UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

O PROBLEMA DA RAZOABILIDADE E A QUESTÃO JUDICIAL

ROBERTO WANDERLEY NOGUEIRA

RECIFE
2004

UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

O PROBLEMA DA RAZOABILIDADE E A QUESTÃO JUDICIAL

ROBERTO WANDERLEY NOGUEIRA

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito do Recife da Universidade Federal de Pernambuco como requisito parcial para obtenção do grau de Doutor.

Área de concentração: Direito Público.

Orientador: Prof. Dr. Raymundo Juliano do Rego Feitosa

Recife
2004

FICHA CATALOGRÁFICA

340.4 Nogueira, Roberto Wanderley
N778p O problema da razoabilidade e a questão judicial / Roberto Wanderley Nogueira – Recife : O Autor, 2004.
387 f.

Orientador: Raymundo Juliano do Rego Feitosa.

Tese(Doutorado). Universidade Federal de Pernambuco. CCJ. Direito, 2004.

Inclui bibliografia e anexos.
1. Direito – Introdução. 2. Direito – Filosofia. 3. Razoabilidade – Poder Judiciário. I. Feitosa, Raymundo Juliano do Rego. II. Título.

UFPE/CCJ-FDR/PPGD

AVALIAÇÃO DA BANCA EXAMINADORA

O PROBLEMA DA RAZOABILIDADE E A QUESTÃO JUDICIAL

ROBERTO WANDERLEY NOGUEIRA

A Banca Examinadora composta pelos professores abaixo, sob a presidência do primeiro, considera o candidato ~~APROVADO~~ e julga adequada à obtenção do título de Doutor em Direito.

Recife, 10 de março de 2004.

Prof. Geraldo Oliveira Santos Neves, Dr. UFPE

Julgamento: APROVADO Ass.:

Prof. José Rossini Campos Couto Correia, Dr. UnB

Julgamento: APROVADO Ass.:

Prof. Michel Zaidan, Dr. UFPE

Julgamento: APROVADO Ass.:

Prof. José Luciano Góis de Oliveira, Dr. UFPE

Julgamento: APROVADO Ass.:

Prof. Gustavo Ferreira Santos, Dr. UFPE

Julgamento: Aprovado Ass.:

Orientador: Prof.Dr. Raymundo Juliano do Rego Feitosa

DEDICATÓRIA

À memória de uma grande mulher, minha mãe: *Maria Auda*.
O compromisso de continuar a viver sua coragem e o seu amor.

Para *Renata*.
O amor renovado e insubstituível na alegria de nossos filhos (*Camila*, *Roberto Filho*, *Roberta* e *Renato Afonso*), de nosso companheirismo apaixonado, de nossa cumplicidade ideológica e de nossa construção diuturna.

Para *Jarkko Tontti*.
O amigo generoso que fui encontrar às margens do Báltico e que contribuiu decididamente para a realização desta pesquisa.

Para *Edmundo Machado Ferraz*, *José Carlos Farias de Arruda* e *Severino Pessoa dos Santos*.
Amigos diletos, profissionais exemplares, agentes de transformação social.

Para *Carlos Lopes, Múcio Buanafina* e *Lucas Jatobá*.
Amigos de trabalho cuja dedicação e competência orgulha-me compartilhar.

Aos Padres *Edvaldo Gomes*, *Eridian Gonçalves* e *Reginaldo Mazzon*.
Conselheiros piedosos em minha caminhada rumo ao Pai.

ANTELÓQUIO

The evidence is there, documented and overdocumented, and yet it is ignored. But what can we expect of the general citizenry when even the judges themselves seem unaware of their own performances?

Willard Gaylin

Eu não sei como não treme a mão a todos os ministros de pena... Eles são os que com um advérbio podem limitar ou ampliar as fortunas, eles os que com uma cifra podem adiantar direitos ou atrasar preferências; eles os que com uma palavra podem dar ou tirar o peso à balança da Justiça...

Pe. Antônio Vieira

Si los jueces no son conscientes de sus límites, perderemos el Estado de Derecho.

Aulis Aarnio

SUMÁRIO

RESUMO
ABSTRACT
INTRODUÇÃO 10
I. RASTREAMENTO INICIAL. 27
1.1. Pedagogia dos Conteúdos e o Problema Metodológico. 27
1.2. O Mundo das Normas. 44
1.2.1. A Teoria Geral do Direito e os Conceitos Jurídicos Fundamentais.....50
1.2.2. O Ordenamento Jurídico e a Idéia de Sistema. 54
1.2.3. Da Norma Jurídica. Estrutura. Função. Distinções..... 62
1.2.4. O Esquema da Norma Jurídica. 64
1.2.5. A Função da Norma Jurídica. 67
1.2.6. A Criação da Norma Jurídica. 68
1.2.7. A Definição da Norma Jurídica. 69
1.2.8. As Características da Norma Jurídica..... 70
1.2.9. As Espécies de Normas Jurídicas. 70
1.2.10. Norma Jurídica e Norma Técnica. 71
1.2.11. Norma Jurídica e Norma Moral. 72
1.3. Prática Judiciária no Brasil: Um Outro Mundo. 73
1.3.1. Chave para a Construção Acadêmica e Profissional. 86
1.3.2. As "Elites Bacharelescas" e o Problema da Formação 89
1.3.3. A Vocação Decadente. 98
1.3.4. Cilada Dialética. 102
1.3.5. Judiciário, Cidadania e Nepotismo.....106
1.3.6. O "Quinto Constitucional". 116
1.3.7. A (im)Previdência dos Magistrados. 119
1.3.8. Em Causa Própria.....121
1.3.9. Em Tempo de Globalização. 127
II. INTERPRETAÇÃO JURÍDICA E RAZOABILIDADE. 147
2.1. Razão e Autoridade. 147
2.2. Poder de Interpretar: Razoabilidade, Tradição e Sentimento Jurídico. 153
2.3. Apego, Razão e Compaixão.....164
2.4. Razoabilidade Jurídica. 170
2.5. O pensamento de Aulis Aarnio: o Racional como Razoável. 182
III. POR UMA TEORIA DA JUSTIÇA. 203
3.1. Origem Clássica da Idéia de Justiça: a Justiça Platônica.....205
3.2. Sobre "Teoria" e "Generalidade". 212
3.3. "Teoria da Justiça" em John Rawls: Aspectos gerais.....223
3.4. Aspectos Descritivos da "Teoria da Justiça", em Rawls. 225
3.5. Considerações Finais. 240
IV. INFLUXOS MORAIS DO TRABALHO DECISÓRIO. 247
V. SABER COMPARATIVO 263
5.1. Introdução. 263
5.2. Os Grandes Sistemas Jurídicos (Famílias). 267
5.3. Alguns Aspectos Histórico-comparativos sobre a Justiça Britânica. 273
5.3.1. Nepotismo à Distância. 292
5.4. A Teoria do Direito Comparado. 295
5.5. Bases das "Leis para Juízes". 298

5.5.1. Abordagem sobre o Razoável na Questão judicial..... ..... .298
5.5.2. Sobre as "Leis para Juízes". 312
VI. CONCLUSÕES: UMA NOVA ORDEM É POSSÍVEL. 319
6.1. Realidade e Utopia: Entre o Medo e a Esperança, o Exemplo. 319
6.2. A Tese Inconclusa.....326
6.2.1. Conclusões Parciais: Primeira Série.....326
6.2.2. Conclusões Parciais: Segunda Série. 328
6.2.3. Conclusões Parciais: Terceira Série. 331
6.2.4. Conclusões Parciais: Quarta Série. 333
6.2.5. Arremate Final.....334
BIBLIOGRAFIA.....337
Livros. 337
Artigos. 355
ANEXO (O Texto das "Leis para Juízes").....364
ANEXO A (Versão em Inglês do Item 5.5.).....374
Groundings on Domarregler"..... 374
Reasoning Approach on Judicial Benches. 374
The Domarregler"..... 382

RESUMO

NOGUEIRA, Roberto Wanderley. O problema da razoabilidade e a questão judicial. 2004. 387 f. Tese Doutorado – Centro de Ciências Jurídicas/Faculdade de Direito do Recife, Universidade Federal de Pernambuco, Recife.

Em um campo de observação normo-histórico e teórico-prático, observar-se-á uma síntese empírico-racional que confere sentido à pesquisa formulada sobre a experiência jurídico-operacional vista do ângulo do Direito Comparado, demonstrando-se o caráter "acidental" da Justiça nas sociedades periféricas contrapondo-se à previsibilidade nas sociedades desenvolvidas conforme exemplo finlandês ("Leis para Juízes") cujos mecanismos são tomados paradigmaticamente à luz de princípios recorrentes: razoabilidade e judicialidade. Diagramando quadros institucionais periféricos, intenta-se despertar a consciência para transformações, resultando maior aceitabilidade social sobre uma realidade de exclusões e privilégios que, independente da ponderabilidade do Direito Positivo, não atende ao ideal democrático das sociedades modernas. Mediante uma metodologia multifacetada, haja vista objetos e perspectivas da pesquisa, demonstrar-se-á o confronto (complexo) entre mundos distintos: das normas (ideal racional) e outros mundos (fatores empíricos envolvendo operadores jurídicos). "Razão e autoridade" é relação necessária, conciliada, exclui a ficção e o paradoxo. O Direito reservado aos seus operadores, deve conduzir-se corretamente, segundo a orientação de suas fontes, garantindo-se a aceitação dos veredictos que refletem o "pacto social" e o problema ético da justificação. A premissa "causas/formas jurídicas são expressões antropológicas", demonstra-se nos enredos prático-lógicos tratados, sob o crivo da razoabilidade. O Direito revela-se na relação certo/errado que nunca muda, mas varia a aplicação das normas dimensionantes, face à concepção de Justiça. Hipóteses principais: toda Justiça é "acidental", problemática sua administração porque confinada na Filosofia e na Humanidade.

Palavras-chave: Racional – Razoabilidade – Direito

ABSTRACT

NOGUEIRA, Roberto Wanderley. The problem of reasonableness and the judicial matter. 2004. 387 f. Thesis of Doctorate – Centro de Ciências Jurídicas/Faculdade de Direito do Recife, Universidade Federal de Pernambuco, Recife.

In direction to theorectical practical field of normohistoric anthropologic synthesis, rationalism/empirism lay face to face. Also form and substance of different research propositions from experience grounds and so comparative legal studies shows true accidental occurence ("Justice by chance") measured in face of its operator's personality and other basis, and the judges compound judicial matter and not before the institutional structure where they perform their roles by an essential public function. Accidentality points to an environment of social and political deal. Paper has also the responsibility of proposing the visualisation of its sociojuridical and politicoinstitutional implications to diagram the internal basic defficiencies of the local judicial system by means of its administration. Moral health leads to an acceptable judicious activism, that is: reasonable, ethical pattern of the Judiciary everywhere, such as the judicial outside review and other issues prohibiting corporative privileges. To prove an intuitive hipothesys: today's peripherical Judiciary is a conservative power and needs to recycle to well serve the democratic ideology, notwithstendig its ponderous Positive Law and also to deal with reasoning on decision-making. Will might be reached by means the "Domarregler" (Finland). "Right and wrong" never change, but its application from decision-makers which brings unsettling conclusions about the Judges. Reasonbleness attemps to giving them proper guidelines in Law Suit. Thesis demonstrates: legal proceedings are problematic; Justice Administration is by chance, confined in philophical fields and mankind activism.

Key-words: Rational – Reasonable – Law

INTRODUÇÃO

O trabalho que segue objetiva, de acordo com o que preconiza o seu título, equalizar a relação que há de existir entre a prática judicial e o princípio da razoabilidade, o qual, hodiernante, configura padrão normativo previsto explícita ou implicitamente, segundo os diversos Ordenamentos Jurídicos no Estado Moderno e Democrático de Direito. Configurando-se, por natureza, como uma relação problemática, intermediada do elemento humano, comporta demonstrar, de um modo geral e aplicado, que uma cultura legal coerente e justa é o que produz as condições não apenas para o aperfeiçoamento da consciência jurídica de determinada comunidade como para o exato atendimento da Ordem do Direito Positivo. Esta é a tarefa de maior envergadura na presente construção teórica, tarefa que suscita múltiplos argumentos e referenciações, consoante serão aqui sistematizados e apresentados à compreensão no concerto do presente trabalho científico.

Esquadrinhar, ademais, o mencionado princípio, ante a questão judicial, entre modos de abordagem diversos, comparativamente, tanto no que concerne à dicotomia mundo jurídico/mundo dos fatos quanto em relação à contraposição de propostas juspositivas para estabelecê-lo – o princípio da razoabilidade – no plano de cada Ordenamento, traduz um problema metodológico fundamental neste empenho que será, todavia, resolvido interdisciplinarmente. Por isso mesmo, o campo de delimitação do tema é vasto e não raramente acaba por revelar o caráter espetacular de seus objetos também quase sempre em conflito, ante uma multifacetada atmosfera sociológica, jurídica e também filosófica com que serão desenvolvidos os argumentos de justificação do trabalho sem perdimento de valor científico. Este valor está garantido pelo caráter sistemático da pesquisa e de sua apresentação, pela sua deliminação, muito embora extensiva, pelos móveis de originalidade teórica bem assim de abordagens empíricas, absolutamente inovadoras, mediante o emprego de metodologias previstas epistemologicamente.[1]

Sem prejuízo de outros achados, os quais não são poucos e bem por isso inconclusivos, as duas teses principais a demonstrar consistem: no caráter problemático com que são esgrimidos os procedimentos judiciais, ainda quando sob o pálio dos regimes democráticos (1) e na caracterização "acidental" dos veredictos como das diversas formas pelas quais são tomadas as decisões jurídicas, haja vista que seu espectro se acha invariavelmente confinado no campo filosófico o qual sinaliza um permanente porvir, uma utopia, ante a humanidade que os corporifica a cada

[1] Nota: Sobre a metodologia empregada, conferir com o item 1.1, desta Tese.

instante e em todo o lugar (2). Sobre isto, verificar-se-á que o chamado à transformação, notadamente nas sociedades periféricas[2], requer a pureza do sentimento jurídico expresso pela correção com que se exercita o Direito em razão de suas fontes e valores bem como da aceitabiliade dos veredictos que reflete o "pacto social" e o princípio da razoabilidade que agasalha o problema da justificação, crucial nesta pesquisa.

E já para fundamentar a premissa segundo a qual causas e formas jurídicas são expressões da experiência humana, a Tese cristaliza diversas situações práticas e lógicas para explorar as origens, o progresso assim como os princípios do Direito sob o crivo da razoabilidade, aprofundando, em grande medida, argumentos diagnósticos anteriormente estabelecidos em sede diversa.[3] A propósito, o Direito é revelado como plexo de princípios (normatividade) sobre as noções do certo e do errado que nunca mudam, mas a aplicação das normas que as dimensionam e as estratificam varia conforme as mudanças sociais, as condições econômicas e de acordo com a própria concepção de Justiça formulada seja pelo indivíduo seja pelo grupamento social. Por isso mesmo e nada obstante os diferentes povos, culturas, ideologias, experiências e sentimentos que são chamados à aplicação do Direito em todo o tempo e lugar, mediante procedimentos apriorísticos, lógico-dedutivos como dessume da Teoria das Normas, ainda assim não fora possível o atingimento de enunciados definitivos sobre a discricionariedade dos poderes dos Juízes e o seu efetivo balizamento legal. Pelo contrário, o método legal, pela sua indeterminação, constitui motivo para o fomento de teorias acerca da razoabilidade jurídica, como princípio, visando estabelerem guias seguras para o exercício do papel dos Juízes no Estado Moderno sem prejuízo de sua clássica independência, atributo ínsito à condição de julgar. Aulis Aarnio tem papel fundamental nessa produção teórica e a sua

---

[2] Nota: A periferia econômica mundial situa nações ainda descoladas de seu próprio destino político-econômico. Assim, possuem soberania mitigada. Por isto, interagem de modo quase vassalo às ações oriundas das economias centrais: euro-americano-asiáticas. Assim como em todos os casos de economias periféricas de índole capitalista, a América Latina e particularmente o Brasil, em que a formação das classes socias datam do período colonial e são, pois, antecedentes da formação do Estado nacional, sempre estiveram a reboque nas grandes transformações da dinâmica da acumulação de capitais, bens e serviços, assim como das conseqüentes transformações tecnológicas. A luta que, hodiernamente, se trava em escala planetária é no sentido da inserção das sociedades periféricas aos sistemas econômicos centrais. Conflitos nem sempre democráticos se estabelecem por razão desse propósito, enquanto vicejam gritantes desigualdades e hipossuficiências entre as populações que ocupam esses espaços geopolíticos menos desenvolvidos e, pois, menos livres. As diferenças, outrossim, tendem a se agravar em face da luta permanente entre as forças conservadoras e as progressistas; luta que, aliás, reflete em diversos setores da sociedade periférica, inclusive o Poder Judiciário, enquanto instituição de Estado, e no grau de satisfação de sua gente.

[3] (Nogueira, 2003: 17, 56 *et passim*).

obra constitui respaldo substancioso para o desenvolvimento desta pesquisa.

Outrossim, também constitui objetivo desta Tese demonstrar acerca das variáveis de excelência desses concertos, tomando por base uma dupla realidade teórico-jurídico-institucional: a dos países periféricos com ênfase para o sistema brasileiro e o sistema finlandês, a partir do exame de suas "Leis para Juízes" e, sobretudo, do festejado pensamento do autor finlandês mencionado no parágrafo anterior. Neste ponto se chega ao cerne dos questionamentos que haverão de suprir o plexo argumentativo o qual desenhará o plano do trabalho. Incríveis situações empíricas serão descritas como suporte da argumentação teórica estabelecida ao longo dos Capítulos e dos itens que o integram, em relação de conjunto, e conformam a sua arquitetura lógica pela razão do elemento descritivo consorciado às finalidades já esclarecidas da pesquisa. Por que "razão e autoridade" nem sempre caminham juntas nas construções jurídicas? Que fatores permeiam a consciência dos operadores de modo a que se permitam espiritualizar-se diante das ocorrências que lhes são submetidas à consideração, quando outros paradigmas lhes seriam esperados? O que fazer para evitar a imponderabilidade das decisões jurídicas e, ao mesmo tempo, garantir que elas se tornem expressões as mais aceitáveis e, pois, socialmente legítimas, enfim, racionais? Em que medida o aparelho do Estado conspira contra a sua concepção de origem e a crescente complexificação do tecido social? Quais as causas que transformam sociedades abertas e regimes democráticos em apanágio de farisaísmos atávicos? Na contrapartida, o que produzem determinadas sociedades politicamente desenvolvidas para garantir a si próprias taxas de excelência na configuração dos veredictos ali produzidos em sua previsibilidade legal? Afinal, por que sociedades, como a finlandesa, ostentam precisão conceitual bem como previsão operativa em seus mecanismos jurídicos de tal modo que são capazes de reduzir a índices desprezíveis a criminalidade e de elevar à otimização a sensação de conforto e satisfação de seus membros, ante o papel dos agentes políticos? No que divergem essas culturas e o que propiciam no fazer judicial? Como migrar do subdesenvolvimento para a plena razoabilidade na condução dos negócios do assim denominado Estado-Juiz? E em que medida o Estado brasileiro, pelas suas ineficiências e pelo seu histórico, desatende à ideologia democrática, nada obstante a ponderabilidade de seu Direito Positivo? Todas estas questões, além de outras, serão enfrentadas ao longo do trabalho.

Com efeito, os esforços desenvolvidos nesta Tese foram ordenados, com fidelidade, em um sentido, a observar no campo teórico-prático e sob um necessário enfoque

multidisciplinar[4] nos quais se põem frente a frente, dialeticamente, racionalismo[5] e empirismo[6], forma e substância dos vários enunciados de pesquisa (a partir do exame da experiência), o verdadeiro sentido prático e o alcance que tem encontrado a Justiça formal no Brasil contemporâneo: de eficácia acidental, medida em face da personalidade e das virtudes de seus operadores (especialmente dos Juízes); não, propriamente, em decorrência do estabelecimento histórico de uma estrutura institucional na qual – justo por constituir uma expressão da cultura humana e, pois, do racional – os mesmos atuam os seus papéis junto a uma função essencial de Estado.

Apontando tal acidentalidade, induvidosamente, para um ambiente de crise social e política, justifica-se também este trabalho em face da ingente responsabilidade de propor a visualização de suas implicações sócio-jurídicas e político-institucionais para diagramar, o quanto baste, as mazelas de base interna do sistema judicial nacional, classificado como periférico porque de algum modo primitivo, por forma a erradicá-las (as mazelas), mediante a tomada de consciência dos operadores jurídicos ("Lembrai-vos que sois homens!") e a adoção de alguns procedimentos que se vão delineando como indispensáveis para a saúde moral das instituições judiciárias do país; a exemplo do Controle Externo e Social do Judiciário e da edição de normas de vedação e sancionamento explícitos sobre práticas de tipo provinciano, como o nepotismo, além de outros privilégios corporativos que afrontam de modo permanente o sentimento republicano sob cujo espírito se acha assentado o constitucionalismo brasileiro. Lamentavelmente, o país é uma República que não consegue realizar-se a si mesma na prática de seu potencial funcional assim como de suas características.

Noutro sentido, buscar-se-á esquadrinhar as perspectivas reais de transformação social, quanto ao assunto proposto, no espaço filosófico por onde transita o gérmen da razão e os fluxos e postulados de toda racionalidade no Brasil e em toda parte, mais ou menos intensamente, segundo a orientação histórico-cultural da comunidade jurídica correspondente. Daí o caráter duplamente problemático, consoante será demonstrado, da

[4] Nota: síntese normo-histórica e antropológica.

[5] Nota: O termo "racionalismo" não implica em uma definição precisa. Há diversas variantes para acomodar sua inteira compreensão, a partir do exercício racional que é o emprego da razão para a construção do conhecimento. De um modo geral, representa uma faculdade do espírito, a possibilidade de produzir imagens e representações mentais, armazená-las memorialmente, atitude que define o campo do conhecimento *a priori*.

[6] Nota: O termo "empirismo" designa a capacidade, também racional, do conhecimento mediante a experiência prática.

associação entre o princípio da razoabilidade e o papel judicial.

Sobre isso, Stammler relata que viveu em meados do século XIX um Juiz muito sensível chamado Carlos Göshel. Tratava-se de um homem reflexivo que se esforçou, intensamente, para estabelecer, em seu ministério profissional, o melhor dos fundamentos que fosse capaz de encontrar para a solução dos casos, segundo uma atitude moral que era a própria linha mestra de sua conduta: a incorporação da idéia do amor – ou do solidarismo universal – aos problemas do Direito e da Justiça.[7] Sobre a "bondade" como atributo ontológico da condição humana, Rosenfield: "A razão por que Deus permite o mal reside na economia geral do universo. Como a vontade antecedente de Deus está necessariamente voltada para o bem, se o mal existe, é porque há uma fundamentação para que assim seja, sendo esta a condição de existência do mundo."[8]

Pretende-se, sobre o mais e por tudo o que resultar enfrentado nesta tarefa acadêmica, provar uma hipótese até bem intuitiva: a de que o Poder Judiciário brasileiro hodierno é um Poder conservador[9] e que, em face disso, precisa reciclar-se para bem servir à ideologia democrática em que se supõe enquadrado o país, dado o ponderoso registro de seu Direito Positivo, razão de ser da própria Administração da Justiça.

Como se pode claramente deduzir, um sentido de unidade para este discurso acadêmico se acha presente na tentativa de elaboração de um quadro descritivo de seu próprio objeto, partindo-se da *observação participativa*[10], de um lado, para abordar com maior segurança e precisão aspectos de uma realidade institucional contra a qual se intenta opor resistência sistemático-teórica, algo revolucionária e, de outro, justapor diversas ilustrações experimentais, como dito anteriormente, embora encaradas, doravante, como meras descrições topográficas, dentro em uma abordagem teórica razoavelmente eficiente, de tipo interdisciplinar, também referida, em torno dos assuntos que lhes são consectários.

Dessa forma, a aparente fragmentação do trabalho resolve-se na proporção direta do caráter essencialmente fragmentário do seu próprio objeto, cuja etiologia se pretende explorar. Assim, o trabalho proposto é preponderantemente exploratório, não simplesmente definitório.

Outrossim, tais fragmentos voltam-se, no sentido de uma sistematização mínima, para uma tripla perspectiva temática: *formal* (a), na qual se propõe uma visão mais ou

[7] (1980a: 124, 125).
[8] (1990: 31).
[9] Nota: "Protofascista", segundo a linguagem de Gomes (1995: 24/09).
[10] Nota: Ver item 1.1.

menos abrangente das dificuldades estruturais com as quais a Administração da Justiça no Brasil é forçada a cumprir o seu papel (quadros de Juízes, relações institucionais, serviços etc.); *ética*[11] (b), por vezes subjacente e sem identificação com os problemas teóricos de antes aventados (embora estritamente correlacionados nesta Tese), como também sem a pretensão de formulações epistemológicas puras, na qual se propõe, por isso mesmo, a diagramação aplicativa do concerto moral motivante de tais situações; e *prática* (c), em cujo ambiente se propõe o exame de casos concretos e de várias dentre as infindáveis relações efetivas, reais, dos atores sociais em jogo, como por isso os diversos modos de como se manifesta, implica e repercute, a operacionalização do aparelho judicial brasileiro, por exemplo, dos sistemas da periferia latino-americana, em face de três valores básicos: o conhecimento, a verdade e o valor da Justiça. Sobre isto, uma severa advertência de Sebastián Soler, acerca do quadro argentino, também periférico: "*las más goseras desviaciones de la Constitución y de la ley pueden entre nosotros invariablemente invocar el patrocinio de un hombre importante, generalmente de un universitario. El problema de la Argentina es grave no porque haya que educar al 'pueblo' sino porque hay que educar a los educadores del pueblo, las dificuldades se encuentran en los níveles más altos. Allí es donde el derecho ha merecido poco apoyo y hasta encontrado palavras y sobre todo hechos de directo menosprecio.*"[12]

Do enfrentamento conjugado dos temas, segundo essa tríplice perspectiva e mediante o *by pass* recorrente do problema da razoabilidade, o qual subjaz a todo o trato discursivo espraiado na obra, é que estará garantido o espírito crítico essencial com que a Tese é elaborada sob o pressuposto de que a figura do Juiz é a "*viva vox iuris*", no dizer de Ferrara[13], ou, ainda, o "ministro do sentido", na visão de Rigaux[14], não sendo, por isso mesmo, satisfatório que um Direito se baste ao exclusivo conteúdo de suas leis, dado que uma tal perspectiva implicaria, paradoxalmente, em permitir que o vício se transforme em virtude. Sobre isso, o gênio de Einstein: "Tenho forte amor pela justiça, pelo compromisso social. Mas com muita dificuldade me integro com os homens e em suas comunidades. (...) Conheço com lucidez e sem prevenção as fronteiras da comunicação e da harmonia entre mim e os outros homens. Com isso, perdi algo da ingenuidade ou da inocência, mas ganhei minha independência. Já não mais firmo uma opinião, um

[11] (Vázquez, 1990: 5, 14).
[12] (*apud,* Malbran: 1978, 53)
[13] (1978: 111).
[14] (2000: 305, 306).

hábito ou um julgamento sobre outra pessoa. Testei o homem. É inconsistente."[15]

Do mesmo modo, a presente Tese busca explicar que uma "Teoria Jurídica" somente se consubstancia quanto às suas abordagens lógico-críticas, seja da realidade de seus objetos seja de sua principiologia. Esse esforço, pelo que se revela de seus pontos principais, importa em uma tríplice aproximação epistemológica: em primeiro lugar, objetiva-se unir perspectivas empíricas de descrição de dados à generalização conceitual de uma racionalidade universal; depois, divisa-se a ligação indissolúvel entre Direito e Moral, intentando-se, sobre isso, aproximá-los, institucionalmente, mediante a prática necessária de um conhecimento ético ao lado do domínio das técnicas jurídico-dogmáticas; e, finalmente, se aceita o postulado de que toda gnosiologia, a partir da visão do sujeito cognoscente, tem uma tarefa otimizadora acerca do conhecimento dos dados, responsabilizando-se, este, pela permanente fecundação participativa na qual o próprio sujeito cognoscente precisa sugerir, criticamente, como melhorar os objetos por ele conhecidos, na linha de Freire.[16]

Uma última advertência ainda quanto aos aspectos teóricos a enfrentar: alguns assuntos podem passar por repetitivos ao longo dos diversos itens da Tese. Terá sido impossível, julga-se, melhor sistematizá-los em função da inafastável intimidade entre eles, requerendo constantes releituras e reenvios, dado que se agrava em face das propostas de multidisciplinariedade com que se empreende este trabalho como interface à construção de uma trilogia que se iniciou com a conclusão do programa de Mestrado do autor e se ultimará nos estudos de pós-doutoramento. O importante é ter presente que, por vezes, uma simples nuança passa, no contexto, a assumir sua própria e essencial singularidade, sua tipicidade compartida com tantas outras tipificações as quais vão conferindo, por isso mesmo, sentido à mencionada repetição.

Por outro lado, uma curiosa ironia do destino acabou devolvendo o autor destas linhas à Faculdade de Direito do Recife – na qual se graduou em 1980 – em uma ocasião em que já não alimentava muita esperança em também concluir os estudos de pós-graduação, justamente porque envolvido com as atividades da Magistratura. Tendo, pois, deixado a Academia para dedicar-se à vida profissional (talvez um tanto precocemente e isso é uma lição que vale às novas gerações de juristas, especialmente aos moços), a ela retornou para consolidar, teoricamente, o aprendizado forjado na experiência da dor junto às fundações do sistema

[15] (1981: 10, 11).
[16] (1994: 29/05).

jurídico-estatal, para tanto se louvando do preclaro ensinamento de Gorki: "Um escritor pode criar tão brilhantes retratos de pessoas típicas somente se possui bem desenvolvidos os poderes de observação, a capacidade para encontrar semelhanças e descobrir diferenças, e se está disposto a aprender, aprender e aprender."[17]

E foi mesmo com o ânimo de reciclar a aprendizagem, de aprofundar o conhecimento e de contribuir para o desenvolvimento científico no âmbito das atividades do Poder Judiciário[18] que submeteu seus esforços de pesquisa social, sua prática jurídica e acadêmica, mas, sobretudo, sua observação à "Casa de Tobias Barreto"; atitude que, iniciada no Curso de Mestrado, se renova mais copiosamente no ciclo de estudos doutorais em vias de conclusão, sem prejuízo de posteriores pesquisas as quais desaguarão no ciclo de uma trilogia, formatando-as em definitivo. Esta perspectiva teórico-classificatória explica, em parte, a atitude de incluir, no presente texto, escritos produzidos originalmente em língua instrumental, como consta do item 9.1 (Anexo A), assim como de citações expressas de autores diversos, consoante sirvam como *by pass* a novas e almejadas incursões, conclusivas da tarefa intelectual em curso.[19]

Intenta-se, nesta Tese, consoante, já pelo título, se pode, grosso modo, deduzir, avançar na elaboração um tal plano de pesquisa que de nenhuma forma se preste a desviar o curso de suas abordagens, como, de resto, de sua leitura, do seu âmbito de validade teórica e própria, ainda quando ocasionalmente esse esforço possa parecer mais problemático, e até mesmo espetacular, em função de alguns pontos de interseção que associam argumento teórico e manifestação prática local e hodierna, os quais precisarão, todavia, ser enfrentados com a mesma determinação epistemológica com que são analisados objetos abstratos do saber. Em um primeiro momento, esse enfrentamento resulta de uma aborgagem diagnóstica do fenômeno judicial brasileiro, periférico, objeto de estudos anteriores aqui incluídos. Em um segundo passo, estudos doutorais incorporam, de acordo com a presente Tese, à panóptica desse diagnóstico o princípio da razoabilidade e a visão comparativa de Direitos Nacionais diversos submetidos a culturas diversas, produzindo efeitos diversos. O porvir, além do mais, situado em pesquisas avançadas e mais específicas sobre o assunto, migrará para a perfeita

[17] (1984: 35).
[18] Nota: Além do Magistério Universitário, o autor exerce a carreira de Magistrado.
[19] Nota: À evidência, o perfil em parte conservador da redação original do texto apresentado tem, quanto à sua circulação, um sentido acadêmico puro por efeito de publicação fora do país em que novas pesquisas deverão ser procedidas. Por isso, o texto mereceu ser traduzido ao vernáculo, ainda que de modo livre. Acresce-se, outrossim, ao corpo do trabalho, o Anexo A (Capítulo IX) constando dita redação instrumental, originalmente empreendida.

compreensão de sistemas jurídicos eleitos como paradigmáticos, porquanto exemplares de uma eficiência e previsão jamais atendidas em sistemas jurídicos provenientes das sociedades periféricas. Portanto, que eventuais retraços ilustrativos, aportados às inúmeras temáticas coligidas no presente trabalho, até porque uma tal postura científica é reclamada pelo objeto central da Tese, ou seja, a razoabilidade jurídica como problema, sejam visualizados segundo uma descrição típica e universal, a dizer, "categórica", no sentido de Kant[20]; nunca pessoal ou mesmo vinditária, consoante não conviria ao espírito do saber elaborado por possuir um formato de precisões metodológicas, conceituais e terminológicas, além de jamais agasalhar as espiritualizações, o plexo de toda e qualquer afetividade.

Este último enredo, aliás, constitui suprema antinomia diante do Direito que se pretende justamente explorar para garantir ao homem, em suas atuais e futuras gerações, a plenitude da vida. O grande problema da tarefa está em topografar a realidade de dados atuais, sendo ainda ativos os seus protagonistas ou parte deles. Descontaminar o discurso de sua impureza passional e passionalizadora para consagrar a cientificidade que dele deve ser extraída e a neutralidade reclamada pela lógica do pensamento elaborado, tem parecido a este autor atitude bem menos penosa do que aquela de encarar as diversas suscetibilidades que povoam as paixões e os ódios, pessoais, por vezes, e corporativos, quase sempre, daqueles atores sociais dos quais se disserta, ainda que os textos respectivos lhes preservem a identificação, que a evidência histórica e antropológica dos desatinos institucionais acaba revelando, bem ou mal, de todo modo.

Ao apresentar, no âmbito acadêmico, este trabalho à Comunidade Científica como conclusão do Curso de Doutorado em Direito pela Faculdade de Direito do Recife, muito em que pesem as circunstâncias especiais acima descritas, não é movido o autor senão por um espírito notadamente de pesquisa e de integralização das obrigações curriculares e regimentais pertinentes. Assim, seu mais proeminente objetivo neste esforço guarda, na realidade, um perfil modesto e não reúne a pretensão de estar à altura dos

[20] (1989: 108, 110). Nota complementar: As categorias kantianas são os assim chamados "conceitos puros do entendimento" que diferem das apropriações empíricas do saber e dos conceitos de igual natureza. Na *Crítica da Razão Pura*, Kant estabelece uma distinção muito clara entre conhecimento puro, categórico ou apriorístico, e conhecimento empírico, haurido da experiência (*op.cit.*: 36, 37). A proposição de previsibilidade das decisões jurídicas, especialmente quando tomadas pelas agências judiciais, traduz-se como uma categoria, um *a priori*, que se busca descrever nesta Tese, dentre outros enunciados, em conflito com a realidade dessas práticas funcionais específicas, notadamente nas sociedades periféricas ou em desenvolvimento, que apresentam taxas elevadas de contaminação e impureza da experiência social e política.

grandes cultores do Direito que passam, com brilho fulgurante, por essa Escola Jurídica e do que é debitada à sua própria tradição. Portanto, a contribuição doravante oferecida, mediante esta Tese, é no sentido de um testemunho, franco e leal, por certo, baseado na observação participativa do próprio autor, especialmente no Brasil, mas também na Finlândia, onde realizou estudos aplicados para a construção destes argumentos, e nos seus achados sobre os enredos da atividade do Poder Judiciário também no Brasil, em contraponto a um escorço comparativo de semelhantes padronização e envergadura, mas com diferentes linhas etiológica e cultural – caso do sistema judicial e da cultura jurídica encontrados da República da Finlândia para onde o autor se dirigiu a fim de perseguir suas pesquisas de campo.[21] Estas, ademais, proporcionaram, já no estágio em que se encontram, como dito, o suprimento de dados necessários ao aperfeiçoamento do presente trabalho científico, além de uma abordagem, tão definitiva quanto possível, acerca do problema da razoabilidade nesse ambiente funcional específico e também comparativista, no fazer lógico e justificado das diversas decisões sob o indefectível encargo dos Juízes.

Levando em consideração aspectos já consolidados da Teoria da Argumentação e da Fundamentação Jurídicas, da lógica e do Direito Positivo no âmbito do Estado Democrático de Direito, constitui vocação suprema destes esforços de prospecção e narrativa científicos compreender, por meio de análise demonstrativo-explicativa, tão mais universalmente quanto possível, as defecções e dificuldades as quais os sujeitos de direito, destinatários do "Poder dos Juízes"[22], acabam tendo de absorver no espaço do *socius* em grande medida frustrando as expectativas hauridas do Contrato Social[23] e mesmo de toda racionalidade

[21] Nota: Viver na República da Finlândia, nada obstante sob frio intenso - incomum aos padrões tropicais - e por alguns poucos meses, foi, talvez, uma das mais felizes experiências jamais vivenciadas pelo autor desta Tese e pela sua família. Lá se aprendeu a viver plenamente a democracia, no sentido de Comparato (1999: *passim*). Perdeu-se algo da notabilidade pessoal, com a qual se estava acostumado no Brasil, um país de contrastes vergonhosos. Ganhou-se muito em cidadania, ainda que como estrangeiros em um país prenhe de reservas à imigração. Problemas, sim, houve. Mas eles não foram suficientes para impedir a realização de um sonho de pesquisa avançada, um ideal a atingir que antes parecia utópico e que a presente Tese, bem ou mal, vem consagrar. Foram desafios que, hoje, se reconhece como não obstacularizadores da marcha em favor do conhecimento. A melancolia desta lembrança só pode ser reduzida, ante a certeza da existência de um país e de uma sociedade assim tão especiais e tão decentes do ponto-de-vista do conhecimento, da filosofia, das ciências, das artes, do cultivo caprichoso do meio ambiente e do respeito absoluto à diversidade humana, suas crenças, condições, opções e à natureza, da cidadania plena, do orgulho nacional, da história, da multiplicidade de línguas, e, sobretudo, de um Direito justo e efetivo que a tudo isso sintetiza.

[22] (Dallari, 1996: 85, 94 *et passim*; Zaffaroni, 1995: 78, 99; Atienza, 1997: 1, 35 *et passim*)

[23] (Rousseau, s/d: 47, 50).

instrumental e ética. Além do mais o trabalho se ocupa de propor, ao mesmo tempo, algumas perspectivas de mudança, em face das quais terá sido possível pensar na reconstrução do edifício da Administração da Justiça, entre nós os que formamos as comunidades jurídicas periféricas e editamos o pensamento jurídico vigente, especialmente na sociedade brasileira, como operadores profissionais do sistema ou como teóricos do conhecimento jurídico.

Esses objetivos todos, no entanto, podem ser sintetizados na proposta de vencer aquela que se supõe a última etapa de uma carreira voltada principalmente para a docência e que se traduz por estabelecer o epílogo de uma luta que se iniciou com o exercício profissional junto à Magistratura local ainda no ano de 1982 e que se transformara, daí por diante, progressivamente, em "laboratório" para o ensino jurídico sob encargo do autor, a par dos inúmeros episódios de enfrentamento institucional e histórico com que o mesmo se deparara em sua vida profissional, ora também em parte registrados no presente trabalho.[24]

Recolher cada experiência relevante condizente com o objeto e com o contexto desta abordagem de fato complexa, sistematizando-as todas em um quadro de tipicidades justificadas, ademais, pela modelagem teórica interdisciplinar que as suporta para viabilizar a permanente reconstrução dos padrões de conduta institucional com os quais se acredita ser possível alcançar a paz social – que não é a dos cemitérios[25]–, reflete também e principalmente uma função documentadora desta Tese. Isto não parece pouco, haja vista a escassez doutrinária e bibliográfica em torno do assunto proposto bem como a pouca disposição dos atores sociais em formalizar a história de suas próprias circunstâncias e dos episódios nos quais se viram envolvidos.

A páginas que seguem espelham, sobretudo, um sentimento: o de acreditar que vale a pena proporcionar as condições para que o Estado Moderno floresça e repercuta sob um regime de plena transparência operacional e justificação. De todas as suas funções, seguramente aquela reservada aos Juízes, pela Teoria Constitucional e do Estado, é a que mais reclama aprofundamento, ante o maior grau de distância comunicativa com a própria comunidade jurídica destinatária, em face do viés técnico que essas funções judiciais naturalmente contém e porque é cediço que os seus operadores não se preocupam, de regra, em reduzir os abstracionismos de sua linguagem hermética, tecnocrática e geralmente insuscetível a controle eficaz, notadamente se de âmbito interno. Nas sociedades periféricas, como vem a

[24] Nota: Ver nota nº 592.
[25] (Nogueira, 1981: 12)

ser o caso brasileiro – e já denunciando o estágio em que esta sociedade se encontra –, Juízes se jactam de terem proferido decisões eruditas, "ilegíveis" aos olhos da cidadania apartada. Enquanto isso, alunos de Direito julgam que não o conhecem, porque sentem dificuldade de redigir brocardos jurídicos, preferencialmente em latim.

Abrir esse horizonte muito fecundo em razão de seus mistérios antropocêntricos parece atitude tão urgente quanto inadiável; acolhendo-se, sobre isso, o superior ensinamento de Maynez: "*La paz verdadera, la seguridad genuína y el orden estable solo pueden florecer intramuros de un Estado justo.*"[26]

É, quiçá, a tarefa mais proeminente a que se lança o autor nesta Tese.

Por isso mesmo, convém, inicialmente, explicar algo de como surgiu o assim denominado Projeto-Finlândia, ante a construção do presente trabalho.

Pois bem. Quando se intenta teorizar acerca da distribuição da Justiça no Ocidente e, especialmente, nos países periféricos em que um maior controle social dos atos dos agentes públicos ainda tarda em face de diversas conjunturas políticas desfavoráveis ao "solidarismo", costuma-se sublimar a condição humana como fator preponderante desses desvios da ordem do racional que essa mesma condição outrora instituíra. Realmente: "*The distinct feature of modern law is its aspiration to effectively determine social development. Instead of being sporadic, contingent, and coincidental, modern law works systematically, rationally, all-encompassigly, and effectively. The effectiveness of the law is based on the fact that it is the principal tool that modern administration works with. The modern state is a state of law, 'Justizstaat'*"[27]

Tal processo, que visa traduzir o Estado Moderno como um autêntico Estado de Direito, mediante esforços de aproximação, se encerra em uma certa "sacralização" do aparelho judicial, por vezes velada, por vezes explícita; no entanto, uma "sacralidade" sempre artificial como se fosse verificável, cientificamente, que a instituição judiciária perseguisse, de modo necessário e muito embora composta de pessoas que, em grande medida, aceitam a discricionariedade, como que sem exceção, por se tratar de um fundamento da tradição humanística[28], o ideal de Justiça, estimado por todos os povos, em todos os tempos e lugares, nada obstante as diversas perspectivas que esse ideal acaba produzindo às representações mentais do indivíduo e das coletividades; a dizer: segundo a

[26] (1977: 481)
[27] (Pihlajamäki, 1997: 237).
[28] (Gaylin, 1974: 195).

historicidade de cada topografia social que se pretenda examinar de acordo com as realidades do agrupamento. Nesse contexto é curial que diversas formas de preconcepções vão sendo delineadas espontaneamente por forma a perverterem, em algum sentido mais ou menos intensamente, a noção do ideal de Justiça, mediante a prática do Direito. Sobre isso, Gaylin: "*To remove prejudice from a society we have to know its causes and roots, which we do not. However, even were we to discover the very causes of prejudice, it may well be that they are inextricably bound into the nature of man and his social institutions.*"[29]

A pretensão, assim, é também o de justapor esses dados e conclusões – objeto de experiência profissional-judiciária[30] e de pesquisa comparada –, a algum tipo de organização jurídico-política que já se definira recentemente, na dissertação *Justiça Acidental – Dissecando a ética de sua operacionalização*, deste autor, como "pós-revolucionária", porque participativa e eficaz, em contraponto ao que se pode, ordinariamente, observar nos sistemas subdesenvolvidos, rotulados de democracias formais, porém, ainda primários em seus aparelhamentos de Estado e funcionamento, como ressaltado, com maestria, pela lucidez sistemática do pensamento de Zaffaroni[31], quanto aos modelos "empírico-primitivos" de judicatura e a casuística latino-americana, suportado, no país, pela altivez moral e excelência científico-jurídica de Dallari[32], ao discorrer sobre a "tradição paralisante" do Judiciário brasileiro, ante a realidade da composição de estratos oficiais geradores de verdadeira anomia, por força da qual segue-se o estabelecimento de um regime de mesquinharias que é incompatível com a idéia mesma de Justiça. Por isso, graves injustiças e embotamentos político-sociais, além de outras sérias contradições, têm sido observados, sob um tal signo anacrônico, pré-moderno, quase feudal, a exigir resistência de forma a que, novamente, se possa garantir, à atuação do Poder Judiciário, pressuposto desta Tese, seu espaço político de mediador privilegiado e reconhecido dos conflitos sociais, dado que encerra sua própria categoria.[33]

---

[29] (1974: 196).

[30] Nota: Ao lado da legislação, dos precedentes, do ensino jurídico e da dogmática jurídica, a prática jurídico-profissional também constitui modo de aquisição da tradição legal. No limite, todo o arcabouço dessa transmissão ontológica do Direito reflete e lida com a linguagem pela qual ele é comunicado em seus elementos constitutivos e em sua fundamentação lógica e axiológica. Na linha do pensamento de Aulis Aarnio (*apud,* Tontti, 1998: 29). Além disso, Tontti lembra com propriedade: "*all human activity is profoundly liguistic and it is impossible to go beyond language.*" (*op.cit.*: 31)

[31] (1995: 119, 140).

[32] (1996: 5, 7).

[33] (Apostolova, 1998: 17, 22).

A partir de inicial pesquisa bibliográfica na área do Direito Comparado, o autor foi estimulado, ante as suas impaciências intelectuais com o plano local, pelas descrições de René David sobre *Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo*[34], a partir de cuja obra pode iniciar um levantamento teórico-prático segundo o qual a República da Finlândia, depois visitada, em especial, dadas suas peculiaridades geopolíticas e culturais[35], logrou a construção de um sistema que, senão perfeito no sentido da excelência judiciária, se consagrou, outrossim, naquela sociedade, como próximo do ideal concebido, universalmente, para uma autêntica Administração da Justiça, a dizer: "*loyalty to law, which is especially characteristic of Finnish legal culture*".[36] Uma cultura jurídica, aliás,

[34] (David, 1972: 131, 132, *et passim*).

[35] Nota: A República da Finlândia é um país nórdico com etnia não-escandinava. Sua língua principal, o finlandês, oficialmente falada junto com o sueco, não pertence ao tronco das línguas indo-européias, refletindo sua base ugro-finesa. Incorporou rudimentos dos três grandes sistemas do direito positivo (Romano-germânico, *Commo-law* e Soviético) e, junto com a Suécia, ainda dispõe, embora hoje com um forte apelo meramente histórico, de um circuito de "Leis para Juízes" ("*Domarregler"*) que pode ser traduzido como uma estrutura de leis gerais, em certa medida equalizadas, teoricamente, com as disposições principiológicas ou meta-jurídicas da Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro – LICCB, e que se prestam, também teoricamente, a muitas respostas éticas quanto à eficácia no atendimento da Ordem Jurídico-positiva e da inteira razoabilidade na arte do proceder judicial, dados que se denotam como carências recorrentes da realidade institucional de países socialmente subdesenvolvidos, como certamente é o caso do Brasil. Visando à perfeita composição do espectro também comparativo desta Tese, as denominadas "Leis para Juízes" serão descritas e comentadas mais adiante (item 8.5.). Além disso, esta tradição provém do Direito Romano e do Antigo Testamento dos quais o bispo sueco Olaus Petri, à época da dominação sueca sobre a Finlândia, em meados do século XVI, retirou a maior parte de suas máximas axiológicas. Assim: "A idéia de fazer prevalecer, sobre as regras particulares da lei, certas fórmulas gerais, parece à primeira vista encontrar uma justificação na Suécia e na Finlândia." (David, 1972: 131). As "*Domarregler*" ou "Leis para Juízes" são precedências da legislação processual finlandesa e sueca ("*Law Book*"), respectivamente, de acordo com uma antiga tradição que data do século XIII e sistematizadas no século XVI por Olaus Petri, como dito acima (Aarnio, 1991: 26). Embora jamais tenham recebido, efetivamente, força de lei cogente, resultando, pois, de uma formulação histórica, o facto de estarem inseridas, há séculos, em edições oficiais de leis suecas e finlandesas cristalizou uma cultura jurídica bastante pertinente no sentido da perfeita obediência ao sistema legal, restringindo, por isso, ainda de acordo com Aarnio, a arbitrariedade que é o mesmo que "azar" e resulta da imprevisibilidade. (*op.cit.*: idem) Sem perceber, este autor não entendia bem o verdadeiro alcance dessas "Leis para Juízes". Era, porém, a própria explicação para o acentuado fomento histórico da tradição jurídica dos povos nórdicos. Uma cultura legal apropriada e justa é o que produz as condições para o perfeito atendimento da Ordem Jurídica. Por isso, as balizas de outrora ("*Domarregler"*), sem perder sua referência histórica bem como figurando na legislação hodierna, tampouco perde sentido e utilidade. A atividade judicial que, embora silenciando quanto a esse registro em suas formulações decisórias, atua de conformidade a ele, executa-o de modo espontâneo, ancilar, implícito, por efeito da base cultural em que se acha assentada a sociedade finlandesa em que é plena a cidadania. Sobre isso, ademais, ver item 5.5., desta Tese.

[36] (Aarnio, 1997: 11).

enraizada desde as bases mais antigas da Filosofia do Direito, ali concebida e praticada como um radier de sustentação do pensamento e das práticas jurídicas, sob inspiração do jurista Otto Brusiin, tendo separado, claramente e desde então, duas ordens de consideração a respeito do crucial problema da razoabilide jurídica (tardiamente incorporado no pensamento jurídico universal): o "mundo" jurídico como abstração científico-normativa (categórico) e o "mundo" empírico (experimental) dos Juízes como produtores de decisões que têm o escopo de eliminar as tensões sociais em choque, através da composição dos litígios a partir dos casos concretos. Por isso, também sempre se distinguiram, no plano do conhecimento jurídico, uma "ordem jurídica" (baseada nas relações de poder e autoridade) e um "sistema jurídico" (baseado nos esforços de conhecimento teórico da Ciência Jurídica). Como assevera Tontti: "*Even though Brusiin claimed that the task of the judge is also linked to the theoretical sphere, he was still of the opinion that the separation between these two is real and important.*"[37]

Sobre isso e com os mesmos propósitos acadêmico-pedagógicos que fizeram parte integrante das peças-ensaio elaboradas como forma de acesso, então positivado, ao Programa de Licenciatura em Direito[38], da Faculdade de Direito da Universidade de Helsinki (*Helsingin Yliopisto*), em razão do que foram empreendidas pesquisas de campo, assim como teóricas, em um processo acadêmico conjugado a este Curso de Doutorado, ao qual também se associa a Universidade Católica de Pernambuco, pelo seu Departamento de Ciências Jurídicas do qual faz parte este autor, mediante a liberação e o reconhecimento de um programa de capacitação docente específico, ante os esforços instituicionais que vêm sendo implementados nessa Universidade no contexto de um plano maior de re-qualificação pedagógica e capacitação docente.

Tais pesquisas, naturalmente, ensejaram a absorção não só da legislação mais geral e dos princípios informadores daquele sistema, como promoveram, empiricamente (por observação), um experimento de eficácia jurídica plena e indiscutível que valerá, sobre o mais, para o balizamento das transformações sociais de cuja falta se ressente a

---

[37] (1998: 32).

[38] Nota: Pelo sistema finlandês, o Programa de Licenciatura em Direito (*Licenciate in Laws*) pela Faculdade de Direito da Universidade de Helsinki possui dignidade acadêmica de Doutorado e permite aos seus graduados o exercício das profissões jurídicas em geral, salvo a Cátedra Universitária e a Judicatura na Suprema Corte. O Doutorado, propriamente dito, equivale ao Programa de Habilitação Pós-doutoral e à Cátedra alemães, possibilitando ao egresso responder pela Cátedra de Universidade finlandesa e ao exercício supremo da Magistratura. O sistema também reconhece o Programa de Bacharelado em Direito com duração de 03 (três) anos e habilitação para os serviços administrativos do Poder Público em geral. Essas habilitações, no entanto, não prevalecem, de per si, em relação aos não nacionais.

sociedade brasileira e, na extensão, das sociedades latino-americanas, como um todo, pois estão secularmente submetidas a domínios político-econômicos de natureza imperialista. Além do mais, ficou por demais esclarecido que o berço do racionalismo jurídico é nórdico e tem na obra do Professor Aulis Aarnio[39], felizmente ainda vivo, uma de suas maiores e mais respeitadas expressões.

Uma atitude, aliás, somente possível em face do contingenciamento físico da pesquisa empreendida no formato *sandwish*, com remissão a experiências interposicionadas e comparativas. Agora, entende-se melhor acerca das resistências contra uma jornada tão distante e diferenciada, ao mesmo tempo tão penosa quanto dispendiosa. Por que a Finlândia? Terá sido a indagação mais recorrente que o autor deste trabalho teve de responder inúmeras vezes durante o ciclo da pesquisa no Brasil e no Norte Europeu. Por isso mesmo, colhe-se desta oportunidade para, de uma vez por todas, responder àquela indagação: porque tanto maior a diferença, maiores as chances de erradicá-la.

Disto resulta que uma apresentação topográfica considerável fica também assegurada nesta introdução para uma melhor compreensão dos enredos e conteúdos da presente Tese cujo fio condutor se pode traduzir, outrossim, como uma "ironia do destino" e o Projeto-Finlândia como um de seus mais interessantes resultados.

Na seqüência, o leitor será remetido aos prolegômenos fáctico-teóricos e comparativos, relativos ao assunto doravante versado, não sem antes poder dispor de uma visão importantíssima acerca do problema metodológico enfrentado na consecução deste trabalho, em parte já prenunciado linhas atrás por móvel instrumental desta pesquisa.

Ao leitor cabe, agora, explorar a obra, ciente de que as passagens de autores estrangeiros, quando colhidas a partir do original e se refiram ao problema da razoabilidade sob a óptica dos sistemas jurídicos nórdicos, conservarão essa forma, haja vista a natureza doutoral deste trabalho e a sua finalidade exclusivamente acadêmica. Além disto, a documentação para as "Leis para Juízes", pela primeira vez debatidas no Brasil, se encontra no Anexo constante do Capítulo VIII, de acordo com a sua primeira versão em língua inglesa sob encargo do jurista finlandês Jarkko Tontti. No mesmo sentido, os itens relativos a esse debate (Bases das "Leis para Juízes")[40] mereceram tratamento especial por duas razões: o caráter interno e exclusivamente acadêmico da obra e a necessidade de avançar nessas pesquisas como elemento de complementação de uma trilogia que está em curso desde o advento de *Justiça*

[39] (Aarnio, 1991: 236, 288 *et passim*; 1997: 187, 216)

[40] Nota: Item 5.5 ("Bases das 'Leis para Juízes'") que inclui os sub-itens 5.5.1. ("Abordagem sobre o Razoável na Questão Judicial") e 5.5.2. (Sobre as "Leis para Juízes").

Acidental – nos Bastidores do Poder Judiciário.[41] Todavia, para atender exigências protocolares estabelecidas à defesa pública da presente Tese, acrescenta-se o Anexo A ao corpo do texto (Capítulo IX), nela fazendo-se figurar a versão do que fora originalmente redigido em língua instrumental.

Finalmente, comporta observar que a Tese oferece diversas conclusões, conforme está disposto no seu Capítulo VI; todas parciais, por se tratar, o texto, de uma peça em permanente construção, portanto, inconclusa e justificativa da trilogia também anunciada. Todavia, uma tal inconclusão não afeta, também por isso, o valor científico do trabalho porque, em suma, ele reconstrói, por certo tão fragmentariamente quanto seja o seu objeto, as bases para o correto proceder judicial e sinaliza para as necessidades de mudança quanto aos parâmetros já ultrapassados, os quais reclamam atualização por força a eliminar as impurezas dos sistemas jurídicos, especialmente daqueles que informam as sociedades subdesenvolvidas ou periféricas, estas que têm muito a recolher dos sistemas em que predominam instituições que, embora fortes, não transpareçam como que absolutas e infensas à oxigenação social, caso do sistema jurídico da Finlândia que vem sendo paradigmatizado desde o advento das denominadas "Leis para Juízes" ("*Domarregler*").[42]

[41] Nota: O título remete à Dissertação com que o autor obteve o grau de Mestre em Direito pela Faculdade de Direito do Recife no ano de 1996, em seu conteúdo estritamente exploratório, diagnóstico da realidade local sobre o seu objeto (Nogueira, 2003: *passim*). A presente Tese constitui a interface de uma trilogia que está em curso e deverá ser concluída com a pesquisa exaustiva e em campo do sistema jurídico finlandês aqual deverá ser integrada de uma acurada tradução para língua portuguesa das assim denominadas "Leis para Juízes" ("*Domarregler*").

[42] Nota: Conferir, Anexo (Capítulo VIII).

I RASTREAMENTO INICIAL

1.1 Pedagogia dos Conteúdos e o Problema Metodológico

O presente Capítulo disporá, inteiramente, sobre os dados teóricos com que a atuação judicial se realiza em dois mundos, ora definidos como o "Mundo das Normas" e "Um Outro Mundo".

Em primeiro lugar, não se pretende enveredar para um estudo aprofundado da Teoria das Normas Jurídicas, até porque não será este o objetivo primordial do trabalho, mas descrever alguns de seus enunciados mais ou menos relevantes para a facilitar a compreensão desse "mundo" de abstrações em que a ação judicial deve ser planificada e a ele manter-se jungida em função das expectativas de Justiça construídas pela sociedade.

No contraponto, "um outro mundo" segue apresentado segundo arquétipos de conduta que não se têm como prever eficazmente, ante o teor humano e medular da ação judicial em estudo. Os "outros mundos" possuem, portanto, múltiplas perspectivas. Estas se revelam segundo várias ordens e podem estar consorciadas ou isoladamente consideradas nos diversos argumentos de sustentação a serem na seqüência discorridos. Fatores político-ideológicos, sociais, antropológicos, éticos e até psico-afetivos, além de religiosos, podem e freqüentemente penetram à razão julgadora para retirar-lhe a diretriz com que deveria modernamente fazer conter, diretriz sintetizada no princípio da razoabilidade, o qual também aqui será estudado.[43]

A relação entre esses "mundos" por onde transitam os formadores de decisão jurídica, especialmente os Juízes, é pendular e varia de acordo não apenas com os humores e a fortaleza interior com que a autoridade exercita as suas funções político-jurídicas como, de resto, pela razão dos fatores anteriormente dimensionados.

Com tais sedimentos, torna-se mais fácil o caminho para que o leitor possa avançar, sem risco de incompreensão, nos aspectos mais aprofundados do assunto, escritos nos Capítulos que seguem, entre os quais se incluem o exame da "Crise de Magistrados" por efeito da crise social, com todos os desdobramentos que se demonstraram possíveis de levantar e a incessante busca por uma "Teoria da Justiça", justificativa das mesmas apreensões deste trabalho, o trato dos "Influxos do Comportamento Judiciário", além de um percuciente "Estudo de Casos Empíricos" e outros escorços com os quais serão

[43] Nota: Conferir, item 2.2.

demonstradas as diversas hipóteses a respeito do assunto aqui trabalhado.

Por outro lado, no que pertine ao problema metodológico os esforços que aqui serão desenvolvidos revisitam os quadrantes de um campo comum de atuação dos diversos segmentos da sociedade, o Direito Positivo mediante cuja referência *autopoiética*[44] resulta justificado o controle racional da vida do *socius* por meio de normas jurídicas claras[45], com repulsa da autotutela em face do sentimento jurídico cristalizado à consciência de todos e de cada um, porque titulares de inteligência objetiva.[46]

O problema metodológico que terá de ser enfrentado para o desenvolvimento da presente Tese, portanto, consiste em uma dupla referenciação lógica: a dimensão epistemológica de quadros institucionais que situam retórica e responsabilidade pública em ambientes contraditórios (1) e a arte de produzir ciência a partir do método da observação participativa em meio refratário à vanguarda solidária e intergrupal(2), a saber:

(1) O Estado Moderno chamando a si o monopólio da legislação e da jurisdição, assim o de sua própria administração, põe, no contraponto, à disposição da comunidade jurídica alguns mecanismos de sustentação dessa intersubjetividade em um quadro de controle tido como racional, objetivo e previsível de modo a evitar, em teoria, o florescimento de sentimentos atávicos que consistem em antinomias da Ordem.[47] Sobre isto, Bobbio declara: "o Direito não tolera antinomias"[48]; e sendo que o Estado mais não é do ponto-de-vista jurídico-positivo do que o próprio Direito como sistema de regras de conduta imponíveis coercitivamente pelas quais se editam deveres jurídicos vinculantes, deduz-se que um conceito não poderia infirmar o outro e vice-e-versa, dado que o Estado é a própria Ordem Jurídica nesta dimensão epistemológica.[49] Por tal efeito, todo Estado será considerado como Estado de Direito: "que se justifica pelo fato de fazer o Direito."[50] Já a idéia de Estado Democrático de Direito – o destino natural do que se pode chamar de pós-modernismo político-jurídico – resulta de uma visão ideológica, se bem que positiva, mas nem por isso menos subjetiva e, portanto,

---

[44] Nota: Neologismo criado pelos biólogos Maturana e Varela, incorporado por Luhmann, significando "que se faz a si mesmo" (Luhmann, 1990: 149).

[45] Nota: A Lei não comporta conteúdo ambíguo, obscuro ou vago, devendo resultar em uma estrutura dotada de objetividade por força a se tornar conhecida da comunidade jurídica a qual se destina em seus comandos deônticos.

[46] Nota: Qualidade, caracterizada na capacidade de armazenar idéias, sentimentos e vontades e de editá-los, segundo critérios de conveniência, que torna o homem um ser superior em relação aos demais viventes.

[47] (Nogueira, 2003: 57, 58).

[48] (1989b: 81)

[49] (Kelsen, 1976: 385, 390; 1990: 190, 191).

[50] (Kelsen, 1976: 384).

afastada da vocação primária do saber científico que é a objetividade e a exatidão; para valer, a Ordem Jurídica não pressupõe uma anterior fonte normativa, bastando-se a si própria.

O Estado e sua Ordem Jurídica assumem, por abstração clássica, o gerenciamento da disciplina sobre a condução intersubjetiva sob uma crença invariável de fomento à paz social e à elevação moral da sociedade, segundo a ética dos valores tradicionais.

Interessa neste trabalho a investigação sobre os motivos e as causas, alinhados exemplificativa e comparativamente, a começar da justaposição dos contrários descritos no itens 1.2 e 1.3, desta Tese, que desencadeiam a ineficácia de todo esse aparato institucional, frustrando as expectativas sociais em torno de um ideário instrumental político-jurídico cada vez mais complexificado ante as exigências da pós-modernidade. Por isso mesmo, interessa prosseguir no posicionamento argumentativo que revela uma crise de paradigmas entre realidades jurídicas diversas, incorporando a idéia de razoabilidade e de justificação do próprio fazimento jurídico, para enredar soluções que apontem ao mesmo tempo para o conhecimento e a solução dos quadros institucionais em exame. Interessa, por isso, comparar o quadro instrumental e retórico da estrutura e das funções de Estado ligadas à jurisdição com uma inexcedível responsabilidade social do juiz sob cuja sombra se agasalham as responsabilidades política e jurídica desse mesmo operador no sentido de Cappelletti.[51] A tríplice perspectiva dessas responsabilidades que se somam à carga jurisdicional em todo Ordenamento Jurídico sob a forma de Estado de Direito, especialmente quando democrático, pode ser sintetizada no problema da justificação e da razoabilidade com que os Juízes se conduzem, portanto, mais ou menos previsivelmente em seus ministérios respectivos, diminuindo a carga de discricionariedade e, no limite, evitando o arbítrio.

Este trabalho persegue o sentido da investigação das grandes contradições do sistema jurídico como decorrência do sistema político em função de cujos efeitos o crédito social se vem paulatinamente esgarçando no Brasil como, de resto, nos demais países que ainda não conheceram os sinais da plena civilização, pelo que habitam entre desigualdades atrozes e aleivosias de toda ordem. O cenário de toda discussão, embora contemplado interdisciplinarmente, não pode deixar de ser o Direito Positivo (o mundo jurídico), pois é a partir de seus dados normativos, de sua estrutura, que se pode obter a certeza objetiva e teórica acerca das mazelas que minam a respeitabilidade do próprio Estado Moderno, sobretudo de seus agentes; notadamente os espaços

[51] (1989: 35).

geopolíticos de maior resistência, aberta ou velada, ao princípio do razoável. Sobre isto, serão destacados, pela atitude concreta ou potencializada, o papel dos Juízes e a sua emblemática estrutura de poder, assim na periferia social como em países melhor desenvolvidos politicamente.

Procurar conhecer, enfim: "O porquê do divórcio entre as elucubrações abstratas do positivismo jurídico e o sentido ideal da segurança e da Justiça é do que presentemente se ocupa. Sobre isso, uma tese que parece fundamental ao conteúdo deste trabalho: tão mais intransigente quanto for o corpo de Magistrados no atendimento das suas altas responsabilidades de Estado – social, jurídica e política –, mediante o cumprimento isento da lei para compor as situações sociais em litígio, mais aproximado se torna esse corpo dos anseios de permanência e de ordem da sociedade para a qual está a serviço. Noutras palavras: o que salva o Direito e, por decorrência, o Estado, é a sua exata compreensão que cede, naturalmente, a tipos de interpretação coerentes com as suas respectivas fontes, com a lei, não com o que se intente que tais fontes, ou a lei, afinal digam."[52] No caso, pode-se dizer, em oposição ao princípio da razoabilidade.

Por outro lado, é cediço que o tratamento histórico da ciência jurídica conflui invariavelmente para uma vinculação necessária com a política. Por isso, Savigny: "*las máximas políticas son investigadas como fundamentación de la ley. Mas la jurisprudencia permanece siempre como objetivo principal. Pero se puede concebir también la jurisprudencia para ejercer una crítica de la política, para una comparación de la legislación con su resultado y, por tanto, para emitir un juicio sobre las máximas políticas.*"[53]

Ressalta-se que o conhecimento científico é um sistema elaborado de conhecimentos, tanto mais quanto possível, daí resultando o seu caráter essencialmente dinâmico e relativo cuja aspiração maior é a formulação de enunciados universais por meio de uma linguagem capaz de comunicá-los também fielmente, inclusive e principalmente no que se refere à regência, nominativa ou essencial, dos objetos de sua construção, dos objetos científicos.[54]

De acordo com o caráter ordenado do conhecimento científico, alinhavam-se os seguintes passos na construção lógica de seu edifício: "1 – *Absorção ou sensorialização*,

---

[52] (Nogueira, 2003: 59, 60).
[53] (1979: 34).
[54] Nota: A linguagem científica deve ser entendida como uma estrutura de comunicação objetiva, um feixe de símbolos conotativo-denotativo-representacionais com o qual são apresentadas as leis do pensamento elaborado segundo determinado tipo de rotina procedimental e metodológica.

'ato de apreensão sensorial', no dizer de Vilanova,[55] que se refere à captação, pelo agente cognoscente, do objeto do conhecimento em operação; 2 – *Processamento anímico*, pelo qual se oferece ao conhecimento a oportunidade de sofrer representações junto ao espírito pensante (atributo primário da inteligência objetiva); 3 – *Proposição, enunciado e juízo*, por meio de cujos elementos o agente intelectual formula, propondo, enunciando, julgando, um determinado juízo de valor constituído em uma operação mental elaborada de fixar, achar e estabelecer certo atributo, predicado, ao objeto que fora, antes, captado sensorialmente pelo próprio agente do conhecimento, para conferir-lhe uma ordem, uma dimensão, positiva ou negativa; 4 – *Emissão do juízo de valor*, constituída pela projeção eficaz (exterior) deste através da utilização de uma estrutura de símbolos (linguagem) suficiente à sua comunicação, carregando consigo, além do mais, os sinais culturais de sua formulação; note-se, ainda, que nada havendo como absolutamente neutro a toda e qualquer valoração, todo juízo constitui, necessariamente, um juízo de valor; sendo assim, ao ser emitido um juízo, ou uma proposição ou um enunciado, dado o seu sentido lógico comum, tal emissão terá de implicar uma conotação, um sentido translato ou subjacente como produto de sua intrínseca historicidade." [56]

A complexidade da formação do conhecimento científico, portanto, é diretamente proporcional à complexificação de seus objetos. O Direito, enquanto categoria científica, certamente não escapa desta máxima universal. Vilanova ensina: "Há um *quantum* de lógica no Direito positivo, mas o Direito é mais que lógica. Com isso, previne-se o declive para o formalismo que, justificado como *formalismo lógico*, exacerba-se em descomedido *formalismo jurídico*."[57]

Entende-se, pois, ainda com Nogueira, que: "nas considerações jurídicas não se pode dissociar, senão apenas didaticamente e em função de algumas premissas metodológicas não excludentes, a realidade que povoa o fenômeno jurídico como seu conteúdo material que justifica e dá sentido ao próprio Direito. Sendo o Direito função (distributiva de Justiça e organizadora da sociedade ao fomento da paz social), mas também estrutura (estabelecida à formulação jurídico-normativa de uma determinada Ordem Jurídica interna), é curial que tudo o que penetra ao fenômeno jurídico, como dado complexo, interessa ao seu exame, eis que radica indissociavelmente em seu universo. Desta forma, não é possível que, a pretexto de alienado rigorismo formal, supérfluo, em natureza, porque

[55] (1977: 1).
[56] (Nogueira, 2003: 62, 63).
[57] (1977: XXII).

dissimulando circunstanciais psicologismos de controle[58], o Direito sofra uma redução categórica de tal maneira intensa e grave que se precipite à desnaturação. E é justamente por não se pretender o subjetivismo que assim há de resultar o exame do fenômeno jurídico em sua inteireza."[59] Todavia, é necessário que uma atitude bastante cautelosa seja de fato assumida, pois: "Quando o jurista é convocado a definir-se sobre um problema humano, não pode evitar a interveniência da sua própria condição humana no ato de julgar."[60]

No mesmo sentido da obra de Nogueira: "Considera-se, então, plenamente justificado como campo da atividade de pesquisa bibliográfica o Direito Positivo no Estado de Direito (Estado = Direito), haja vista que o que se pretende não é exatamente combater a lógica do discurso normativo[61], como sistema com que a sociedade burguesa está estruturada, mas demonstrar que os supostos dados de precisão e verificabilidade ali introjetados são, a rigor, de todo refutáveis, pois 'nada há em nossa inteligência que não haja entrado nela por meio dos sentidos'.[62] Assim o Direito, que é dirigido ao homem, é por ele mesmo operado e neste sentido perde, é claro, sua pureza nominativa, em face das circunstâncias antropocêntricas que governam a existência do próprio homem. Fica evidente, pois, que a pesquisa jurídica não há de negligenciar os fatores subjacentes ao fenômeno de igual natureza – sem risco de invasão psicológica (subjetivismo) –, pois esses fenômenos a tanto não se limitam. O só lamentar a insubmissão do método sobre esta amplitude não faz qualquer sentido; antes, é necessário enfrentar o objeto normativo que abomina o agnosticismo sobre aspectos de seus conteúdos materiais, de suas essências, sem o que dito objeto não existiria como categoria do pensamento."[63] Afinal, o homem, para quem o Direito existe como ciência da cultura, possui uma natureza eidética[64], razão mesma de ser da essência ético-moral das normas jurídicas[65] que o Judiciário deve perseguir para garantir a plena eficácia de sua função maior: "a redução das incertezas do sistema político pela absorção das tensões cristalizadas nos interesses em conflito"[66], segundo uma multiplicidade de objetos que traduz, aliás, a delimitação da presente pesquisa e o

[58] Nota: A referência sugere o domínio vinditário ou subjetivo do homem pelo homem paradoxalmente através das normas jurídicas, domínio que se pode expressar tanto coletiva, quanto individualmente.
[59] (*op.cit.*: 63, 64).
[60] (Xavier, 1981: 303).
[61] (Kalinowski, 1975: 15, 30).
[62] (Popper, 1975: 14).
[63] (2003: 64, 65).
[64] (Modin, 1980: 8).
[65] (Diniz, 1985: 56, 64).
[66] (Nogueira, *op.cit.*: 65).

fomento à interdisciplinariedade compartilhada de métodos científicos aplicáveis.[67]

(2)De seu turno, diagramando o espírito na arte de produzir ciência qualificada, a sociologia encerra mecanismos de pesquisa capazes de conferir maior segurança e maior grau de verificabilidade acerca do conteúdo do presente trabalho, haja vista o emprego de métodos para a obtenção dos dados do conhecimento perseguido sem resvalar para o terreno das puras especulações filosóficas. Por isso, Weber define a sociologia como: "*una ciencia que pretende entender interpretándola, la acción social para de esa manera explicarla causalmente en su desarollo y efectos.*"[68]

A observação participativa é um desses métodos sociológicos o qual pode ser visto, desde que prudencialmente empreendido, como a mais antiga e, ao mesmo tempo, a mais moderna das técnicas de pesquisa.[69] Pesquisas podem, no entanto, ser desenvolvidas sob a utilização de mais de um método. Uma óptica multidisciplinar que encontra nesta Tese, ante a sua natureza, pleno assentimento.[70] De acordo com lapidar assertiva de Einstein: "Por despertar a idéia de causalidade e de síntese, a pesquisa científica pode fazer regredir a superstição."[71]

Dentre todas as possibilidades de método, tratar-se-á, com acuidade, do denominado "método da observação", justamente em função da experiência profissional deste autor; uma espécie de observação inicialmente "não-controlada", migrando para a observação "controlada" como refere Souto[72], mas sempre com autorizada participação, embora em meio refratário à auto-crítica, como soi ocorrer à Magistratura brasileira, dado que se não permite, ao menos em teoria, o envolvimento emocional, por constituir esforço de neutralidade bastante difícil de ser obtido e nem por isso impossível de sê-lo; dessa forma deve o emocional servir apenas como tônus à formação do saber e não como fundamento às constatações ora produzidas, eis que não é possível racionalizar a paixão, enquanto será sempre possível apaixonar-se pela empresa do racional.

O que se tentará produzir, pois, nas linhas que seguem assim como no que se analisou anteriormente está orientado pela lógica "paixão sobre a razão" e não por sentimento inverso (que já deixará de ser lógica), porque, afinal: "a busca apaixonada da verdade é de todo incompatível com a timidez intelectual."[73]

---

[67] (Borges, 1994: 36, 37).
[68] (1984: 5).
[69] (Souto, 1985: 53, 54).
[70] Nota: Os dogmáticos chamariam de óptica "sociológica" (Kelsen, 1990: 175).
[71] (1981: 209).
[72] (1985: 54, 55).
[73] (Borges, 1994: 20).

Desse modo, a força da argumentação empreendida obedece, o mais fielmente quanto possível, à natureza dos próprios objetos trabalhados em sua complexidade. Acautela-se, ademais, que uma tal complexidade pode conduzir a uma falsa impressão, como produto da superficialidade da leitura ou da ideologia que contamina o espírito do leitor: a de que os temas ora tratados o são de forma pictórica, cênica, espetacular. Pois, os enredos com os quais se vão demonstrando, explicando e projetando os cenários do conhecimento específico, conteúdo desta Tese, traduzem, não raro, componentes antropológicos e políticos quase sempre dissociados de seus paradigmas.[74] É esse regime de contradições arraigadas, sedimentadas na cultura funcional das sociedades periféricas, que pode ser debitado, assim, de toda perplexidade haurida deste esforço de pesquisa interdisciplinar.

Pode-se avançar, agora, na justificação da metodologia empregada. Pois bem. A observação é o método de pesquisa que pressupõe a iniciativa do pesquisador, segundo participe do fato cuja descrição ou explicação definirá o conhecimento eficaz sobre o mesmo objeto. No mesmo sentido de Gorki: "comecei a escrever devido à pressão que exercia sobre mim a 'vida de pobreza e tristeza' e porque tinha tantas impressões que não podia deixar de escrever".[75] Assim, é mesmo na observação que se inicia a pretensão de desenvolver discussões científicas. Para Riley: "É na observação que se baseiam todas as ciências, pois é da colheita de dados que podemos detectar elementos característicos do objeto de estudo e, por consequência, dar sentido às mensurações realizadas".[76]

Na esteira desses ensinamentos, também um conteúdo ético há de ser cristalizado e repercutido a partir da observação como método de análise e de pesquisa sociais. Com efeito, a proximidade do pesquisador com os beneficiários de muitos desses projetos pode ser condição essencial para a realização de um testemunho legítimo e abalizado. É essa proximidade que torna possível compreender as pressões e dificuldades do objeto e do campo analisados e, por isso, também daqueles que recepcionam a carga desse objeto. No caso do Poder Judiciário, entender por dentro, nos "bastidores", as causas de sua crise é móvel justificativo para tomadas de posição social que reordenem o quadro adrede revelado por essa técnica. É o que sucede, com exemplo, com o trabalho de muitas Organizações Não-Governamentais (ONGs). Estas, para que realizem o seu trabalho, a sua filosofia e, pois, o seu testemunho, têm de atuar por vezes substitutivamente em

[74] Nota: Paradigmas da Ciência Jurídica, no sentido de Aarnio (1997: 61, 87).
[75] (1984: 19).
[76] (1974: 16,17)

relação à estrutura preexistente do Estado em que residem e funcionam, garimpando dados e informações, não raro perigosamente, para trazê-los, sistematizados, ao conhecimento geral a fim de possibilitar a reconstrução dialética da história.[77]

Sobre isso, Kaplan assevera: "Em ciência, observação é a procura do que está encoberto, não apenas por estar encoberto, mas porque seu desvelamento facilitará uma íntima, bem fundamentada e produtiva relação com o mundo".[78] Deve-se ter presente, além do mais, que a idéia de um método observacional quiçá único, haja vista seu caráter indutivo, de possibilitar a formulação de sínteses entre inúmeros casos tidos como universais, típicos[79], de apresentar, explicando, e, ao mesmo tempo, conotar identidades aos comportamentos humanos, parece imprescindir aos propósitos da presente pesquisa; sob risco de inocuidade se de outro modo fosse a mesma enfrentada por haver deixado de considerar como premissa natural a intangibilidade na detecção mais precisa dos sentimentos de agradabilidade e de desagradabilidade e das pretensões, consistentes em idéias e vontades, envolvidos na imponderabilidade de uma ação social.[80] Outrossim, trabalho científico e senso comum constituem concepções absolutamente inconfundíveis. O senso comum é referência que escapa ao espírito investigativo, a exemplo do panfletarismo, da espetacularização midiática bem como de toda forma de preconceito. Por isso mesmo, devem ser apontadas as espécies de observação que servem unicamente de método científico.[81] De acordo com Nogueira: "Em primeiro lugar, tem-se o reconhecido procedimento de utilização documental ou levantamento de dados por meio de documentos, a saber: cartas, registros públicos ou particulares, formulários, processos judiciais e administrativos, protocolos, ofícios, circulares etc.; outra forma de pesquisa documental é a aplicação de questionários por meio de entrevistas, realizadas pessoalmente ou pelo correio;[82] além da observação direta que se dá quando o pesquisador se põe diante do objeto da

---

[77] Nota: É o caso da Organização "Médicos Sem Fronteira" (MSF) e do "Grupo de Apoio e Assessoria Jurídica às Organizações de Populares" (GAJOP).

[78] (1972: 132)

[79] (Gorki, 1984: 14)

[80] Nota: Sobre os processos sociais de aproximação e afastamento, como resultado de interações humanas, ver Souto (1985: 88, 92).

[81] Nota: Sobre a capitalização dos casos concretos como objeto de pesquisa científica, Souto (1989: 24, 32).

[82] Nota: Este tipo de consulta, não foi levada a efeito para os fins específicos desta Tese; mas alguma pesquisa de campo será aproveitada, por empréstimo, de outras iniciativas sociológicas, a exemplo de pesquisas notórias feitas sobre as cambiantes mensurações do crédito social que apontam para o Poder Judiciário ou aquelas outras que visaram colher de seus próprios membros as impressões sobre suas deficiências institucionais. Ver, por exemplo, *O Estado de S. Paulo* (1993: 4).

pesquisa, direta ou indiretamente, circunstancial ou controladamente, com ou sem a participação do mesmo. Ao autor destas linhas na desincumbência desta tarefa de índole teórico-prática, interessa, particularmente, como, aliás, já realçado, a observação direta e participativa, pois se houve desse cenário, em grande medida, a um só tempo de dor e de satisfação, os rudimentos deste conteúdo científico cuja substância em cotejo se oferece à comunidade acadêmica para os desdobramentos merecidos."[83]

Prossegue o mesmo autor com a seguinte advertência: "O método da observação direta e participativa requer, todavia, formas de realização típicas e apropriadas, pois o tratamento científico não comporta o emprego desqualificado ou assistemático, em regra, dos métodos que lhe são próprios. O problema mais comum à observação direta – e especialmente participativa[84] – repousa no envolvimento do pesquisador com o objeto do seu estudo, já dito acima. Daí se dessumem duas formas de observação direta: a primeira, quando o observador se limita a verificar os acontecimentos circundantes sem qualquer interferência pessoal, tratando-se de mero espectador ou sujeito da cena social objetivada; a segunda, quando o observador, por integrar, espontânea ou voluntariamente[85], a comunidade produtora das cenas sociais que se pretende estudar."[86] Tudo a induzir reconstrução muito mais do que se se tratasse de uma abordagem exógena e abstrata, incapaz de suscitar a reflexão por parte dos que se acham expostos ao objeto da própria pesquisa ou nela manifestem interesse.

