutoramento em Direito). Universidade Federal de Pernambuco, UFPE.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. Prólogo. In: VIEHWEG, Theodor. Topica e jurisprudencia. Tradução de Luíz Díez-Picazo Ponce de León. Madrid: Taurus, p.11-20, 1986.
- GARCIA MAYNÉZ, Eduardo. Introduccion al estudio del derecho. México: Porruá, 1985.
- GILISEN, John. Introdução histórica ao direito. Tradução de Antônio Manuel Hespenha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1988.
- GOMM SANTOS, Maurício. Formas alternativas para solução de conflitos. In: Revista da ESMape, ano 01, v. 1, Recife: Bagaço, p.190-200, 1996.
- GRAU, Eros Roberto. Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

- GÜNTHER, Klaus. Teoria da argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação. Tradução de Cláudio Molz. São Paulo: Landy, 2004.
- HASSEMER, Windfried. Sistema jurídico e codificação: vinculação do juiz à lei. Tradução de Marcos Keel. In: KAUFMANN, Artur e HASSEMER, Windfried (orgs.). Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, p. 281-301, 2002.
- HART, Herbert. O conceito de direito. Tradução de A. Ribeiro Mendes. 3.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.
- HERKENHOFF, João Batista. Movimentos sociais e direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.
- HESSEN, Johannes. A teoria do conhecimento. Tradução de João Virgílio Gallerani Cuter. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- HORTA, Raul Machado. Direito constitucional. 3.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.
- JOLIVET, Régis. Curso de filosofia. Tradução de Eduardo Prado de Mendonça. 4.ed. Rio de Janeiro: Agir Editora, 1959.
- JUNQUEIRA, Eliane Botelho; CAPELLER, Wanda. Alternativo (direito; justiça): algumas experiências na América Latina. In: SOUTO, Cláudio e FALCÃO, Joaquim (orgs.) Sociologia e Direito: textos básicos para a disciplina de sociologia jurídica. São Paulo: Thomson, p.161-164, p.1999.
- KANT, Immanuel. Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos. Tradução de Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2002.
- KANTOROWICZ, Hermann. La definición del derecho. Tradução de J.M de La Vega. Madrid: Revista de Occidente, 1964.
- KAUFMANN, Mathias. Discurso e despotismo. In: MERLE, Jean-Christophe e MOREIRA, Luiz (orgs.). Direito e legitimidade. São Paulo: Landy, p.94-106, 2003.
- KELSEN, Hans. A teoria pura do direito. Tradução de João Batista Machado. 6.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- LARENZ, Karl. Metodologia da ciência do direito. Tradução de José Lamego. 3.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.
- LAFER, Celso. Hannah Arendt: pensamento, persuasão e poder. 2.ed. São Paulo: Triunfo, 2003.
- LESSA, Pedro. Estudos de filosofia do direito. Campinas: Bookseller Editora, 2000.
- LESSA, Renato. Agonia, aposta e ceticismo: ensaios de filosofia política. Belo Horizonte: UFMG, 2003.