Segundo um intento deste trabalho que consiste no desenvolvimento de várias perspectivas teórico-práticas sobre a realidade forense deste país em comparação com o sistema jurídico finlandês – de modo a projetá-la tal como se acha hipotecada concretamente[87] aos operadores jurídicos e ao povo no favor de quem a jurisdição estatal está dirigida[88] – suas vistas se concentram, é claro, na possibilidade de transformação social; quando menos, na

---

[83] (2003: 67, 68).

[84] Nota: Por isso se tornando por demais interessante o desafio a enfrentar.

[85] Nota: Integração *espontânea* é aquela que se antecipa à pesquisa (o cidadão-Juiz que, indignando-se com o seu meio, estuda-o para radiografá-lo e propor conseqüentes transformações, a exemplo desta modesta ocupação); integração *voluntária* é aquela que é justificada pela própria pesquisa (o pesquisador, realizando uma necessidade inafastável de conhecimento, teatraliza papéis sociais que nunca o pertenceram por natureza, a exemplo daquele que se dissimula como mendigo e ganha às ruas para avaliar os ganhos da mendicância).

[86] (Nogueira, 2003: 68).

[87] Nota: Hipoteca que diverge, em substância, dos valores solenemente declarados como válidos na Constituição e demais instituições públicas. Valendo, pois, o apontamento das contradições internadas ao sistema político de que o sistema jurídico é espécie.

[88] Nota: Conhecer, amiúde, as denominadas "Leis para Juízes" ("*Domarregler*") demandou o deslocamento do pesquisador até os países em que são inscritas como leis positivas, especialmente a Finlândia.

tomada de consciência que recomende a autocrítica sincera dos condestáveis e a resistência lúcida dos oprimidos para o que a Administração da Justiça no Brasil, embora formalmente melhor estruturada do que a grande maioria dos países da América Latina[89], é um campo fecundíssimo à ambientação de tais observações. Sem prejuízo de juízos comparativistas que vão ser estabelecidos em face das denominadas "Leis para Juízes" ("*Domarregler*"), inscritas na Ordem Jurídica da Finlândia, como complemento da pesquisa, visando ao mesmo fim otimizador como também participante. A pesquisa a emergir deste ambiente é o de segunda espécie, a dizer, o da observação direta e participativa, dado que o objeto científico em jogo exige uma aproximação natural e mesmo uma domesticação (*domus*) perante o pesquisador, haja vista hermetismos consolidados que diferentemente seria impossível penetrar. De tal modo, a história encontra o necessário espaço à cristalização das verdadeiras possibilidades de avanço social como assegurou Gorki: "se um escritor for capaz de extrair de vinte, cinqüenta ou cem comerciantes, funcionários e trabalhadores os traços, os hábitos, gostos, gestos, crenças e moldes característicos, típicos deles como classe, e se puder dar vida a esses traços em um só comerciante, funcionário ou trabalhador, terá criado um tipo e sua obra será uma obra de arte. O campo de sua observação e a riqueza de sua experiência de vida outorgam freqüentemente ao escritor o poder de transcender sua atitude pessoal e subjetiva sobre os fatos. Subjetivamente Balzac era partidário da ordem burguesa, porém em suas novelas expôs a mesquinharia e a vileza da burguesia com abrasadora e implacável claridade. Existem em numerosos casos de escritores que atuaram como historiadores imparciais de sua classe e de seu tempo."[90]

A pesquisa reflete por si mesma um tabu, haja vista referir-se a material experimental da realidade oficial. Este meio é tradicionalmente refratário a transformações notadamente nos espaços sociais periféricos. Disto decorre a urgência da própria pesquisa bem assim como de seu formato preponderantemente observacional, uma vez que transparece crônica a insuficiência de dados quando

[89] Nota: Além do Brasil, só a Costa Rica rechaçou a doutrina *during good behaviour*, proveniente do absolutismo monárquico, pela institucionalização da carreira da Magistratura e veiculação de concursos públicos de acesso às suas investiduras primárias (Barbosa, 1991: 307, 310; Zaffaroni, 1995: 124, 126; Ruiz, 1996: 3-A).

[90] (1984: 14). Nota complementar: No Brasil, poder-se-ia ilustrar com Nelson Rodrigues, dramaturgo, na ficção romanceada do cotidiano, em que retrata com crueza a condição humana universal a partir de retraços psicológicos de tipos da vida carioca (Vestido de Noiva, Álbum de Família, Senhora dos Afogados, dentre outros títulos...); na antropologia, Sérgio Buarque de Holanda (Raízes do Brasil), onde rompeu com o formato conservador de avaliação historiográfica da civilização brasileira, lançando as bases, junto com Caio Prado Júnior (Formação do Brasil Contemporâneo) e Gilberto Freyre (Casa Grande e Senzala), da completa desmistificação de nossas origens sociais e éticas.

efetivamente colhidos por via tradicional, puramente lógica ou teórica. Há um natural e corporativo represamento de informações que impede a obtenção de melhores resultados à pesquisa de campo. Isso pode ser explicado, no caso do presente estudo, pelo silêncio obsequioso dos membros da corporação judiciária, quanto ao fornecimento de dados a pesquisar, ante peculiaridades institucionais que lhes dizem de perto por serem entendidas, não raro subjetivamente, como prerrogativas do sistema. Uma pesquisa sob tais condições restritivas nunca será suficiente à obtenção de resultados plenamente possíveis, qualificados o bastante para as finalidades científicas que lhe são próprias. Aliás, aliás, Cândido ensina: "O brasileiro recusa sistematicamente qualquer sugestão de que tenha o defeito da crueldade. Até que somos magnânimos em matéria de imperfeições. Aceitamos, quase com alegria, a idéia de que somos dispersivos, malandros, de que gostamos mesmo é do Carnaval, de nós mesmos e dos muito próximos, quando não cheguem perto demais. Cruéis é o que não somos."[91] Portanto, o convívio participante, quando especialmente sopesado em critérios cautelosos e desespiritualizados, descreve as condições necessárias, em casos que tais, para um processo observacional marcado pela utilidade apropriada do método científico, evitando-se, enfim, que sejam envidadas conclusões precipitadas sobre o assunto versado na própria pesquisa.

Pretende-se com a iniciativa, tanto quanto possível, desmontar os artifícios de dissimulação da verdade com os quais se impedem, de regra, o progresso do pensamento humano, sua eticidade e o desenvolvimento das instituições político-jurídicas. Sobre isto, Popper: "Se neste livro se falam palavras ásperas com relação a alguns dos maiores dirigentes intelectuais da humanidade, não é o desejo de depreciá-los, creio, o meu objetivo. Nasce ele antes da convicção de que, se nossa civilização tem de sobreviver, devemos romper com a habitual deferência para com os grandes homens. (...) Vejo agora, mais claramente do que nunca, que nossas maiores aflições nascem de algo que é tão admirável e sadio quanto é perigoso: de nossa impaciência por melhorar a sorte do próximo. Tais aflições são subprodutos do que é talvez a maior de todas as revoluções morais e espirituais da história, um movimento que teve começo há três séculos. É o anseio de inúmeros homens desconhecidos por libertar-se, e a seus espíritos, da tutela da autoridade e do preconceito. É sua tentativa de edificar uma sociedade aberta, que rejeita a autoridade absoluta do que é meramente estabelecido e meramente tradicional, ao mesmo tempo que tenta preservar, desenvolver e estabelecer tradições, velhas ou novas, que

[91] (Cândido, 1996: 4-8).

se meçam por seus padrões de liberdade, de humanidade e de crítica racional. É sua repugnância a ficar sentado, deixando que a total responsabilidade de governar o mundo caiba a uma autoridade humana ou sobre-humana; é sua presteza em compartilhar da carga de responsabilidade pelos sofrimentos que podem ser evitados, em trabalhar para que eles se evitem. Essa revolução criou forças de tremendo poder destruidor; mas ainda podem elas ser dominadas."[92] No entanto, não se descuram dos riscos sobre a vanguarda de uma empresa intelectual do tipo, conforme historicamente se descreve. Suannes adverte: "Tocar em feridas alheias não costuma trazer-nos compensações, pois as reações dos atingidos costumam ser irracionais, levados mais pelo amor próprio ferido do que por eventual injustiça da crítica. O fato, porém, é que estamos vivendo dias de ocorrências paradoxais, quando fatos conflitivos convivem lado a lado, levando-nos, não poucas vezes a estado de perplexidade, talvez porque ainda não estejamos acostumados com a chamada *pós-modernidade* ou com a diversidade própria de uma sociedade realmente democrática."[93]

Concebe-se, pois, como razoável que, acautelando-se de uma tal perspectiva, o trabalho a resultar de seus esforços reúna valor científico insofismável, dado que razão e objetividade consubstanciam, no caso, categorias fundamentais, indispensáveis à realização de seus produtos, à obtenção de seus resultados e conclusões. Por isso que o método da observação participativa traduz um modo relativamente isento de percepção da vida cotidiana, haja vista que também para esta hipótese metodológica, como refere Nogueira: "exige-se cautela, predeterminação, deliberação e controle no processo de vigília (observação 'controlada), enquanto que na outra as percepções da vida cotidiana são causais e passivas, dando-se, de regra, um virtual envolvimento emocional e subjetivo explícito do pesquisador com o seu objeto, aí confundíveis; é o simples processo de ver[94]. Assim, no papel do cientista se deve ter presente um esforço todo especial e devotado pela objetividade. Já como cidadão comum as preocupações recorrentes são no sentido de uma como que imediata tomada de posição;[95] em outras palavras, espera-se que cada um aplique seu saber de maneira não espiritualizada. Se um cientista sofre uma conversão de tipo partidário, há que se falar em perda de sua objetividade[96]."[97]

---

[92] (1959: 7, 9).
[93] (1996: 11).
[94] (Kaplan, 1972: 132)
[95] Nota: O mesmo que sucede, em sentido coletivo, na formação da opinião pública, que não gera fonte de convicção alguma, dado não suportar uma intrínseca racionalidade de seus termos pseudo-definitórios ou apologéticos.
[96] (Blalock, 1970: 20).
[97] (2003: 71, 72).

Poder-se-ia argumentar, outrossim, sobre hipotética insubsistência de um tal método aos propósitos científicos próprios, dado o caráter pessoal e subjetivo que topografa a relação pesquisa-pesquisador. A clássica refutação, no entanto, encontra em Kaplan[98] a contra-argumentação necessária à sua desconstrução. A envergadura lógica da referida desconstrução, reside em alguns requisitos bem realçados por Nogueira, a saber: "1 - O *Requisito da Intersubjetividade*, como meio de garantir a não inclusão da subjetividade (passionalismo) do observador na pesquisa; aponta-se, neste sentido, por requisito científico a "possibilidade de repetição" do acontecimento, do dado. Trata-se da aceitabilidade científica. Todavia, para a ciência do comportamento essa repetição é requisito enganoso, pois acontecimentos especiais, como desastres e crises de guerra, além de acontecimentos que se repetem regularmente ou guardam uma certa periodicidade mais ou menos definida e prevista, como as eleições e as intempéries (terremotos, maremotos etc.), são aceitos cientificamente. O fundamental é a possibilidade de que qualquer outra pessoa que venha a se interessar pelo tema (intersubjetividade) possa, seguindo os passos deste pesquisador, conhecer o objeto, pois a observação estará livre de contaminações, salvo aqueles comuns a todos os observadores. O que se espera é que o traço de visualização do observador resulte razoavelmente explicado não em termos de autoconhecimento ou de autocontrole, mas, claramente, em termos de conhecimento objetivo (do objeto). 2 - O *Requisito do Erro*; não se pode aceitar a refutação da observação como instrumento falho, errôneo, imperfeito, pois todos os instrumentos de investigação apresentam suas falhas particulares e, neste sentido, são, também, objeto de cálculo; o cálculo do erro ou de suas margens, dado igualmente científico até para as irregularmente chamadas ciências exatas. Dispõe-se, todavia, de processos para compensar os erros da observação; em primeiro lugar, a observação deve ser controlada, o observador deve ser treinado para efetuar sua investigação, por exemplo, testando antes os questionários que serão aplicados em campo de forma a livrá-los de eventuais ambigüidades; em segundo lugar, tem-se a manutenção de um caderno de anotações para registrar as observações, devendo ser um caderno para as anotações que confirmem a teoria e outro para as que neguem a hipótese. A figura do caderno é, contudo, metafórica e tal significa, à verdade, apontamentos de toda e qualquer espécie que registrem de modo útil e perfeitamente comunicante, os resultados da observação ao longo do tempo. 3 -*Passividade do Observador*; este requisito não serve como meio para ignorar a

[98] (Kaplan, 1972: 134, 140).

observação científica como ferramenta do pesquisador, pois ao se observar não se assume uma atitude de regra passiva[99], ante o recurso aos sensores humanos, mas ativos, pois, ao olhar, por exemplo, resulta envolvido o instrumental óptico (a visão) e o intelectual (a inteligência) de forma associativa."[100]

Disto tudo decorre que o espírito crítico com o qual deve se conduzir o pesquisador, seja ele participante ou não do próprio objeto de sua pesquisa, se situa no âmbito de prospecção das verdadeiras causas e essências das coisas, por mais utópicas que elas sejam, mas desde que relacionadas com o objeto pesquisado. Um tal espírito afasta as especulações preconcebidas, os ódios e as paixões e parte para um mergulho profundo nos enredos de que se ocupa, encarando seu conhecimento como um fim em si mesmo, reconhecendo-lhes as estruturas de desencadeamento e com que freqüência ocorrem assim como aferir suas taxas de aceitação social, notadamente no que se refere à conduta funcional dos operadores do sistema jurídico no Estado Moderno. O método observacional é, pois, transcendente do que se pode simplesmente olhar mediante os sentidos. É, pois, de toda pertinência que as aparências sejam superadas por modo à obtenção de resultados dignos da chancela científica. De tal forma, o método da observação, especilmante quando participante, não é de fato compatível com expedientes alienados e/ou alienantes, haja vista conveniências ora de tipo ideológico ora de tipo perverso ou impositivo.[101] Nada obstante o ensinamento de Wolkmer: "Na atualidade perpassa, nos diferentes campos das ciências humanas, uma certa dificuldade em encontrar-se um novo parâmetro de verdade diante da crise de fundamento que vive a sociedade hodierna."[102]

Sobretudo, a observação participativa adquire um sentido exploratório extremamente importante, quanto à obtenção e coleta de dados científicos, ante a proximidade do pesquisador com o seu próprio campo de pesquisa. Sobre isto, Blalock conclui que as técnicas de observação

---

[99] Nota: Salvo se se tratasse de um observador inconsciente, cujas faculdades não lhe pudessem ser acessadas pelos estímulos da própria observação.

[100] (2003: 72, 73).

[101] Nota: O pesquisador pode eventualmente se identificar, a fundo, com o objeto da pesquisa formulada por método observacional e participante. Se não for capaz de auto-negar-se diante dos quadros que lhe são submetidos à observação e consideração, produzirá, então, a invalidação do seu trabalho enquanto manifestação científica. Além do mais, o pesquisador, ainda quando não identificado, a fundo, com o objeto da pesquisa que formula pelo mesmo método, pode ser pressionado a concluir por motivo de interesses exógenos que igualmente influenciam nos resultados da pesquisa, desabonando-a como trabalho científico. Consiste, por exemplo, na atitude do pesquisador pago, quando privado da liberdade de pesquisar. Na primeira hipótese, o pesquisador se consubstancia com um espírito perverso. Na outra, vassalo.

[102] (1991: 35).

participativa são úteis para proporcionar pistas iniciais que possam conduzir a formulações mais cuidadosas sobre o problema e suas hipóteses, devendo posteriormente passar para um enfoque teórico da questão já então suficientemente amadurecida.[103]

Consoante se deduz, o estudo que se propõe na presente Tese, também segundo a sua óptica metodológica (observação participativa), pretende desenvolver rotinas de abordagem desespiritualizadas, conquanto interdisciplinares, haja vista a natureza de seus objetos (aspectos da Ordem Legal vigente no Brasil e de sua cultura jurídica em contraponto àquela existente na Finlândia). De fato, a observação participativa no sentido de Blalock[104] e também no sentido de Souto[105] é um instrumento poderoso de pesquisa que fornece uma visão geral do tema em estudo ou do cenário pesquisado, servindo de complemento integrativo aos diversos outros tipos de levantamento de dados com a vantagem do acesso às informações mais significativas provenientes do meio pesquisado em razão da integração a este meio por parte do pesquisador. A observação se torna, a um só tempo, mais aprofundada e mais delicada quando resulte da efetiva participação do intérprete no objeto da pesquisa. Para tanto, cabe-lhe elaborar um plano de trabalho naturalmente vivo, evitando-se, outrossim, os excessos oriundos de eventual ideologismo, resultado da topografia mais abalizada de sua própria experiência pessoal sem tampouco alimentar uma certa pretensão enciclopédica para não resvalar em vacuidade, mas, sobretudo, razoavelmente isento e delimitado o bastante para merecer os atributos científicos que formam o corolário de todo este esforço. Trata-se, pois, da técnica com a qual se modela a presente Tese, como resultado de pesquisa de igual natureza em face da interdisciplinariedade de seus objetos, os quais compreendem abordagens pontuais e bem definidas em diversos campos do saber científico-social como o Direito, especialmente o Direito Processual (a feitura das decisões judiciais e a Organização Judiciária), e a Antropologia, além da Filosofia, especialmente a Ética.

Repete aqui o que já se disse alhures: "O autor destas linhas, em contraponto modesto às apreensões formuladas por Oliveira[106] e Adeodato (sobre o estado de qualificação técnica dos pesquisadores jurídicos e sócio-jurídicos no país), tem para consigo a crença firme de estar contribuindo, com seriedade, para a investigação e o avanço da pesquisa jurídica brasileira, a radiografia desse sistema institucional e a melhoria de suas condições de

[103] (Blalock, 1970: 55).
[104] (1970: 50, 55).
[105] (1985: 54, 55).
[106] (1996: 12, 16).

funcionamento, para cujos propósitos a ciência, afinal, também se justifica."[107] Sem embargo da proverbial advertência de Herkenhoff: "Todas as mudanças profundas de que carece o Poder Judiciário jamais serão realizadas a partir do próprio Poder Judiciário. Só uma exigência da sociedade civil poderá transformar a Justiça brasileira."[108]

O conteúdo da presente pesquisa parte da topografia de tipos universalmente aceitos como problematizados a respeito do assunto de fundo: Justiça morosa, desqualificação ética e técnica de seus operadores, papel e independência do Juiz perante a "arte" de julgar que lhe é confiada, especialmente em países periféricos como dados a comparar, dentre outros. Este especial empenho de análise consiste na última etapa do processo de "problematização geral"[109]. O fato é que o fenômeno jurídico é de noção já bem arraigada quase que exclusivamente no âmbito – igualmente científico – das técnicas dogmáticas. Desta forma, "outros mundos" que interagem, consentidamente ou não, com este plano, costumam causa perplexidades que passam a exigir respostas cada vez mais eficientes, tanto na sua legitimação científica (correção dos enunciados especialmente conclusivos) quanto na sua objetividade (clareza na comunicação de seus termos), gerando-se daí, a partir de uma crise de paradigmas, recentíssimas problematizações. O esforço de comparar sistemas jurídicos, como soi construir-se nesta Tese, atende a uma tal apreensão intelectual ante a formação de um saber jurídico cada vez mais complexificado.

Finalmente, o estabelecimento das hipóteses se torna ainda mais qualificado, haja vista a delimitação do tema do presente trabalho, por um complementar "Estudo de Casos", o qual tem o exponencial papel de polarizar a relação entre "dois mundos": o mundo jurídico[110] e o mundo ético sobre o jurídico[111]; resulta daí, sem perda de qualidade e sem reducionismos, um esforço eficaz haurido da própria operacionalização jurídica, restando enfrentá-la, segundo uma dimensão teórica universal, buscando a transformação de seus componentes por um natural modo indireto, mediato e pedagógico atuando sobre os sujeitos dessa prática de Estado.

[107] (Nogueira, 2003: 75).
[108] (1996: 5).
[109] (Severino, 1993: 54).
[110] Nota: Conferir item 1.2.
[111] Nota: Conferir item 1.3

1.2 O Mundo das Normas

Mergulhando, embora, no mundo das abstrações normativas[112], não constitui a principal intenção deste item o esgotamento das possibilidades de abordagem do assunto relativo às normas jurídicas, em particular, bem como ao sistema de Direito Positivo em que se encontram, mas, tão-somente, a de promover, com alguma utilidade de ordem prática, um estudo científico dentro em critérios estritamente técnicos por forma a preencher requisitos articulados, em que pesem não menos importantes, para o conjunto temático versado na presente Tese, segundo exigências que se ajustam à obtenção do grau acadêmico pretendido. 0 fato não significa, todavia, e como se poderá verificar das linhas que seguem, que se entenda, desde logo, exaurido o assunto em pauta, pois que, já se sabe, a ciência é uma realidade bem mais ampla e complexa que a técnica.

Muito se poderá ainda dizer desse universo inconcluso, pois é nesse inacabamento em que reside, justamente, a excelência do saber científico, uma permanente construção. Neste mesmo sentido, repousa o superior pensamento do jusfilósofo lusitano Cabral de Moncada.[113] Assim, todo o gesto que se dirige à reflexão sobre aspectos de sua impulsão, assevera-o tanto mais. Espera-se que os esforços empreendidos neste trabalho acadêmico-científico possam contribuir, ainda que modestamente, à causa da construção desse saber que a tudo de positivo, sem dúvida, legitima.

Pois bem.

Ao curso do século XIX, tomaram vulto as correntes positivistas derredor das análises científicas do Direito. Seus protagonistas, escorados na influência vigorosa de COMTE sobre uma pretendida "física social"[114], tentavam,

---

[112] Nota: Diz Calamandrei: "O juiz possui na verdade, como o mago da fábula, o poder sobre-humano de fazer no mundo do direito as mais monstruosas metamorfoses e de dar às sombras as aparências eternas da verdade." (1975: 28). Ulpiano, ainda na antiguidade clássica de Roma, disse: "Los juristas somos sacerdotes, pues velamos por la Justicia y difundimos el conocimiento de lo bueno y de lo justo." (*apud,* Stammler, 1980: 113). No Brasil, Rui Cirne Lima: "juiz é o homem a quem é cometida a sobre-humana função de julgar..." (*apud,* Langaro, 1992: 68). O condicionamento essencialmente histórico e "imperfeito" (Stammler, 1980: 70) ao denominado "mundo do direito" reduz, todavia, esse poder maior a uma pura abstração, abstração normativa como ressalta do texto, o que se configura, afinal, sobre as decisões judiciais medianeiras e definitivas, nos institutos de cultura jurídico-processual da preclusão e da coisa julgada (*res judicata facit de albo nigrum et de quadratum rotundum*).

[113] (Moncada, 1966: 342).

[114] (1978: 9, 10). Nota complementar: Objetivando o autor encontrar um paradigma de universalidade que afete, tanto quanto às ciências da natureza, também as disciplinas que focalizam o fenômeno social, embora em graus diferenciados de verificabilidade e perfeição metodológica e conceitual, ressalta: "Já agora que o espírito humano fundou a física celeste; a física terrestre, quer mecânica, quer

assim, a todo custo, quebrar a autoridade do pensamento jurídico pré-revolucionário, geralmente muito à intimo da fé cristã. Entendiam que tais estruturas, diante da impropriedade esboçada, não poderiam ser tidas como científicas, senão puramente filosóficas, de tal sorte que as questões de ordem lógica tinham sempre de ser preteridas, em face das de ordem estimativa, axiológica. A invariabilidade conceptual, portanto, restando deferida às valorações como resultado da pretensão objetiva da ciência, como que inexistia, dada uma virtual impossibilidade prática.

Dessa maneira, julga o positivismo jurídico como inconseqüente toda atividade do espírito que busque de alguma forma ultrapassar as fronteiras fenomenológicas, por ele delimitado no tempo e no espaço. Demarcando-se, epistemologicamente, o pensamento dentro em uma estrutura de formas puras, ter-se-ia, por suposto, como destacado, o campo de atuação de uma assim denominada Ciência do Direito, aliás, sem riscos de variação quanto à obtenção de seus resultados (previsibilidade). Todavia, esta é a conotação que, em Habermas, encontra uma crítica fecunda e atual (sobre um racionalismo diminuído em termos positivistas): "*No pongo en tela de juicio que la teoría analítica de la ciencia haya fomentado la práctica de la investigación y contribuido a la clarificación de decisiones metodológicas. Pero junto a ello, la autocomprensión positivista opera de forma restrictiva; detiene toda reflexión vinculante en los linderos de las ciencias empírico-analíticas (y formales). Contra lo que me vuelvo es contra esta velada función normativa de una falsa conciencia.*"[115]

0 ambiente na França por ocasião da codificação napoleônica, em particular a "Escola da Exegese", segundo a qual todo o saber jurídico deriva da mera explicação de textos legislativos escritos, reflete, com efeito, a reação antes mencionada.[116]

Por seu turno, também na Europa Continental e à margem, quiçá, dos devaneios restritivistas dos exegetas de plantão ávidos pela difusão de seu pensamento, surge o dogmatismo jurídico que encara o Direito como uma unidade sistêmica, de conceitos e enunciados, uma estrutura pura e fechada de normas sobre a qual gravita e, dela, se ocupa,

---

química; a física orgânica, seja vegetal, seja animal, resta-lhe, para terminar o sistema das ciências de observação, fundar a *física social*." (*op. cit.:* 9) Por efeito de uma filosofia positiva integralizada em seu sistema, nenhum fenômeno observável poderá deixar de figurar em alguma dentre as cinco grandes categorias cogitadas pelo autor: a dos fenômenos astronômicos, a dos físicos, a dos químicos, a dos fisiológicos e, finalmente, a dos fenômenos sociais, estes que comporiam a chamada "física social". (*op. cit.* 10)

[115] (1996: 45).

[116] (Silveira, 1968: 40, 41).

exclusivamente, a atividade do cientista do próprio Direito. Na extensão, também, a de seus inúmeros operadores. Interessa, todavia, ao corpo do Direito, compreendido em sua complexidade onto-gnosiológica, integral, muito embora sem perder a referenciação normativa e formal que lhe confere sustentação e consistência teórico-conceptual, não especulativa e não naturalística, não somente com o corpo das leis classicamente inscritas no sistema jurídico por meio de processos legisferantes próprios, também legitimados pelo Direito, leis essas que se situam, apenas, como um elemento primário, em meio às várias estruturas formais do Direito.

Consabido resulta que, não obstante a existência de outras estruturas normativas, também consideradas como fontes de referenciação do próprio Direito, devem todas, por isso, sempre e sempre, estar sopesadas dentro em critérios puramente positivos, ou jurídicos, equivalendo dizer normáticos, dado esse que corresponde à essência do Direito posto e, assim, dogmático. A propósito, o dogmatismo jurídico não é uma teoria explicativa do justo. Trata-se, antes, de um instrumental técnico-científico, cuja teleologia se encontra na circunstância da indispensabilidade de regulação e disciplina da vida humana no *socius*.

No entanto, deve ser dito, honestamente, neste momento, que o movimento científico do positivismo jurídico, como expressão de pureza metodológica e conceitual, consignado pelas teses e teorias da "Escola da Exegese", do dogmatismo, dos pandectistas, da Escola Analítica da Jurisprudência (Inglaterra) e, especialmente, do pensamento de Hans Kelsen, expresso em sua clássica *Teoria Pura do Direito*[117], representa, de fato, um salto de qualidade técnica que vai de um extremo ao outro, naquilo que pode e é de fato relacionado com o jusracionalismo pré-revolucionário de 1789. Se, de um lado, perdia-se de vista uma precisa identidade científica pelas elucubrações idealísticas mescladas à fé religiosa e à moral política e social do momento, distinção, aliás, que dependia fosse feita claramente, de outro, já agora, concentrava-se uma metodologia desprovida de sensibilidade, de intuição, pois que radicalmente divorciada de qualquer critério de valor e, com ele, de realidade, tudo em nome de uma pretendida, e muito pouco alcançada, segurança jurídica. Na prática tal segurança desnatura-se em exclusiva segurança do poder. É neste ponto em que a crise do Direito Positivo se instala. Para os formalistas, a segurança, como tal, assevera um "mínimo de Justiça"[118], haja vista o excessivo apego à dimensão estritamente sintática da Ordem Jurídica

[117] (Kelsen, 1976: 17, 18).
[118] (Pedrosa, 1978: 29).

(prevalência da relação signo/signo, própria da lógica formal), enquanto que para os naturalistas, justamente em face de postura hermenêutica voltada para a dimensão semântica da Ordem Jurídica (prevalência da relação signo/significado, própria da lógica material), não haveria segurança onde já não houvesse Justiça.[119] Nesse campo de especulação filosófica, deve a razão, por isso mesmo, manter-se "calada", como dizia Kant[120] (que veta a metafísica como conhecimento científico), ao tentar sistematizar todo o racionalismo da era moderna.

Então, antes havia idealismo, agora há técnica jurídica, sendo que a ciência, na vera verdade, não se atingirá jamais em sua plenitude. É exatamente o que fazem os positivistas, ao reduzirem a ciência do Direito à técnica do Direito, consoante observa Reale.[121]

E como se não bastasse, o postulado fundamental de toda a espiritualizarão pensante e supostamente científica, segundo o próprio receituário positivista, é a ostensiva repulsa a qualquer dado de significação essencial, segundo a natureza mesma e mais remota das coisas; portanto, implica uma rejeição radical da metafísica bem assim como de toda e qualquer especulação filosófica que tenda a valoração de algum objeto desse tipo de conhecimento (no caso, jurídico). Talvez jamais tivesse alcançado o positivismo, conquanto não parecesse mais consentâneo e tampouco cômodo, que um tal postulado, do ponto-de-vista lógico, é "em si de natureza metafísica", consoante reporta Ascensão.[122] Com efeito, deduzindo-se, conforme se trate de um objeto por igual especulativo, mesmo se e quando tomado como metodologia de abordagem científica, não pode deixar o positivismo, neste sentido, de ser tomado como um dado igualmente filosófico. Nisso reside a maior contradição da tentativa de afastamento de seu exame, segundo uma perspectiva maior que lhe confere etiologia melhor apropriada, embora sempre resulte possível o estabelecimento de cortes epistemológicos por meio dos quais um determinado objeto venha a ser conhecido e enquadrado. Portanto, redutoramente. O Direito Positivo é, pois, antes, a tentativa de se reduzir ao máximo o campo da abordagem científica de seus objetos, e é bem desse circunstanciamento lógico, justamente dessa pretensão redutora e algo utópica, de que se extraem as contradições e as antinomias do seu próprio sistema em oposição ao dever de coerência de todo o sistema, notadamente se se tratar de um sistema moral, caso do Direito. Sobre isso, tem-se, ainda, do ponto-de-vista desse sistema, não ser tolerável a

[119] (Nogueira, 1981: 10, 14).
[120] (*apud,* Vilanova, 1980: 751).
[121] (1940: 4).
[122] (1978:153).

ocorrência de tais antinomias, conforme o superior pensamento de Bobbio.[123]

A ordem natural preexistente a toda e qualquer criação humana (cultura), atuando permanentemente como fonte de limitação do arbítrio e da subjetividade imprevidente, portanto, nem sempre justa e racional, e às vezes até mesmo ignara ou ignominiosa, tem sofrido excessivos e também descabidos bombardeamentos por parte do positivismo que, para manter-se, precisa destruir, ainda que por ficção, as construções da clareza e do óbvio (*in claris cessat interpretatio*). É isso, infelizmente, o que se tem constatado na história da Ciência do Direito.

Em nome de uma pretendida pureza epistemológica a qual se pauta na idolatria das estruturas, dos corpos e das formas, acaba o positivismo jurídico por liquidar, algo medonho, o próprio Direito, em face da negligência deliberada do que se pode tomar plenamente por sua função mais peculiar e nobre, a qual se traduz pela realizarão efetiva dos valores do homem e da sociedade, para garantir o respeito à dignidade do primeiro e a organização da segunda, assim também e sem dúvida sob o pálio da idéia universal de Justiça. Esta, aliás, não está historicamente condicionada. Tem uma relação intertemporal e transcendente, haja vista reunir substrato justamente metafísico que o positivismo jurídico, por outro lado, pretende afastar. Então, como afastar a metafísica se nela já se encontra o mais significativo dos objetivos a alcançar por meio de um tal pensamento excludente?

Diante de tudo, pode-se dizer que o Direito Positivo, ou objetivo, posto, reconhecido pelo Estado através de suas normas, as quais se extraem das diversas fontes desse mesmo Direito, é aquele, justamente, estabelecido pelo Estado (traduzido pela "sociedade politicamente organizada"), vigorante em um certo tempo e lugar, segundo sua situação espaço-temporal própria. Um Direito histórico, condicionado, relativo, emergido fundamentalmente de suas fontes formais e intra-orgânicas reveladoras de normatividade como a lei (fonte primária), a jurisprudência, o costume jurídico, a doutrina e os princípios gerais – e também dogmáticos – do Direito. Sendo assim, essas fontes são mesmo os dados próprios da concreta formulação do comando normativo, sempre em face da ordem juspositiva, pelo que os cidadãos se encontram vinculados à obediência não sem gozar do privilégio natural da liberdade em infringi-lo, em face do fluxo subjetivo da própria liberdade, portanto, sempre insuscetível de controle apriorístico; isso não significa, todavia, que o infracionamento não faça por sofrer, sempre, a possibilidade do revés em casos que tais, violadores da

[123] (1989b: 81, 86).

Ordem Normativa: à infração do preceito jurídico, deve suceder a conseqüência normativa traduzida em sanção (dado o fato, deve ser a sanção).

Destarte, a norma jurídica, antes de reunir elemento fundamental da técnica jurídica, e também da ciência que a cultua, define e explica e é tomada, primordialmente, como um fator indispensável de agregação e harmonização sociais. Sobre isto, cumpre destacar que não se deve estabelecer confusão epistemológica com uma outra idéia sociológica, dado que engendraria lugar, nesse traçado argumentativo, a um certo tipo de sociologismo de fato inaplicável à espécie sob comentário. Tal sociologismo teria o inconveniente lógico de trazer à consideração normativa diversas implicações e repercussões tão profundas quanto complexas; por isso, não se lhe bastariam às meras considerações tecnocráticas com as quais se pudesse implementar a desincumbência regular e de perfil definido da norma jurídica, segundo um significado que dela se extrai em meio a um sistema normativo próprio tido como autônomo.

Objetivando, por outro lado, facilitar a compreensão acerca da topografia das normas, como objeto da cultura e como idéia, o seu mundo lógico e próprio, observe-se o quadro abaixo:

Natureza e Alcance dos Objetos do Conhecimento[124]

OS OBJETOS	**1º CARÁTER**	**2º CARÁTER**	**3º CARÁTER**	**OS MÉTODOS**	**ATO COGNOSCITIVO**
Ideais	Irreais:Não têm existência	Não estão no âmbito da experiência	Neutros ao valor (carecem de sentido)	Racional-Dedutivo	Intelecção
Naturais	Reais: têm existência	Estão no âmbito da experiência	Neutros ao valor (carecem de sentido)	Empírico-Indutivo	Explicação (estabelecimento do nexo causal)
Culturais	Reais: têm existência	Estão no âmbito da experiência	Valiosos: Juízo Positivo/negativo (têm sentido)	Empírico-Dialético	Compreensão
Metafísicos	Reais: têm existência	Não estão no âmbito da experiência	Valiosos: Juízo positivo/negativo (têm sentido)	-	-

[124] Nota: Quadro sinóptico inspirado em Torre (1975: 29). Observe-se que o Direito é um objeto de tipo cultural em relação à Teoria do Conhecimento.

Verificar-se-á, além disso, mais adiante, que este trabalho científico é um trabalho, no essencial, confessadamente inconcluso, tanto no aspecto científico, propriamente dito, de não corresponder senão a uma parcela aplicativa do enunciado normativo segundo a visão dogmática do Direito Positivo, quanto no sentido de suas potencialidades mesmas. Afinal, o plano das ciências, haja vista o racionalismo intrínseco a todas elas, é histórico e condicionado. Por outro lado, uma dimensão epistemológica pura constituirá o epicentro das preocupações temáticas doravante enfrentadas apenas para explicá-las, não para justificá-las diante do universo de outras compreensões lógicas para o mesmo enredo técnico-científico, ou seja, as normas jurídicas.

1.2.1 A Teoria Geral do Direito e os Conceitos Jurídicos Fundamentais

Uma primeira idéia que se suscita ao pensamento inteligente quanto à Teoria Geral do Direito é a idéia de uma teoria global, encimando conjunto, que seja assim enciclopédica. Um circuito de enunciados os quais propiciam um todo acabado e exaustivo. Isso não acontece, porém, bem assim, pois que em se tratando, na verdade, de uma assertiva precipitada, por não corresponder aos fatos que, por causa dessa idéia, se ajustam, não vem a refletir, exatamente, e estimar, a sua própria e mais elementar natureza. De fato, generalizar é abstrair um todo e, em seguida, aplicá-lo a toda espécie. Dessa maneira, geral é tudo o quanto não seja específico, o que significa e quer sem dúvida dizer que não comporta em uma particularidade, em uma individualidade de dados, mas que se reúne dentro em uma generalidade definida. Pertence, pois, o geral, a uma certa generalidade, a uma classe definida de dados não isolados, posto que, identificados entre si, resultam a unidade em um conceito só cuja compreensão seja formada por caracteres, qualidades, predicados, comuns a muitos objetos.

Em razão da variação histórica que a semântica do termo "teoria" vem encontrando no pensamento científico, como "*doctrina de los métodos absolutamente valederos*", hoje em dia é comum considerá-lo como "*cualquier relativa generalización*".[125]

0 Direito, como técnica normativa no disciplinamento efetivo da conduta[126], tomada esta em sua variável constante

[125] (Stammler, 1980a: 12).

[126] Nota: Toda conduta é necessariamente humana. Conduta não-humana, desprovida de inteligência superior, de razão, é comportamento, este que pode ser humano ou animal.

que são as interferências inter-subjetivas, interagentes, biunívocas, tem mostrado, através de seus mais diversos sistemas, é encarado, tradicionalmente, como um corpo dotado de certos elementos, corolário de uma determinada especificidade normativa espaço-temporal e também sistemática, pelo que tornado dentro em conceitos, pois que resulta de uma estruturação representativa, intelectualmente formulada pela cultura, de símbolos e de valores os quais são invariavelmente consignados para transcenderem aos tempos, aos fatos que constituem o objeto da regulação de sua própria disciplina e aos lugares em que são atuados. Com efeito, ditos conceitos aferem-se no conjunto do todo universal da estruturação jurídica, tomados como pressupostos objetivos de sua existência mesma, da existência de um Direito Positivo. Sendo assim, não há necessidade de definição legal para que sua concreção, em face de certo e determinado ordenamento Jurídico, seja cometida às diversas hipóteses em que se pode prenunciar incidência normativa, que é o dado que interessa à existência de um tal Direito. Esses conceitos constituem, portanto, os núcleos fundamentais desse próprio Direito Positivo.

Autores há, todavia, e não são poucos, que lhe negam autoridade científica, pois que estaria materialmente impossibilitado, um tal Direito, de conferir resposta ao *quid juris*, tarefa rudimentar do jurista, do jurista nacional[127]. Outros, no entanto, entendem a teoria geral como espécie de prolongamento da teoria particular, não sendo, pois, negada a condição de ciência tanto para a primeira quanto para a última. 0 que se deve ressaltar, neste caso, em uma como outra perspectiva de abordagem, é que a Teoria Geral do Direito não pode ser de todo negligenciada pela ciência, pois que possui tarefas de viva importância a desincumbir-se no processo de conhecimento científico do Direito enquanto objeto dessa mesma cognição. Suas finalidades, reflexos daquela condição de relevo, consistem, basicamente, no delineamento de uma série de princípios, conceitos, precipuamente em atenção à estrutura lógica da linguagem, fonte de toda e qualquer comunicação, institutos que, esquemática e formalmente, devam fazer parte do Direito, sejam quais forem os ordenamentos jurídicos objetivados, independentemente de seu sistema nacional. Dessa forma, será tanto científica quanto dogmática uma tal teorização, uma vez que parte, operacionalmente, das experiências positivas dos vários Direitos, ou melhor, das várias Ordens Jurídicas, dos

[127] Nota: A expressão "jurista nacional" está tomada no texto com a significação condizente à estrutura nacional do Direito Positivo com o qual opera o seu exercício jurídico. Consoante todo Direito Positivo seja um Direito Nacional, assim também o jurista que o opera será também um positivista ou um jurista nacional, expressões que encontram, terminologicamente falando, sinonímia.

vários sistemas jurídicos nacionais. Precisamente, trata-se de uma espécie de doutrina científica prática, posto que não meramente descritiva, tanto quanto não meramente impositiva, assim como tampouco não ostensivamente normativa. Sua base, como sabido, é o próprio Direito Positivo, consistindo, na realidade, em uma projeção deste por sobre ou através da fronteiras dos vários ordenamentos juspositivos. Não visa, assim, os conceitos de aqui, ali ou acolá, mas, exatamente, "o conceito" como elemento típico universal.

Em vista disso tudo se percebe que a Teoria Geral do Direito é o estudo sistemático dos conceitos básicos e fundamentais do Direito, resultado de uma "*induccion generalizadora*", para repetir expressão Vilanova.[128]

Tendo o Direito como dado posto, suas abordagens resultarão de uma perspectiva puramente racional, produto da cultura e, por isso mesmo, estritamente dogmática. Difere a dogmática local de uma Teoria Geral do Direito, tão somente no grau de generalidade e no alcance de seus conceitos e enunciados científicos. Noutras palavras, a Teoria Geral do Direito atende aos aspectos comuns do Direito, os conceitos invariáveis e universais desse conhecimento e dessa técnica de disciplinamento da conduta, enquanto que um Direito nacional, também tomado como a dogmática específica, louva-se das peculiaridades daqueles mesmos conceitos e enunciados maiores para descrevê-los em conformidade aos fatos e valores os quais se pretendem disciplinar em face da existência concreta de uma determinada e certa comunidade jurídica. Sendo assim, a Teoria Geral do Direito revela uma essência que se entremostra à intenção de descobrir, explicar e enunciar os elementos estruturais do Direito, desconsiderando totalmente, por outro lado, as matérias e os conteúdos neles compreendidos em cada suposto Direito Positivo nacional. Dessa forma, como acentua, com muita propriedade, Hans Nawiasky, a Teoria Geral do Direito parte "*de la esencia del derecho y deriva de ella, los conceptos generales con cuya ayuda concibe y ordena el material jurídico dado previamente. Su tema consiste, pues, en elaborar ese material empirico de acuerdo con puntos de vista' teoricamente fundados*."[129] Donde se extrai que os conceitos com os quais a Teoria Geral do Direito (TGD) trabalha serão sempre válidos, porque não há uma ou outra TGD, senão a TGD.

Quanto ao método, tem-se que este se compadece do empírico-indutivo-generalizador, pois que de outra forma não se poderia chegar ao conhecimento dos elementos fundamentais do Direito, seus conceitos básicos e

[128] (1980: 90).
[129] (*apud,* Maynez, 1977: 13).

essenciais, válidos de modo universal. A experiência, pois, é o que se demonstra mais compatível com o fornecimento de dados que venham ao encontro dessa compreensão de acordo com o que ficou esclarecido linhas atrás.

De fato, freqüentemente a experiência tem demonstrado que, onde houver um fenômeno jurídico qualquer, aí terão de concorrer elementos invariáveis e essenciais, como por certo válidos, a todo e qualquer Direito Positivo. Não há, portanto, fenômeno jurídico que se compreenda sem, *verbi gratia*, sujeito de direito[130], sem relação jurídica, sem norma jurídica incidente e assim por diante.

A norma jurídica, dentre os conceitos jurídicos fundamentais, sem que se pretenda aqui estabelecer critério de hierarquização valorativa entre eles, exerce papel preponderante derredor da fenomenologia jurídica, pois é de fato aquele dado que mais a qualifica enquanto tal. Só a partir da enunciação normativa, de uma qualificação categórica, é que um fato poderá ser tomado como sendo um fato de Direito, um fato jurídico no seu sentido estrito, exato. A norma jurídica será um tema analisado mais adiante nesta Tese.

Ante o exposto, longe da concreção dos conteúdos das normas jurídicas vigentes em um determinado concerto espaço-temporal, a Teoria Geral do Direito tem como ângulo de incidência científica, como se dessume, os dados jurídicos mais abstratos, mais genéricos, mais comuns, e que, por meio de nenhum ramo do Direito, em particular, são também pesquisados. A TGD se afirma e se sustém, mediante os conceitos jurídicos fundamentais. Por ela (TGD) e através desses conceitos (conceitos jurídicos fundamentais), são estudados e elaborados, com eficiência e precisão universais, dados como sujeito de direito, norma jurídica, fato e ato jurídicos, fontes técnicas (formais) do Direito, relação jurídica, licitude e ilicitude jurídicas bem como tantos outros quantos forem os conceitos que, fazendo parte de todos os Direitos, não interessa, como objeto de seu exame, a qualquer Direito em particular; isso prevalecendo tanto com relação aos subsistemas ordenatórios – ramos do Direito –, como em face do ordenamento jurídico nacional, quer dizer, do sistema normativo interno.

É claro que a Teoria Geral do Direito como plano bem abstrato da ciência jurídica emerge, fundamentalmente, da necessidade de fixar-se com precisão e invariabilidade, obviamente relativas, cada um dos conceitos de que se trata, os princípios universais e os institutos gerais que

[130] Nota: Sobre sujeito de direito, tem-se que não se pode admitir a idéia de compra-e-venda sem que se pense, como pressuposto dela, na idéia de alguém que compra e que venda um bem qualquer; da mesma forma, não se pode pensar em doação sem que se compreenda, primeiro, de um doador e de um receptor a quem a doação beneficiará, afinal.

se mostram como base e como pressuposto de toda e qualquer estruturação jurídica particularizada. Os núcleos, portanto, de todo e qualquer Direito Positivo, essenciais e, por isso, mais gerais, constituem o seu precípuo objeto. Um objeto que se encontra em grau máximo de generalidade, na medida em que, distanciando-se, ao máximo, como já se disse, das normas jurídicas vigentes – em seus conteúdos aplicativos –, estabelece as condições fundamentais para a existência destas, pela análise e definição dos núcleos conotativos sintetizados, naturalmente, por toda a Ordem Normativa interna; enquanto prenuncia, o mesmo objeto, uma abstração categórica também de máxima envergadura, pois que, de certo, não pode se envolver com as concreções do jogo normativo aplicativo das normas jurídicas editadas, formalmente, por meio de fontes que lhe dão veículo bem como os preceitos que por estes são enunciados.

A norma jurídica, enquanto realidade científica deveras abstrata, a dizer, segregada como objeto geral de investigação científica bem como dos demais elementos que a compõem no cotidiano da vida jurídica da comunidade normada, é o que se toma como objeto da Teoria Geral do Direito. Assim, pois, um Direito tomado em essência, ou seja, enquanto realidade formal-esquemática livre de amarras disciplinares concretizadoras da vida jurídica de uma comunidade nacional. Poder-se-ia mesmo dizer um Direito "desideologizado" do ponto-de-vista não apenas político-partidário, é claro, como de todas as variáveis axiológicas pelas quais uma nação costuma ser forjada.

Finalmente, tendo em vista que conforme o entendimento moderno, corrente e também o mais apropriado, a Teoria Geral do Direito (*Allgemeine Rechtslehre*) corresponde, mesmo nos sistemas jurídicos de orientação não teuto-romanística, ao estudo sistemático dos conceitos jurídicos fundamentais e, por isso mesmo, aplicados indistintamente a qualquer estrutura juspositiva, podendo-se dizer, com Sílvio de Macedo, que: "0 conceito ou conceitos fundamentais são o objeto da Teoria Geral do Direito".[131]

1.2.2 O Ordenamento Jurídico e a Idéia de Sistema

Ordem e ordenamento são termos que têm pontificado à inteligência dos estudiosos como uma mera questão semântica. Com efeito, tanto um quanto outro representam a significação daquilo que está bem disposto, arranjado, subordinando-se a um princípio útil de harmonia e eficiência.[132] Segundo uma inspiração tomista, pode-se dizer

[131] (Macedo, 1977: 37).
[132] Nota: Garantindo, por pressuposto, posterior eficácia. Sobre conceito de sistema, Canaris (1989: 25, 102).

de uma relação recíproca de partes ou elementos formadores de um todo eficiente, o qual pressupõe uma certa hierarquia ontológica. Dessa maneira, haverá sempre uma ordem, ou ordenação, entre os elementos de um conjunto, dado que nos faz ingressar na denominada "teoria das relações". No entanto, visando os fins aos quais este trabalho se propõe, basta que se compreenda serem sempre aplicáveis as conotações que importam à ordem, ao ordenamento jurídico. De fato, como lembra Horst Bartholomeyzik: "na leitura da norma legal, nunca leia o segundo parágrafo sem antes ter lido o primeiro, nem deixe de ler o segundo depois de ler o primeiro; nunca leia um só artigo, leia também o artigo vizinho."[133] Esclarece-se que a idéia de um sistema normativo-legal sinaliza para uma unidade de sentido que seja mais aprofundada, de acordo com Ferraz Júnior, "na medida em que os diferentes processos interpretativos devam se complementar e se exigir mutuamente."[134]

No mais, pode-se dizer, com efeito, que o termo ordem tem uma abrangência bem larga, sendo assim um termo geral, enquanto que o termo ordenamento será sempre encarado em consideração às normas jurídicas que dão substância a toda estruturação do Direito, ao complexo de elementos normativos que o conformam e lhe conferem unidade.

0 homem, como ente livre, não pode prescindir de várias ordens as quais lhe circundam a existência. Essa idéia vai como contraponto da idéia de desordem, de degeneração, de caos. Logo, se conclui que o seu sentido mais proeminente está imanentemente ligado à vida humana, especialmente à vida social. Desta maneira, regularidade, linearidade, organicidade são significações que se prestam à concepção sobre a idéia de ordem, a dizer, do que está e se mantém ordenado. E quando se trata da liberdade como dado intrínseco da vida humana se tem em conta, precipuamente, uma ordem normativa que discipline os seus passos na medida e em função de sua existência mesma, intersubjetiva, racionalizando-a, por conseguinte. Como se pode perceber e conforme as várias espécies conotativas subministráveis à temática resulte natural, humana ou mesmo metafísica (para os que justamente admitem a existência de uma ordem transcendental, da razão pura, da substancialidade, da ontogênese dos objetos do conhecimento, sejam eles provenientes da experiência, da cultura ou do místico), teremos aí identificadas as correspectivas ordens. Há sempre uma ordem em relação ao plano de abordagem e ao ângulo material ou ideológico em que se cultiva a averiguação do saber. Portanto, não há dado isolado, mas sempre engendrado em uma certa estrutura ordenatória e ordenada.

---

[133] (*apud,* Ferraz Júnior, 1976: 2).
[134] (Ferraz Júnior, *op.cit*: idem).

Assim sendo, todas e quaisquer indagações científicas que se possam formular serão sempre consolidadas à margem desse saber imanente, ou intuitivo[135], relativo à idéia de ordem, um conceito universal e permanente.

Ao que interessa da ordem social para o contexto desta abordagem, como em face das inúmeras outras ordens possíveis, pode-se extrair a ordem jurídica. Esta, na verdade, se acha identificada, claramente, com o estudo do conceito de Direito objetivo, Direito Positivo, Direito posto, base normativa fundamental de existência de certo e determinado povo, dentro em certo e determinado momento histórico (relação espaço-temporal), sendo assim a ordem jurídica um dado de qualificação da comunidade política, estando, pois, sempre compreendida em relação a esta. Não há ordem jurídica que não se preste à destinação de seus sujeitos-de-Direito cujo conjunto aperfeiçoa a comunidade juridicizada. Para cada comunidade, uma só e única ordem jurídica, a qual lhe confere qualidade, enquanto se ocupa por lhe definir o critério de modo integral e sem permitir lacunas, também consideradas como vazios lógicos. As fontes do Direito podem, todavia, ser lacunosas, nunca o Direito em si, a ordem que ele encerra, posto que substancialmente plena, ainda que essa substancialidade se descreva no plano das puras idéias, no plano das abstrações representativas, portanto no plano da cultura. Daí porque a ordem jurídica basta-se a si mesma, sendo capaz de servir totalmente aos seus propósitos, às suas finalidades, já que, como ensina Maynez: "*Los ordenes estabelecidos por el hombre tienden siempre a un propósito*."[136]

Já se houve de oportunizar, aqui, salientar-se sobre que o sentido próprio de ordem é um sentido largo, abrangente, aprofundado. De fato, a ordem jurídica envolve, dentro da perspectiva juspositiva, não apenas as normas jurídicas, as quais integram sua estrutura, tanto quanto a sua essência mesma, mas também os institutos, os princípios, os postulados e enunciados jurídicos gerais que, de qualquer sorte, em certo sentido, engendram e fazem aflorar expressões normativas (contudo não em sua estrutura melhor formulada, de viés aplicativo imediato, como se descreverá mais adiante). 0 sentido da ordem aqui mencionado emerge, com todo efeito, da agrupação organizada destes mencionados elementos. Eis a ordem jurídica em sua

[135] (Nunes, 1997: 219, 233). Nota complementar: Sobre o assunto, o autor conclui: "Pela intuição, o espírito se coloca em contato com o mundo exterior. Mundo esse que é social. Na conexão simultânea dada na duração concreta do sujeito cognoscente, a intuição traz, também, tudo quanto possa de social tocar à percepção e à memória, ou em outras palavras, o espírito humano é do indivíduo na mesma medida em que é já do social. É, assim, pela experiência da intuição (...) que um verdadeiro e real direito vivo pode ser atingido. Ela pode propiciar ou, ao menos, colaborar para uma transformação do direito em benefício cada vez maior do ser humano." (*op. cit.*: 240)

[136] (1977: 29).

finalidade disciplinatória, consistindo um todo de princípios e vigências.

Além do mais, o ordenamento jurídico se prende ao bojo normativo preciso, isto é, à idéia especial das normas jurídicas, enquanto todo ordenado, relacionado e interdependente. Neste sentido, a idéia de ordem é uma idéia integrativa reveladora de unidade, e não mera agrupação. 0 ordenamento jurídico, pois, além da agrupação e do conjunto de seus elementos, constitui a integração sistemática deles, isto é, um concerto que assevera uma "reciprocidade de dependência", o inter-relacionamento de coordenação e subordinação, a carência não de uma norma jurídica, mas de todas elas integrativamente, no escopo da regulação efetiva das condutas, como objetos do ordenamento jurídico e tendo em vista que o pressuposto jusfilosófico da incidência normativa é a liberdade do homem. Como se percebe, o sentido específico que alcança o ordenamento jurídico está relacionado, essencialmente à idéia de sistema.

Na medida em que o Ordenamento Jurídico estatal, também conhecido como histórico por destacar-se pontualmente no tempo e no espaço, ou, ainda, de uma certa comunidade organizada, pressupõe o caráter sistemático dentro em um critério de unidade de sentido que seja bem aprofundada e plena de interdependência, os processos mirados por forma a interpretá-lo convenientemente, processos esses cometidos aos juristas, exigem-se também mutuamente, pelo que se complementa o ciclo jurídico-fenomenológico o qual é concebido pelo princípio da subsunção normativa, mediante o que se estabelece um devido enquadramento legal. Metaforicamente, subsumir é achar um conteúdo para um formato preexistente. O caso concreto em exame, portanto, adentra o teor do preceito geral abstrato. Por isso mesmo, parece de grande valia e utilidade o conselho técnico que fora ditado por Horst Bartholomeyzik, anteriormente referenciado. Aliás, deste aconselhamento se extrai que a norma não vale por si só, mas pela comunhão dos elementos normativos que uma ordem jurídica agasalha e a concebe como integrativa e plena. Por isso mesmo, se reconhece como sendo bem mais fácil "sentir" o sistema, intuí-lo, do que conceituá-lo, defini-lo, dentro pautas lingüísticas capazes de elaborarem uma estrutura de símbolos rica o bastante para representá-lo. Como assevera Nunes, o estudo da intuição é caro ao Direito, importante para o aplicador da lei e fundamental aos que se dedicam e aspiram a Justiça, segundo uma sempre melhor distribuição de seus benefícios[137]. Toda comunicação seria, neste sentido, inútil, pois da essência vigorosa do ordenamento jurídico é que resulta toda a estruturação do Direito; não

[137] (1997: 199).

há assim, Direito Positivo que não seja, e tanto por isso não resulte, fundamentalmente, um sistema: um sistema normativo.

Talvez em razão desse fato é que tenha sido compelido Emil Lask a reconhecer que o verdadeiro segredo da forma sistemática do Direito reside na intuição com que se comporte, melhor ou pior, o seu operador na imediatamente do processo hermenêutico. Por meio de tal processo é que deve familiarizar-se, consubstanciando uma práxis científica que, no entanto, ainda não tivera sido concebida como expressão lógica e objetiva.[138]

Aquilo que, entretanto, é absolutamente imprescindível ressaltar nesse contexto e em que pese não ser ainda hoje possível estabelecer-se uma definição precisa para o conceito de sistema, é que se torna cada vez mais evidente na perspectiva ontológica de seu exame, um chamado *nexus veritatum*. Sobre isso, tem-se como remissivo às formas de elucubração dos pensadores do século XVIII, os quais já traziam ao universo científico uma razoável noção em face desta constatação desse dado epistemológico, além da certeza sobre a necessidade de conceituar o sistema com a idéia de agrupação ordenada dos elementos componentes de seu conjunto. Sistema, portanto, é sempre um conjunto, sim. Todavia, conjunto cujos elementos se encontram integrados por nexos de subordinação, coordenação e/ou sobre-ordenação. Assim, pois, não é verdade que no sistema jurídico, composto, ontologicamente, por normas jurídicas, algumas normas são mais gerais e, embora guardem essência conceitual comum, são também hierarquicamente superiores em relação a outras? E outras, menos gerais, não são àquelas inferiores?

As relações constantes entre os elementos do sistema não são apenas entre eles, senão, também, entre eles e o terceiro elemento, o maior, o todo, que é o próprio sistema, o ordenamento jurídico. 0 sistema, portanto, é o elemento novo que surge da integração de infindos elementos fragmentários em constantes e ininterruptas relações por força do nexo vinculante que os interliga, de tal sorte que a retirada de qualquer deles, comprometendo o relacionamento entre o todo - sistema e as partes (elementos), bem assim com o eventual acréscimo de elemento entranho à sua natureza, descaracteriza o todo como unidade orgânica e, assim, propriamente sistêmica, ou sistemática. Desta maneira ao se acrescentar, por exemplo, uma lei física ao mundo das leis do comportamento desmorona-se o edifício da sistemática jurídica. Da mesma forma, se se retira do âmbito do Direito, por exemplo, o conceito sistemático de sujeito de Direito, decerto aquele deixaria de sê-lo. O sistema é, pois, preciso e ambiental.

---

[138] (1976: 7)

Dessa integração necessária, do sistema enquanto *nexus veritatum*, que o ordenamento jurídico se habilita formalmente a ganhar validade, isto é, a obter uma condição fundamental de reconhecimento quanto à sua eficácia, para que, como estrutura operativa, justamente dela surtam efeitos tão mais eficazes quanto materialmente possíveis, disciplinando, de modo conveniente e razoável, a conduta humana tomada em sua intersubjetividade.[139]

De fato, não se pode fazer com que uma ordenação jurídica tida como incongruente, que se desdiga a si mesma em face da contradição de seus elementos normativos excludentes e nulificantes, opere o efeito de obrigar ao universo de seus destinatários. Comporta examinar a presença de uma essência normativa comum ao sistema para dele pinçar as regras que se compadecem do mesmo, resultando por isso mesmo válidas e aplicáveis. Sobre isso, trabalhando bem esse assunto, afirma Bachof: "Pressuposto da obrigatoriedade da idéia de Justiça para o direito é, todavia, a existência de um consenso social acerca pelo menos das idéias fundamentais da Justiça. Apesar de todas as divergências no pormenor, creio que deve reconhecer-se um tal consenso: o respeito e a protecção da vida humana e da dignidade do homem, a proibição da degradação do homem em um objecto, o direito ao livre desenvolvimento da personalidade, a exigência da igualdade de tratamento e a proibição do arbítrio são postulados da Justiça, de evidência imediata. Um Estado poderá certamente desrespeitar tais princípios, poderá fazer passar também por "direitos" as prescrições e os actos estaduais que os desrespeitem e poderá impor a observância destes pela força. Um tal direito aparente nunca terá, porém, o suporte do consenso da maioria dos seus cidadãos e não pode, por conseguinte, reivindicar a obrigatoriedade que o legitimaria."[140]

O sistema jurídico como sistema de normas vigentes, estruturadas naquela hierarquia escalonada mencionada por Hans Kelsen em sua *Teoria Pura do Direito*[141], sendo convencionais e, pois, dogmáticas, constitui, ainda como acentua Emil Lask: "um mundo apenas pensado de significações.[142] De fato, seus elementos – as normas

---

[139] Nota: Deve-se, sobre isso, compreender que as normas jurídicas possuem sempre um conteúdo. Se esse conteúdo não possuir uma essência material comumente aceita como factível, então a norma jurídica assim estabelecida sobre do vício de possuir "conteúdo materialmente impossível", posto não poder realizar-se seja como ação seja como pensamento. Nesse sentido, a norma jurídica reunirá apenas uma retórica, uma linguagem estética que não se prestará à consumação dos seus fundamentos teóricos. No texto, o uso da expressão "materialmente possível" intenta enfatizar essa perspectiva, como também estabelecê-la segundo uma categoria geral (de fazer ou de pensar).

[140] (1994: 1, 2).

[141] (1976: 267, 376).

[142] (*apud,* Ferraz Júnior, *op. cit.*: 142).

jurídicas – como micro-sistemas de juízos hipotéticos, postos, convencionais, são meras e exclusivas significações mentais, racionais, produto da cultura humana.

Por este exposto e tal como foi dito alhures, é realístico afirmar ser mais fácil sentir o sistema jurídico do que conceituá-lo. 0 conceito de sistema é, assim, um conceito problemático.

Bem por isso e no âmbito da idéia geral do todo estrutural e orgânico-normativo deslindado na interconexão de seus próprios elementos, podem ser reduzidos, à luz da experiência científica, quatro dentre os seus principais problemas de concepção (quadro abaixo):

1. *A questão das fontes do sistema e sua classificação*. Através da qual os estudiosos buscam estabelecer, no tempo e no espaço históricos, as expressões que fazem brotar, naturalmente, normas jurídicas formadoras e integrantes do sistema normativo em que se constitui o ordenamento jurídico. Consiste em dizer quais são aquelas fontes, os modos de expressão dos elementos normativos e, ainda, quais os órgãos (sentido amplo) autorizados a operá-las.

2. *A questão da estrutura do sistema*. Trata-se de tarefa penosa, pois que extremamente difícil determinar-se, com exatidão e suficiência, sobre as relações, em número e qualidade, existentes entre os elementos do sistema, isto é, entre as normas jurídicas mesmas e, estas, com relação àquele, ao elemento sistemático, em especial. Busca-se, com efeito, o fundamento sistemático da interconexão, do *nexus veritatum*. Neste ponto, se empenharam estudiosos famosos, a exemplo de Kelsen, tratando da estrutura escalonada do sistema jurídico-normativo e da chamada "teoria da pirâmide", segundo a qual o ordenamento jurídico compreende uma estrutura piramidal a partir da norma mais geral, fundante do próprio ordenamento e, em conseqüência, qualificadora da comunidade, que é a Constituição, passando pelas normas ordinárias até chegar-se à base da pirâmide, do sistema normativo, em que são encontrados os atos normativos menos gerais, de aplicação particularizada, e que formam, por isso, as normas de menor grau de generalidade. No exame da estruturação normativa tem-se que a norma é uma categoria imperativa de juízo hipotético e que vale por si mesma, mas que se distinguem umas das outras somente pelo substrato e pelos graus de generalidade que encerram.

3. *A questão da harmonia normativa do sistema ou da coerência interna de seus elementos*. Não se concebe que haja incompatibilidades derredor dos elementos integrantes do sistema; se assim for, não há integração, mas ajuntamento, posto que uma tal hipótese desnatura-lo-ia por inteiro, conseqüentemente. Com efeito, a um sistema se pressupõe organicidade e hierarquia, relações múltiplas e

ao mesmo tempo recíprocas de coordenação e subordinação entre os seus diversos elementos. Verifica-se que os princípios dos quais derivam os elementos de um sistema devem possuir um caráter sistemático, orgânico. Neste sentido, uma norma menor, terá, sob pena de antinomia e de quebra do sistema, de guardar assentimento e consonância para com a norma maior, pelo que se encontrará integrada, harmoniosamente, no próprio sistema ao qual está relacionada. Sem dúvida, busca-se a eliminação material dessa possibilidade, de uma ocorrência que tal (a contradição interna), de forma a que o sistema possa suster a si mesmo do ponto-de-vista lógico-operativo.

4. *A questão da plenitude hermética do sistema*. Bastando-se, o sistema, a si mesmo, como se disse anteriormente, concebe-se, ademais, que ele estará sempre imune às influências externas. Dessa característica resulta que um sistema é um circuito fechado, hermético, tanto quanto completo, auto-suficiente, "autopoiético". Por isso, fica claro entender que nele não existem lacunas, vagos de que seja necessário ocupá-los, posto o sistema realizar a lógica de sua própria realimentação com os elementos integrativos dos quais dispõe em seu interior (*autopoiese*). Portanto, não há a menor possibilidade de o Estado, ativado por intermédio do agente da jurisdição (Juiz) e sob qualquer pretexto, vir a pronunciar o *non liquet*, o que corresponderia a um estado de anomia não tolerado pelo Direito Positivo, pela Ordem Jurídica interna. A integração sistemática produz com que caso concreto, seja ele qual for e tenha ele a complexidade e a originalidade que tiver, encontre sempre uma solução compositora que está por exigir. O âmbito de validade da ordem normativa, suportada pelo exercício da soberania estatal (comunidade jurídica, politicamente organizada) lho permitirá. Outra é a hipótese que consiste na omissão de lei, ou outras categorias de fontes formais do sistema jurídico. Nesse caso, não se terá, por certo, como insuficiente o sistema, mas uma certa e determinada fonte dentre aquelas que se encarregam de dar produção às suas normas. É do contexto sistemático dessas normas, expressas por meio das fontes formais, que se poderá extrair o sentido, alcance e incidência de alguma disciplina jurídica. As diversas soluções práticas para a composição dos casos concretos, dependerá sempre não de soluções heterodoxas, estranhas ao sistema jurídico, mas de empenhos intra-sistemáticos, mediante os quais o Direito Positivo se afirma na validação concreta de seu concerto normativo. Daí resultar o caráter de plenitude do sistema jurídico como sendo um sistema de normas jurídicas.

Finalmente, assim como fora visto, o conjunto de normas em que importa o ordenamento jurídico não é estabelecido por justaposição de elementos, mas pela integração desses mesmos elementos. Desta maneira, não se

poderá resolver caso algum da vida social, lastro de incidência do ordenamento (teleologia), ao lado do suposto jusfilosófico da liberdade humana, sem que entre as normas haja algum vínculo. Estamos diante de um sistema e não, como se poderia supor, um feixe algo desordenado, talvez caótico, de comandos aos quais se pretendesse oferecer o caráter de normativo. Por esta razão, é possível negar-se validade epistemológica ao conjunto de comandos emanados, por exemplo, de um bando de assaltantes na consecução de seus fins anticomunitários e, portanto, anti-jurídicos. Figurativamente, poder-se-ia perguntar: seria possível aos "diabos" organizarem uma democracia?

Ipso facto, cumpre à Ciência do Direito espraiar-se na investigação e na demonstração de seu objeto, a dizer, o Direito enquanto realidade de interconexão sistemática deve atender aos fins aos quais se destina.

1.2.3 Da Norma Jurídica. Estrutura. Função. Distinções

Conforme universal observação do gênio de Aristóteles, o homem não é apenas indivíduo, porém ente social, o *politikon zoo*. Dessa sociabilidade, da necessidade natural do conviver, de se agruparem as pessoas umas às outras no exercício de influências recíprocas, algumas boas, outras nem tanto, emerge, fundamentalmente, a imperiosa urgência por um eficaz disciplinamento das relações sociais. E foram mesmo os clássicos da Antiguidade que já ali alertavam sobre a necessidade seguir o homem sua vida de acordo com uma regra inflexível (*ad certam rationis normam, vitam dirigere*). Com efeito, não se pode negligenciar dessa evidência incontrastável que resulta da normatização da vida em sociedade, sem a qual grassaria entre os homens a degeneração e o caos. A vida humana, assim, sob tais condições, seria inviável.

Norma vem do latim *norma* e significa, exatamente, esquadro, regra, lei. O Direito, para o que o conceito de norma é fundamental, surge no *socius*, tanto por tanto, como técnica normativa, como expressão de normatividade. Essa normatividade assegura a instauração e a manutenção de uma ordem historicamente condicionada. Tal enfoque põe em evidência específica a ontologia mesma do Direito, a dizer, sua tônica conotativa e real, como sendo a própria estruturação de tipo normativo e que teve vigoroso impulso científico com o positivismo jurídico-esquemático protagonizado pelo pensamento Kelseniano. Esse pensamento representou, sem dúvida, uma vanguarda no que diz respeito ao argumento epistemológico para uma autêntica teoria da norma. Realmente, a teorização engendrada pelo gênio de Kelsen acabou aceita em maior proporção por parte de

juristas profissionais os quais sempre se ressentiram de uma ferramentaria útil aos seus propósitos de comunicação no Direito, levando-os a vencer, de certa forma, com eficácia, a pesquisa do justo, mediante o interfluxo de um sistema instrumental-normativo com o qual se pusessem ao respeito de suas observações, bem assim como se pusessem, por igual, à defesa dos mecanismos de Estado com os quais viesse a atuar legitimamente. Por tal teoria, outrossim, abandonou-se a discussão sobre Justiça e sobre legitimidade, jungindo-se a pesquisa do Direito ao que ele pudesse reunir, por suas fontes formais, em termos de normatividade. Essa teoria, a propósito, constata que a norma jurídica regula o relacionamento intersubjetivo, quer dizer, de indivíduo a indivíduo e de indivíduo a sociedade, bem assim reciprocamente, sinalagmaticamente, biunívocamente, e que, por isso mesmo, o juridiciza. A juridicização significa, portanto, que tudo no *socius* passa a regular-se por meio de normas jurídicas, justamente aqueles que o sistema jurídico reconhece como válidas para produzirem efeitos em um determinado tempo e lugar, estando fundadas na autoridade estatal (soberania) que se expressa por uma Carta Política (Constituição). A incidência da norma, pois, traduz o fato social como sendo um fato jurídico. O fato social passa a ser considerado como um fato qualificado pelo Direito, e essa qualificação lhe confere, por ficção, os atributos que repercutem *secudum legem* no território social, manifestando-se como direitos subjetivos e obrigações. De tal maneira, ao jurista só interessa, consoante a mencionada teoria e tendo como suposto o objeto de sua averiguação científico-profissional, as próprias normas jurídicas, enquanto que a conduta, o comportamento social, interessa-lo-á tão somente enquanto contemplado por elas (normas jurídicas). Epistemologicamente, porém, raciocina-se do mesmo modo: tanto o teórico puro do Direito quanto o seu operador, nada obstante que, em suas formulações jurídicas, o primeiro sistematiza normas e o último as alinhava diante do denominado caso concreto, ou seja, a tensão social em choque que requer solução lógico-racional.

A violação do preceito contido na norma jurídica, ou simplesmente preceito jurídico, corresponde uma reação institucionalizada, isto é, contemplada pela ordem, que é a sanção, aplicada com exclusividade pelos órgãos competentes do Estado.

Com isso, efetivamente, já podemos configurar a estrutura da norma jurídica como sendo a resultante da composição de uma *hipótese legal* (preceito jurídico) mais a *conseqüência jurídica* (efeito jurídico ou sanção), tudo dentro de uma estrutura lógica que é a proposição jurídica com a finalidade específica de descrever e enunciar o preceito, o dever jurídico que se contém na norma e a ser

observado, espontânea ou forçadamente, pelos seus destinatários.

1.2.4 O Esquema da Norma Jurídica

Se "*A*" ocorre, deve ser "*B*" (se matar, deve o homicida ser punido); donde "*A*", no caso, é a condição, o ilícito, a infração, a contrariedade ao preceito (hipótese legal); "*B*" é a própria conseqüência jurídica, o efeito, a sanção. Há, no entanto, uma outra versão esquemática, a saber: dado "*A*", deve ser "*P*"; neste caso, contempla-se a realização efetiva das condições de comportamento que evitariam a aplicação, pelo órgão de Estado competente, da conseqüência coativa que é a sanção. Realmente, ocorridas certas condições tidas como lícitas e, por isso, esperadas, deve ser uma correspectiva prestação (cumpridas as cláusulas do contrato, deve ser o pagamento, a prestação).

Esse duplo sentido estrutural com que se forja, teoricamente, a norma jurídica, foi sustentado, com maestria, por Kelsen, ao constatar que uma tal proposição lógica somente resultaria completa e a tanto possível senão por intermédio de uma estrutura de termos lingüísticos. Daí resultar uma dupla classificação normativa consistente e integrada pela norma primária (se "*A*", deve ser "B"), segundo o princípio da imputação, a qual fora chamada de "perinorma" por Carlos Cóssio, e pela norma secundária (dado "*A*", deve ser "P") que o mesmo autor chamou de "endonorma", no sentido de uma regulação instrumental para o Estado referida à norma primária. Convém anotar, ainda, que a nomenclatura utilizada por Carlos Cóssio afasta-se de um suposto caos das designações das normas primária e secundária, prestando-se à compreensão sobre a existência de dois tipos essenciais de norma jurídica, sendo, na realidade, um conceito unitário.[143]

Como se pode ter presente a esta altura, a vinculação decorrente da norma jurídica reside no "dever ser" (nexo deôntico) e não no "ser" (nexo causal). Dessa maneira, a essência da norma jurídica, como *jus atribueri*, e da relação que ela encerra não está na ordem da natureza, como é o caso das leis físicas, mas na ordem da cultura, como resultado da criação humana, provinda da razão e, pois, do pensamento elaborado, com que se formula a tessitura de ordenamentos teológicos, ou seja, ativam-se em função da busca de fins estabelecidos, não de causas preexistentes. A norma em si não é um valor, mas se trata de veículo útil por alcançá-lo. Seu esquema, em face de tudo o que foi dito

[143] (Kelsen: 1976: 137, 139; Hart, 1986: 44; Atienza, 1977: 15; Torre: 1975: 144, 147).

anteriormente, é na verdade um esquema cultural, habitando "na harmonia do universo como requintada elaboração do mais evoluído dos seres", consoante ensina Gofredo Telles Júnior.[144]

Decompondo-se a estrutura da norma jurídica, temos os seus elementos:

1. *Hipótese legal* – encerra o preceito, o imperativo a ser cumprido e que, por isso, prescreve um dado paradigma de conduta (comportamento humano), podendo ser positiva (de fazer), negativa (de não fazer) ou permissionária (facultativa).

2. *Conseqüência jurídica* – traduz-se pela sanção ou o efeito jurídico que comina a privação de um bem do patrimônio jurídico de determinado indivíduo (sujeito de direito) que descumpriu a ordem – preceito, comando – contida na norma jurídica, resultando em violação primária. Ou, por outro lado, a prestação, uma vez observada a realização de certas condições previamente estabelecida em norma jurídica, resultando em uma abordagem secundária do preceito.

De seu turno, o "ser" institucional da norma fica consagrado, como corpo histórico-cultural, na longanimidade retrocessiva do passado (desde quando estabelecida como válida no Ordenamento Jurídico), na aglutinação de tudo o quanto represente para o tempo presente bem como na projeção para o futuro que se afirma como atitude de resistência à destruição de sua forma. Forma, aliás, que é "o limite existencial para os corpos biológicos, quanto para os corpos culturais."[145]

Por isso mesmo, a norma, quanto à sua natureza lógico-aplicativa, pode ser classificada em três espécies:

1. *Norma cogitandi* – é norma de pensar, própria da lógica. Idéia nuclear: *pensar*.

2. *Norma operandi* – é norma operativa, norma técnica. Idéia nuclear: *fazer*.

3. *Norma agendi* – norma de agir, dentre as quais estão situadas as normas jurídicas, propriamente ditas, bem assim como as normas morais, as quais são também obrigatórias, posto resultarem objeto de imposição cogente. Idéia nuclear: *agir*.

A natureza própria da norma jurídica demonstra que ela não é um juízo, tal como o é a proposição jurídica, a saber, a estrutura lógica e mesma da norma, porém um imperativo, posto enveredar um comando, um mandamento, "categórico", na clássica visão kantiana, ou "autorizante", para também repetir Telles Júnior.[146] Constitui, em verdade, instrumento, forma de comunicar e representar um ato de

[144] (Telles Júnior, 1980: 14).
[145] (Vilanova, 1975: 30).
[146] (*op.cit.*: 356, 363).

vontade do legislador (na hipótese de norma jurídica legislada), e não mero ato de conhecimento. Se a norma jurídica possuir fonte formal diversa, dir-se-á que se constitui em elemento de comunicação da vontade de outros agentes igualmente autorizados. Se a jurisprudência, a vontade dos Juízes e Tribunais; se a doutrina, a vontade dos doutos versados em Ciência Jurídica; se os princípios gerais do Direito, a vontade da cultura jurídica estabelecida ao longo da história da Ciência Jurídica e traduzida por um sentimento jurídico comum e universal; se o costume jurídico, a vontade da própria comunidade jurídica à qual a norma, afinal, se dirige.

Consoante se pode verificar, e já adentrando na pesquisa de sua natureza, não é pacífico o entendimento doutrinário sobre o qual a essência da norma resulte de sua natureza jurídica mesma. Com efeito, Kant concebia a norma jurídica como um "imperativo categórico" e isso, de per si, não avaliza o suposto enunciado jurídico. Em seus avançados estudos filosóficos sobre a fundamentação da metafísica dos costumes, considerou Kant que a norma reúne um mandamento ético de caráter universal quanto à perspectiva de obediência prática do destinatário e resultando, por isso mesmo, um enunciado categórico. Por seu turno, Kelsen entende a norma jurídica como sendo um "juízo hipotético", contrariado a tradição científica, conforme o qual dá-se uma submissão do suposto fático, a condição, o ilícito, a uma conseqüência por ele condicionada, chamando a isso de principio da "imputação". 0 juízo, segundo o autor, é o resultado de uma valoração prévia, ascendido o seu conteúdo à condição de dado jurídico. Isto o que lhe qualifica enquanto tal. A norma, assim, não seria em si um valor, enquanto encerrasse de fato um valor. No Brasil, Gofredo Telles Júnior levanta a interessante tese do *Direito Quântico*, dentro da qual admite a norma jurídica como sendo um "imperativo autorizante", consoante já acima mencionado. Procura o autor justificar esse concerto conceptual pelo fato de, sendo necessários os seus comandos, o que se pretende, de fato, é o cumprimento das normas jurídicas. Dessa maneira, ao sinal de violação do preceito, autoriza-se reação institucionalizada (conferida pela comunidade jurídica, sociedade politicamente organizada por meio do Estado). São, pois, as normas jurídicas, imperativos lógicos, conquanto mandamentos autorizantes, eis que autorizam reação contra a ação humana que as viola.

Além disso, não obstante todas as teorizações a respeito do assunto tão fundamental à Teoria Geral do Direito, não se pode alimentar qualquer dúvida quanto ao caráter de juridicidade da norma, uma vez que esse caráter, concebe-se, realça, essencialmente, um íntimo sentido que já se houve extraído desde aquela extraordinária intuição para o fenômeno jurídico por parte dos romanos, ainda na

Antiguidade, intuição essa sintetizada pelas máximas seguintes: *suum cuique tribuere* (dar a cada um o que é seu), *honeste vivere* (viver honestamente), *neminem laedere* (não prejudicar a ninguém). Essas máximas se traduzem, ainda hoje em dia, por critérios gerais de Justiça, fórmulas por meio das quais o sentimento jurídico e a racionalidade no trato jurídico podem vir a tornar-se compreendido, explicado e exigido, não tendo ocorrido, até agora, uma revisão realmente digna de nota que pudesse também razoavelmente substituir esses conceitos universais sobre Direito e Justiça. Ulpiano talvez não tivesse a noção da importância histórica de seu achado lógico-sistemático.

1.2.5 A Função da Norma Jurídica

A significado mais proeminente de que se trata não é enunciar, mas prescrever efetivamente um determinado comportamento humano, isto é, impor um dever jurídico, estabelecendo a forma de conduta a ser observada pelo destinatário desse comando.

De vez que a norma jurídica impõe deveres e confere direitos e faculdades, tem-se que a mesma se afirma, com efeito, como fonte do Direito, sobrelevando-se daí a sua função materializadora e operativa do próprio fenômeno jurídico.

Dentro em um sentido muito específico, a norma jurídica, dentre outras funções, possui as seguintes:

1. *Distribuidora* (de direitos, deveres, poderes, competência, situações jurídicas etc.)
2. *Defesa Social* (norma repressiva, sanção, norma protetora, prevenção)
3. *Coordenadora*
4. *Se garantia e tutela de direitos e situações*
5. *Organizadora* (Constituição)
6. *Arrecadadora de recursos à consecução de fins politicamente fixados* (norma financeira)
7. *Reparadora* (norma de responsabilidade civil)

Todas essas funções da norma jurídica, na realidade, aglutinam-se e convergem, basicamente, na "função reguladora geral" da sociedade submetida ao ordenamento jurídico histórico, por isso vigente, o qual se lhe estabelece, de forma conceptual, os contornos veritativos de sua própria existência lógico-formal.

É de ser ressaltado, afinal, que nem todo preceito de regulação dos modos de comportamento humano pode ser considerado como norma jurídica; tal sucede, por exemplo, quando o tal preceito descreve, ele próprio, um mero dado de ordem técnica (aqueça o líquido até aos 100°C para obter vapor; não tome esta medicação, posto que

contra-indicado para tal ou qual função orgânica, assim por diante.); noutros termos, de certo mais abrangentes, tem-se como da mesma hipótese da norma que recita um preceito de ordem moral, portanto mais ampla e abrangente em termos de aplicabilidade.