- LIMA, Francisco Gérson Marques de. Contribuições do Supremo Tribunal Federal para a instabilidade do Brasil: estudo de casos. Recife, PE, 2000. 364f. Tese (Doutoramento em Direito). Universidade Federal de Pernambuco, UFPE.
- LINHARES, Juliana. Obrigado, papai. In: Revista Veja. Ed 1.901, ano 38, n.º 16, São Paulo: Editora Abril, p.54-5, 2005.
- LOPES, José Reinaldo de Lima. Crise da norma jurídica e a reforma do judiciário. In: FARIA, José Eduardo (org.). Direitos humanos, direitos sociais e justiça. São Paulo: Malheiros, p.68-93, 1998.
- LOPES, José Reinaldo de Lima. O direito na história: lições introdutórias. 2.ed São Paulo: Max Limonad, 2002.
- LOPES, José Reinaldo de Lima. As palavras e a lei: direito, ordem e justiça na história do pensamento jurídico. São Paulo, SP, 2004. 246f. Tese (Livre docência). Universidade de São Paulo, USP.
- LUHMANN, Niklas. Legitimação pelo procedimento. Tradução de Maria José Corte-Real. Brasília: UnB Editora, 1980.
- MAINGUENEAU, Dominique. Termos-chave da análise de discurso. Tradução de Márcio Venício Barbosa e Maria Emília Amarante Torres Lima. Belo Horizonte: UFMG, 1998.
- MATTA, Roberto da. Carnavais, malandros e heróis: para uma sociologia do dilema brasileiro. 4.ed. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1983.
- MATURANA, Humberto. Cognição, ciência e vida cotidiana. Tradução de Cristina Magro e Victor Paredes. Belo Horizonte: UFMG, 2001.
- MAUS, Ingeborg. O judiciário como superego da sociedade – sobre o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. Tradução de Martônio Mont’Alverne Barreto Lima e Paulo Antonio de Menezes Albuquerque. In: Anuário dos cursos de pós-graduação em direito. Recife: UFPE, p. 125-156, 2000.
- MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Conteúdo jurídico do princípio da igualdade. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- MENDONÇA, Paulo Roberto Soares. Tópica e Supremo Tribunal Federal. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- MONTEIRO, Cláudia Servilha Teoria da argumentação jurídica e nova retórica. 2.,ed. Rio de Janeiro: Lúmen, 2003.
- MORAES, Alexandre de. Direito constitucional. 16.ed. São Paulo: Atlas, 2004.
- MOUTINHO, Luiz Mário Góes. Publicação eletrônica [mensagem pessoal]. Mensagem recebida por <jclaudio@fastmodem.com.br>, em 20 out.2004.

- NAGEL, Thomas. Visão a partir de lugar nenhum. Tradução de Silvana Vieira. São Paulo: Martins Fontes, 2004.
- NEVES, Marcelo. Do pluralismo jurídico à miscelânea social: o problema da falta de identidade da(s) esfera(s) de juridicidade na modernidade periférica e suas implicações na América Latina. In: Anuário do Mestrado em Direito. n. 6. Recife: UFPE, p.313-357 1993.
- OLIVEIRA, Luciano. Ilegalidade e direito alternativo: notas para evitar alguns equívocos. In: SOUTO, Cláudio e FALCÃO, Joaquim (orgs.). Sociologia e direito. São Paulo: Thomson, p.165-172, 1999.
- ORLANDI, Eni Puccinelli. Análise de discurso: princípios e procedimentos. Campinas: Pontes, 1999.
- PATU JÚNIOR, Rui Trezena. Mediação, conciliação e arbitragem: alternativas à prestação jurisdicional convencional. In: Revista da ESMAPE, ano 1, n.º1, novembro, p. 272-309, 1996.
- PEREIRA, Kylce Anne de Araújo. Discricionariedade administrativa e controle judicial: argumentação entimemática e conceitos jurídicos indeterminados. In: Revista da ESMAPE. Recife: Bagaço, Vol. 5, n.º 11, p. 229-246, 2000.
- PERELMAN, Chaïm. Lógica jurídica: nova retórica. Tradução de Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. Tratado da argumentação: a nova retórica. Tradução de Maria Ermentina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- PINHEIRO, José Rodrigues. Qualidade total no poder judiciário. Porto Alegre: Luzzatto, 1997.
- PINTO FILHO, Francisco Bilac M. A intervenção federal e o federalismo brasileiro. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- POPPER, Karl. A lógica da pesquisa científica. Tradução de Leônidas Hegenberg e Octanny Silveira da Mota. 3.ed. São Paulo: Cultrix, 2003.
- PORTANOVA, Rui. Motivações ideológicas da sentença. 3.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.
- PRADO, Lídia Reis de Almeida. O juiz e a emoção: aspectos da lógica da decisão judicial. 2.ed. Campinas: Millenium, 2003.
- RABENHORST, Eduardo Ramalho. A interpretação dos fatos no direito. In: Revista Eletrônica Primafacie. João Pessoa, ano 2, jan/jun 2003. Disponível em <www.cj.ufpb.br/primafacie>, Acesso em [20/12/2003], p. 8-18, 2003.
- RADBRUCH, Gustav. Filosofia do Direito. 5.ed. Tradução de L. Cabral de Moncada. Coimbra: Sucessor Editor, 1974.