1.2.6 A Criação da Norma Jurídica

É função de ordem político-filosófica, provindo de ato volitivo de decisão fundada em valores sociais. O problema da democratização desse fenômeno, de resultar a volição de uma maior participação dos destinatários da própria Ordem Jurídica, é aqui de menor relevância à proposta inicial deste de discussão neste item da Tese ora desenvolvida. De todo modo, para que não haja projeção no Ordenamento Jurídico vigente de uma norma esdrúxula[147] é de mister conceptual que a decisão que resolveu criá-la sujeite-se, regularmente, à prudência objetiva e lógica que o conjunto das circunstâncias fático-sócio-axiológicas estiver a exigir. Descabe considerar o menor acerto técnico-científico à idéia de norma jurídica de conteúdo materialmente impossível. Democrática ou não a formulação etiológica da norma de Direito, cumpre ressaltar que se a mesma não dispuser desse sentido mais ou menos razoável não reunirá valor jurídico algum. O Direito é, antes de tudo, lógica, razão, bom senso e Ciência. Fora de tal perspectiva, não há como compreendê-lo do ponto-de-vista técnico-jurídico.

O poder, como se pode inferir e em face da teorização insubstituível do Mestre de Viena, passa a ser focalizado como elemento fundamental ao processo de criação normativa de tal sorte que só é norma jurídica aquela que for estabelecida por indivíduo (autoridade) regular e legalmente (normativamente) investido de competência específica para o exercício daquela função (criação normativa), sendo que o agente da produção normativa é um membro da comunidade jurídica, da sociedade politicamente organizada mediante o Direito Positivo que lhe confere unidade de sentido. A norma surge, portanto, de ato decisório do poder, seja ele constituinte, legislativo, judiciário, executivo, comunitário ou individual.

A *Teoria Pura do Direito* acentua a reciprocidade dos conceitos de criação e aplicação do Direito de modo que, quando se aplica norma geral, se está a criar norma menor, de caráter geral ou particular, portanto menos geral. Isso assim se consubstanciando dentro da compreensão da idéia

[147] Nota: Norma de conteúdo materialmente impossível ou eticamente inaceitável, como a "obrigação" de desrespeitar os direitos humanos ou a "faculdade" indiscriminada para o recurso da autotutela, por exemplo.

geral de sistema no qual são escalonadas hierarquicamente as normas jurídicas que lhe dão consistência (consistem em seus elementos integrativos) no âmbito de um determinado Ordenamento Jurídico.

1.2.7 A Definição da Norma Jurídica

Ainda para Kelsen, sem dúvida o maior teórico das normas jurídicas, no espaço da relação jurídica do "dever ser" opera-se o que já antes foi referido, aqui, o princípio da "imputação normativa" que consiste na conexão que há entre o ilícito (hipótese legal) e a conseqüência jurídica para o ilícito (sanção); ou entre as condições esperadas e a prestação devida. A norma jurídica, assim, apresenta-se da seguinte forma:

1. *Preceito/Hipótese Legal* – que é o imperativo, fruto de decisão volitiva.
2. *Proposição Jurídica/Estrutura Lógica da Norma* – é o juízo, o enunciado do preceito tido como devido. É nesse ponto que a norma apresenta-se como um "juízo hipotético" na forma do "dever ser", que é a questão da imputação (antecedente/conseqüente).
3. *Conseqüência Jurídica* – sanção, a qual será aplicada com exclusividade, pelo Órgão da comunidade (Estado) em face da violação do preceito contido na norma; ou prestação, ocorridas as condições esperadas, espontânea (pelo obrigado) ou forçadamente (com interveniência do Estado).

Em face deste exposto, parece curial observar que a norma jurídica, seguindo, ainda, a orientação de Goffredo Telles Júnior, constitui um "imperativo autorizante", porque é mandamento com a autorização do sancionamento para o caso de violação de seu preceito. A norma jurídica não é descritiva de comportamento humano. É a fórmula desse comportamento que deve ser mantido sob certa circunstância. Assim, ela não descreve o que é, mas o que deve ser.

Como tal, a norma jurídica é espécie do gênero das leis éticas, as que conduzem a vida humana, sendo a outra espécie a norma moral, da qual não se infere sancionamento, coerção, a possibilidade do emprego da força, todavia é igualmente obrigatória. Tem a norma jurídica conteúdo social e internacional, regulando a conduta (comportamento humano) em interferência inter-subjetiva, donde resultar que, na perspectiva do destinatário de seu comando, é um "imperativo categórico", segundo a superior e clássica observação de Kant.

Finalmente, a norma jurídica se traduz como regra de conduta imposta, posto que verte ao destinatário independentemente de sua vontade, senão reconhecida pelo

poder público ao qual comporta editá-la, executá-la e eventualmente judicá-la, quando seja a hipótese de desinteligência sobre o alcance e observação da mesma. A norma será sempre composta, como se disse também, de preceito e sanção, além de uma estrutura toda própria de tipo lógico, sendo esta estrutura deduzida à forma de proposição jurídica que enuncia o *dever* a ser observado.

1.2.8 As Características da Norma Jurídica

Para que se compreenda, à perfeição, a norma jurídica, deve-se ter presente o plexo de suas características, as quais lhe conferem um sentido próprio, a saber:

1. G*eneralidade* – posto que destina-se a uma classe de pessoas e não ao particular, isto é, não se orienta, singularmente, ao indivíduo, ainda quando o seu alcance seja menos geral.
2. *Abstração* – por não se dirigir especificamente a uma ação singular, mas a uma ação-tipo separada do universo social.
3. *Coercibilidade* – pela possibilidade de vir a ser aplicada à força, à coação, sendo a constrição um fator determinante para fazer cumprir o seu preceito ou restituir a ordem anterior dos fatos alterados pela ação infratora.
4. *Bilateralidade* – por ser próprio da norma de Direito a criação de relação entre dois ou mais sujeitos, surgindo daí o conceito fundamental de relação jurídica (o objeto de regulação encontra sentido diante dessa relação jurídica).
5. *Condicionalidade* – pelo que se consubstancia o enlace hipotético entre um fato jurídico condicionante e uma conseqüência jurídica condicionada.
6. *Alternatividade* – posto descrever um comando dúplice, dirigido ora ao cumpridor do dever jurídico contemplado pela norma (conduta lícita) ora ao infrator (conduta ilícita).

Assimilar, adequadamente, as características da norma jurídica é preparar o pensamento para sua inteira compreensão visando, ao fim, sua perfeita aplicação no plano do *socius*.

1.2.9 As Espécies de Normas Jurídicas

Como fonte do Direito, a norma jurídica é expressão formal do próprio Direito, revelando-se, na prática, por meio da legislação (a lei escrita), dos costumes jurídicos

(consuetudinariedade) e da jurisprudência (atividade decisória e consolidada dos Tribunais), além da doutrina (dito dos cultores da Ciência Jurídica) e dos princípios gerais do Direito, tudo como já ressaltado anteriormente.

Em um sentido mais amplo, por outro lado, pode-se afirmar que as normas jurídicas vêm a ser tomadas segundo uma classificação primária e secundária, notando-se, por oportuno, que essa classificação não tem conexão com a norma primária e a norma secundária previstas por Kelsen quando de sua esquematização teórica sobre a norma jurídica. Segundo essa classificação, pode-se referir que, pelas primeiras, as normas jurídicas primárias, nelas há uma descrição da conduta a ser observada, sendo, assim, normas materiais, enquanto que as segundas, as normas jurídicas secundárias, são as sancionadoras, isto é, as que estabelecem cominação ou pena ao infrator do dever jurídico reclamado pelo preceito contido na norma jurídica primária. Assim, *v.g.*, no Direito Penal a norma primária seria o preceito afirmativo (núcleo verbal + predicado) de uma conduta típica, portanto juridicamente qualificada ("matar alguém"); e a norma secundária seria a sanção ou pena, prevista, estruturalmente, na seqüência da norma anterior (primária), formando com ela uma só unidade de sentido jurídico ("pena: de seis a vinte anos").

1.2.10 Norma Jurídica e Norma Técnica

A norma técnica, ou regra técnica, regula determinada conduta humana objetivando conseguir, de modo objetivo e preciso, dir-se-á mesmo científico, um resultado. Um resultado confiável que, por isso, possa suportar razoável comunicação e ser a representação fiel de um fenômeno, de modo a explicá-lo. Não se trata de imperativo como o é a norma jurídica, posto não representar um mandamento, uma relação de nexo deôntico, mas, uma relação de nexo causal e fenomenológico. A norma técnica estipula os efeitos necessários de determinada causa, a fenomenologia do ser.

Dessa maneira, não é a norma técnica, em face da razão humana e do comportamento do indivíduo, obrigatória, tal como o gênero das normas éticas, entre as quais, as normas jurídicas e as normas morais, sendo que as primeiras plenamente dotadas de coercibilidade sancionadora para o caso da violação de seu preceito, enquanto que as outras não possuem tal predicamento conceitual.

Pertencem, destarte, as normas técnicas, ao gênero das leis físicas no qual a norma jurídica evidentemente não se inclui, pois aqui se estabelece a separação entre dado de

ciência causal e dado de ciência normativa[148], justamente para asseverar a advertência de Vilanova: "Aos juízes, e não a outros, cabe simplesmente julgar. E julgar não é julgar o direito vigente, mas julgar de acordo com o direito que provém de fontes que independem dos juízes, muito embora eles, os juízes, se não elaboram o direito colaboram na sua produção. Julgar o direito mesmo, e substituí-lo quando não correspondendo a uma medida de valor, exige do juiz o que ele, como cidadão, pode fazer, mas não pode fazer como juiz: política do direito, isto é, a ação ou a concepção tendente a suplantar o direito vigente por outro direito mais congruente com o parâmetro de valor defendido. Mas esse critério de valor submerge suas raízes em concepções do mundo, dependentes do posto do homem na sociedade. E tais concepções nunca provêm sem um substrato de ideologia. E como há várias ideologias, variadas seriam as concepções do direito e do justo, com o que se resvalaria no subjetivismo judicial, cada juiz julgando de acordo com o seus critérios de valor, individualmente divergentes, e ideologicamente comprometidos."[149]

1.2.11 Norma Jurídica e Norma Moral

A moral refere-se, como resulta evidente, à valoração comunitária da conduta humana. Diz com a relação mais integrativa dos valores em relação à comunidade em que esses valores são professados e também atuados. As normas morais, como as jurídicas, pertencem ao gênero das normas éticas que compõem parte da filosofia prática, isto é, a disciplina normativa (sentido amplo) que remete à regulação da conduta.

A norma moral objetiva, em sua mais autêntica razão de ser, a contemplação da realidade individual (consciência, intenção, pensamento e as próprias ações exteriores, estas objeto único das normas jurídicas), em sua integralidade, visando à perfeição do homem enquanto homem. De acordo com Borges: "É interessante observar que o elemento moral, ou o componente valorativo contido nessa prescrição da moral, está também presente como elemento constitutivo do comportamento humano, regulado pelas estruturas de expectativas e que se constituem no universo jurídico."[150]

Por outro lado, a norma jurídica não se ocupa de modo absoluto do homem em si considerado, mas do homem enquanto ente interacional, a dizer, que se relaciona socialmente com o semelhante, sendo, por isso, capaz de produzir

[148] (Kelsen, 1976: 117, 119).
[149] (1975: 24, 25).
[150] (1993: 131).

influências e de alterar, exogenamente, as condições circundantes. A norma jurídica, pois, reúne aspectos de utilidade apenas relativa em relação aos fundamentos materiais da Ordem da qual provém. Disso decorre que a norma jurídica visa ao disciplinamento da conduta para assegurar a manutenção de uma ordem histórica que possa ser construída com a marca da estabilidade e da precisão científicas. Sendo também por isso que: "A exigência de uma separação entre Direito e Moral Direito e Justiça, significa que a validade de uma ordem jurídica positiva é independente desta Moral absoluta, única válida, da Moral por excelência, de a Moral."[151]

1.3 Prática Judiciária no Brasil: Um Outro Mundo

A independência entre os valores da Moral e do Direito podem causar, ante a dinâmica do *socius*, um descompasso mais ou menos intenso e quase sempre capaz de contribuir para com o descrédito da sociedade em relação ao próprio Estado bem como aos seus agentes e operadores, pois a estes se confiam, constitucionalmente, suas funções específicas, notadamente a função coercitiva como expressão inconfundível da soberania estatal.[152] Não que o Direito haja perdido, só por isso, a sua representação e sim porque sua operacionalidade, nesses quadros institucionais ou contextos, reflete um certo e determinado grau de desenvolvimento social insuscetível de alavancagens éticas realmente dignas de nota, portanto merecedoras de aceitação.

Referências-tipo extraídas do cotidiano da sociedade brasileira com freqüência expressam elementos universais caracterizadores de uma cultura juridicamente adversa que se presta a mitificações popularescas em nada compatíveis com as perspectivas de uma convivência social realmente aberta e solidária, sobretudo acreditada. Sobre isto, Nogueira: "Referências do tipo: a 'igualdade de todos perante a lei é uma balela'; 'você sabe com quem está falando?'; 'procure seus direitos na Justiça..., se for capaz'; 'a cada um o que é seu... ao rico, a riqueza, ao pobre a miséria...'; 'todos roubam, por que não eu?'; 'eu pago imposto, faço o que quiser...'; 'ganho pouco, por que cumprir fielmente minhas obrigações?'; 'será que o juiz me atende?'; são todas expressões que desqualificam o exercício da cidadania. O penhor da lealdade pessoal em

[151] (Kelsen, *op.cit.*: 104).

[152] Nota: O Estado é concebido para a coerção, o uso da força a serviço do Direito. Parece óbvia a proposição e de fato o é. Sua lembrança aqui é para destacar os níveis avassaladores de contradição flagrados no sistema político e, dentro deste, no sistema jurídico.

função da retribuição por favores recebidos, da barganha fisiológica, do enredo de vantagens sem causas justificáveis, da transformação, enfim, da dignidade humana e das relações sociais em mercadoria, constitui manifestação pervertida de uma cultura *underground* – sobre ser típica de um capitalismo selvagem que se não mais tolera na vida contemporânea – onde não pode florescer a paz social pretendida pelo Direito e pelo Estado que o tutela."[153]

As instituições do Estado, convém lembrar, exprimem composições que refletem de algum modo o tecido da própria sociedade. Por isso, queira-se ou não, há sempre uma relação necessária entre a ação do Estado e o povo que o autoriza como base psicológica e subjetiva sem a qual simplesmente não existiria, ainda quando se considere o Estado em sua categoria meramente conceitual. Disso decorre a clássica constatação de que o povo é um dos seus elementos constitutivos.

Razoável se mostra, então, deduzir que todo o tipo de expressão desqualificadora da cidadania somente se produz em função de determinadas perturbações das propriedades desse mesmo Estado, nada obstante sua retórica normativa sempre passível de ser manipulada. A negação sistemática e sobretudo irreprimida da solidariedade como obstáculo para o acesso de todos à isonomia política, jurídica, econômica e social em obséquio à dignidade humana se traduz como anacronismo que invalida de certo modo a noção de Estado Moderno Democrático de Direito.

A situação político-social brasileira como sociedade periférica não revela outra realidade. Demonstra-o, claramente, a inversão histórica dos direitos sociais aqui estabelecidos sem sucederem aos direitos políticos, tudo em contraponto ao que ordinariamente tem se passado nos países socialmente desenvolvidos: disputa política. Aliás, o Poder Judiciário no país se encontra, tradicionalmente, como que em uma redoma, infenso, de ordinário, às críticas de sua natural clientela, muito embora já comece a sofrer os primeiros efeitos de uma resistência cívica coletiva que, nada obstante seu caráter ainda rudimentar, se dirige à oxigenação democratizadora de sua existência como Poder Político, de suas funções, como também de suas composições nem sempre as mais recomendáveis. Há, contudo, uma distância abissal por ser percorrida, pois, as instituições político-jurídicas do país estão muito longe de cumprir com os desideratos solenemente estabelecidos em leis positivas, frias por natureza, mas nem por isso a tanto atendidas.[154]

---

[153] (2003: 19, 20).

[154] Nota: "O mais sério, porém, está em que a Constituição também não se cumpre porque os que devem fazê-lo não o querem fazer" (Ferreira Filho, 1989: 75).

Todo esse espectro de atraso social desenvolveu as condições para o florescimento, no Brasil, de uma sociedade tão heterogênea quanto corporativista e por meio deste quadro a estruturação de diversas elites que acentuaram o caráter periférico e emulativo da sociedade brasileira. Bottomore, aliás, esclarece: "No seio da classe média de assalariados e profissionais liberais da maioria dos países subdesenvolvidos, o grupo mais importante é o dos altos funcionários governamentais, os quais assumem responsabilidades excepcionais e adquirem poderes fora do comum naquelas condições em que o planejamento social e econômico é levado a cabo em escala tão avultada. Em muitos sentidos, os funcionários governamentais estão para o desenvolvimento econômico das novas nações do século XX assim como os empresários capitalistas estavam para o desenvolvimento econômico das sociedades ocidentais nos séculos XVIII e XIX. Porém, apesar de toda a sua importância, seus poderes sofrem maiores limitações. Os empreendedores capitalistas formavam uma classe independente cuja influência espraiava-se pelo governo e pela administração, enquanto os funcionários são subordinados a líderes políticos; não existe uma revolução dos gerentes ou burocrática nos países subdesenvolvidos da mesma forma que não existe nas sociedades industriais avançadas. Nos países subdesenvolvidos é a elite política que tem tido a primazia na decisão dos rumos de seu desenvolvimento."[155]

Os operadores judiciais, assim, se enquadram no grupo ascendente acima reportado e são concebidos para a independência no exercício de suas funções de competência específica. Quanto a estes, observa-se, com invulgar freqüência, que seus papéis têm recebido uma forte carga que os sujeita a desvios no propósito, de regra velado, de ajustar ordens virtualmente inconciliáveis.[156] Naturalmente uma tal percepção não pode ser descrita como um dado sociologicamente isolado, posto que é bem verdadeiro que não existe neutralidade absoluta no trato humano dos Juízes. Uma tal neutralidade não passa de mito ideológico, mito que no Brasil adquire um colorido conservador que parte da premissa de rejeição a toda forma de compreensão viva, histórica, da realidade por parte dos Juízes.[157] Definitivamente, isto não garante a aceitação social dos veredictos. Pois, se é verdade que a lei encerra um conteúdo ideológico intrínseco que lhe confere a marca da própria essência histórica, menos verdadeiro não poderá ser

[155] (1974: 89).
[156] Nota: Neste passo, pode-se afirmar do que se convencionou como a "Cultura do Jeitinho'' (Barbosa, 1992: 125, 130; 131, 137; Adeodato, 1992: 169, 170); assim como a do "Homem Cordial" (Holanda, 1983: 101, 112 *et passim*; Prado Júnior, 1965: 340, 377; Freyre, 1973: *passim*).
[157] (Cunha, s/d: 221, 231).

que um juiz jamais seja neutro. Como ressalta Reis: "Quanto ao Judiciário, considerou-se este último, no âmbito federal, como uma espécie de apêndice do Executivo, pronto a coonestar seus planos econômicos desastrados ou um obstáculo às suas políticas insensatas. No plano estadual, encarou-se o Judiciário como encarregado de resolver questões miúdas ou, no especializado trabalhista, como instrumento de controle sobre os operários."[158]

Prado Júnior fala da ausência de "nexos morais" da sociedade brasileira, haja vista o viés antropológico que acabou prevalecendo em sua já problemática formação: "aglomerado heterogêneo de raças que a colonização reuniu aqui ao acaso, sem outro objetivo que realizar uma vasta empresa comercial, e para que contribuíram conforme as circunstâncias e as exigências daquela empresa, brancos europeus, negros africanos, indígenas do continente."[159]

A falta desse "nexo moral" acarreta justamente a atitude especialmente descrente de tomar o cidadão para si mesmo a responsablidade de fazer Justiça por meio dos mais diversos estratagemas e condutas com que se reverbera a desorientação e a instabilidade das relações sociais, o atavismo social e a vingança privada. Este sentimento tem se difundido em decorrência não apenas das origens na formação da sociedade brasileira e de sua cultura jurídica como também e principalmente em função da idéia de impunidade que, em um tal contexto, participa ao inconsciente coletivo.

Outrossim, um tal quadro de reversões não ocorre, via de regra, às sociedades mais desenvolvidas como as nórdicas, pois lá as bases de sua cultura e identidade estão por inteiro já estabelecidas e consolidadas; até porque não terão sofrido propriamente um processo de colonização em que a exploração é a sua marca mais proeminente.

O dado vem a propósito dos objetivos temáticos da presente Tese de modo a resultarem melhor situados e melhor compreendidos, ante as infindáveis repercussões institucionais e morais que derivam do cotidiano da vida judiciária de países tão diferentes como o Brasil e a Finlândia, visto como nossa sociedade, ante a cadência retardada de sua motilidade histórica, ainda se encontra em estágios primários de desenvolvimento. Por isso: "não se sedimentou ainda em linhas definitivas; (...)não 'tomou forma'".[160]

Penetrar no exame da razoabilidade jurídica, outrossim, antes de um perfeito aprimoramento cultural do corpo judicial, mesmo em face das técnicas puramente

[158] (1996: 19/06).
[159] (Prado Júnior, 1965: 340).
[160] (Prado Júnior, 1965: 7).

dogmáticas já ultrapassadas nos grandes centros produtores do saber científico-jurídico, parece uma missão particularmente difícil e problemática em face do caráter periférico, subdesenvolvido, das sociedades em que ainda não se venceu um tal estágio de evolução institucional. Com razão, Chauí: "O poder judiciário aparece como misterioso, envolto em um saber incompreensível e em uma autoridade quase mística. Por isso mesmo, se aceita que a legalidade seja, por um lado, incompreensível, e, por outro, ineficiente (a impunidade não reine livre e solta?) e que a única relação possível com ela seja a da transgressão (o famoso "jeitinho")."[161]

Falando em "estandardização" das condutas funcionais, Martin J. Hillenbrand enquadra bem o papel dos Juízes no Estado Moderno como sendo o de produzir o saber jurídico a partir da racionalização do pensamento que se expressa por meio de normas gerais: "Em uma época em que os homens necessitam de sólidos princípios, com fundamentos estáveis e baseados no consentimento, as filosofias políticas e legais mais correntes nada mais têm a oferecer que uma série de racionalizações essenciais ou envolvem certas presunções cujas conseqüências são desastrosas para a ordenação do poder, em termos de bem-estar geral. (...) O Poder sem base moral é o flagelo da humanidade. O Poder, fundado na moral, representa o maior servidor da humanidade."[162]

É, pois, de um ambiente antropológico enraizado na cultura de um povo que se pode esquadrinhar o perfil de suas próprias instituições sociais, públicas e privadas. Deste modo, é sempre possível descrever e explicar os quadros institucionais relacionados ao sistema jurídico como integrado ao sistema político segundo as suas peculiaridades, condizentes ou não com as definições teóricas que lhe conferem substância lógico-formal. Portanto, a realidade, consubstanciada ante a dinâmica dos valores sociais, pode não corresponder a essas definições, consubstanciadas ante a estática normativa, justamente em face dos desvios que se debitam ao terreno das especulações humanas. Uma tal dissociação costuma ser socialmente perturbadora.

Como refere Nogueira: "Todo regime político oscila em maior ou menor grau entre a ativação de atitudes institucionais e formas democráticas e a instauração de tendências autoritárias de direita ou de esquerda que representam, em última análise, as grandes inflexões do Estado diante de distintas conjunturas que devem historicamente ser enfrentadas, tanto em relação à organização de sua soberania quanto em face da necessidade

[161] (1997: 436).
[162] (*apud,* Pinto, 1960: 68).

de controle das lutas de classe. A Administração da Justiça como parte do aparato estatal não escapa a essa relação ciclotímica, à permanente reorganização do sistema político de que é parte, conforme seja observável que suas estruturas, seus princípios, suas composições e o seu funcionamento se alteram, assim em um como em outro sentido, em harmonia com as exigências de cada momento histórico. (...) No caso brasileiro essa harmonização propende para um secular autoritarismo de direita favorecido que é, em grande medida, pela tênue estratificação social de seu povo, pela ausência quase que absoluta de "nexos morais" (essenciais a uma sociedade moderna, portanto não primitiva ou medieval), gerando-se uma cultura corporativista de índole individual e agregadora de privilégios crescentes e pela submissão mesquinha a certos dogmas do positivismo jurídico com que os Juízes deixam de subordinar sua razão técnica aos superiores fins do Direito e do 'pacto social'"[163] No mesmo sentido, Pressburger: "se é aceitável que a democratização do judiciário anda a reboque da democratização do Estado, também é verdade que o conservadorismo de suas instituições próprias, das quais a primeira talvez seja a formação da cultura jurídica, tende meramente a adaptar o seu funcionamento, indo quando muito até a cibernetização dos registros e controles."[164] Por isso, não sem razão, Gomes: "A lógica do estado de direito democrático só se consuma se um regime de leis legitimamente produzidas for garantido pela ação pronta e eficaz de um Poder Judiciário limpo, competente e dotado da vocação de distribuir a Justiça." [165]

Outrossim, um feixe de contradições sistemáticas, sobre prorromper, no país, a partir da prática judicial como também administrativa ante o processo de tomada de decisão jurídica, não encontra ali sua única fonte. A Ordem Constitucional igualmente produz brechas para que se forjem expedientes tidos como paradoxais diante do próprio regime jurídico que os acolhe e uma tal característica diz de perto com a crise de legitimidade e representação do Poder Político.[166] Sobre isso, como ressalta Grau: "há um modelo

---

[163] (2003: 26).

[164] (1987: 3).

[165] (Gomes, 1995: 24/09). Nota complementar: O autor procura topografar a cultura "protofascista" da Magistratura no Brasil como um paroxismo do autoritarismo que advém da própria sociedade brasileira. "Protofascista" no especial sentido ditado em função do altíssimo grau de autoritarismo que marca suas relações internas e externas, pelas quais as rotinas não obedecem a critérios de transparência, de sua hierarquia verticalizada e militarista (culto aos chefes), da insuscetibilidade a controle eficaz (participativo), do monopólio da representação político-jurídica que acentua e prioriza uma atmosfera corporativa fortemente fechada.

[166] Nota: O Poder Político é aqui entendido não como formato da organização do Estado como um todo, mas como fundamento ideológico interno que movimenta a rotina dos governos, para o que o Judiciário parece se mostrar bastante sensível. Aliás, a realização do Direito no Brasil, pelos regimes de pressão (*lobbies*) de toda

econômico definido na ordem econômica na Constituição de 1988, modelo aberto, porém, desenhado na afirmação de pontos de proteção contra modificações extremas, que descrevo como modelo de bem-estar".[167] Também como quando do debate sobre a reformulação da política previdenciária no país, aliás, fortemente interferida ante parâmtros econômicos "sugeridos" por organismos financeiros internacionais, os quais monitoram toda a ação governativa local sobre pagamentos e despesas públicas. Atualmente, um dos mais recorrentes episódios ilustrativos do quadro de desafeições à soberania está relacionado com o incremento contributivo, elevado a níveis confiscatórios, no detrimento do próprio Direito Econômico e dos valores que a Constituição acabou realçando para não serem de fato atendidos no que diz respeito à Previdência Social Pública no Brasil.[168]

Além disso, o próprio Supremo Tribunal Federal, órgão político especialmente no sentido de sua adstringência à ideologia do sistema[169], tem encontrado obstáculos à marcha regular ao seu ministério essencial. De acordo com Nogueira: "Também se pode aludir à curiosa hipótese em que o Supremo Tribunal Federal, como que abrindo mão de graves

---

ordem que afloram para influenciá-lo, parece utópica, haja vista que a nação tem cedido espaço à autofagia. As bases do constitucionalismo nacional constituem permeio desses influxos com que perde algo significativo de sua autenticidade histórica e de sua especificidade científica. O Brasil possui uma "Constituição semântica", no sentido de Loewenstein, porque: "En lugar de servir a la limitación del poder, la constitución es aquí el instrumento para estabilizar y eternizar la intervención de los dominadores fácticos de la localización del poder político" (1979: 219). Em termos de uma compreensível Teoria Constitucional, pode-se dizer que a Constituição Federal do Brasil, promulgada em 1988, resultou de puro juízo de reforma, embora amplo, o que não desqualifica o enunciado científico como tal posto, pois a maior ou menor extensão das reformas não constitui o cerne de sua definição teórica e, portanto, jurídica, mas mera circunstância de ordem prática.

[167] (1990: 322). Nota complementar: Sobre neoliberalismo e globalização como fontes de influenciação do problema judicial interno, ver também item 4.3.

[168] Nota: A questão vem sendo mais uma vez renovada ("Projeto de Emenda Constitucional [PEC] Paralela"), no Congresso Nacional, ante o Projeto de Reforma da Previdência proposto pelo Governo LULA, tido como de centro-esquerda e estatista, mas que vem advogando os mesmos princípios neoliberais pelos quais tanto se esforçara o Governo que o antecedeu de Fernando Henrique Cardoso. No contexto do Projeto de Reforma Constitucional que está sendo gestada consta a taxação de inativos do serviço público, a alteração da paridade remuneratória entre o pessoal da ativa e da inatividade e a variação, para mais, do prazo de carência para aposentadoria do servidor. O Projeto vem causando uma resistência ruidosa da parte dos servidores públicos. Nada, porém, terá sido tão emblemático e ostensivo como a mobilização dos Juízes em torno da conservação dos benefícios até então acumulados em suas carreiras. O Presidente do Supremo Tribunal Federal convocou uma reunião de cúpula incluindo todos os Presidentes de Tribunais do país e mais os Presidentes das Associações de Magistrados para, enquanto Poder, traçarem a sistematização de uma ação política dirigida à luta pela conservação dos benefícios na carreira judiciária, aliás, estranho às atividades-fim para as quais foram os Juízes investidos de competência própria. A reunião aconteceu no dia 16/06/03 no recinto do Supremo. A Reforma da Previdência foi promulgada conforme proposição do Executivo.

[169] (Mangabeira, 1946: 67, 69).

responsabilidades institucionais e, pois, negligenciando mesmo sua própria competência privativa, se tem reiteradamente amesquinhado diante do permissivo constitucional que lhe atribui o poder subsidiário de regulamentação das normas jurídicas gerais, fixadas constitucionalmente, diante da omissão do Legislativo por fazê-lo a tempo, mediante o instituto do Mandado de Injunção (art. 102, inciso I, alínea "q", da Constituição Federal). Com efeito, não se tem notícia de que o órgão máximo do Judiciário nacional tenha administrado, positivamente, qualquer injunção, não obstante haver sido provocado por inúmeras vezes para que a tanto procedesse, limitando-se a reconhecer a mora eventual do legislador. Seus escrúpulos institucionais derivados de uma metodologia atrasada ou de injustificado receio de invadir competência legislativa que já não lhe pertença, acaba por fragilizar a sua própria independência sem o que, sob o ponto-de-vista do Direito Positivo, o Judiciário não reúne existência própria."[170]

À toda evidência, o problema da absorção, pelo Estado, dos interesses sociais em choque, pedra de toque e expoente maior de toda a positividade jurídica, não é tão simples como resultaria de uma pura formulação abstrata, cartesiana, de uma exagerada razão verificadora que se traduz como pressuposto da própria cientificidade jurídica. Acontece que diversos elementos desautorizados se entrechocam na direção mesma desse ambiente funcional, pelo que passa a sofrer perturbações de tal maneira graves que o próprio sistema jurídico acaba perdendo paulatinamente a força vinculante que lhe confere natureza e significado próprios, a dizer, jurídico-normativo. Sob tal contexto, o crédito social, cuja marca é a presença da legitimidade política do Ordenamento Jurídico, fica organicamente comprometido. Compreende-se, pois, que o problema do Direito e do Estado não se reduz à exegese dos textos legais e das demais fontes normativas. Realmente uma temática inexaurível em que pese a consagração dogmática do hermetismo jurídico, na Teoria Positivista do Direito, acerca de seu próprio sistema; a essência deste problema, pelo contrário, é antropológica, pois reside no homem a responsabilidade pela tarefa de impulsionar ambos os institutos, produto da cultura; conquanto se espere, sinceramente, que os atenda no fundamento instrumental da boa-fé, esteio do Estado, sem o que toda a construção jurídica terá sido inútil.[171]

Some-se a isso a convicção de que se vive na presente quadra histórica um período renhido de transição na qual impera, por isto mesmo, a perplexidade, eis que as

[170] (2003: 31, 32).
[171] (Nogueira, 2003: 44).

indagações produzidas pelos diversos atores sociais são, em um crescendo, bem maiores e mais perturbadoras do que as respostas que podem vir a ser oferecidas à comunidade jurídica, ávida pela satisfação de suas necessidades e, bem por isto, sobretudo por Justiça. Este tempo tem sido convencionado, também para a periferia, como pós-moderno, ante o que se não pode teorizar, até aqui, mais adequadamente.[172]

Talvez justamente em face da pós-modernidade é que se venha a exigir uma crescente, acentuada e responsável tarefa de absorção das tensões sociais por parte de seus atores, consoante esclarece Rivas: "é necessário que façamos a anatomia, até detectar e individualizar as raízes de sua perversão, deste serviço do Estado, em cuja gestação, sobrevivência e modificação não participa a soberania. Trata-se de demonstrar peça por peça a maquinaria judicial para observar interiormente suas engrenagens, o que deve e o que não deve ser, qual deverá ser e poderia ser sua utilização, e qual é na realidade."[173] Tudo isto por forma a garantir, nos termos do "pacto social" rousseauniano[174], vigência aos postulados da boa-fé que orientam a estrutura cervical do próprio Estado, enquanto justificam o disciplinamento jurídico das relações sociais que nele se processam.[175]

Assim, porque, de acordo com Dallari: "Na realidade, os três Poderes que compõem o sistema brasileiro de governo apresentam falhas e vícios que comprometem sua eficiência e deixam amplos caminhos abertos para audaciosos, oportunistas, indivíduos que buscam sempre um proveito pessoal sem considerar barreiras éticas. Muitos desses personagens conseguem enganar o povo durante algum tempo, apresentando-se como dinâmicos, modernos e até moralizadores, mas, afinal, por causa deles o povo, injustamente, acaba concluindo que todos os homens públicos são demagogos e corruptos. Observadas as peculiaridades de cada setor das atividades públicas, personagens desse tipo têm atuado no Legislativo, no Executivo e no Judiciário."[176] Enfim, é uma lei psicossocial que ao homem, epicentro de toda a teorização e ao mesmo tempo destino de seus

---

[172] Nota: De acordo com Santos: "Como todas as transições são simultaneamente semicegas e semi-invisíveis, não é possível nomear adequadamente a presente situação. Por esta razão lhe tem sido dado o nome inadequado de pós-modernidade. Mas à falta de melhor, é um nome autêntico na sua inadequação." (1997: 77)

[173] (1987: 23).

[174] (Rousseau, 1989: 19, 21).

[175] Nota: A boa-fé constitui princípio instrumental de autovinculação à consubstanciação da eticidade e corresponde a um mandamento moral específico: o de não fraudar a confiança suscitada na ação humana seja ela pública ou privada (Larenz, 1985: 90, 98; Pereira, 1977: 485, 494; Macedo, 1977: 495, 498). Convém acentuar, outrossim, que, especialmente em países de hábitos autoritários, a boa-fé e a ética também possuem os seus "defensores farisaicos". (Romano, 1992: 06/04)

[176] (1996: 77).

produtos, se atribuem exclusivamente os mecanismos mediante os quais fará ele, bem ou mal, a tarefa pública que lhe é confiada, independentemente do que se acha estabelecido para valer. Este tipo de imponderabilidade consiste no mais autêntico drama jamais vivenciado pelos juristas em todo tempo e lugar, no entanto mais gravemente nas sociedades periféricas como é o caso brasileiro. Com razão, Larenz: "*Ante todo hay que decir con toda frialdad que ningún hombre, y por lo tanto ningún juez, está completamente libre de prejuicios (en el sentido de ideas preconcebidas), cualquiera que sea su origen o su educación.*"[177] Acrescentando, ainda, o mesmo autor: "*El ordenamiento jurídico protege la confianza suscitada por el comportamiento de outro y no tiene más remedio que protegerla, porque poder confiar, como hemos visto, es condición fundamental para una pacífica vida colectiva y una conducta de cooperación entre los hombres y, por tanto, de la paz jurídica.*"[178] Para, afinal, sentenciar o seguinte: "*poder confiar, (...) es condición entre los hombres y, por tanto, de la paz jurídica. Quien defrauda la confianza que há producido o aquella a la que há dado ocasión a outro, especialmente a la outra parte en un negocio jurídico, contraviene una exigencia que el Derecho – com independencia de cualquier mandamiento moral – tiene que ponerse a sí mismo porque la desaparición de la confianza, pesada como un modo general de comportamiento, tiene que impedir y privar de seguridad al tráfico interindividual.*"[179]

Portanto, parece intuitivo que uma base dialética permanente torna o fenômeno cultural em alusão por demais complexo e o homem que a estima, projeta e executa, dela também se serve e a ela igualmente se destina. Disso decorre exsurgir a circunstância de que o Estado, produto dessa cultura, se realiza de acordo com a racionalidade amalgamada à necessidade do convívio social. Sobre isto, Simón René: "*el hombre se realizará como hombre, realizandose como razón*".[180] Donde o irracional vir a constituir a antítese do fundamento das ações de Estado, em sua tríplice perspectiva funcional, não havendo lugar para a "institucionalização" do iníquo, traduzido por toda eiva de malícia. Por isso mesmo é que se tem construído a teoria segundo a qual o princípio da moralidade administrativa consiste no substrato da racionalidade jurídica, assim como o da razoabilidade, resultado jurídico-aplicativo do princípio mais genérico da moralidade pública e como tal referido subliminarmente na chamada deste item, notadamente em face de sua ascendência formal hodierna, traduzida pela

[177] (1985: 183).
[178] (1985: 91).
[179] (1985: 91).
[180] (*apud,* Massini, 1983: 155, 156).

boa-fé nas relações de Estado, a exemplo da prática judicial, como resultado do direito subjetivo do povo a possuir um governo honesto.[181] Justo por isso: "a Moral só vale na medida em que, sendo recebida pela norma jurídica e como conteúdo desta, passe a beneficiar da sanção peculiar da ordem jurídica em lugar de ficar limitada às suas sanções peculiares (reprovação das consciências)."[182] Também, Mello: "o direito, como ciência prática ou operativa, particular, depende da moral, como ciência prática operativa geral e propedêutica dele. Na realidade, retirar do direito esse fundamento é transformar, essa ciência que tem por objeto a ordem social, em instrumento de opressão, ao influxo da vontade anônima das massas, ou da vontade insolente do ditador."[183] Nada obstante esses esforços de compreensão amplificada acerca do fenômeno jurídico, nota-se aqui um reducionismo positivista com que se obscurecem os mais significativos propósitos do Direito relacionados com a realização do ideal de Justiça, suprema vocação das sociedades modernas. Neste ponto sucedem ao sistema suas crises de eficácia e legitimação instrumental, pois, afinal, a presunção de correção dos atos do Poder Público não passa de presunção no sentido ideológico, *juris tantum*, que do termo se pode naturalmente extrair. Este quadro se agrava em situações de instabilidade social ou de hipossuficiência política, como no caso das sociedades periféricas em que se enquadra o país. Sobre isto, Nogueira: "O gradativo descompromisso com que os agentes de Estado e as pessoas em geral se sentem em relação ao universo de seus negócios, públicos e/ou privados, gera um estado de virtual anomia e dela é que decorre um sentimento atávico de volta para a autotutela que o Estado e o Direito modernos intentam debelar por razões de sustentação da vida intersubjetiva, da própria organização social da comunidade política."[184] É bem verdade que, tomando-se por empréstimo as habilidades e as demais faculdades humanas, está no próprio homem e não no Estado como pura abstração os vícios de suas práticas, as irregularidades subministradas aos atos que lhe dão presença ativa no sistema político que se supõe, nada obstante, racionalmente organizado. Bem por isso, a manifestação do Poder Público, como adverte Meirelles: "não terá que obedecer somente à lei jurídica, mas também à lei ética da própria instituição, porque nem tudo que é legal é honesto, conforme proclamavam os romanos: *nom omne quod licet honestum est*."[185]

---

[181] Nota: O conceito de "governo" estimado no texto compreende a sua dimensão amplificada, não apenas administrativa, e consiste em toda e qualquer manifestação do Poder Político, seja ele executivo, legislativo ou judiciário.
[182] (Caetano, 1977: 178).
[183] (1969: 431, 432).
[184] (2003: 53).
[185] (1994: 84).

Desse modo, tentar desvestir a prática judiciária brasileira da retórica acerca de uma sacralidade mítica, portanto de seu irrealismo, de seu hermetismo anti-social e, pois, de seu "paralelismo"[186], justo em face da natureza etnocêntrica de suas composições e do espectro autofágico que erode o sistema e pontifica desvios e omissões, reavaliando-a, como prática, em face de exigências éticas já de todo inadiáveis para compará-la com soluções institucionais melhor desenvolvidas no cenário político ocidental, confrontando diferentes "mundos" que transitam, influentes, resolutos e quase sempre subliminares, sobre o "mundo jurídico", é firme meta desta Tese. Todavia, sem descurar a correta observação de Windscheid: "Como coisa puramente interna, não se prova diretamente."[187] Todavia, parece clara a convicção sobre a desesperança de uma sociedade que, vivendo um tempo de modernidade, não consegue ser ela mesma moderna.

De fato, barreiras culturais do tipo não são, de ordinário, simplesmente conhecidas pelos povos nórdicos. Nada obstante: "a atribuição de valor ao que é moderno e atrasado tem alternado, ao longo do tempo, conforme conjunturas específicas, entre atribuir um papel modernizador ao pólo estatal ou ao pólo associativo, embora a tendência predominante tenha sido aquela que identifica o modelo associativo com modernidade e democracia, contrapondo-o ao modelo corporativo, identificado com autoritarismo e atraso."[188] Circunstâncias que em Cavalcanti: "Refletem a natureza do mecanismo da corrupção que, justamente, gira em torno do *por fora*, do subentendido, do que não foi dito nem escrito."[189]

O corporativismo brasileiro em sua longevidade marca em grande medida esse traço sociológico de nossa cultura, cuja etiologia está precisamente topografada no período colonial. Disso decorre o atavismo social brasileiro com toda a crise de confiança que suscita à nação. Talvez as explicações mais convincentes para esse regime de descrença social estejam em Anderson, para quem a sociedade latino-americana forma um "museu vivo", no mesmo sentido de Oliveira Viana, para quem "o Brasil é uma espécie de museu de sociologia retrospectiva ou de história social", ou em Howard Wiarda que se lhe reserva um local incomum no qual "virtualmente todos os sistemas de sociedade que têm

---

[186] (Pietro, 1995: 71). Nota complementar: Citando Augustin Gordillo, o autor debate o problema da "administração paralela" do Estado como sendo uma estrutura "parassistemática" que revela a existência concomitante de procedimentos assim formais quanto informais em uma única ordem jurídica, resultado da existência de uma moral dupla, igualmente paralela. Este fenômeno reflete um problema crucial de nossa época por deixar como que sem sanção atitudes que, embora estritamente legais, atentam contra o senso comum, a retidão, a razoabilidade

[187] (*apud,* Pereira, 1977: 487).

[188] (Diniz, 1991: 12).

[189] (1991: 8).

governado os negócios humanos continuam a coexistir".[190] Assim, o fenômeno tem resistido a todos os processos de mudança de regime político, a tudo motivando-se de argumentos pragmáticos que favorecem o *status quo* inclusive na questão da corrupção endêmica. A propósito, nenhum regime se instituiu no país senão para banir da cena política a desonestidade dos agentes públicos e do sistema anterior; mas nenhum regime, sempre conservador, desde então, jamais logrou a efetivação desse escopo assim entendido como puro esforço de retórica. Cambiaram as pessoas, mas o Estado sem manteve sempre separado do povo que lhe confere substância viva e legitimação. Este, lamentavelmente, tem continuado a sua saga de vítima da repressão político-ideológica, mais ou menos intensamente, e dos propósitos confiscatórios derivados da soberba dos homens públicos permanentemente enredados nos interesses estranhos da nação. Até hoje se paga uma dívida pública que se não contraíra; até hoje pouco se confia nas instituições oficiais, razão de seu estado de crise. Pelo contrário, a Finlândia reivindica créditos secularmente constituídos que lhe foram subtraídos pelos seus antigos dominadores (a Suécia e, na sequência histórica, especialmente a Rússia). A diferença de postura reivindicatória, pois, é abissal entre sociedades periféricas e outras politicamente evoluídas.

Como lembra Nogueira: "O apelo cínico da palavra, no Brasil, ante a passividade construída da nação, tem propiciado a predominância do interesse privado sobre o coletivo e apropriação privada dos recursos gerados socialmente e geridos pelo Estado no favor de uns poucos. A multiplicidade de nomes e enredos de fantasia, a confusão deliberada de idéias, sentimentos e vontades, o embaralhamento de pistas e falas. Estas marcas estão indelevelmente vinculadas ao corporativismo da experiência política do país."[191] Sobre este processo, Costa: "Arranjos corporativos são fórmulas de institucionalização do conflito entre interesses de classe antagônicos, levando-as ao diálogo ou a regras mínimas de convivência sob a arbitragem do Estado. Entre nós, este arranjo produziu o completo distanciamento das classes que supostamente deveria aproximar. Organizando-se em estruturas paralelas, sem nenhuma articulação institucionalizada entre si, as entidades representativas da classe patronal e da classe operária nunca chegaram a esse suposto espaço de interlocução que deveria ser criado pelo corporativismo."[192]

Eis a gênese moral da gente brasileira: aquela que paradoxalmente é corroborada pelo sistema oficial de

[190] (*apud,* Damatta, 1993: 126).
[191] (2003: 243).
[192] (1991: 114).

educação no país com ênfase para o ensino jurídico, pois dele se extrai, ainda hoje, uma pedagogia formalista e clássica que transforma o conhecimento do Direito, a cada passo, em argumento de consumo, pelo que se segue a perpetuação de uma cultura de dominação em detrimento da liberdade e da Justiça.

Isto explica, como se poderá deduzir das linhas que seguem, o padrão da prática judicial no Brasil.

1.3.1 Chave para a Construção Acadêmica e Profissional

O problema da absorção pelo Estado dos interesses sociais em choque – pedra de toque e expoente maior de toda a positividade jurídica – não se reduz em sua aparente simplicidade, querida por muitos como condição para perpetuarem o represamento corporativo de inúmeros privilégios, a sua exagerada razão verificadora que se traduz por um pressuposto lógico da Ciência Jurídica. Menos cientificamente do que se poderia racionalmente imaginar, muitos elementos, não autorizados, se entrechocam nesse ambiente pelo que sofre perturbações de tal maneira graves que o próprio sistema jurídico vai perdendo progressivamente a sua força vinculante e da qual decorre sua natureza específica: que é a natureza jurídico-normativa. Nesse contexto, o crédito social sem cuja presença o Ordenamento Jurídico não encontraria legitimidade política fica organicamente comprometido.

O propósito mais significativo, pois, neste item da Tese em desenvolvimento, é justamente diagramar parte desses elementos, associados à condição de ser Juiz, à arte de proferir decisões para bem justificá-las e à própria formação profissional, como pontos de contaminação subsistemática que produzem, não raro, a invalidez do próprio Direito Positivo, no todo ou em parte, como instrumento de pacificação social.

Situando os problemas em margens multidisciplinares, como igualmente já dito e sem, contudo, desviá-los, em proporção imediata ou mesmo remota com estruturas de raciocínio arbitrário, pretende-se, ademais, cristalizar um plano lógico algo esquecido pelas ciências puramente formais, como a Teoria Normativa, que diz com as suas próprias fontes materiais, com os seus conteúdos e com o aparato de produção de seus resultados práticos; dados que mais se observam do que propriamente se induzem. Aliás, o racional e o razoável na obra jurídica são uma constante construção. Como refere Arnio: "*no es sorprendente que uno de los tópicos centrales de la teoria del pensamiento jurídico sea la justificación de la decisión jurídica*

interpretativa."[193] Aliás, já se descreveu anteriormente a *observação participativa* é um método científico de grande utilidade exploratória quando se trata especialmente da revelação de fatos e circunstâncias ocultos por referências diretamente ligadas à estrutura de poder e às ideologias.[194] Ao jurista de formação genuína, inspirado na vocação que o compromete com a descoberta e a exploração das potencialidades do Direito encerradas em suas normas há de ser permitido o recurso às incursões sociológicas que derivam da necessidade de garantir-lhe a própria sobrevivência dentro de espaços cientificamente delimitados. Questionar, por exemplo, a ineficácia da Constituição e das leis não é senão um problema de sociologia jurídica[195], pois quem determina o cumprimento ou não de uma norma em relação à sua regular destinação não é bem o Direito, mas o homem que se encarrega dessa tarefa inadiável para o florescimento da vida dos povos. A lógica do discurso puramente normativo cede lugar, portanto, a uma peculiaridade antropológica e é exatamente sobre essa perspectiva que se intenta trabalhar aqui em torno do assunto proposto em homenagem ao superior pensamento de Ehrlich: "O dilema da jurisprudência consiste no seguinte: apesar de ser somente uma doutrina prática do direito, continua sendo ao mesmo tempo a única ciência do direito".[196]

É evidente que se não prescinde de algum escorço teórico para a abordagem dos objetos da própria observação empírica ou participativa, mas não é da pretensão deste autor tracejar abstrações epistemológicas puras, exaustivas, derredor do assunto, senão apontar esquemas de contaminação que inviabilizam o fluxo natural e científico-jurídico do que se concebe, em si mesmo, como ordinário, aceitável e válido.

Reunindo o escopo temático uma pretensão mais aplicativa e prática, porque também motivado de inspiração transformadora, melhor se houve deduzi-lo tal como se fez em referência à idéia, bem presente ao inconsciente coletivo brasileiro, de que, afinal, toda Justiça é acidental, já que de certa forma tirada do acaso das manifestações humanas dos seus operadores, justamente por isso tendo de ser sempre medida em função dos atributos de quem a distribui e menos porque estruturalmente assim se reclame. Com efeito, temos um Estado de Direito formalmente estabelecido segundo a ideologia democrática, mas vivemos, paradoxalmente, como se não o possuíssemos. Não é preciso ir longe para se demonstrar essa variável sociológica. Quem por ventura necessitar dos serviços de Justiça no Brasil,

[193] (1991: 30)
[194] (Blalock, 1979: 50, 55)
[195] (Saldanha, 1989: 39, 54; Souto, 1981: 1, 11)
[196] (1986: 11)

certamente entenderá ao que estas linhas remetem. A propósito, o Direito não vale pela sua pura juridicidade. Quem quiser ser só jurista, será antes de tudo um "asno". Isso foi dito por Bartolo de Sassoferrato ainda no Medievo, que inspirou a Tullio Ascarelli, também inspirando a Rubens Gomes de Souza, que inspirou a Alfredo Augusto Becker, que vem inspirando a José Souto Maior Borges, ex-Diretor da Faculdade de Direito do Recife, acerca dos "outros mundos", os quais transitam, influentes e sobranceiros, sobre o "mundo jurídico", a inviabilizarem, paradoxalmente, como que a comprovação definitiva das hipóteses científicas em geral.[197]

Vencer as perplexidades decorrentes de um tal quadro, agravado, além do mais, por um tempo de crises por demais agudas que emergem do meio social em seu desenvolvimento tardinheiro, é o que nos cobra a Ciência por defenestrá-las da inteligência. Daí que de acordo com Borges: "Audácia teórica é uma virtude intelectual que em nada compromete a modéstia do estudioso."[198] Em primeiro lugar, é preciso, como visto, humildade que sirva ao propósito de adequá-la, eficazmente, à razão, fora de cuja perspectiva tudo será possível e tal qual uma "droga" alienante (se for razoável a metáfora de tipo clínico), as leis acabam agindo como "drogas" alienantes também, para referir o mínimo. Apanágio para todos os males, quando elas não passam de abstrações necessárias ao processo de organização social, em cujas bases se situam os assim denominados "donos do poder", ante a emergência de um Estado forte e o estabelecimento, recorrente na história política brasileira, de um "estamento burocrático" que os acomoda.[199] E para além desse espectro, na ponta do disciplinamento jurídico da vida social, será sempre possível fraudar até mesmo com os melhores propósitos e as mais refinadas razões de Estado, o sentido que a lei encerra para o atingimento de seus objetivos institucionais em um determinado tempo e lugar. Nesta linha de argumentação, pode-se dizer que o humor do operador jurídico passa, então, a constituir elemento que entra em conta de consideração ao desate do fenômeno de igual natureza. O permeio é autofágico e produz uma zona de sombras em que tudo o que se diga sobre o Direito, como Ciência, como técnica de regulação da vida social, como princípio ético, acaba desmoronando. Só uma alusão parece encontrar compatibilidade: a de que, dentro de tal contexto, o Direito é forma de dominação do homem sobre o próprio homem, jamais de libertação.

Os dramas sócio-institucionais que o autor teve oportunidade de observar na vida judiciária que vem

[197] (Borges, 1994: 19, 20).
[198] (*op.cit.*: 20).
[199] (Faoro, 1989: 679, 708 *et passim*).

experimentando há mais de vinte anos, em contraposição às melhores tradições do pensamento jurídico, lhe conferem a dura convicção de que o Direito, especialmente em um ambiente provinciano, como que colonizado, periférico e subdesenvolvido, serve mais ao domínio e à prepotência do que à liberdade e à Justiça. É certa a diuturna tentativa de compreender cada vez mais essa intrigante e singular vicissitude que agride constantemente a opção de vocacionados genuínos pela carreira jurídica, ao mesmo tempo em que se elevam o pensamento e as preocupações sobre tantos outros vocacionados de gerações que se renovam os quais terão de passar por dilemas atrozes, conforme vão sendo convocados, pela história a enfrentá-los nunca raramente sem preparo intelectual adequado e – o que é bem pior – sem um necessário refinamento moral capaz de propiciar-lhes aptidão para a hercúlea tarefa de perseguir o justo. As grandes verdades costumam ser guardadas a sete chaves, eis que de sua revelação adviria, por hipótese, a desestruturação das fraudes intelectuais e das bases de todos os esquemas de dominação e controle operantes sem justas causas (justificação) e boas razões (razoabilidade), objeto da investigação nuclear desta Tese. Um sociólogo do Direito aborrece e incomoda justamente porque revela as verdades, nem sempre virtuosas e quase sempre impunes, que se encontram por traz das puras aparências das instituições jurídicas, tidas como funcionais, refletidas por meio da linguagem. Sobre isso: "Quando os jogos de linguagem mudam, há uma modificação nos conceitos e, com as mudanças nos conceitos, os significados das palavras mudam também."[200]

Pensar sobre isso tudo segundo uma tríplice perspectiva formal, ética e prática é a razão motivadora desta modesta contribuição acadêmica que a generosidade dos doutos saberá refundir às necessárias críticas que a depurarão de suas imperfeições.

Nada pode ser mais desproporcional, desarrazoado e quimérico do que a formação jurídica posta sob bases com as quais doravante e desde logo vem se ocupando este texto por efeito de comparação.

1.3.2 As "Elites Bacharelescas" e o Problema da Formação

A construção das elites jurídicas no país é produto de uma cultura igualmente pouco oxigenada e, sobre o mais, resultado de um ensino em crise.[201] Tal ensino vem sendo

[200] (Wittgenstein, 1969: 31)

[201] Nota: Em contraposição às origens da formação da sociedade brasileira, de tipo miscigenado, tome-se por ilustração o perfil do Juiz brasileiro que é o de um homem que se diz católico, de meia idade, pertencente à classe média e valorizador menor (hedonístico) de seu *status* social; a dizer, o protótipo do homem burguês em país

inserido no regime de deficiências estruturais por que atravessa a sociedade brasileira desde há muito com nítidos reflexos na vida institucional, sobretudo na prática jurídica para a salvaguarda do Direito em sua exata compreensão e na sua correta aplicação.[202] Adeodato classifica pelo menos cinco fatores de redução da "excelência" acadêmica em nosso ensino jurídico: o baixo nível do corpo docente, o baixo nível do corpo discente, a proliferação do mercantilismo, a remuneração aviltante e a carência de infra-estrutura material ajustável às atividades de ensino, pesquisa e extensão.[203] Todavia, de acordo com Nogueira: "será sempre necessário que o ensino jurídico, condicionado na Academia, se processe em meio a um ambiente de discussões críticas no qual o potencial de cada um de seus agentes, seja o docente seja o discente, habite continuamente entre eles de forma a encontrar motivações à criatividade, à liberdade que eleva o espírito científico para o alto, livrando o homem do seu cativeiro diante dos próprios desejos e paixões."[204] Pois, afinal, pelo menos nos grandes centros sociais do Ocidente, de acordo com Aulis Aarnio: "*La universidad es la última fotaleza que defiende los valores fundamentales*."[205]

O florescimento de uma vanguarda intelectual na esfera do mundo jurídico tem sido definado por obra dos regimes de opressão que têm sucedido no Brasil, notadamente a partir da quebra constitucional de 1964. Muitos segmentos sociais têm sido garroteados e assim a Universidade. Mesmo com o advendo da redemocratização, o que se tem observado apenas formalmente, o "entulho" do passado acabou prosperando até os dias que correm. Mais do que nunca, as "elites bacharelescas" se afirmam como corroboradoras de um sistema político que já deveria ter propiciado a expansão do regime

---

periférico colonizado por um modelo místico-dominador. Em uma conhecida pesquisa encomendada pela Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB), levada a efeito pelo Instituto Universitário de Pesquisas do Rio de Janeiro, de um universo de 12.847 entrevistados, somente 3.927 se dignaram a responder os questionários que lhe foram encaminhados (Carneiro, 1996: 6). Essa omissão aponta, igualmente, para um espírito acomodatário que assume feição pusilânime, quando entra em cena algum aspecto da vida institucional de rotina que permite revelações intergrupais. As exceções, como se sabe, confirmam a regra. Também sobre o caráter estamental do Poder Judiciário na Argentina, apontando-o para um grupo social de maior prestígio econômico e intelectual, Guilhou (1989: 89).

[202] Nota: O intérprete há de sempre ceder a interpretações sérias, coerentes com as fontes do Direito e os fatos aos quais elas se reportam bem como a dimensão social de sua destinação; jamais com aquilo que se intente que elas digam. Afinal, sempre será necessário para a correta realização do jurídico que haja lei compatível com a realidade que ela visa disciplinar e pessoal qualificado o bastante para dar-lhe, técnica e eticamente, o enredo aplicativo programado no momento de sua edição, ou seja, a eficácia augurada socialmente.

[203] (1992: 09/07).

[204] (2003, 78).

[205] (*apud, Diario de Mallorca*, 2000: 22/03, p. 23).

de igualdades e de plena cidadania.[206] Tais circunstâncias sócio-políticas acabam ofuscando gerações de juristas teoricamente capacitados à melhor compreensão e aoi exercício de seu próprio tempo.

Por causa deste quadro, foram super valorizadas as disciplinas exatas em detrimento das ciências humanas e sociais. A tecnocratização da sociedade se houve uma tônica em detrimento de sua humanização e compartilhamento. Além disso, o mercado interno sofreu crescente internacionalização, pelo que os problemas nacionais se afastam, em medida significativa, da cena política das profissões, transnacionalizando-se a economia, ante o que também foram alterados os regimes de competência de diversas profissões no país com graves implicações na institucionalização das carreiras jurídicas no país.[207]

Conforme lembra Nogueira: "As carreiras jurídicas oficiais como a de Juiz, de Membro do Ministério Público, de Procurador Judicial Autárquico, de Professor Universitário Autárquico, dos Auxiliares de Justiça etc., têm sofrido a dura repercussão desse processo autofágico, a começar pelos níveis remuneratórios, crescentemente aviltados bem como pela escassez de recursos com que se desincumbam, adequadamente, das mesmas os seus atores. Por isso se corrompem por diversas formas, praticam o nepotismo (tipo de corrupção moral) e fazem pouco caso da coisa pública, a despeito de uma retórica cínica que se instala, de regra, em seu discurso (sem assentimento no cotidiano de suas práticas). O sistema é montado para esse estado e a origem de tais desvios, pois, reside na formação jurídica inadequada em parcela significativa que vai ao encontro de uma "eticidade" sombria que povoa a personalidade desses agentes."[208] E acrescenta, citando também outros autores: "Já as carreiras jurídicas privadas como a advocacia, ou caminham largamente por entre chicanas de todo tipo ou se limitam a algumas poucas áreas realmente compensatórias sob o ponto-de-vista financeiro, a exemplo da matéria tributária a vencer irresignações de empresários interessados, nunca raramente, com fórmulas de sonegação fiscal e para cuja satisfação inventam 'teses jurídicas' descompassadas da razão, reclamam decisões judiciais açodadas ('na perna') para a formação da (in)certeza jurídica em torno do assunto proposto, fazendo instalar, mediante abordagens por vezes descerimoniosas, uma situação de dúvida e reticência, quando não de amizade ou temor (reverencial ou coativo), de tal grandeza que, também não

[206] Nota: Por "Elites Bacharelescas" deve-se entender o contigente de egressos das Faculdades de Direito no país, caracterizado por uma aura de superioridade mítica estabelecida mediante brilho, pompa e circunstância, mas escassa em termos de profundidade e abrangência.
[207] Nota: Sobre o assunto, ver item 1.3.9 ("Em Tempo de Globalização").
[208] (2003: 78, 79).

raro, chega a abalar a capacidade subjetiva do Juiz na produção do seu veredicto, tornando-se parcial, ainda que o não declare. A chamada 'indústria das liminares' costuma passar por esse processo medonho. Como diz Dallari com costumeiro acerto: 'A ética e o direito passaram para plano bem inferior e o sucesso individual e social passou a ser medido exclusivamente em termos de capacidade para ganhar dinheiro e acumular bens materiais.'[209] Ou como remete McCormack, fazendo crer que a dimensão do problema é ainda mais universal: 'Em um mundo onde o tempo é dinheiro, os advogados são mestres em protelar. Nos assuntos de negócios, onde a comunicação clara é crucial, os advogados escondem-se atrás de uma linguagem misteriosa que ninguém mais conhece. Em uma sociedade onde a Justiça, em teoria pelo menos, é tida como o ideal mais elevado, os advogados estão sempre à procura de meios técnicos e por vezes dúbios de torcer a lei a seu favor.'[210] A maioria, no entanto, anda a migalhar causas que talvez nem se justificassem. O curioso é que, não obstante a subversão de tal estado de coisas, muitos administram a hipótese como reserva de mercado absolutamente impensável em uma sociedade aberta, em um regime democrático autêntico no qual a representação popular resulte eficaz e não apenas retórica. Uma parcela significativa de advogados trabalha como se as 'técnicas' por eles inventadas constituíssem apanágio do próprio Direito que eles jamais apreenderam nas Faculdades, até porque estas não estão cumprindo a sua vocação primeira, qual seja, a de formar juristas de verdade, não 'lobistas', agentes prebendários que propugnam 'demonizar' a vida de muitos e destroçar, pela prática dissimulada de seus malefícios, o que resta de instituição jurídica."[211] E de toda decência no meio dela, arrematando que: "Um fundamento mais remoto de natureza sociológica tem produzido igual comprometimento: o espírito colonizado e colonizante presente na formação da sociedade brasileira, periférica, segmental e corporativa."[212]

As assim denominadas "elites bacharelescas" traduzem, dessa forma, uma comunidade formada por "burorocratas da lei", dificilmente de pensadores jurídicos. As exceções confirmam a regra. Essa atrofia intelectual aponta também para o estágio de subdesenvolvimento da sociedade brasileira, tida como periférica.

Neste contexto, o ensino jurídico assim como muitas outros setores da sociedade é um exercício retórico, cristalizado no "pacto da mediocridade" a produzir legiões de bacharéis nitidamente despreparados para o mercado de trabalho, ante as exigências sociais da modernidade.

---

[209] (1994: 20/06).
[210] (1987: 11)
[211] (2003, 79, 80).
[212] (*op.cit.*, idem).

No contraponto e para agravar o paradoxo, refere Nogueira: "O Direito, por se tratar de instrumento de disciplina da vida social, permeia como que o universo de todo o conhecimento humano. Reúne, assim, em um sentido, uma necessária concepção enciclopédica sobre aspectos da vida humana e das demais coisas do universo, incursionando, outrossim, e inclusive, em situações de fronteira intelectual, em algum tipo de especulação metafísica até porque o seu ideário, utópico, assim também o é: a Justiça."[213] Justamente por isso, o universo dos operadores jurídicos deveriam merecer melhor preparo, pois se apenas produzem aplicações mecânicas de algumas fontes formais do Direito, produto de preguiça mental coletiva, como poderiam se desincumbir adequadamente dos pressupostos de justificação e razoabilidade que lhes são modernamente exigíveis pelo próprio Direito? Conforme esclarece Carnelutti: "*Quizá uno de los caracteres de la crisis es precisamente este, que denominaria el desinterés por el futuro.*"[214]

Historicamente, lembra Nogueira: "Os Cursos Jurídicos no Brasil tinham na sua fundação em São Paulo e no Recife (1827) a função de sistematizar o liberalismo e integrar o Estado Nacional elitista para o que se intentava preparar uma burocracia subserviente. Ainda no Império acentuou-se o controle do Governo Central sobre a ação do ensino jurídico, fazendo predominar as chamadas 'aulas-conferência' nas quais sequer uma mínima participação dos alunos era permitida uma vez que eles eram reduzidos à condição de meros espectadores (platéia). As salas de aula em forma de anfiteatro ainda em uso evocam essa época, ante o conjunto de formalidades permeadas ao ensino jurídico de então. Pelo lado pedagógico propriamente dito, aulas puramente expositivas primavam pela repetitividade escolástica dos conceitos trabalhados, mas não debatidos. O ensino, pois, era principiológico e puramente definitório. Nada a explorar e nada a descobrir; tão só atender às fórmulas de memorização impostas pelo subsistema de ensino, espécie do gênero sistema político. Tal predominância, outrossim, também não prescindia do jusnaturalismo, exceto pela influência da Escola do Recife (Tobias Barreto), precursora do positivismo jurídico nacional, o qual viria a acentuar-se na República Velha. Ainda hoje, diversos professores da Faculdade de Direito do Recife caminham por um dogmatismo cego a pretexto do argumento metodológico. Hans Kelsen, com o seu hermetismo jurídico, continua sendo seu grande ídolo teórico e de certo modo o é, quanto à descrição da estrutura das Normas Jurídicas."[215]

---

[213] (2003, 82).
[214] (1989: 65, 66)
[215] (2003, 83).

Entre 1930 e 1972 ocorreu no país uma massiva proliferação de Cursos e Faculdades de Direito, precipitando, dessa forma, bem ou mal, o acesso da classe média ao ensino jurídico.[216] Esse fenômeno tem apresentado monumental incremento com o gerenciamento do neoliberalismo no Brasil desde os últimos Governos pós-revolucionários, multiplicando-se geometricamente a oferta de vagas em Cursos Jurídicos reconhecidos pelo Estado, agravando, em conseqüência, as condições do mercado de trabalho com repercussão na qualificação profissional dos bacharéis. Como se vê, a mera concorrência não assegura melhores chances ao bom desempenho das operações jurídicas como decorre das considerações econômicas do neo-liberalismo. A educação, pois, não pode ser confundida com mercadoria. Todavia, é o que se tem observado, via de regra, na construção das profissões jurídicas no Brasil, pois mesmo as mudanças que se vêm processando ao longo dos anos, inclusive na perspectiva curricular, não enredam quadros que transbordem ao assim denominado "intelectualismo de vernizagem".[217]

Diante desse perfil didático-metodológico e também empresarial, concorda-se com San Tiago Dantas no pensamento segundo o qual a crise do ensino jurídico reflete um aspecto da crise do Direito e da cultura jurídica.[218] Reflete, sobretudo, a crise da sociedade brasileira como grupamento periférico ainda em vias de encontrar a plenitude de sua auto-determinação política, de sua própria identidade.

Três dos mais significativos fenômenos que explicam o atual quadro de deficiências por que passa o sistema de ensino jurídico no país bem como o hipossuficiente perfil de suas "elites bacharelescas", foram bem alinhavados por Nogueira, a saber: "(1) o de que a clientela discente das Faculdades de Direito particulares se compreende, de regra, entre pessoas de uma média faixa etária, já atuando no mercado de trabalho e que dispõe de pouco ou nenhum tempo para a pesquisa científica, limitando-se ao aprendizado básico por meio de anotações de classe e 'apostilas', atendendo ao Curso de Direito em períodos noturnos, preferencialmente; (2) o de que a mesma clientela, quando se trate de Faculdade de Direito manutenida pelo Poder Público, agasalha, paradoxalmente, a mocidade, especialmente pinçada de famílias tradicionais e abastadas, freqüentando, de regra, Cursos de Direito em períodos

[216] (Rodrigues, 1988: 35)
[217] (Nogueira, 2003: 84). Nota complementar: "Intelectualismo de vernizagem" é expressão que remete à formação de uma cultura pessoal dotada de brilho e pouca profundidade. Sobre isto, Faria reclama pela atualização dos Cursos Jurídicos no Brasil quanto às disciplinas melhor vocacionadas para o exercício crítico sobre o meio social existente. (1986: 50)
[218] (Dantas, 1955: 449, 458)

diurnos e dispondo de tempo bastante para os estudos regulares e para a pesquisa científica, porque inteiramente custeados pelos parentes (desvelam-se em manter seus filhos nos estudos, já se lhes tendo propiciado as melhores escolas – de regra, pagas – no ensino secundário, ao invés do trabalho, que 'degrada'); (3) a saturação do mercado de trabalho para os profissionais do Direito no qual uma 'corrida' frenética se eleva em direção aos Concursos Públicos para carreiras jurídicas oficiais – porque as carreiras jurídicas privadas encontram-se 'reservadas' a pequenos clubes de 'medalhões' que se transferem de geração em geração –, provocando, em conseqüência, um outro desvio institucional neste campo de discussão, qual seja o aparecimento, também em profusão e de qualificação duvidosa, de 'cursinhos' de preparação para tais Concursos (uma fonte crescente de recursos financeiros para os seus empreendedores, de onde se pode naturalmente extrair a equação: Direito = Mercadoria)."[219] Também Lyra: "Cresce o número de matrículas em Faculdades que se multiplicam. Aplica-se a vacinação bacharelícia até noutros profissionais civis e militares, que são, além de contadores (concorrentes n.º 1), dentistas, médicos, engenheiros, sacerdotes etc. Não faltam os rebotalhos de todas as atividades... Acumulam-se diplomas e certificados, como nunca, mas não conhecimentos. Se a elite intelectual fosse composta dos portadores de *instrução superior*, o Brasil seria o país mais culto do mundo, o de mais em umeroso escol, o de mais alto nível mental. 'Funcionários e doutores' – escreveu Tobias Monteiro. Não. Funcionários e bi ou tri-doutores. Falsa elite, falsos doutores. E pouquíssimos doutos".[220]

Deste modo, falta muito a que Faculdades de Direito do tipo se transformem em autênticos Centros de Ensino e Pesquisa Jurídica.[221] E de "escolas cartoriais" só se podem esperar profissionais estultos, salvo exceções. Podem, outrossim, se revelar bons profissionais de áreas diversas do conhecimento, como as do comércio, por exemplo, mediante o penhor dissimulado e dissimulante de um grau especializado em ciência jurídica. Por isso mesmo, de acordo com Franco Montoro: "A formação jurídica não se confunde com o simples conhecimento de leis vigentes, para a sua aplicação mecânica aos casos concretos. Essa formação legalista pode convir à figura ridícula de um João das Regras, decorador de textos e autômato na sua aplicação. A formação jurídica, objetivo fundamental do ensino do Direito, é outra coisa".[222]

---

[219] (2003: 86).
[220] (1988: 46).
[221] (Faria, 1995: 102).
[222] *(apud,* Melo Filho, 1986: 08)

Nesse contexto, as inteligências mais genuínas no Brasil têm fugado ao ministério, ora por expulsão ora por exoneração ou obstáculo ao seu florescimento no âmbito universitário. A mediocridade acadêmica tem triunfado, lamentavelmente, e produzem freqüentes jogos de emulação nesse meio por forma a manter o *status quo*. Enfim, eventuais esforços de qualificação não advém das políticas públicas, de ordinário, mas da criatividade de abnegados que ainda participam da comunidade acadêmica.

Todavia, há exceções. Exemplo de resposta a essa pauta crescente de reivindicações acadêmicas tem sido o empenho da Universidade Católica de Pernambuco (UNICAP), de orientação confessional, ao instalar, no âmbito de seu Departamento de Ciências Jurídicas do Centro de Ciências Sociais, toda uma infra-estrutura voltada para o funcionamento dos já instalados "Fórum Universitário" e "Laboratório Jurídico", mediante os quais seus discentes são instados a familiarizar-se com a prática jurídica antes de enfrentá-la, por vezes sem condições, na vida profissional.

Sem prejuízo das exceções de casos isolados que confirmam regra em sentido contrário, é dedutível que diante de todos esses fatores: "o universo acadêmico das Faculdades de Direito no Brasil esteja em crise, distante das responsabilidades que terão de enfrentar seus egressos, ávidos e legitimados à inclusão no mercado de trabalho, problema grave para o qual se exige reflexão, haja vista que as gerações que ali são formadas continuamente povoarão de algum modo os espaços sociais e políticos do país. Se bem formados é curial esperar por avanços, estabilidade das instituições públicas como também privadas, um futuro realmente promissor para um tempo igualmente de crises e perplexidades."[223] No mesmo sentido, Carvalho: "Evidente que o reflexo na perda da atividade criativa no ambiente universitário alcança, por sua vez, de forma "maldita", o exercício da advocacia, do ministério público e da magistratura (o Juiz nada mais é do que um ex-aluno de Faculdade de Direito que, em determinado momento de sua vida, presta concurso – às vezes um concurso mal feito). Ora, em tal contexto, o direito (não crítico) e seus atores (não criativos) perdem sua utilidade social transformadora, gerando profundo descrédito perante a população".[224]

De fato: "constitui razoável certeza científica (em razão do elemento psicológico aí incluído sem disfarces) que um ensino jurídico mal conduzido e pior ainda assimilado, repercute miseravelmente no exercício das

[223] (Nogueira, 2003: 91).
[224] (1992: 86)

profissões de igual natureza, sejam elas oficiais sejam elas de ministério privado."[225]

A má formação de um povo, dentro do que se inclui a má formação de seus profissionais, é o pressuposto clássico da hipossuficiência de uma sociedade e disso decorrem todas as crises nela geradas. [226] Com razão, Comparato: "É princípio assaz conhecido que as civilizações se mantêm em vida, em grande parte, graças à sua capacidade de formar as novas gerações de governantes. Toda vez que essa tarefa educacional entra em crise, por rigidez conservadora ou desinteresse coletivo, as civilizações declinam. Assim foi entre outros muitos exemplos, com o Império Romano a partir do século 2º e com o sistema do mandarinato chinês, a partir do século 18."[227]

Finalmente, um tal espelho reflete também as técnicas de controle da qualidade profissional dos operadores jurídicos. Assim, tanto quanto mal formadas, as "elites bacharelescas" acabam sendo pouco cobradas pelo *socius* quanto à eficiência e ao permanente aprimoramento de seus agires. Um espaço, aliás, fecundo para o florescimento de atividades empreendedorísticas do comércio jurídico ("cursinhos", "Escolas de Preparação" etc.). Com efeito: "O problema é que nada está a sugerir que uma política universitária se tenha feito instalar para recobrar de vez uma exigência tão fundamental quanto inadiável de elevação da categoria do pensamento das elites intelectuais do país."[228]

Por isso, ainda Nogueira: "Enquanto as Faculdades de Direito produzem legiões de Bacharéis, candidatos à inatividade, o mercado não tem como incrementar as possibilidades de absorção dessa massa. Primeiro porque a qualidade profissional, técnica e humana, desse pessoal é, como visto, duvidosa. Segundo porque o Estado brasileiro não tem se interessado, como deveria, por iniciativas sociais próprias que alarguem o espectro das carências de pessoal de seu próprio povo. Tibiez econômica com abertura do mercado à internacionalização "globalizante" não tem parecido de bom presságio para os destinos dos países que, embora potencialmente ricos, ainda são, como o Brasil, subdesenvolvidos."[229]

É natural que, sob tais circunstâncias, o sacrifício do Direito e da Justiça, mediante as dificuldades e defecções humanas dos operadores jurídicos, seja um fenômeno por demais detectável e compreendido em sociedades como a nossa.

---

[225] (Nogueira, *op.cit.*: 92, 93).
[226] (Dantas, 1955: 449, 450).
[227] (1993: 19/09).
[228] (Nogueira, 2003: 98).
[229] (*op.cit.*: 99).

A consciência honesta sobre este quadro consiste em um primeiro passo para a transformação

1.3.3 A Vocação Decadente

Corolário de uma estrutura virtualmente ultrapassada em que ainda nos dias de hoje vergasta Judiciário brasileiro, observas-se sobre o mais observa-se uma quase inteira ausência de planificação na carreira da Magistratura sob o crivo dos Tribunais. Uma falta de auspiciosa transparência em sua disciplina acaba propiciando desalento entre os membros da própria carreira judicial com evidentes reflexos na produtividade e, sobretudo, na qualidade do trabalho judicial. Esse desalento desborda em desmotivação que inibe o florescimento das vocações judiciárias, espaços que passam a ser preenchidos, de regra, por pessoal ávido, simplesmente, por emprego estável e relativamente bem remunerado. Os juristas de formação genuína, estes têm escasseado para a formação de uma nova geração de Magistrados melhor sintonizada com as exigências de um tempo de modernidade que no Direito reflete em questões candentes como a razoabilidade e a justificação, que extrapolam os limites das técnicas puramente dogmáticas.[230] De fato, "*Si hay alguna profesión que pueda servir de modelo a toda la sociedad, en este sentido, es precisamente la profesión del Juez*."[231] Sobretudo: "O juiz integra um dos Poderes da República, mas nem por isso declina de ser cidadão. E, mais do que o direito a ter direitos, a cidadania impõe deveres."[232]

É mesmo como refere Kanitz: "Especialmente em um país onde a visão política impera sobre o certo e o errado. E neste contexto quem não tem jogo de cintura sofre, e tem poucas chances de sucesso."[233] E não são outros os episódios que a sociedade brasileira tem assistido em relação aos seus Juízes, arregimentados sob o pálio da cidadania que

---

[230] Nota: Na direção psicológica da vida moral, determina o homem o seu modo de agir. Ao dominar os próprios medos o faz com coragem. A vontade que desse fenômeno decorre adquire duas aplicações distintas: uma natural ou física, outra essencialmente volitiva ou moral. A coragem física decorre de uma constituição natural - biopsíquica - favorável ao homem, que o torna impassível diante dos perigos, seus músculos imobilizam-se e seus sentimentos sofrem um súbito anestesiamento, eis que os nervos não se excitam. A coragem moral não esconde a sensibilidade ao medo, mas envolve uma força de vontade tamanha que o medo e os perigos acabam sendo vencidos pelo homem assim corajoso. "Treme carcassa maldicta, que eu te farei marchar (*sic*)", teria sido a frase de Henrique IV no cerco de Cahors. (Pécaut, s/d: 124, 126).
[231] (Stammler, 1981: 111).
[232] (Nalini, 2000: 21/09).
[233] (1994: 28/07).

mascara cenas de corporativismo explícito que se traduzem, quase sempre, por disputas reivindicatórias por remuneração e outras vantagens edulcoradas pela retórica das prerrogativas funcionais, também quase sempre inaplicáveis. O exercício abusivo dessa cidadania reflete no gestual político da categoria dos Magistrados, até bem pouco impensável, quando adjudica, arbitrariamente e sem se aperceber do papel que representa para a sociedade e o Estado e pouco se importar com o paradoxo dessa conduta organizada, formas de luta corporativa que assumem clara feição sindical, a exemplo da decretação de indicativo de greve.[234] Curiosamente, a Magistratura de primeiro grau subleva-se como autêntica linha de frente enquanto que as cúpulas, quando interessadas nos resultados desse enfrentamento social, não assumem o mesmo parâmetro, abertamente, e silenciam, salvo exceções, diante desses cenários reivindicatórios cujos desgastes mais pesados são assimilados, normalmente, pela primeira. No entanto, assim como nos bastidores da política partidária, também nos bastidores da vida judiciária há muitos interesses em jogo que nem sempre podem ser explicitados claramente. Esta circunstância segue agravada, outrossim, ante a inexistência no país de um sistema eficaz de Controle Externo e Social da Magistratura bem como de sua atividade não jurisdicional.[235]

Ademais, fatores administrativos como a motivação, a remuneração e o ambiente de trabalho, quando gerenciados com inadequação funcional, impropriedade ética ou hipossuficiência material, também consistem em elementos desabonadores da boa condução judiciária dos agentes públicos da Administração da Justiça.[236] Não cabe aqui descrevê-los, senão enfatizar o plexo de circunstâncias que direta ou indiretamente possam contribuir para o abalo de um certo tipo de vocação profissional a qual se deveria ofertar incolumidade em benefício da própria dinâmica operacional do Estado Moderno: a Jurisdição. Sobre isto, também consultar Nogueira.[237] Todavia, não se refuta a esclarecer um episódio bastante emblemático nessa seara de abandono velado da vocação em favor de interesses corporativos claros. Falando, pois, em termos de uma sociedade por demais desigual como é o caso da sociedade brasileira, o argumento vencimental parece mesmo perder consistência e de fato perde, porque afinal, entre pobres, quem tem o mínimo é rico. No entanto, é alegórica a alusão de ganhos estratosféricos por parte da Magistratura. Seus vencimentos podem não ser bons o quanto poderiam ser ou mesmo deveriam ser, mas também não são irrisórios. Aliás,

[234] (Nogueira, 2003c: 25/07).
[235] (Nogueira, 1994: 253, 261).
[236] (Nogueira, 2003: 154, 159).
[237] (*op.cit.*: 101, 133).

como Juiz a pessoa não deve produzir fortuna, mas também pode passar necessidades básicas. O grande problema não está nesse debate. O problema reside em que uma parcela significativa da Magistratura brasileira se acostumou com uma cultura de reivindicação vencimental de tal forma ostensiva e quase exclusiva que tudo o mais parece secundário, tanto para Juízes quanto para a comunidade leiga. Ao que parece, os melhores esforços da categoria são canalizados assim individual quanto institucionalmente ou pela destacada ação de um associativismo especialmente bem articulado para esse fim com evidentes prejuízos para com a marcha regular dos processos que deveria estar mais presente nas considerações dos Juízes e, simplesmente, não estão. Exemplo desse quadro está bem refletido em uma disputa ocorrida algo recentemente envolvendo Juízes da União (Federais, do Trabalho, Militares e do Distrito Federal), ante a vetusta argumentação de um impropriamente denominado "auxílio-moradia" a que teriam direito, à semelhança do que percebem os parlamentares do Congresso Nacional. Em meio a um incomum movimento organizado de paralisação da Magistratura Federal, movimento esse que estava em vias de eclodir, uma ação de Mandado de Segurança,[238] impetrada por Associação de Classe de Magistrados e processada perante o Supremo Tribunal Federal, desde bem antes, acabou sendo, de inopinado, liminarmente provida, ao acalanto de indulgência do Governo Federal, mas, sobretudo, ao arrepio solene e descerimonioso da legislação vigente que vedava, de modo expresso, tal expedição.[239] Independentemente do mérito dessa discussão, Juízes em massa que passaram a se locupletar sob o especioso escudo de uma decisão da mais alta Corte de Justiça do país, embora manifestamente ilegal do ponto-de-vista jurídico estrito, continuaram a decidir em outros casos, compreendendo interesses de terceiros posicionados em alguma situação assemelhada, mas que não tiveram a mesma

[238] Nota: A Ação de Mandado de Segurança referida no texto tomou o registro de Ação Originária nº 630-9/DF no Supremo Tribunal Federal. Contra a Medida Liminar adrede expedida pelo Ministro Nelson Jobim, Relator da matéria, o autor deste trabalho impetrou uma outra Ação de Mandado de Segurança, tombada sob o nº 23.651/PE, o que fizera em defesa de sua independência funcional, haja vista que não lhe seria eticamente lícito negar um direito a terceiros, ainda quando vedado expressamente em lei, se e por ocasião de semelhante benefício que lhe fora concedido nas condições da Ação referenciada. Negada a Liminar requestada, negado o recurso de Agravo Regimental, manteve-se a situação subnormal até o advento de Lei recompositora do quadro, legitimando a situação.