- REALE, Miguel. Filosofia do direito. 14.ed. São Paulo: Saraiva, 1991a.
- REALE, Miguel. Lições preliminares de direito. 18.ed. São Paulo: Saraiva, 1991b.
- REBOUL, Olivier. Introdução à retórica. Tradução de Ivone Castilho Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- RIGAUX, François. A lei dos juízes. Tradução de Edmir Missio. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- ROSENN, Keith S. O jeito na cultura jurídica brasileira. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.
- RUSSELL, Bertrand. História da filosofia ocidental. Tradução de Brenno Silveira. São Paulo: Companhia Editora Nacional, Vol.1, 1959.
- RUSSELL, Bertrand. História da filosofia ocidental. Tradução de Brenno Silveira. São Paulo: Companhia Editora Nacional, Vol.3, 1957.
- SADEK, Maria Tereza; ARANTES, Rogério Bastos. A crise do judiciário e a visão dos juízes. In: Revista da USP, São Paulo:USP, n.º 21, p. 34-45, 1994.
- SALDANHA, Nelson. Pensamento jurídico, raciocínio e argumentação. In: Revista da ESMape. Recife: Bagaço, Vol.5, n.º 11, 2000.
- SANT´ANNA, Alayde. Por uma teoria jurídica da libertação. In: SOUSA JÚNIOR, José Geraldo (org.). O direito achado na rua. Brasília: UnB, p. 27-29, 1990.
- SANTOS, Rogério Dutra. A institucionalização da dogmática jurídico-canônica medieval. In: WOLKMER, Antônio Carlos. Fundamentos da história do direito. 2.ed. Belo Horizonte: Del Rey, p.217-237, 2002.
- SCHOPENHAUER, Artur. Como vencer um debate sem precisar ter razão. Tradução de Daniela Caldas e Olavo de Carvalho. Rio de Janeiro: Topbooks, 2003.
- SCHOPENHAUER, Artur. O mundo como vontade e representação. Tradução de Heraldo Barbuy. In: ebooksbrasil.. São Paulo: Acrópolis. Disponível em <www.ebooksbrasil.com/elibris/representacao4.html>, Acesso em [20/01/2004], 2002.
- SICHES, Luis Recasens. Filosofia del derecho. 11.ed. México; Porrúa, 1995.
- SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 22.ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- SOBOTA, Katharina. Não mencione a norma ! Tradução de João Maurício Adeodato. In: Anuário dos cursos de Pós-graduação em Direito. n.º 7. Recife: UFPE, p.251-273, 1995.
- SOUTO, Cláudio; SOUTO, Solange. Sociologia do direito: uma visão substantiva. 3.ed. Porto Alegre: Fabris, 2003.

- SOUZA, Cezar Saldanha. O tribunal constitucional como poder: uma nova teoria da divisão dos poderes. São Paulo: Memória Jurídica, 2002.
- SOUZA JÚNIOR, José Geraldo de. Um direito achado nas ruas: o direito de morar. In: SOUZA JÚNIOR, José Geraldo (org). O direito achado na rua. Brasília: UnB, p.34-35, 1990.
- SOUZA SANTOS, Boaventura de. O discurso e o poder: ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica. Porto Alegre: Fabris, 1988.
- SOUZA SANTOS, Boaventura de. Notas sobre a história jurídico-social de Pasárgada. In: SOUTO, Cláudio e FALCÃO, Joaquim de Arruda (org.). Sociologia e direito: textos básicos para a disciplina de sociologia jurídica. 2.ed. São Paulo: Thomson, p.87-95, 1999.
- STAMFORD, Artur. Da mitologia dogmática da modernidade à prática forense das decisões judiciais. In: BRANDÃO, Cláudio e ADEODATO, João Maurício (orgs). Direito ao extremo. Rio de Janeiro: Forense, p.77-92, 2005.
- STERN, Klaus. O juiz e a aplicação do direito. In: GRAU, Eros Roberto e GUERRA FILHO, Santiago (orgs). Direito constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides. São Paulo; Malheiros, p.505-515, 2003.
- STRECK, Lênio Luiz. Tribunal do júri: símbolos e rituais. 4.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
- STRECK, Lênio Luiz. Hermenêutica jurídica e(m) crise. 4.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.
- VEIGA, Gláucio. Lógica da argumentação. In: Anuário do mestrado em direito. n. 05, Recife: UFPE, p.37-63, 1992.
- VÉRAS NETO, Francisco Quintanilha. Direito romano clássico: seus institutos jurídicos e seu legado. In: WOLKMER, Antônio Carlos (org.). Fundamentos de história do direito. 2.ed. Belo Horizonte: Del Rey, p.113-152, 2002.
- TEIXEIRA, João Paulo Allain. Racionalidade das decisões judiciais. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002.
- TEUBNER, Gunther. O direito como sistema autopoiético. Tradução de José Engracia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993.
- WIEACKER, Franz. História do direito privado moderno. Tradução de Manuel Hespenha. 2.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1967.
- WOLKMER, Antonio Carlos. O direito nas sociedades primitivas. In: WOLKMER, Antonio Carlos (org.). Fundamentos da história do direito. 2.ed. Belo Horizonte: Del Rey, p.19-90, 2002.
- VIEHWEG, Theodor. Topica y Jurisprudencia. Tradução de Luís Díez-Picazo Ponce de León. Madrid: Taurus, 1986.