[239] Nota: Lei nº 4.348, de 26 de junho de 1964, art. 5º. "Não será concedida a medida liminar de Mandados de Segurança impetrados visando à reclassificação ou equiparação de servidores públicos, ou à concessão de aumento ou extensão de vantagens." Além disso, a Lei nº 5.021, de 09 de junho de 1966, que dispõe sobre o pagamento de vencimentos e vantagens pecuniárias assegurados, em sentença concessiva de Mandado de Segurança a servidor público civil, preconiza: art. 1º. *Omissis*. § 4º. "Não se concederá medida liminar para efeito de pagamento de vencimentos e vantagens pecuniárias."

sorte porque o formato desses benefícios lhes fora negado pela razão da legislação que, em relação aos Magistrados, simplesmente não vingou. Um quadro realmente obscuro que não poderia ter passado como passou, absolutamente sem resistência eficaz.

Ademais, com pertinência, Zaffaroni: "A pressão sofrida pelos juízes em face de lesão à sua independência externa, em um país democrático, é relativamente neutralizável, por via da liberdade de informação, de expressão e de crítica, mas a lesão de sua independência interna é muito mais contínua, sutil, humanamente deteriorante e eticamente degradante. Quanto menor seja o espaço de poder de uma magistratura, quer dizer, quanto menor independência externa possua, maior parece ser a compensação buscada pelos seus corpos colegiados no exercício tirânico de seu poder interno. Em uma magistratura com estes vícios é quase impossível que seus atos sejam racionais."[240] Realmente, não há neutralidade e real independência do Poder Judiciário frente aos demais Poderes da República no Brasil, assim como nos demais países latino-americanos.[241] A propósito disto, o "ativismo judicial" iniciado nos anos '30 na Suprema Corte Norte-americana, sob a presidência do Justice Warren, chegou à América Latina e assim ao Brasil com o sinal trocado. Ali era favorável às garantias e aos direitos individuais, sendo um exercício liberal expandido, portanto. Aqui, trata-se, ainda hoje, de um exercício conservantista de padrões seculares, focado em tradições oligárquicas em que se incluem as debilitantes dispunas vencimentais da Magistratura brasileira confrontando.

Na verdade, este é um problema de base que precisa ser enfrentado de forma mais abrangente, não setorizada, por causa de uma especificidade ajustada a um exame seletivo, como o que a presente Tese suscita: levantar as condições e as causas prováveis por que não se tem a certeza da previsibilidade ante a tomada de decisão por parte do Juiz integrante de um sistema político-social periférico como o nosso.

A realidade da Magistratura brasileira, ora como pensamento progressista[242] ora como pensamento conservador[243], não é, contudo, das mais razoáveis e em grande medida tem se caracterizado como repositório de

---

[240] (1995: 89).

[241] (Zaffaroni, 1995: 87, 90).

[242] Nota: Representado por uma vanguarda de Juízes democráticos que já vem se organizando, com determinação e persistência, em pontos diversos do país, especialmente em São Paulo e no Rio Grande do Sul.

[243] Nota: Representado por Juízes de cúpula, pelos seus protegidos e por uma maioria silenciosa que, nada obstante e a pretexto de se sentir impotente, apenas serve ao *status quo* e, por não ser capaz de distinguir realidade e utopia, tampouco produzem transformações sociais.

profissionais angustiados, decadentes, haja vista o que se descreveu linhas atrás bem como o apanágio dessas variáveis ideológicas que a assaltam permanentemente também.[244] Se para uma boa serventia profissional é sempre necessário a existência de vocações íntegras, parece óbvio que um sistema judicial montado sob bases adversas tende a não executar o plano institucional para o qual fora classicamente concebido. É o caso brasileiro que reflete uma enormidade de incongruências crônicas, como a morosidade na prestação jurisdicional, mas que começa a ser despertado à consciência política do *socius*, justamente porque se passou a compreender que uma tal situação produz as condições favoráveis àqueles que costumam urdir contra o Direito e a Justiça. Convém realçar com Silva: "Nossa magistratura foi concebida para os bacharéis e não os bacharéis para a magistratura. Isso encontra-se inconscientemente arraigado na mentalidade dos nossos magistrados, sobretudo dos carreiristas."[245]

E se pode realmente concluir com Langaro: "Aquele que se deixa levar pelo desinteresse, pelas práticas viciosas, e se serve da má-fé dos litigantes não ama, nem respeita a profissão."[246] Com efeito, no mínimo transforma-a em um "banco de feira" ou em um simples vínculo empregatício sem maiores repercussões ante a responsabilidade social que encerra e as perspectivas, reprimidas, de realização pessoal e de afirmação do próprio caráter, ante uma vocação de fato inexistente ou, quando menos, amesquinhada e, como dito, decadente.

Situação que lamentavelmente afeta o rol das profissões jurídicas no Brasil em face de um permanente quadro de crise social e, de resto, da própria formação dos operadores do Direito.

1.3.4 Cilada Dialética

O presente item tem o propósito de contribuir para a desmistificação de certo tipo de conduta judicial, aliás, recorrente e dificilmente reprimido, na coleta das provas pessoais nos sistemas judiciais periféricos e que, por igual, podem refletir decadência profissional e, certamente, reflete o espectro autoritário do sistema público de Justiça no Brasil.

O viés conservador e tradicionalista do Poder Judiciário brasileiro, por exemplo, além do próprio ensino

---

[244] Nota: Para o pensamento progressista, o que importa é o aprimoramento, por princípio, do sistema jurídico. Para o pensamento conservador, o que importa é a repercussão prática que disso decorre.
[245] (1994: 275).
[246] (1992: 40).

jurídico formatado e materializado, em grande medida, por profissionais do Direito (Juízes, Advogados, Promotores de Justiça, Procuradores etc.) remetem aos enredos autoritários com que Juízes, em particular, se comportam diante das testemunhas e partes, quando prestam depoimentos pessoais. Com efeito, tem se constituído uma variável sociológica a perspectiva de descontinuidade entre os fundamentos da Instituição Judiciária e a sua realidade operacional. Por isso, desde a universidade, quando se disserta sobre a equação segundo a qual o Direito é igual à Linguagem, haja vista sua natureza cultural e normativa, o efeito é de impacto quase sempre tão intenso que o docente, cioso de sua função pedagógica integral, acaba sendo incompreendido, ou tido como insuficientemente didático. Bem por isso, Zitcher: "No ensino jurídico, os sistemas romanos em geral preferem o método dedutivo, em que o professor apresenta o sistema doutrinário aos alunos. Tal opção pode ter a desvantagem de dificultar a aprendizagem do aluno por causa da maior abstração que o distingue."[247]

Desse modo, não basta descrever e avaliar que o Estado de Direito tem o papel de garantir a igualdade de tratamento perante a Justiça, que é de sua natureza providenciar para que os processos sejam enfrentados com a mesma acuidade e rapidez, não sendo razoável acumular demandas, mas que, sobretudo, sejam os alunos compelidos a tomar consciência dos quadros que terão de enfrentar para, desde logo, apreenderem os mecanismos com os quais poderão vir a contribuir honestamente para o desenvolvimento da própria sociedade a qual pertencem. Não é outra a utilidade da Ciência: conhecer para construir em função da solidariedade universal.

A falta de compromisso com a essência das coisas, o exame de casos e mesmo o ensino engajado, a busca das verdades mais consistentes, as quais não se confundem com as aparências, dificulta o aprendizado do próprio Direito, enquanto Ciência da Cultura, cujas fórmulas, primeiramente, servem aos regimes de controle e dominação político-institucional determinados pelo Estado, mas acabam por alimentar, na prática, a cupidez humana tirada dos menores atos, estes que nada dizem com a dimensão genuína e maior do próprio Estado, e se sustentam, diante da identificação dos métodos, da ignorância que vem desde o ensino jurídico sem engajamento crítico e dos medos corporativos e/ou reverenciais. O fenômeno acaba sendo ciclotímico porque a mobilização de toda uma categoria – a judicial – não encontra outra forma de fazê-lo, senão acomodando-se ante o sistema de opressões e aparências dominante.

Enquanto as faculdades de Direito continuam a professar uma pedagogia escolástica, repetitiva de fórmulas

[247] (1999:30)

e de métodos, abstraída do jogo histórico e social (conteúdo próprio do Direito), em que os alunos se tornam como que autômatos, puros técnicos decalcadores de formulários pré-fabricados e rotinas, em vez de pensadores do fenômeno jurídico, construtores desse saber, continuamos em nossa "viagem" por meio do éter da ficção científica.

Nesse contexto as palavras encontram campo fecundo não exatamente a dizer o significado presente para cada uma delas e o seu articulado gramatical e/ou semântico, mas para fazer acreditar como verdadeiro aquilo que é falso e que atende diretamente a interesses inconfessáveis no mais das vezes. Justamente como ocorria, guardadas as proporções históricas e metodológicas, na Idade Média.

Uma tal cultura vai se espraiando verticalmente e é por isso que quanto mais hierarquia detiver o órgão judicial, menor, proporcionalmente, é a sua autoridade como representação social, e menor, portanto, resulta a sua taxa de independência. Sem dúvida, uma conclusão dramática para quem supõe que vivemos uma perfeita simetria entre valor e representação, entre sociedade e Estado.

É disso que decorrem expressões do cotidiano que não cabem na abordagem científica por serem absolutamente desconexas as relações do experimento com o seu resultado. Algumas dessas expressões mais recorrentes são as chamadas "ciladas dialéticas" por meio das quais o Juiz se aprimora na arte de impactar testemunhas e partes em seus ditados, ora perguntando-lhes, mediante o reforço especioso dos gestos, em tom agressivo e majestático, ora insinuando-lhes, preconceituosamente, responsabilidades, ora, ainda, pregando-lhes peças argumentativas inúteis, na vã suposição de obter "verdades". Outro traço característico dessa (im)postura oficial se opera verticalmente, como quando órgão judicial de segundo grau (recorrente) resolve eliminar o poder-dever de decisão do órgão judicial de primeiro, submetendo seu agente ao lancinante constrangimento de ver cassada, *ex-absoluto,* a própria instância decisória e violentando-lhe ao mesmo tempo o discernimento que é essência da função de julgar. O pior é que os medos, de uns como do outro, impedem o florescimento de qualquer resistência legal.

Tais expressões não encontram justificação na ordem natural das coisas nem sequer nos ditados institucionais do Estado Moderno, especialmente se for democrático e de Direito, mas estão, sobretudo, bem consolidadas assim ativa quanto passivamente, no inconsciente coletivo das sociedades periféricas, caso brasileiro, eis que não reúnem mecanismos de controle espontâneo para esses quadros. E as agências oficiais têm se revelado como insatisfatórias e mesmo, não raramente, contraditórias em prejuízo de toda participação democrática. Democracia participativa, neste sentido, implica o exame cuidadoso e exaustivo dessas

possibilidades. Pois há quem se interesse por manter tudo como sempre esteve para fazer do Estado e de suas categorias funcionais argumento de consumo, não de serviço, ainda que sobre isso se tenha de construir um edifício marcado pela inconsistência teórico-científica e pela falta de embasamento ético de que resulta o caldo de cultura que observamos em nossa quadra de vicissitudes sociais e políticas.

É nesse ambiente e é de acordo com a sua natureza de descontinuidades que deve ser entendida a loquaz expressão "cilada dialética", pois na verdade se trata de argumento cosmético para gerenciar a conciliação de ordens inconciliáveis: o Direito Processual e o maquiavelismo de Estado. Não há, desse modo, a menor chance de resultar idônea a coleta da prova pessoal quando premida por fatores exógenos que se lhe retiram toda espontaneidade, toda originalidade subjetiva. Ora, se já é árdua a tarefa de decodificar informação por meio de interlocutores ditos imparciais (os quais não estão autorizados ética e juridicamente a confundir com a impropriedade da acepção de pessoas), imagine-se a hipótese de derivação lúdica, opressiva ou fraudulenta.

A Teoria do Processo implica em um conjunto de normas instrumentais cujo propósito consiste em garantir, ainda que relativamente, a pesquisa da verdade, para o que um dos maiores fundamentos de toda liturgia jurídica é a lealdade de seus operadores. Afinal, o Direito é a arte do reto, do justo, do verdadeiro, não do relativamente verdadeiro, mas do essencialmente verdadeiro, ainda quando essa verdade esteja em curso permanente e resulte em uma construção utópica. Sentido inverso o desnatura, seja como arte, seja como ciência, seja como técnica disciplinadora das relações sociais, por fazê-lo remontar à sua fase primitiva. O que tornaria distinto a um objetivo de iniqüidades sejam elas teleológicas (de fim), sejam elas instrumentais (de meios)?

Quem, para pesquisar o Direito Processual e as condutas judiciais na coleta da prova pessoal, se louvar das recorrentes "ciladas dialéticas" para formatar seu próprio entendimento, vai obter duas aparentes vitórias intelectuais: uma corporativa, outra de conquista. Pela primeira, terá granjeado a perpetuação de uma situação por demais questionável: a introjeção desavisada no espaço anímico da testemunha para gerar "verdades jurídicas" tal o que se proporia a fazer algum torturador dos mais cruéis e empedernidos. Pela outra, o intérprete, notadamente quando operador processual, terá crescido em seu conforto psicológico ao recrudescer para si mesmo e para a comunidade científica, uma crença atávica e, por isso, perversa que é incompatível com toda razoabilidade e justificação.

É preciso, finalmente, dar cobro ao jogo de seduções, vaidades, preconceitos, opressão e embotamento que habita, em maiores ou menores proporções, no espaço judiciário das sociedades periféricas, caso do Brasil, para que sejam evitadas repercussões quase sempre injustas, cujo alvo quase sempre é o mais fraco.

Pensando assim é que se forja a presente Tese, mediante a busca de análise comparativa, dita como ajustável à hipótese, e a integração efetiva do princípio da razoabilidade como forma de se alavancar o processo de transformação também entre nós, o que também caracteriza uma responsabilide ética do operador jurídico.

1.3.5 Judiciário, Cidadania e Nepotismo

O presente item tem por finalidade observar algumas variáveis sócio-institucionais do conceito de cidadania na atmosfera de um Poder Judiciário tido como provinciano a partir da experiência profissional do autor, buscando ao serviço da ideologia democrática que é um estado de participação.

O enfoque da matéria, naturalmente, como sucede ao caráter monolítico do texto da presente Tese, sofrerá, no entanto, uma tendência fortemente interdisciplinar, como comporta ao mais coerente exame dos fatos sociais, em que a retórica do discurso normativo não se entremostre susceptível às banalizações de momento e ao formalismo cínico que não reúne compromisso com a verdade dos fatos e o valor da paz social.

Buscar-se-á, pois, tanto quanto possível, a compreensão do alcance desse conceito, como elemento de participação política nos negócios de Estado, ainda que se tenha como autêntica a observação histórica de que a Administração Judicial sempre se constituiu em um mito, algo como que aterrador e intangível aos simples "mortais" em qualquer tempo e lugar, notadamente quando preconceito e "razões de Estado" a dominam ou nela se insinuam. E isso vale tanto para os cidadãos comuns, perdidos em uma malha multiforme de expedientes e rotinas que os afastam do ideal de realização do justo, quanto para aqueles que, tornando-se membros desse corpo, procuram cumprir o doloroso mister de responder aos compromissos solenemente assumidos quando das respectivas investiduras.

A oposição sem dúvida sistemática, mas não solene, entre racionalismo e empirismo, forma e substância, dos vários enunciados de discussão neste trabalho, caracteriza, em essência, a manifestação mais proeminente de um ciclo de mazelas que afeta o Judiciário brasileiro para retirar em

grande parte a previsibilidade de sua atuação e a própria justificação jurídica de seus veredictos.

O papel do operador judicial, nessas condições, passa a não corresponder a um exercício de cidadania, pois é marcado por crescentes (des)critérios de exclusão participativa, geralmente sibilinos e socavados, que mutilam o homem em seus predicamentos jurídico-políticos e sociais. Já a corrupção – deve-se referir – é apenas um processo de avantajamento formalmente intolerável desse mesmo exercício. Com o emprego de expedientes hermenêuticos nunca raramente incompreensíveis, porém formalmente bem postos e às vezes eruditos, a ação de julgar objetivamente acaba por defenestrar a *ratio legis* para integrar-se à curva da dominação opressiva pela eliminação de direitos subjetivos, mediante a construção de uma cultura corporativa e mórbida que ataca a intergrupalidade e prioriza os privilégios dentro e fora da casta dos condestáveis. A situação se agrava na proporção direta da hierarquia do órgão judicial de forma que aspectos de segurança jurídica bem como de participação (Justiça distributiva), serão menos atingidos quando por ocasião dos veredictos em últimas instâncias, haja vista que uma variável sociológica, algo necessária, reclama que esses resultados correspondam, tanto quanto possível, às orientações do Executivo (expressão de um odioso "ativismo judicial"). Esse fenômeno é explicado pelos vínculos de subsistência material e subjetiva que unem, inclusive partidariamente, os operadores componentes das cúpulas dos poderes políticos. O maior problema, contudo, é verificar que, sob a força desse exemplo nocivo, por que eticamente comprometido em sua etiologia e por que atomizador das práticas judiciárias, as gerações que se seguem de novos operadores judiciais de todas as instâncias sofrem uma terrível compulsão, por vezes medida em razão da própria sobrevivência profissional, que os induz a também banalizarem os seus papéis e perpetuarem essa rotina injusta e autofágica do regime democrático e da excelência de seus resultados, bem assim como da autoridade de suas funções e do crédito social que delas haveria de decorrer. Sobre isso, aliás, Baracho: "Os regimes autoritários e totalitários sempre foram contrários à independência da magistratura, visando-a como uma espécie de colaboradora na aplicação da lei."[248]

É evidente que a certeza natural de que os juízes são homens e, portanto, estão inapelavelmente sujeitos às misérias desta vida, se acha estabelecida como pressuposto de toda a discussão a iniciar-se neste trabalho. Questionar-se-á, todavia, um ciclo de inversões perversas que transformam o que é essencial em acidental e vice-e-

[248] (1995: 20).

versa, e o que é exceção em regra e vice-e-versa, para gerar um estado de descrença social tão grave que os fundamentos da Ordem Jurídica passam a sofrer abalos com riscos cada vez maiores de desestabilização social. O recrudescimento do fenômeno criminal e a eclosão de movimentos alternativos de reivindicação social, como o MST[249], o primeiro negativo, os outros positivos, embora, ilustram bem a hipótese. O curioso é que a sociedade, nada obstante perfeitamente ciosa das desgraças que se lhe acometem, não se ocupa de resistir sistematicamente contra elas. Essa, porém, é uma outra face, também emblemática, do drama maior vivido pela sociedade brasileira: o subdesenvolvimento haurido da democracia liberal, formal ou simplesmente teórica, em que se pretende a liberdade sem apoio de base infra-estrutural que possibilite o seu exercício efetivo e que viabilize a participação social como condição para a plena realização do ser humano[250] e que proteja todo indivíduo das ofensas que os outros possam dirigir-lhe.[251]

Nesse contexto, descrever-se-ão, em análise investigativa, aspectos de algumas práticas recorrentes no âmbito do Judiciário nacional, a exemplo do nepotismo, com o que se afronta o sentimento republicano sob cujo espírito, paradoxalmente, se agasalha o constitucionalismo brasileiro, o qual, inaugurado em 1988, diz preordenar-se ao cidadão, constituindo a cidadania um fundamento expresso da própria República (art. 1º, inc. II, da Constituição Federal).

Pois bem.

A idéia de cidadania se caracteriza por sua intrínseca politicidade. Compreendê-la pressupõe que se avalie a noção de cidadão: o indivíduo que se acha no exercício de direitos e obrigações reconhecidos por um Estado, a dizer, uma sociedade politicamente organizada a qual está submetido.

O reconhecimento de direitos e obrigações constitui atitude que gera repercussões de diversos matizes, entre os quais o de submeter-se ao objeto do que se houve reconhecido por direito. Disso decorre que o Direito é o embasamento teórico da convivência entre os cidadãos e destes em relação ao próprio Estado que, afinal, lhes reconhece tal condição.

Para valer e assegurar o atingimento desse plexo jurídico, o Direito se realiza normativamente e se opera por meio de fórmulas e processos sob encargo de agentes públicos especialmente investidos de função de competência própria, os quais são chamados a atuar toda vez que a

[249] Nota: Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem-Terra - MST.
[250] (Bordenave, 1983: 7, 17).
[251] (Bobbio, 1994: 23).

sociedade não tenha encontrado as condições espontâneas para dar cobro às situações de crise (relações sociais em choque) e, com isso, restabelecer a harmonia do *socius*. Chega-se aqui à idéia de autoridade, pertinente ao Estado, em contraposição à de liberdade, pertinente ao indivíduo.

Esse é o mecanismo básico através do qual a cidadania (estado de cidadão) se realiza nas suas diversas dimensões cada vez mais acrescidas de conteúdo prático. O processo de participação igualitária, ou democrática, das gentes nos negócios da "cidade" (daí a palavra cidadão), tem exigido maiores particularidades, produto da infusão do enunciado na vida prática da sociedade e das necessidades humanas cada vez mais entendidas como sendo de identidade comum para permitir a busca da felicidade de todo e qualquer indivíduo. Como se poderia dizer, poeticamente, ou o país é para todos ou não é para ninguém. Abrem-se as fronteiras do espírito humano para a admissão do diálogo, cada vez mais desprendido, os da participação propriamente dita em diversas dimensões (social, econômica, existencial etc.) e, sobretudo, a proteção contra o arbítrio (uso indevido da autoridade), com que se estabelecem os processos de introjeção do cidadão diretamente no poder político.

Mas a história somente se movimenta ao ritmo das lutas, às vezes traduzindo-se por renhidas pelejas fratricidas, que devem ser inobstante travadas diuturnamente contra as agências de reação que combatem a cidadania em homenagem ao egoísmo. E já a força desse sentimento não deve ser tratada como insignificante, um mal menor que desmereça as preocupações que povoam a inteligência, quando a serviço da razão e da boa-vontade, pois ela está, constantemente, causando baixas à cidadania. O exercício da cidadania é, pois, um processo dialético. Por isso mesmo, os seus predicados estão em constante rotação e crescimento, agregando mais e mais atributos, ante as qualificações e requalificações permanentemente ativadas. E as relações que de tudo isso resulta, evidentemente, possibilitam o avanço irrefreável da história.

É o que se deve perseguir também no que remete à noção sobre nepotismo na contemporaneidade dos espaços institucionais da vida judiciária, especialmente no Brasil.

Com efeito. Um dos males que mais caracterizam, negativamente, o Judiciário brasileiro hodierno é, sem dúvida, o nepotismo, considerado como aquela prática, em tudo perniciosa, de salteamento do serviço público por meio de parentes, aderentes e apaniguados, os quais raramente reúnem aptidão para os desempenhos que se lhes "confiam". As Faculdades de Direito estão prenhes desses "espécimes" que, sem nada ler ou saber, administram sofrivelmente os seus cursos na certeza de uma colocação de bom nível remuneratório, em função dos comissionamentos debitados à

responsabilidade de seus parentes já no serviço público. Um jogo de cartas marcadas que compromete a saudável competição de mercado no que tange ao exercício das profissões jurídicas e adultera o sentido e alcance que a coisa pública deve merecer, especialmente quanto ao trato jurisdicional. Sobre isso, Falcão: "Não é razoável que em setores da Justiça, cargos de confiança sejam sistematicamente preenchidos por parentes, isto sim prejudicial à independência do juiz."[252] Logo depois, reconhecendo o óbvio, mas não com menos coragem, o então Presidente da Associação dos Magistrados Brasileiros, indagou publicamente: "Um ponto que precisamos dar fim é com o nepotismo nas relações internas. Se não dermos fim às mazelas que nos afligem, como teremos dignidade para olhar de frente para a sociedade que nos cobra?"[253]

Neste item, tentar-se-á descrever alguns aspectos singulares acerca do conceito de nepotismo como razão desagregadora das altas funções jurisdicionais.

Aqueles que acusam e defendem, respectivamente, a intrigantemente difundida prática de nomeação de parentes e cônjuges para cargos e funções periféricos (em comissão gratificada) por agentes do Poder Público no Brasil de hoje e de sempre, costumam omitir nas suas avaliações, particularmente contraditórias, a real significação desse comportamento enquanto fenômeno social interagente e em tudo pernicioso. Esse debate se limita, como se percebe da acirrada discussão, orgânica e recorrente, sem solução de continuidade (salvo pela presença ativa e individual de alguns poucos desassombrados), a conjecturas derredor da plausibilidade teórica, da prática em comentário, ante um mar de vedações jurídicas desde há muito existente no Ordenamento. Por outro lado, os defensores da idéia nepótica acabam se condenando moralmente a si mesmos, embora não sejam, de regra, cobrados legalmente por isso, ante a falta de profundidade argumentativa com que vergastam um debate surrado e fisiológico que não revela, em substância, uma boa causa, mas um bom interesse pessoal, um bom partido corporativo e patrimonial. Além do mais, a falta de trato sancionador aos casos concretos refletem a insuficiência dos sistemas de controle atualmente presentes no Judiciário Nacional.[254]

Sobra daí, para a completa inteligência do quadro, uma irrecusável lacuna cujo preenchimento lógico e prático não apenas merece como urge seja feito, pela consideração e enfrentamento efetivos, e não menos destemidos do problema examinado.

---

[252] (1993: 21/10).
[253] (*Jornal do Magistrado*, 1994: 5).
[254] (Nogueira, 2003: 283, 309).

Como nenhum agente do Poder Público é imune às misérias desta vida e de como não raramente suas constituições biopsíquicas e emocionais carregam o mesmo vezo de todo mortal, mede-se naturalmente a estrutura de seus comportamentos pela fleuma econômica de suas próprias e apenas supostas necessidades.

Tal significa que ao atribuírem a si mesmos esta condição virtualmente arbitrária – eis que a relação de confiança proclamada no favor do beneficiário não vai a tanto de transferir, por um empenho reducionista de ocasião, as relações de Estado dentro em relações de domínio familial, afetivo e até mesmo conjugal, uma vez que é inverossímil, em face de tal aproximação, que os agentes nepóticos se conduzam ordinariamente de forma a não condescenderem criminosamente com os seus (art. 320, do Código Penal), não obstante a retórica cínica que desse quadro resulta –, desservem à causa pública, pois não lhes é permitido pensar e agir pelo povo, senão em seu nome, muito menos se utilizando dos recursos inerentes ao Estado, o qual nada mais é do que a introjecção formal para o âmbito de uma comunidade nacional das idéias de autonomia social, independência política e organização sistemática, base de toda modernidade institucional. A célula-*mater* não prevalece nesse contexto rudimento estatal, pois ao contrário de todos os gostos provincianos ou de tipo colonial, não é tênue a fronteira moderna que separa a vida privada da vida pública. Com efeito, "O Estado não é uma ampliação do círculo familiar e, ainda menos, uma integração de certos agrupamentos, de certas vontades particularistas, de que a família é o melhor exemplo."[255]

Parece intolerável, pois, que, a exemplo do passado, "capitanias" se formem como verdadeiras unidades administrativas, como feudos, e os jogos de interesse se entrelacem radical e silenciosamente – os mais severos mecanismos de conspiração – em um ambiente de pura dominação e nenhuma responsabilidade jurídica.

No entanto, o que mais ressalta como ignominioso de todo esse fenômeno social que nos imprime atavismo, especialmente quando dissimulado de alguma virtude de aparência (quando se alega que o beneficiário é materialmente competente, por exemplo), diz com o abuso que se constitui pela forma indireta de ganhos do agente público nepótico que, ao nomear parentes e/ou o próprio cônjuge valendo-se das aberturas legais ou interpretativas, aumenta consideravelmente o seu orçamento doméstico, inicia-se em uma relação espúria de cumplicidade ao iníquo e passa ao largo das vicissitudes da nação, bem como da hipossuficiente classe trabalhadora em que haveriam de estar e sentir-se incluídos. E o povo que tem direito a um

[255] (Holanda, 1983: 101).

Governo honesto, não pode ser fraudado pelo argumento legal, dado que a lei, por ser imperfeita, jamais será capaz de disciplinar com exaustão tudo o quanto diga respeito ao objeto da própria disciplina.

Portanto, que a lei não sirva de álibi para o indecoro, quando se exija para o atendimento dos valores a observância de toda uma moralidade, igualmente normatizante, sem a qual tampouco se obstacularizaria logicamente o fluxo dos meios subliminares de nepotismo que, embora expungindo a figura do familiar, por óbvias razões de conveniência política, canaliza ao seio do Poder Público alguns tantos notáveis que, pela sua condição social de origem, possam produzir, de futuro, algum proveito para aqueles que os indicaram nesse propósito menor, sem a visão da realização efetiva dos fins do Estado-República. É o caso das indicações para cargos comissionados de dirigentes da mídia para fazê-la silenciar ao reboque de tal procedimento.

Assim, enquanto o universo dos servidores públicos acaba sofrendo os efeitos perversos das mais terríveis mazelas decorrentes da compressão remuneratória por obra das mais imperscrutáveis motivações, geralmente corporativas ou de Estado, sobre o que tudo se insinua, concebe-se que o agente nepótico se mantém absolutamente infenso aos efeitos de uma política particularmente adversa, cruel, em face do mencionado artifício o qual faz resvalar, como a uma superfície plana e sólida, todo o drama recessivo pelo qual atravessa a nação nesses tempos de agruras materiais e morais e em que todos são obrigados a conviver com o sacrifício da carne e com angústia diante de tantos e cada vez mais eloqüentes desatinos dos poderosos de plantão, dos eternos "manda-chuvas". E o faz insensível a todo padecimento social, dele escarnecendo com a sua situação de privilégio abusivo, nada obstante o conteúdo de uma retórica bem montada e repetitiva de modo a suportar, sem resistência, o injusto circunstanciamento do qual se extraem, todavia, exceções nobilitantes, a exemplo da regra inscrita no art. 357, inc. II, Parágrafo Único, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal: "Não pode ser designado assessor ou auxiliar na forma deste artigo cônjuge ou parente (arts. 330/336, do Código Civil) em linha reta ou colateral, até o terceiro grau, inclusive, de qualquer dos Ministros em atividade." Tal regramento não encontra eco na imensa maioria dos Tribunais Superiores e locais.

Em grande medida, eis aí o significado essencialmente imoral – do qual pouco se fala – da manifestação nepótica que, no entanto, não se resume a isso, pois é bem certo que tão prodigiosa quanto a inteligência humana é a sua capacidade de contrafazer ao semelhante, mesmo aos próprios filhos e demais parentes os quais também são corrompidos

pela facilidade com que logram, nesses termos, cargos e funções públicos, perdendo, assim, preciosa oportunidade de lutarem dignamente pelas suas próprias vidas e de fundarem suas próprias identidades. Todavia, há os recalcitrantes empedernidos e não são poucos. Aqueles que ao sentirem aproximar-se o desfecho tão natural quanto inadiável de suas iniqüidades, teorizam absurdos lógicos, irascíveis até, intentando ajuizar proposições arbitrárias decorrentes do emprego de malabarismos raciocinativos[256]; como quando intentam vicejar a idéia segundo a qual os cargos comissionados já preenchidos com a sua parentada e outros "próximos" devem ser perpetuados tal como estão, eis que se integrou o princípio do "direito adquirido" como se direito subjetivo possuísse em seu patrimônio jurídico o titular de cargo de provimento em comissão e demissível *ad nutum*. Entre a pretensão e a concepção desse tipo de cargo público reside uma abissal diferença. Aliás, inconciliável com os interesses sociais cristalizados pela Ordem Jurídica. Essa estranha lógica lembra uma política criminal holandesa pela qual aos ladrões, dadas certas circunstâncias como passar um ano sem tornar a delinqüir e não se tratar de ilícito de maior potencial ofensivo, ser-lhes-ia oferecido não só o perdão de seus crimes patrimoniais como uma premiação significativa a que teriam direito por isso (uma casa mobiliada).[257] Conclui-se com Romano: "Os slogans sobre a ética, portanto, precisam receber muita cautela, em países de tradição e hábitos autoritários." Acrescentando: "Afinal, a ética também possui os seus defensores farisaicos."[258]

Então, pergunte-se: Que país será este que não reserva aos seus cidadãos efetiva igualdade de tratamento e, mesmo ainda, arvorando-se democrático e solidário pela voz dos amealhados? Que país será este que garante de todo modo a permanência das cavilações intestinas e privilégios corporativos de certos agentes do Poder Público? Que país será este que, ao invés de aplacar a fome de seu povo com as condições naturais de que dispõe, e delas não se ocupa senão para sangrá-las, bandeia-se, outrossim, à formação de uma corte de áulicos aproveitadores petulantes da coisa pública? Enfim, que país será este, o nosso, que não consegue encontrar o caminho da paz e da concórdia para realizar a Justiça para todos?

Vive-se, com efeito, uma quadra dilemática, entre a acomodação à situação posta e o atendimento franco ao chamado da história, exercitando a liberdade criadora que se fundamenta no princípio da conscientização pessoal e

---

[256] Nota: Ver item 2.2.

[257] Nota: A informação foi veiculada no Brasil pelo prestigioso Jornal *Folha de S. Paulo*, edição de 17/06/1994. A matéria se referia a projeto de lei do Conselho Municipal de Den Bosch, no sudeste holandês.

[258] (1992: 06/04).

coletiva e no anseio, não raro reprimido, de elevação moral de todos e de cada um.

O Judiciário é chamado, pelo conjunto de seu aparelho e de suas composições, a este compromisso inadiável.

É que o quadro institucional – de viés particularmente retórico – em que o Judiciário brasileiro se acha implantado, como corolário de toda a desestrutura social em que se exercita a pátria e a cidadania neste país, freqüentemente sugere que em seu sistema não se vejam falhas, a exemplo do que segue ilustrado com as sempre emblemáticas falas de seu próprio corpo funcional, tiradas do discurso em causa própria da imensa maioria dos Juízes nacionais "contemplados", especialmente daqueles que de uma forma ou de outra foram elevados aos postos de maior relevo na hierarquia desse sistema, seja em razão da carreira judicial seja em razão de apelos políticos suscitados às investiduras originárias aos Tribunais ("Quinto Constitucional"[259]).

Essa postura, no entanto, corporativa, por natureza, não parece refletir os anseios sociais de uma gente que sofre e pouco ou nada pode fazer no intuito de sua emancipação individual e coletiva, apesar de reunir sobre si a titularidade do poder político.

A Ordem Jurídica que é marco da civilização humana, parece operar pouco, no âmbito das sociedades periféricas, do muito que deveria em face de sua própria teleologia institucional. A estrutura não se exaure por si mesma, nem encontra justificativa filosófica quando distanciada de seu tônus funcional, para servir de álibi aos propósitos que se não reconhecem como válidos, mas que são reclamados, às vezes por razões de Estado, como necessários.

Toda resistência contra essa espécie de desvio espraiado em grande medida na letargia social que se alimenta da miséria humana tem cedido no cenário nacional a um sem-número de imposturas e dislates que afastam a convivência do ideal de Justiça por que todos deveríamos lutar sem pejo; e acabam por fazer merecer os postos de evidência àqueles que, noutras circunstâncias de maior participação político-jurídico-social, não teriam como ascender.

Por mais elevada e intangível que seja a concepção acerca do Poder Judiciário, sua realidade no Brasil contemporâneo não se afasta daqueles modos de manifestação subversiva do ideal democrático, dado que se acentua à falta de cabal aprimoramento de sua estrutura (que não se pode simplesmente transferir à responsabilidade de outros segmentos poder político) e, ao que infaustamente se tem revelado, como mais significativo, embora jamais confessado e sempre dissimulado, à falta de melhor compostura cívico-

[259] Nota: Ver item 1.3.6.

moral e de sensibilidade de muitos dentre os seus membros. Pode-se dizer mesmo que um certo discurso sobre a ocorrência de uma "minoria canalha" é cínico, pois o ambiente social estabelecido quase que como que só lhe favorece. Um suposto crítico tirado da observação participativa desse cenário traduz-se em suporte dessa verificação. De fato, como dirá Chauí: "O poder judiciário aparece como misterioso, envolto em um saber incompreensível e em uma autoridade quase mística. Por isso mesmo, aceita-se que a legalidade seja, por um lado, incompreensível, e, por outro, ineficiente (a impunidade não reina livre e solta?) e que a única relação possível com ela seja a da transgressão (o famoso "jeitinho")."[260]

Estando entre os juízes durante mais de duas décadas, pôde o autor verificar que muito se tem de fazer, desde o próprio ventre dessa "casta" de condestáveis, em meio da qual pululam atitudes no mínimo pusilânimes, as quais deslustram, sem risco de reversão, no curto e no médio prazo, a excelência conceitual da função judicante. Despindo-se de suas vestes talares, para descerem ao embate rasteiro de idéias pouco ortodoxas e de metodologias incomuns, muitos Juízes acabam degenerando a própria condição. Com efeito, ninguém mais duvida que eles sejam capazes, como ressaltado alhures, de se organizarem em *lobbies* poderosíssimos (tarefa estranha ao papel típico que exercem), para rechaçarem, perante outros poderes, aquilo que, corporativamente, entendem como pernicioso à permanência de seus privilégios.[261] Uma recorrência justificada tão só nos direitos do povo relacionados ao governo honesto, fora do que toda tarefa resulta "elitista"[262], enquanto ateste o estado de atraso em que nos encontramos nesta quadra da vida nacional. Esse atraso se agrava quando situações realmente dramáticas acabam ocorrendo no cotidiano da vida funcional do Judiciário com repercussão na sociedade, quando, por exemplo, o Executivo tem a última palavra em torno de seus interesses conjunturais (afinal, esse poder faz as indicações de Juízes e Ministros dos Tribunais), o fraco tem de enfrentar uma burocracia "kafkiana" perante os órgãos da Administração da Justiça e os poderosos, quase sempre assistidos por advogados, além de outros profissionais, todos eles muito bem relacionados com os Juízes, acabam obtendo, ou julgam poder obter, favores legais impensáveis sob outras circunstâncias. A rotina de morosidades, por outro lado, se constitui, talvez, em mal menor quando ao

[260] (Chauí, 1997: 436).
[261] Nota: Sobre isso a hodierna questão previdenciária tem suscitado muitos desconfortos e, ao mesmo tempo, mobilizações. Veja-se "A (im)Previdência dos Magistrados" (item 1.3.7.), constante desta Tese.
[262] Nota: No sentido de argumento de consumo de alguns poucos, ou de grupos, em prejuízo da intergrupalidade.

espírito não se incluam as condições para o exercício nobilíssimo e sério da função julgadora. Assim, deixa-se de decidir toda matéria que se sabe querer decidir de uma certa maneira, não tão razoável, ou porque simplesmente não se percebe a irrecusável responsabilidade de honrar os compromissos assumidos, passando o cargo a traduzir um mero emprego de subsistência, uma simples ocupação profissional sem maiores repercussões sociais.

Outrossim, alargou-se até mesmo a impressão de que o poder do Juiz brasileiro é um poder de fato medíocre, pois está jungido à missão simbólica, por certo, mas nem tanto, de colocar os "ladrões de galinha" na cadeia. A leitura dessa metáfora pode ser feita pela seguinte fórmula: "Julgo aquilo que me convém."

Como se pode perceber, finalmente, os contornos dessa crise institucional são, substancialmente, éticos e exige o aprofundamento do saber sobre as origens de nossa formação como povo, assim como uma reorientação em face das experiências vitoriosas, mas sem perda de identidade que agrega, pelo contrário, elevação política e independência.

Que a diagramação desse contexto social, algo "tropicalístico", sirva ao propósito de cristalizar a reflexão em torno do assunto, ainda mítico, se considerados os interesses em choque, produtores de estados de risco, pois que de outra forma, ainda que sujeita a críticas, não se concebe a possibilidade de avanço nos estratos da cidadania tanto quanto da sociedade como um todo.

Defendê-la dos perigos, gerados pela confusão ideológica e pela prática entre mito e significado, é o que cabe fazer todo homem cônscio de seu tempo e que, por isso, é também capaz de guardar as responsabilidades que tem de assumir diante de seu meio, para produzir exemplos encorajadores às novas gerações quanto à luta, a ser permanentemente empreendida, por cidadania plena.

Este trabalho, ainda que modesto, guarda, afinal, esse propósito, o qual parece inadiável, conquanto inglório (utópico), diante do quadro de misérias em que o país se acha envolvido, não sendo possível retocar, mascarando, o pessimismo de que se reveste o espírito cívico na pátria brasileira.

1.3.6 O "Quinto Constitucional"

O ingresso via "quinto constitucional" nos Tribunais do país (art. 94, da Constituição Federal) tem sido assegurado pela Carta no sentido de garantir ao Poder Judiciário uma certa transparência social com que se permeia o sistema judicial de diversas visões institucionais, no caso, também da advocacia e do

Ministério Público. Esse "quinto" constitui, aliás, um dos argumentos que sustentam os opositores do Controle Externo e Social da Magistratura, entendida como grupamento encarregado de exercitar e de empreender o Estado-jurisdição, pelo que já o consideram como existente.

Um vício do sistema faz com que esses representantes, no ato da posse, perpetuem-se como Magistrados, embora não de carreira, e não mais como advogados ou Representantes do Ministério Público, segundo suas origens, de cujas funções estariam temporariamente afastados. Gera-se com isso uma estranha perspectiva psicofuncional: o agente nem é mais advogado ou Representante do Ministério Público e, nem como se jamais fora Magistrado, também passa a exercitar de forma não raramente incomum a judicatura. O grande perigo de aproveitar esse pessoal da forma como presentemente ocorre é justamente o de que venha a exercitar a Magistratura sendo exímios políticos. Nesse caso, o agente, parecendo Juiz, de fato acaba não o sendo para comprometer a saúde institucional do sistema como um todo. Despiciendo referir que, para esses acessos, muitos *lobbies* são gerenciados no sentido do amesquinhamento da própria instituição judiciária, valendo tais ações tanto para o ambiente dos Tribunais da eleição como para um concerto muito largo e complexo de politicidade em que o pretendente passa a atuar por si ou por seus prepostos, sempre interessados em algum tipo de retorno que possa, quando menos, exprimir prestígio e poder. Pode-se dizer que o "quinto constitucional" é um portal muito largo pelo qual o Poder Judiciário no Brasil se submete, abstratamente, é claro, às influências do mundo político-partidário exterior. O problema é que essa abstração pode repercutir até mesmo no inconsciente do operador chamado a dizer o Direito junto aos casos concretos, quando esses casos reflitam interesses daqueles que os indicou.

Dentro de uma abordagem sistemática de que se compadece o Direito Positivo, não é para essa gente que se reservam os cargos de Juízes de carreira junto às instâncias superiores (104, inc. I, da CF), pois esses agentes, embora formalmente Juízes porque integrantes de Tribunais, e não obstante os méritos pessoais com que possam eventualmente vergastar suas judicaturas de ocasião, não o são de fato, pois jamais vivenciaram uma carreira judiciária como tal reclamada pela Constituição.

Maior risco é aquele que se antevê, no médio e no longo prazo, quando, a se consolidar o já notório trato familista com que as coisas no serviço público brasileiro são conduzidas, os Tribunais Superiores, que deveriam ser órgãos eminentemente técnico-jurisdicionais, passarem a se guarnecer de composições majoritariamente não de origem judicativa. Então, teremos uma comunidade de advogados e de Representantes do Ministério Público a comandar os destinos

e a autonomia do Poder Judiciário neste país. Dessa forma, aqueles que se arredam de defender o Controle Externo da Magistratura, até por articulações as mais irascíveis, na verdade são uns contraditórios na medida em que defendem a possibilidade de acesso às instâncias superiores de Juízes que acudiram aos Tribunais locais e regionais pela via do assim chamado "quinto constitucional". De fato, esse pessoal se transforma em Juiz no momento da investidura, por encanto e ficção se tornam vitalícios desde então, mas não terão empreendido a experiência nem os sofrimentos que todos nós, Magistrados de carreira, que fizemos concurso e não devemos nada a ninguém, senão a Deus, à nossa consciência e à lei, tivemos de passar e nos vemos, por isso, desprestigiados com a perpetuação da política de resultados também nessa questão das investiduras originárias às Cortes Superiores deste já notoriamente infelicitado país.

Os teóricos mais rigorosamente formalistas do Direito, portanto, não devem se iludir. Repetindo uma clássica locução de Sheakespeare, em Hamlet: "Há mais coisas entre o céu e a terra do que possa supor nossa vã filosofia!"

De acordo com a linha de condução dos objetivos desta Tese, entende-se – e isso significa ainda muito pouco – que as listas para acesso aos Tribunais Superiores em que figurem Juízes oriundos do "quinto constitucional" para vagas destinadas a Magistrados de carreira não podem prevalecer do ponto-de-vista ético-jurídico, pois aqueles de carreira não são e pelo que resultariam "premiados", politicamente, duas vezes em detrimento da dignidade da Magistratura como um todo e no desprestígio de tantos Magistrados quantos se houvessem em condições legais para uma leal e perfeita disputa institucional-corporativa, como cabe em casos que tais. Os Magistrados de carreira não somos políticos, não lidamos com a política, não sabemos transitar com facilidade por ela e em meio aos seus praticantes. Chega-nos a ser vedada a participação político-partidária e isso parece mesmo uma estupidez, se a proibição for analisada em profundidade, pois, conforme podemos normalmente votar, e diferente não poderia ser, também deveríamos poder ser votados, observados, por exemplo, os mesmos critérios vigentes para o Ministério Público. Já o pessoal do "quinto constitucional" sabe muito bem como administrá-la, tanto por que aproveitados por igual forma, enquanto a competição que resulta estabelecida entre uns e outros por cargos mais proeminentes acaba refletindo uma cruel e desigual disputa.

Combater a falta de participação justa e tolerável e a falta de democracia em nosso meio não se compadece das interpretações menos avisadas e, por certo, sofismáticas, dado coletar argumentos de discriminação quando tais

argumentos estão eivados de ambigüidade e ativados, justamente por isso, para o efeito oposto.

Sem uma inadequada pretensão generalizante, todavia, afirma-se que, enquanto o Poder Judiciário no Brasil for assim, prenhe de manigâncias e susceptível a todo componente de influência política, para além do profissionalismo que os Magistrados deveriam exercitar, com toda exclusividade, não haverá motivos para que, dele, possa orgulhar-se, plenamente, a sociedade para a qual estão a serviço os Magistrados.[263]

1.3.7 A (im)Previdência dos Magistrados

Após a vitoriosa campanha presidencial de Luís Inácio LULA da Silva, grupos corporativos recrudescem no esforço de restabelecer, ou manter, o primado de privilégios que vinham sendo acumulados desde a Colônia, nada obstante as gritantes desigualdades da população brasileira desde então. Esses grupos são marcados pela excelência com que executam planos e procedimentos conservacionistas bem como por uma recorrente insensibilidade para com os problemas do povo, além de uma extraordinária capacidade de articulação e mobilização política.

Talvez uma das categorias mais recorrentes, quanto a isso, seja a Magistratura. Sem motivo não é que suas Associações de Classe desenvolveram uma formidável capacidade de produzir *lobbies*, por vezes totalmente desarrazoados, com os quais intentam preservar vantagens e benefícios nas carreiras que pretendem representar. Disso decorre que os problemas intestinos não são submetidos, via de regra, a debate aberto, como as crises envolvendo Magistrados das cúpulas e outros das bases jurisdicionais, episódios que permanecem, quase sempre, abafados justamente em razão dos interesses dessas mesmas cúpulas. Igualmente, institutos como o do "quinto constitucional", um canal escancarado à política partidária junto aos Tribunais, tem sido deixado de lado mesmo nas discussões acerca da felizmente malograda Reforma do Judiciário. Sem dúvida, o argumento de maior incidência entre os Magistrados é aquele que diz respeito aos seus próprios vencimentos. Mais do que argumentação, esses debates revelam um sentimento quase sindicalista da própria classe dos Magistrados, os quais, no passado recente, chegaram a pensar em greve.

Sobre isso, o apelo evoluiu, hoje, para a questão dos proventos da aposentadoria, em face dos acenos de mudança no regime jurídico da Previdência Social. Os Juízes se aterrorizam com a possibilidade de virem a ser frustrados

[263] (Nogueira, 1999b: 13/05).

em suas expectativas de aposentação especial com proventos integrais, em contraposição à maioria dos trabalhadores brasileiros. Por isso postulam, de um lado, a consagração do princípio dos direitos adquiridos; de outro, e com a mesma voracidade, aludem que as condições da atividade judicial recomendam essa especificidade.

Efetivamente, não há razão, nem em uma, nem na outra tese, claramente arbitrárias, certamente porque ideológica e derivada do mesmo espírito corporativista antes reportado.

Os direitos adquiridos, como conceito jurídico, passam, necessariamente, pela compreensão de que todos os seus elementos constitutivos, como termo e condições, se integrem plenamente ao patrimônio jurídico da pessoa (sujeito de direito). O caso de quem ingressa na Magistratura, especialmente aquele cujo objetivo principal é lograr uma aposentação confortável à custa do Estado com o mínimo de esforço, não ilustra a proposição, porque o suposto direito à aposentadoria, enquanto não constituída a termo (tempo legal de serviço e implemento de idade) ou condição típica de inatividade antecipada (invalidez permanente para o trabalho), gera apenas uma mera expectativa jurídica que os Magistrados, aliás, não desconhecem.

Por outro lado, referir que as condições do exercício judicial efetivo, de tão arriscado e penoso, gera o dever do Estado de satisfazer as necessidades pessoais e familiares do Magistrado aposentado, segundo critérios particularistas, é manifestação que, sobre inverter os papéis da relação institucional Estado-servidor (ou agente político), revela inteiro desconhecimento das naturezas da dupla face remuneratória do serviço público: ativo e inativo. Com efeito, vencimentos do serviço público ativo não são proventos da inatividade, segundo uma clássica construção da Teoria Jurídica. Sobre isso, as relações que se estabelecem em função do direito à percepção dos vencimentos são de uma categoria: atividade funcional; as relações que se estabelecem em função do direito à percepção de proventos, de outra: inatitivade.

Dessa forma, não faz sentido lutar pela manutenção dos proventos iguais aos vencimentos, haja vista o perfil conceitual da categoria de seus beneficiários; nem é razoável, juridicamente, estabelecer gradientes quanto aos valores da aposentação, atitude que não parece um atributo da Justiça Social. Pelo contrário, é sinal de injustiça e desigualdade, pois o aposentado que é oriundo de uma categoria melhor aquinhoada terá reunido amplas condições para, pelo senso de responsabilidade, estabelecer um plano financeiro de longo prazo, ou para vencer infortúnios, do que o aposentado que provém de categoria profissional menos qualificada.

Lutar por bons vencimentos e pela sua irredutibilidade não significa o mesmo que lutar por que esses vencimentos se traduzam, no futuro, na perfeita expressão de proventos da aposentadoria, quando e se bancados pelo Erário, a "mãe" de todos os caprichos no Estado burguês elitizado (Plutocracia). Pois é bem verdadeiro que os proventos, em face de sua distinção essencial, como conceito, não podem ser confundidos com vencimentos para servir ao arbítrio corporativo de grupos que supõem que a Constituição é o que se lhes valha aos próprios interesses.

1.3.8 Em Causa Própria

Por mais que afirmem o contrário, membros das carreiras de Estado como Juízes, Representantes do Ministério Público, Fiscais, Militares etc., ao discorrerem sobre os benefícios funcionais que amealharam, em detrimento do conjunto da sociedade, ao longo do tempo bem como sobre a necessidade de sua conservação, o fazem de modo claramente corporativo.

Na verdade, essas categorias não foram concebidas, como instituição, para construir o patrimônio normativo e abstrato da nação, sob encargo do Poder Legislativo, através de sua representação parlamentar. Podem, evidentemente, colaborar com isso, mas não têm como desviar a natureza de sua intensa movimentação política dos olhares do povo para o qual, aliás, estão a serviço.

O caráter corporativo ou particularista dessas defesas[264], a exemplo da paridade entre vencimentos da ativa e proventos da aposentação, da inexigibilidade de taxação dos inativos, das prerrogativas do serviço ativo etc., consubstancia-se ante o transbordo dos limites operacionais das atividades legais confiadas a essas categorias. Sem pejo, representantes de todas elas se aglutinam de modo bem organizado, haja vista a cristalização de *lobbies* – já tradicionais na cena política brasileira – que fazem um trabalho diverso daquele reservado às rotinas institucionais de todo esse pessoal. Com efeito, não há parlamentar com um mínimo de atuação que não tenha, até agora, jamais recebido a visita de algum profissional dessas categorias a trato desses objetivos intestinos.

No entanto, o ineditismo de uma ampla reunião de cúpula realizada no dia 16/06/2003, no Supremo Tribunal Federal, vai ficar gravado na história. Convocados pelo seu ilustre Presidente, os demais Presidentes de todos os Tribunais do país, juntamente com os Presidentes de todas as Associações de Classe de Magistrados (estes,

[264] Nota: Como descreve Arthur Koestler, "a ortodoxia corporativista tem sido a maldição dos gênios" (*apud,* Alves, 2000: 217).

convidados), empreenderam a sistematização de uma ação política dirigida a um objetivo estranho ao de suas atividades-fim: a luta pela conservação dos benefícios na carreira.

Ora, Magistrado algum foi admitido no serviço judicial brasileiro para realizar um tal tipo de proselitismo político, muito embora ilegalidade formal alguma, ante o poder diretivo e autonomista dos Tribunais brasileiros, resulte dessa prática. Contudo, a feição institucional de uma reunião tipicamente corporativa, ainda quando para debater questões relacionadas com a reforma em curso do próprio Poder Judiciário (também um trato político,a dizer, não técnico), não se dissimula e, por isso, não pode ser logicamente compreendida quanto defendida. Um tal propósito teria de partir dos órgãos de Estado encarregados, constitucionalmente, da tarefa reformadora que está sendo processada no âmbito do Congresso Nacional, não pelos que haverão de suportar os seus efeitos. O que se observa é que um jogo de pressões se articula no âmbito das corporações destinatárias das projeções constitucionais em gestação no Legislativo, justamente no sentido de reduzir-lhe, na prática, a capacidade de gerenciamento de suas próprias atribuições.

É evidente que o Poder Executivo, atualmente representado pelo Governo LULA, o qual, aliás, se supunha mais original do que a tradição política brasileira recomendava, também e por isso mesmo não escapa desse perfil canhestro de propugnar por esforços que visam a pressionar, com eficácia, às vezes sem critério, como quando afasta correligionários históricos e permite a cooptação de adversários tradicionais, parlamentares que haverão de decidir matérias antes concebidas por etiologias nem sempre concordantes com a vontade soberana da população. Pois é com esta que os parlamentares devem estar permanentemente sintonizados, sob risco de não serem novamente eleitos.

Nesse sentido, os propósitos do Governo não diferem dos propósitos das Corporações de Ofício que, em causa própria, igualmente, se arregimentam para pressionar o Legislativo a que decida de acordo com as suas visões localizadas e até episódicas acerca das matérias que lhe são submetidas.

É mais do que prudente, é mesmo preciso que essas categorias, notadamente a dos Magistrados, produzam uma reflexão mais cuidadosa sobre o encaminhamento de suas reivindicações, justas, talvez, em uma certa perspectiva, mas realmente indefensáveis, noutras tantas. Ter consciência dos próprios limites é o primeiro esforço que deles exige a nação. Porque de uma comunidade de profissionais se espera que sejam profissionais. Sair das próprias rotinas de trabalho, vergastar pruridos de

insatisfação ante o porvir e, sobretudo, lutar por causas que ficariam melhor se e quando defendidas por sindicatos, realmente, não parecem atitudes edificantes, quando tomadas por membros de carreira de Estado e até mesmo por agentes do próprio Poder Político, caso dos Juízes.

Os que exercitam alguma parcela de tais responsabilidades devem se encontrar, resolutos, juntamente com a sociedade da qual fazem parte, na ventura de uma pátria que seja a suprema expressão da vontade de seu conjunto, não de alguns poucos privilegiados da sorte, em um sentido, e, noutro sentido, das imposturas que vêm sendo implementadas no país desde a Colônia sem solução de continuidade.

Portanto, deve-se, sobre isso, ter a consciência bem presente de que cabe, insubstituivelmente, à nação o risco de avaliar se deseja este ou aquele perfil, este ou aquele modelo, mais ou menos agradável àqueles que o haverão de recepcionar e executar em nome do povo.

Eis que o instante em que como categoria, os Juízes[265] abandonem, ainda que temporariamente e por razões de natureza midiática, suas tarefas e responsabilidades, para se lançarem à empresa, mesmo velada, de lutar, qual sindicatos, por supostos "direitos" ou de fazer entender, à luz de conveniências corporativas, que um determinado regime jurídico valha mais do que outro, situações que a nação quer, outrossim, questionar efetivamente, já se terá dado motivo suficiente para o sucesso de um tal questionamento por parte do *socius*.[266]

No entanto, embalados no clima de plena abertura político-democrática que noutros tempos não lhes permitia agir com tanta desenvoltura, aliás, atípica, recrudescem os

---

[265] Nota: Aos Juízes se somam os Representantes do Ministério Público, Fiscais, Militares, Diplomatas, que forma as chamadas carreiras de Estado, por exercitarem atividades típicas da função pública indelegável.

[266] (Nogueira, 2003b: 22/06). Nota complementar: Publicado o artigo em veículo de ampla ciculação e âmbito nacional, com destaque em uma edição domingueira, não tardaram as reações mais irascíveis por parte do meio judicial, tendo-se propugnado, inclusive, em mídia interna, pela exclusão do autor dos quadros de associados da Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB). A propositura não surtiu êxito. Mas não poucos associados, revelando desconforto e intolerância, insistem, senão na expulsão, na aplicação de alguma "reprimenda" ao articulista, haja vista a simples expressão de seu pensamento. De fato, "termômetros" dessa atitude são as listas de discussão dos Juízes, manutenidas pelas respectivas Associações de Classe. A comunicação virtual dos Magistrados tem revelado, de modo bem interessante, um viés intelectual e psicológico pouco conhecido da sociedade. Talvez em face da natureza do espaço cibernético, os Juízes, não raro, se dão a certas emissões realmente difíceis de ser assimiladas, justo porque partidas de membros de uma categoria de notáveis, obtemperados pelas próprias responsabilidades funcionais que lhe são confiadas pelo Estado. Trata-se de uma variável que pode explicar muitas incongruências refletidas até mesmo nos julgados, pois não se conhece ali uma cultura de incorporação da idéia de solidarismo universal associada aos problemas do Direito e da própria Administração da Justiça, bem por isso de participação democrática e pluralista.

Magistrados brasileiros, em grande parte, quando falam em greve, especialmente no contexto de crises políticas que mascaram reivindicações profissionais. Sobre isso, nenhum Juiz é ingênuo o bastante, mesmo na periferia, a ponto de desconhecer que o que se diz sobre greve de Magistrados é um inteiro dislate político e uma rematada irresponsabilidade cívico-jurídica. E que a única utilidade efetiva do especioso propósito é criar um factóide de tal envergadura a ponto de suscetibilizar as instâncias Executiva e Legislativa para que reconheçam, e cedam, em seu favor, as vantagens e os privilégios que a Magistratura intenta, desesperadamente, conservar para as atuais e futuras gerações de Juízes. Na verdade, como refere Nogueira: "Por isso se tem afirmado que há uma incompatibilidade intrínseca entre o corporativismo e o sistema democrático. No corporativismo dá-se uma tendência oligarquizante, por ser de sua substância o distanciamento entre as lideranças e as bases de sua organização social em virtude do monopólio dos instrumentos estratégicos por parte daquelas; enquanto que na democracia, a fonte de todo poder, verticalizado ante o princípio representativo, é o próprio povo, a dizer, as bases destinatárias de sua ordem."[267]

Com efeito, embora formem categorias funcionais, seus serviços estão diretamente ligados à soberania do Estado e são por ela contingenciados. Disso resulta que os Juízes, gozando de certas prerrogativas (vitaliciedade, inamovibilidade, irredutibilidade de subsídio, conforme o artigo 95, incisos I, II e III, da Constituição Federal), não podem, no entanto, fazer tudo o que lhes vêm à cabeça. De fato, a Lei Orgânica da Magistratura Nacional (Lei Complementar nº 35, de 14/03/79), no seu artigo 35, eem umera os seguintes deveres judiciários: cumprir e fazer cumprir, com independência, serenidade e exatidão, as disposições legais e atos de ofício (inciso I); não exceder injustificadamente os prazos para sentenciar ou despachar (inciso II); determinar as providências necessárias para que os atos processuais se realizem nos prazos legais (inciso III); tratar com urbanidade as partes, os membros do Ministério Público, os advogados, as testemunhas, os funcionários e auxiliares da justiça, e atender aos que o procurarem, a qualquer momento, quando se trate de providência que reclame e possibilite solução de urgência (inciso IV); residir na sede da comarca, salvo autorização do órgão disciplinar a que estiver subordinado (inciso V); comparecer pontualmente à hora de iniciar-se o expediente ou a sessão, e não se ausentar injustificadamente antes de seu término (inciso VI); exercer assídua fiscalização sobre os subordinados, especialmente no que se refere à cobrança

[267] (2003: 254).

de custas e emolumentos, embora não haja reclamação das partes (inciso VII); manter conduta irrepreensível na vida pública e particular (inciso VIII).

Dessa forma, qualquer do povo pode perfeitamente compreender, e os operadores jurídicos e os teóricos do Direito tampouco ignoram, que a conduta desses Juízes, especialmente quando se manifestando em bloco, sistematicamente, traduz invariável ofensa ao dever de irrepreensibilidade a que estão submetidos, porque: a uma, a nação quer a viabilização dos sistemas previdenciários a ponto de suportá-los e evitar que entrem em colapso; a duas, porque dos Juízes se espera serenidade, a que também não se tornem impedidos de julgar causas no futuro das quais, no passado, se revelaram interessados; a três, porque ninguém negligencia a ostensiva pretensão dos Juízes em chamar para si a "responsabilidade" de decidir os destinos do povo, substituindo-se, pela pressão política de tipo sindical e como "arautos republicanos", à ação parlamentar que lhes dá conseqüência prático-legislativa; a quatro, porque o Processo pelo qual se move o Juiz no exercício de sua presidência não é uma tarefa simplesmente profissional, mas a própria manifestação jurídico-política do Estado em sua dinâmica jurisdicional. Enfim, ninguém duvida que os movimentos da Magistratura, sob tais circunstâncias, prezam por uma invariável ausência de consciência sobre os próprios deveres e limites.

Se isso tudo não ofender as disposições de norma complementar que obriga ao Juiz comportar-se irrepreensivelmente na vida pública e particular e dar ao Processo, como manifestação típica do Estado, plena conseqüência prática, nada mais será ofensivo da Ordem Jurídica, ainda que se possa questionar, a respeito de um eventual movimento paredista, lacuna da Constituição bem como da lei infraconstitucional que lho impeça expressamente. Se falta lei proibitiva, não falta, outrossim, senso de razoabilidade[268] para descrever, como válido, um tal preceito principiológico relativamente aos Magistrados. E se um Controle Externo e Social do Judiciário ainda não existe no país, em grande parte pela resistência desabrida dos próprios Juízes e Tribunais, interessados em garantir também esse monopólio, menos certo não é que cabe às Corregedorias Judiciais ligadas a cada um desses Tribunais, em face de sua capacidade censória, exercer a vigilância e a disciplina sobre os Juízes submetidos às suas respectivas autoridades. No caso em exame, se verificada hipótese de greve de Magistrados, compete às Corregedorias Judiciais, de início, admoestar os

[268] Nota: O princípio da razoabilidade, consoante estimado ao longo deste trabalho, ingressa no argumento de modo definitivo e substancial. As diretrizes éticas da conduta funcional dos Juízes, portanto, estão invariável e inteiramente submetidas à idéia do razoável como aceitação social. (Aarnio, 1991: 236, 253)

Juízes a que se conduzam de modo impecável diante da lei e do que a nação espera deles próprios, cortar-lhes os dias de serviço pela falta em razão de greve (tecnicamente não justificável) e apurar-lhes, individualmente, as indisciplinas desse quadro decorrentes.

Além do mais, se as Corregedorias não o fizerem, exercitando plenamente suas atribuições de competência funcional próprias, a omissão pode ser tomada como adesão subliminar ao movimento paredista e, sendo aí, Corregedores e Tribunais não escaparão do crivo censório amplificado do conjunto da sociedade para que sejam, desde logo, propostas soluções definitivas e agilizadas outras tantas, que resolvam de vez um tal estado de anomia no regime disciplinar da Magistratura Nacional brasileira.

Aliás: "Dados os vestígios deixados pelas várias formas de tráfico de influência no Brasil, seja por ação pública (motivação: razões de Estado, conjuntura) seja por ação privada (motivação: favorecimentos ilícitos, corrupção), pode-se pensar, objetivamente, em uma espécie de "sicilianização tupiniquim". O processo de sicilianização remete à perda progressiva dos valores e dos ideais, ante o surgimento devastador dos interesses particularistas os quais se vão espraiando por sobre o *socius* e encontrando seguidores, perversos, servis ou pusilânimes por todos os lados, de todos os segmentos e classes, de todas as raças e credos. A contaminação é viral e poucos são os que escapam de sua ação degeneradora e degradante. Pode-se também referir que o momento por que se passa no país equivale ao momento de quando a máfia italiana iniciou o seu percurso de criminalidade organizada em substituição ao Estado e dele subjugando os agentes por diversas formas de persuasão moral e física, do pequeno suborno à pura e simples eliminação. O Brasil de hoje é a Itália do início do século, espaços que se ligam por um elemento comum: a impunidade. No Brasil ela se assoma e é por inúmeras razões uma constante social. Na Itália, nem tanto. A máquina Judiciária funciona, graças à crítica social em parte muito bem representada pela obra de Sciascia.[269] É por causa de uma tal eficácia que Juízes vivem, constantemente, sob ameaça de eliminação física ainda nos dias que correm."[270]

---

[269] (1987; 1988a; 1988b; 1989; 1990a:; 1990b*;* 1991a; 1991b: *passim*). Nota complementar: Sobre o autor, cabe aqui adiantar que suas obras têm um conteúdo universal em que se planifica, sem pejo, o espírito crítico e destemido do mesmo contra as manifestações odiosas da disssimulação de governos, entidades, grupos e pessoas, traçando narrativas e esgrimindo ficções literárias forjadas a partir dos fatos da realidade, em que a crônica impiedosa da miséria humana junto à organização social fecundou ora no desmonte das idiossincrasias da Administração Judicial e das armadilhas do medo ora no da hipocrisia da sociedade siciliana a que o mesmo pertenceu.

[270] (Nogueira, 2003: 168, 169).

De fato, a questão judicial é crucial para o avanço social de um povo.

1.3.9 Em Tempo de Globalização

O presente item tem por finalidade considerar algumas variáveis sócio-institucionais e econômicas da cidadania na atmosfera de um Poder Judiciário tido como provinciano, a partir da experiência profissional do autor desta Tese e de outras observações e abordagens, buscando ao serviço da ideologia democrática, que é um estado de participação, nada obstante o processo de globalização da economia dos diversos países, buscando-se verificar que tal participação tem sofrido detrimento em homenagem aos lucros de uma forma de capitalismo que não convém à harmonia do *socius*.

O enfoque da matéria, naturalmente, sofrerá uma tendência fortemente interdisciplinar, como comporta ao mais coerente exame dos fatos sociais, em que a retórica do discurso normativo não se entremostre susceptível às banalizações de momento e ao formalismo cínico que não reúne compromisso com a verdade dos fatos e o valor da paz social, como, por exemplo, ressaltou, com proficiência, o professor Norberto Bobbio ao demonstrar as razões e significados da sempre ativada distinção política entre as noções de direita e esquerda[271].

Buscar-se-á, pois, tanto quanto possível, a compreensão do alcance desse binômio (cidadania/globalização), como elemento de participação política nos negócios de Estado, ainda que se tenha como autêntica a observação histórica de que a Administração Judicial sempre se constituiu em um grande mito, algo como que aterrador e intangível aos simples "mortais" em qualquer tempo e lugar, notadamente quando preconceito e "razões de Estado" a dominam ou nela se insinuam. E isso vale tanto para os cidadãos comuns, perdidos em uma malha multiforme de expedientes e rotinas que os afastam do ideal de realização do justo, quanto para aqueles que, tornando-se membros desse corpo, procuram cumprir o doloroso mister de responder aos compromissos solenemente assumidos quando das respectivas investiduras.

A oposição sem dúvida sistemática, mas não solene, entre racionalismo e empirismo, forma e substância, dos vários enunciados de discussão neste trabalho, caracteriza, em essência, a manifestação mais proeminente de um ciclo de mazelas que afeta o Judiciário brasileiro, como de resto o Judiciário dos assim chamados países periféricos, dependentes das grandes economias e do fluxo de capitais

[271] (Bobbio, 1994a: 31, 48).

que vêm das economias desenvolvidas, especialmente dos Estados Unidos, Europa e Japão, para retirar em grande parte a previsibilidade de sua atuação. Por outro lado, quanto mais elevada for a hierarquia do órgão jurisdicional que tiver sido chamado a deitar seus veredictos sobre as causas de interesse do Poder Econômico hegemônico, menor será, inquestionavelmente, sua taxa de independência jurídica, dados os laços políticos que vinculam agentes executivos e judiciários, o que vai permeado por um Poder Legislativo em sua maioria manipulado por idênticos interesses.

O papel do operador judicial, nessas condições, passa a não corresponder a um exercício de cidadania, pois é marcado por crescentes (des)critérios de exclusão participativa, geralmente sibilinos e socavados, que mutilam o homem em seus predicamentos jurídico-políticos e sociais. Mais uma vez se ressente de uma efetiva construção jurídica que proveja o *socius* das garantias para a consecução de seus direitos, o que se pode descrever, dentre outros aspectos, mediante a aplicação do princípio da razoabilidade jurídica. Sobre isso, com propriedade, Xavier: "Tal princípio apresenta-se indispensável a aturação do judiciário no final do milênio ante as constantes transformações sociais que já ultrapassam o critério de massificação, fruto da revolução industrial e do "*Welfare State*", ante a globalização das relações sócio-econômicas e conseqüente relevância da apreciação dos valores existentes como forma de compatibilização entre recursos cada vez mais escassos em função das limitações científicas e da própria atividade econômica e o crescimento proporcional das aspirações sociais, sobretudo quanto aos valores básicos da existência humana."[272] Já a corrupção, deve-se referir, é apenas um processo de avantajamento formalmente intolerável desse mesmo exercício. Com o emprego de expedientes hermenêuticos nunca raramente incompreensíveis, porém formalmente bem postos e às vezes eruditos, a ação de julgar objetivamente acaba por defenestrar a *ratio legis*, e a ordem econômica interna como um todo, para integrar-se à curva da dominação opressiva pela eliminação de direitos subjetivos, geralmente representada por imposições excessivas de carga tributária, transnacionalização do mercado interno, falta de investimento adequado na ordem social, controle de salários com liberação de preços e política de juros altíssimos, facilitação das remessas de lucro ao exterior e dificuldades no estabelecimento de uma política de ajuste que harmonize, para valer, o capital e o trabalho, mediante a construção de uma cultura corporativa e mórbida que ataca a intergrupalidade e prioriza os privilégios dentro e fora

[272] (1996: 22).

da casta dos condestáveis. Como acima aventado, a situação se agrava na proporção direta da hierarquia do órgão judicial, de forma que aspectos de segurança jurídica bem como de participação (Justiça Distributiva), serão menos atingidos quando por ocasião dos veredictos em últimas instâncias, haja vista que uma variável sociológica, ao que parece necessária no plano das sociedades subdesenvolvidas, reclama que esses resultados correspondam, tanto quanto possível, às orientações do Executivo. Esse fenômeno é explicado pelos vínculos de subsistência material e subjetiva que unem, inclusive partidariamente, os operadores componentes das cúpulas dos poderes políticos, notadamente em sociedades cujo desenvolvimento fora interrompido pelas barreiras da tradição menos universal (periferia econômica).[273] O maior problema, contudo, é verificar que, sob a força desse exemplo nocivo, por que eticamente comprometido em sua etiologia e por que atomizador das práticas judiciárias, as gerações que se seguem de novos operadores judiciais de todas as instâncias sofrem uma terrível compulsão, por vezes medida em razão da própria sobrevivência profissional, que os induz a também banalizarem os seus papéis e perpetuarem essa rotina injusta e autofágica do regime democrático e da excelência de seus resultados, bem assim como da autoridade de suas funções e do crédito social que delas haveria de decorrer. Sobre isso, aliás, Baracho: "Os regimes autoritários e totalitários sempre foram contrários à independência da magistratura, visando-a como uma espécie de colaboradora na aplicação da lei."[274] Coincidentemente, os autoritarismos costumam inaugurar tempos de pauperismo moral, político e, sobretudo, econômico, estabelecendo, a partir dessas bases, diversos contrastes de extrema desigualdade social, entre o luxo e os privilégios desmesurados de uns poucos e a miséria e as exclusões mais repulsivas de muitos outros, como uma autêntica "doença típica das sociedades modernas", na descrição de Clóvis Beviláqua.[275] Nesse sentido, Gianfranco Pasquino: "Na realidade, o que ocorreu, e se está verificando cada vez com maior clareza, é a formação de um sistema econômico internacional ao qual não interessa

---

[273] (Bobbio *et al*, 1991: 1225). Nota complementar: A obra, no tópico "Subdesenvolvimento", assinada por Gianfranco Pasquino, ainda descreve: "O desenvolvimento acontecerá, quando as barreiras que impedem a difusão destes estímulos forem derrubadas, barrreiras formadas, na maioria das vezes, por dificuldades na comunicação e não apenas por falta de recursos." (*op.cit.*: 1225/1126) Os "estímulos" dos quais o texto da citação se ocupa estão relacionados com a resistência social às tradições que impedem o desabrochar, mesmo temporário, do desenvolvimento. Por outro lado, se os tais "estímulos" são difundidos completamente, dão ensejo aos "setores rebocantes" da economia e da sociedade que garantem o avanço em direção ao desenvolvimento e plena utilização dos recursos disponíveis, segundo critérios razoáveis de Justiça distributiva.

[274] (1995: 20).

[275] (*apud, Souza*, 1979: 128).

expandir seu campo de ação, nem tampouco ampliar sua penetração nos setores mais atrasados dos países periféricos."[276]

É evidente que a certeza natural de que os juízes são homens e que, portanto, estão sujeitos às misérias desta vida, se acha estabelecida como pressuposto de toda a discussão a se iniciar nesta parte da presente Tese. Questionar-se-á, todavia, um ciclo de inversões perversas que transformam o que é essencial em acidental e vice-e-versa, e o que é exceção em regra e vice-e-versa, para gerar um estado de descrença social tão grave que os fundamentos da Ordem Jurídica passam a sofrer abalos, com riscos cada vez maiores de desestabilização social. O recrudescimento do fenômeno criminal, que se organiza em escala crescente, e a eclosão de movimentos alternativos de reivindicação social, como o MST[277], ilustram bem a hipótese. O curioso é que a sociedade, embora perfeitamente ciosa das desgraças que se lhe acometem, não se ocupa de resistir, sistematicamente, contra elas, a exemplo de como se conduzem os seus setores mais corporativos na defesa de seus benefícios e privilégios, ainda quando em contraponto às gritantes desigualdades de uma sociedade excessivamente estratificada. A Magistratura brasileira é exemplo recorrente. Essa, porém, é uma outra face, também emblemática, do drama maior vivido pela sociedade brasileira: o subdesenvolvimento haurido da democracia liberal, formal ou simplesmente teórica, em que se pretende liberdade sem apoio de base infra-estrutural, que possibilite seu exercício efetivo e que viabilize a participação social, como condição para a plena realização do ser humano[278] e que proteja todo indivíduo das ofensas que os outros possam dirigir-lhe.[279]

Como dito, ainda no item 1.3, desta Tese, o penhor da lealdade pessoal, ante a questão judiciária, em função da retribuição por favores recebidos, da barganha fisiológica, do enredo de vantagens sem causas justificáveis, da transformação, enfim, da dignidade humana e das relações sociais em mercadoria, constitui manifestação pervertida, embora quase sempre dissimulada de virtude, de uma cultura *underground* – sobre ser típica de um capitalismo selvagem que se não mais tolera na vida contemporânea – em que não pode florescer a paz social pretendida pelo Direito e pelo Estado que, noutros termos, a tutela. Não há, atualmente, espaço para o liberalismo econômico puro. O neoliberalismo é uma desesperada tentativa de eternizá-lo, dissimulando-o frente ao avanço e às conquistas sociais que decorrem do curso natural da História, enquanto a denominada

[276] (*apud,* Bobbio *et al*, 1991: 1227).
[277] Nota: Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem-Terra - MST.
[278] (Bordenave, 1983: 7, 17).
[279] (Bobbio, 1994: 23).

globalização mais não é do que a expansão, em escala planetária, desse regime econômico cruel. Poder-se-ia mesmo repetir, exemplificativamente, que: "Um desempregado, hoje, não é mais objeto de uma marginalização provisória, ocasional, que atinge apenas alguns setores; agora, ele está às voltas com uma implosão geral, com um fenômeno comparável a tempestades, ciclones e tornados, que não visam ninguém em particular, mas aos quais ninguém pode resistir. Ele é objeto de uma lógica planetária que supõe a supressão daquilo que se chama trabalho; vale dizer, empregos."[280] Uma análise que surpreende pela sua oportunidade e contundência em relação à situação econômica mundial. Forrester consegue desvelar e pôr à mostra as contribuições devastadoras para as diferentes economias, da política restritiva imposta pelo Banco Mundial e pelo Fundo Monetário Internacional (FMI), em escala planetária, como acima dito. Uma ameaça que espreita e atemoriza a todos os segmentos sociais, notadamente nos países periféricos.

Muito embora o povo seja, classicamente, um dos elementos constitutivos do Estado Moderno (ao qual se somam o território e o poder), tem-se que é dele que se extraem os quadros que dão corpo às instituições públicas, reflexos naturais daquele estamento de base psicológica e, pois, subjetiva. Uma tal proposta econômica neoliberal e globalizada, comandada, à verdade, por grupos de patrões ocultos e sem pátria (sua "pátria" é o dinheiro), mas extremamente poderosos, mais até que certos Estados ditos soberanos, costuma levar ao universo trabalhador, injustamente, a não mais aspirar nem se empenhar por condições mais dignas no desempenho de suas atividades e no retorno que elas lhe deveriam propiciar. As gentes passam a se defender como podem e geram uma cultura de aproveitamento e de conveniência (a denominada "Lei do Cão") que acaba servindo àquele sistema econômico em face da quase absoluta inexistência de limites éticos para toda atividade produtiva.

É, assim, razoável pensar que as expressões desqualificadoras da cidadania, exemplificativamente descritas no item 3.6, acima, somente se produzem em função de determinadas perturbações das propriedades desse mesmo Estado que se alimenta – não obstante sua retórica normativa, sempre passível de ser manipulada – do que há de mais anacrônico e injusto no que diz respeito à vida das sociedades modernas (caracterizadas pela liberdade de seus membros): a negação da solidariedade como obstáculo para o acesso de todos à isonomia política, jurídica, econômica e social em obséquio da dignidade humana.

A situação se revela, ademais, singular e tecnicamente preocupante, na medida em que os direitos sociais, no

[280] (Forrester, 1997: 11).

Brasil, justamente os últimos da seqüência histórica, tanto não sucederam aos direitos políticos quanto não foram objeto de disputa política, consoante se tem observado, de ordinário, na história dos países de primeiro mundo. De fato, tome-se o exemplo da doutrina social da Igreja que é posterior à Revolução Francesa e mesmo à Declaração de Direitos norte-americana, no século XVIII. No Brasil, porém, tais registros institucionais, que não constituem propriamente conquistas, foram introduzidos pelo despotismo pseudo-esclarecido getulista no chamado Estado Novo. Um momento particularmente favorável ao proselitismo político fascista, haja vista a total inexistência de oposição organizada, em que os mecanismos de representação partidária e sindical não se encontravam em operação. Fácil resultou ao ditador de plantão a construção da imagem de "pai dos pobres"[281], gerando a corruptela do "peleguismo" na vida sindical que, aliás, se estratificou excessivamente, e um forte corporativismo de parte do patronato, que se consolidou arraigadamente. Não sem razão, observa-se que o Governo LULA, originalmente concebido como de centro-esquerda, já em seus primeiros meses de instalação, vem refletido algo dessa realidade histórica do passado recente da República brasileira, quando, afastando correligionários históricos e permitindo a cooptação de adversários tradicionais, se insinua, agradavelmente, sobre os objetivos clássicos do neoliberalismo, fazendo por merecer o aplauso e os efeitos do mercado financeiro internacional e da grande potência norte-americana, ao mesmo tempo em que acumula a indisfarçável e penosa perplexidade de uma Nação atônita com a guinada política de seus representantes, uma vez instalados no Planalto.

Em grande parte, vêm desses desvios de rota, pelo visto recorrentes, da vida política nacional, desvios esses que apontam para uma regressão atávica em direção ao espírito do colonialismo, embora rejeitando, formalmente, o escravismo, seu maior predicamento, as razões de todo o atraso da gente brasileira. Esse embotado colonialismo é a suprema expressão da economia globalizada no caso brasileiro, em particular. Opções para a periferia econômica de fato existem, tal o que teorizou e sugeriu, por exemplo, Celso Furtado[282]. Acontece que os agentes controladores do sistema não guardam simpatia com as teses mais ao centro ou mesmo mais à esquerda, segundo a dicotomia cuja noção pacificou, hodiernamente, Norberto Bobbio.[283] Eis o móvel para o espetáculo de ambigüidades e contradições em que se transformou o Governo LULA, situado entre reivindicações políticas históricas e um já repisado

[281] (Lopez, 1987: 41).
[282] (Furtado, s/d: 59-67).
[283] (Bobbio, 1994: 42, 44 *et passim*).

cenário de pragmatismo administrativo, frustrando expectativas e esperanças de transformação social acalantadas por, pelo menos, vinte anos de campanha político-eleitoral, afinal vitoriosa. Uma vitória de "pirro", pelo que se constata nos primeiros meses de administração pública sob os domínios do emblemático Partido dos Trabalhadores (PT) e da festejada e até então não testada liderança do ex-sindicalista Luís Inácio LULA da Silva, atual Presidente da República, realçando, mais uma vez, a hipótese do "mito fundador" de que trata Chauí: "Um mito fundador é aquele que não cessa de encontrar novos meios para exprimir-se, novas linguagens, novos valores e idéias, de tal modo que, quanto mais parece ser outra coisa, tanto mais é a repetição de si mesmo."[284] A idéia do "si mesmo" pode ser correlacionada com o subdesenvolvimento econômico e político social brasileiros. De fato: "O Subdesenvolvemento é claramente funcional para a manutenção das relações de dominação que ocorrem entre as classes dominantes e as classes dominadas nos países periféricos, bem como para a relação que existe entre o *centro* e a *periferia*; mas esta última relação está perdendo importância no tocante à coincidência de interesses entre as classes dominantes dos países centrais e dos países periféricos."[285]

Conforme também descrito anteriormente nesta obra, o caso brasileiro implica uma indisfarçável harmonização de contrários que propende para um secular autoritarismo de direita, favorecido que é, em grande medida, pela tênue estratificação social de seu povo, pela ausência quase que absoluta de "nexos morais" (essenciais a uma sociedade moderna, portanto não-primitiva), gerando-se uma cultura corporativista de índole individual e agregadora de privilégios crescentes, e pela submissão mesquinha a certos dogmas do positivismo jurídico com que diversas Corporações de Ofício, entre as quais as denominadas categorias de Estado, deixam de subordinar sua razão técnica aos superiores fins do Direito e do "pacto social".[286] A disputa corporativa expandida que se gera daí não é menos incongruente do que os são os esforços de Governo no sentido de reprimir e ofuscar a capacidade do Poder Legislativo em gerenciar suas próprias atribuições institucionais de formulação dos planos normativo-abstratos para o país. Sobre isso, Nogueira: "Nesse sentido, os propósitos do governo não diferem dos propósitos das corporações de ofício que, em causa própria, igualmente, se arregimentam para pressionar o Legislativo a decidir de acordo com as suas visões localizadas e até episódicas das

[284] (2000: 9).
[285] (Bobbio *et al*: 1227).
[286] (Rousseau, 1986: 19, 21).

matérias que lhe são submetidas." Acrescentando, ainda, que: "É preciso que essas categorias, notadamente a dos magistrados, produzam uma reflexão mais cuidadosa acerca do encaminhamento de suas reivindicações, justas, talvez, em uma certa perspectiva, mas realmente indefensáveis em outras tantas. Ter consciência dos próprios limites é o primeiro esforço que deles exige a nação. Porque de profissionais se espera que sejam profissionais. Sair da própria rotina de trabalho, vergastar pruridos de insatisfação ante o porvir e, sobretudo, lutar por causas que ficariam melhor a sindicatos não parecem atitudes edificantes quando tomadas por membros de carreira de Estado."[287]

Agora, quanto à globalização, propriamente falando, tem sido dito que é dentro de um tal sistema sócio-institucional, discorrido linhas atrás, que se eleva a idéia de "globalização". Nos países periféricos um tal regime econômico globalizado, integrado, portador de conexões onímodas, reflete no processo de dominação e controle como forma de agravá-lo em face das implicações internacionais de sua essência. No confronto entre pobres e ricos e estes e os prepostos daqueles não é impensável que se descrevam a eternização de benefícios econômicos àqueles a quem o capital sempre tocou. O Poder Econômico encontrou terreno fértil na denominada globalização, por modo a imperar sobre e até mesmo contra a estrutura de valores tradicionais que possa figurar na base de sustentação histórica de determinada sociedade. O consumo transforma-se como que no único apelo do *socius* e como esse consumo depende de uma produção cada vez mais centralizada em mãos de um patronato invisível e transnacional, o resultado é que culturas e tradições falecem por falta de sentido, enquanto as identidades das nações igualmente se descaracterizam. Consoante já observara Marx, citado por Mészáros ao apontar a denominada "linha de menor do capital": "A despeito de todos os discursos "piedosos", ele (o capitalista) busca meios para impulsionar (os trabalhadores) ao consumo, procura dar aos seus produtos novos encantos, inspirar novas necessidades pela propaganda constante etc. É exatamente este aspecto da relação capital e trabalho que é um importante momento civilizador, e nele reside tanto a justificativa histórica, quanto o poder contemporâneo do capital."[288] No mesmo sentido, Sung[289], já segundo uma perspectiva de abordagem de tipo filosófico-teologal.

Globalização é uma tendência universal de buscar um mundo único, sem fronteiras, no qual todos se comuniquem

[287] (Nogueira, 2003a: 16/04, p. 2).
[288] (1989: 52-53).
[289] (1989: *passim*).

facilmente e onde a economia não dependa mais dos laços locais, haja vista ser considerada uma necessidade lógica aquela que resulta na acumulação do capital, este que não vê fronteiras nem culturas. O capital é uma espécie de pátria em si, pois o liberalismo tem uma imensa dificuldade de operar com a idéia de nação e de Estado, já que lida, como observa Hobsbawm, com duas categorias de entidade as quais representam, sobretudo, unidades mínimas de referência econômica: o indivíduo e a empresa.[290] A imensa maioria dos problemas decorrentes do crescimento econômico está, justamente, ligada a essa problemática. E é bem nela em que reside o pressuposto teórico mais proeminente para a definição do conceito que ora se examina e tema dos mais cruciais da Ciência Econômica e, por extensão, do Direito Econômico.[291] Nesse sentido, Fusfeld: "*Concentration of capital in the hands of giant corporations was promoted, which enabled the largest to become multinational in scope*."[292] Por isso mesmo que, não sem razão, a história econômica, ainda em construção, não é a história da nobreza, como sentimento, defrontando-se muita vez com o preconceito de toda espécie e outras perspectivas determinadoras das lutas e encaminhamentos nem sempre os mais justos e, portanto, nobres.[293] Parece mesmo que na base do subdesenvolvimento se acham os impasses produzidos pelos mercados em expansão globalizada, como a impedirem o avanço social e a dignificação dos povos cada vez mais premidos por políticas públicas econômicas que se voltam para a sua sangria e para a acumulação do capital, especialmente quando de tipo especulativo.[294]

Diante disso, observa-se uma expansão geral nos conceitos das próprias ciências sociais, em que uma influência tremenda advinda da Economia parece comprometer velhos parâmetros de verificação epistemológica. Com efeito: "O paradigma clássico das ciências sociais, baseado nas sociedades nacionais, está sendo substituído por um paradigma emergente baseado na sociedade global. Começam a sofrer reformulação conceitos clássicos como as noções de soberania e hegemonia, associadas ao Estado-nação como centro de poder. As novas forças que operam na atual ordem mundial, dominada pela economia capitalista de cunho neoliberal, reduzem os espaços do Estado-nação, obrigando à reformulação de seus projetos nacionais. As nações buscam proteger-se formando blocos geopolíticos e celebrando acordos sob o controle de organizações internacionais, como

[290] (*apud,* Chauí, 2000: 17).
[291] (Bastos, *et al*, 1995: 113-118).
[292] (1993: 158).
[293] (Braudel, 1986: 12).
[294] (Mantega, 1984: 96-102).

FMI, OMC, BIRD, ONU[295] etc. Ao mesmo tempo, surgem novos centros de poder que agem em todos os níveis, do local ao global, estabelecendo normas e leis nacionais que podem contrariar os interesses públicos da sociedade civil."[296]

Como visto, o fator internacional constitui a natureza própria desse conceito, bem como desse regime. Ainda como refere Vieira: "A globalização implica uma nova configuração espacial da economia mundial, como resultado geral de velhos e novos elementos de internacionalização e integração. Mas se expressa não somente em termos de maiores laços e interações internacionais, como também na difusão de padrões transnacionais de organização econômica e social, consumo, vida ou pensamento, que resultam do jogo das pressões competitivas do mercado, das experiências políticas ou administrativas, da amplitude das comunicações ou da similitude de situações e problemas impostos pelas novas condições internacionais de produção e intercâmbio." E conclui o mesmo autor: "As principais transformações acarretadas pela globalização situam-se no âmbito da organização econômica, das relações sociais, dos padrões de organização econômica, das relações sociais, dos padrões de vida e cultura, das transformações do Estado e da política."[297]

Essa tendência de globalização, a qual gera a ocidentalização do planeta, se deve principalmente ao desenvolvimento das telecomunicações: computador – ganhando o movimento da TV e do cinema; TV – ganhando a interatividade do computador; telefone/fax – ganhando imagem; satélites. Pergunta-se: como a interação desses meios de comunicação, vão alterar o panorama mundial? Para responder a essa indagação, vem se estruturando esse regime econômico globalizado cumprindo observar que "As esperanças da humanidade dependeriam da capacidade de a "globalização por baixo" enfrentar com eficácia a denominada "globalização por cima" em uma séria de arenas chaves que poderiam ser identificadas, em termos gerais, como ONU (e outras instituições internacionais), a mídia e a orientação dos Estados."[298]

Outro aspecto da globalização, aliás, já referido anteriormente, é a internacionalização ocidentalizadora da economia. Em outras palavras: concentração da propriedade dos meios de produção, ainda que os parques de produção possam vir a ser expandidos geograficamente, ante a gestão financeira dos seus negócios. Empresas se instalam em qualquer lugar do mundo onde ofereça vantagens. (Exemplo:

---

[295] Nota: Pela ordem de chamada: Fundo Monetário Internacional (FMI), Organização Mundial do Comércio (OMC), Banco Interamericano de Desenvolvimento (BIRD) e Organização das Nações Unidas (ONU).
[296] (Vieira, 1998: 72).
[297] (1998: 73, 74).
[298] (Vieira, 1998: 80).

VARIG (empresa gaúcha com escritórios em variadas cidades do mundo). O lema é a mobilidade de acordo com o mercado.

Matéria-prima abundante e mão-de-obra barata já não interessam tanto hoje em dia, assim como outros fatores. (Exemplo: Indústria Brasileira Metal Leve de componentes de motores instalou-se no centro dos EUA (Georgia) devido a fatores como maior produtividade e maior proximidade do mercado mundial. A maior produtividade se dá pelo emprego de um pessoal mais competente e esclarecido. O retorno financeiro resulta da equação mais dólares/unidade de mão de obra. (Ex.: se produzo com x opErários e no Brasil esses opErários custam US$1.000,00, mas produzem US$10.000,00, nos EUA os mesmos x opErários custam US$5.000,00, mas rendem US$20.000,00).

O lema se constitui também na lucratividade – qualidade –, na tecnologia – inovação – e em decisões estratégicas de mercado. Nada mais que se vincule ao sentimentalismo de laços locais, à afetação telúrica, aos valores e tradições locais. Vale uma língua instrumental, padrões de comportamento reconhecidos globalmente como válidos e não mais as singularidades do torrão.

A humanidade toda, compreende-se, tem orgulho nacional, regional, municipal. Todos miramos, de algum modo, nossas cidades, nossas vizinhanças, famílias e costumes. A internacionalização da economia, no entanto, veio a enfraquecer esses sentimentos, essa perspectiva afetiva no favor do que se supõe como profissional e impessoal. Como resultado observa-se, naturalmente, a perda crescente dos laços locais, das tradições e das culturas, dos sentimentos de todo e qualquer nacionalismo. Há uma repulsa visceral ao etnocentrismo. Entretanto, buscar um mundo único sem fronteiras não está ocorrendo devido justamente a diferenças étnicas, culturais e religiosas que, muitas vezes, geraram, como geram, guerras e deixaram, como deixam, sentimentos de nacionalismo muito arraigados, expressos, às vezes, por meio de violência individual, grupal ou mesmo institucional. O Oriente Médio é palco de exemplos marcantes nesse sentido. Mesmo na Europa está ocorrendo, ao contrário do espírito e do sentido da União Européia[299], uma fragmentação dos seus países, especialmente os da Endoeuropa e do Leste Europeu (Exemplo: Região da antiga Yugoslávia e a ex-União das Repúblicas Socialistas Soviéticas).

Os países se fragmentando vão ficando menores e menos fortes. Empresas multinacionais vão ficando mais fortes e tomam decisões em direção à globalização da economia. A situação se agrava quando esse regime acaba se substituindo aos Estados na fixação das políticas públicas e dos regimes

[299] (Soder, 1995: 13, 95 *et passim*). Nota complementar: No mesmo sentido, o Tratado de Maastricht, de 07 de fevereiro de 1992 (Soder, *op.cit.*: 56, 57).

legais e administrativos prevalecentes. É precisamente nesse ponto em que um ambiente de crise mais se destaca, como ocorre no Brasil, país periférico, em que pouco de soberania tem se observado nos últimos tempos. Se durante o regime militar a sujeição política era administrada algo veladamente, no atual regime de democracia formal a sujeição parece, de toda sorte, explicitada, muito em função do estado de "anestesia cívica" em que se encontra o povo e as instituições, tudo que desenha, desse modo, um perfil de marasmo que se vai cultivando no país. É como se a gestão governativa do Brasil, em que pese a instituição pseudodefensiva do Mercosul (economia de bloco do cone sul-americano), estivesse sendo estruturada à distância, tanto quanto participe ao conceito de globalização. E as defecções do sistema jurídico interno, dentro do qual se encontram a Organização Judiciária e o Poder ao qual essa Organização se refere, operam, crescentemente, na proporção direta dessa conjuntura geopolítica e econômica.

Com o aumento da dependência e as baixas taxas de crescimento observados no Brasil, aumentam-se os graus de endividamento progressivo e se eleva a iliquidez do sistema econômico nacional, em que pessoas e empresas são largamente sufocadas, gera-se, naturalmente, o que Celso Furtado chamou de "risco de ingovernabilidade", haja vista o desequilíbrio macroeconômico que de tal situação de descreve. Como afirma o autor: "Se somos cada vez mais dependentes de recursos externos, qualquer choque na conjuntura internacional poderá Ter conseqüências desestabilizadoras, com projeções políticas. A instabilidade macroeconômica potencial aponta, portanto, para a ingovernabilidade."[300]

As empresas querem se manter ativas 24 horas ao dia. Utilizam o marketing para se adaptarem às culturas locais e investem no diferencial do *design* do produto e da estratégia do negócio. A marca Coca-cola, por exemplo, não reflete mais somente um produto: constitui-se em uma autêntica instituição cultural e sua propaganda, por vezes subliminar por vezes nem tanto, arrasa gostos e texturas locais, elimina a concorrência local pelo simples fato de que elimina a cultura, substituindo-se a ela. As empresas *top* na concorrência têm capacidade de colocar no mercado produtos novos e inovadores devido ao investimento que estas empresas fazem no *design*. Uma propaganda institucional acaba vencendo resistências culturais, como visto, e uma cultura do descartável ao mesmo tempo se eleva.

Por isso o governo está investindo e estimulando a inovação e o *design*. Ele quer formar cada vez mais pessoas nesta área para tornar o Brasil um país diferenciado.

[300] (Furtado, 1998: 73, 74).

Acontece que esse "diferenciado" tem sido entendido como descaracterização do patrimônio nacional, da cultura interna. Já uma indisfarçável miscigenação tem produzido, antes do que democracia étnica, autêntica perda de identidade.

A economia atinge a vida de todos e torna-se necessário interpretá-la para entender o presente e o futuro.

Ao se falar em globalização dentro da economia, pode-se classificá-la em: globalização financeira e globalização produtiva. As poupanças não utilizáveis são centralizadas no setor financeiro para emprestar às empresas que estão fazendo investimentos mesmo quando de caráter especulativo.

Globalismo será uma novidade ao capitalismo ou uma característica intrínseca do capitalismo. Essa perspectiva é, todavia, controvertida na doutrina econômica. Globalismo parece ser um fenômeno novo dentro do capitalismo internacional e, este, mais não é do que o domínio das economias desenvolvidas: EUA, Japão, Comunidade Européia etc.

O Judiciário é chamado, pelo conjunto de seu aparelho, a um compromisso inadiável com o sistema jurídico interno para evitar que a globalização destrua de vez as perspectivas de soberania e liberdade que a transnacionalização da economia possa produzir, segundo a sua própria natureza, não permitindo que se globalize unicamente a pobreza (exclusão social de crescentes segmentos) no detrimento dos bens da vida a que todos têm direito desfrutar.

Destruir a demagogia opressora – pelo Direito e pela Justiça – é o plano a que cumpre executar um Judiciário de tipo moderno, atuante e, acima de tudo, acreditado pelos seus destinatários, não pelos seus fomentadores de ocasião para quem a conquista de agentes públicos e das próprias instituições de Estado acaba funcionando como um especial argumento de consumo e de acumulação com que se realimenta o sistema capitalista globalizado e em crise.[301] E, contrariando os próprios fundamentos de um Direito Público Econômico, tem-se como verificável que, em condições que tais, nenhum planejamento surtirá o efeito merecido e, tanto por isso, esperado em face dos argumentos de uma Ordem Econômica que concentra riquezas, exclui amplos segmentos da possibilidade de usufruírem de seus benefícios e se mostra de todo modo autofágica. Enquanto o Brasil não estabelece uma "convenção de menor risco" com o FMI, por exemplo, o país vai sendo sangrando via introdução de políticas públicas e controles fiscais confiscatórios e

[301] (Singer, 1991: 57, 73).

impatrióticos, posto que antinacionais. Nesse regime, pois, não há "plano-lei", no sentido que lhe confere Fonseca.[302]

Finalmente, no limiar do século XXI, as comunicações tendem a unir os povos por laços cada vez mais estreitos e indissolutos. A tecnologia, especialmente a tecnologia da informação, abre novas possibilidades de conhecimento e criatividade, enquanto os mercados penetram todos os espaços sociais. Em contraste com o decênio passado, a economia da maioria dos países periféricos, especialmente os da América Latina e Ásia, voltou a crescer de algum modo.

Todavia, tal crescimento, justamente em face do espectro de dominação política que por trás de sua contingência se esconde, ao invés de suscitar esperanças para todos, indistintamente, deixa, induvidosamente, multidões à pobreza, quando não à inteira miséria. A possibilidade de participação no processo de construção de um destino comum de paz e de satisfação fica, irremediavelmente, comprometida nos países periféricos, objetos da dominação acima reportada, porque os mercados, ali, avançam no sentido de ameaçarem a identidade cultural de povos e nações, acabando por destruírem até mesmo os recursos naturais disponíveis nessas regiões do planeta em que habitamos. Daí a autofagia do sistema. Uma manifestação egoística que de todo o modo acabará voltando-se contra si mesma. Calcula-se, otimisticamente, que na América Latina de hoje exista um contingente de 180 milhões de pessoas vivendo na pobreza e que mais 80 milhões estejam simplesmente sobrevivendo na miséria.

Os dinamismos econômicos que produzem esses efeitos perversos tendem a se converte em ideologias, supremo mal quando absolutizam conceitos, como o de mercado, pretendendo com isso impor novas perspectivas até mesmo epistemológicas para a Ciência Econômica, para o Direito Econômico e para as Ciências Sociais como um todo. De instrumento útil e até necessário para elevar e melhorar a oferta de bens e de serviços, reduzir preços etc., o mercado passa a ser o meio, o método e, até, o fim em si mesmo que acaba governando as relações entre os seres humanos, grupos e instituições públicas e privadas. Uma autêntica inversão de valores em que a ética dos resultados precede à ética dos valores tradicionais, pelo que também são geradas deformações de caráter quase nunca perceptíveis e, quando percebidas, silenciadas para que todos possam se locupletar de forma a mais estulta e conveniente, no pior dos sentidos que essa palavra possa exprimir. Todo especulador financeiro afirma categoricamente e sem o menor escrúpulo que sua atividade é aética. Se os mercados dependem da especulação para produzirem lucro, os mercados

[302] (1995: 217, 218).

também são aéticos. Esta é a raiz do problema moral gerado por uma Ordem Econômica globalizada e que descamba para toda a Ordem Social e Política dos países submetidos a um tal concerto de acidente, melhor intuído como de dominação para se contrapor a umas ordens de fato libertadoras.

Se se pretende alinhavar critérios neoliberais, fundamento político do hodierno regime de globalização, que sintetizem as práticas de controle e dominação ora exame, podem ser descritas, dentre outras, as seguintes características:

---

1 – O crescimento econômico, e não o pleno desenvolvimento de todas as pessoas, em harmonia com o *socius* e com a própria natureza, é considerado a razão mesma de ser da economia;

2 – Tende-se a reduzir a intervenção do Estado nos domínios econômicos, até despojá-lo de sua responsabilidade garantidora do uso e fruição dos bens e serviços básicos que todo cidadão tem por direito universal receber, haja vista que a dignidade humana prescinde de quaisquer condicionantes e relativismos;

3 – Eliminam-se os programas destinados a criar oportunidades para todos e, em seu lugar, oferecem-se ajudas pontuais e, pois, discriminatórias e paliativas, a grupos determinados;

4 – Privatizam-se as empresas estatais, baseando-se, unicamente, no critério de que o Estado é sempre um "mau administrador", outra visão sectária de um tal sistema;

5 – Abrem-se, sem restrições, as fronteiras para mercadorias, capitais e fluxos financeiros, mas, ao mesmo tempo, deixa-se sem a devida proteção os produtores menores e mais fracos, justamente aqueles que, no conjunto, mais produzem e criam empregos;

6 – O problema da dívida externa é ignorado ou não recebe o tratamento adequado, como auditagens em profundidade para uma justa medição do seu perfil, e seu pagamento obriga a reduzir drasticamente os investimentos sociais, quando não os anula de todo;

7 – A complexa gestão da economia nacional limita-se a tarefas de ajuste de variáveis macroeconômicas como, por exemplo, equilibrar o orçamento fiscal, reduzir a inflação e estabilizar a balança de pagamentos, como se disso dependesse todo o bem comum, e sem que haja também a preocupação com os novos problemas que esses ajustes criam para a população e que o Estado deveria, por definição político-normativa, levar em consideração;

8 – Supõe-se que esses ajustes produzirão um forte crescimento, elevarão os níveis de renda e, assim, acabarão resolvendo a situação dos mais necessitados;

9 – Para estimular os investimentos privados, eliminam-se os 'obstáculos' legais internos que protegem os

trabalhadores e o sistema social, mas desfavorecem a tais investimentos;

10 – Os grupos poderosos são liberados de cargas tributárias, gerando-se autênticas "guerras fiscais" entre entidades tributárias, e de obrigações relativas ao meio ambiente, afrouxando-se também as reservas técnicas para as importações que são feitas sem quase critério algum (sem uma contrapartida para as eventuais exportações), sendo tais grupos protegidos amplamente de modo a que seja acelerado o processo de industrialização, provocando uma concentração ainda maior da riqueza e do poder econômico, bem por isso;

11 – A atividade política põe-se a serviço desse tipo de economia chamada "livre", mas que de liberdade tem muito pouco mesmo, pois que suprimindo-se todos os supostos obstáculos que dificultam, em tese e também na prática, o exercício do livre mercado, a dizer, da livre exploração; por outro lado, introduzem-se controles políticos e sociais, por exemplo, para a livre contratação de mão-de-obra, garantindo-se em conseqüência hegemonia desse mesmo mercado sobre todas as demais agências de decisão no espaço da sociedade politicamente organizada; não por outra causa é que vozes se elevam, no presente instante da vida política nacional, pela eliminação do Tribunal Superior do Trabalho, pois de sua competência constitucional normatizadora poderão vir a ser resgatados alguns parcos mecanismos de proteção do salário, como a indexação diante das crescentes taxas inflacionárias que uma propaganda enganosa sobre os efeitos prodigiosos de uma moeda milagrosa (Real) jamais foi capaz estancar;

12 – O jogo político espraiado por influência da economia de mercado é, pois, um jogo de dissimulações, diante das relações pouco respeitosas que se estabelecem entre as diversas ordens da sociedade integrada ao regime da globalização.

Dessa forma, os benefícios de uma economia absolutamente livre de mercado, sem a presença ativa de uma permanente vigília do Estado sobre os efeitos perversos e anti-sociais que por natureza tende a produzir, acaba defenestrando o pouco de benefícios que uma tal economia seria suposta propiciar. A dizer, eventuais benefícios acabam anulados pela expansão de notórios malefícios que pouco nada revertem. A idéia do Estado paquidérmico foi substituída pela idéia de total ausência de disciplina pacificadora da vida em sociedade. O Direito Positivo ultima por perder a sua referência essencial de trato normativo, porque as regras de convivência são justamente aquelas que as conveniências de mercado estabelecem ou simplesmente toleram.

Portanto, eventuais aspectos positivos da economia de mercado absoluta estão longe de compensar os desequilíbrios

e perturbações que o assim chamado "neoliberalismo" provoca e que se manifestam na concentração da renda, da riqueza e da propriedade da terra e dos demais bens mobiliários. Também na multiplicação das legiões urbanas de desempregados e rurais de sem-terra ou de grupos humanos outros cuja sobrevivência é devida à caridade de alguns, e menos do próprio Estado, ou, ainda, quando muito, por recurso de empregos instáveis, economia informal e ocupações pouco produtivas. É comum observar, modernamente, o Estado ser, freqüentemente, substituído, mediante instituições privadas, grupos e pessoas nessa tarefa inadiável de propiciar ao cidadão a própria subsistência. Lamentavelmente, esses esforços são inglórios e o que se observa, em contrapartida, é a explosão da violência, da criminalidade, da corrupção, em especial, e da quase que total ausência de segurança e Justiça para todos e para cada um. O pior é que a sociedade não consegue transpor as barreiras impostas pelo Poder Econômico que lhe evita o acesso à educação e à capacitação políticas, pelo que o povo poderia assumir as rédeas de seu próprio destino. Não sem motivo é que os corpos legislativos e, por sua influência, os corpos judiciários, vem sendo ocupados, permanentemente, por ferrenhos defensores desse sistema de exclusão social e econômica. O exercício do voto tem se revelado, em países como o Brasil, uma moem umental pilhéria, dado que pouco caso se lhe dá à sua importância política, histórica e social, como convém a uma autêntica democracia e que não seja simplesmente de papel ou formal.

Na mesma linha, observa-se também que os bens tradicionalmente submetidos à concorrência das comunidades vem sendo largamente excluídos da concorrência de mercado aberto e substituídos por outros vindos dos grandes centros, pelo que se opera uma rotação em direção ao comércio de bens e serviços ilícitos como o narcotráfico, a pistolagem e a venda de proteção armada. Qualquer semelhança com a Máfia siciliana do início do século talvez não seja mera coincidência... Afinal, quem sente fome e insegurança cuida buscar o remédio para esses males de qualquer forma. Quando a barriga "ronca", o cérebro não atua. Quando a insegurança e o medo investem contra a serenidade, busca-se alcançar alguma tranqüilidade e paz interior (se é que isso seja possível) por meios heterodoxos, como a "Justiça" de mão própria (justicialismo), por exemplo.

Enfim, o aumento do mal-estar social é a referência mais característica do avanço da globalização sobre os países periféricos, como o Brasil. A luta armada volta a ser considerada, menos como um anacronismo marxista-leninista e mais como uma alternativa factível ao poder, ainda que pareça uma solução paroxística e que pouco tenda a resolver os problemas, efetivamente.

Tudo, porém, para declarar uma já inadiável oposição a uma forma de orientar a política econômica que, longe de proteger e promover o bem comum e o bem-estar social, aprofunda as causas tradicionais do descontentamento popular e também das camadas mais esclarecidas e retas da sociedade: desigualdade, miséria e corrupção ou, ainda, subdesenvolvimento, dependência e marginalização. Sobre isso: "A primeira distorção, comum a todos os países latino-americanos, e que abrange também outros países do Terceiro Mundo mas que apresenta semelhanças significativas nas regiões subdesenvolvidas dos países capitalistas não dominantes, como a Itália[303], se caracteriza por uma expansão excessiva e prematura do setor terciário. A classe média "dos serviços" constitui a parte mais relevante da população ativa destes países[304], sem trazer contribuições significativas para o desenvolvimento econômico, e sim colocando-se como barreira ou tampão entre os setores da burguesia industrial, integrados no sistema capitalista mundial[305], e as classes populares em processo de marginalização."[306]

Em uma síntese apertada, pode-se referir, claramente, que o quadro retórico em que o Judiciário brasileiro se acha implantado, como corolário de toda a desestrutura social em que exercitamos a pátria e a cidadania neste país, freqüentemente sugere que em seu sistema não se vejam falhas, a exemplo do que se segue ilustrado, mediante as eternas falas desse próprio corpo funcional, tiradas do discurso "em causa própria" da imensa maioria dos juízes nacionais, especialmente daqueles que, de uma forma ou de outra, foram elevados aos postos de maior relevo institucional na hierarquia desse sistema.

Essa postura, no entanto, corporativa por natureza, não parece refletir os anseios sociais de uma gente que sofre e pouco ou nada pode fazer no intuito de sua emancipação individual e coletiva, apesar de reunir sobre si a titularidade do poder político.

A Ordem Jurídica que é marco da civilização humana parece operar pouco do muito que deveria em face de sua própria teleologia institucional. A estrutura não se exaure por si mesma, nem encontra justificativa filosófica quando distanciada de seu tônus funcional, para servir de álibi aos propósitos que se não reconhecem como válidos, mas que são reclamados, às vezes por razões de Estado, como necessários.

---

[303] Nota: A questão do subdesenvolvimento localizado em regiões da Europa está, hoje, relativamente superado, ante a expansão integradora da Comunidade Econômica Européia e o advento de sua moeda comum: o Euro.
[304] Nota: A categoria dos Juízes está aí naturalmente incluída.
[305] Nota: Ou "globalização".
[306] (Bobbio *et al*: 1228).

Toda resistência contra essa espécie de desvio espraiado em grande medida na letargia social que se alimenta da miséria humana tem cedido no cenário nacional a um sem-número de imposturas e dislates que afastam a convivência do ideal de Justiça por que todos deveríamos lutar sem pejo; e acabam por fazer merecer os postos de evidência àqueles que, noutras circunstâncias de maior participação político-jurídico-social e econômica, não teriam como ascender.

Por mais elevada e intangível que seja a concepção acerca do Poder Judiciário, sua realidade no Brasil contemporâneo não se afasta daqueles modos de manifestação subversiva do ideal democrático, dado que se acentua à falta de cabal aprimoramento de sua estrutura (que não se pode simplesmente transferir à responsabilidade de outros segmentos poder político) e, ao que infaustamente se tem revelado como mais significativo, embora jamais confessado e sempre dissimulado, à falta de vergonha e de sensibilidade de muitos dentre os seus membros. Pode-se dizer mesmo que um certo discurso sobre a ocorrência de uma "minoria canalha" é cínico, pois o ambiente social estabelecido quase que como que só lhe favorece. Um suposto crítico tirado da observação participativa desse cenário traduz-se em suporte dessa verificação.

Estando entre os juízes durante mais de duas décadas, pôde o autor verificar que muito se tem de fazer desde o próprio ventre dessa casta de condestáveis, em meio da qual pululam atitudes no mínimo pusilânimes que deslustram, sem risco de reversão, no curto e no médio prazo, a excelência conceitual da função judicante. Despindo-se de suas vestes talares para descerem ao embate rasteiro de idéias pouco ortodoxas e de metodologias incomuns, muitos juízes acabam degenerando a própria condição. Com efeito, ninguém mais duvida que eles sejam capazes de se organizarem em *lobbies* poderosos (tarefa estranha ao papel comum que exercem) para rechaçarem, perante outros poderes, aquilo que, corporativamente, entendem como pernicioso à permanência de seus privilégios. Uma recorrência justificada tão só nos direitos do povo relacionados ao governo honesto, fora do que toda tarefa resulta elitista, enquanto ateste o estado de atraso em que nos encontramos nesta quadra da vida nacional. Esse atraso se agrava quando situações realmente dramáticas acabam ocorrendo no cotidiano da vida funcional do Judiciário com repercussão na sociedade, quando, por exemplo, o Executivo tem a última palavra em torno de seus interesses conjunturais (afinal, esse poder faz as indicações de juízes e ministros dos Tribunais), o fraco tem de enfrentar uma burocracia kafkiana perante os órgãos da Administração da Justiça e os poderosos, quase sempre assistidos por advogados (além de outros profissionais...) muito bem relacionados com os juízes, acabam obtendo

favores legais impensáveis noutras circunstâncias. A rotina de morosidades, por outro lado, se constitui talvez em mal menor quando não se reúna ao espírito as condições para o exercício nobilitante e sério da função julgadora. Assim, deixa-se de decidir toda matéria que se sabe querer decidir de uma certa maneira não tão razoável, ou por que simplesmente não se percebe a irrecusável responsabilidade de honrar os compromissos assumidos, passando a traduzir-se o cargo em mero emprego de subsistência. Outrossim, alargou-se mesmo a impressão de que o poder do juiz brasileiro é um poder de fato medíocre, pois está simbolicamente jungido à missão de colocar os "ladrões de galinha" na cadeia. A leitura dessa metáfora pode ser feita da seguinte forma: "Julgo aquilo que me convém."

Como se pode perceber, finalmente, os entornos dessa crise institucional são, substancialmente, éticos.

Que a diagramação desse contexto social, algo "tropicalístico", sirva ao propósito de cristalizar a reflexão em torno de um assunto ainda mítico, se considerados os interesses em choque, produtores de estados de risco, pois que de outra forma, ainda que sujeita a críticas, não se concebe a possibilidade de avanço nos estratos da cidadania, bem por isso em uma saudável e justa Ordem Econômica da qual se possam extrair Justiça distributiva como também e, sobretudo, retributiva.[307]

Enfim, a cidadania brasileira, sob a influência do regime de globalização e instrumentalizada por um Poder Judiciário que desserve à causa do Direito Positivo, tomando-o, constantemente, como uma prática política, limita-se às detenções e às definições do possível lógico que o Poder Econômico, afinal, determina. Neste sentido, para arrematar, Stammler: "*Vemos, pues, claramente que es indispensable apoyarse en normas jurídicas fijas. Ni es possible tampoco, idudablemente, que la actuación judicial se reduzca a un puro praticismo. Todo juez obra movido por una fundamental orientación de caráter general, que inspira sus fallos, aunque a veces él mismo no tenga clara conciencia de ello.*"[308]

[307] Nota: A idéia de Justiça Distributiva é de efeito geral e refere ao conjunto das virtudes e dons que devem ser atribuídos, retamente, às pessoas, conforme seus predicados. Rompido esse equilíbrio, cabe um exercício compensatório, ou retributivo, em favor dos que sofreram os revezes do rompimento. Dessa forma, a idéia de Justiça Retributiva é corolário da própria realização prática e, eventualmente, forçada, ou por meio judicial, da Justiça Distributiva.

[308] (1980a: 8, 9).

2.1 Razão e Autoridade

A idéia acerca da razão, como dínamo tipicamente humano que perscruta, avalia e compreende, pode ser tomada em duas acepções: aquela (a) que refere ao plexo de faculdades tipicamente humanas capazes de propiciar ao indivíduo transcender de sua própria existência, mediante o discernimento calculado ou especulativo; e uma outra (b) que diz respeito às justificações que podem ser associadas a algum objeto do conhecimento quer seja natural, cultural ou filosófico e até mesmo metafísico. Nesta última acepção – justificativa –, razão é igual à causa ou motivo, pelo que se deduz que a razão de decidir é a justificação válida (racional) do decidido.

Desde a Antiguidade Clássica, reverenciada pela historiografia como o desabrochar da cultura ocidental, observa-se uma recorrente preocupação com a explicação racional dos eventos da natureza, da condição humana bem como do *socius*. Ali o pensamento mítico (*mythus*) cedeu às explicações racionais (*logos*) e a razão assumiu seu lugar ante a crença na formação do pensamento e na construção do conhecimento. Do mesmo modo, a objetividade adquiriu a feição que ainda hoje vergasta, mediante a inclusão da idéia de autoridade[309] e da capacidade universalizadora dos objetos do conhecimento, sobre a subjetividade, o enunciável sobre o *a priori*, a *episteme* (o plenamente conhecível) sobre a *doxa* (o saber incompleto).

Etimologicamente, a palavra latina *ratio* remete aos termos gregos *nóon, nóou* (forma contrata *nous*) e *logos*, que derivam dos verbos *noéin e légein*. O substantivo *nous* significa 'intelecto, mente, razão, apreensão intelectual, ato de pensamento' e também 'sentido, desígnio e propósito'. O verbo *noéin* significa 'ver, perceber, apreender, pensar, refletir, querer dizer'. O substantivo *lógos* comporta vários sentidos, tais como 'cômputo, conta, medida, relação, correspondência, proporção matemática, regra, norma, argumento, fundamento, fórmula, definição, pensamento, raciocínio, razão'. E também, por extensão, 'relato, prova, frase, debate, diálogo, tema, fala,

[309] Nota: Há muitas formas de autoridade. Uma autoridade pode ser, por exemplo, o professor, o padre, o médico de família, o pai, a mãe etc. No campo do Direito, igualmente, diversos são os matizes que encontra esse conceito ante as diversas situações que podem ser juridicamente denotadas. Uma dessas situações é defnida pelo exercício do poder de interpretar como será discorrido no item seguinte desta Tese. Por enquanto, deve ser sublinhado que o sentido jurídico essencial para o conceito de autoridade repousa, modernamente, no poder de Estado e será, esse exercício, tão mais autorizado quanto legitimado (aceito) pela comunidade jurídica para a qual seus comandos são editados e dirigidos.

linguagem'. O verbo *légein* significa 'recolher, reunir, escolher, eleger, contar, eem umerar, dizer, chamar, denominar, significar, querer dizer'.[310]

Além do sentido técnico com que é empregada em ciência e em filosofia, a palavra "razão" comporta vários outros significados em que se explicita seu conteúdo semântico. Seriam, dentre outros, os seguintes:

1. A razão como característica da condição humana, quando se define o homem, por exemplo, como animal racional, ou se diz que alguém está no uso da razão ou a perdeu;
2. Atitude justa ou posição correta que justifica: estar com a razão;
3. Motivo ou causa, a razão de determinado acontecimento, conduta etc.;
4. Princípio ou fundamento, a razão pela qual as coisas são como são ou ocorrem os fatos desta ou daquela maneira;
5. Expressão ou exposição dos motivos e fundamentos, tal como se formula, por exemplo, nos 'arrazoados' advocatícios;
6. Justificação ou explicação, quando se apresentam as razões de alguma coisa;
7. Informação ou notícia, no sentido trivial; 8) relação de duas quantidades, razão no sentido matemático;
8. Razão como raciocínio.

Os vários sentidos da expressão, analógicos e não equívocos, incluem três notas principais: a) referência ou alusão a uma instância objetiva, a realidade na qual a razão deve estar inserida; b) conexão, relacionamento, enlace causal, nexo ou vínculo, entre realidades ou entre o sujeito e a realidade; c) posse de si mesmo, estar de posse ou no uso da razão, ter razão, idéia a que se contrapõe a de alteração ou alienação–posse da realidade, apreendida em suas causas ou fundamentos, por meio do *logos*, que capta as conexões entre as coisas.[311]

De seu turno, a relação comando–obediência, em si carregada da "autodisciplina do elemento originador da história" de que fala Whitehead[312], é o que justifica a noção de autoridade. Esta, por sua vez, está baseada em duas variáveis que refletem a igual supremacia do fato sobre o pensamento: força e razão. A autoridade–força remete à perspectiva vinditária; a autoridade–razão reporta às formulações mais elaboradas do espírito humano para satisfazer–se a si próprio na convivência social. Todavia, sendo histórica a razão, porque dialética na convergência

[310] (*Mirador Internacional*, 1976: 9613).
[311] (*op.cit.*: idem).
[312] (1988: 1). Nota complementar: Mais adiante, o autor esclarece que a "função da razão é promover a arte da vida." (*op.cit.*: 3).

dos acontecimentos humanos, toda autoridade reúne sobre si mesmo um substrato de razão, distinguindo-se, porém, seus os graus de aplicação utilitária, consoante se apresente, no espaço histórico, como mais primitiva ou "natural" (tendendo à supremacia da força) ou como mais elaborada ou "dialética" (tendendo à supremacia da própria razão).

O Direito, como técnica de regulação da vida gregária, ou como "sistema de limites, fruto da racionalidade"[313], traduz, em um sentido, o *feedback* para o exercício de toda autoridade baseada na razão, que possua, pois, natureza racional. De fato: "*Law has often been defined as a historically and socially determined compulsory order. At different times and in defferent cultures law has, however, been understood in very different ways. In Western thinking, law has sometimes been considered to be, by its nature, an institutional power order. Then, either the concept of power itself or, otherwise, law as an institutional instrument of powoer has been in the centre of attention. This way law has been dealt with, above all, by social and state theories.*"[314]

Razão e autoridade consubstaciam um item da pesquisa constante desta Tese, a qual pretende descrever uma das diversas expressões para a idéia e para a finalidade da razão, no caso prática[315], bem como de sua limitação no plano jurídico, no político e no social.

A história da razão prática remonta a tempos primitivos. A história da razão pura, ou especulativa, é mais moderna, pois coincide com a história da própria civilização. Sua crítica, porém, é devida, sobretudo, aos Gregos, na Antiguidade, mediante o aparecimento dos primeiros critérios e métodos de investigação e descoberta. Disso resultou que a razão especulativa transcendeu de seu caráter puramente intuitivo e isolacionista para medrar e produzir sistemas até que uma perfeita integração entre os dois modelos racionais (especulativo ou teórico e prático

[313] (Machado, 2000: 15, 17). Nota complementar: Convém destacar que a noção de racionalidade corresponde a um dos pilares filosóficos da denominada "pós-modernidade", a qual se traduz como o conjunto das conquistas humanas associadas a uma perspectiva real de participação social em seus resultados, ou seja, o ambiente social das sociedades pós-industriais (Apostolova, 1998: 25).

[314] (Aarnio, 1997: 19).

[315] Nota: A razão prática ou racionalidade prática (intrumental) é a que resulta do emprego de ações da experiência aplicada e se distingue da razão teórica ou racionalidade teórica, posto que neste caso a razão se ocupa de puras crenças ou formulações mentais *a priori*. Ambas as perspectivas, outrossim, implicam escolhas e, por isso, referem as habilitades intelectuais, expressas por meio da linguagem, capazes de distinguir o ser racional dos demais viventes. É de se ressaltar, outrossim, que essa dupla noção, teórico-prática, persegue a idéia geral de Justiça, como intuição de cada um e como acepção ético-moral tendente à experiência histórica.

ou metodológico), finalmente, propiciou o enorme avanço tecnológico observado nos últimos cento e cinqüenta anos.[316]

O exercício da autoridade sofreu, naturalmente, a influência de tal evolução, passando a ser repercutido como objeto dos saberes sociais aplicados, a exemplo do Direito e da Ciência Política.

Esse exercício, suporte da relação comando-obediência, está concentrado, hodiernamente, na instituição estatal, seja por vínculos de centralização, fiscalização, controle e monopólio. Ao Estado, pois, compete gerenciar a disciplina jurídica e, por meio dela, o uso aplicativo da força, pressuposto desse exercício, o qual, na prática, pode assumir feição de violência: violência autorizada, institucional ou legal. Aliás, a idéia de força, como manifestação concreta, não pode estar dissociada da idéia do poder. O poder pode ser, noutro sentido, legítimo ou ilegítimo, conforme corresponda aos parâmetros normados para as expectativas do *socius*. Ao contrário, o arbítrio, que é a violência não autorizada, o poder fora dos limites de sua atuação legítima, é justamente por isso contrário ao Direito e se traduz como um contra-conceito jurídico, uma antinomia acerca da dinâmica do próprio Estado que o promove – o Direito – como forma de realização da disciplina jurídica, dissimulando, embora de modo aceitável, haja vista sua institucionalidade, a dominação social e a construção ideológica dessa realidade. Por isso mesmo, é natural que a obediência nem sempre decorra de processos sociais pacíficos no sentido da inexistência de algum tipo de resistência, normalmente também institucional. A inconformação e a luta são marcas bem significativas da história da humanidade e devem ser sempre consideradas. Nesse contexto histórico de resistências surdas ou ativas não há espaço para neutralidades, pois o Estado, igualmente dentro da sociedade e enquanto veículo de consubstanciação da Ordem, atende, prioritariamente, aos interesses vergastados pelas classes dominantes, muito embora representadas nas pessoas de prepostos que militam na classe política, ante o sistema representativo. O jogo de dissimulações ideológicas se agrava, ante a crescente complexificação do Estado, enquanto estrutura dotada de múltiplas funções, muito embora "o fato de viver em sociedade torna indispensável que cada um seja obrigado a observar certa linha de conduta para com o resto."[317] Disso resulta a justificação para que a sociedade imponha, imperativamente, os seus preceitos àqueles que intentam se rebelar contra os mesmos, ou simplesmente os ameacem de violação.

[316] (Whitehead, 1988: 20, 21).
[317] (Mill, 1991: 117).

As leis gerais de regulação da vida social refletem, pois, a óptica dos grupos ocupantes das esferas de direção estatal, notadamente os que se encarregam da distribuição da Justiça e do emprego da ação fiscal do Estado. A própria divisão do Estado em uma estrutura tripartite de poderes políticos que devem ser atuados harmonicamente ilustra e facilita essa compreensão. Com efeito, "as funções clássicas de executivo, legislativo e judiciário complementam-se, em tese, e formam um monobloco para o direcionamento dos destinos dos membros da comunidade."[318]

De todo modo, a autoridade é exercício sem o qual não se teria como cogitar da efetividade da Ordem Jurídica e, por meio dela, da realização do próprio Estado.[319] Com efeito: "Será uma das características do racionalismo pressupor uma perfeita homogeneidade e correspondência entre a razão, entendida no sentido lógico-matemático, e o real, considerado em sua totalidade."[320] Acontece ser justamente por isso que, da correlação entre o exercício da autoridade e a observância sincrônica da Ordem Jurídica, se descrevem os graus de verificação – para mais ou para menos – da racionalidade internada no sistema.

Sobre o mais, há também uma clara relação dialética entre o conhecimento humano e a sua capacidade material associada a uma disposição moral para realizá-lo. Neste contexto, exsurge a necessidade da institucionalização do poder, mediante a organização estatal, de modo que o indivíduo seja compelido a cooperar para a realização do bem comum, em si uma construção racional. Nesse sentido, Francisco Suarez, a grande figura da Contra-Reforma Católica e da Escolástica: "*the correct exercise of state power and correct justice is the same as seeking one's way to that which is rational.*"[321] Portanto, a razão que interessa para forjar o exercício de toda autoridade, para conferir-lhe maior taxa de legitimação, ante os vínculos de obediência e subordinação que se devem pressupor de um tal exercício, é, por isso mesmo, a razão dialética, também conceituada como histórica, de acordo com o que acima foi mencionado bem como no sentido da dupla "harmonia" cosmodinâmica e social lembrada por Aarnio: "*both the cosmic law and the laws of society are thought to maintain harmony determining the normal course of events as well as*

---

[318] (Borges, 1993: 107).

[319] Nota: Não basta que o Estado exista e que tenha profligado um Ordenamento Jurídico que o uniformiza e unifica em sua estrutura de poder. É sempre necessário que suas normas internas possam sofrer observância, dado que se traduz por efetividade. A validade Ordem Jurídica, assim, depende, na visão clássica e positivística de Kelsen (*Teoria Pura do Direito*), de um mínimo de eficácia. Uma visão mais abrangente, porém, sobre o conceito de vigência jurídica, acomodado em face do princípio da razoabilidade, o qual será enfrentado de modo sistemático no item 2.4., desta Tese.

[320] (*Mirador Internacional*, 1976: 9614).

[321] (*apud,* Aarnio, 1997: 10).

fixing the sanctions in the case of the violation of the laws".[322]

Particularmente, a presente investigação propõe abordar a autoridade judicial cujo exercício reflete, naturalmente, o binômio razão e desejo.[323] Fundada, porém, em uma determinada estrutura de condições epistemológicas próprias, dita autoridade tem a responsabilidade de responder às expectativas de certeza jurídica da sociedade sobre a qual se exercita, fazendo-o por meio do enfrentamento, necessário, dos assim denominados "casos concretos" que são relações sociais em choque, intersubjetivas, as quais reclamam soluções previsíveis, à luz do Direito Positivo a que se acha obrigado o Juiz, assim como a toda comunidade jurídica.

Sob o ponto-de-vista da organização do poder estatal, o Juiz é parte integrante dessa estrutura e possui competência (medida de poder jurisdicional) que o impele, cogentemente, à tomada de decisão respectiva (que corresponde à proibição ao *no liquet*), de forma que um "caso concreto" não pode ser desconsiderado, pela denegação de Justiça, se o mesmo não for tão importante, quanto pareça ao Magistrado, muito difícil em seu descortino temático ou processual, ou mesmo quando politicamente sensível. Nenhum pretexto demite o Juiz, validamente, do papel de "dizer o direito"[324] ao "caso concreto" no exercício da autoridade de poder específico de que é investido na estrutura do Estado e da dinâmica social moderna.

Essa "dinâmica" incorpora os conceitos de racionalidade e de autoridade em uma linha de consenso democrático. Isto significa que os seus atributos caminham, vinculada e compativelmente, por força do apelo de inaceitabilidade ao viés autoritário, excludente, com que os agentes do poder, formadores de decisão jurídica, mas descolados de sua legitimidade[325], acabam descrevendo o

---

[322] (1997:7).

[323] Nota: "*None of this is to deny that a virtuous person is habitually motivated by moral judgements. The point is that apart from some kind of internalization of moral standards, the mere intellectual acceptance of even a self-addressed moral judgement is not intrinsically motivating. There is no such direct path from intellect to will. But in normal lives there are also no bars to the many normal paths, by way of moral education, from teaching and role modeling of moral standards to their internalization in the character of receptive individuals.*" (Audi,1997: 293, 294)

[324] Nota: "Dizer o direito" é atitude legal que pressupõe, para sua perfeita validade, uma dupla motivação lógica: fundamentação jurídica e razoabilidade.

[325] Nota: Weber classifica a "legitimação", como conceito sociológico de "dominação legítima", em três espécies distintas: carismática, tradicional e legal (ou racional). Pela forma "carismática", a legitimidade é atribuída ao líder em função de seus atributos pessoais incomuns (exemplaridade, heroísmo, pureza moral etc.) que o distinguem naturalmente do grupo de liderados; a forma "tradicional" de legitimidade, decorre de um costume social específico ao qual todos aderem sem maiores objeções; finalmente, pela forma "legal", a legitimidade adquire um perfil tipicamente jurídico no sentido de corresponder a normas jurídicas válidas e que são

perigo do próprio autoritarismo, que se pretende evitar, e redesenhando, etnocentricamente, na prática, o Direito vigente em um determinado tempo e lugar. Sobre isso, auto-explicativa, a definição de Tobias: "el autoritarismo e*s el tipo de comunicación social que excluye todo otro estilo y que una vez que se instala es muy difícil de eliminar.*"[326]

2.2. Poder de Interpretar: Razoabilidade, Tradição e Sentimento Jurídico

Os problemas de ordem epistemológica que são suscitados por uma Hermenêutica Jurídica orientada pelo sistema romano-germânico, ou positivístico, são tratados pela Filosofia do Direito desde suas mais remotas fundações teóricas e históricas.[327] Falar de interpretação jurídica é, sobretudo, referir à atividade do espírito, como potencialidade humana, que se dirige à concretização do Direito em relação às diversas hipóteses por ele disciplinadas em razão de sua principiologia e de seus objetivos práticos perante a vida social. Grosso modo, a atividade interpretativa é uma atividade lógica e, por isso, consiste em extrair da norma jurídica seu exato alcance e significado. Assim, deve o pensamento do intérprete jungir-se à vontade da lei, tanto quanto for possível, pois este atingimento intelectual consiste na própria racionalização do proceder hermenêutico. Uma atitude, então, de escolha que exclui a própria vontade, mas inclui, modernamente, o motivo e a justificação.[328] De

---

aplicadas consoante a lógica do discurso normativo. Por outro lado, as relações de obediência decorrentes dos tipos de "dominação legítima" são expressas, respectivamente, ao "caudilho" (por razões de confiança pessoal), à pessoa chamada pela tradição para exercê-la (por motivos de piedade no círculo consuetudinário próprio) e, finalmente, à pessoa investida, por força de lei, nas atribuições de poder que lhe são confiadas, segundo critérios de competência. (1984: 172).

[326] (1987: 09).

[327] Nota: Para situar a questão, em especial, como atuação prudencial, deve-se estabelecer, previamente, em que consiste a tarefa interpretativa. A esse respeito, Georges Kalinowski: "*interpretar consiste en atribuir un sentido determinado a um signo lingüístico y que es essencial que este signo provenga de otros, pues no se interpreta, em el sentido proprio de la palabra, las propias expresiones, pues se conoce su sentido.*" (*apud,* Massini, 1983: 66)

[328] (Atienza, 1977: 31). Nota complementar: A motivação é um argumento objetivo (antecedente causal) da fundamentação do decidir, enquanto a justificação é um dado de legitimidade (razoabilidade) que o ato de decidir encerra diante da Ordem Jurídica estabelecida: o Direito. Ainda, como afirma Atienza: "*Argumentar constituye, en definitiva, la actividad central de los juristas y se puede decir incluso que hay muy pocas profesiones – si es que hay alguna – en que la argumentación juegue um papel más importante que em el Derecho.*"(*op.cit.*: 120) E acrescentando: "*Desde el punto de vista de lá lógica, um* ***argumento*** *es um encadenamiento de proposiciones, puestas de tal manera que de unas de ellas (las* ***premisas****) se sigue(n) outra(s) (la* ***conclusión****).*" (idem: 121) Ainda: "*Las premissas son* ***razones*** *que sirven de justificación a la conclusión.*"(idem: 122)

acordo com Suannes: "Não há, pois, texto de lei nem de escrito entre particulares, nem depoimentos que estejam a salvo de serem interpretados. E esse cotejo de elementos é que torna a atividade do juiz uma arte."[329]

Do ponto-de-vista eminentemente técnico, a tarefa hermenêutica do operador jurídico, podendo ser geralmente definida como uma ação visando limitar as incertezas do fenômeno normativo, se exprime por três modos aplicativos ou espécies do próprio gênero hermenêutico: a) a interpretação, propriamente dita, pela qual se busca abarcar o real significado da norma, especialmente da norma legal; b) a aplicação, pela qual se confere à lei, ou outra fonte formal do Direito, sua destinação precípua que é a incidência ou subsunção normativa, seja em sede de obediência espontânea ou forçada (jurisdicional); c) a integração jurídica pela qual o intérprete é remetido aos processos de construção subsidiária do próprio Direito (extensão, restrição ou aplicação analógica), quando não haja, *a priori*, disposição legal referente à situação jurídica que se pretende regular.

De volta aos problemas de ordem epistemológica, conforme inicialmente discorridos e pressupondo a existência de diversos métodos não exaustivos de abordagem interpretativa (gramatical, histórico, sistemático, teleológico, doutrinário etc.[330]), tem-se que a Hermenêutica Jurídica se afirma, em primeiro lugar, porque a natureza do Direito é essencialmente dialética e essa dimensão encontra eco no sistema de interconexões entre a tradição e a interpretação. Dessa forma, o objetivo hermenêutico se espraia, naturalmente, a partir de uma origem interpretativa puramente dogmática, no propósito da revelação de sentido para as normas jurídicas existentes (a bem de aplicá-las às situações paradigmatizadas, conteudísticas), até a interpretação do contexto de toda a tradição jurídica, incluindo-se aí, por exemplo, as abordagens jurídicas de tipo prático-empírico, como resultante dos raciocínios jurídico-sociológicos. Ademais, a obrigação lógica, derivada da pesquisa teórica, filosófica e prática de se perquirir, constantemente, acerca do sentido, da importância, da noção e da própria finalidade do jurídico, constrói pouco a pouco a idéia prevalecente de um Direito Racional. Sobre isso, Friedrichs: "*El concepto y la idea del Derecho se*

[329] (1999: 206).

[330] Nota: Sobre a multiplicidade dos métodos interpretativos, convém observar que a escolha de algum deles envolve argumentação. Podem existir diferentes chaves argumentativas para o desencadeamento lógico do discurso normativo e, pois, para a sua subsunção. Dessa complexidade, resulta a problemática de seleção do argumento capaz de satisfazer às necessidades reclamadas para a tarefa hermenêutica. A escolha do melhor argumento, no caso jurídico-prático e institucional, traduz a chamada "racionalidade instrumental" (Atienza, 1977: 240).

interpretan ahora como dictados por la rázon, a la cual deben ajustarse em sus manifestaciones positivas."[331]

Com apoio e para corroborar tais constatações, pode-se mesmo acentuar que a tradição jurídica produz crescentes conflitos interpretativos, pelos quais diferentes operadores do Direito são estimulados como que a um regime de emulações, não raro vaidosas, por vezes inconscientes, mas sempre problemáticas, por meio das quais Juízes das diversas instâncias, Advogados, Profissionais do Ministério Público (o grupo dos práticos), além dos Professores de Direito e até dos Legisladores (o grupo dos teóricos), reivindicam para si a correção de suas sentenças[332] acerca do conteúdo e das formas dos textos legais bem como do espectro com que haverão de alcançar, no *socius*, sua força vinculante e necessária, e, noutro sentido eminentemente subjetivo, até mesmo a própria reputação profissional. Essa concorrência é a base, não raro conflitiva, da construção do conhecimento jurídico, da descrição das nuances dos fatos juridicizados bem como das proposições normativas que alimentam e conferem dinamismo ao Direito, ante a tradição de seus valores e fundamentos. A "vida" do Direito é, pois, concebida como um permanente campo de produção do conhecimento jurídico. De modo que o chamado "argumento de autoridade" é sempre um dado problemático, até porque está constantemente submetido a outras fontes de interpretação do material jurídico, como é o caso da Mídia[333], e longe de consistir, substancialmente, em um registro definitivo do pensamento. De fato, "a invocação de autoridades reconhecidas – como reforço de argumentação – é até aconselhável, pois revela probidade intelectual, uma vez que a criação de uma obra de Direito não constitui propriamente inovação absoluta e não prescinde de contribuições apresentadas por autores universalmente consagrados e pela tradição jurídica do passado – sem relegar a contribuição dos princípios fundamentais do

---

[331] (*apud,* Stammler, 1980: 43).

[332] Nota: O conceito de sentença está aqui tomado no sentido figurativo de proposição.

[333] Nota: A Mídia, que para alguns representa o quarto poder, tem exercido, nas sociedades abertas e democráticas, um papel cada vez mais intenso e progressivo no processo de construção jurídica e na interpretação da tradição dos seus fundamentos e valores. A pretexto de informar, Jornalistas e Repórteres têm se constituído em verdadeiros investigadores sociais aplicados a diversos casos concretos de índole legal. Há mesmo programas de grande audiência voltados, justamente, para essa finalidade que, de certo modo, usurpa função típica do Estado, como quando investe na descoberta de crimes comuns e de grandes escândalos políticos, desmoralizando-o, por vezes. Casos midiáticos como "*Watergate*", que precipitou o Presidente norte-americano, Richard Nixon, à renúncia, fizeram história. Não é raro, outrossim, que operadores e teóricos legitimados do Direito procurem a Mídia, ou sejam por esta procurados, como forma de garantirem o êxito de suas interpretações, reforçando-as pela divulgação expandida, especialmente quando de massa (*mass media*). A Mídia, desta forma, tem se tornado uma ferramenta para a formação e a consolidação no meio social do pensamento jurídico.

Direito Romano."[334] Sobre isso e também acerca da busca incessante do *status* ontológico do Direito, a intrigante pergunta de Tontti: "*how to conceive te nature of the human artefact called law, when the main constituent of human existence itself is interpretation?*"[335] Evidentemente, o autor observa que o constituto mais proeminente do Direito é a sua intríseca humanidade, pois o que há, tanto no homem como no Direito, de substancial, é o potencial interpretativo que deles, a seu modo, decorrem. Por isso ressalta que: "*the interpreter and the object of interpretation are joined together by the common 'tradition'*"[336]

Importa, ademais, ressaltar que essa atmosfera dinâmico-dialética na qual o Direito se desenvolve constitui seu próprio caráter conflitivo intrínseco e sugere, portanto, uma clara abertura à crítica e à criatividade. É que todo ato de interpretar implica, em alguma medida, uma construção criativa, por ser único. Se interpretar é criar, essa atitude remete, necessariamente, a juízos críticos acerca da tradição (normatividade) de onde seus resultados provêm. Mesmo nos casos considerados de rotina, aí tampouco se prescinde da interpretação, sempre crítica e criativa, em maior ou menor grau, por forma a esclarecer, quando menos, que se tratam, realmente, de "casos de rotina".

Em segundo lugar, é compreensível que a epistemologia jurídica – parte da Filosofia do Direito que o toma, enquanto sistema teórico, como objeto do próprio conhecimento científico – reconsidere uma clássica distinção conceitual de que toda proposição jurídica contém, pelo menos implicitamente, uma exigência normativa baseada na qual um regime de obediência sob pena de sanção é suscitado em relação a terceiros. Sobre isso, há de algum modo uma interconexão necessária entre os três termos históricos: passado, presente e futuro. No contexto jurídico das tomadas de decisão, isso fica bastante evidente, ante a responsabilidade, quase vital, de um Juiz decidir, no futuro, de acordo com o que asseverou no

---

[334] (Del Nero, 1987: 67)

[335] (1998: 25, 26).

[336] (*op.cit.*: 26). Nota complementar: Cabe destacar, aqui, que a tradição opera uma dupla função, aparentemente paradoxal, em relação aos fatores da interpretação jurídica em uma sociedade subdesenvolvida ou periférica (ver também item 4.3). Como interpretação integradora dos valores sociais, assimila a tradição que é, noutro pólo, objeto de ruptura quando se trate de avançar em direção ao desenvolvimento social, político e econômico também das classes conceitualmente dominadas. Portanto, o traço que pode definir a compatibilidade da tradição em relação a esses dois vértices lógicos é aquele que a remete à extensão dos valores sociais prevalecentes. Dir-se-ia que os valores sociais que devem condicionar a interpretação o que valha segundo o princípio da razoabilidade (ver item 1.7), são justamente aqueles valores fundamentais capazes, por isso mesmo, de enredar a pacificação do *socius*.

passado, uma vez reproduzidas as naturais similaridades decorrentes do circunstanciamento fáctico como também lógico. Trata-se de uma demanda implícita e até mesmo intuiva que ao profissional do Direito se eleva naturalmente, quando eivado de boa vontade e, sobretudo, de vocação, sob risco de ser censurado, em sua tarefa de decidir, não apenas do ponto-de-vista do controle jurisdicional, mas ético. Do mesmo modo, o intérprete não pode exercer essa atividade lógica se não estiver suficientemente orientado pela tradição de outras interpretações do passado recente ou remoto e, além do mais, sem deixar de considerar conceitos e representações que sobre o objeto da própria interpretação já se formulara anteriormente, ainda que para rejeitá-los e mesmo que sem expressa referenciação. Interpretar a tradição jurídica, no caso, implica, simultaneamente, dela fazer parte em sua permanente reconstrução, em sua dinâmica. Neste sentido, não há escolhas absolutamente livres, embora possam ser descritas como imponderáveis, à razão da própria perspectiva antropológica incluída no processo interpretativo. Ainda com Tontti: "*The interpretative choices available are limited by the tradition, though not absolutely determined by it.*"[337]

Mas, não é só. Após um exame geral sobre a história do desenvolvimento das ciências sociais no Brasil, podem ser alinhavados diversos enfoques no que respeita às preocupações enfrentadas pelos seus operadores especialmente no processo de democratização do país. No mesmo sentido se apresentam os desafios neste campo hoje em dia. Nas ciências políticas, em especial, pode-se claramente observar uma influência exagerada das escolas norte-americanas[338], as quais se ressentem de um diálogo

[337] (1998: 29).

[338] Nota: O que sucede a exemplo de um nítido "ativismo judicial" empreendido no país, a partir de um deturpamento da concepção norte-americana para a instituição e o funcionamento do Supremo Tribunal Federal. Neste sentido, levando em consideração o caráter mais "racional" das teorias políticas na América e, por isso mesmo, o direito dos Juízes reconhecerem a invalidade da lei em face de sua inconstitucionalidade, Tocqueville: "Mas o juiz americano é levado, independentemente de sua vontade, ao terreno da política. Ele só julga a lei porque tem de julgar um processo. A questão política que deve resolver prende-se ao interesse dos litigantes e ele não poderia se recusar a resolvê-la, sem cometer uma denegação de Justiça. É cumprindo os deveres estritos impostos à profissão do magistrado que age como cidadão." (1998: 111,117). Por "ativismo judicial", então, tendo como pano-de-fundo o princípio *due legal of process* e a suposição de ser necessária sua aplicação substantiva, entenda-se a tendência de aproximação da Jurisprudência, como fonte formal do Direito Positivo, às políticas públicas ou setorizadas suscitadas pelos demais poderes da República. A dizer: a intervenção explicativa e impositiva dos Tribunais sobre o mérito das valorações provenientes do Executivo bem como as do Legislativo (Barroso, 1996: 201). O "ativismo judicial" norte-americano sucede à grande depressão dos anos '30 e teve especial impulso com o "Deal New" imaginado pelo Presidente Franklin Delano Roosevelt, mediante cuja concepção passou a empreender grandes transformações de base e de mentalidade na

eficaz com a Filosofia Política e com as contribuições provenientes do significado normativo dessas disciplinas. No campo da sociologia, outrossim, podem estar as falhas detectadas sobre uma outra natureza: a tradução teórica da descrição dos processos de mudança e a acanhada atitude dos cientistas sociais desenvolvida de par com uma inconclusa democratização acabam definindo, hipossuficiente, a tarefa da sociologia brasileira.

Uma exigência universal mais ajustada e contemporânea sobre o Direito possui, nesse contexto de inconclusões, dois requisitos fundamentais: a) que seus termos sejam efetivamente coerentes com a tradição jurídica; b) que a interpretação acerca dos mesmos responda adequadamente à questão jurídica.

Uma decisão juridicamente adequada, a dizer, razoável, implica sempre na garantia de resultado de uma expandida interpenetração dialética posicionada nos espaços lógicos e materiais que situam interpretação crítico-criativa e a dinâmica dos fatos e valores sociais decorrentes da tradição jurídica. Pois: "A compreensão implica sempre uma pré-compreensão que, por sua vez, é prefigurada por uma tradição determinada em que vive o intérprete e que modela os seus preconceitos."[339]

A tradição jurídica, no entanto, apenas fornece a moldura ou o contexto no qual toda questão interpretativa sobre o fenômeno jurídico há de ser enfrentada e efetivamente respondida. Em vista deste confinamento lógico, não pode haver critérios não contextuais para distinguir as interpretações corretas e adequadas, do ponto-de-vista da razoabilidade jurídica, das incorretas e inadequadas.[340]

Mesmo assim, premida a interpretação jurídica por tais balizas e contextualidade, não se pode dizer que seu mecanismo e seu escopo divirjam da dimensão filosófica de onde promanam as luzes da Hermenêutica, em permanente construção.

A força do argumento jurídico interpretativo reside no fato de que a norma jurídica é o resultado da própria interpretação. Por isso: "A impossibilidade de considerar a argumentação um exercício intelectual inteiramente desvinculado de qualquer preocupação de ordem prática obriga a alterar certas noções concernentes ao

---

formação da comunidade de Estado, das relações institucionais e das próprias políticas públicas. O "New Deal" tinha um perfil liberal e expandido, a dizer, progressista no sentido da Justiça Social aplicada: legislação social amplificada e intervenção no domínio econômico. No Brasil, porém, essa relação tem o sinal trocado e fomenta o conservadorismo de Estado com fortes marcas de vinculação transnacional específica. Em momentos-limite, como no episódio militar de 1964, a Ordem Jurídica foi quebrada pelas mesmas forças que implantaram no Brasil o "New Deal", no entanto às inversas.

[339] (Gadamer, 1998: 13).

[340] (Tontti, 1998: 25,38)

conhecimento, que foram elaboradas em uma perspectiva filosófica totalmente diferente, tal como a oposição entre o objetivo e o subjetivo. A objetividade, quando atinente à argumentação, deve ser repensada, reinterpretada, para que possa ter sentido em uma concepção que se recusa a separar uma afirmação da pessoa de quem a faz."[341] E mais: "No judiciário, o diálogo 'ecumênico' dá lugar ao debate polêmico, em que o objetivo não é convencer a parte adversária, mas uma terceira parte, o tribunal. E o advogado nada tem de professor; sua finalidade é fazer de tudo para tornar válida a causa de seu cliente, para lhe dar todas as oportunidades de vitória. Só que o advogado não está sozinho, mas tem diante de si colegas de desmentir sua retórica, de contraditá-la com outra. E as duas partes preparam dessa maneira o julgamento do tribunal."[342]

Dessa forma, o movimento inicial do processo da interpretação jurídica é o texto normativo e o caráter prescritivo nele encerrado deve ser justamente construído por tal proceder intelectual.

Nas sociedades democráticas a interpretação, como visto, não traduz monopólio funcional por parte de algum segmento, muito embora o poder-dever de dizer o Direito (*enforcement*) ao caso concreto pertença, pela Teoria da Tripartição, já aí, exclusivamente, ao Poder Judiciário. Toda a cidadania, pois, interpreta o Direito Positivo, diuturnamente, e não seria razoável descredenciar a quaisquer de seus segmentos. Por outro lado, tal exclusividade não garante a correção de seus agires. De fato: "*The necessary basis of correct knowledge of law (a justified proposition about law) is accordance (coherence) with the tradition. But that is not enough; it is also demanded that the new interpretation of the tradition answers the 'present' interpretative question (a hypothetical or a real legal case) adequately.*"[343] Além disso, é importante observar que Tontti considera que, do ponto-de-vista filosófico, uma "interpretação adequada" significa responder à indagação jurídica, formulada de modo hipotético ou real, dentro de uma contextualidade crítico-criativa na qual a tradição assume um permeio essencialmente dialético e disso resultando o critério pelo qual a maior correção possível (racional) será sempre obtida pelo ato de interpretar.[344] Já Tocqueville, palmilhando uma trilha da teoria política, relata do arbítrio, ainda maior do que em Estados despóticos, de que podem ser acometidos os Juízes, também sob o sistema político democrático: "Em parte alguma a lei deixou maior latitude à arbitrariedade do que nas repúblicas

[341] (Perelman; Olbrechts-Tyteca, 1996: 66)
[342] (Reboul: 106)
[343] (Tontti, 1998: 37).
[344] (1998: 38).

democráticas, porque nelas a arbitrariedade não parece temível."[345]

A interpretação dos Juízes se circunscreve, no entanto, nesse contexto de interpretações difusas provenientes do *socius* e dele se destaca por vínculos profissionais específicos. Uma recorrente imputação corporativista pode servir a propósitos neutralizadores de traços interpretativos discordantes para facilitar, noutros termos, a institucionalização aplicativa da norma jurídica sob jogo. Não é outro o debate acerca da previsibilidade das decisões judiciais.

Por outro lado, há sempre como minar a eventual institucionalização (*enforcement*) de normas e procedimentos que consagram inconstitucionalidades e outras formas desarrazoadas do proceder judicial. Desse modo, cabe à comunidade jurídica exercitar plenamente sua capacidade interpretativa e atuar, em coerência com os entendimentos que resultarem justificados, mediante o conhecimento das virtuais inconstitucionalidades que devem ser veiculadas (comunicadas) através de expedientes processuais (causas) e políticos (atos) próprios, de modo a que se estabeleçam veredictos capazes de superar esses debates que correspondem a situações de crise. Exerce-se, pois, essa forma de cidadania por meio de mobilidade e pressão social que adquire muitas formas. Sobre isso, abaixo, o quadro-esquemático sobre o perfil do caráter humano (ética do comportamento)[346]:

Atitude ética ante o Sistema de Iniqüidades:
a) Sectarismo (intolerância)
 aa) Servil (concurso deliberado)
 ab) Perverso (simetria moral)
b) Pusilanimidade (ignomínia)
c) Resistência (cívica)
 ca) Moral (individual e introspectiva)
 cb) Física (expandida)
  cba) Violenta (meios heterodoxos)
  cbc) Pacífica (meios ortodoxos, previstos)

Pode-se, então, claramente compreender que a Justiça humana só é o que é porque a comunidade jurídica[347] aceita, em geral pacificamente, que seja assim, segundo uma inércia que é incompatível com a intrínseca conflitividade do Direito, enquanto construção e conhecimento. Agrava a

[345] (1998: 241)
[346] Nota: O conceito ético está, na referência, utilizado em sentido amplo, geral, não denotando, necessariamente, conduta positiva (justificável). A finalidade da inclusão deste "quadro-esquemático", no texto, tem natureza didática e é, por isso mesmo, voltado para a sistematização do circuito de reações comportamentais e psico-dinâmicas ao estímulo iníquo de qualquer grandeza.
[347] Nota: O "auditório universal", no sentido de Perelman (1996: 34, 39).

dimensão antropológica desse quadro de aceitações conservantistas o fato de que uma sociedade venha a ser formada e recorrentemente ambientada em uma cultura lasciva insuscetível a irrupções e insurgências cívicas. Inicialmente pela colonização e pela dizimação de culturas locais, depois pela luta de classes com os recursos disponíveis ao longo do tempo. Modernamente, essa luta de dominação se afirma nas sociedades periféricas, por exemplo, no monopólio da comunicação midiática e, como sempre, na concentração das riquezas e na exploração das desigualdades sociais. Aliás, como refere Nogueira: "A linguagem[348] que pode se revestir de argumento de poder e dissimulação de propósitos (álibi ornamental) só por isso deve resultar não apenas compreensível do ponto-de-vista da Teoria da Comunicação como, de resto, configurada segundo uma estrutura de símbolos que de fato se preste às representações imediatas de seus objetos."[349] Afinal: "o processo mesmo de comunicações é coincidente com o processo político."[350] Sobre os mais, os "ruídos" de comunicação podem adquirir um perfil "malabarístico", sinuoso, orientado por vocação diversa do poder de interpretar.[351] Por isso mesmo, os articulados acerca das questões jurídicas podem resultar, conforme ensina Calamandrei: "inúteis parênteses de bravura e subtileza, que apenas servem para ofuscar a clareza da tese e que são semelhantes àquelas variações acrobáticas com as quais certos virtuosos do violino gostam de embrulhar a meio o fio da sonata."[352]

Uma boa tomada de decisão, pelo contrário, reflete uma linguagem que não fala unicamente para o intérprete. Consiste em negar todas as possibilidades de desvio de comportamento que uma articulação monocórdia, em si mesma, possa suscitar para, com uma humildade em nada confundível com fraqueza, aclarar, abreviar e fielmente distribuir Justiça, eis que, como ensina Calamandrei: "contra todos os expedientes da arte e da intriga, vale mais, modesta e obscuramente, ter-se razão."[353] No mesmo sentido, Ihering: "Não é a estética, mas antes a ética que deve mostrar-nos o que corresponde à essência do direito, e o que se lhe opõe."[354] E, ainda, Sarinho: "A palavra compõe-se de três elementos: sonoro, semântico, referencial. Indissociáveis,

---

[348] Nota: "atualmente, a preocupação central das assim chamadas ciências do homem é a linguagem." (Vogt, 1989: 62). Há de fato uma relação intrínseca entre linguagem e pensamento, considerado em sua forma, alcance e natureza. Ainda, Vogt: "A linguagem é, assim, o espaço onde o homem existe e no qual o universo convencional dos signos estrutura o seu pensamento e constitui a sua cultura." (1989: 72).
[349] (2003: 267).
[350] (Sodré, 1988: 9).
[351] (Nogueira, 2003: 263, 268).
[352] (Calamandrei, 1975: 136).
[353] (1975: 24).
[354] (1978: 132).

constituem o signo lingüístico. A criatividade pervertida de uma elite institui o cinismo como quarto elemento lingüístico e a linguagem de homens públicos adquire esse elemento cínico, expressando toda uma cultura de rapinagem dos direitos de um povo."[355]

Parece evidente que o aparelho judicial não escapa dessa lógica, segundo veriáveis sopesadas em função dos valores sociais prevalecentes e da capacitação política da comunidade no Estado Moderno. Ocorre que os procedimentos interpretativos expressos nesse ambiente como razão prático-funcional a suportar sua própria institucionalização, podem igualmente valer, como simbologia útil, ao propósito das manipulações autocráticas pelas quais se permita o advento de normas jurídicas opressivas ou que sirvam à opressão, diversas das que realmente se dirigem à liberdade.[356] Em contraponto, dir-se-ia com Loewenstein: "*Los jueces independientes y sólo sometidos a la ley, están libres de todo control y vigilancia por parte de los otros detentadores del poder, tanto del gobierno como del parlamento o del electorado, y hasta se espera de ellos que estén por encima de cualquier influencia de la opinión pública.*"[357] Uma tal independência, outrossim, deve ser entendida em seu substrato essencial e não puramente como mera formalidade estruturadora da Ordem Jurídico-política. Deste modo, comporta afastar os medos. Os medos da inovação, de pensar a liberdade e de agir conforme a ela, fazem propender ao tradicional as classes dominantes em relação ao tecido do *socius*, o que pode traduzir-se na versão "tupiniquim" do que Arthur Koestler considera como "maldição" no mundo das Ciências. Sobre isso, diz o autor: "A matriz coletiva da ciência, em certo momento, é determinada por um conjunto de instituições que incluem universidades, sociedades de cientistas e, mais recentemente, os corpos editoriais de jornais técnicos. Como outras instituições, elas se inclinam consciente ou inconscientemente pela preservação do *status quo* – em parte porque as inovações não-ortodoxas se constituem em uma ameaça para sua autoridade, mas também pelo medo mais profundo de que o edifício intelectual, tão laboriosamente erigido, possa cair sob seu impacto. A ortodoxia corporativista tem sido a maldição dos gênios, de Aristarco a Galileu, Harvey, Darwin e Freud. Ao longo dos séculos, suas falanges têm defendido tenazmente o hábito, em oposição à originalidade."[358] Dir-se-ia, em oposição à verdade e ao razoável.

Este exame constitui uma chave bem precisa por forma a se tornar possível o acompanhamento e a compreensão do

[355] (1993: 23/11, p. 9).
[356] (Loewenstein, 1979: 213, 216).
[357] (1979: 251).
[358] (*apud,* Alves, 2000: 217).

processo histórico dali derivado, consoante ressaltem, inclusive, os aspectos da realidade social emergente e hodierna, notadamente em seus pontos de crise. Com efeito, uma coletividade é sempre erigida sobre as bases de suas mais remotas fundações.

Decorre, pois, de uma percepção progressista a escalada por atitudes mais resistentes que se empenhem em garantir o avanço cada vez mais qualificado da história em relação ao passado de atrasos desde o completo irracionalismo.

É com um tal sentimento jurídico, voltado para a realização, como luta, do ideal de Justiça[359] e forjado, além disso, no âmbito das convicções filosóficas universais, que também avança o Direito como formulação racional de uma necessária disciplina intersubjetiva (normativa) que venha a garantir, de fato, o advento e a manutenção da paz social.[360] Por isso a emblemática indagação de Suannes: "o leitor, se estivesse sendo processado criminalmente, preferiria ser julgado por um juiz culto e insensível ou por um juiz inculto mas com sensibilidade?"[361]

Para isso e vencendo, progressivamente, esse dilema, sem perder de vista, outrossim, o elemento racional, a jurisdição, que se exerce no processo[362], e a cidadania, que se exerce em toda parte e por diversos modos.[363]

---

[359] Nota: No sentido de Ihering, como luta que se opõe ao espírito da vileza e à tolerância apática ao injusto e à toda forma de opressão (1978: 39, 50).

[360] Nota: Ainda que se possa admitir, em face do caráter emocional vergastado, como raiz pré-lógica da vitalidade do sentimento jurídico a alguns "ritos de realizabilidade do *suum cuique tribuere*", persegue ao pensamento contemporâneo um sentido ulpiânico para a perfeita compreensão dessa idéia (Menezes, 1977: 190, 191).

[361] (1999: 313).