ZAFFARONI, Eugênio Raul. Poder judiciário: crise, acertos e desacertos. São Paulo: RT, 1995.

II. Jurisprudências dos tribunais e processos em primeira instância.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 6.^a Turma. Recurso Especial. Diferenciando interpretação de valorização de provas. Recurso Especial n.º 54.558-7/RJ. Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro e Tord Tetlie Hanssen. Relator: Ministro Luiz Vicente Cernichiaro. In: Superior Tribunal de Justiça, Brasília. Disponível em <www.stj.gov.br>, Acesso em: 15 mar, 2003.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 6.^a Turma. Nulidade: considerações pessoais do magistrado, como fatos extraídos do processo. Indeferimento. Recurso em *Habeas Corpus* n.º 6190/SP. José Geraldo Nogueira e Tribunal de Justiça de São Paulo. Relator: Ministro Anselmo Santiago. In: Superior Tribunal de Justiça, Brasília. Disponível em <www.stj.gov.br>, Acesso em: 15 mar, 2003.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Inquérito Penal. Precatórios. Sistema Financeiro Nacional. Denúncia rejeitada. Inquérito Penal n.º 1690-0/PE. Ministério Público Federal e Eduardo Henrique Accioly Campos, Wanderley Benjamin de Souza, Jorge Luiz Carneiro de Carvalho, Fábio Barreto Nahoum, Mauro Enrico Barreto Nahoum, Ronaldo Ganon, Wagner Baptista Ramos, Nivaldo Furtado de Almeida e Jairo da Cruz Ferreira. Relator: Ministro Carlos Mário Velloso. Dj 30 de abril de 2003. Diário da Justiça, Brasília, v. 2149, p.287, abr. 2003.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Intervenção Federal. Precatórios judiciais. Não configuração de atuação dolosa e deliberada do Estado de São Paulo com finalidade de não pagamento. Indeferimento do pleito. Pedido de Intervenção Federal n.º 2915-5/SP. Nair de Andrade e outros e Estado de São Paulo. Relator: Ministro Presidente Marco Aurélio de Melo. Dj 28 de novembro de 2003. Diário da Justiça, Brasília, v. 2134, p.11, nov. 2003.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2.^a Turma. Ao examinar a lide, o magistrado deve idealizar a solução mais justa, considerada a respectiva formação humanística. Somente após, cabe recorrer à dogmática para, encontrado o indispensável apoio, formalizá-la. Conhecido e provido. Recurso Extraordinário n.º 111.787/GO. Carlos Alberto Salgado e Outros e Centrais Elétricas de Goiás S/A. Relator: Ministro Aldir Passarinho. Relator para Acórdão: Ministro Marco Aurélio de Melo. Dj 13 de setembro de 1991. Diário da Justiça, Brasília, v. 1633-2, p. 158, set. 1991.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade. Alínea "h" do inciso I, da Tabela "B", da Lei paraibana 5.672, de 17 de novembro de 1992, na redação conferida pela Lei 6.688, de 6 de dezembro de 1998. Medida cautelar indeferida. Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 2.078-1/PB. Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e Governador do Estado da Paraíba e Assembléia Legislativa do Estado da Paraíba. Relator: Ministro Néri da Silveira. Dj 18 de maio de 2001. Diário da Justiça, Brasília, v.2031, p. 638, mai.2001.

- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2.^a Turma. Precatório. Prestação de natureza alimentícia. Artigo 100 caput da Carta da República. Recurso extraordinário n.º 0190519-9/SP INSS – Instituto Nacional do Seguro Social e Juarez de Fátima Adams. Relator: Ministro Francisco Rezek. In: Supremo Tribunal Federal, Brasília. Disponível em <www.stf.gov.br>, Acesso em: 23 ago. 2004.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2.^a Turma. Compete ao Supremo Tribunal Federal julgar todo e qualquer *Habeas Corpus* impetrado contra ato de tribunal, tenha esse, ou não, qualificação de superior. Estupro. Nos crimes contra os costumes, o depoimento da vítima reveste-se de valia maior, considerado o fato de serem praticados sem a presença de terceiros. O estupro pressupõe o constrangimento de mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça. A presunção desta última, por ser a vítima menor de 14 anos, é relativa. Confessada ou demonstrada a aquiescência da mulher e ex-surgindo da prova dos autos a aparência, física e mental, de tratar-se de pessoa com idade superior aos 14 anos, impõe-se a conclusão sobre a ausência de configuração do tipo penal. *Habeas Corpus* 73.662/MG. Paulo Ademar Príncipe Xavier e Outro e Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Relator: Ministro Marco Aurélio de Melo. Dj 20 de setembro de 1996. Diário da Justiça, Brasília, v. 1842, p.310, set. 1996.
- PERNAMBUCO. Justiça Federal, Seção Pernambuco. 1.^a Vara Federal. Ação Revisional de Cláusulas Contratuais c/c Repetição de Indébito e Tutela Antecipada. Processo n.º 2003.83.00.007683-2. Eduardo Bezerra do Amaral e Maria Janete Gouveia do Amaral e Caixa Econômica Federal (SFH). Juiz: Roberto Wanderley Nogueira. DOE de 04 de fevereiro de 2004. In: Justiça Federal de Pernambuco, Recife. p.8-10, fev. 2004.
- PERNAMBUCO. Justiça Federal, Seção Pernambuco. 1.^a Vara Federal. Medida Cautelar Inominada. Processo n.º 970007992-1. Juiz: Roberto Wanderley Nogueira. DOE de 15 de setembro de 1997, In: Justiça Federal de Pernambuco, Recife. Disponível em <www.jfpe.gov.br>, Acesso em: 21 mar. 2003.
- SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Recurso em Ação de Anulação de Doação c/c Indenização, Cessão de direitos e Registro Imobiliário. Apelação Cível n.º 007.512-4/2-00. Elisabete Santaella Labate e outros e Mara Rejane Baptista Labate. Relator: Desembargador César Peluso. In: Tribunal de Justiça de São Paulo, São Paulo. Disponível em <www.tj.sp.gov.br/wps/portal>, Acesso em: 21 mar. 2003.
- SÃO PAULO. Tribunal Regional do Trabalho da 2.^a Região. Prova. Convicção livre do juiz. O conhecimento do juiz, que não deve desprezar as regras de experiência e do que comumente acontece, servem de respaldo à sua convicção, com respaldo legal. Recurso Ordinário n.º 2970442714. Alfredo Antônio de Freitas Neto e Rede Ferroviária Federal S/A. Relator: Juiz Valentin Carrion. DOE 10 de novembro de 1998. In: Tribunal Regional do Trabalho da 2.^a Região. Disponível em <www.trt2r.gov.br>, Acesso em: 21 mar. 2003.

Nome do arquivo: Dissertação do Mestrado_Versão para PDF
Pasta: C:\Documents and Settings\All
Users\Documentos\Pessoal
Modelo: C:\Documents and Settings\João Cláudio\Dados de
aplicativos\Microsoft\Modelos\Normal.dot
Título: JOÃO CLÁUDIO CARNEIRO DE CARVALHO
Assunto:
Autor: user
Palavras-chave:
Comentários:
Data de criação: 19/09/2005 5:23
Número de alterações:15
Última gravação: 07/10/2005 11:03
Gravado por: JC
Tempo total de edição: 83 Minutos
Última impressão: 07/10/2005 11:04
Como a última impressão
Número de páginas: 203
Número de palavras: 50.485 (aprox.)
Número de caracteres: 272.623 (aprox.)