[362] Nota: Conforme descreve Riguax, com maestria: "Ninguém ousaria mais sustentar hoje que o juiz é apenas 'a boca da lei'. Não obstante, as opiniões continuam a divergir sobre a necessidade e, portanto, sobre a extensão de seu poder de apreciação. As explicações precedentes sugerem que a aplicação do direito não se reduz a um puro mecanismo, nem sequer a uma série de operações exclusivamente lógicas. Entre os conceitos que descrevem uma situação de fato e os que formulam a hipótese de uma regra de direito, não existe a harmonia preestabelecida que um simples silogismo, ou mesmo um encadeamento de silogismos, permitiria constatar. Não somente o fato não se deixa verificar facilmente e o direito é freqüentemente obscuro, antinômico ou incompleto, mas é o ajuste mútuo deles que confere ao juiz uma função propriamente criadora." E, acrescentando sobre o intenso grau de dificuldade dessa tarefa, esclarece: "Ela é também a que faz maior apelo à sabedoria, à humanidade, em suma, à ética do magistrado." (2000: 71)

[363] Nota: A luta solitária ou coletiva, mais ou menos organizada, que se direciona à realização do justo resistido.

2.3 Apego, Razão e Compaixão

Do ponto-de-vista psicológico, o sentimento reflete o apego que permeia de forma tão completa a mente dos seres humanos e determina tão consistentemente nossas ações, que nosso estado de existência passa a ser conhecido como um "território desejo". O indivíduo estabelece esse "território" ao fixar, tanto nas aparências comuns do ambiente externo quanto nas aparências mais sutis do ambiente interno da mente, seus conceitos e suas emoções. A partir dessa fixação cria-se um vasto espectro de experiências que podem estar cingidas a determinados objetivos, a exemplo do processo de permanente busca da Justiça mediante a realização, também permanente, de um estímulo psíquico traduzido pelo denominado "sentimento jurídico".[364]

Em uma extremidade, surge uma experiência infernal a partir da fixação dos objetos da raiva e do ódio – o apego convertido em aversão absoluta, no sentido de "desagradabilidade", valendo-se da nomenclatura empregada por Souto em seus achados científico-sociológicos.[365] Na outra extremidade, a fixação em certos estados de meditação – um tipo de apego extremamente sutil, no entanto poderoso – resulta em uma existência plena de êxtase, ainda que temporária e condicionada pelo desejo (sentido de "agradabilidade")[366]. Ainda na linha da agradabilidade como pólo de interação social, diz-se que o apego emerge, porém, da falta de compreensão da natureza da vacuidade e da não perpetuidade dos fenômenos. Esse equívoco fundamental é enormemente potencializado pelos desejos mundanos os quais, simultaneamente, produzem sedução e frustração. Não se compreende que algum fenômeno seja permanente ou mesmo confiável na experiência comum, por isso que sobre ele incidem desejos e anseios (idéias e vontades), ante a formulação imaginária das coisas do mundo. Os desejos surgem incessantemente, frustrando seus atores por não serem obtidos, conforme essas idéias e vontades: o querer por não se possuir o suficiente, por se ter algo de que não mais se deseja ou por se conseguir as coisas e perdê-las depois, fruto de disputas e hipossuficiências que afetam e instilam o sentimento de desagradabilidade e, na

[364] (Ihering, 1978: 27, 28). Nota complementar: "Sentimento Jurídico" como a disposição moral para resistir ao injusto e que, por isso, traduz a força suprema do Direito, a dizer, "a manifestação corajosa e firme do sentimento jurídico." (*op.cit.:* 27) Ou, ainda, como a intuição sobre o "dever ser", relativo à norma jurídica. (Souto, 1985: 238)

[365] (1981: 154, 156).

[366] Nota: Sobre os sentidos de "agradabilidade" (sobre o "dever ser" que atrai o querer) e de "desagradabilidade" (sobre o "não dever ser" que já não atrai o querer), conferir (Souto, 1985: 88, 92; 229, 246).

contrapartida, o apego excessivo pelas coisas que podem refletir, em algum termo ou condição, poder, luxúria, vaidade, riqueza e inveja.

Para as pessoas mais introspectivas, o próprio processo de fixação ou construção dos apegos assim como o esforço para satisfazer os desejos (próprios ou alheios), se torna profundamente desgastante, competitivo. Então, se esses desejos são coletivos, como os que decorrem da organização social e da luta cívica pela crescente concretização da ordem moral vigente a um tempo e lugar, o problema se potencializa de modo indeterminado.

Também é desgastante reconhecer que o poder do apego, o hábito forte de apegar-se, impulsiona ao longo das experiências passadas e continuará impulsionando ao longo de incontáveis episódios do futuro, o comportamento humano, a menos que se possa encontrar a liberdade, no caso traduzida como liberação dos vínculos do apego sentimental, da idéia de apropriação material ou dos meios para o controle e dominação. Esta é uma dificuldade em que não se acha, isoladamente, a pessoa, haja vista o necessário compartilhamento, por parte de todos os demais seres racionais, incluindo-se no contexto os que são mais queridos, no sentido da inclusão, e os que não são queridos, no sentido da exclusão de benefícios hauridos desse apego.

Os homens se acham inapelavelmente enredados em suas respectivas teias de apego sentimental. E costumam ser iludidos por isso, ou seja, ante a construção de miragens de satisfação. Essa percepção, em si, se torna uma fonte permanente de compaixão e isso é o que se descreve, *v.g.*, pela angústia provocada da injustiça capaz de suscitar nas pessoas, em que um tal sentimento de desagradabilidade se instala, a tomada de atitudes de resistência, já tendo sido vencidos os excessos do apego que isolam o sentimento em favor de um território psíquico puramente individual. Salvo quando com um tal sentimento negativo (o injusto) se identifique perfeitamente (perversão). Neste caso, a liberação do apego individual reflete o apego excessivo no plano coletivo, jurídico-moral. A propósito dessa pertinência, diz Giselle Groeninga: "Sem esse olhar, o direito acaba cronificando os conflitos."[367]

Em linhas gerais, para desenredar a teia de apegos excessivos, as pessoas vão delineando buscas de tipo espiritual como resposta às indagações do próprio existir físico como também racional. Esta válvula psíquica costuma ser direcionada por sentimentos como o medo, a tristeza e a dor que invadem, com freqüência, a mente humana e refletem,

[367] (*apud,* Biancarelli (2003): 22/05).

constantemente, na atitude do espírito, entre as quais se encontra o juízo.[368]

A consciência sobre a não perpetuidade dos fenômenos gera, ademais, uma força extraordinária que leva as pessoas, continuamente, à construção de novas alianças com amigos, casamentos, romances e outros laços familiares; mesmo a reviravoltas nas carreiras e nas situações econômico-financeiras, ainda que por contingência; a mudanças nos recursos de que necessitam, a residências e projetos; a melhoras e declínios na saúde e no bem-estar. Mas é de todo conhecido que, em um determinado momento, é indefectível que se haverá de deparar com o esgotamento de uma já não mais recorrente juventude e com a deterioração de próprio corpo, com a velhice e a morte. Essa consciência determina também muitos comportamentos, geralmente menos resistentes do que outros situados na faixa do vigor juvenil.

Enfim, em um sentido eminentemente temporal, nada há de permanente no existir humano. De fato, quando se lança um olhar prospectivo, de meditação profunda para dentro do próprio ser, o espírito pensante é sempre tomado de assaltos abismados ante a proliferação dos fenômenos mentais, com seus movimentos agitados, seus incontáveis pontos de fixação seguidos de exigências infindáveis, digressões, imaginações e humores. É mesmo impossível tentar sistematizar isso tudo. Quiçá compreendê-lo. Mas para alguém que leva a sério o desenvolvimento espiritual, a primeira questão a considerar é como "domar" esses aspectos desregrados da própria mente e situar o comportamento, como o faz a sociologia, dentro de molduras previsíveis: "O objeto da Sociologia é estudar cientificamente os fatos sociais em si mesmos que são, justamente, em geral, tudo aquilo que resulta do interrelacionamento exteriorizado de pólos mentais individuais."[369] De mais a mais, a sábia lição que segue: "Já que a ciência não pode encontrar sua legitimação ao lado do conhecimento, talvez ela pudesse fazer a experiência de tentar encontrar seu sentido ao lado da bondade. Ela poderia, por um pouco, abandonar a obsessão com a verdade e se perguntar sobre seu impacto sobre a vida das pessoas: a preservação da natureza, a saúde dos pobres, a produção de alimentos, o desarmamento dos dragões (sem dúvida, os mais avançados em ciência!), a liberdade, enfim,

---

[368] Nota: Ao ser comunicado o juízo, expressa-se, pela linguagem, toda a complexidade da relação sintático-semântica (signo-signo/signo-significado) com que se molduram os discursos da persuasão normativa. Por isso dizer-se que, ante a atitude própria do Juiz, não há neutralidade posível, consistindo em mito uma tal referência. A racionalidade é, pois, sempre concebida situacionalmente, historicamente, porque captada dentro de um quadro comunicativo próprio.

[369] (Souto, 1981: 3). Nota complementar: Sobre sentimento e idéia de Justiça e sua abordagem empírica, também Souto (*op.cit.*: 147, 168).

essa coisa indefinível que se chama felicidade. A bondade não necessita de legitimações epistemológicas."[370]

É justamente neste ponto em que o presente item sobre apego, razão e compaixão, encontra seu maior sentido em face do contexto do presente trabalho. Bem aplicadas essas noções de virtude, pode-se claramente discorrer, em contraposição, sobre um dos maiores vícios de conduta funcional dentre os operadores jurídicos: a impiedade que é filha, quase sempre, da ausência de coragem moral e cívica, a revelarem fraqueza de caráter ou obtusidade comportamental. Pois, se de um lado é justo todo o sentimento de desagradabilidade ou repulsa ao crime, por exemplo, menos justo não parece corresponder à compaixão com que se deve, desde os respectivos enquadramentos, reservar aos criminosos, supostos ou reais, ainda quando a mesma compaixão lhes tenha faltado em relação aos titulares dos bens e direitos que a sua ação injusta desbotou social e juridicamente. Eis que o fato de toda e qualquer imputação não há de justificar que se destilem impiedades contra o alvo da operação jurídica em jogo, a exemplo de uma ação criminal, para deixar-se de cumprir uma rotina de procedimentos que garanta ao infrator as condições para que se defenda, lealmente, segundo modelos processuais disponibilizados de modo efetivo e não somente retórico, perante o *socius* e o Estado que dele deriva. Fosse por outra via o acesso à distribuição de Justiça no plano da sociedade, certamente a jurisdição não seria monopólio político do Estado Moderno. Portanto, a razoabilidade da irresignação ao anti-Direito não corresponde ao sentimento que se deve nutrir pelo eventual infrator. Compadecer-se é o que conta nesse concerto de elevações, livrando-se, a si mesmo, o operador jurídico, de suas paixões vinditárias e de seus apegos (no sentido do texto), a fim de desespiritualizar-se para garantir a própria humanização do Direito, mediante uma gestão objetiva de seus elementos, bem como da ordem social em que atua. Uma tal resposta consiste, igualmente, em razoabilidade. Porque não ser possível, logicamente, infligir ao infrator castigos degradantes ou cruéis assim como tratá-lo com desumanidade, implica em considerar que o homem pilhado em suas próprias faltas não pode servir de pretexto às incompletudes e imperfeições de toda a humanidade, mediante a administração forçada, e quase sempre sem resistência, de alguma forma de justicialismo. Convém observar que uma tal atitude piedosa em relação ao infrator, nada diz com a necessidade de realização da Justiça retributiva que afetará o patrimônio jurídico daquele. As imputações não agasalham o ser impiedoso, ao agir impiedosamente, porque, em síntese, como pessoas, os operadores não podem se confundir com "feras",

[370] (Alves, 2000: 217).

descolando-se das configurações racionais do Estado Moderno a que se acha a serviço. Com outro enfoque, muito embora no mesmo sentido, Popper: "Não podemos retornar às bêstas. Mas, se quisermos permanecer humanos, então só existe um caminho, então só existe um caminho, o caminho para a sociedade aberta. (*sic*)"[371]

O despreparo da Magistratura, outrossim, conforme se observará do texto[372], assim como o de outros operadores jurídicos, acarreta esses desvios, notadamente nas sociedades periféricas ou subdesenvolvidas. De fato: "a herança histórica comum dos sistemas sociais subdesenvolvidos se reduziria, de modo básico, a um processo colonial de socialização enfaticamente não-afirmativa das semelhanças fundamentais de todos os homens. Essa socialização seria, portanto, um dos fatores básicos do subdesenvolvimento, que envolve um processo de agudo afastamento no espaço social por motivo de acentuadas disparidades externas e internas. Basta pensar na política colonial mais freqüente de exploração econômica, fundada na ideologia da inferioridade "natural" da colônia em face da metrópole. Não é preciso, por outro lado, insistir em que, ainda atualmente, prossegue, embora de modo menos enfático, a socialização em ideologias da dessemelhança. Tem ela, como efeito altamente provável, o reforço da persistência do subdesenvolvimento econômico e social."[373] Em face deste quadro, persiste, no plano local, o espectro das dominações subliminares, como as aqui denominadas "ciladas dialéticas",[374] que levam a impiedade a traduzir em castigos imoderados, ou virtualmente injustos, ou ainda a truncamentos de conduta funcional, às camadas menos favorecidas em uma sociedade altamente estratificada socialmente, como é o caso brasileiro. É como se a herança colonizante fosse uma recorrência ciclotímica em relação às sucessivas gerações de dominantes e dominados, expressas, em geral, na interação entre agentes do Estado e representantes das camadas hipossuficientes. Isso explica, inclusive, em grande medida, o inflacionamento, no país, dos espaços carcerários por uma crescente clientela de miseráveis.

Disso resulta, ademais, que os operadores jurídicos precisam estar motivados da crença na coragem de fazer o bem, valor que não possui uma função ideológica, mas humanística e, pois, racional e universal. Essa atitude reflete, por outro lado, um compromisso do homem para consigo próprio no sentido de uma práxis perfeitamente humanizada, ao mesmo tempo compassiva e esclarecida. Disto resulta, segundo abalizada visão de Freire, que: "O

[371] (1959: 219).
[372] Nota: Conferir, item 1.3.
[373] (Souto, 1985: 278)
[374] Nota: Ver item 1.3.4.

humanismo é um compromisso radical com o homem concreto. Compromisso que se orienta no sentido de transformação de qualquer situação objetiva na qual o homem concreto esteja sendo impedido de ser mais."[375]

Finalmente, a consciência da não perpetuidade é a chave para o trabalho com o apego, um processo que abarca muitos níveis espirituais, envolvendo desde o principiante que busca o domínio do apego comum ao interesse pelo próprio eu, até expressões de alguns poucos iluminados os quais liquidam os últimos vestígios de apego excessivo a certos hábitos sutis da mente. Sobre isso, a dicotomia consciência ingênua/consciência crítica[376]. Em cada estágio, porém, o crescimento da compaixão é a medida que determina o quanto as amarras do apego (ingenuidade) estão se afrouxando. A liberação do egocentrismo permite a expressão mais espontânea de nossas qualidades naturais de compaixão. Especialmente, desenvolvemos a aspiração sincera de que todos os seres, nossos companheiros no reino do desejo, encontrem a liberação do apego ao mundo externo e interno como sendo reais, libertando-se da exaustiva busca pela realização de seus desejos, que leva apenas, e cada vez mais, em direção à ilusão e ao sofrimento. É nesse contexto que se vai forjando, na sociedade, o preconizado "sentimento jurídico", como expressão do afeto nas relações jurídicas, do querer agradável ou normativo, de que este item também se ocupa. Ou, ainda, como diria Rückert em linguagem poética: "*Sólo allí donde se enlanzan la Justiça y el amor, se expía la culpa humana y se redime el pecador.*"[377]

---

[375] (1983: 22).

[376] Nota: A ação do homem só encontra sentido se estiver sintonizada com a realidade e com esta comprometida. Diferentemente do animal irracional, o ser humano é capaz de reflexão. O homem existe. Está inserido no mundo e este é objeto de sua construção objetiva bem como de sua representação mental (subjetiva). Por isso, dele conhece e é capaz de modificá-lo, objetiva e/ou subjetivamente. Esta ação modificadora torna-se, no entanto, impossível, se o homem estiver imerso em seu próprio mundo e se mostrar incapaz de distanciar-se dele, mediante o processo de abstração lógica, para contemplá-lo e avaliá-lo em seu conjunto. Decorre daí a contínua necessidade que o homem sente de viver a realidade, mas dela distanciar-se para operar uma reflexão realmente abalizada do real e do mentalmente construído para que, desse modo, possa realçar e assumir seu compromisso sócio-psíquico diante do mundo em que habita, o seu meio e as suas circunstâncias. A isto se denomina "consciência crítica", pois a partir dela é que se vai forjando a capacidade modificadora do homem que se reconhece um ser dialético, conquanto racional, acerca de seu próprio meio. Ao contrário, a denominada "consciência ingênua" leva a uma visão distorcida, conquanto simplista, superfial, acrítica e intuitiva da realidade. (Freire, 1983: 15, 25).

[377] (*apud,* Stammler, 1980a: 128).

2.4 Razoabilidade Jurídica

A razoabilidade jurídica consiste, no Brasil, em um princípio constitucional implícito[378] que conduz, em tese, à boa interpretação legal, como sendo a atividade do espírito que se dirige à concretização do Direito em relação às diversas hipóteses por ele disciplinadas.[379] Apesar disso, a legislação infraconstitucional tem editado normas expressas nesse mesmo sentido, a exemplo do que sucede ao artigo 2°, da Lei n° 9.784, de 29 de janeiro de 1999, que diz: "A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação,

[378] (Figueiredo, 1991: 8, 9).

[379] Nota: Embora se afirme como princípio implícito na Ordem Constitucional, a Carta Política de 1988 não cogita, expressamente, da razoabilidade. Justamente para vencer essa omissão, dir-se-ia imperdoável ante os novos tempos de participação jurídica e legitimação, tramita no Congresso Nacional a PEC nº 55/99, de autoria do Senador Morazildo Cavalcanti, que modifica o *caput*, do artigo 37, da Constituição Federal, para acrescentar-lhe esse princípio aos que ali já estão encartados. O processo de revisão também já conta com Parecer favorável do Senador Jefferson Péres, relator da matéria na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJ). De acordo com a justificação da matéria, a proposta "...visa acrescentar aos princípios de observação obrigatória pela Administração Pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios o princípio da Razoabilidade, o qual possui como institutos ancestrais a cláusula do devido processo legal (*due process of law*), do direito norte-americano, e o princípo da legalidade, oriundo do direito europeu-continental. Na verdade, não se trata de inovação no direito pátrio, posto que é pacífico o acolhimento do princípio da razoabilidade como fundamentum decisum nos tribunais, bem como é o instituo reverendado pela mais renomada doutrina; que o considera princípio constitucional implícito, derivado da legalidade (art. 37, *caput*, CF), o do devido processo legal (art. 5º, LIV, CF). Trata-se, sim, de previsão constitucional expressa, isto é, positivação do princípio da razoabilidade, o que traz como corlário precípuo a necessidade de ponderação, por parte da Administração Pública, no caso de colisão entre valores da comnidade e direitos individuais. Como se trata de conflito entre princípios, e tendo em vista a natureza normogenética destes, o princípio da *razoabilidade* traz em seu bojo a necessidade de aplicação de uma técnica de solução através da ponderação dos valores, objetivando harmonizar os vários valores que encerrram. Assim, com a privisão constitucional expressa do princípio da razoabililidade, quando a Administração Pública estiver diante de um ato que comporte restrição a um direito fundamental dos administrados, haverá de averiguar a necessidade, adequação e proporcionalidade do ato restritivo, para que se justifique a intervenção do Estado na seara dos direitos humanos, que são fundamento do próprio Estado de Direito. Destarte, justifica-se o presente projeto de Emenda Constitucional na medida em que a constitucionalidade material do princípio da *razoabilidade* clama por sua constitucionalidade formal, posto que sem o princípio aquela constitucionalidade ficaria privada do instrumento mais poderoso de garantia dos direitos fundamentais contra possíveis e eventuais arbítrios ou excessos perpetrados pelo administrador público, mormente quando se trata de atividade que comporta restrição a direitos dos administrados, como o exercício do poder de polícia." (Cf., Diário do Senado Federal, 11/06/1999. Brasília: 15006; Oliveira, 2003: 115). Se aprovado, o *caput do* artigo 37, da Constituição Federal, passa a ter a seguinte redação: "A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, eficiência e razoabilidade e, também, o seguinte:"

razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência." Ou na variável, mencionada pelo eminente professor Miguel Reale, que, como Supervisor da Comissão Revisora e Elaboradora do Código Civil, não vacilou em elaborar e concordar com a inclusão de proposições que importam na exigência de maior prudência por parte dos que atuam no mundo jurídico, mediante "a corajosa opção por cláusulas ou normas abertas, aumentou a responsabilidade dos advogados e dos juízes, notadamente destes, várias vezes chamados a preencher lacunas ou a proferir sentenças de revisão de contratos, e até mesmo para determinar desapropriação de imóveis no caso de ação reivindicatória relativa a áreas na posse de muitos interessados."[380] Exemplo disso é o comando do artigo 113, do Código Civil Brasileiro (Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002), como que incorporando na positividade aspectos de uma normogênese introdutória à legislação codificada e que tocam, fundamente, no problema da razoabilidade jurídica, incorporando-o como atributo de validade das decisões de Estado judiciais ou administrativas. Em uma fecunda monografia, recentemente publicada, Oliveira realça, ademais, da "imantização" do princípio da razoabilidade na Carta Política do Brasil, descobrindo-lhe: "no preâmbulo da Constituição pela enunciação do Estado Democrático vinculado, por cerne, aos direitos fundamentais. Está contido na previsão constitucional do Estado Democrático de Direito (art. 1º, *caput*, da CF), na cláusula do devido processo legal (art. 5º, LIV, da CF), no conjunto dos direitos fundamentais, na abertura do ordenamento positivo (art. 5º, §2º, da CF) etc."[381]

Já o propósito do presente item está relacionado com a necessidade de se traçar algum rudimento teórico sobre o princípio da razoabilidade jurídica, como forma de seguir avançando nesta apresentação de trato filosófico-científico e para o que se exige este pressuposto temático, ante a atmosfera criada naturalmente pela arte de interpretar o Direito a exigir prudência de parte dos seus operadores. Esta qualidade já era conhecida dos Jurisconsultos romanos da Antuiguidade Clássica com a sua genial intuição para o fenômeno jurídico.[382] Sobre isso, ademais, Reale: "Prudência, sucessivamente identificada com a sapiência e a sabedoria, veio aos poucos se enriquecendo de novos valores, até se tornar a mais importante das virtudes que compõem a ética, condição primordial que é de uma solução justa para solução dos conflitos humanos. (...)a prudência, em última análise, é a sábia arte de encontrar, com justa

[380] (Reale, 2003a: 19/07).
[381] (2003: 109).
[382] (Massini, 1983: 21, 23).

proporção e cautela, a solução mais adequada à compreensão e ao julgamento dos atos humanos. O que a caracteriza é o cuidadoso e aturado balanceamento de dados e valores tendo em vista uma decisão acertada, quer para praticar um ato, quer para proferir um julgamento. É neste caso que ela torna mediadora da justiça. É, em suma, uma expressão de racionalidade, preferindo medidas preventivas para evitar conflitos, mais do que o uso da coação para reprimi-los."[383]

Desse modo, a razoabilidade jurídica é, em um determinado sentido, tomada como prudência e é bem este o significado encontrado para o termo, segundo os objetivos da presente Tese.

De seu turno, interpretar é atividade lógica, porque consiste em extrair da norma jurídica seu exato alcance e significado. Nesse propósito, o pensamento deve jungir-se à vontade da lei, considerada como a vontade objetiva, aquela que reflete a vontade do *socius*, e não à vontade de quem a fez. Sobre isso, conferir a Lei de Introdução ao Código Civil (LICC, art. 5º)[384].

A interpretação, a aplicação e a integração jurídicas são espécies do gênero hermenêutica jurídica. Pela interpretação se busca abarcar o real significado da norma, especialmente da norma legal; pela aplicação se confere à lei sua destinação precípua que é a incidência (subsunção), seja em sede de obediência espontânea ou jurisdicional; a integração remete aos processos de construção jurídica (extensão, restrição ou aplicação analógica) quando não haja, *a priori*, disposição legal referente à situação jurídica que se pretende disciplinar.

No Processo Penal, *v.g.*, *aplicam*-se as regras usuais para a interpretação da lei (regras comuns da hermenêutica, LICC art. 4º). Admite, outrossim, aplicação extensiva e analógica, bem como dos princípios gerais de Direito (CPP[385], art. 3º).

Por não conter dispositivos versando sobre direito punitivo (normas penais substantivas ou materiais), eis que os rigores interpretativos prevalecentes para a compreensão do alcance das leis penais (restritivismo) não se aplicam, de regra, às normas de processo penal. O conteúdo destas normas, diversamente daquelas, é, por definição, instrumental e remete à problemática verificatória de fatos, pessoas e circunstâncias acerca do cometimento criminal, como evento juridicamente qualificado. Já as leis penais referem a estruturas típicas, modelares, produto de puras convenções, dado que afasta a perspectiva empírica para interpretação e aplicação, não se admitindo integrá-las jamais. A interpretação para o Direito Penal é sempre

[383] (2003a: 19/07).
[384] Nota: Art. 5º, LICC – "Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum."
[385] Nota: CPP = Código de Processo Penal.

restritiva e literal. Para o Direito Processual Penal, segue-se naturalmente o permissivo do art. 3º, do CPP. Para a exata compreensão de ambas as categorias normativas, deve estar presente a razoabilidade jurídica como forma de se atingir a plena realização da Justiça Penal, de tipo objetivo, em um ambiente pós-moderno. Desse modo, o crime é aquilo que a lei diz que o seja, estritamente falando, como resultado da verificação de um núcleo mais o seu predicado que a própria lei penal encerra em sua formulação lingüística (norma primária preceitual e norma secundária sancionadora), não o que "tropicalisticamente" possa fazer crer, por exemplo, uma Medida Provisória que venha a ser editada, ao sabor dos acontecimentos políticos, por algum Governo ávido por promoção midiática. No passado recente, o Brasil teve oportunidade de assistir um tal enredo, quando por ocasião do Governo Collor.[386]

Finalmente, diz-se que a norma de interpretação vale desde o fato (*ex tunc*), eis que tanto quanto as normas processuais não lidam com o direito de punir, não instituem preceitos e/ou sanções, não constituem, portanto, situações jurídicas novas. Apenas disciplinam formatos instrumentais mediante os quais se possibilita o atingimento dos fins práticos relativos à cognição necessária ao desate da subsunção (utilitarismo lógico-prático), mas que seja realístico (razoabilidade). Portanto, para se alcançar convicção sobre a retroatividade ou a irretroatividade da lei, será antes necessário que se vasculhe, e nesse sentido também se interprete, a natureza dessa lei. Ela poderá apresentar-se, no todo ou em parte, como material (Direito Penal) e instrumental ou processual (Direito Processual Penal). Havendo ou não predominância de uma ou de outra natureza, não importa, convém realçar que a lei pode possuir natureza híbrida ou mista. É irrelevante a nomenclatura da lei no sentido de descrever-se a sua natureza. Uma lei de tipo acentuada e declaradamente penal-material pode conter disposições de ordem processual (*v.g.*, a lei dos crimes hediondos), enquanto uma lei de nomenclatura processual, pode perfeitamente estabelecer normas de Direito material (*v.g.*, a lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais).

A idéia, todavia, de extensividade para o correto interpretar das leis processuais penais deve merecer do hermeneuta um senso crítico capaz de conferir bom senso à sua aplicação; afinal, isto traduz o próprio fim a que se destina a atividade interpretativa. Assim, por exemplo, se se está a questionar liberdade provisória ou sua perda (prisão processual: preventiva, temporária, em flagrante delito etc), deve o hermeneuta realizar a interpretação o tanto mais restritivamente quanto convenha à razão

[386] Nota: Sobre isso, ver item 4.2.9.

legitimadora situada no plano da equação política: direitos individuais/interesse social. As diversas situações devem ser sopesadas caso a caso e não pode ser estabelecida uma regra definitiva com que de modo universal se estabeleçam as condições de tal apuração lógica. Isto porque o fenômeno jurídico é por demais complexo, como complexo é o seu objeto de regulação: a conduta humana na sua interferência intersubjetiva.

Dessarte, o saber, somado à sensibilidade e, sobretudo, à ética do desenvolvimento das atividades processuais, responderá adequadamente a todas as exigências de ordem práticas que o intérprete terá de enfrentar, especialmente quando em sede jurisdicional.

Daí porque, também e principalmente, o saber objetivo é fundamento de legitimação e de poder e participa do princípio da razoabilidade jurídica como seu próprio substrato. Realmente, de acordo com um princípio ancilar da Teoria Jurídica expresso em Kant: "*Una acción es conforme a Derecho cuando, según ella o según su máxima, la libertad del arbitrio de cada uno puede conciliarse con la libertad de todos, según una ley general.*"[387] Sobre isso, ainda, Saldanha: "Quando a vida cultural evolui e se complica, complicam-se as relações entre as diversas faixas de ordem: a familiar, a econômica, a política (a ordem familiar, por exemplo, tende a perder sua força em certas fases tardias dentro de cada ciclo cultural). Complicam-se dentro de cada faixa ou tipo de ordem as formas de valoração e de prescritividade: a economia passa ao planejamento e à tecnocracia, a política se enche de *ismos* e de estratégias, o direito diversifica seus 'princípios' e suas formas normativas. Na evolução do direito, o advento do predomínio da lei é sempre correlato da consolidação política do Estado. O poder se concentra, mas ao mesmo tempo ocorre a racionalização das expressões normativas. A lei, como expressão da prescritibilidade de uma dada ordem, é sempre um modo de *dizer* alguma coisa."[388] Por isso mesmo, significa algo que deve ser conhecido e explicado para garantir a justificação do que se decidir a respeito, isto é, a "adequada 'inteligência' dos textos legais"[389] ou a "*aceptabilidad racional de los puntos de vista interpretativos*".[390] No mesmo sentido, Reale: "Pode-se dizer que, à medida que a vida individual e coletiva veio sendo cada vez mais determinada pelo jogo ou disputa de interesses, cresceu também a invocação da prudência como um dos requisitos essenciais da sabedoria."[391]

---

[387] (1978: 80, 81).
[388] (1992: 243, 244).
[389] (Saldanha, *op.cit.*: 245).
[390] (Aarnio, 1991: 241). Nota complementar: Ver também, item 1.2.10.
[391] (2003a: 19/07).

Dessa forma, procedimento e resultado devem, na produção decisória, ao mesmo tempo, corresponder a paradigmas razoáveis de justificação e, pois, de aceitabilidade, para que se possa deduzir a inteira observância do princípio da razoabilidade jurídica como substrato do Direito da pós-modernidade. É claro que o problema da razoabilidade trás para o âmbito da argumentação jurídica e da epistemologia jurídica uma preocupação muito marcante de otimização dos resultados práticos da atuação dos operadores legais. Todavia, não se pode jamais olvidar que a propriedade do razoável não se confunde com a propriedade do infalível. E como a ordem jurídica se aplica e se materializa no plano da vida humana, eis que os significados a conhecer sofrem sempre a incompletude de estado que é própria da permanente construção do homem, seja como indivíduo seja como ente gregário que habita o *socius*. Dessa contingência, sempre modelada pela história, é que exsurge o caráter virtualmente problemático, dir-se-á filosófico, também da razoabilidade jurídica como esforço para o atingimento da meta utópica sobre a certeza dos veredictos e sobre a sua perfeita previsibilidade. Afinal, não é matemática a associação mais ou menos razoável que se venha a fazer, e deve realmente ser feita, ainda quando com grande esforço, entre a lógica e a ética, como foi preconizado por Viehweg.[392] Com efeito, citando Miguel Reale, a apropriada assertiva de Xavier: "A interpretação 'razoável' opera empregando princípios axiológicos implícitos no ordenamento e em tal medida permite a solução de conflitos que não podem ser reduzidos a uniformidade lógica do raciocínio matemático mas dependem da flexibilidade do entendimento razoável das normas constantes do ordenamento jurídico, pois 'só serve a sociedade um magistrado que exerce criteriosamente suas atividades à luz das fontes e dos modelos do Direito prolatando uma decisão que entrelace, com certeza e segurança, o passado ao futuro, a justiça pedida e a justiça outorgada.'"[393]

Realmente, razoável é a propriedade daquilo que está de acordo com a razão, com a prudência, ou com as regras que esta razão e esta prudência prescrevem em um determinado tempo e lugar por forma a serem observadas pela comunidade destinatária. Conforme observa Abbagnano: "Como correlativo de *racionabilidade*, o termo 'razoável' implica uma conotação limitativa que, em primeiro lugar, exclui a infalibilidade da razão e, em segundo, inclui a consideração dos limites e das circunstâncias em que a razão vem a agir. Portanto, 'ser razoável' significa, na língua comum, dar-se conta das circunstâncias e das

[392] (*apud,* Feres *et al*, 2001: 303).
[393] (1996: 22).

limitações que elas comportam, renunciando-se a atitudes absolutas, sejam elas teóricas ou práticas."[394]

Excluído, pois, o arbítrio de toda consideração que seja de tipo racional e, assim, razoável, deve-se ter em mente que ficam estabelecidas as bases para o correto proceder judicial ou administrativo nas tomadas de decisão jurídica. A previsibilidade passa a ser um paradigma de comportamento funcional e a certeza jurídica dos veredictos uma expectativa real e pacificadora do *socius*. Para tanto, deve o intérprete se projetar na cultura e nos valores vigentes, negando-se a si mesmo, tanto quanto possível, para garantir, ao seu ministério, a plena funcionalidade jurídica que envolve fundamentação normativa e, já agora, a razoabilidade dentro em um ciclo integrativo e necessário do qual não mais se pode olvidar tecnicamente. Sobre isso, interessante esforço de sistematização pode ser haurido do superior pensamento de Aulis Aarnio, consoante pontificado no item seguinte desta Tese e que consiste em um de seus lastros teóricos, ora apresentados.

Por outro lado, na busca pelo racional e pelo razoável, o sujeito deve apresentar explicações coerentes tanto do ponto-de-vista lógico quanto situacional, ou seja, relativo aos valores fundamentais do meio social em que atua, revelando adaptação e sintonia e sendo, por isso, moralmente aceitável, para uma idéia, uma atitude, uma ação, um sentimento que possam forjar as decisões jurídicas, no caso. De fato: "na vida de um operador do Direito, em princípio normalmente tranqüila, podem surgir oportunidades em que ele se sinta no dever, por exemplo, de dizer não a um seu cliente, ou de divergir de uma tese jurídica firmemente estabelecida, até mesmo consagrada por súmula de tribunais superiores, apresentando argumentos novos, a seu ver decisivos e até então não aduzidos, e que julgue necessário debater em virtude de alterações supervenientes no plano dos fatos ou da ciência."[395] No mesmo sentido: "Apresentar razões, refutar hipóteses, reavaliar erros e aprimorar argumentos são noções que não podem ser desconsideradas pelo Direito não só no momento da criação legislativa mas também no da sua aplicação. A partir destes conceitos expostos acima, mundo da vida e racionalidade, situa-se a teoria da argumentação jurídica na esteira de construir um substrato teórico-prático que possa inserir a dogmática neste pano-de-fundo transcendental, em que se interagem os falantes de forma a alcançarem o consenso, partindo de uma fundamentação racional."[396] Bem por isso, a racionalidade habermasiana que, em parte, fundamenta, conceitualmente, o princípio da

[394] (1998: 830).
[395] (Reale, 2003a: 19/07).
[396] (Feres *et al*, 2001: 297).

razoabilidade jurídica, implica na capacidade de os participantes do processo de comunicação apresentarem fundadas razões que exprimam, adequadamente, os cenários de circunstancialidades do próprio enredo discussivo.[397] Deste modo, cultura e linguagem, como parece óbvio, exercem papéis preponderantes na conformação do processo interagente do discurso normativo. Aliás, as ciências da cultura, como é o caso da Ciência do Direito, se afirmam, particularmente, pela sua linguagem que é objeto do saber e, ao mesmo tempo, instrumento da comunicação desse mesmo saber: um só plano lógico para uma dupla realidade epistemológico-gnosiológica. Assim sendo, o Direito deve traduzir um discurso racional e discursivo, no sentido de Habermas.[398]

A racionalidade comunicativo-discursiva também é um argumento-chave no pensamento de Aulis Aarnio, como se observará adiante, na junção de uma doutrina da justificação para as decisões jurídicas em que a razoabilidade é um *plus* qualitativo à teoria dogmática do Direito, pelo que a forma do elemento racional e o conteúdo do elemento razoável, ou a lógica do pensamento puro e a ética da conduta individual ou coletiva, se fundem em um amálgama argumentativo capaz de conferir, em grau máximo de verificabilidade, a observância dos ideais clássicos de segurança jurídica e de Justiça que a dogmática jurídica já não é capaz de prover nessa extensão. É pela aceitação da comunidade jurídica[399] dos veredictos que sejam considerados racionais (baseados em uma argumentação normativa sistematicamente válida) que também são tomados como razoáveis (ou justificáveis). A aceitação do razoável implica a do racional também para que não seja arbitrário o veredicto, ainda que amparado dos mais honestos *consideranda*. Portanto, os dois conceitos se interpenetram dialogicamente e pelo que estabelecem as bases para a correção dos veredictos, mas que não seja definitiva e completa (porque o absoluto é uma idéia intransponível do ponto-de-vista prático), nem tampouco subjetivamente relativizada e até mesmo se afirme como uma "correção" arbitrária.

A isso se define como razoabilidade jurídica.[400] Por isso, autores há que traduzem a expressão como a própria

---

[397] (*apud,* Feres *et al*, *op.cit.*: 296).
[398] (*apud,* Feres *et al*, 2001: 296).
[399] Nota: "Comunidade Jurídica" entendida, aqui, como "auditório" ao qual se dirigem as formulações da argumentação jurídica.
[400] Nota: Xavier conceitua a razoabilidade jurídica como sendo "...a busca da adequação das normas jurídicas a realidade concreta e seus valores, objetivando aplicar a lei de acordo com sua finalidade." (1996: 22) Essa variação terminológico-definidora, certamente abrangente, induz Oliveira a não aceitar a simplicidade da tarefa em função da "indeterminação" do próprio conceito de razoabilidade e do tipo aberto de norma por ela encerrada nos sistemas jurídicos modernos, indicando, outrossim, para sua perfeita compreensão, três elementos considerados essenciais

vocação de orientar, interpretar e integrar, com apoio nos valores da "reta razão"[401], a aplicação do Direito. De fato: "O Juiz tem o poder-dever de aplicar os valores de justiça consagrados nas regras de natureza constitucional. O Juiz tem o poder-dever de conhecer que, acima dos códigos formais, existe, na Constituição política, Princípios Constitucionais do Processo, expressos e implícitos, que orientam a aplicação do direito, dentro de padrões de justiça. O juiz precisa reconhecer que o Princípio da Razoabilidade inspira-se na reta razão, como valor social, institucionalmente, garantido pelo Estado de Direito."[402] Outros, como o festejado Orosimbo Nonato, acentua a flexibilidade da lei às mãos do Juiz, assim descrevendo: "A onipotência da forma legal perde seus fanáticos. Reclama-se para o juiz moderno quase que a função de um 'legislador de cada caso' e isso se reclama exatamente para que, em suas mãos, o texto legal se desdobre em um sentido moral e social mais amplo do que, em sua angústia expressional, êle contém"(*sic*).[403] É claro que uma tal atitude não pode resultar em aventuras de ocasião ou de conveniência subjetiva. Refere-se, aqui, à tomada de decisão mais prudente de acordo com as circunstâncias e conjunturas factuais. Um assumir expandido da responsabilidade de julgar que envolva a dimensão dos fatos objetivos e evidenciados ou, quando impossível esta verificação, mediante razões plausíveis que também afirmem, como racional e razoável, a aceitação correspondente do exercício da autoridade.[404] Sobre isso, ainda, José Linhares: "Deve o Juiz, é certo, entre diversas interpretações plausíveis, eleger aquela que frise mais com a justiça, a eqüidade, as conveniências do consórcio civil, os imperativos do bem comum. Nunca lhe será dado, porém, *data vênia*, sobrepor seus sentimentos pessoais, sua consciência pessoal àquela consciência média de que a lei é a expressão suprema. Se há contraste entre o mandamento peremptório da lei e a opinião pessoal do juiz, sucumbe a

---

(sub-regras): "adequação" (também chamado subprincípio da idoneidade que comanda ajustamente entre meio e motivação para a finalidade que se persegue), "necessidade" (também chamado subprincípio da exigibilidade do meio menos traumático ou da proibição dos excessos, da indispensabilidade) e "proporcionalidade no sentido estrito" (também lido como ponderação, acuidade, acerca dos direitos em jogo e os valores concorrentes à situação a ser decidida, conforme o princípio da razoabilidade jurídica). (2003: 88, 109) No mesmo sentido, Harlan, suscitando que sua determinação não pode ser referência a qualquer "código". (*apud,* Barroso, 1996: 200)

[401] Nota: "Reta Razão" (dos agires) é uma expressão comumente tomada como significado de virtude prudencial, pois a Filosofia Ocidental tem sido, permanentemente, confrontada com o desafio problemático de interpretar as experiências sensoriais e as suas manifestações no espaço social.

[402] (Silva, 1999: 91).

[403] (*apud,* Silveira, 1968, v. 1º: 161).

[404] (Reale, 2003a: 19/07).

do juiz, que na pode subterfugir ao império da lei se falharem, na inteligência do texto, os recursos todos da exegese."[405] Como se disse alhures, a autoridade deve se esforçar para negar-se a si mesmo diante do caso concreto. É a lógica que permite prevalecer a razoabilidade jurídica na tomada de decisão correspectiva, segundo o momento, a natureza e as circunstâncias que envolvem cada situação jurídica a ser composta, a partir dos modelos legais. Deste modo, pode-se afirmar que o momento da subsunção é sempre um momento valorativo e incomum, único, contingenciado historicamente, mas sempre no sentido de sua universalidade racional. De acordo com Barroso, citando, a propósito Rafael Bielsa e Linares Quintana: "O princípio da razoabilidade é um parâmetro de valoração dos atos do Poder Público para aferir se eles estão informados pelo valor superior inerente a todo ordenamento jurídico: a justiça. Sendo mais fácil de ser sentido do que conceituado, o princípio se dilui em um conjunto de proposições que não o libertam de uma dimensão excessivamente subjetiva. É *razoável* o que seja conforme à razão, supondo equilíbrio, moderação e harmonia; o que não seja arbitrário ou caprichoso; o que corresponda ao senso comum, aos valores vigentes em dado momento ou lugar."[406] Sobretudo, em Mello: "Enuncia-se com este princípio que a Administração, ao atuar no exercício de discrição, terá de obedecer a critérios aceitáveis do ponto-de-vista racional, em sintonia com o senso norma de pessoas equilibradas e respeitosa das finalidades que presidiram a outorga da competência exercida. Vale dizer: pretende-se colocar em claro que não serão apenas inconvenientes, mas também ilegítimas – e, portanto, jurisdicionalmente invalidáveis –, as condutas desarrazoadas, bizarras, incoerentes ou praticadas com desconsideração às situações e circunstâncias que seriam atendidas por quem tivesse atributos normais de prudência, sensatez e disposição de acatamento às finalidades da lei atributiva da discrição anulada."[407]

Diante de todo este exposto, firma-se o entendimento segundo o qual o princípio da razoabilidade, por mais aberto e problemático que seja, quanto à sua configuração terminológica e também conceitual, se traduz, sobretudo, como norma limitadora do exercício da discricionariedade oficial (autoridade) que é manifestação inerente às três esferas do Poder Político do Estado, e uma das conquistas mais proeminentes do Estado Democrático de Direito[408], possuindo, nesse sentido, um caráter de "eficácia

[405] (*apud,* Silveira, *op.cit.*: 166).
[406] (1996: 204, 205).
[407] (2000: 79).
[408] (Ismail Filho, 2002: 728).

multifuncional".[409] Em atenção a isso, o conceito jurídico de razoabilidade pode ser tipificado segundo uma dupla abordagem funcional, a saber: a)formal ou lógico, que consiste na avaliação isenta de contradições e arbítrio; b) experimental ou empírico, que consiste na observação criteriosa e bem pautada dos objetos do conhecimento submetidos ao caso concreto que haverá de merecer composição legal.

Com esse empenho, reproduz-se, no plano do Direito e do Estado, a lógica da descoberta científica sobre o fenômeno jurídico e a garantia de correção. E por empenho de classificação, Agustín Gordillo assevera que o ato do operador jurídico deverá ser tomado como irrazoável quando tiver umas das seguintes características: a)não apresente os fundamentos de fato ou de direito que o sustentam; b)deixe de levar em conta fatos públicos e notórios ou constantes no expediente, ou se funde em fatos ou provas inexistentes; e c)não guarde proporção adequada entre meios e fins, isto é, seja desproporcionado, excessivo em relação ao que deseja alcançar.[410] E, porque irrazoável, assim também ilegítimo, independentemente de sua correção puramente formal, silogística, caso das sentenças judiciais. Mas igualmente ilegal, por não realizar, em face da dissensão com os meios empregados, a finalidade pública que é elemento constitutivo da manifestação do Poder Público e que está, sem dúvida, objetivado na norma.[411] A observação fiel das regras de classificação de Gordillo, acarreta, igualmente, a prudente oportunidade de serem evitados, a pretexto do crivo de razoabilidade (puramente retórica e não substancial), a ocorrência de julgamento *ad hoc*, um mal em si mesmo, conquanto antinômico do Direito. Com isso são evitadas também as impurezas decorrentes da indeterminação do conceito de razoabilidade e não apenas naqueles "pontos extremos" de que se reporta Pietro.[412] No entanto, é sempre possível a permanência de alguma zona de sombras quanto à determinação de seus conteúdos em alguns casos mais sutis, dificultando, assim, o estabelecimento da consciência plena sobre a justificação do ato de poder, da decisão jurídica, bem como sobre a sua aceitabilidade por parte dos seus destinatários, ou ainda quanto às possibilidades de seu controle judicial. De todo modo: "É óbvio que uma providência administrativa desarrazoada, incapaz de passar com sucesso pelo crivo da razoabilidade, não pode estar conforme à finalidade da lei. Donde, se padecer deste defeito, será, necessariamente, violadora do princípio da finalidade. Isto equivale a dizer que será ilegítima, conforte visto, pois a finalidade integra a

[409] (Oliveira, 2003: 116, 117).
[410] (*apud,* Ismail Filho, 2002: 729).
[411] (Ismail Filho, *op.cit.*: idem).
[412] (2001: 175).

própria lei. Em conseqüência, será anulável pelo Poder Judiciário, a instâncias do interessado."[413]

A razoabilidade jurídica encontra, aqui e então, um caráter nitidamente substantivo[414], diverso da etiologia do princípio *due legal of process*, puramente formal, de onde parte também sua concepção histórica e pano-de-fundo para o combate às injustiças e às arbitrariedades do sistema político.[415] O princípio constitucional da razoabilidade, ainda que implícito, permite antever sua composição substantiva para, inclusive, exconjurar da Ordem Jurídica atos e decisões normativos que se desvistam de sua motivação legal, de sua finalidade, ou mesmo do senso comum de Justiça em sentido mais amplo, assim como do bem comum e do interesse público, e que corresponde à teleologia última do Direito, sem risco para a manifestação de algum "ativismo judicial" com o sinal trocado em referência ao tirocínio com que fora planificado na frutuosa história da atuação do Poder Judiciário norte-americano, que no Brasil, sociedade periférica, não se reproduziu com toda a sua fecundidade.[416]

A isso se some a lição de Bodenheimer para quem, na modernidade, vem crescendo uma nova consciência acerca do Direito, pela qual os princípios e valores morais, éticos, econômicos, sociais etc, recepcionados, expressa ou implicitamente, incorporam-se no sistema de Direito Positivo. Desse modo, um tal recepcionamento há de gerar na consciência do Juiz um reflexo do que acha de comprometer-se ante o contexto histórico e cultural em que atua sob risco de ter invalidada sua ação decisória.[417] No mesmo sentido, Cappelletti, a realçar, para a contemporaneidade, a tripla responsabilidade do Juiz: jurídica, política e social.[418] Essa tríplice responsabilidade evoca uma dicotomia do mundo jurídico-social. Enquanto a norma jurídica é um conceito estático, lógico-formal, inferível por dedução e plenamente explicável desse mesmo ponto-de-vista, a ordem dos fatos sofre os efeitos de uma intensíssima dinâmica social que a reconstrói, desconstrói e novamente a reconstrói a cada instante. Trata-se de uma natureza particularíssima e contingencial dos fatos implicados no *socius* e para a qual deve estar atento o operador jurídico. Valendo-se da razoabilidade, ele certamente encontrará a justificação presente para as diversas situações que forem selecionadas, também normativamente, à composição legal. Por isso dizer-se

---

[413] (Mello, 2000: 80).
[414] Nota: Sobre o sentido substantivo do "devido processo legal", ver também (Sampaio *et al*, 1999: 69, 70).
[415] (Barroso, 1996: 199, 204).
[416] (Barroso, *op.cit.*: 201).
[417] (*apud,* Silva, 1999: 89, 90).
[418] (1989: 35).

também que a razoabilidade reflete a atuação do Juiz no cenário social pós-moderno. Assim, como disserta Oliveira: "O princípio da razoabilidade se propõe a ser o principal mandamento a favor da efetividade da Constituição, pois confere a medida de todas as normas."[419] E é, por isso mesmo, um atributo do arsenal técnico da Ciência Jurídica para estes tempos da contemporaneidade, haja vista que as exigências sociais se tornam cada vez mais refinadas e eficientes. Daí que quando se fala, em um discurso jurídico, em princípio da razoabilidade, já é evidente que os termos estão revestidos de uma conotação técnico-jurídica e não se confundem com a sua apresentação de ordem coloquial, pois participa da consciência jurídica da comunidade que se trata de uma construção legal e não vulgar, dir-se-á pró-ativa.[420]

Estando superada a fase em que a razoabilidade jurídica era confundida com a dicção judicial em última instância, boa ou má, produto do "ativismo judicial" norte-americano para o qual vivia-se sob uma Constituição, prenhe de simbolismo, por certo, mas que, justamente por isso, significava somente aquilo que os *Judices* proclamavam a partir dos veredictos da Suprema Corte, consoante célebre locução de Charles Hughes, em meados da década de trinta, tem-se, outrossim, hodiernamente, que: "...na busca do valor que deva fazer predominar no julgamento da causa que lhe é submetida, finalmente o juiz atravessa a ponte de outro entre o Direito (a Ciência da norma de conduta) e a Ética (a Ciência da conduta), esta o fundamento, a razão, a legitimação daquele.[421]

Finalmente, como lembra Pietro, o princípio da razoabilidade que é de grande importância no que respeita aos limites da discricionariedade do Poder Público, tem sido pouco estudado no Brasil.[422] A presente Tese está fundada, igualmente, no propósito de contribuir para reduzir esse tipo de preocupação acadêmica que reflete, diretamente, na saúde institucional do sistema político-jurídico.

2.5 O pensamento de Aulis Aarnio: o Racional como Razoável

O presente item tem por finalidade a descrição de algumas passagens do superior pensamento do Professor Aulis Aarnio, Catedrático Aposentado da Faculdade de Direito da Universidade de Helsinki, atualmente atuando como Pesquisador, Professor e Diretor no Centro de Ciências

[419] (2003: 325).
[420] (Silva, 2002: 28).
[421] (Slaibi Filho, 2003: 45).
[422] (2001: 174).

Sociais da Universidade de Tampere, Finlândia, por modo a corroborar o que doravante se apresenta nesta Tese.

O Professor Aarnio tem se destacado no mundo jurídico como um luminar da Filosofia do Direito contemporânea, a partir de suas construções críticas decorrentes da constatação de um quadro de estagnações metodológicas como também essenciais, da Teoria Jurídica Clássica que ele considera em parte superada, e de fato está. Essas construções, notadamente apontando para a ingente necessidade de garantir-se aos destinatários da Ordem Legal a previsibilidade de suas formulações e resultados a partir do princípio da autoridade (fazimento das decisões jurídicas, judiciais e administrativas), produziram uma festejada Teoria da Razoabilidade Jurídica, sintetizada na obra *Lo Racional como Razonable*[423], depois acrescida, na mesma linha de considerações, da obra *Reason and Authority*[424], sem prejuízo de sua intensa produção científica expressa em outros compêndios, palestras, pesquisas e seminários que vêm sendo implementados, incansavelmente, ainda nos dias atuais com a mesma vocação científico-filosófica de sempre. Além do mais, é notável sua preocupação com a formação das novas gerações de juristas e aponta como essencial o papel da Academia nessa tarefa, para lhes garantir, justamente, as ferramentas com as quais possam adotar melhores decisões e evitar as más, assim afirmando: "*Su tarea es enseñar no sólo leyes, sino enseñar a desarrollar el razonamiento jurídico. Si las universidades preparan peor a los estudiantes, sólo con leyes, peor saldrán los jueces.*"[425]

Todavia, tais construções são obedientes a uma cultura jurídica muito elevada e a uma democracia por demais consolidada que provém das tradições de seu povo, de sua sociedade, como um autêntico laboratório social, e que ele vem, nada obstante, repercutindo com inexcedível maestria e pioneira originalidade.[426] O Professor Aulis Aarnio é um dos fulgores e orgulho do pensamento jurídico finlandês, também reconhecido na Europa como avançado, assim como para nós, de certo modo, o Professor Miguel Reale poderia bem ilustrar, guardados os seus campos de atuação e até mesmo suas ideologias, demarcados, além disso, pelas bases sociais em que laboram e transcendem, ante a excelência de suas respectivas construções intelectuais e jurídicas.

O que há de mais significativo no pensamento de Aarnio para a formação de uma Teoria Jurídica da pós-modernidade está na tentativa, aliás, primorosa, de sistematização do princípio da razoabilidade como componente necessário para a perfeita compreensão do fenômeno jurídico, em sua

[423] (1991: 236, 288 *et passim*).
[424] (1997: 187, 216 *et passim*).
[425] (*apud,* Diario de Mallorca, 2000: 23).
[426] Nota: Ver item 5.5.

complexidade, bem como, *ipso facto*, na formulação das decisões de seus operadores que haverão de afetar, em maior ou menor grau de aceitação, os próprios destinatários da Ordem Legal, ou seja, a comunidade jurídica agasalhada pela organização estatal.

Produzir uma base sólida, juridicamente sustentável, para a estruturação das condições lógicas e metodológicas que possam empreender, universalmente, os substratos para uma verificabilidade dos modos de proceder e resultar do intérprete legal seja ele operador seja ele teórico do Direito, é a suprema vocação da teorização do ilustre pensador do qual agora se ocupa esta Tese e com a qual seu autor faz invariável coro e agradável assentimento. Com efeito, a formação jurídica deste, modelada segundo as tradições da Escola do Recife e fortemente influenciada por um romano-germanismo jurídico proveniente das classes das décadas de 1970/1980, carecia de um *plus* otimizador acerca da perfeita compreensão do fenômeno jurídico, muito embora, como intuição, esse *plus* doutrinário já viesse a ser posto em execução na sua prática jurídica, como se demonstra com o "Estudo de Casos", constante da presente Tese.[427] Ali, no entanto, a ação judicial, motivada pela crença na coragem de realizar o bem e nada obstante os riscos dessa empresa, tinha um outro significado, muito embora pudessem convergir seus resultados para um só desiderato universal de Justiça, consoante agora concebido pelo pensamento de Aarnio. De fato, sem prejuízo da indisposição intelectual, e mesmo ética, por aceitar o injusto, simplesmente em razão da máxima formalística de que a "segurança jurídica" traduz um "mínimo de Justiça"[428], ou porque seria preciso compreender a relatividade das coisas determinadas pelas conjunturas e pelas conveniências de momento, o autor compreendeu os dois momentos pilares da normatização do *socius* e percebeu nisso o viés que acalentou, sem riscos objetivos, as mais diversas decisões de vanguarda que promoveu em seu ministério judicial, e pelas quais tanto se cumprira uma pauta de fundamentação legal objetiva quando se atendera aos supostos de razoabilidade, ante as varreduras da contextualidade dos casos apresentados. Evidentemente, o autor não guarda grande popularidade entre seus superiores, mas isso é uma contingência para cujo preparo é exigido a um Juiz de formação genuína, ou seja, aquele que guarda o Direito segundo as vontades objetivas que ele encerra, não as suas próprias ou sequer aquelas vontades provenientes de fontes, outras, subsistematicamente insinuadas sobre a tomada de decisão.

Compreender, pois, que o momento da edição da lei, como elemento formal (estático), é diverso daquele de

[427] Nota: Ver item 4.2.
[428] (Pedrosa, 1978: 29). Nota complementar: Em sentido oposto (Nogueira, 1981: 14).

quando a lei deve ser interpretada para nela subsumir-se o caso concreto, como dado social (dinâmico), é consciência que reflete, objetivamente, o produto das decisões judiciais, com particular relevância nos quadros sociais periféricos em que as comunidades jurídicas, submetidas à "superestrutura"[429], não conseguem construir mecanismos de controle eficazes que impeçam, ou pelo menos restrinjam, drasticamente, o florescimento das obtusidades por parte dos agentes do Estado e demais operadores do Direito. Se é certo que uma solução definitiva e universal é utópica, ante a condição da imponderabilidade humana, menos certo não pode ser que a redução drástica das estatísticas sobre as diversas formas de desvio funcional ligadas à prática jurídica, recoloca o quadro teórico-institucional em seus termos lógicos como também racionais: deve-se tratar o iníquo como exceção, não como regra, o que sucede nas sociedades melhor aparelhadas, ditas desenvolvidas também do ponto-de-vista político. A corrupção endêmica, por exemplo, é quadro que degenera a possibilidade do fazer científico do Direito, segundo uma abordagem pós-moderna.

Portanto, o formalismo jurídico estrito, quando aplicado com desprendimento e senso de Justiça, valorizando cada peça normativa na perspectiva dos princípios universais do Direito e atendendo à contextualidade do caso concreto, pode produzir os mesmos resultados que seriam produzidos pelo empenho pós-moderno do fazer científico do Direito nas sociedades adiantadas e esclarecidas. É claro que esse fenômeno só pode suceder nas sociedades menos esclarecidas, ou periféricas, porque aí já não se dispõem dos mesmos mecanismos de depuração de que antes foram reportados e o Direito vale mais a quem o aplica do que a si mesmo, enquanto instrumento da disciplina da vida social e mesmo enquanto ciência.

O positivismo só encontra valor jurídico pleno, só adquire a perfeita marca de sua cientificidade que é sinal de universalidade e previsão lógico-racional como também razoável, sob uma tal circunstância, ou então sob o pálio de sua própria historicidade, porque então já não existia um contraponto de melhor cepa. Valeu enquanto fora concebido em um momento então propício. Não vale mais, haja vista vertiginosa e progressiva complexificação da

[429] Nota: A "superestrutura" é uma categoria utilizada inicialmente pela tradição marxista para indicar as relações sociais, jurídicas, políticas e o conjunto das representações de base ou estrutura que incluem as ideologias dominantes (*v.g.*, o neoliberalismo), o aparelho material dessas ideologias (*v.g.*, as instituições públicas, a mídia de massa etc.) e as formas de consciência, quando materializadas (*v.g.*, a resistência cívica, os processos reinvindicatórios etc.). Em um argumento (desigualdade e contradição na distribuição das forças do trabalho e dos meios de produção), a "superestrutura" reflete domínio social e é neste sentido que a expressão é tomada no texto. Sobre isso, Gustavo Gozzi (*apud,* Bobbio *et al*, 1991: 1230, 1232).

sociedade, quando razoavelmente evoluída assim política como economicamente.

É nas sociedades periféricas em que o Direito, ainda hoje, adquire um significado de dominação. E é nas sociedades desenvolvidas em que o Direito adquire um outro significado, o de libertação. Nas primeiras como nas últimas, o objetivo é a paz social, só que por formatos bem diversos: a paz pretendida e urdida pelo Direito-dominação é igual àquela dos cemitérios e a paz pretendida pelo Direito-libertação é aquela que resulta do consenso pelo debate democrático e participativo, do contingenciamento dialético e histórico.

Não é difícil identificar essas sociedades. O primeiro traço distintivo entre esses blocos planetários é a miséria econômica. Onde houver miséria, eis aí atuando o Direito-dominação, incapaz de conferir respostas aos valores mais proeminentes para a própria permanência do *socius* em seu estado de ordem. Onde a miséria já não existir, eis aí ativado o Direito-libertação, porque fica por essa dimensão demonstrada que os seus propósitos de valor universal vêm sendo razoavelmente realizados. Como visto, para muitos, a diferença entre Direito-dominação e Direito-libertação é a própria sobrevivência física.

É nesse contexto dialógico que o autor desta Tese entende a fecundidade do pensamento de Aarnio e nele encontra diversos pontos de identificação teórico-filosófica, consoante ficará mencionado nas linhas que seguem.

Agora, pois, apresenta-se uma pequena compilação das idéias do mestre finlandês.

Pois bem. O Professor Aulis Aarnio se concentra, primordialmente, na intrigante problemática resultante da necessidade de aplicação das normas jurídicas e seus métodos de interpretação visando às rotinas com que se realizem, não apenas o Direito, mas, por meio dele, sobretudo, a Justiça, entendida não somente enquanto valor absoluto (sentido amplo), mas também como valor político-jurídico, social e histórico (sentido restrito). Esta distinção de sentidos para a idéia de Justiça pode ser tomada como filosoficamente clássica por corresponder às preocupações, sem exceção, de seus construtores, a exemplo de Siches.[430]

Daí que o jus-filósofo finlandês questiona, inicialmente, a interpretação dessas mesmas normas, levantando a subjacente questão de sua certeza e propriedade jurídica. Tal questionamento sugere o debate de que os posicionamentos dos intérpretes ou suas opiniões consubstanciam meras conjecturas, crenças arraigadas ou, ainda, considerações acerca da propriedade do ser

[430] (1978: 479, 496).

verdadeiro sobre os objetos interpretados: as normas jurídicas e os fatos sociais por elas regulados.

Prossegue o debate em face do sentido com que aqueles que aplicam o Direito, seus operadores como o Juiz ou o Administrador Público, costumam empregá-lo, haja vista uma recorrente preocupação social de que os destinatários da Ordem Legal tenham seus assuntos considerados e decididos, em juízo ou administrativamente, por operadores jurídicos que revelem consciência sobre a clara imagem do que esse Direito preordena, deonticamente, proibindo, obrigando ou permitindo[431], em seu sistema, para a comunidade jurídica. Com efeito: "*Como ciudadanos no admitiríamos fácilmente la idea de que nuestros asuntos sean decididos en los tribunales sin que el decisor tenga una imagen clara de qué es lo que ordena, prohibe o permite el ordenamiento jurídico. Exigimos que nuestro caso sea decidido conforme a derecho.*"[432]

Exige-se e se espera, pois, que sejam formadas decisões conforme o Direito, dado que não corresponde, simplesmente, a uma simples adequação formal, ou lingüística, entre os termos com que são comunicadas as normas jurídicas bem como os seus predicados materiais (conteúdos).

Aarnio afirma que as normas jurídicas não são proposições teóricas que, por si mesmas, descrevam realidades.[433] Assim, o intérprete legal não deve buscar a "verdade teórica", porquanto o Direito não corresponde, simplesmente, a um conhecimento teórico. Como diria Ferrara, o Juiz é a "*viva vox* juris".[434] A atividade jurisdicional, então, deve ser concebida do ponto-de-vista social e, por isso, consistir em um exercício de poder, respaldado pelo Direito. Por outro lado, não deve o intérprete, evidentemente, tê-lo apenas como apêndice do bom senso, trabalhando a compreensão do enunciado jurídico baseado, exclusivamente, em seus próprios valores. Nesse sentido, o Juiz terá de fazer sempre um esforço para negar-se a si mesmo diante do caso concreto que lhe é apresentado para conhecimento e decisão. Ainda, neste sentido, Ferrara: "A actividade interpretativa é a operação mais difícil e delicada a que o jurista pode dedicar-se, e reclama fino tacto, senso apurado, intuição feliz, muita experiência e domínio perfeito não só do material positivo, como também

---

[431] (Vilanova, 1975: 27).

[432] (Aarnio, 1991: 13).

[433] (1991: 13; 63, 64). Nota complementar: Após descrever a dicotomia Nominalismo/Realismo no pensamento onto-filosófico, afirma Aarnio: "*Si adoptamos uma posición estrictamente nominalista, entonces uma norma, em tanto entidad ideal, no existe.*" (*op.cit.*: 63)

[434] (1978: 111) Nota complementar: Ferrara, igualmente, constrói uma tríplice classificação investigatória para a marcha do raciocínio judicial, cumprindo, pois, observar: "sobre a existência da norma; sobre o seu significado e valor; e sobre a sua aplicabilidade." (*op.cit.*: 113)

do espírito de uma certa legislação. Cumpre evitar os excessos: duma parte o daqueles que por timidez ou inexperiência estão estrictamente agarrados ao texto da lei, para não perderem o caminho (e muitas vezes toda uma era doutrinal é marcada por esta tendência, assim acontecendo com a época dos comentadores[435] que se segue imediatamente à publicação dum código); por outro lado, o perigo ainda mais grave de que o intérprete, deixando-se apaixonar por uma tese, trabalhe de fantasia e julgue encontrar no direito positivo idéias e princípios que são antes o fruto das suas locubrações teóricas ou das suas preferências sentimentais.(*sic*)"[436] A posição de Aarnio, também quanto a isto, é no sentido de que o Direito deve ser aplicado através de uma interpretação filosófica que envolve, certamente, algum tipo de emissão axiológica por parte do intérprete, todavia com apoio seguro e fecundado nas circunstâncias da realidade social acerca do fato analisado; tendo, ademais, como parâmetro para a tomada de decisão a seu encargo, como ato de poder (autoridade), as normas jurídicas e o cabedal do Direito como um todo sistemático.

A lei, sob certas circunstâncias lingüístico-comunicativas, pode revelar prenhez de lacuna, além de ambigüidade e vacuidade. Eis que o operador jurídico é tomado de uma tal situação de impasse, que a sua autoridade parece resultar fragilizada, ante a necessidade de decidir à luz da recorrência técnica de ater-se à regra jurídica a que está vinculado, mas que se revela, na hipótese, como hipossuficiente. Nesse caso, deve o aplicador da lei interpretá-la, conquanto esteja obrigado a fazê-lo, qualquer que seja sua posição formal, sempre de acordo com o Ordenamento Jurídico.[437] Com efeito: "*Aplicar el Derecho es fundamentalmente, interpretalo.*"[438] Surge, neste passo, a questão de como interpretar, de como encontrar o caminho que satisfaça às exigências de Justiça das partes em

---

[435] Nota: "Comentadores" ou "glosadores" eram juristas que faziam notas (comentários, glosas) interlineares ou marginais à legislação de Justiniano. Esse movimento nasceu no século XII e floresceu no século XIII. Depois disso vieram os assim denominados "Pós-glosadores", que já não se limitavam a fazer simples anotações, mas retiravam dos textos legais justiniâneus os mais autênticos comentários que acabaram dominando os estudos jurídicos nos fins do século XIII, perdurando até fins do século XVI. (Soibelman, 1979: 178) Esse movimento restringiu o pensamento jurídico e limitou, por isso mesmo, a expansão do conhecimento sobre o fenômeno jurídico aos ditados dos doutos. A referência aos "comentadores" de então implica um reducionismo não mais tolerável à categoria do pensamento jurídico como compreendido hodiernamente.

[436] (1978: 129).

[437] (Aarnio, 1991, 25, 26). Nota complementar: Além disso, o autor, firmado em lições clássicas do também finlandês Otto Brusiin, afirma: "*Suponemos que el decisor no toma sus decisiones impulsivamente, por casualidad o de manera tal que el modelo de decisiones oscile en forma imprevisible. Se espera que el decisor adhiera lo más posible a la certeza jurídica.*" (*op.cit.*: 26)

[438] (Lacambra, 1979: 541)

conflito, qual o método mais adequado que deverá ser utilizado para isso. Nesses casos, deve o intérprete eleger, de consciência[439] e em atenção à principiologia do próprio Direito[440], aquele que julgar o mais adequado sistema de interpretação lógica e que corresponda, por isso mesmo, às expectativas de certeza jurídica dos destinatários do próprio Direito. Em outras palavras: "*el tribunal u outro órgano adjudicativo tiene la obligación jurídica de dar una respuesta cuando el ciudadano pide protección jurídica.*"[441] E que o faça, sempre, de modo a evitar a arbitrariedade (ausência de compromisso com a norma) e garantir, ao mesmo tempo, a correção da decisão adotada (aceitabilidade e justificação em face dos valores juridicizados). Consoante referido por Lacambra: "*La Lógica moderna puede proporcionar al jurista las técnicas más variadas de inducción y el poderoso instrumento de la semántica le ayudará a extraer de los 'standards' que intervienen en la decisión las consideraciones verdaderamente determinantes. Por eso, parafraseando a Holmes, se dice que antes de que las palabras jurídicas puedan ser usadas com propiedad para las operaciones jurídicas, han de ser esterilizadas en ácido semántico.*"[442]

Para uma tal indagação, tipicamente especulativa, muitas discussões se elevaram no plano da Filosofia do Direito. Nesse contexto, a dialética clássica responde a um certo privilégio das versões no lugar das verdades, dos juízos de forma no lugar dos juízos de conteúdo, haja vista o desinteresse técnico com a determinação da verdade essencial dos objetos do conhecimento, dentre os quais o fenômeno jurídico contentando-se, o sujeito cognoscente, como técnico mais do que como cientista ou operador vocacionado para com a ontologia mesma do jurídico (conhecer os recursos do Direito, suas normas, garantir a distribuição coerente da Justiça), com as puras aparências.[443] A crise da argumentação jurídica dar-se-ia, então, na busca por um suposto ponto consensual entre as duas ordens igualmente lógicas: formal e material. Sobre isso, Reboul refere às "noções comuns" e explica que a

---

[439] Nota: Sobre "consciência jurídica", pode-se afirmar como o produto mental acerca da exata noção dos valores que devem ser normatizados juridicamente.

[440] Nota: De acordo com Vilanova, "Aos juízes, e não a outros, cabe simplesmente julgar. E julgar não é julgar o direito vigente, mas julgar de acordo com o direito que provém de fontes que independem dos juízes, muito embora eles, os juízes, se não elaboram o direito colaboram na sua produção." (1975: 24)

[441] (Aarnio, 1991: 26).

[442] (1979: 229, 230).

[443] Nota: Nesse sentido, Perelman: "Os raciocínios dialéticos que Aristóteles examinou nos tópicos, na Retórica e nas Refutações sofísticas se referem, não às demonstrações científicas, mas às deliberações e às controvérsias. Dizem respeito aos meios de persuadir e de convencer pelo discurso, de criticar as teses do adversário, de defender e justificar as suas próprias, valendo-se de argumentos mais ou menos fortes." (1998: 2)

retórica, assim como a questão judiciária e a política penetram o domínio do verossímil, não o das verdades científicas. Sobre retórica, realçando-lhe em um mundo feito de incertezas e de conflitos, define: "É a arte de defender-se argumentando em situações nas quais a demonstração não é possível, o que a obriga a passar por 'noções comuns', que não são opiniões vulgares, mas aquilo que cada um pode encontrar por seu bom senso, em domínios nos quais nada seria menos científico do que exigir respostas científicas."[444] Por outro lado, Perelman fala, com propriedade, na problemática de "ter um sentido e dar um sentido" [445] às coisas e aos enunciados, por isso esclarecendo: "O sentido, quando não é um objeto inteiramente dado, mas resulta da aplicação de uma regra, que um indivíduo competente e responsável elabora ao aplicá-la, não remete a uma ontologia, mas a uma axiologia, que fornecerá os fundamentos filosóficos que possibilitam justificar tomadas de posição do homem racional que pensa, julga e decide."[446] Desta forma, o juízo, a dizer, a tomada de decisão que resulta de uma escolha pessoal (ainda que sob o enfoque substitutivo de uma entidade abstrata, o Estado, que lhe confere autoridade), portanto racional e não necessária, carece de justificação a fim de que se consolide como aceitável, não sendo possível, ainda como afirma Perelman, "separar nitidamente (...) a teoria da prática, e o pensamento da ação."[447]

Uma argumentação, porém, de todo especial e que encontra, aliás, grande simetria com o pensamento de Aarnio (na rejeição, embora não absoluta, ao analiticismo lógico-formal e puramente dedutivo da Teoria Jurídica Clássica), há de ser descrita neste passo: a "lógica do razoável", de Siches.[448] Esse argumento se sustenta na observação arguta do autor "*sobre el fracaso de lo racional y la necesidad de lo razonable en la interpretación del Derecho.*"[449]

Como método de abordagem hermenêutica, a "lógica do razoável" descreve que a aplicação das normas jurídicas deve obedecer a princípios de razoabilidade, ou seja, eleger a solução mais razoável para o problema exsurgido do caso concreto, submetido à apreciação do intérprete, em face das circunstâncias sociais, econômicas, culturais e políticas que envolvem, universalmente, a questão, sem se afastar, outrossim, dos parâmetros legais. A atitude, não obstante, poderia parecer até redundante (cumprir a lei para realizar Justiça), se um componente humano, identificado na pessoa do intérprete, não integrasse esse

[444] (2000: 27).
[445] (1997: 23, 40).
[446] (*op.cit.*: 27, 28).
[447] (*op.cit.*: 27).
[448] (1978: 660, 665).
[449] (Siches, 1978: 645, 654).

processo; mas, sobretudo, pareceria também contraditório, se tampouco as construções doutrinárias do passado, ligadas à Teoria Jurídica Clássica, por definição formalística e dedutível, não viessem a conspirar contra os superiores valores sociais em uma relação espaço-temporal qualquer. O puro formalismo jurídico, enquanto explica suficientemente um Estado totalitário, por exemplo, jamais o legitimaria à luz da Teoria da Justificação e da Razoabilidade Jurídicas, assim também as diversas manifestações arbitrárias, desconectadas da realidade, por parte dos operadores jurídicos nos Estados Democráticos de Direito, consoante observado no item anterior desta Tese. Pois, "*los contenidos jurídicos (es decir, lo que las normas mandan, lo que prohiben y lo que permiten) no pertenecen al pensamiento regido por la lógica de tipo matemático, de lo racional, sino a outro campo de pensamiento que está regido por otro tipo de lógica, por 'la lógica de lo razonable, de lo humano' ou de la razón vital e histórica.*"[450]

Noutros termos, o método se constitui em modelo de compreensão do significado e do alcance da lei dos mais modernos e eficientes da atualidade do pensamento jurídico-filosófico, devendo-se dizer, realmente, plenamente justificável na medida em que se preocupa, no essencial, com a descoberta científica dos elementos que compõem a ontologia jurídica em sua dupla dimensão fático-valorativa. De fato, Siches propõe a limitação do uso de métodos universalizantes, *a priori*, somente a aspectos formais do Direito, reservando para a "lógica do razoável" (e não para a "lógica do racional") a construção do conteúdo das normas, a partir dos parâmetros fornecidos pelo contexto em que são aplicadas, à luz, ao tempo, dos aspectos históricos, sociais e axiológicos prevalecentes a uma sociedade.[451] Citando Maggiore, o próprio Siches arremata: "*Al delimitar correctamente de un modo rigoroso las diversas funciones, en los respectivos campos, de la lógica de tipo matemático (lógica de lo 'racional'), y del logos de lo humano (lógica de lo 'razonable'), se suministra al abogado y al juez la posibilidad de una conciencia limpia, de un limpio modo de operar, y se les exime de tener que andar a la búsqueda de disfraces y artilugios que presenten externamente sus dictámenes y sus justos fallos (ya de hecho elaborados por certero presentimiento conforme al logos de lo humano) como si fuesen resultado de una construcción de lógica tradicional – que en verdad no era tal, sino que era tan solo uma pseudoconstrucción.*"[452]

A aplicação da Ordem Legal, através da interpretação das normas jurídicas, conduz o gênio de Aarnio a

[450] (Siches, 1978: 662, 663).
[451] (Mendonça, 1997: 52, 57).
[452] (1978: 664).

questionar, dentre outros tópicos, acerca da validade da interpretação aplicada, em face das diferenças entre o sentido do Direito e das normas jurídicas, o significado do termo "conforme o Direito"[453] e a caracterização de sua interpretação. Nessa linha, formula uma classificação dicotômica, a partir dos textos legais a interpretar bem como outros enunciados jurídicos, entre uma visão normativa e uma outra interpretativa, esclarecendo, em primeiro lugar (quando um texto legal é o foco da interpretação), que: "*Cuando en una situación de incertidumbre se elige como 'correcto' un significado alternativo de un texto legal, se formula un enunciado de interpretación. Si a esto se agregan juicios de valor, se trata de un punto de vista interpretativo.*" Na seqüência, explica que, sobre a base de um tal ponto-de-vista, se pode formular um "*punto de vista normativo con un correspondiente contenido*", que significa: "*un punto de vista acerca de cuál contenido de una norma es parte del sistema jurídico.*" E conclui: "*En este sentido, el punto de vista interpretativo y el punto de vista normativo son dos maneras diferentes de hablar del contenido del orden jurídico.*"[454]

Importa, sobretudo, considerar que pontos-de-vista sistemáticos que, por isso, estejam em concordância com os textos legais, podem ser apresentados como justificações válidas para a tarefa interpretativa.[455] Aplica-se, também, aqui, a advertência segundo a qual o verdadeiro significado de uma decisão – judicial ou administrativa – que se adota acerca de um caso concreto, somente se revela, plenamente, depois da inteira cognição do material documental disponível sobre ele.[456]

Buscando responder a essas questões, considerando, ainda, que a Teoria da Interpretação Jurídica tem sido tomada como uma coletânea de instruções técnicas, refere o mencionado autor que foram concebidas inúmeras propostas e teorias de interpretação, entre as quais aquela que sugere a aplicação da norma de acordo com seu o sentido literal ou formal, reduzida, pois, uma questão essencialmente filosófica a um pormenor lógico-analiticista com o que discorda tenazmente.[457] Sobre essa posição, observando, ainda, que a vida real não tem seguido uma única doutrina normativa de interpretação, razão por que essa doutrina não tem sido adequada para guiar o pensamento jurídico. Outro método criticado pelo autor é o que tem o direito, e não apenas a Teoria da Interpretação Jurídica, como um conjunto de "instruções técnicas". Tais posicionamentos, como visto,

[453] (Aarnio, 1991: 14).
[454] (*op.cit.*: 104).
[455] (*op.cit.*: 123).
[456] (*op.cit.*: 128).
[457] (*op.cit.*: 14).

levam a uma concepção minimizadora da filosofia jurídica, objeto da censura do autor comentado.

Além disso, Aarnio, considera fundamental perquirir o "porquê" da interpretação jurídica e não apenas o "como" interpretar. A teoria da interpretação do Direito tem que combinar as questões do *modus faciendi* com o porquê fazê-lo. Realmente: "*una tarea central de la dogmática jurídica es la justificación de puntos de vista normativos, es decir, la justificación de por qué es racional y razonable aceptar la norma 'N' como una parte del derecho válido*."[458] Normalmente, as Teorias da Interpretação não se ocupam dos porquês, das causas últimas da própria prática interpretativa, restringindo-se ao exame dos modos do proceder interpretativo, como fazê-lo, negligenciando, por isso, uma chave relevante que consiste na "justificação da justificação" e que, no dizer de Aleksander Peczenik, representa "*la justificación profunda*".[459] No mesmo sentido, ainda, Aarnio.[460] Ademais, uma tal atitude se traduz na ausência de preocupação com esses problemas, revelando até mesmo ignorância sobre eles, circunstância que implica, à evidência, no comprometimento da higidez da prática e do resultado interpretativo como fenômeno instrumental que visa à realização do Direito e o atingimento do ideal de Justiça em seu duplo significado: absoluto e histórico-condicionado. A preocupação pelo razoável diz bem desse enfoque crítico no pensamento de Aarnio[461], especialmente ao formular e descrever as regras da racionalidade no ato de interpretar, tais como: consistência, eficiência, sinceridade, generalização, apoio, além das regras materiais e de procedimento acerca da carga probatória que deve ser levada em consideração na atmosfera do *due legal of* process.[462]

Sobre o mais, Aarnio associa essa crítica à questão de fundo na interpretação do Direito, conferindo ao seu intérprete uma "responsabilidade social"[463], argumento repetido por Cappelletti quanto à figura do Juiz[464], que se afirma como relevante e, sobretudo, intransponível, notadamente em face do argumento central da obra do grande autor finlandês: "o racional como razoável". Racional na conseqüência de uma perfeita aceitação dos resultados da interpretação e da decisão adotada, em face dos

---

[458] (1991: 112).
[459] (*apud,* Aarnio, 1991: 250)
[460] (1997: 188, 196).
[461] (1991: 250, 253).
[462] (*op.cit.*: 254, 263).
[463] (Aarnio, 1991: 15).
[464] (1989: 35 *et passim*). Nota complementar: Em sua obra *Juízes Irresponsáveis?, Cappelletti* reporta a uma tríplice responsabilidade do Magistrado, já mencionada alhures: jurídica, política e social. (1989: 35)

destinatários da Ordem Jurídica.[465] Razoável, em razão das posturas que devem ser administradas pelo intérprete (operador jurídico) para garantir, ante o seu labor hermenêutico-aplicativo, essa justificação. Isto é: "*La aceptabilidad racional como principio regulativo de la dogmática* jurídica", que traduz o ponto central da obra de Aarnio.[466] Nesse contexto, sintetiza com propriedade incomum: "*La aceptabilidad racional, en tanto principio regulativo de la dogmática jurídica, juega el 'papel' que la verdad en las ciencias empíricas. Así como las investigaciones empíricas tratan de aproximarse a la verdad, el objetivo de la dogmática jurídica es maximizar la aceptabilidad racional. Por otra parte, la aceptabilidad racional confiere sentido a la evaluación de las posiciones normativas desde el punto de vista de la certeza jurídica.*"[467]

Além disso, desconsidera o autor finlandês a crítica segundo a qual esse tipo de responsabilidade é um modismo na discussão filosófica[468] e encontra, por isso mesmo, no âmbito desta Tese, perfeita identificação, dado que aqui se pretende demonstrar, dentre outros aspectos da discussão teórico-prática que se está produzindo, a pertinência gnosiológica de uma atitude otimizadora do intérprete, do operador, perante o objeto de seu próprio conhecimento, a partir da instituição a qual pertence, dela recebe a investidura, bem como das relações nela produzidas, máxime em se tratando de Ciência Jurídica e das relações presentes no Estado e na sociedade moderna.

O viés de uma tal "responsabilidade social" do intérprete do Direito representa um *plus* que está ligado às variações afetivas que orientam não só a sociedade como a civilização. Disso decorre a grande importância que assume as causas difusas (*class actions*[469]), como aquelas relativas à proteção do meio ambiente e dos direitos humanos. Dessa forma, a Ciência Jurídica como a Administração da Justiça que dela se ocupa e é por ela, em parte, estruturada, devem

---

[465] Nota: Nogueira argumenta, no mesmo sentido, que o intérprete, enquanto agente público, deve ser acreditado socialmente, haja vista relevado espírito público, crença nos objetivos a atingir e transparência. Sem este caráter, sequer o intérprete conseguiria acreditar no sistema de que participa, tanto menos a comunidade jurídica que não encontra motivos para a própria negação de seus valores. O que, não obstante, se tem observado nas sociedades periféricas em maior ou menor intensidade é uma obtusa convivência entre contrários. Compreende-se que a maior pretensão de uma orgnização política e social é a sua permanência, razão primeira e última que justifica a existência do Estado. O que se tem de destruir são as anitnomias do sistema político que em tais situações costumam ser suportadas com relativa freqüência mediante uma dupla fundamentação antropológico-institucional: indigência moral de seus operadores e ineficiência – quando não inexistência – de instrumentos para o seu controle. (2003: 274, 275).
[466] (1991: 284, 288).
[467] (*op.cit.*: 286).
[468] (*op.cit.*: 15).
[469] (Nogueira, 1992a: 07/05).

ser encaradas de forma superlativa, enquanto objetos de conhecimento. Também afinado com o cerne desta Tese, Aarnio descreve de uma certa descrença, por parte da sociedade, em relação às suas autoridades, criando-se uma necessidade iminente de sempre se exigir que os pronunciamentos e manifestações destas sejam justificados.[470] É claro que uma tal atmosfera de descrença social no princípio da autoridade, notadamente no Ocidente, é naturalmente agravada em relação às sociedades periféricas e isso significa, particularmente, que o Direito tem a necessidade de estar conectado aos valores e às valorações da própria sociedade para a qual é dirigido e nela se acha ativado. De tal modo que, em Aarnio, há um assentimento entre Direito e Moral[471], também no sentido da presente Tese, aproximação que se registra como condição especial para o alavancamento e para a frutificação de uma moderna teoria da interpretação jurídica.

Torna-se claro, desse modo, que todo ato do Poder Público deve ser, além de fundamentado, formalmente, justificado, razoavelmente, segundo a brilhante locução do "racional como razoável". Aliás, ainda o autor: "*La relevancia no está basada en la presión de argumentos persuasivos o en la mera autoridad formal sino en la 'fuerza racional de la justificación'. Tal interpretación satisface también máximamente la expectativa de certeza jurídica de la sociedad. Y, además, este punto de vista posee ela máxima legitimidad em esa sociedade.*"[472]

Ao contrário, ainda quando se tratem de decisões de tipo discricionário, fica evidente que a falta de razoabilidade em sua adoção e a conseqüente inaceitabilidade por parte dos destinatários, entendidos como comunidade jurídica, produz os traços do arbítrio que é um não-conceito jurídico, uma antinomia, intolerada pelo Direito, no sentido de Bobbio.[473] E é como antinomia que a sociedade moderna, na proporção direta de seu próprio desenvolvimento político e também econômico, a rejeita, ante o implícito reconhecimento de que existe, aí, uma violação da Ordem Jurídica sob cuja disciplina seus membros todos se encontram, aceitam essa submissão e velam pela integridade do Ordenamento Jurídico como valor intrínseco e instrumental que marca a sua existência, segundo as concepções de um mundo atual, compartilhado e solidarista. Sobre isso, a história da formação da cultura jurídica na Finlândia e na Suécia é por demais interessante. Citando Otto Brusiin, Aarnio "*observa que tradicionalmente en el concepto finlandês-sueco del derecho, el evitar la arbitrariedad ha sido considerado como una norma básica*

[470] (1991: 15).
[471] (*op.cit.*: idem).
[472] (*op.cit.*: 287).
[473] (1989b: 81).

para el juez. Ya en el siglo XVI se encuentra una norma de este tipo en las llamadas "Regras del juez". Olaus Petri, el autor de estas reglas, se refiere a un viejo dicho según el cual la arbitrariedad o la violência no es la ley del país. Aquí, arbitrariedade es lo mismo que el azar y la resultante imprevisibilidad."[474] Após essa eloqüente observação de cunho historicista que aponta, outrossim, para a solidez de uma raiz jurídico-cultural acerca dos padrões que a doutrina de Aarnio busca sistematizar para a modernidade, ele de novo arremata: "*Con otras palabras: los tribunales tienen que comportarse de manera tal que los ciudadanos puedan planificar su propia* actividad sobre bases racionales."[475] Uma situação, é evidente, bem distinta daquelas de modelo "formalista" estrito, como em Kelsen, sobre a validez formal das normas jurídicas, em que se observa uma tendência a julgar que a dogmática jurídica resulta em uma tarefa de simples descoberta descritiva entre alternativas presumivelmente adequadas. Por outra parte, o modelo do "realismo jurídico", ante sua proposta de prevalência universal dos valores efetivos da vida e da Justiça, tidos como realidade cuja existência independe das formulações do sujeito cognoscente, peca por subtrair os aspectos prescritivos da Ciência Jurídica, da norma de Direito.[476] A propósito de uma tal disparissonância lógico-doutrinária, Aarnio desponta com a proposição de elaborar, mediante a tese do "racional como razoável", justamente uma espécie de terceira via jurídica para esquadrinhar, de forma definitiva e universal, um método de abordagem jurídica que responda, plenamente, aos seus problemas e enunciados bem como à sua função disciplinadora da vida em sociedade, em face da realização, em grau máximo de verificabilidade, de valores fundamentais como segurança (formal-instrumental) e Justiça (material-absoluto). De modo a afirmar que: "*la justificación es necessária para el funcionamiento adecuado de la sociedad.*"[477]

Mas já será de outra categoria a indagação acerca da correção material do decidido. Neste caso, é preciso uma pauta para o exercício da crítica a objetivo de que esta se sustente, sendo certo, outrossim, que, do ponto-de-vista do pensamento de Aarnio: "*La expectativa de certeza jurídica queda plenamente satisfecha só si (a) la decisión (o interpretación) cae dentro del marco legal, (b) el discurso procede de manera racional y (c) la decisión satisface el código de valores dominante. Esto significa que la aceptabilidad racional no es meramente un ideal abstracto sino un principio válido y efectivo que funciona en la práctica cotidiana. Es uma guía para el decisor y para el*

[474] (1991: 26).
[475] (*op.cit.*: idem).
[476] (Aarnio, *op.cit.*: 287).
[477] (Aarnio, 1991: 288).

jurista, que le permite encontrar la interpretación más adecuada."[478]

Além do mais, Aarnio advoga também a idéia segundo a qual o problema da "responsabilidade social" está igualmente vinculado ao conceito de democracia.[479] Nas sociedades modernas, a maioria das pessoas não tem uma influência eficiente e direta (dir-se-ia, real) junto ao exercício do poder. Todavia, vivem, de regra, em algum democracia, mas necessitam de meios efetivos para participar das decisões que são tomadas em nome da própria sociedade (representatividade política), levando-as, na prática, a um estado de alienação, sendo que, aqui, mais uma vez se repete: notadamente nas sociedades periféricas nas quais são bem mais significativos e intensos os graus dessa alienação. Disso resulta uma espécie de reforço da máquina estatal (burocratismo), dando lugar a uma compulsão normativa e legisferante crescente, em face do que o cidadão comum perde a chance de exercitar, realmente, um controle que lhe seria direito exigir para si, enquanto resida na base de sustentação teórico-institucional dos regimes democráticos. Desse espectro não escapa, ademais, a própria Administração da Justiça, sempre impactada com estratagemas burocráticos que a incapacitam à prestação jurisdicional com a presteza que lhe seria exigível, ante a causa de sua própria finalidade. De tal sorte que a burocracia acaba controlando, como que exclusivamente e de forma interna, a si própria. Revela-se, assim, auto-suficiente em contraposição ao perfil das sociedades modernas nas quais a dialética e a participação são argumentos tão esperados quanto exigidos. A propósito, uma tal situação pode explicar a ingente resistência dos Magistrados brasileiros, ante a perspectiva de instituição de um Controle Externo e Social do Poder Judiciário, consoante será tratado no item 7.2., da presente Tese.

Apesar disso, Aarnio considera ser possível abrir-se um controle de tal modo eficaz pela forma da justificação adequada das decisões adotadas, que o aludido reforço da máquina estatal já não produziria os efeitos de outrora. Portanto, compreensivelmente, a lógica que determina a conclusão de uma determinada decisão oficial tem de estar disponível à fiscalização pública. Nem vá o operador suscetibilizar-se com isso, pois se trata de uma contingência dos espaços democrático-participativos e, assim, socialmente modernos, sendo a "consciência de limites" uma das primeiras exigências que se deve fazer àquele que resolve assumir e enfrentar as responsabilidades da operacionalização jurídica, a exemplo dos Juízes. É um atributo psíquico que conota a sensatez do intérprete, como

[478] (*op.cit.*: idem).
[479] (*op.cit.*: 15, 16).

condição para o seu ministério funcional exatificado e exatificante. Portanto, científico. Com razão, Aarnio: "*Si los jueces no son conscientes de sus límites, perderemos el Estado de Derecho.*"[480] O Direito deve apenas fazer obséquio desse fenômeno para ser racional e para possibilitar a montagem de decisões que, em sua decorrência, sejam também razoáveis, porque plenamente justificáveis e aceitas pela comunidade jurídica. Se assim não ocorre, não se pode cogitar de um sistema social aberto ou de uma sociedade democrática, no sentido de Popper[481]; todavia um sistema social fechado e, por definição, autoritário.

A compreensão teórica da interpretação científica e judicial se faz necessária para fazer frente ao problema do controle da máquina burocrática, tanto na via administrativa quanto na via judiciária. Importante, no caso da Administração da Justiça, é elevar a consciência dos juristas, consoante acima ressaltado, juízes e advogados em geral. Destaque-se que, para isso, profissionais do Direito devem ter uma especial vocação para a filosofia, abandonando as visões tísicas que emprestam ao fenômeno jurídico, como rotinas de trabalho, reduzindo-lhe à simples técnica normativa. Nesse encalço, Aarnio em face de sua tenaz campanha em favor da efetiva construção de um pensamento jurídico voltado para a integralidade de seus objetos, mediante a rejeição, firme e resoluta, da tendência, ainda hoje observada, de se considerar a filosofia, consoante um valor amesquinhado para o mundo jurídico, ante o "veredicto" de ser a filosofia um feixe de conhecimentos e de idéias por demais problemático. Os que pensam assim julgam que a interpretação é um assunto técnico, o qual requer a atenção de um profissional especializado nessa área, a esgrima de um jurista puro. Mas esquecem, por outro lado, que abandonar os problemas é criar outros tantos sem solução de continuidade, haja vista não existir, na ordem da cultura em que se acha implantado o Direito, soluções cartesianas, matemáticas, que sejam inteiramente conforme a idéia geral de Justiça, sua suprema vocação. Para o autor em comentário, essa concepção é de todo equivocada, além de perigosa[482], sob a perspectiva social, conforme acima observado e resultante das circunstâncias em que costumam florescer, mesmo hodiernamente, como instituições de Estado, a burocracia e a tecnocratização de seu aparelhamento oficial, como o Poder Judiciário, que comporta diversos tipos de operação jurídica, como a dos Juízes.

---

[480] (*apud, Diario de Mallorca*, 2000: 23).
[481] (1959: 9; 186, 219).
[482] (Aarnio, 1991: 16).

De fato, quem não tem consciência de sua responsabilidade, quem cegamente pratica sua profissão jurídica, na realidade, causa uma situação de ameaça para o desenvolvimento coerente da sociedade. Aliás, só os homens sensatos deveriam se revestir dessas funções operativas do jurídico, pois eles buscam refúgio no texto legal estrito, no formalismo da norma, diante de questões que reclamam soluções vitais, sob um enfoque mais crítico, por vezes mais avançado do que o avanço que representou o momento de sua criação originária, a lei em sua generalidade e abstração, para que se possa romper com as expressões do conservadorismo, nada obstante a intransponibilidade dos limites de toda legalidade.

Citando seu precursor – Georg Henrik von Wright ("Lógica Deôntica") –, Aarnio demonstra a dificuldade, cada vez mais difundida, ante o advento de um certo tipo intelectual: um investigador em campo especializado que, de um lado, pode ser muito inteligente, mas que, de outro, revela sua pobreza de espírito que consiste, justamente, em desdenhar, como a um filisteu, a filosofia, a arte e tudo o mais que não esteja perfeitamente implicado em sua quadradura, em sua estreita perspectiva de raciocinar os objetos com os quais tem de lidar.[483] A essa postura, acresce Aarnio, sucede que uma tal pessoa se torna totalmente desprovida de capacitação crítica, possui o desenvolvimento intelectual embotado, já que é necessário, antes de tudo, que se "compreenda a si mesmo" diante do saber, e freqüentemente se perde em face da dinâmica dos fatores em sua volta. Sua intelectualidade estática não lhe permite apreciar, como merecido, a dinâmica paradigmática dos fatores sociais, humanos e naturais que forjam a dimensão histórica e condicionada do próprio Direito.[484]

Esse pensamento traduz, afinal, a preocupação com uma concepção mais humanística do Direito bem como dos aportes para uma sua boa aplicação, visando o bem comum, o estado de bem-estar social, por isso a perfeita harmonia nas relações intersubjetivas.

Realizar o fundamento prático do Direito, segundo a "lógica do razoável" e, sobretudo, valorizar a aceitabilidade como pano-de-fundo para a justificação e a razoabilidade jurídica, certamente, se traduzem como esforços de atendimento da Ordem Jurídica de acordo com os ditames da sabedoria que conduz à Justiça para todos, a um só tempo, reclamada. De fato: "Será a partir desse aprimoramento na busca pela implementação da aceitabilidade racional, ou seja, razoabilidade, é que se obterá a tão sonhada certeza jurídica."[485] Essa orientação é aquela que

[483] (Aarnio, 1991: 17).
[484] (Aarnio, 1997: 49,50; 75, 87).
[485] (Feres *et all*, 2001: 309). Nota complementar: A idéia de "certeza jurídica" não deve ser confundid com aquel'outra de "segurança jurídica". Enquanto esta é legada

deve nortear a hermenêutica jurídica, sobre aspectos do Direito substantivo ou processual, para que também se observe o respeito ao veículo da vida que é a liberdade e por força da qual todos os demais direitos subjetivos, reais ou pessoais, são exercidos. Além do mais, só um certo tipo de interpretação jurídica que leva em conta as expectativas democráticas em face da aceitação social de seus resultados, como categoria epistemológica, merece ser cientificamente considerado, embora sem a perspectiva de uma rígida precisão matemática. Importa, pois, valorizar a expectativa universal de certeza jurídica como atributo científico-social e não puramente lógico. Uma tal certeza é, por outro lado, instrumento de medição da racionalidade da própria aceitação, enquanto resulte, esta, de uma estreita conexão com o sistema de valores da sociedade, ao tempo e modo, em função do qual as interpretações, quando aceitáveis, o são porque representam tanto a racionalidade do conseqüente social (resultado objetivo) quando a razoabilidade do antecedente epistemológico (abordagem justificável).

Citando J.R.Lucas, outrossim, nosso autor não descura em advertir para a proximidade conotativa entre os significados das palavras: "racional" e "razoabilidade"; tal atitude vem ao encontro de uma perfeita compreensão da "teoria da razoabilidade jurídica", haja vista seu esforço de integração dos postulados da racionalidade lógico-formal e analítica (demonstrativa) e os da racionalidade argumentativa e dialética, a dependerem dos respectivos objetos. Sobre isso, diz: "*...in contemporary English there is a slight difference in sense between the words "rational" and "reasonable", the former being austerly cognitive in connotation, while the latter has a moral overtone suggesting some degrees of consideration for others."*[486]

Por fim, o Professor Aulis Aarnio, em um lance de rara coragem científica, hipoteca total consistência ao confessado propósito de que sua obra quer expungir os esforços dos que reúnem atitudes antifilosóficas no trato jurídico, conclamando aos demais, justamente aqueles que edificam a Ciência Jurídica com desprendimento que se oponham, tenazmente, a essas formas de pensamento conservador, haja vista que representam um perigo vertiginoso para a cultura em geral e, em particular, a cultura jurídica, retardando a consolidação ocidental da plena modernidade, tida por muitos como pós-modernidade.[487]

---

pelo positivismo jurídico, aquela significa previsibilidade quanto às tomadas de decisão oficial, judicial ou administrativa, segundo uma pretensão de retidão que corresponda ao contexto dos valores sociais prevalecentes ao seu tempo e lugar.

[486] (Aarnio, 1997: 207).

[487] (Aarnio, 1991: 17).

Como visto, o pensamento de Aarnio, revelando uma argumentação conceptual coerente com a racionalidade que se refere tanto à dimensão lógica de suas conclusões quanto à dimensão prática de uma razoabilidade jurídica coletiva, tanto quanto possível, é um extraordinário esforço de complementação modernizadora da Teoria Jurídica Clássica, de tradição lógico-formalística; pois que, superando-a, pretende analisar a dogmática jurídica do modo o mais razoável quanto possível, o que demonstra uma espécie de "racionalidade expandida" tendo por meta a justificação jurídica em face da combinação de três pontos-de-vista já, amplamente, tidos como clássicos: a retórica perelmaniana, a lingüística de Wittgenstein e a racionalidade discursiva habermasiana.[488]

Incluindo, outrossim, uma argumentação criteriosa e perspicaz, adjudica rudimentos da Ordem Moral, ainda quando minimamente, como condição que concorre, também no essencial epistemológico, à positividade, para sistematizar, ao lado da fundamentação jurídica, o problema da razoabilidade como fonte do próprio Direito e condição de "validade" de suas normas[489], especialmente daquelas,

---

[488] (Feres *et al*, 2001: 305).

[489] Nota: O estudo da validade jurídica das normas é um capítulo muito interessante do pensamento de Aarnio (1991: 71, 87; 1997: 167, 174). Dirige-se a orientar a construção sistemática e positiva de suas idéias no que tange à noção de razoabilidade jurídica, mediante uma proposta metodológica que visa à própria rediscussão da validade normativa por ser considerada insuficiente. Abrindo o espectro de sua definição tradicional (validade = vigência), monta uma tríplice perspectiva para esse objeto: validade sistêmica (1), validade efetiva (2) e validade axiológica (3). Pela primeira perspectiva, o autor se reporta ao entendimento clássico sobre a idéia de validade igual a vigência, integradora da Ordem Jurídica, em si também vigente e, por isso, válida, não consistindo em antinomia formal em relação àquela. Por esta perspectiva, a operação jurídica apenas busca respostas de tipo interno (validade localizada da norma jurídica frente ao sistema), restando perquirir a validade externa do sistema jurídico em si, baseado em uma "norma fundamental" hipotética, cuja fundamentação material encerra a legitimação do próprio Direito e da qual, aliás, a Teoria Pura não se ocupa. Por isso, Aarnio esclarece que a eficácia de uma Ordem Jurídica, como sistema, deve obedecer a exigências morais mínimas. Já pela segunda perspectiva, o autor leva em consideração que a eficácia da norma jurídica se deve mais à imposição autorizativa (coercibilidade) que é administrada pelos órgãos de poder, orientados pela denominda "ideologia normativa", perante a comunidade destinatária do que, propriamente, à adesão espontânea de seu preceito por parte desta. A "ideologia normativa", amalgamada às decisões jurídicas das autoridades e tomada, pois, como obrigatória, condiciona a validez do Direito no espaço social e o faz efetivamente. Assim, uma norma em desuso, não aplicada pelos operadores jurídicos, não pode ser tida como efetivamente válida de acordo com esta segunda perspectiva. Finalmente, uma terceira perspectiva de validade jurídica, a axiológica, remete a diversos fenômenos justificativos do Direito de modo a permitir o máximo possível de aceitação no âmbito da sociedade para a qual são dirigidos os seus preceitos normativos. Se uma norma jurídica, embora sistematicamente válida, não guarda simetria com o sistema de valores da sociedade, pode vir a não ser efetivada em razão de não dispor de aceitabilidade axiológica, nada podendo ser garantido em contrário. O mesmo sucede com a hipótese de ser a norma jurídica sistematicamente válida, além de efetivada pela iniciativa oficial de autoridade, no entanto ela não

menos gerais, resultantes do produzimento das decisões jurídicas, quer sejam jurisdicionais (sentenças) quer sejam administrativas (atos administrativos).

Poder-se-ia dizer, sobre isso, que a Teoria da Razoabilidade Jurídica, em Aulis Aarnio, consiste em um porvir de ainda maior abrangência: uma Teoria Jurídica da Pós-positividade que objetiva a certeza jurídica como efeito da correção decisória associada à ausência de arbítrio na solução encontrada para o caso concreto ao amparo de toda aceitabilidade social que, no sentido de uma "Teoria dos Princípios" e de acordo com uma visão poética de Paulo Bonavides, converte-se no "coração" das Constituições modernas.[490]

Para tanto, Aarnio registra, em favor do mundo jurídico, a fecundidade mesma de sua tese: "*la aceptabilidad racional satisface nuestros más estrictos requerimientos con respecto al razonamiento jurídico más adecuado em la sociedad democrática moderna.*"[491]

E é para divulgar com a responsabilidade transformadora e modernizadora que lhe é peculiar ao pensamento, que Aarnio tem enfrentado périplos através de diversos países, inclusive na América do Sul, caso da Argentina, com cujos *scholars* mantém farta correpondência acadêmica de acordo com o que consta dos prólogos de suas obras científicas na área do Direito e da Razoabilidade Jurídica.

---

está de acordo com o sistema de valores sociais, razão pela qual é inaceita por falta de justificação, de razoabilidade. A efetivação de um tal dispositivo nem sempre pode ser evitada, revelando, outrossim, manifestação "irracional" do poder público decisório, embora esteja a solução baseada no princípio da "segurança jurídica". Ao fim, a conclusão de Aarnio é no sentido de que é problemática a solução técnica que tome alguma dessas perspectivas teóricas sobre a validade jurídica do Direito como sendo o tipo autêntico. Desse modo, as perspectivas sistêmica e efetiva da validade jurídica são "condições" sem as quais não se permite pensar na validade axiológica que é o modelo de razoabilidade pelo qual se torna, objetivamente, possível compreender a prudência e a pertinência das interpretações jurídicas. Assim, legalidade e justificação são conceitos que se intercomunicam, dialeticamente, e por isso propiciaam, no conjunto, uma perfeita compreensão do fenômeno jurídico.

[490] (*apud,* Rolim, 2002: 40).

[491] (1991: 288).

III POR UMA TEORIA DA JUSTIÇA

O item que segue tem por finalidade observar algumas variáveis epistemológicas sobre a Teoria da Justiça e concluir acerca de uma delimitação possível para o tema, tomando-se, como base, o contraponto de seu próprio objeto, essencialmente axiológico, na linha de verificação geral da temática eleita para a presente Tese. Não é, tampouco, com o olhar sobre os romanos acerca de sua genial intuição para o fenômeno jurídico, que se vai perquirir o assunto sobre a idéia de Justiça. Mas, de logo, se adverte não ser possível separar esta idéia da noção do justo, do reto, assim como não se pode chegar a qualquer conclusão, por isso mesmo, que não esteja vinculada à razão, ao senso comum. Daí porque o sentido que melhor se conforma aos propósitos deste estudo é o sentido prático. Por ser de ordem prática uma tal noção, ao mesmo tempo em que indefinível, por modo verdadeiramente preciso e concreto, concebe-se que dessa perspectiva exsurjam quadros institucionais problemáticos, ante as rotinas da Administração do Estado que, em um certo sentido, também se confere a nomenclatura de Justiça, mais que isso, se define como tal. Os Juízes, como agentes político-jurídicos do Estado, conformam a corporeidade da Justiça institucional, tão mais complexa e indecifrável quanto resulte de seu próprio filosofismo conceitual.

Com efeito, ao longo de toda uma história da pesquisa e dos altos estudos jurídicos, tem-se observado que grande número de pensadores, senão uma imensa maioria deles, tem primado, à sombra de um latente germanismo, quando não de todo manifestamente, por alguma forma de pensamento do jurídico que revele rigorismo científico e metodológico, por vezes beirando à inteira frieza, em razão de uma proclamada pureza formal das concepções excessivamente estratificadas como categorias. Tal fato vem sendo particularmente atribuído aos pensadores clássicos que incorporaram em suas cátedras os rudimentos do velho bacharelismo principiológico e pseudoprofissional dos operadores do Direito no Brasil, em especial.

Entretanto, tem comportado a muitos os de mentalidade científica mais aberta e mais oxigenada, diga-se, realística, um embate que se vem travando de uns 15 anos, pelo menos, para hoje com incontáveis e progressivas vitórias desse último contingente de pensadores, repercutindo na vida prática do Direito em seus diversos segmentos institucionais.

Abordagens como esta que doravante se enfrenta, sobre a idéia de Justiça e a possibilidade de se teorizá-la, sempre deixaram turvas as mentes em relação ao comportamento do saber, se científico, se especulativo. Se subministrável a uma estrutura metodológica previamente

estabelecida ou se liberta e disponível às prospecções filosóficas de toda ordem.

Em uma abordagem crítica, portanto, criativa, é que se pretende cunhar este trabalho sobre a possibilidade de uma Teoria da Justiça, tomando como balizas, de um lado, as origens especulativas do sentido do justo, na Antiguidade Clássica e, especialmente, no pensamento de Platão, e, de outro, a doutrina contemporânea de John Rawls sobre a Teoria da Justiça.

Alguns enredos epistemológicos deverão ser, outrosssim, trabalhados, para a correta definição de algumas categorias e institutos, sem cujo concurso não nos será possível enquadrar bem a matéria no pensamento vacante. Como sendo vago, por princípio, o pensamento que se dirige ao saber sobre um determinado objeto de cuja dimensão essencial e mesma se desconhece com toda precisão, reduzir os níveis dessa equivocidade e imprecisão é o que se busca no presente trabalho, pela tentativa de assinalar conclusões, mais ou menos razoáveis, sobre a possibilidade de uma Teoria da Justiça e de como, por acaso, possa ela vir a sofrer delimitação conceitual.

O enfoque da matéria, naturalmente, sofrerá uma tendência fortemente filosófica, como comporta às especulações de igual natureza e à dimensão confessada desta Tese, em que a retórica do discurso normativo não se entremostre susceptível às banalizações de momento e ao formalismo cínico que não reúne compromisso com a verdade dos fatos e o valor da paz social. Por isso, as incursões que serão formuladas motivar-se-ão de um dado essencial para os fins aqui propostos: evidenciar a consistência (verdade) da idéia de Justiça e delimitá-la como categoria científico-filosófica.

Buscar-se-á, pois, tanto quanto possível, a compreensão do alcance desse conceito, como elemento de participação política nos negócios humanos e, nestes, os de Estado, dado que em Kelsen: "A Justiça é a qualidade de uma conduta humana específica, de uma conduta que consiste no tratamento dado a outros homens."[492] Assim como em Aguiar: "A Justiça não é um *a priori* a partir do qual moldamos nossas existências. O justo é um saber que se vai constituindo na medida em que nossa consciência da história se aguça. Mas não basta a consciência da história, pois procurar a Justiça é uma atitude ética – é uma escolha."[493] Ainda que se tenha como autêntica a observação histórica de que a Administração Judicial, instituto de produção do justo oficial, sempre se constituiu em um mito, algo como que aterrador e intangível aos simples "mortais" em qualquer tempo e lugar, notadamente quando preconceito e

[492] (1996: 4).
[493] (1987: 122).

"razões de Estado" a dominam ou nela se insinuam, vale sempre a pena insistir como parte do processo de crescimento em busca da utopia. E isso vale tanto para os cidadãos comuns, perdidos em uma malha multiforme de expedientes e rotinas que os afastam do ideal de realização do justo, quanto para aqueles que, tornando-se membros desse corpo, procuram cumprir o doloroso mister de responder aos compromissos solenemente assumidos quando das respectivas investiduras (operadores jurídicos).

A oposição sem dúvida sistemática, mas não solene, entre racionalismo e empirismo, forma e substância, dos vários enunciados de discussão neste trabalho, caracteriza, em essência, a manifestação mais proeminente de um ciclo de mazelas que afeta o sistema de produção jurídica, não apenas retirando de seus extratos funcionais parcelas significativas de sua previsibilidade, como, de resto, comprometendo o atingimento do ideal de Justiça, objeto de inúmeras considerações ao longo da história da filosofia e do pensamento científico.

3.1 Origem Clássica da Idéia de Justiça: a Justiça Platônica

Na história da humanidade duas cabeças se destacam na questão da Justiça: uma foi a de Platão com sua especulação filosófica, caracterizada pela eticidade, religiosidade e fantasia poética acerca do bem e do mal, os quais ocupam o ápice, e representam a origem do dualismo radical e multiforme de Platão, expresso nas formas transcendência x espaço-tempo; *peras* (forma; regida pela lei da finalidade ou normatividade) x *apeiron* (matéria [fogo, terra, água, ar]; regida pela lei da causalidade); alma imortal (natureza divina) x corpo mortal (preso ao mundo sensível); *episteme* x *doxa*; em suma: o além divino x o aqui humano. A outra foi a de Jesus Cristo, com sua crença religiosa cuja doutrina foi construída sobre a metafísica pós-babilônica do judaísmo da qual decorre a cultura judaico-cristã com a sua contemplação solidária e a sua pretensão de vida plena pela expansão do sentimento do amor.

O bem tem sua origem na forma, e o mal, no caos da matéria, isenta de toda e qualquer forma. No dualismo platônico, Deus, forma e bem, coincidem, assim como mundo, matéria e mal.

Na antropologia de Platão o dualismo está representado pelos opostos, "alma" *versus* "corpo", separados pelo *Khorismos* (abismo); a primeira é de natureza não composta, e que se volta, graças à ajuda libertadora da filosofia, ainda que não total, para o bem, seu assemelhado, pois, na sua essência, a alma é boa, mas se torna corrompida pelo

corpo em que reside, o qual é visto por Platão, certamente em razão da influência órfico-pitagórica, como um mal, que priva o homem da paz interior e eterna.

O seu dualismo multiforme[494] tem como sentido, "senão o único, o ético (expresso na oposição de valores do bem e do mal) como fundamental, último, que brota do dualismo epistemológico e ontológico, no qual se emaranha".

Na Teoria das Idéias, que constitui o cerne da filosofia platônica, o bem é a idéia moral central e subordinante cuja essência (do moralmente bom) é investigada, constituindo o ponto de partida da doutrina das idéias opostas ao mundo sensível. Mais que um simples conceito, a idéia do bem tem um caráter deôntico, servindo de "prumo de agir" (balizamento de conduta), prescrevendo aos homens como devem ser e como devem proceder. A doutrina das idéias é o que se divisa; em última instância, a própria interpretação normativa do mundo.

Na República tem-se o "ser", representado pelas idéias, plenamente cognoscível, e objeto da *episteme*; como *metaxy*, mundo intermediário, o devir, mundo sensível, objeto da *doxa* (saber incompleto); e o mundo do não-ser, absolutamente incognoscível.

Devem ser destacadas as contradições constantes na Teoria da Idéias, que não constitui um todo harmônico, mas que foram felizmente superadas oportunamente por Platão ao longo do desenvolvimento de sua doutrina. É o que se confirma da relação "ser" e "devenir", cuja exposição, na opinião de Kelsen, não é consistente[495]. A inconsistência dá-se pela absolutização dos opostos, situados em compartimentos estanques; do ser que não admite o devenir, que, por sua vez, jamais participa do ser. O mundo inconstante do sensível recebe o desprezo de Platão, que se afasta da exposição sistemática, direta e pormenorizada do mal, em razão de motivações pessoais: é um homem que teme o mal que habita em si; de exagerada sensibilidade moral; de intenso anseio por pureza; de vontade do ideal; de caráter tão emocional. Para Platão, o bem deve ser exposto com maior ênfase, riqueza; ele deve ser pensado, e tem como causador senão Deus; já quanto ao contrário do mal, são outras as causas.

Platão passa a admitir que no mundo do ser existem dois paradigmas: o bem e o mal. Incluir o mal conflita com posição anterior em que o mal não encontra acolhida junto aos "deuses", tendo por morada, apenas, o mundo do sensível.

Como observa Kelsen, em Platão as contradições são uma constante. Dir-se-á, também, maniqueísta e simplista, algo

---

[494] Nota: A expressão implica na perspectiva dual de origem, bem e mal, corpo e alma, forma e matéria, projetando a multifacetada perspectiva de suas manifestações, sejam elas fenomenógicas ou metafísicas.

[495] (1995: 1, 61).

deveras rude e primitivo no que respeito à arte do pensar, ainda que no ambiente da Antiguidade Clássica. Se não há o mal, o bem perde o seu valor, pois "uma exigência pode ser cumprida sem o empenho em se evitar o mal" (pág.13). Na sua obra derradeira, *Leis*, o mal assume forma mais definida, sendo substanciado e personificado na alma má do mundo (sensível).

Observa Kelsen que a idéia de alma no sentido uno é um conceito puramente ético. Já a aceitação da idéia de alma boa do mundo paralela a de alma má – conceito psicológico – se adequa à crença órfica (apropriada por Platão) da retribuição no além. Como eticista, ensina Platão que é a alma boa que rege o universo (deve ser); como tal quer Platão que o mal não deva ser, só aparentando ser para o vulgo, a medianidade.

O conhecimento esclarecedor voltado para a experiência sensível é posto de lado pela concepção justificadora dirigida para o valor.

O bem é impensável sem o seu oposto (o mal).

Platão, em sua interpretação ética do mundo, inverteu a ordem natural das coisas, ensinando ser o nosso real (a realidade da experiência sensível) o não-ser, o irreal; e o metafísico, o transcendente, a verdadeira realidade. O ser, que tem por objeto o valor, o qual, por questões lógicas, deve ser cindido em positivo e negativo, opostos absolutizados na concepção original da Teoria das Idéias.

A Teoria das Idéias é fundamentalmente uma especulação ética dos valores do bem e do mal, os quais são absolutizados; objetivos esses por ela visados, o que a torna "uma metafísica dualista, a qual não apenas hipostasia, mas também personifica o bem e o mal, assumindo um caráter mais ou menos teológico".

É taxativo Kelsen em afirmar que toda especulação ético-metafísica resulta em uma concepção dualista do mundo, expressa nos sistemas religiosos.

O dualismo do bem e do mal, não era estranho, pelo contrário, estava enraizado na consciência coletiva do grego e na religiosidade dos povos antigos, por igual.

Sobre isso, Platão, rejeita a idéia de duas divindades hostis (admitida por algumas crendices), especificamente quanto à admissão de um deus mau, como reflexo da posição inicial de recusar a existência de uma idéia de mal paralelamente oposta à idéia de bem. A consciência da contradição, irá compeli-lo a aceitar a existência da alma má paralela à alma boa, mas que a esta não ascende até uma condição de paridade absoluta. Para um eticista como Platão, o bem, soberano absoluto, esboça a ordem universal. O mal contrariamente à sua subversão.

Essa dualidade, a qual teve Platão que se render, estava presente nas mais antigas especulações teológicas dos gregos, a Teogonia, em que é relatada a luta entre os

deuses olímpicos, sob a liderança de Zeus (constituindo o bem), vitoriosos ao final, contra os deuses titânicos, liderados por seu pai Urano (representando o mal).

A antiga filosofia natural não deixa de revelar a tendência dualista, expressa na sua interpretação sócio-normativa do mundo, que coloca a natureza como parte da sociedade (interpretação da natureza por analogia à sociedade), só superada com o tempo, em um estágio mais evoluído do conhecimento, quando o homem vai se libertando dessa concepção primitiva de mundo, passando a conscientizar-se da diversidade existente entre sociedade e natureza.

O equilíbrio passa a significar uma noção topográfica para a idéia de Justiça, a qual se contradiz com um regime de lutas, o qual, na visão de Anaximandro, representaria a injustiça; posição essa contrária a de Heráclito, segundo o qual o lícito é a guerra generalizada, a luta dos opostos, presente na natureza, que só terá por termo a destruição pelo fogo. A interpretação escatológica do mundo e da guerra como injustiça, influenciaram, como reconhecido, a doutrina judaico-cristã, em função de uma visão teocêntrica e retributiva do mundo.

Como os demais filósofos da natureza, Heráclito interpreta a natureza segundo a lei jurídica da retribuição, expressão da Justiça.

A doutrina pitagórica ensinava, influída da religião órfica, que a retribuição viria, mediante paga no além, como recompensa ou castigo à alma após a morte do corpo. Nessa doutrina está presente a crença em dois mundos – o aqui, inferior, e o além, superior –, a oposição entre alma e corpo, conceitos fundamentais no ideário de Justiça Platônica.

Em Homero, a sociedade é dividida, a uma, na classe dos nobres, providos da virtude da coragem, e que expressam a idéia do bem; e também na do povo, o vulgar, ambas mantidas isoladas entre si pela ordem consuetudinária (costumes, a ordem sócio-política espontânea). No mesmo sentido deve ser incluída a poesia didática do aristocrata Teognis de Megara, do qual se deduz a idéia de que o bom e o nobre são sinônimos. Neste, o rudimento do corporativismo hermético, apropriador de virtudes e bens.

Questão de grande controvérsia, contemporânea a Platão, era se a virtude poderia ser ensinada, transmissível a qualquer um, – tal posicionamento é definido como democrático – ou, pelo contrário, se era inata, determinada pelo nascimento – postura aristocrática, corporativa, de classe.

O saber em Platão tem um caráter místico-metafísico, aliás, tido por poucos dentre os filósofos, os quais, por lhes ser dado conhecer o mundo do bem (transcendentalidade), devem governar a cidade. O governo

dos filósofos. O iluminismo racionalista, mais tarde, veio a cristalizar, porém, como impossível um governo dos filósofos, já que a filosofia não penetra a corte dos príncipes, como explica Mórus.[496]

A doutrina órfico-pitagórica também influenciou Parmênides, que apresenta sua doutrina do ser como fruto da revelação, tendo sido agraciado pelos deuses com a visão da verdade em oposição à visão da multidão iludida. A essa oposição corresponde o ser (o que deve ser: o bem que tem por atributos ser imutável, justo, limitado e bom), revelado pelo conhecimento verdadeiro e pelo devir (o que não deve ser: o mal, limitado, escuro e ilusório), que aparenta ser pela *doxa*.

Aceitar, outrossim, a doutrina escatológica, com o aniquilamento do mal pelo bem, implica em reconhecer que o mal tem uma existência tão real quanto o bem. Isso está presente no cristianismo moderno.

Na sua concepção original, a filosofia ética de Platão era, como já dito, fundamentalmente, consistia em um dualismo ético absoluto, com seus conceitos absolutos e antagônicos entre si, resultado natural de toda especulação ético-normativa. Por outro lado, a reflexão voltada para a realidade sensível tende a uma relativização dos conceitos, das oposições com os quais trabalha.

Na história, a tendência tem sido da libertação do conhecimento da realidade sensível da especulação ético-religiosa, com seus opostos absolutos (bem e mal), através dos quais o mundo era visto, resultando, como conseqüência, o surgimento da ciência da natureza.

Com a relativização, o bem e o mal passam a ser vistos como pertencentes, não na sua essência, a realidade sensível, que pode ser boa ou má, bem como podendo ser conhecida independente de avaliação moral.

Na sua concepção original, com seu pendor para a absolutização própria do dualismo fundamental, o mundo das Idéias é incognoscível à alma cativa no corpo humano, incapaz por completo do conhecimento racional. Comprove-se isso com a "doutrina da imortalidade da alma" que tem como sua morada de origem o mundo das idéias, eterno e perene, e oposto ao mundo sensível, que jamais permanece idêntico a si próprio. O mundo das idéias é conhecido pela razão (conhecimento racional), antes da encarnação ou depois com a morte do corpo. Da percepção sensível (por intermédio do corpo sensitivo) não se deduz coisa alguma como verdadeira. Deste achado chega-se a um outro, referido por Sócrates, segundo o qual o filósofo não almeja senão morrer e estar morto, por forma a conhecer, já que somente se sabe, em vida, que nada se sabe de fato.

[496] (s/d: 64).

Defender a incognoscibilidade do mundo das idéias pela alma, cativa do corpo (que é uma suposição pessimista) implica em ter de chegar à conclusão paradoxal de que no aqui não é possível a realização do bem (ser identificado a conhecer); em outras palavras, a divindade não poderia governar os homens. Eis a encruzilhada em que se encontra Platão, ao afirmar de modo absoluto que não é possível a nenhuma alma (o que, evidentemente, se estende à do filósofo), alcançar o conhecimento verdadeiro juntamente com o corpo. Desse radicalismo, chega-se também à conclusão não menos paradoxal de que neste mundo não pode existir o mal, pois não constitui o ser verdadeiro.

A superação desse obstáculo para assim ser atingido o objetivo final de Platão que é o de ver a cidade governada pelo filósofo, dá-se com abrandamento do dualismo absoluto, traduzido nas afirmações de que o conhecimento do Bem não é inteiramente impossível no mundo sensível, que também contém uma parcela do ser. Com a superação desse abismo, chega-se a uma intercomunicação entre o bem, do além, com o mal, do aqui.

Em razão de na Teoria das Idéias também estar presente a tendência à relativização dos opostos, o pessimismo platônico, expresso no dualismo absoluto do ser (bem) e do não-ser (mal), incomunicáveis, é superado, passando Platão a admitir a realidade empírica, não só como não-ser (nada), mas também como parte do ser (mundo das idéia, o bem), passando, de alguma modo, a existir. Surge, por fim, o "antideus", embora em posição inferior ao ser do bem. Assim, a oposição absoluta é superada pela diferenciação gradual de tipo valorativo. Estabelece-se uma escala de valores.

Chega-se a afirmar, a exemplo do que sucede na República, que as coisas do aqui são cópias das do além. No Fédon, ademais, fala-se de participação da coisa no mundo dos sentidos na essência do ser. Por conseguinte, este tem de ser em algum grau, e a reflexão do sensível deve ser alguma espécie de conhecimento.

É por meio da participação ou presença, introduzidas por Platão, que ocorre a relação do mundo empírico com o mundo das idéias. Dependendo do grau de participação (maior o menor medida do bem), pode-se superar a mera opinião (percepção sensível do devir) e atingir o conhecimento (contemplação do ser transcendente). O objeto da opinião é intermediário entre o ser (saber) e o não-ser (não saber); é o ser incompleto; e o objeto do conhecimento é o ser pleno. O opinar é um grau inferior do saber, assim como o seu objeto do ser. A ignorância, por sua vez, tem por objeto o não-ser. Entre o ser e o não-ser há estágios intermediários (v.g., a produção de Deus; a produção humana). Com a relativização, a *doxa* é aceita como espécie de conhecimento, e o conhecimento do ser verdadeiro é

claramente possível no aqui, com a sublevação da alma do homem.

O *Khorismos* (abismo), com a relativização do dualismo, é superado pela existência de estágios intermediários entre o ser e o não-ser (não mais representado pela realidade sensível), o mesmo ocorrendo com os valores. Pode-se falar em justo empírico com intermediário entre o absolutamente justo (ser pleno) e o absolutamente injusto (o pleno não-ser). Deduz-se, também, a tendência Platônica à relativização do dualismo absoluto (*v.g.*, na passagem em que a divindade cria o mundo sensível à sua imagem e semelhança; ou na afirmação de que o devir não é absolutamente, mas tão bom quanto possível), sem perda de característica sobre a idéia primitiva da oposição absoluta entre o bem e o mal, o ser e o devir.

Sua doutrina ensina que a *doxa* e a *episteme* têm sua origem comum na alma. Fala-se em "opinião verdadeira", adquirida pelo ensinamento, transmissível a todos os homens; e a compreensão racional (razão), adquirida pela persuasão, que só pode ser atingida por poucos dos eleitos.

Na concepção original da doutrina das idéias (que compreende realidades metafísicas de natureza ética) inexiste a idéia do mal, de injustiça, de vício, mas só de Justiça e de virtudes, o que para a lógica não é admissível, vez que para todo valor (bem) deve corresponder um desvalor (mal). Também no plano lógico se observa uma equalização dialética acerca dos quais se ocupa.

Só ao ensejo do "Sofista" (entre 366 e 361 a.C.) é que Platão abandona manifestamente a tese primitiva da doutrina das idéias, doutrina original, segundo a qual o devir não tem participação no ser. Fala-se que o ser é constituído não só pelo bem, mas pelo mal; que ser justo é participar da idéia de Justiça, e ser injusto é participar da idéia de injustiça.

No "Fédon", afirma-se que a racionalidade só é obtida com a morte. Contudo, a obra revela que, em vida, estaremos mais próximos do saber na medida em que nos privamos da relação com o corpo. O grau de conhecimento do ser verdadeiro está na dependência do grau de libertação do corpo.

A relativização do dualismo é importante para a validade da doutrina platônica da retribuição no além, pois, dependo da impregnação do anímico pelo corpo, há de se falar em alma má (alma podre, espírito ruim) que terá como retribuição a punição, e alma boa (alma alva, espírito bom), que terá como retribuição a recompensa. Observa Kelsen, que a relativização da oposição chega quase à sua total supressão.[497]

[497] (1996: 3, 5).

Como fica evidenciado, a Justiça Platônica constituía uma permanente atividade em busca da promoção do bem em contraposição ao mal, donde a prática de todo o bem corresponderia à idéia fundamental de Justiça e a prática de todo o mal, à de injustiça.

3.2 Sobre "Teoria" e "Generalidade"

Consoante ressaltado no item 1.3., desta Tese, as pequenas-grandes histórias do cotidiano de um povo, quando por certo tipificadas como variáveis mais ou menos universais, constituem, com freqüência, elementos especialmente esclarecedores de sua cultura, muito mais do que puras abstrações especulativas, enredando teorias de fundo não raramente mítico.

Recorrentes referências do trato social acabam consubstanciando a própria desqualificação do exercício da cidadania, o qual deveria resultar sobranceiro e de certo modo impessoal. Os direitos subjetivos valham a quem os possua, como patrimônio jurídico próprio, e não a quem os podem vergastar de modo mais eficiente, inclusive mediante o suporte de algum redutor para a atuação institucional dos agentes do Poder de Estado.

Também como visto anteriormente, o penhor da lealdade pessoal em função da retribuição por favores recebidos, da barganha fisiológica, do enredo de vantagens sem causas justificáveis, da transformação, enfim, da dignidade humana e das relações sociais em mercadoria, constitui manifestação pervertida de uma cultura *underground* – sobre ser típica de um capitalismo selvagem que se não mais tolera na vida contemporânea – em que não pode florescer a paz social pretendida pelo Direito e pelo Estado que a tutela, nem se conforma ao ideal de Justiça que estes últimos institutos querem alcançar. Sobre isso, é possível construir-se uma "teoria". É o que se fomenta quando, por obra da razão, se pensa que as expressões desqualificadoras da cidadania, típica e exemplificativamente descrita acima, somente se produzem em função de determinadas perturbações das propriedades desse mesmo Estado que se alimenta – não obstante sua retórica normativa, sempre passível de ser manipulada – do que há de mais anacrônico e injusto no que diz respeito à vida das sociedades modernas (caracterizadas pelo binômio liberdade/igualdade de seus membros): a negação da solidariedade como obstáculo para o acesso de todos à isonomia política, jurídica, econômica e social em obséquio à dignidade humana.

A situação se revela, ademais, singular e tecnicamente preocupante, na medida em que os direitos sociais nos países periféricos, justamente os últimos da

seqüência da história política, tanto não sucederam aos direitos políticos quanto não foram objeto de disputa política, consoante se tem observado, de ordinário, na história dos países de primeiro mundo. De fato, pode-se tomar o exemplo de que a doutrina social da Igreja foi posterior à Revolução Francesa e mesmo à Declaração de Direitos norte-americana, no século XVIII.

A idéia de tipificação generalizadora é, pois, fundamental à caracterização deste conceito de "teoria".

Então, veja-se. Quando o vulgo pronuncia a palavra "teoria", quer dizer, de modo pouco questionável, associando à criação ou ao trabalho intelectual específico. Assim, por exemplo, a "Teoria da Relatividade", de Einstein, a "Teoria Pura do Direito", de Kelsen, a "Teoria Finalista da Ação", de Welzel etc.

Contudo, a análise da natureza mesma da "teoria" suscita, com efeito, vigorosos problemas (indagações) epistemológicos.

Aqui, tentar-se-á justapor sua natureza, analisando-a descritivamente de sua estrutura, segundo uma perspectiva científica.

Como ensina a Filosofia, a "teoria" consiste em um bloco de leis, pelo qual se busca o conhecimento geral e/ou científico, este se por investigação das causas desencadeantes (*vire scire, per causas scire*, como diz Bacon[498]). Desta contingência ontogonosiológica emerge um caráter de sistema, que lhe dá consistência, resultado de um plexo de conceitos e enunciados, os quais assumem a forma de leis gerais que visam disciplinar um determinado assunto, uma experiência e a verificação de seus teores conteudísticos (situação material ou de fundo) e formais (estrutura). De fato, o objeto da ação de conhecer, diante da necessidade do próprio conhecimento, que se reflete na percepção, entendimento e explicação do objeto do saber. Eis a síntese do problema.

Por outro lado, o conhecimento por si só pressupõe uma "teoria" específica que é parte da Filosofia, a saber, a "Teoria do Conhecimento", aprofundadamente estudada por Hessen. Afirmou, este, que: "Como reflexão sobre o comportamento teórico, sobre aquilo a que chamamos ciência, a filosofia é teoria do conhecimento científico, teoria da ciência."[499]

Sendo assim, o conhecimento, enquanto objeto do próprio conhecimento, entenda-se bem, só pode ser dito como organizado, a dizer, sistematizado cientificamente, sob o ponto-de-vista causal-explicativo, da experiência, por possuir, esta, também, uma "teoria".

---

[498] (*apud,* Lahr, 1968: 338).
[499] (1978: 19).

Por sua vez, ao analisarmos uma "teoria" estaremos formulando uma outra "teoria". A "teoria da teoria", a "teoria" da ciência, a ciência da ciência, ou a lógica da ciência ou, ainda e finalmente, a lógica da lógica. Em outras palavras, o conhecimento como objeto do próprio conhecimento (epistemologia) há de possuir uma identidade, resultando de um só e único objeto, embora muitas vezes complexo. Múltiplos objetos não podem merecer uma ciência autônoma de molde a formulá-los uniformemente, pois que objeto autônomo não há para ser considerado no processo cognoscente. É claro que diversos objetos agasalhados em múltiplos tratos científicos, dotados ora de naturezas lógicas semelhantes ora dessemelhantes, podem convergir em face da necessidade de compará-los. Essa comparação não se confunde com amálgama, pois esses objetos, assim distintos, não se integram entre si para suportarem o advento de uma nova ciência. O estudo comparativo de diversos objetos – como se observará mais adiante[500] – não pode ser confundido comum a "Teoria" propriamente dita, com uma ciência, ainda que seja correto afirmar que o método comparativo o seja, de fato, e possua, por isso, autonomia instrumental, técnica e de ordem prática, consoante também mais adiante ficará estimado.

A "teoria" como conhecimento cientifico pressupõe uma certa sistematização, o que consiste em uma superposição de enunciados lógicos em conformidade formal com o pensamento (argumento de validade), e material com a realidade, esta sempre quando possível diante da natureza do objeto do conhecimento (argumento de verdade). A teoria científica é, pois, essencialmente lógica. Sendo lógica, converge para uma denominada "essência de teoreticidade"[501], que se constitui pelos diversos enredos elucubrativos voltados para o estudo e a análise, as técnicas de conhecimento diante do objeto científico, as relações com outras disciplinas do saber, sua orientação classificatória, descrição, explicação e normatividade de seu tipo objetivo etc. Tudo isso se lhe confere validade científico-estrutural e funcional também, quando a justifica, ao tempo em que analisa aquelas questões, estipula os fundamentos da teoria de que se tem ocupado o teórico.

Sobre o espírito sistemático de que se vale a "teoria" de modo a se tornar válida e lógica, adverte-nos LAHR: "Quem dele estiver imbuído corre perigo de arquitectar teorias sobre factos mal observados; e em vez de as modificar para ajustá-las aos factos, desnatura os factos para ajustá-los ao seu sistema: o espírito sistemático impede de tender ao fim, dando a ilusão de o

[500] Nota: Ver, Capítulo V.
[501] (Vilanova, 1953: 12).

ter alcançado."[502] Esclarece, ainda, o mesmo autor que: "Os espíritos demasiado especulativos estão expostos a cair nesta extravagância, adquirir uma fé cega nas teorias, o que afinal não passa de superstição científica."[503]

Como síntese orgânica de leis orientadas a um objeto especial do saber (cognoscibilidade), a "teoria" pretende precisar o preenchimento dos requisitos que lhe são inerentes, ínsitos, tanto na forma, no respeito aos padrões axiomatizados e postos como pontos de partida, como leis à obtenção do conhecimento, quanto no aspecto material, no sentido de que o conhecimento completo e verdadeiro projeta-se na conformidade do espírito com a realidade circundante, implicando permanente construção. O valer como ciência constitui, pois, a maior aspiração de toda "teoria". Isso dá curso à dinâmica do próprio sabe, como resultado das diversas "teorias", cristalizando-se a idéia de construção. Uma "teoria" não reúne aspectos de reductibilidade estática, sendo antes uma dinâmica conceitual e enunciativa visando à construção do saber científico. Essa dinâmica que contrapõe muita vez o teórico do objeto de sua própria "teoria" assevera o caráter dialético desse saber científico.

Segundo uma visão histórica, o termo "teoria", originário da Grécia Antiga, berço do pensamento peripatético, embora não tendo sofrido grandes variações conceituais, acabava reduzido na contemplação, sistemática e ordenada, das puras evidências naturais. Hoje em dia, além dessa perspectiva, tirada da filosofia natural, uma "teoria" passou a assumir a feição conotativo-explicativa, além da convencional, ou puramente criativa, importando, sobremodo, em um produto da cultura.

Sobre isso, pode-se, com relativa margem de segurança epistemológica, alinhavar uma razoável classificação, a saber:

1. *Teorias Realistas*, as quais procuram, efetivamente, descrever integralmente e por todos os termos a realidade circundante, a partir do fenômeno perceptivo-sensitivo sofrido pelo agente cognoscente. Das pesquisas empíricas levadas a efeito por Aristóteles (Política), constatou-se que: "É difícil, (...) ser respeitador da lei, se o indivíduo for muito rico ou muito pobre. No primeiro caso, o rico pode violar a lei com impunidade, pois sua fortuna o protege. 0 segundo, o muito pobre, é tentado ou impelido a roubar, porque está desesperado. Assim conclui que o segmento mais estável da sociedade é a classe media."[504] Tal abordagem reclama uma natureza teórico-realista, que em Aristóteles assumiu um

[502] (1968: 393).
[503] (*op.cit*: idem).
[504] (Lipson, 1966: 504).

empenho conclusivo deveras sofisticado, obtido por meio de uma inferência lógica e final, conclusiva de suas observações.

2. *Teorias Explicativas*, as quais buscam o estabelecimento do nexo de causalidade de que se revestem os dados objetivados, os objetos do conhecimento. Para tanto, tratam de investigar a origem ontológica dos objetos científicos, definindo-lhes a causa, estimando os efeitos para, enfim, delimitar-lhes os contornos, a essência e a função. São também explicativas as "teorias" que, no âmbito de validade das ciências de razão dedutivas, como o Direito, buscam em uma lei geral, cuja fonte de produção seja a própria causa ou razão, o fato de sua determinação teorética; Sobre isso, Mill: "Um fato particular é explicado desde que indicada a lei da qual sua produção, seja um caso."[505]

3. *Teorias Nominativas*, as que negam a possibilidade de uma relação natural de seu contexto com os objetos e, por isso, assumem um registro tipicamente convencional, posto que, sendo produto convencionado da cultura humana, promovem-se em uma estrutura de símbolos úteis (simbologia) ao critério científico de eleição para se identificarem como tais. Por meio dessas "teorias", exige-se a preexistência de regras explícitas que atuem sobre o objeto da própria convenção, não reunindo reductibilidade quanto à interpretação de suas fórmulas para que nelas seja visto como o que resulta logicamente válido. Trata-se de um exame de estruturas.

De todo modo, seja qual for a natureza teórica do concerto de conhecimentos que se quer abordar, servirá uma "teoria", sempre, como bloco de conceitos e proposições orgânicos e sistemáticos, para, de modo definitivo e acabado (relativamente acabado, dada a sua dinâmica dialética), se tornar possível a determinação e a construção das evidências científicas, da verdade científica. É que essa verdade não poderá ser revelada espontaneamente, como tampouco passivamente observada, quer dizer, por puro empirismo, só adquirindo a condição de fato científico após sua caracterização e objetivação científicas, segundo padrões lógicos (críticos ou formais) e metodológicos próprios (indutivos ou dedutivos).

O pensamento científico é dado, portanto, por formas de abstração própria, o que significa isolar o sentido de um dado objeto do conhecimento como sendo um objeto-tipo, separando os substratos de sua representação a que valha universalmente. No plano do real, tal separação resulta em uma situação problemática, mas ocorre de toda forma quanto aos símbolos com os quais se pretende representá-la.

---

[505] (*apud,* Cuvillier, 1969: 61).

Por extensão, serve-nos uma "teoria" para determinarmos a verdade filosófica, isto é, aquela que não se compadece de meias-verdades, ou superficialidades, por isso que se mantendo estável em seu seus substratos, já que não se encontra sob ou sobre, dentro, fora ou circundando a capa hermética e insensível das versões formalistas puras, as quais não raro afetam os valores mais essenciais que, afinal, são tidos como objetivados pela ação do conhecimento. Dessa forma, o pensamento científico também pode agasalhar paradoxos e isso freqüentemente acontece, especialmente quando obra do saber é construída sob amarras conjunturais que retiram do pensamento o seu ínsito academicismo. O móvel é a compatibilização construtiva das verdades científicas com a verdade filosófica fora de cujo ambiente o saber se despoja de sua própria natureza. Todavia, haverá sempre uma certa defasagem entre essas duas variantes do saber, cumprindo ao teórico buscar as fórmulas e leis de perscrutar os objetos segundo uma crescente prospecção das verdades verdadeiras, isto é, da verdade filosófica. O mal, pois, no processo do conhecimento não reside exatamente no erro quanto à absorção dos seus objetos, mas na permanência consciente deste estado. O erro quanto aos núcleos veritativos do saber por si mesmo não é um mal, quando produto dos empenhos honestos pela busca da verdade; torna-se um mal a partir do momento em que, percebido, deixa de servir de fundamento às diversificações de rotinas que haverão de instrumentalizar a pesquisa científica de modo racional. Até mesmo Kant, que veta a metafísica enquanto conhecimento científico, reconhece que a razão deve "*estarse callada si por otros lados el hombre llega a la convicción de la existencia de Dios, de la liberdad, de la inmortalidad del alma.*"[506]. Importa ressaltar aqui que essa dinâmica se espelha nos diferentes graus de generalidade do conhecimento científico. Sua universalidade depende, pois, do conhecimento preciso que se possa formular a respeito dos elementos-tipo componentes de seus objetos. De fato, o conceito de gênero pressupõe uma classe de dados que tem mais extensão e menor compreensão que outra, a qual se denomina espécie. Disso decorre que generalizar é a ação de reunir em um único conceito diversos objetos de caracterização comum, conferindo-lhe uma unidade de sentido, pois do contrário teríamos a idéia de grupo, nunca a de geral. Generalizar é, pois, abstrair. Se se colhe o gênero dos mamíferos, vamos verificar que o traço comum a todas as espécies que nesse gênero se incluem é a lactação. Lactação é, assim, o núcleo comum que confere a esses objetos uma unidade, um sentido de geral. Compreender bem a noção desses termos, ajuda a entender o que se concebe por "teoria".

[506] (*apud,* Vilanova, 1980: 751).

Ademais, para que se tenha uma "teoria" de fato, integral e dinâmica, para sua estrutura corresponder fielmente aos postulados aos quais se destina, deve estar associada à prática para a qual, em última análise, parece estar voltada. No tocante a esta questão, ensina Toranzo: "*La practica ya no es ciencia, pues no tiene por fin la adquisicion y contemplacion de la verdad, sino la realizacion de deteminados fines mas o menos utilitarios*."[507]

De fato, a prática nada mais é do que a dimensão física do conhecimento teorético ou científico, podendo, por sua vez, manifestar-se sob a forma da arte ou da técnica. Arte, como produção material do belo, e, técnica, como atividade, igualmente material, de reta aplicação dos conhecimentos científicos em vista a um determinado fim. Como se dessume, ambos os aspectos reúnem natureza utilitária, e essa também faz parte do saber científico.

Com efeito, disto resulta que a estrutura de uma "teoria" é sempre complexa, uma vez que se aperfeiçoa por um conjunto harmonioso de elementos formal-instrumentais, pelo que é dita formar uma unidade lógica de sentido que deriva de um concerto integrativo e orgânico de proposições científicas e/ou filosóficas, que, sintetizado à prática, desenha uma ação intelecto-racional integral e especulativa, seja com o fim de descrever, explicar ou convencionar realidades tomadas como seu objeto.

Por fim, a "teoria" é, assim, em sentido próprio (científico), uma unidade de leis gerais[508] dentro em um sistema complexo, mas integrativo, de enunciados e proposições lógicas, o que descreve sua expressão formal. Materialmente falando, consiste em afirmações ou negações tidas como verdadeiras teoréticamente. Nesta perspectiva ordenadora, o princípio unificador, sintetizador de elementos, confere cientificidade à "teoria", ficando desautorizada, enquanto tal, a incorporação de concepções incompatíveis entre si. Sobre isso, Vilanova: "Logicamente, os problemas são elaborados em formas de pensamento e em critérios veritativos (...) irredutíveis entre si."[509]

Veja-se, então, como podem estruturar-se esses problemas elaborativos do pensamento.

Do conteúdo científico da disciplina em apreço, emergem, por conseqüente, as peculiares considerações lógicas que lhe conferirão validade, isto é, a qualidade de

---

[507] (1978: 134).

[508] Nota: Toda lei como tal, tem um sentido de generalidade. Dessa forma, a expressão "lei geral" constitui, a rigor, uma tautologia terminológica, válida, no entanto, em vista de critérios didáticos que se devem observar para a fixação do saber. Para Alves: "Na generalização, a forma da proposição particular é idêntica à da proposição universal. O que se altera é o sujeito. O particular se transforma em geral. Daí, a generalização." (2000: 159)

[509] (Vilanova, 1953: 19).

ser válida e de manter-se, por isso, no tempo no espaço (validade com pretensão de eficácia). Tal regime de validade lhe informará a substância até o momento em que seu fundamento se torne insubsistente, quando ocorrerá substituição por sistema de conhecimento mais atual e condizente com as exigências acerca do conhecimento dos objetos de uma tal disciplina. Por isso mesmo, diz-se constituir a ciência, ou a "teoria", um sistema dinâmico de conhecimento, daí por que relativo, já o pontificara Platão, como que intuindo que essa dinâmica se constitui na essência mesma da aspiração de formular, por meio da linguagem (estrutura lógica de comunicações), leis por via das quais devam ser regidos os fenômenos, segundo as suas naturezas (ontologias).[510]

Já o conhecimento científico, em sua caracterização essencial, resulta do seguinte processo:

---

1) da *absorção ou sensorialização*, do "ato de apreensão sensorial"[511], que significa a captação pelo agente cognoscente da coisa objeto do conhecimento;

2) do *processamento anímico,* pelo qual dá-se uma metabolização daquilo que fora captado no espírito do agente, ou por meio de seu aparelho sensorial ou por obra de pura reflexão lógico-formal, dedutiva ou inferente (plano da cultura ou plano metafísico);

3) da *proposição, enunciado e juízo*, por via dos quais o agente intelectual formula, enunciando, propondo, julgando, um juízo de valor que se constitui uma mera operação mental (intelectual) de achar e de fixar, de estabelecer certo e determinado atributo, predicado, sobre um objeto qualquer (o que fora captado sensorial e originalmente pelo agente, para conferir-lhe (atribuir-lhe) uma ordem positiva ou negativa, de bem ou de mal, de bom ou de ruim;

4) da *emissão do juízo de valor*; desde que não há no mundo o que reúna atributos de neutralidade absoluta, tudo está sujeito a algum tipo de valoração, todo juízo é, essencialmente, um juízo de valor; sendo assim, ao se emitir um juízo ou uma proposição ou um enunciado, isto que se enfeixa em um único sentido lógico, estará implicando uma conotação valorativa, um teor axiológico tirado da experiência histórica. Tal emissão corresponde à projeção exterior do juízo de valor; trata-se da comunicação do mesmo, o que só será possível fazer pelo recurso indissociável a uma estrutura de símbolos de referenciação representacional que se preste a enlevar o sentido,

---

[510] Nota: Dentro de um sentido bem rigoroso, as leis científicas "são" as que regulam os fenômenos e não as quais "devem" fazê-lo. Têm a ver com a filosofia natural (física) e não com a filosofia moral (ética).

[511] (Vilanova, 1977: 1).

significado e alcance dessa enunciação, uma linguagem universalmente subministrada aos destinatários do conhecimento.

Dessarte, pode-se concluir que o conhecimento é um "fato complexo", como acentua Vilanova[512].

O Direito, como ciência, instrumento útil e necessário à elaboração das condições para a estabilidade das relações intersubjetivas, para a paz social e para a busca do ideal de Justiça, carece de ser, todavia e antes, conhecimento; e este conhecimento carece de lógica. Compreendida, pois, a lógica no substrato mesmo do Direito, posto que não há que nele se falar se o mesmo não for conhecido, tampouco, reflexamente, prescindirá de lógica o conhecimento sobre a Justiça.

Tendo em vista a preocupação segundo a qual o Direito bem assim, especialmente, os seus objetos, são mais do que lógica, mais do que forma, mais do que pura juridicidade, observa-se, então, que as considerações de tipo jurídico não podem manter-se afastadas, senão unicamente por didática e em função de alguns postulados de método, da realidade que o Direito busca disciplinar. Sendo assim, o Direito é função (distributiva de Justiça e organizadora da sociedade), mas é, ao mesmo tempo, estrutura (consignada na forma da normatividade jurídica). Esses fatores se lhe integram a natureza, são componentes indissociáveis de sua ontologia científica. Portanto, não se pode, a pretexto de uma alienada estratificação metodológica, operar reducionismo amesquinhador de todo um segmento de saber, complexo tanto na origem de sua apreensão, como na manifestação prática de seus objetos, de seus conteúdos. Um tal reducionismo arbitrário atenderia às ideologias, não ao espírito científico, propriamente dito, e deve, por isso, ser afastado. Obviamente, não se pretende aqui fazer apologia do subjetivismo, do arbítrio (um anticonceito jurídico), como se justificariam os formalistas ortodoxos; pretende-se, em verdade, afastando justamente o arbítrio dessas considerações do saber jurídico, a perfeita caracterização (realística) das formas normativas de que se reveste o Direito positivo, para regulação da vida social. Distinguir Ciência do Direito da técnica jurídica é do que se nos ocupamos neste momento.

Voltando, agora, às atenções para a linguagem, tem-se que é na mesma em que se descreve a nota mais característica da cientificidade, especialmente a do Direito, dado que a raiz científica é a lógica, seja ela formal ou material.

Sendo um subsistema científico-filosófico, em relação às ciências em geral, a lógica não busca alterar os critérios e métodos de cada uma delas estando situada em um

[512] (1977: idem).

plano genérico, embora constituindo "uma ciência das leis ideais do pensamento e a arte de as aplicar correctamente para buscar e demonstrar a verdade."[513]

Já a linguagem, cuja validade prende-se à própria lógica e a função à necessidade de comunicação do conhecimento entre os agentes cognoscentes, se expressa formalmente sob "núcleos sintáticos". Estes resultam da experiência das palavras e são por elas exprimidos quando dispostas em discursos e orações, correspondendo a estruturas lógicas de aperfeiçoamento do conhecimento.[514]

---

[513] (Lahr, 1968: 311).

[514] Nota: Uma situação ilustrativa: Poder de Polícia (1) *versus* Poder da Polícia (2). A partir do fracionamento das expressões "Poder (substantivo) de (preposição) Polícia (substantivo)" e "Poder (substantivo) da (preposição "de" + artigo definido "a") Polícia (substantivo)" em classes de palavras, podemos considerar que o substantivo "Poder", constante de ambas as expressões, é resultante de derivação imprópria, cujo vocábulo já classificado na categoria gramatical verbo, passa para a categoria "substantivo" por mera disposição contextual. Logo em seguida, é apresentada, na expressão 1, simplesmente a preposição "de" e, na expressão 2, esta mesma preposição encontra-se contraída com o artigo definido "a". Convém salientar que o artigo definido "a" é a única e considerável distinção entre as expressões em epígrafe, tendo em vista que está presente na expressão 2 para individualizar o substantivo, restringindo e limitando a sua significação. É imprescindível acrescentar também que as expressões "de polícia", formadas a partir de preposição mais substantivo, têm valor adjetivo com denominação de locuções adjetivas. Pode-se notar, sobretudo, que, tomando-se a análise morfológica das expressões 1 e 2, o que muito se fez foi estudar as palavras independentes umas das outras, abstraindo-lhes no máximo, idéias e alterações semânticas (mudanças de significação da palavra polícia, mediante a introdução do artigo definido "a" na expressão 2. Diferentemente, a análise sintática permite estudar as palavras relacionadas entre si, na formação da frase, a fim de expressarem um pensamento, bem como, visualizar a augusta diferença entre uma e outra expressão. Observe-se que a palavra "Poder" pode ser usada como nome de sentido transitivo ou simplesmente nome. E as expressões complementares "de Polícia" e "da Polícia", respectivamente, são complemento nominal e adjunto adnominal. Por definição, complemento nominal é o termo que, na oração, completa o sentido de um nome, substantivo, adjetivo ou advérbio. Quanto à relação: vem sempre associado a um nome de significação transitiva; quanto à forma: liga-se ao nome, sempre através de preposição; quanto ao valor: indica o alvo ou o ponto sobre o qual recai a ação do nome. Por definição, ainda, adjunto adnominal é o termo que na oração vem representado por artigo, adjetivo, locuções adjetivas, pronomes adjetivos e em umeral. Quanto à relação: vem sempre associado a um nome; quanto à forma: pode ligar-se ao nome através de preposição; quanto ao valor: qualifica, caracteriza ou determina o nome a que se associa. Indica o efetuador da ação do nome e não o alvo. Assim, quando o adjunto adnominal vem precedido de preposição, formalmente ele se torna igual ao complemento nominal. Neste caso, temos de distingui-los pelo valor. Outra observação relevante: O complemento nominal sempre funciona como alvo, o destino da ação nominal. Neste caso, a preposição apresenta sentido passivo. O adjunto adnominal nunca funciona como alvo ou endereço da ação de um nome. Ele simplesmente caracteriza o nome a que se associa. Quando aparece com preposição, esta apresenta sentido ativo. Na expressão (1), o complemento nominal "de polícia" representa o alvo sobre o qual recai ação do nome "poder", isto é, a configuração semântica da frase fica comprometida pelo sentido de passividade do termo "de polícia", sugerindo, de quem tem o direito de deliberar, agir e mandar ("poder"), a imaginação da boa ordem; disciplina. Já na expressão (2), o adjunto nominal "da polícia" indica o efetuador da ação do nome, ou melhor, "a polícia" referida é aquela corporação que engloba os órgãos e instituições incubidas de fazer respeitar as leis

Para o fim de ser conhecido, entendido e explicado, o mais precisamente quanto possível, conforme as peculiaridades que lhe dão características e as propriedades que lhe dão função, o objeto do conhecimento dir-se-á como produto de uma abordagem teórica, podendo essa abordagem ser obtenida mediante observações empíricas também, dependendo de sua natureza.

Todavia, de nada valeriam as palavras se não carregassem consigo em seu teor ou mesmo em sua essência de significações, por isso mesmo, conotações significativas ou, ainda, os significados, irrelevando condição sintático-analítica e a forma de como são refinadas, expressas como símbolos. Basta que signifiquem algo que se possa representar por meio delas. Importa, sim, aferir a carga significante das palavras.

Diante dessa circunstância, pode-se perceber, com relativa facilidade, que a maior preocupação das estruturas lógicas acerca do tema jurídico e seu sistema de normas, no esforço de produção do equilíbrio social, também está relacionado com a lição de Warat: "Obviamente só os signos linguísticos são portadores de significados que as definições podem explicitar."[515]

Para completar o fenômeno de apreensão jurídica é mister que os significados denotados pelas expressões da linguagem não fiquem puramente como tal, como se a versão de um fato pudesse conferir a certeza absoluta de sua verdade. É por isso que a explicação desses significados resulta também essencial nesse processo. É justamente esta explicação que tornará o conceito, isto é, o produto do processo de abstração que sintetiza a relação intelectual entre o jurista e o fenômeno jurídico. O conceito é o produto acabado do ato de pensar (raciocínio) um dado objeto do conhecimento. Os conceitos jurídicos traduzem essa relação operacional (cognitiva) e obedecerão à natureza de seu objeto, integrando a estrutura do pensamento consigo mesmo (adequação do pensamento consigo próprio [lógica formal, produzindo verdade formal], adequação do pensamento com o objeto do conhecimento [lógica material ou crítica, produzindo verdade material ou real, tanto quanto possível]).

Deve-se ter presente, outrossim, que uma exigência ética formula um axioma de aproximação entre os núcleos de denotação com o que o conteúdo do conhecimento de fato

---

ou regras impostas aos cidadãos visando à moral, à ordem e à segurança. Desta forma cabe concluir-se com as seguintes proposições lógicas: *Poder **de** Polícia* (1) - é um atributo destinado a qualquer órgão do Estado, originado do direito de deliberar, agir e mandar, com a finalidade precípua de manter a ordem, a moral e a segurança pública mediante leis ou regras preestabelecidas. *Poder **da** Polícia* (2) - é uma faculdade inerente à Polícia, enquanto corporação, que visa à manutenção da boa ordem e segurança social.

[515] (1977: 8).

representa. Assim, pois, se uma premissa, de tipo maior, é um convencionalismo, tal convencionalismo deve estar em consonância com a realidade do mundo circunstante, pois, do contrário, os resultados práticos de um conhecimento disfuncional afetariam a teleologia mesma do espírito científico bem como de suas construções teóricas e normativas. É claro, se uma dada convenção somente encontra lugar no mundo das representações, empenho algum será exigível ao agente de vincular-lhe à realidade, posto que a realidade, em tal dimensão, é o próprio teor do convencionado. A ordem da cultura, afinal, reúne existência ideal, mas não participa à experiência, ao mundo fenomênico.

3.3 "Teoria da Justiça" em John Rawls: Aspectos Gerais

Neste espaço, não se pretende cunhar a descrição preciosística do pensamento de Rawls, e menos ainda da crítica de suas teses, antes se trata de estabelecer as suas linhas gerais e os elementos básicos de sustentação de sua "Teoria" de modo um tanto superficial, por certo, mas apenas para tornar possível a assimilação da idéia geral de dinâmica por que terá de observar invariavelmente uma determinada proposta de "Teoria da Justiça".

Intentando, ele mesmo, justificar o objetivo de seu livro, propôs-se a descrever como utilitária a sua tese, derivada da filosofia moral moderna[516]. E, de novo, insiste no argumento, ao traçar que, como eqüidade, uma "teoria da Justiça" consubstancia uma "teoria política", e não "metafísica".[517] Preocupa-se com as obscuridades do princípio utilitarista, especialmente com as incongruências de muitas de suas implicações e o resultado de nossos próprios sentimentos morais. Algo não muito distante do que se observa no cotidiano da vida institucional: montagens de toda ordem gerando pautas descompassadas em relação ao seu sistema. Se temos uma Constituição, por exemplo, vivemos como se não a possuíssemos. Isso, evidentemente, se choca com a linha central da Teoria de Rawls que, uma vez invocada sua inafastável inspiração kantiana, é o direito inalienável à liberdade, inerente a cada pessoa.[518]

Busca, ademais, caracterizar as idéias de racional e razoável ao ensejo de uma problemática por demais intuitiva que preside ao ideal de Justiça, como primeira virtude das instituições sociais, assim como a verdade será a primeira virtude dos sistemas de pensamento, virtudes tais que, por serem prevalentes, não estão sujeitas a transações;

[516] (Rawls, 1985: 9, 15, *passim*).
[517] (Rawls, 2000: 201, 241).
[518] (Pegoraro, 2000: 77, 80).

constituem, pois, um núcleo universal que demanda conhecimento. Um conhecimento que parte, todavia, de algumas convicções intuitivas que apontam para a primazia da idéia de Justiça em todo tempo e em todo lugar. Sobre isso, aliás, referiu Dworkin: "Ele sugere que se nossa tentativa de teorizar a Justiça não se ajusta a alguma intuição particular sobre ela, isso significa que uma luz de advertência reclama que reflitamos sobre se a convicção eleita é de fato aquela que realmente consideramos."[519]

A explicação, valoração e interpretação de tais pretensões, somente se dará à luz de uma "Teoria da Justiça", a qual não prescinde de ser rebatida se se quer apreendida como tal, como "teoria".[520]

Em Rawls, ela está circunscrita à estrutura social e era mesmo de sua pretensão generalizar a tradicional "Teoria do Contrato Social", bem cristalizada no pensamento de Rousseau, por exemplo, até níveis mais elevados de abstração, tanto quanto possível. Um esforço, portanto, de sistematização da idéia de Justiça derivada da politicidade.

Realmente, para mostrar suas idéias, Rawls estabeleceu uma hipótese de trabalho intelectual: um contrato estabelecido entre sócios, segundo o objetivo de tornar mais razoável e justa a comunhão entre eles, sua sociedade. Como pessoas que dessa sociedade participam, figuram em seu sistema como um "senso comum", não obstante uma intrínseca variabilidade de sentido, geralmente evolutiva. São homens e mulheres com gostos comuns, talentos, ambições, convicções que, embora sabidas em gênero, são por cada qual desconhecidas, no particular, quanto às circunstâncias do sócio interagente. A aceitação do contrato antecede ao referido conhecimento sobre as particularidades dos demais sócios. Isso caracteriza uma dicotomia substancial, objeto das elucubrações do autor: igual liberdade e diferença existencial. Igualdade e diferença são os princípios que se entrecortam na "Teoria da Justiça", em Rawls, mirando a caracterização da estrutura institucional de uma sociedade; propondo a construção de um contrato social realmente justo, o qual não se compreende desfavoreça a alguém no detrimento de outrem. Certos princípios de Justiça, portanto, são justificados porque eles estariam de acordo com uma situação inicial de igualdade.

Curioso é que em sua concepção exclui todo e qualquer contingenciamento histórico para a idéia de cidadania, por considerá-la impertinente à questão da Justiça. Por essa razão, Rawls deixa de levar em conta certas vantagens naturais (o mérito individual, por

[519] (1978: 165). Nota complementar: O texto citado e transcrito consiste em livre tradução do original em inglês.
[520] (Rawls, 1985: 20).

exemplo) por forma a demonstrar a sociedade justa. O que é particular, não deve ser considerado no âmbito da pactuação política da sociedade, já que vale a liberdade que é igual para todos. Como se vê, trata-se de uma perspectiva filosófica que carrega a motivação do liberalismo progressista.

3.4 Aspectos Descritivos da "Teoria da Justiça", em Rawls

Tomar-se-á, aqui, como fundamento teórico para esta descrição, a dissertação de Wolff[521] sobre a "Teoria da Justiça de Rwals", além desse próprio texto.

Pois bem. Rawls usa o argumento do contrato hipotético para justificar os seus princípios de Justiça. Adequadamente, podemos dividir o projeto de Rawls em três elementos. O primeiro é a definição das condições pelas quais o acordo hipotético acontece; o segundo é o argumento em que seriam escolhidos tais princípios de Justiça sobre aquelas condições; e o terceiro é a reivindicação que isto mostra que eles são os princípios corretos de Justiça, pelo menos para regimes democráticos modernos. Considere-se o primeiro destes elementos, as condições do contrato que Rawls chama "a posição original". Que ignorância ou conhecimento precisamos atribuir aos contratantes para que um acordo sobre Justiça social seja possível?

Fôssemos tentar imaginar um contrato hipotético entre todo o mundo em uma sociedade moderna, com certeza, falharíamos. Não há nenhuma condição para qual literalmente todo o mundo concordaria (ou se há alguns, estes quase não se importariam a uma concepção completa de Justiça). Podemos esperar de algumas pessoas ricas, por exemplo, serem opostos fortemente à taxação, enquanto algumas pessoas pobres quererão que os ricos sejam taxados mais do que já são, atualmente, a fim de aumentar os benefícios de bem-estar. Conseqüentemente, temos uma disputa, e o ponto de uma teoria de Justiça é tentar solucionar tal disputa.

Rawls supõe que as visões de Justiça das pessoas são freqüentemente parciais, em parte, pelos próprios interesses particulares deles/delas. Porque elas já sabem quais pautas sociais[522] foram-lhes fornecidas -inteligência,

---

[521] (1996: 168, 186) Nota complementar: O texto citado e transcrito consiste em livre tradução do original em inglês.

[522] Nota: O autor remete à analogia do baralho. Se se tiver que alcançar um acordo hipotético, tem-sae que abstrair da vida real. No jogo de cartas, isto é bastante facilitado. Imagine-se que acordo se teria feito antes das cartas serem distribuídas. Assim, se assume algo de ignorância. Nenhum dos jogadores saberá que chances de fato reuninirá. Se se puder imaginar isto com sucesso, então o resultado será uma posição onde em que não se pode sofrer influências dos próprios interesses particulares; quer dizer, se se têm boas chances ou não. Se tal abratração não for elaborada, as chances por um acordo hipotético serão muito fracas. Enfim,

força – e assim as pessoas freqüentemente não terão uma postura corretamente imparcial como requerido para a Justiça. O Pensamento de Rawls é que, enquanto a Justiça requer imparcialidade, a imparcialidade pode ser modelada assumindo ignorância. Isto abre o caminho para um argumento de contrato hipotético. Esclarecendo, considere o exemplo seguinte: suponha, em um futuro não muito distante, a escassez de árbitros de futebol (imagine-se que, desiludidos pelos abusos dos jogadores, todos eles resolvem ser goleiros.) Para muitos jogos, ficará impossível achar um árbitro neutro. Suponha que isto é a verdade no jogo entre "Unidos" e "Cidade"[523] e suponha, também, que o único árbitro qualificado para a partida é o "cartola" de Unidos. Compreensivelmente, a equipe Cidade propõe que ele deveria arbitrar o jogo. Porém, a Associação de Futebol está atenta a que esta dificuldade surja de vez em quando e assim eles conceberam um antídoto. Se você toma este remédio, você se comporta perfeitamente normal exceto em um aspecto. Você tem uma perda considerável da memória. Você está impossibilitado se lembrar em que time de futebol você atua (e não pode ouvir ninguém que tenta lembrá-lo). Tendo tomado este remédio como deve o "cartola" do Unidos apitar o jogo?

A resposta é que ele pode muito bem ser imparcial. Ele sabe que lidera um dos times, mas não os distingue. Se, por acaso, ele escolhe um dos times, fortuitamente, poderá causar dano ao próprio time. Se assumimos que ele não quer correr o risco de prejudicar o próprio time, então tudo que ele pode fazer é agir tão razoavelmente quanto for capaz e deixar o jogo correr de acordo com as regras. Da ignorância resulta a imparcialidade.

A partir disso, podemos considerar a construção de Rawls sobre a "posição original". Pessoas na "posição original" – os contratantes hipotéticos –, encontram-se imersas em um "véu de ignorância" que faz com que se abstraiam de suas condições particulares. Por causa dessa ignorância, eles não sabem como agir em favor próprio e, conseqüentemente, são forçados a agir imparcialmente.

As pessoas na "posição original", diz Rawls, não se apercebem de seu lugar na sociedade ou sequer de sua classe social. Ignoram seu *status* social, seu gênero e sua raça. Ainda, outrossim, desconhecem suas habilidades e forças pessoais. Em todos esses aspectos, desconhecem a que papéis foram destinados.

Isto é bastante para lhes permitir chegar a um acordo? Seria, se por acaso, a única coisa que dividisse as pessoas

---

imaginando-se o que se teria aceito por motivo de tal embaralhamento, tem-se que se trataria de um modo de tentar filtrar o preconceito causado pelo próprios interesses especiais. A essa idéia, Rawls acolhe na tentativa de discussão dos princípios de Justiça.

[523] Nota: Equipes fictícias.

em questões de Justiça fossem casos de interesse pessoal. Mas Rawls reconhece que esta é uma simplificação rude e crua. As pessoas discordam porque também valoram distintamente. As pessoas têm diferentes concepções do "bom", isto é, idéias diferentes do que faz a vida valer a pena. As pessoas têm visões diferentes sobre moral, religião e filosofia bem como objetivos e ambições distintas. Rawls exclui todas essas informações também. Pessoas na "posição original" desconhecem a própria concepção do bem e nem sabem suas tendências psicológicas especiais, afirma.

Para ilustrar o poder deste método, as suposições parecem ser bastante para explicar por que as pessoas na "posição original" concordariam ao que Rawls chama o Princípio da Liberdade – que cada pessoa deverá ter um núcleo de liberdades básicas. Escolher um princípio diferente para regular liberdade seria, com efeito, discriminar um certo grupo, ou aceitar a liberdade diminuída para todos. Mas quem concordaria em fazer isto se não se soubesse a qual grupo pertencesse? Quem escolheria discriminar contra uma raça particular se desconhecesse a própria raça? E por que alguém procuraria limitar a liberdade dos outros? O Princípio de Liberdade parece uma óbvia escolha racional.

Por outro lado, uma objeção é que os indivíduos poderiam escolher uma liberdade menor ou desigual se isto fosse melhor para todos. Rawls nega isto, e nós verificaremos suas razões brevemente. Mas uma objeção mais sutil é que as pessoas, até agora em discussão, simplesmente estariam impossibilitadas de fazer qualquer escolha ou decisão. Elas não sabem quem são, nem que tipo de coisas apreciam. Como, então, elas podem elaborar qualquer tipo de decisão sobre como a sociedade deve ser? Sem uma concepção do "bom", como eles podem valorar a liberdade?

A resposta de Rawls é pressupor um certo tipo de motivação. As partes/agentes na "posição original", assim assevera o autor, devem ter, pelo menos, uma tênue teoria do que seja o "bom". O primeiro, e mais importante elemento desta teoria seria o fato de que os agentes na "posição original" sabem que eles querem o que Rawls chama de "bens primários". Consistem em liberdades, oportunidades, riqueza, renda e bases sociais do auto-respeito. O que estes têm em comum, Rawls supõe, é que são o que as pessoas deveriam querer racionalmente, além, obviamente, de outros itens. Quer dizer, se sua concepção do bem é uma vida de prazeres autênticos ou virtude monástica, ou arte da caça e pesca caçando ou, ainda, a elevação da consciência ou o que mais seja desejável. Sempre se quer liberdade, oportunidade e dinheiro, afirma Rawls, como meios para seus fins pessoais em vida. Assim,

os agentes na "posição original" sabem que eles querem bens primários.

Rawls acrescenta que eles preferem mais que estes bens primários e que os agentes são racionais no sentido que eles perseguirão os meios mais eficientes para alcançar os fins desejados. Além disso, não sendo invejosos[524] não estarão ressentidos com a fortuna alheia. Finalmente, não tiram vantagens do infortúnio alheio.

É importante esclarecer que Rawls não está dizendo que é assim que as pessoas são no mundo. As pessoas são freqüentemente invejosas ou irracionais e nós nos preocupamos freqüentemente com as vidas de outras pessoas. Ele está criando um modelo hipotético de uma pessoa que atuaria na posição original. No jogo de cartas, visualizando uma situação hipotética de concordância, é como se os jogadores ainda não tivessem fechado negócio, muito embora já o tivessem realizado. Semelhantemente, supomos um nível mais radical de ignorância e conhecimento para assegurar imparcialidade entre as partes contratantes no caso da posição original. Finalizamos com uma visão das pessoas situadas na "posição original" muito distinta da vida real. Mas esta não é uma crítica da teoria. As condições da "posição original", por trás do véu de ignorância, não significam descrever a natureza de uma pessoa, mas agir como um dispositivo metodológico; um dispositivo que nos ajude a ter a uma visão sobre os princípios corretos de Justiça.

Há ainda alguns itens a mais a acrescentar antes de completar o quadro da posição original. Rawls assume que as pessoas são ignorantes de certos fatos sobre a sociedade em que vivem. Eles não sabem sua situação econômica e política, seu nível de civilização ou cultura ou a geração a que pertencem. Porém, eles sabem que as pessoas – pessoas reais, as pessoas da sociedade – têm um senso de Justiça e são capazes de ter uma concepção do "bom".

Eles também sabem que a sua sociedade está inserida no que Hume chamou "as circunstâncias da Justiça"[525]. Hume demonstrou que em certas condições a idéia de Justiça parece não aplicável. Se estivermos em uma condição de escassez medonha, tão ruim a ponto de não podermos assegurar a sobrevivência de todos, então a idéia de criticarmos qualquer ação alheia como injusta pareceria absurdo. Se para permanecer vivo, você deve se apropriar do que puder dos outros, então considerações sobre Justiça soam completamente irrelevantes. No outro extremo, se estivéssemos em uma situação de tal abundância que pudéssemos ter tudo que desejássemos, então os conflitos de

[524] Nota: Sobre inveja, mal secreto (Ventura, 1998: *passim*).
[525] (*apud,* Wolff, 1996: 173, 174).

Justiça não eclodiriam[526]. Se você tem o que eu quero, por que eu deveria disputar com você se eu posso adquiri-lo sem qualquer dificuldade? De acordo com isso, as circunstâncias de Justiça estariam inseridas entre a escassez e a abundância e Rawls assume que seus agentes sabem que eles estão decidindo sob princípios para regular uma sociedade posta em tais condições.

Na questão da escolha dos princípios da Justiça, indaga Rawls que tendo sido formulada a posição original que princípios de Justiça surgiriam? Diz que qualquer um de nós pode se inserir na "posição original" a qualquer tempo. Se o fizermos, veremos, por nós mesmos, se escolheríamos os princípios de Justiça. Os princípios que nós escolheríamos, diz Rawls, são:

1) Cada pessoa deve ter um direito igual ao do sistema total de liberdades básicas compatível com um sistema similar de liberdade para todos.

2) Desigualdades sociais e econômicas devem ser abordadas de forma que ambas: a) sejam contemplados com o maior benefício os que estiverem em menor vantagem; b) sejam relacionadas com funções e posições direcionadas a todas as condições de justa igualdade e oportunidade.

Segundo a classificação acima, o Princípio (1) é o Princípio da Liberdade, 2(a), o Princípio da Diferença e 2(b), o Princípio da Oportunidade Justa. De acordo com Rawls, o Princípio da Liberdade tem uma "prioridade léxica" acima dos outros dois, assim como o Princípio da Oportunidade sobre o Princípio de Diferença. O que isto significa, para Rawls, é que, uma vez alcançando um certo nível de bem-estar, considerações sobre liberdade deveriam ter prioridade absoluta em relação a assuntos de bem-estar econômico ou igualdade de oportunidade. Nesse viés, por exemplo, nenhuma defesa pode ser feita da escravidão que faça os escravos melhor do que estariam com sua liberdade. O fato é que escravidão forçada é incompatível com o conhecimento de liberdade igualitária e assim tem que ser mesmo se houver vantagens econômicas para os escravos. Podem ser ditas coisas semelhantes sobre a prioridade do Princípio da Oportunidade Justa sobre o Princípio o Diferença.

O principal objeto de interesse aqui parece o Princípio da Diferença. Note-se que é um princípio amplamente igualitário no sentido de que, para Rawls, há uma presunção geral em favor de uma distribuição igualitária de bens entre todos os cidadãos. No entanto, Rawls lembra um argumento que, desde outrora, parece gerar uma crítica poderosa contra o igualitarismo: a que o mesmo não deixa nenhum espaço para o incentivo. Quer dizer, algumas pessoas trabalharão muito mais arduamente se eles

[526] Nota: O autor remete à idéia de Justiça Distributiva.

souberem que eles adquirirão recompensas extras por isso. Mas o trabalho árduo e produtivo é capaz de beneficiar a todos nós: ou diretamente através de um novo emprego e oportunidades de consumo ou indiretamente por rendas de imposto elevadas. Agora, se uma desigualdade beneficia a todos então qual seria a objeção contra isto? Afinal de contas, o que a prejudica? Neste tópico, o igualitarismo, por vezes, é considerado de ser ineficiente e irracional.

Rawls aceita a declaração condicional que se uma desigualdade é necessária para melhorar a todos e, em particular, fazer do pior algo melhor do que poderia ser, então deveria ser permitido. Esta idéia se rende ao Princípio da Diferença. No entanto, se incentivos são necessários pela maneira esboçada então já não é uma pergunta para filósofos, mas para os psicólogos e economistas.

Sugere-se, a propósito, que uma política filosófica utilitária se adaptaria a um livre mercado de um estado de bem-estar. Tal sistema permitiria maior desigualdade do que o Princípio da Diferença poderia justificar. Mas como pode Rawls mostrar que o Princípio da Diferença será o preferido no campo da Justiça? Sua resposta é para usar o dispositivo de um contrato hipotético. A partir da posição original, as pessoas escolheriam seu princípio de Justiça em preferência do utilitarismo. Mas por que elas fariam isso? Por que não escolheriam princípios utilitários?

Pode ajudar considerando-se uma adaptação da posição original. Suponha que você acorde em uma cama de hospital. Primeiro, se percebe que está sofrendo de uma perda de memória. Olhando para baixo, você percebe que está da cabeça ao dedão do pé em bandagem. Você não se lembra de seu nome, sexo ou raça nem pode descobrir nada disso através de auto-análise (a etiqueta em seu pulso tem só um número)[527]. Fatos sobre sua família, ocupação, classe social, forças, habilidades entre outros elementos estão perdidos para você. Você se recorda de algumas teorias gerais as quais você aprendeu em aulas de economia e de sociologia, mas você não pode se lembrar de nada de suas lições de história. De fato, você nem mesmo pode dizer qual século era. Então, adentra um homem com um jaleco branco. "Bom dia", diz ele, "eu sou Dr. João Rainha. Amanhã sua memória retornará, suas bandagens serão removidas e você estará livre para partir. Assim, nós não temos muito tempo. O que nós queremos de você é que nos diga que tipo de sociedade você almejaria em que nós estivéssemos, tendo em mente que, a partir de amanhã, você estará vivendo em um tipo de sociedade que você escolheu. Queremos que você projete uma sociedade basicamente a partir de seus próprios

[527] Nota: O exemplo, como visto, traduz um exagero, mas ilustra a pretensão teórica de Rawls em sua obra.

interesses. Embora você não saiba quais são os seus reais interesses, posso dizer-lhe que você quer tantos bens primários quantos possíveis – liberdades, oportunidades, riqueza, e renda – e que você não deveria considerar fortunas alheias. Voltarei ver o que você decidiu hoje à noite." Com estas circunstâncias, o que seria racional escolher?

Note, *en passant*, que aqui se refere à idéia de "escolha", de princípio, em vez da idéia de "concordância", para o que Rawls defende. Na prática, dá no mesmo. As pessoas na "posição original" são concebidas para estarem em igualdade de posição. Então, elas terão a mesma razão e assim podemos nos concentrar na escolha de apenas uma pessoa. Tal postura não traz prejuízo algum e torna o argumento mais inteligível.

Assim, você escolheria o Princípio da Liberdade? Já vimos a razão principal por que você deveria fazê-lo. Como você não sabe a qual grupo/grupos você pertence, seria irracional de sua parte discriminar uma parte de sociedade. Por tudo que você sabe, estaria discriminando contra você mesmo. Esta é uma razão para a escolha da liberdade igualitária. Mas por que a liberdade igualitária em sua amplitude? Isto parece provir da suposição de Rawls que as pessoas não só querem bens primários, mas também querem muito disso tudo quanto for possível. Por trás do "véu da ignorância" ou a partir de sua cama no hospital, o Princípio da Liberdade parece uma escolha óbvia e automática (nenhuma dúvida que coisas semelhantes podem ser ditas sobre o Princípio da Justa Oportunidade).

Lembre-se, entretanto, que Rawls argumenta que as pessoas não só adotarão o Princípio de Liberdade, mas que elas, também, darão "prioridade léxica" para os outros princípios. De acordo com esta visão, não podemos sacrificar liberdade por causa de qualquer outra coisa. Mas poderia ser argumentado que dar tal prioridade absoluta à liberdade seria dificilmente tido como uma conduta racional. Há momentos em que a liberdade deveria ser sacrificada em favor da segurança – imagine casos de *blecautes* em tempo de guerra e toque de recolher. Ou, ainda, em tempos de grande sofrimento econômico e escassez no qual poderíamos aceitar uma restrição em liberdades políticas e civis se este é o único modo de termos condições de sobrevivência. Como, então, podemos aceitar a prioridade de liberdade?

Rawls deliberadamente ignora casos de emergência, como guerras, buscando entender mais o "âmago" dos casos de Justiça antes de estudar problemas menos comuns. E ele, também, disse que nós podemos assumir que estamos escolhendo princípios de Justiça para uma sociedade posta em "circunstâncias de Justiça". Quer dizer, por sabermos que os recursos em nossa sociedade não estão em grande

escassez e, conseqüentemente, não precisamos nos debruçar sobre tais hipóteses problemáticas. A visão plausível de Rawls – embora questionável – é que, alcançando uma prosperidade moderada, sempre deveria ser preferida a liberdade à ascensão material.

Agora, voltemo-nos à derivação do Princípio da Diferença. Este, claro que, é o princípio que diz que a distribuição de riqueza e renda na sociedade deveria ser igual, a menos que uma desigualdade fosse vantajosa para todos. Em particular, deve estar descartada a vantagem do pior. Por que tal princípio deveria ser escolhido?

Com efeito, estamos enfrentando um exemplo do problema de escolha racional cercado de incerteza. Para decidir quais princípios de Justiça seria racional escolher, precisaríamos saber primeiro quais princípios de escolha racional seria mais apropriado usar neste caso. Por este ponto-de-vista, significa que podemos solucionar o problema perpassando nos recursos da "teoria da escolha racional".

Para verificar o discutido, vamos começar com um caso muito simples. Suponha que você está em um restaurante e prestes a escolher o primeiro prato. É um cardápio de preço-fixo e assim você não precisa se preocupar com os custos. Também ignore qualquer preocupação dietética ou religiosa que você possa ter. A escolha será razoavelmente simples. Há só dois artigos no cardápio, mexilhões e melão. Melão é uma opção segura. Este é um restaurante bom, assim eles só serviriam melões maduros de alta qualidade. Você pode estar seguro que você se satisfará. Porém, os mexilhões estariam em um campo de empreendimento arriscado. Normalmente, lhe dão enorme prazer – muito mais do que melão – mas um mexilhão ruim pode prejudicar sua semana inteira. De suas experiências, você pode concluir que um prato de mexilhões em dez trará um efeito ruim. Dado estes fatos, o que você escolheria?

Ajudará bastante se fixarmos esta informação em forma de tabela. Digamos que os números representam as quantias relativas de qualidade – "prazer" e "desprazer" – que você obtém das opções dadas. Melão 5 (se bom ou ruim); Mexilhões 20 (Se bom – 90% de chance) – 100 (Se ruim – 10% de chance).

Uma teoria de escolha racional diria que nós deveríamos "maximizar a qualidade esperada ou "maximizar um valor médio". O que isto significa é que tiramos uma "média" para cada opção e, então, escolhemos a opção com a média mais alta. Esta média é a qualidade esperada. Naturalmente que calcular a qualidade comum do melão é trivial; o que quer que ocorra, resultará **5**. Calcular a possível qualidade dos mexilhões é trabalho um pouco mais árduo. O que faremos é retirar a qualidade possível de cada dado e multiplicar pela sua probabilidade. Então, somamos cada uma destas quantias e assim chegamos a nossa média

comum. Assim, começamos multiplicando 20 (a qualidade de mexilhões bons) por 0,9 (na probabilidade de eles serem bons) e obteremos 18. Depois, multiplicamos – 100 (a qualidade de mexilhões ruins) por sua probabilidade e obteremos 10. Somando os mesmos (18 e 10), teremos 8, o qual é a qualidade esperada dos mexilhões.

Outra maneira de analisar isto é imaginar que você já vem, reiteradas vezes, envolvido neste "jogo". Suponha que você come neste restaurante por 100 vezes, cronometra e para cada vez pede mexilhões. Se as probabilidades derem certo, então, se teria tido noventa "bons" resultados e dez "ruins". Cada experiência boa vale 20 e, assim, totaliza 1.800. Cada experiência ruim vale 100 rendendo um total de 1000. Por conseguinte, 100 pratos de mexilhões resultará em um lucro de 800 e, assim, a média do lucro – a expectativa de qualidade – será 8. É importante perceber que o fato de denominar "expectativa de qualidade" não significa que isto é o que você esperaria adquirir de fato. De fato, nunca se conseguirá 8, se conseguirá 20 ou 100: expectativa de qualidade é uma média comum.

Se você maximizar a expectativa de qualidade então você escolherá os mexilhões. Será isto o mais racional a ser feito? Algumas pessoas, sem dúvida, discordariam inteiramente. Mexilhões, embora de alguma maneira uma boa pedida, traz muito risco. É tolice arriscar, dirão alguns, quando há uma alternativa boa. O melão é opção boa, segura e, pelo menos, para algumas pessoas, isto faz dele a escolha mais racional. Nada pode sair errado. Esses que argumentam deste modo podem ser representados freqüentemente como adotando o princípio da escolha racional. Isto ensina que tenhamos certeza que o resultado pior possível é tão bom quanto possível: maximiza o mínimo. Transplantando para a vida real este é um princípio dos pessimistas. Indica que você não deveria atravessar a rua correndo (você poderia ser morto), mas esperar pela indicação do semáforo até que o mesmo mostre condições se segurança no cruzamento. Otimistas farão isto, mesmo se a chance de morrer for muito tênue e a inconveniência de não cruzar for muito grande. Os otimistas, então, escolherão o melão.

Até agora, se têm dois princípios candidatos à escolha racional: o que maximiza a expectativa de qualidade e o que minimiza. De fato, não há nenhum limite para possíveis princípios de escolha racional. Para ilustrar um terceiro exemplo –maximização – consideremos uma extensão do exemplo original. Suponha que o garçom, antes de atendê-lo, diz "e o especial de hoje ovos de peixe". Após inquirições de praxe, ele revela que é uma novidade preparada pelo chefe de cozinha que, ao prepará-lo, dispõe de cinqüenta pratos, um dos quais contém caviar enquanto os outros quarenta e nove contêm ova de peixe. A partir daí, há 2% de chance (1

em 50) de conseguir caviar e uns 98% de chance de ova de peixe. Você também está seguro que se você der sorte e escolher o caviar o mesmo será servido com grande cerimônia e, assim, você saberá certamente que o conseguiu ainda que possa ou não distinguir o sabor.

Você calcula que se você conseguir o caviar, será uma emoção tal que valerá a pena o 50 para você. Por outro lado, se você adquire a ova de peixe (pasteurizada, naturalmente) não haverá prejuízo mas, também, não haverá nenhum prazer nisto. É provável que você abandone a maioria dele. Assim, você o estima em zero. Agora, se você estivesse jogando no mínimo, você ficaria com o melão. Assim, ainda permanece o "melhor resultado do pior": 5 é melhor que zero. Similarmente, a maximização de expectativas ainda recomenda os mexilhões (ovos de peixe têm uma expectativa de 1, como pode ser calculado facilmente). Mas alguns argumentarão que é racional, no caso vertente, pedir os ovos de peixe. Afinal de contas, se o empreendimento arriscado tem êxito, a restituição[528] tem um largo espectro. Alguém, analisando isto, poderia muito bem referir-se ao princípio do maximização, o qual nos recomenda escolher a opção que traria o melhor (ainda que não aparente): maximizar o máximo, um princípio de otimistas que arriscam. Como os ovos de peixe são a opção com melhor possibilidade de resultado (ainda que de difícil ocorrência) é a que deve ser escolhida.

Maximizar é de fato um princípio folclórico; não é realmente uma idéia séria. Quem quer que escolhesse ovos de peixe, seguramente não continuaria fazendo assim se, com o empreendimento arriscado perdido, em vez de ova de peixe, eles fossem levados para a parte de trás do restaurante e alvejados. Provavelmente, aqueles que se acham otimistas seguem o princípio mais complexo de "maximização com desastre evitado". Mas deixemos isto de lado. O ponto é que, no exemplo do restaurante, identificamos três diferentes princípios de escolha e cada um remete a uma decisão diferente. Tendo já identificado e ilustrado estes princípios, podemos desviar nossa atenção para o caso social e a escolha racional da "posição original" ou o pobre desgraçado na cama de hospital.

Pode não ser tão fácil assim ver imediatamente, mas selecionando um princípio de escolha racional para aplicar na "posição original" torna-se vitalmente importante. Para cada um dos três princípios, identificamos construções de um modelo diferente da sociedade justa. Aqueles que escolhem maximizar expectativas estão procurando o resultado com a pontuação comum mais alta. Na prática, no caso da cama de hospital, eles deveriam escolher alguma versão da teoria utilitária comum de Justiça: deveríamos

[528] Nota: O autor remete à idéia de Justiça Retributiva.

ter uma posição média em sociedade tão boa quanto possível. Os otimistas, por outro lado, só têm os olhos voltados aos melhores resultados. Assim, é provável que eles escolham uma forma altamente desigual de sociedade com uma classe de decisão privilegiada, rica, e poderosa. Finalmente, "pessimistas" só consideram o pior dos fatos e querem extrair o pior da sociedade tanto quanto seja possível. Em outras palavras, eles escolheriam o Princípio de Diferença de Rawls.

Podemos ver, agora, que o fardo do argumento de Rawls declina-se à reivindicação que o princípio racional de escolha na "posição original" é "maximinizar"[529]. Isto não serve para dizer que Rawls acredita que maximinizar seja um princípio satisfatório de escolha para todo caso de decisão cercado de incerteza. O melão não é sem margem de dúvida a escolha racional no cardápio. Às vezes, parece mais racional correr algum risco. Porém, Rawls reivindica que as circunstâncias muito especiais da "posição original" maximinizam a única escolha racional neste caso. Precisamos examinar, agora, os argumentos dele para este caso.

Por razões para "maximinização", Rwals passa a descrever: Qual, então, é o princípio racional de escolha para usar na posição original ou no caso da cama de hospital? Antes de tentar responder, alguma observações sobre a natureza da escolha devem ser feitas. Primeiro, pode-se perguntar, por que não escolher um princípio como "todos deveriam viver em um palácio?" Dessa maneira, eu teria certeza de não errar. Mas, claro que Rawls responderia que você tem como saber que a sua sociedade poderia sustentar tal situação; quase, certamente, não conseguiria. Sua sociedade está nas "circunstâncias de Justiça" – entre escassez e abundância – e você deve escolher um princípio que será satisfatório para todos os níveis de produtividade entre os dois extremos. Assim, poderíamos dizer que há "condicionantes físicos" em sua escolha.

E, deve-se acrescer, há também "condicionantes lógicos". Tudo que você escolhe deve ser logicamente possível. Assim, você não pode escolher o princípio "todo mundo deveria ter escravo" ou "todo mundo deveria ser mais rico que os outros"[530].

Mais importante é que Rawls reivindica a existência também de condicionantes formais as quais refletem a idéia de um modelo de contrato hipotético de justificação. A idéia é que certas condições formais precisam ser conhecidas se as pessoas tiverem que entrar em um contrato

[529] Nota: Escolher a opção menos ruim ou a melhor dentre as piores.

[530] Nota: Aqui o autor se refere ao conteúdo materialmente possível das normas de conduta, que as delimita diante de seu próprio objeto. Não adianta estabelecer a "validade" de um comando normativo que não encontre um objeto possível de disciplina.

e Rawls releva essas condições como constrangimentos na escolha. Um é que os termos devem ser conhecidos, ou, no mínimo, conhecíveis, para as partes. Não haverá contrato se seus termos forem deliberadamente omissos para as partes contratantes[531]. Este é o condicionante da "publicidade".

Um segundo condicionante formal é o que trata da finalidade. Se um contrato é feito de boa-fé então as partes não buscarão tê-la revogada apenas por que as coisas saem mal. Muitos contratos têm condições para cobrir contingências fortuitas, cobrindo os riscos assumidos deliberadamente. Por exemplo, uma parte pode contratar com outra para compensá-lo no caso de não entrega. Se você adere a tal contrato então você deve estar preparado para tal condição. Assim, neste exemplo, se eu sei, com antecedência, que eu não vou compensá-lo caso falhe na entrega do bem, então eu não efetivei o contrato com boa-fé. O objetivo desta idéia para o contrato imaginado por Rawls, é que eu não devo fazer uma escolha que eu queira voltar atrás se as coisas saírem mal. Suponha que, de minha cama no hospital, eu escolho uma sociedade muito desigual e, então, me encontre, na sociedade, por aquelas condições, próximo da miséria. Se estou descontente e quero mudança no sistema, então eu não fiz uma escolha de boa-fé como também não estou preparado para suportar as eventuais condições do compromisso. Esta idéia é claramente importante se nós pensarmos que a sociedade justa também deveria ser estável no longo prazo. Estamos, então, procurando por um princípio de escolha racional que produza uma decisão a qual seja possível lógica e fisicamente e não viole os condicionantes de publicidade e finalidade. Isto ainda não é bastante para determinar a escolha de um único princípio, porque parece que escolhendo com base na "maximização" de expectativas (utilitarismo comum) ou de "maximinização" (o Princípio de Diferença) ambos permanecem possíveis. Assim o que faremos agora?

Pode ser útil proceder na outra direção. Sobre quais circunstâncias a maximização de expectativas seria um princípio racional de escolha? Dentro da teoria econômica, a maximização de expectativas é considerada para uma definição da racionalidade. Por que deveria ser assim? A resposta é que, em uma longa série de decisões, as quais são discretas no sentido de que o que ocorre com um não depende do que ocorre com outro, você quase certamente faria melhor sendo um maximizador de expectativas do que seguindo qualquer outra política. Por exemplo, suponha que ao término do trabalho de cada dia, a você era determinado salário de 50 libras esterlinas, mas também foi dito que

[531] Nota: Essa tese tem sido incorporada, muito particularmente, no chamado Direito das Relações de Consumo. E fundamentara, também, a teoria dos vícios redibitórios, no Direito Privado.

você poderia arriscar esse valor para 50% de chance de tornar 150 libras. Assim, o valor esperado deste empreendimento é de 75%. Se a você fosse oferecido diariamente este empreendimento arriscado e fosse seguro que a pessoa que lhe oferecesse fosse honrada, então seria simplesmente estúpido seguir uma política de vigilância do jogo. Se você assim o fizesse você asseguraria um salário de 250 libras durante uma semana de cinco dias, em que o jogo traria para você uma média de 375 libras. Assim, em tal longa série a maximização de expectativas é seguramente a estratégia racional e a teoria econômica, pois, é assumida pelos indivíduos quando se vêem frente a tais escolhas e decisões (embora de menos regularidade e previsão que no caso descrito).

Agora, é importante para Rawls que a escolha da "posição original" não é a primeira de uma longa série de escolhas. Se as coisas vão mal, você não tem outra chance. Então a maximização das expectativas não é tão obviamente a política racional, pois ela envolve riscos (lembremo-nos dos pratos de mexilhões). Significa isto que a escolha é uma escolha mais emocional que racional? Pelo contrário, Rawls discute que o uso do princípio de maximinização, e, portanto, a seleção do Princípio de Diferença, é a decisão mais racional por causa das circunstâncias especiais da escolha. Ele tem vários argumentos, não todos eles inteiramente convincentes, mas o melhor deles é que princípios alternativos de escolha envolvem assumir riscos tão graves que assumi-los seria tolice ao extremo. Se você decide jogar, e você perde, você está preso. Não há nenhuma segunda chance. A posição original não será recolocada. Se você escolhe maximizar expectativas, e, assim, selecionar utilitarismo, sempre há a possibilidade de você ter infortúnio e ser prejudicado.

É de se admitir que já assumimos que o Princípio de Liberdade seria o escolhido – as pessoas não deveriam jogar com a liberdade – assim você não terminará como escravo de alguém. Mas você poderia ser muito pobre, desempregado e sem casa. Talvez a existência de tais pessoas em desvantagem seja um efeito colateral inevitável de um tipo particularmente eficiente de economia de mercado[532]. Por que assumir o risco disto se algo melhor pode ser garantido pelo uso do princípio da maximinização? E Rawls acrescenta, ainda, talvez incorretamente, se o empreendimento arriscado falhasse como você justificaria sua tomada de tal risco para seus descendentes cujas condições de vida também seriam diminuídas por sua escolha?

[532] Nota: Essa tese talvez explique a causa pela qual o capitalismo não consegue vencer os desafios, crescentes, pela eliminação da pobreza absoluta, da miséria. Conquanto tampouco se justifique a servir como contraponto a um regime intervencionista que não deixa margem à economia de mercado. Liberdade e diferença estão no epicentro de tais considerações.

Como um seguimento, discute Rawls que, se se decidisse levar adiante o empreendimento arriscado, e terminasse em pobreza, então se não poderia considerar justa tal sociedade e, com certeza, se lutaria por mudança. Mas isto seria, de certo modo, voltar ao "acordo inicial". Em outras palavras, se o empreendimento arriscado falhasse, não se poderia suportar os condicionantes do acordo. Com efeito, não se terá feito o contrato de boa-fé e, assim, terá havido violação da "condição da finalidade".

Este argumento adicional parece depender de considerar a idéia de um contrato muito literalmente; talvez mais seriamente que nós devemos. Mas o argumento que realmente importa é simplesmente que a maximinização será preferida porque os princípios alternativos da escolha racional envolvem chances as quais são muito arriscadas para serem racionais nas circunstâncias, dado que esta é uma única chance sem volta. E isto certamente parece ser uma boa razão para rejeitar o princípio de maximização de expectativas.

Mas é uma razão bastante para usar a maximinização? Talvez Rawls não agiu com acerto fazendo a comparação principal entre maximinização e maximização de expectativas. Uma derrota para o utilitarismo da maximização não significa automaticamente uma vitória da maximinização. Pode haver outro, princípio intermediário, os quais compartilham algumas vantagens de ambos. Considere a situação na qual lhe é dito que se você abre a Caixa B, você receberá 5 unidades, e se você abre a Caixa A, você tem uns 50% de chance de 4 unidades, e uns 50% de chance 10 unidades. Nesta situação, se você usasse o princípio de maximinização, então você escolheria ser B, pois isto teria o resultado mínimo mais alto: 5. Assim, uma pessoa tem que pensar em um caso muito especial na qual a opção B seria a escolha racional, quer estejamos falando sobre libras, milhões de libras, ou até centavos (talvez você precise de 5.000 libras para uma operação salva-vida). Assim, reavaliando novamente, podemos desenvolver um novo princípio de escolha o qual permita a pessoa escolher A em detrimento de B, mas evita os graves riscos associados com a maximização de expectativas (ou realmente maximizar).

Uma resposta é selecionar o princípio "maximização condicionada". Quer dizer, alguém deveria usar um princípio que diz, rudemente, maximizar expectativas, mas excluir qualquer opção que contenha uma péssima possibilidade". Este é um princípio que permite uma pessoa jogar, mas não permite a pessoa arriscar tudo. E tal princípio parece facilmente superar o problema de evitar graves riscos, mas sem endossar o "princípio de maximinização condicionada por um núcleo de segurança". Qualquer um que use tal princípio, como podemos chamá-lo, pode estar bem preparado para escolher uma sociedade de grande desigualdade se impulsiona

a posição comum em sociedade, contanto que ninguém permaneça muito mal fora. Em outras palavras, haveria uma renda mínima, contando, se necessário pelo governo, para se ter a certeza que ninguém permanecesse em situação de desespero. Poderíamos pensar até mesmo que sociedades ocidentais contemporâneas em grande parte ajuste este modelo: a feira livre modificada pelo estado de bem-estar.

Rawls pensa que o argumento da maximização condicionada fracassa. O problema, acredita o pensador, é que do ponto-de-vista da "posição original" seria impossível fixar o mínimo social de um modo não-arbitrário. Como nós não sabemos as circunstâncias reais de nossa sociedade, não podemos decidir que, digamos, "todos deveriam receber pelo menos 100 libras por semana". Dado como a sociedade realmente se mostra, isso poderia não ser bastante para alguém ser mantido alimentado, vestido e morando dignamente. Ou poderia se mostrar economicamente impossível. Um princípio mais geral é imprescindível: um que seja aplicável à sociedade mutável. Que tal "ninguém deveria adquirir menos que a metade da renda média?" Mas por que metade? Por que não um quarto? Por que não três-quartos? E como nós podemos estar seguros que quaisquer destes seria suficiente para garantir um padrão de vida aceitável? Rawls sugere que as partes contratantes, tentando fixar um mínimo social, se conformassem finalmente com esta sugestão: "façam com que o pior seja evitado tanto quanto possível". Mas isso simplesmente é o Princípio de Diferença, e assim, parece, esta forma de maximização condicionada pode resultar em maximinização

Alguns suspeitam que Rawls não foi imaginativo bastante tentando fixar o mínimo social em um modelo não-arbitrário. Por que não tentar, por exemplo, superar as "amarras do contrato"? O caso de Rawls está muito distante do realizado. Ainda, há um pouco de plausibilidade na idéia que o Princípio de Diferença seria escolhido a partir do véu de ignorância, no caso da posição original. E nós já aceitamos que também seriam selecionados o Princípio da Liberdade e o Princípio da Oportunidade Justa, embora está menos claro que eles deveriam ser dispostos em uma menor prioridade que Rawls lhes dá. Até aqui, então, o projeto de Rawls parece um sucesso bem qualificado.

Mas as argumentações não estão encerradas, contudo. Pois mesmo se Rawls está certo de que seus princípios seriam escolhidos, o que prova isso? Por que se supõe seria isto uma justificação dos princípios. Afinal, não estamos, agora, na "posição original", e assim por que nos deveríamos preocupar com que fariam as pessoas em tal posição? Em outras palavras, o que justifica o método de Rawls?

Por que, então, nós deveríamos levar o argumento de Rawls seriamente? Aqui reside uma razão não muito boa.

Rawls apresentou um argumento de contrato hipotético. Para tudo que pode ser mostrado para ser o resultado de um contrato hipotético é justo. Então o resultado do método de Rawls é justo.

A fraqueza desta tentativa de justificação é a reivindicação que tudo que pode ser mostrado para ser o resultado de um contrato hipotético é justa. Isto é simplesmente falso. Imagine que, em troca de uma cópia deste livro você era me para me contraprestar todas suas possessões mundanas. Esta suposição é um contrato hipotético, como é qualquer contrato imaginário que nós poderíamos inventar. Mas o resultado disto é dificilmente justo, e em todo caso isto obviamente gera conflitos com os resultados de muitos outros contratos hipotéticos (por exemplo, o no qual você não aceitará uma cópia do livro a menos que eu também lhe dê todas minhas possessões mundanas). Algo precisa ser dito para mostrar obviamente por que o contrato hipotético de Rawls deveria ser levado mais seriamente que qualquer um destes contratos hipotéticos.

Reivindica Rawls que o contrato hipotético por ele imaginado tem um estado privilegiado porque todo elemento do pactuação situa-o originalmente, pode ser mostrado como justo. A posição original é, diz, "um dispositivo de representação". Todo elemento representa algo que nós aceitamos, ou poderia ser trazido como aceitação em terreno moral. Por exemplo, fazendo as festas na posição original ignorante do sexo deles/delas reflete nossa convicção que discriminação sexual está errada. Como nós vimos antes, Rawls assegura imparcialidade impondo ignorância.

Como visto da exposição descritiva acima, Rawls idealiza como base para uma "Teoria da Justiça" condições gerais de pactuação negocial. Disso extrai argumentos de sistematização com que um tal "Teoria" possa vir a ser consagrada.

3.5 Considerações Finais

É uma lei psicossocial que ao homem, epicentro de toda a teorização e ao mesmo tempo destino de seus produtos, se atribuem exclusivamente os mecanismos mediante os quais fará ele, bem ou mal, a tarefa de organizar o seu pensamento em direção aos fins a que se destina.

Todavia, "O homem é um ser inacabado" como refere Moncada[533], acrescentando, além disso, que sua realização plena não será jamais alcançada "no mais autêntico da sua existência"[534], para intentar a descrição da implícita

[533] (1966: 342).
[534] (Moncada, 1966: 346).

dificuldade com que se destina a manter em perfeita integridade moral e haja somente de acordo com o que lhe é devido e não com o que lhe passa pela fantasia geralmente gananciosa que amesquinha o homem, invariavelmente, diante dos semelhantes.

Estendendo a dimensão prática exposta por Moncada, diz, no mesmo sentido, Larenz: "*Ante todo hay que decir con toda frialdad que ningún hombre, y por lo tanto ningún juez, está completamente libre de prejuicios (en el sentido de ideas preconcebidas), cualquiera que sea su origen o su educación*"[535]. É induvidosa a intenção do autor de argumentar com um campo muito vasto e complexo da Filosofia do Direito que traduz a prudência do agir humano nas ações de Estado, bem por isso nas elaborações voltadas para a compreensão da idéia de Justiça para tornar algo prevalente este atributo como virtude do espírito, conforme seja devido a terceiros um comportamento positivo ou negativo que seja em matéria de aplicação do jurídico e, pois, que seja razoavelmente previsto, que seja reto e justo, não como uma pura divagação especulativa e vaga de conteúdo. Tal, porém, somente será possível ser pensado em face das exteriorizações da conduta, por isso que, na lição de Massini, "*la inteligencia se encuentra necesitada de cumplir con un proceso que va acercando paulatinamente a la aprehensión intencional de la realidad*".[536]

Assim, uma indisfarçável autonomia de vontade[537], mesclada à sua concretização, descreve o indivíduo como apto ou inapto a atender ou deixar de atender às suas obrigações, mormente em face da sujeição permanente do seu espírito às afetações de momento que atestam, noutros termos, acerca de sua própria falibilidade, de sua "incompletude", sendo esta nivelada ao caráter moral daquele ao qual se lhe veda, igualmente, ignorar que a sua atuação recebe uma qualificação conforme este sentido, no propósito do atendimento aos fins e às circunstâncias de sua própria ação. E se a ação for de tipo oficial, espera-se seguramente que não seja traída, em face de um substrato de boa-fé em que se justificam essas ações oficiais. Não se compreende a malícia, nem mesmo para viabilizar supostos benefícios considerados nobres, como por exemplo, a "mentira piedosa", pois aí a injustiça ficará agravada por que dissimulada de virtude. A malícia seja ela qual for, desarranja o sistema jurídico, desarticula o equilíbrio previsível entre as relações humanas. Já se disse que os fins não justificam os meios. Sobre isso diz, ainda, Larenz: "*El ordenamiento jurídico protege la confianza*

[535] (1985: 183).
[536] (1983: 47).
[537] Nota: Atributo humano, medular, o qual se pronuncia, em especial, no que reúna de substrato discricionário. Sobre a atividade funcional, será ela tão menos pesquisável, objetivamente, quanto maior seja o seu teor de discricionariedade.

suscitada por el comportamiento de outro y no tiene más remedio que protegerla, porque poder confiar, como hemos visto, es condición fundamental para una pacífica vida colectiva y una conducta de cooperación entre los hombres y, por tanto, de la paz jurídica."[538]

Como se pode deduzir, a essência do problema da fixação do ideal de Justiça é humana, pois é o homem a quem comporta impulsionar suas próprias faculdades por forma a compreendê-la e compreendê-la tão bem quanto possível. Este possível será um produto da cultura, atendido um fundamento instrumental inafastável da boa-fé, sem o que toda a construção jurídica terá sido inútil; e o ideal de Justiça daí resultante nada mais representará do que uma alegoria, um rótulo de fazer crer versões e ideologias de tipos opostos, nunca um elemento de conteúdo natural, universal e absoluto, como suposto teórico para a sua configuração, valendo a todos e não somente a alguns.

Em meio a essa dialética permanente que torna o fenômeno cultural por demais complexo, pois o homem que o estima, dele se serve e a ele se destina, exsurge que todo produto dessa cultura se realiza de acordo com a racionalidade amalgamada à necessidade do convívio social; daí o acerto da locução de Simón René: "*el hombre se realizará como hombre, realizandose como razón*".[539] Donde o irracional vir a constituir a antítese do fundamento da ação de Estado, não havendo lugar para o iníquo, traduzido em malícia.

Entretanto, mesmo parecendo utópica a preocupação de ser definitivamente resolvida a iniqüidade humana seja no campo da ação de Estado seja em outro qualquer campo, nada confere à inteligência substratos de que esta tarefa deva ser desconsiderada por inglória ou inútil. A matéria tem infundido debates, nunca, porém, capazes de dar cobro ao fenômeno. Segundo uma máxima liberal, para se combater "corrupção, impunidade, corporativismo, fisiologismo, malversação de recursos, irresponsabilidade administrativa, troca de favores, nepotismo, falsidade ideológica e ineficácia da Justiça, (...) enquanto não se inventar uma receita eficaz para transformar os seres humanos em querubins, a solução prática para limitar sua vocação para o mal está na redução dos poderes coercitivos do Estado e da jurisdição do processo político".[540] Convém redargüir que, embora coerente no diagnóstico, a máxima peca pelo desaproveitamento como que radical do conceito de Estado, quando o conceito existe justamente para equalizar as relações humanas em permanente conflito.

---

[538] (1985: 91).
[539] (*apud,* Massini, 1983: 155, 156).
[540] (*IL Notícias*, 1995: 1).

Outrossim, o que está em jogo com este discurso não são conveniências, nem propósitos científicos exclusivos que se componham à predileção diletante do pesquisador.

O que se propugna, à verdade, é pela própria dignidade da condição humana, fundamento primeiro e último de sua existência destacada frente aos demais viventes e à natureza como um todo, e porque não se reservam motivos suficientes para justificar o silêncio que conspira contra a elevação moral de todos e de cada um, a um só tempo.

A contradição que não é, de fato, ao enlevar alento pela perspectiva da obtenção de crescentes resultados, ainda que mínimos, e pelo forte significado que se sobressai do registro histórico, funciona na verdade como um desafio cada vez mais penetrante, vivo e necessário de ser enfrentado com sobriedade e firmeza em todos os campos da atividade humana, especialmente no que trata da pesquisa do justo, um processo ainda mais penetrante e necessário. Sobre isso, Aguiar: "A Justiça é uma virtude agente que se explicita na prática social comprometida. Essa virtude de ser justo tem de passar por uma crença, uma crença que poderíamos dizer racional, já que não existem postulados indiscutíveis para dar apoio à luta. Os princípios de Justiça vão se fazendo e nós vamos nos fazendo na medida em que os procuramos. (...) é nessa procura incerta e dura, é nesse vislumbrar tateante que procuraremos alcançar a libertação do homem de sua situação infra-humana e participar dessa caminhada conflitiva rumo à plenitude humana."[541] No mesmo sentido, Saldanha, intentando teorizar sobre as "realizações" da Justiça: "Os valores "realizam-se dentro da existência humana: historicamente, mediante instituições; eticamente, por normas e atos. Atos que são continuações ou mutações (revoluções, inclusive); normas que, no direito moderno, são, sobretudo, as leis feitas pelo estudo, instituições que podem ser genericamente sociais ou especificamente políticas. Isto tudo forma a "ordem" e em face de (ou dentro de) cada tipo de ordem põe-se o problema da Justiça como algo a realizar-se."[542]

Assim, para o mesmo homem que contrafaz seu semelhante, especialmente aos mais pequeninos, parece suficientemente estimulante lutar contra os seus próprios males, já que o sentido de toda melhora povoa a tentativa – que não se recusa lucidamente – de construção de um mundo mais venturoso para todos, especialmente para as gerações futuras.

Vencer a "lei do cão", outras vezes referida neste trabalho, a falta de respeito entre os homens e a contracultura da impunidade, é o maior desafio nesse

[541] (1987: 123).
[542] (1980: 307).

contexto e a maior marca de que se persegue, de fato, o ideal de Justiça.

Esse conflito entre Estado e ética, conduta e pensamento, deve ser resolvido em face do racionalismo utópico de sua configuração e dadas às indissociáveis condições da vida humana, dentro em bases de franco compromisso sobre as relações de boa-fé e sob risco de pesada e indefectível reprimenda jurídica, embora sempre transitórias, pois jamais as exigências da Filosofia serão a rigor plenamente satisfeitas, já que o homem é, de fato, um "ser inacabado". Como esclarece Marinho: "O que se pretende, dentro da organização social protegida pelo Estado, é criar uma ordem de equilíbrio, ainda que relativo. Essa ordem deve ser apta a reduzir as dissimetrias naturais decorrentes da diversidade de aptidão do indivíduo e conter, e quando necessário condenar, as discriminações artificiais, produto da exploração e do mando parcial."[543] Decorre daí que, em Díaz: "la teoría de la justicia, que implica el tema de la legitimidad crítica del Derecho, en primer lugar, pero también, en seguida, del poder político y demás poderes reales conectados a aquél."[544]

Por isso, uma "Teoria da Justiça" que se baseasse, quiçá, unicamente, em tentativas de sistematização clássicas, como aquelas enredadas por Ulpiano na Roma Antiga – de dar a cada um o que é seu –, já não satisfaria, pois mesmo a genial intuição dos romanos para o fenômeno jurídico não foi capaz de reduzir onto-gnosiologicamente o significado da Justiça que, em Kelsen, pretendendo libertar o conceito de Direito de sua idéia, assume um parâmetro de abrangência máxima para distanciá-la, ao extremo, daquele, a seu ver mera estrutura de normas (dogmática jurídica). Sobre isso, diz o mencionado autor: "A Justiça é a felicidade social."[545]

Então, embora possível uma "Teoria da Justiça", descreve-se a hipótese como problemática, já que o seu objeto resulta em dado que pode ser tomado por diversas delimitações possíveis no âmbito da Teoria dos Valores em que se inclui a ética, que é a prática das virtudes, e o conjunto destas constitui a própria idéia de Justiça.

Já as mensagens traduzidas por uma "Teoria da Justiça" haverão de conotar os valores que atuam no tempo e no espaço de onde ela provém, salvo se se tratar de uma "Teoria Histórica da Justiça", é claro, o que constituiria sistema menos geral do que aquela que tem sido o foco deste trabalho acadêmico. Sua evolução, outrossim, estará na direta dependência dos graus de originalidade obtenidas das

[543] (Marinho, 1996: 128).
[544] (1984: 391).
[545] (1990: 14).

mensagens hauridas pelo sistema de conhecimento produzido pela tal "Teoria". Pode-se, pois, afirmar com Vanoye: "a medida da originalidade da mensagem é a seguinte: *a quantidade da informação é função de sua probabilidade.* Quanto mais imprevisível for a mensagem, maior será a informação. Do ponto-de-vista prático, o receptor de uma mensagem identifica os signos da mensagem com os signos de seu código. Se os signos da mensagem forem facilmente identificáveis, se seu grau de probabilidade for grande, a identificação será fácil, rápida, e a informação, pequena."[546]

A idéia de Justiça estará, pois, sendo construída segundo essa dinâmica epistemológica que não se conclui jamais, como tampouco conclusivo será o atributo ou a qualidade que sobre ela se afirme. É que: "Na realidade, as dificuldades derivam de a Justiça ser na sua essência um valor. Ora os valores são mais susceptíveis de serem intuídos e ilustrados com o seu modo de aplicar-se do que de serem racionalmente descritos."[547]

Este é o contexto pelo qual podem ser, seguramente, correlacionadas a perspectiva antiga (Justiça Platônica) e a perspectiva contemporânea ("Teoria da Justiça" em John Rawls), apresentadas neste trabalho como substratos episódicos ao objeto de pesquisa ressaltado anteriormente, com vistas à caracterização da verdade sobre uma autêntica, mas, sempre inconclusa, "Teoria da Justiça".

De toda forma, pode-se dizer com Perelman: "uma teoria da Justiça, como toda teoria filosófica, na medida em que sua elaboração é acompanhada de juízos de valor explícitos, ou pressupõe juízos de valor implícitos, é sempre historicamente situada e é concomitante de um posicionamento que não vale para a eternidade e para toda sociedade, mas depende do senso comum, de lugares-comuns, de uma dada sociedade. Quanto mais alentada é a elaboração filosófica que é feita dessas noções e princípios de senso comum, precisando umas e hierarquizando os outros, - pela eliminação das confusões e das incoerências que lhes são inerentes - mais original se torna a concepção e mais se distingue das outras tantas visões do senso comum de que partiu."[548]

Na linha desse raciocínio, e ante as necessidades de formulação de uma "Teoria da Justiça", pode-se extrair a noção segundo a qual o esforço que se empenha em garantir a previsibilidade jurídica das decisões judiciais, por exemplo, tem um duplo sentido: o primeiro *utópico*, pelo qual os resultados desse esforço devem ser concebidos em perspectiva; o segundo *instrumental*, pelo que são

[546] (1996: 24, 25).
[547] (Ascensão, 1977: 189).
[548] (1996: 247).

estabelecidos certos modos de abordagem para a obtenção daqueles resultados. Desta forma, quando o intérprete, seja ele operador seja ele teórico do Direito, reconhece a plausibilidade técnica de uma metodologia de compreensão do fenômeno jurídico que acolha, ao mesmo tempo, a fundamentação sistemático-normativa e a razoabilidade decorrente das descrições de valor da comunidade jurídica para a qual a Ordem Legal é dirigida, terá otimizado o seu trabalho, mediante a realização do ideal de Justiça que, embora não traduzindo um dado *ex-absoluto*, resulta, assim, em grau máximo de verificabilidade e aceitação.

IV INFLUXOS MORAIS DO TRABALHO DECISÓRIO

Neste ponto não se pretende estabelecer uma Teoria da Decisão Judicial. O objetivo do presente item consiste em diagramar alguns postulados ético-morais que consubstanciam a atitude de decidir como um patrimônio moral assim do agente como da comunidade jurídica a que se dirige a decisão oficial (judicial ou administrativa). O esforço se presta a situar concretamente o problema da previsibilidade jurídica e sedimentar o terreno para a melhor compreensão dos enunciados de diversos casos concretos que se podem enfrentar na prática jurídica.

A expressão moral das decisões jurídicas, refletidas na Ordem das Normas e regularmente aceitas pelo *socius*, traduzem uma arte: a arte de julgar que é o produto de todo um processo laborativo sócio-intelectual de dizer o Direito aos casos concretos, superadas as suas vicissitudes e os seus desafios. Tais desafios se tornarão mais ou menos penosos e resistentes, conforme resulte o estágio de subdesenvolvimento social de um povo concebido como elemento essencial do Estado. Talvez o maior de todos esses desafios, notadamente em uma sociedade aquisitivo-patrimonialista, é o de vencer a lógica capitalista pura que a tudo transforma em mercadoria, inclusive consciências.[549] Não é exatamente um desafio fácil a ser vencido. Todavia, é o esforço que se exige naturalmente a todo homem público, pois o dever de servir não se confunde com o direito a ser servido cujo processo é limitado por fórmulas normativas claras as quais não devem jamais ser fraudadas.[550]

Outrossim, só na democracia, ainda que formal, será possível resistir de verdade a toda forma de perversão precipitada sobre o sistema jurídico e, sobretudo, como dito, a arte de julgar. Não é raro nas sociedades periféricas que o juízo de mérito sobre as demandas judiciais seja reduzido à afetividade, resultando as inconseqüencias que partem da obra do egoísmo e por este se revistam. Acima de tudo, o Juíz deve servir de exemplo em seu ministério. Com efeito: "Não pode haver Justiça, quando esta se exercita por algum fim, que não seja por ela só; nem pode ser justo nunca, quem tem por objeto principal, a glória de o parecer."[551]

Para tanto, o excelente papel da imprensa livre neste campo do controle social do Estado parece refletir, ainda que de modo insuficiente, as exigências do *socius*, notadamente no que diz respeito ao efetivo controle de suas

[549] (Leite, 1987a: 12 *et passim*).
[550] (Nogueira, 2003: 269, 271).
[551] (Eça, 1966: 202).

instituições públicas em países nos quais tudo funciona apenas em parte; naqueles em que o Estado se estrutura para o paradoxo, pois a excelência do labor funcional tem se constituído em exceção e não em regra, e a exceção, ela mesma, acaba se tornando trunfo. Disso decorre que a confiança social nas instituições públicas nesses espaços, reduzem-se a níveis dramáticos e a cidadania encontra muitos móveis de contrariedade em relação ao poder, eis que se revela ineficiente, quando não de todo injustificável. Ao mesmo tempo uma "moral dupla" de fazer e não dizer, de dizer e não fazer, reclama, no varejo, que também as expressões pessoais da comunidade jurídica se comportem como que em face do exemplo que deriva de suas próprias instituições. Um ciclo vicioso acaba se estabelecendo, gerando mais e mais atitudes de tipo anti-social que o Direito tem por escopo evitar e, no limite, reprimir.

Em sociedades periféricas, caso brasileiro, é falso afirmar que só uma "minoria" trai a confiança pública sobre as várias investiduras que exercita. Sem considerar aqui o espectro de sectarismo ou de perversão com que alguns possam se conduzir na ação oficial, a pusilanimidade parece ocupar um lugar de destaque nesse tecido. Muitos são os que, gozando embora de uma certa saúde moral, de fato intuitiva, nada fazem para expandir a própria honradez. É o contributo decisivo com cuja forma o socialmente injusto e o eticamente subnormal acaba permanecendo nos espaços da civilização periférica. Isto se demonstra, ademais, pela permanente atividade de macanismos de controle social subsistemáticos como ilustram as hipóteses do "coronelismo"[552] e do "tráfico de influências" consubstanciado em *lobbies* com acentuada margem de sucesso, sem prejuízo de ações violentas orientadas por diversos interesses e pretextos de fato não autorizados pelo sistema legal. Donde as imperfeições do sistema jurídico adquirem um sentido verdadeiramente institucional, ainda quando não proclamado e tampouco formalmente reconhecido.[553] As chancelas se dão mediante formas sibilinas de extratificação do poder, a exemplo do quadro de impunidades que agrava o processo de banalização dos valores sociais. Dejours se propõe explicar esse quadro pela atitude de "valorização do mal".[554]

Atualmente, a crise de moralidade pela qual atravessa o Estado brasileiro produz quase que exclusivamente, como expressão de resistência cívica, a indignação social e um sentimento de impotência que afasta, via de regra, as sociedades periféricas do concerto das nações civilizadas. Desfazer esse influxo perturbador é um desafio que se eleva

[552] (Leal, 1997: 39, 78).
[553] Nota: Um suposto reconhecimento da própria torpeza do sistema seria impensável, porque autofágico.
[554] (1999: 76, 81).

à necessidade de transformação democrática do povo e do Estado brasileiros, especialmente porque tamanha desventura, no Brasil, provém do período colonial. Segundo Dauril Alden na obra *Burocracia e Sociedade no Brasil Colonial*, a honradez proverbial do Desembargador João da Rocha Pita, da Relação da Bahia, em meados 1690, que viveu um ministério funcional de lisura e dedicação, constituiu verdadeira exceção à regra geral observada à época.[555] Parece injusto enquadrar o Judiciário brasileiro hodierno nesta perspectiva. No entanto, o argumento serve para explicar muitos de seus desacertos e imperfeições os quais vêm sendo ativados ao longo de todo o período de sua existência, haja vista influxos sombrios que jamais deveriam preencher, por perversão ou temor, as lacunas da convicção judicial.[556]

Por isso mesmo, o sempre presente escopo deste trabalho reflete o sentido crítico que deve ser empreendido à estrutura e ao funcionamento do aparelho judicial periférico e compará-lo com outros sistemas melhor paradigmatizados em função da taxa de desenvolvimento de sociedades como a finlandesa. Inicialmente, deve-se considerar que essa estrutura de poder é tradicional e inteiramente verticalizada, portanto insuscetível a controle externo. Sua independência, tirada em grande medida aos dislates dos próprios Juízes que a integram, especialmente os das cúpulas, e jamais aos clamores da sociedade civil sem que a isso se confunda com introjeção indevida da opinião pública sobre os negócios técnicos do Estado, é um capítulo a parte de uma já inexeqüível história de autosuficiência e autoritarismo institucional como resulta do caso brasileiro.[557]

É neste sentido que a hierarquização judiciária, no Brasil, acaba perturbando o verdadeiro significado de sua própria institucionalização. Com efeito: Se é certo que cada Juiz é senhor de si próprio no sentido de laborar jurisdição com base unicamente na Lei e na sua consciência, tem sido observado, desgraçadamente, que grande parte dos Juízes abdicam de suas independências funcionais por forma a não se verem, eles mesmos, vítimas de algumas tantas perseguições na carreira que resolveram abraçar por iniciativa dos Juízes de cúpula, a porção mais conservadora do Judiciário, os quais "exercem livremente o autoritarismo dentro do Poder Judiciário."[558] E o fazem não só mediante

---

[555] (*apud,* Cavalcanti, 1991: 29).
[556] Nota: A tirania, a chantagem, o "tapinha nas costas", a difamação, as concessões, as promessas, as dádivas, as vaidades exacerbadas e outros expedientes que agasalham a vilania podem, de algum modo e a depender da capacidade de resistência do operador e da qualificação política da sociedade, orientar negativamente determinada tomada de decisão jurídica, degradando a arte de julgar.
[557] (Damata, 1990: 137).
[558] (Rivas, 1987: 26).

sutilezas interpretativas e filigranas de caráter que podem confundir-se com polidez e urbanidade, constitutivas de dever jurídico(...). Não deveriam fazê-lo, todavia, para guarnecerem efetivamente suas altas funções político-jurídicas.[559] Sobre isto, Orozimbo Nonato: "A *fidelidade* do juiz à lei deve ser completa e severa. *Em princípio o juiz deve cumprir a lei.* O juiz é o *adaptador da lei ao fato,* da norma abstrata à vida e, dentro dessa função, mover-se com *liberdade*.(*sic)*"[560]

De acordo com Zaffaroni: "A chave de poder do judiciário se acha no conceito de 'independência', mas este é, como tudo o que se relaciona com o judiciário, bastante equívoco."[561] E acresce: "Um juiz independente, ou melhor, um juiz, simplesmente, não pode ser concebido em uma democracia moderna como um empregado do executivo ou do legislativo, mas nem pode ser um empregado da corte ou do supremo tribunal. Um poder judiciário não é hoje concebível como mais um ramo da administração e, portanto, não se pode conceber sua estrutura na forma hierarquizada de um exército. Um judiciário verticalmente militarizado é tão aberrante e perigoso quanto um exército horizontalizado."[562] Dessa equivocidade, presente às rotinas judiciárias na América Latina, via de regra, ressalta todos os perigos dos quais decorre o comprometimento de sua imagem como instituição garantidora de direitos e reguladora da paz social. A "militarização" da hierarquia judiciária nas sociedades periféricas latino-americanas tem alavancado a atmosfera de descrédito social pelo qual atravessa o Poder Judiciário nesses espaços, haja vista que os Juízes, sob tais circunstâncias, acabam agindo como se não fossem Juízes realmente.

Sobre o assunto, ainda, o ensinamento de Zaffaroni: "Na prática, a lesão à independência interna costuma ser de maior gravidade do que a violação à própria independência externa. Isso obedece a que o executivo e os diversos operadores políticos costumam ter interesse em alguns conflitos, em geral bem individualizados e isolados (salvo casos generalizados de corrupção, ou seja, de modelos extremamente deteriorados), mas os corpos colegiados que exercem uma ditadura interna e que se divertem aterrorizando seus colegas, abusam de seu poder no cotidiano. Através deste poder vertical satisfazem seus rancores pessoais, cobram dos jovens suas frustrações, reafirmam sua titubeante identidade, desenvolvem sua vocação para as intrigas, desprendem sua egolatria etc., mortificando os que, pelo simples fato de serem juízes de diversa competência, são considerados seus 'inferiores'.

[559] (Nogueira, 2003: 139, 140).
[560] (*apud,* Langaro, 1992: 75).
[561] (1995: 87).
[562] (1995: 88).

Deste modo, desenvolve-se uma incrível rede de pequenez e mesquinharias vergonhosas, das que participam os funcionários e auxiliares sem jurisdição. A maledicência é convertida em moeda corrente, faz-se presa de todos e substitui as motivações racionais dos atos jurisdicionais: as sentenças não são confirmadas, revogadas ou anuladas por razões jurídicas, mas por simpatia, antipatia, rancor, ciúme do colega."[563]

Como se não bastasse, influxos de ordem técnico-política também podem conspirar à melhor atuação judicial. Esses fatores, embora também presentes em sociedades abertas e melhor desenvolvidas, não reúnem ali, pelo contrário, tanta relevância no quesito das defecções humanas. Na primeira hipótese, porque há uma rotina de transmissão pedagógica do saber jurídico absolutamente fiel aos fundamentos daquelas sociedades e suportada por recursos de construção realmente apropriados. Na outra, porque os procedimentos políticos são amplamente fiscalizados pela sociedade sem embargo de uma consciência melhor apurada dos agentes públicos para o exercício de seus papéis, segundo limites objetivos que lhes são impostos pelo próprio sistema sob invariável risco de reparação jurídica.

Em países como o Brasil, todavia, o cadafalso da cidadania vai sendo paulatinamente escalado na medida direta das hipossuficiências do sistema jurídico bem como das defecções de seus agentes. Deste modo, os grandes problemas que afetam o Poder Judiciário são antes problemas antropológicos do que jurídicos. Situam-se no plano de sua humanidade e não no de sua institucionalização normativa. Por isso mesmo, a insistência dos discursos de reforma constitucional e legislativa constitui atitude retórica visando desviar as atenções do *socius* para o significado essencial e as razões desses mesmos problemas.

Certamente o Juiz não é uma máquina de fazer sentenças como diria Couture.[564] Sua tarefa singular de distribuir Justiça é definida, contudo, por uma lógica universal: "negar-se a si mesmo"! O maior ou menor esforço para um tal exercício depende de dois pressupostos: o objetivo, decorrente do padrão social e dos paradigmas do sistema; e o subjetivo, determinado pela formação e pelo caráter pessoal do Magistrado. De todo modo, o "negar-se a si mesmo" é sempre uma atitude que requer coragem e se traduz como uma tensão psíquica, pois reclama um efeito-resultado consistente em uma tomada de decisão que reflita a vontade do sistema jurídico expressa pelas normas e que, portanto, seja racional. Stammler esclarece: "*También los jueces, a su vez, se formam, em el transcurso de su carrera, ciertas*

[563] (1995: 89).
[564] (s/d: 89).

máximas de buen sentido. El llamado por su función a juzgar a otros hombres tiene que cultivar también, como lo hace todo hombre capaz de pensar, la psicología práctica."[565]

De fato: julgar com eqüidade é sempre um ato de compenetração e dor[566], não só pela obra material que a ação mesma encerra como, de resto e principalmente, pelas implicações que ela haverá de produzir em relação à vida de muitos[567], segundo a idéia do bem com fim em si mesmo.[568]

De fato: O senso jurídico de que deriva a boa razão judicante corresponde a um espaço mental um tanto mais continente – eis que elaborado em função do discernimento necessário sobre aspectos normativos e de fato a um tempo dados a trabalhar –, daquele que vai representado pelo simples bom senso, o qual se pode obter, inclusive, por pura intuição. É claro que uma especial sensibilidade para o conhecimento espontâneo do fenômeno jurídico é exigível ao Juiz, mas só a circunstância não se lhe conduz à ação própria, porque a mera intuição não acarreta maior nível de confiabilidade na verificação operada. E a ação judicial tem de ser plantada em dois pilares lógicos e indissociáveis: racionalidade e objetivação. Delas decorre a certeza de um mínimo de saber e equilíbrio por onde andou, em boa ou má projeção, a figura do Juiz. Tão mais sobranceiramente sapientes e equilibrados mais revelam os Juízes suas vocações para a arte de julgar. Tão mais humildes na consignação comunicadora de seus juízos de valor, produtos de labor intelectual sobre o conhecimento dos fatos e das leis e de esforço espiritual de autonegação, também indissociáveis, mais respeitabilidade capitalizam diante da comunidade política à qual servem. E enquanto se dêem ao trabalho de elaboração do conhecimento jurídico sobre os fatos submetidos aos seus julgamentos e a um só tempo se esforcem o quanto possam por se negarem a si mesmos em seus próprios valores diante dos casos concretos, como dito, terão agido com condições superiores de ordem intelectual e de ordem moral.[569] No mesmo sentido, Ferrara: "A interpretação deve ser objectiva, equilibrada, sem paixão, arrojada por vezes, mas não revolucionária, aguda, mas sempre respeitadora da lei."[570]

É da constituição bio-psíquica como também cultural do Juiz que se desprende sua atitude funcional de autonegação, atitude que, ao par desse patrimônio, também requer esforço moral que costuma perseguir a personalidade de quem possui formação genuína para assumir e exercitar a

---

[565] (1980a: 10, 11).
[566] Nota: Todo processo de conhecimento exige esforço, assim intelectual (ética da pesquisa) quanto não raramento moral (coragem de aplicar seus resultados).
[567] (Guibourg, 1986: 45).
[568] (Aristóteles, s/d: § 1º).
[569] (Nogueira, 2003: 143, 144).
[570] (1978: 129).

responsabilidade política, jurídica e social de proferir decisões em nome do Estado. Somente diante desse perfil, um Juiz pode realizar o conhecimento jurídico avançando na perspectiva técnica com que forjará sua própria interpretação sobre os casos, segundo uma exegese que incorpora rotinas lógicas cientificamente aceitáveis (rejeição ao arbítrio e apelo à razoabilidade jurídica).[571] A idéia é garantir que o Juiz se conduza, na formação de seu veredicto, de modo a evitar subterfúgios, quase sempre ideológicos, ou qualquer outra forma ainda mais sutil de dizer o que se não quer dizer ou de deixar de dizer aquilo que deveria ser dito para a realização do objetivo jurídico de eliminação das tensões sociais em choque.

Larenz, no entanto, lembra que não há proposição hermenêutica absolutamente livre de equívocos e dúvidas.[572] De fato, considerar a verdade é sempre partir para uma empresa de tipo metafísico: o que é a verdade em seu conteúdo fixo senão a própria essência do objeto pensado? E se de substância se trata, não há relação possível entre sujeito e objeto.[573] Warat, todavia, lembra que as palavras (signos lingüísticos) pescrutam a essência dos elementos significantes, as coisas pensadas.[574] Costuma-se dizer que a maior "tragédia" da linguagem, em sua finitude, é ter a pretensão de dar significado ao infinito. Porém, uma maior clareza das palavras facilita sobremodo o labor hermenêutico.[575] No entanto, a tarefa de interpretar é uma variável constante em qualquer sistema jurídico.

Então, que os produtos físicos do pensamento hermenêutico encontrem fiel projeção naquele, pois do contrário deixarão mal o intérprete diante da comunidade política, desconfiada sobre aspectos de sua "reta razão". É justamente neste ponto em que se erige a Teoria dos Recursos, cristalizando mecanismos jurídicos para a eliminação de erros no processo interpretativo, uma vez concretamente estabelecido. Trata-se aqui de um jogo lógico de redução da carga subjetiva que a própria falibilidade humana produz. E isso não pode, é claro, ser tomado como artificial. A mesma subjetividade vedada ao intérprete, deve corresponder à igual vedação sobre o entendimento de seu caráter processante, sobre o que de fato se operou no momento mais remoto de quando decidiu e até mesmo o que decidiu. Bem por isso, será quase sempre o Juiz imune a eventuais repercussões decorrentes de seu ato de decisão, não obstante sua imponderabilidade, a qual se relativiza pelo emprego coerente das técnicas hermenêuticas. Afinal, quem detém a responsabilidade de decidir, pode e deve

[571] Nota: Sobre Interpretação Jurídica e Razoabilidade, ver Capítulo II, desta Tese.
[572] (1969: 355, 359).
[573] (Hessen, 1978: 87).
[574] (1977: 3).
[575] (Maximiliano, 1981: 37, 38).

exigir para si a liberdade da própria decisão, salvo se influenciado de alguma malícia, caso em que o processo se inviabiliza totalmente, seja do ponto-de-vista ético-moral, seja do ponto-de-vista jurídico.[576]

O grande desafio da questão hermenêutica é garantir que a escolha do método de interpretação se opere segundo a "reta razão". É o limite da liberdade criadora do Juiz com que não se extravie da verdade tanto quanto seja possível conhecê-la, evitando-se, assim, a "jurisprudência dos interesses", vazada em fragmentos lógicos dispersos da unidade de sentido com que deve ser atuada, autenticamente, a vocação judicial.[577] Sobre isto, Larenz: "A abstracção levada ao extremo limite refuta-se a si própria *ad absurdum*, pela indeterminação e vacuidade dos conceitos supremos que produz, e dos quais dependem todos os restantes."[578]

Por outro lado, fatores há de diversa natureza moral que freqüentemente influenciam no papel judicial. Uma espécie de "ordem contrária" parece por vezes conspirar contra a boa administração da Justiça, de novo marcadamente nas sociedades periféricas. Motivações de trato político não raro se insinuam tão corrosivamente que mais não se podem compreender o seqüenciamento de determinadas condutas oficiais. Um cenário de vínculos subsistemáticos e uma atmosfera nebulosa podem destruir o que há de higidez na construção lógica do pensamento jurídico; uma rotina formal, portanto, sujeita a representações, nem sempre abalizadas, racionais e objetivas, dentro e fora do próprio ambiente judiciário.

Com efeito, toda injunção de ordem política que, tirando partido de sua ascendência formal-reverencial sobre os segmentos institucionais que deveriam guardar independência, particularmente o Judiciário, compromete seriamente a pureza interpretativa do processo hermenêutico por perturbar o uso das faculdades do agente decisor diante de um núcleo irradiador de influências que de nenhum outro modo ou termo – técnicos – seriam toleráveis à consideração de toda regularidade.[579] Evidentemente, não há uma rotina pré-estabelecida de forma que se torne possível prever sua ocorrência na cena judicial. Todavia, a simples possibilidade de tais ocorrências reclama um feixe de cautelas de controle de modo a evitá-las e efetivamente reprimi-las, quando inevitáveis.

Mas o combate interno dessas possibilidades, o que se traduz como mais grave, granjeia incompreensões e até reações por vezes violentas. Um dos mais virulentos riscos dessa resistência cívica é vir a ser o resistente tomado,

[576] (Nogueira, 2003: 146, 147).
[577] (Larenz, 1966: 151, 156).
[578] (1966: 520).
[579] (Nogueira, 2003: 149).

não raro pela sua própria classe, como oportunista. É o caso de um Juiz brasileiro que defende abertamente soluções heterodoxas para os problemas do Judiciário Nacional como a adoção do Controle Externo e Social de suas atividades meta-jurisdicionais (funções atípicas) ou como quando advoga a tese de que a crise judiciária reflete, sobretudo, uma crise de cúpulas, denunciando o "militarismo" da corporação. As discussões corporativas travadas por meio de mídia interna (listas de discussão cibernética, por exemplo), revelam, quase sempre, a intolerância da Magistratura Nacional àqueles que, também Juízes, ousam pensar em divergência da linha ditada, ou tolerada, por essas cúpulas. Uma dialética crítica se instala como quando se discorre sobre garantias vencimentais da carreira ou aspectos institucionais que comprometem a idéia consolidada de independência funcional, confundida, no caso, com liberdade absoluta, com prepotência, com arbítrio.

Situações que tais desenham as tragédias morais com as quais o Juiz brasileiro tem de conviver e ao mesmo tempo de se esforçar redobradamente para que não se contamine, por igual, em seus julgamentos. É revelável que se constitui drama tremendo o de um Juiz que, chamado à função por um apelo de sua própria consciência e intentando fazer de si próprio um testemunho vivo de seus ideais profissionais, se encontra diante do desafio de desagradar 'honoráveis' senhores precipitados a todo tipo de invasão subjetiva de sua liberdade.[580] Sobre isto, não faltarão os áulicos, "leões de chácara" garbosos, carreiristas de nomeada, sempre dispostos a fazerem as honras dos senhores das cúpulas, ante a "necessidade" do enfrentamento dos progressistas, tidos como "ousados" e até "inconseqüentes".

Certamente, esses influxos não deveriam jamais deteminar ou sequer influir toscamente no papel judicante. Mas, lamentavelmente influem, haja vista a natureza humana e medular da condição de ser julgador. Novamente, a maior ou menor porção de eficácia ajustada dos veredictos será sempre ditada por uma dupla potencialização: estatura moral do agente, servidor oficial; composição político-cultural da comunidade jurídica servida. Essa simples possibilidade é capaz de transformar gerações de Magistrados, às vezes polvilhados de grande idealismo profissional, em grupos de vassalos, incapazes de realizar suas vocações, ante o receio da impopularidade perante seus superiores que os removem, promovem e até, *ex absurdo*, "vitaliciam".[581]

---

[580] (Nogueira, 2003: 150).

[581] Nota: O vitaliciamento é um instituto constitucional brasileiro pelo qual o Juiz, ao ingressar no serviço público judiciário e ser investido de seu cargo, após concurso público de provas e títulos, deve expender período de tempo suficiente à probação correspectiva (estágio probatório de dois anos, *ex vi* art. 95, inc. I, da Constituição Federal), dentro do qual pode vir a ser demitido por simples procedimento administrativo. A vitaliciedade só acarreta exoneração por medida judicial passada

Evidente que estas estratégias do regime disciplinar acarretam temores reverenciais que fragilizam, naturalmente, a capacidade subjetiva de Juízes afirmados em um tal ambiente funcional e político-jurídico. Nesses casos, a razão se houve derrotada pelo preconceito ideológico internado no próprio sistema. Não há retidão que possa ser perseguida sob uma tal adversidade ética, salvo por algum tipo de opção mais estóica que venha a medrar o julgador, atitude que já não lhe seria razoável exigir, muito embora se torne vassala a sua obra e nulos os seus veredictos se de modo diverso tiver de se conduzir. Nada obstante, a observação de Liebman: "Por certo o juiz, ao decidir, pode cometer erros, e é esta uma hipótese que a lei prevê e considera, estabelecendo uma série de garantias e de remédios para evitar e reparar os erros; mas até que não se lhe demonstre a contrariedade com o direito, deve a sentença reconhecer-se como aplicação válida do poder jurisdicional."[582]

Quanto à natureza política da questão judicial, assim falou Zaffaroni: "na França uma Justiça anárquica, privatizada, cara e arbitrária provocou a contracapa de um judiciário submetido à assembléia legislativa, ideologicamente vazio, que na realidade se transformou imediatamente em uma burocracia militarizada e estreitamente dependente do executivo que passou, com alguns retoques, pelas mais díspares estruturas políticas: república, monarquia, império. Fomentou-se um 'carreirismo' que servia a presidentes, reis, imperadores e primeiros ministros, para que não se lhe cortassem suas perspectivas de ascensão."[583]

Há que se distinguir, entretanto, uma atividade judicial, logicamente aceitável, por isso técnica e consubstanciada "em numerosas faculdades coercitivas"[584], dado que não infirma sua politicidade implícita, de uma outra que, dissimulando-se em formulações aparentemente técnicas, objetiva de fato resultado descomprometido com o próprio sistema jurídico que a sustenta como mecanismo de auto-referenciação.[585] Concorda-se, outrossim, com o razoabilíssimo pensamento de Maximiliano: "Nenhum

---

em julgado. Ocorre que os Tribunais vêm gerenciando uma espécie de "procedimento" para verificação do vitaliciamento do Magistrado. Convém ressaltar que o empenho é inútil, pois o Tribunal, nada obstante autônomo, não tem poderes constitutivos sobre a vitaliciedade dos Magistrados submetidos à sua autoridade, salvo ocorrência de falta justificativa de apuração e penalidade, no estágio ou fora dele. Não sendo o caso de instauração de instância disciplinar, no período, ou feito criminal, fora dele, não comporta vitaliciar, pois o vitaliciamento é um instituto que se agrega ao patrimônio jurídico do Magistrado pelo fato da condição material reclamada em lei: exercício *in albis* do denominado estágio probatório.

[582] (1981: 141).
[583] (1995: 78).
[584] (Chiovenda, 1977: 505).
[585] (Nogueira, 2003: 151, 152).

repositório paira sobranceiro aos dislates dos ineptos, às fantasias dos apaixonados e subterrâneas torpezas dos ímprobos."[586]

Cabe anotar, além do mais, sobre o influxo político que pode ser determinado pela opinião pública classicamente rejeitada como argumento de convicção legal, ante a tomada de decisão jurídica. Aliás, traduz um problema ético de graves proporções o fato de o espaço público estar sujeito, também nas sociedades periféricas, a sofrer contaminações de tipo "cênico", no sentido de Aguiar.[587]

Assim como o cinismo, também a "dramatização" dos costumes judiciais, ante o câmbio do real pelo virtual, consistem em patologias do sistema jurídico e produzem decisões essencialmente inválidas. O quadro fica claramente observado em sociedades politicamente pouco desenvolvidas em face do regime de dominação de classes e da manipulação midiática. Com razão, Corrêa: "a mistificação da opinião pública, relacionada a um fator cultural, justifica a facilidade com que as classes dominantes elaboram *situações* de envolvimento social, destinadas à simulação de um pretenso apoio da sociedade às decisões unilaterais do poder."[588]

Finalmente, um outro portal local de acesso à politicidade do sistema se mede pela corrida às posições de Ministro do Supremo Tribunal Federal, o órgão máximo da jurisdição brasileira que, por isso, não incorpora, formalmente, a idéia democrática nos modos de sua produção funcional. Dizer o Direito Positivo por último é tarefa não somente árdua como, sobretudo, ultra-sensível em relação aos ditames do povo bem como do Estado. Expectativas sociais de grau máximo convergem como *ultima ratio* para a ação do Supremo; e não apenas em tempos de crise institucional. Trata-se de uma tipicidade derivada de sua própria concepção teórico-constitucional.

Sobre a corrida que, ciclotimicamente, se observa no cenário político brasileiro para o preenchimento dos seus cargos de Ministro e diante da possibilidade histórica que teve o Governo do Presidente LULA de indicar, de uma só vez, três novos nomes, é possível que desde antes das eleições esses nomes já tenham sido eventualmente cogitados no bojo de uma construção política de maior peso e significado conjuntural de que não se afeta, por definição, a função judiciária.

Para esses postos da República devem ser livremente nomeados, pelo Presidente, depois de aprovada a escolha pelo Senado Federal, brasileiros que contem mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos, e que portem

[586] (1981: 100).
[587] (1995: 94, 95).
[588] (1988: 127).

notável saber jurídico e reputação ilibada (art. 101, *caput*, da CF).

O formato dessas investiduras, aliás, muito ambicionadas, tem propiciado, desde a instauração da República, que as respectivas indicações sofram um formidável apelo político, à margem da natureza técnica e institucional da qual deveriam revestir-se. Bem por isso, Rui Barbosa asseverou que o STF fora o órgão que mais traiu o regime republicano, notadamente por se tratar da instância que "erra por último".[589] Nisso reside, precisamente, o perigo das indicações personalizadas, tiradas de velhos estratagemas partidários e aliancistas, além de alquebrantadas idiossincrasias e cordialidades que afastam essas indicações de seu viés republicano e, só por isso, democrático também, e ao que deve se manter distante um Poder Judiciário de igual envergadura, por isso independente.

Curiosamente, após quinhentos anos de opressão, o país parece caminhar, de modo decidido, para o resgate do seu destino de independência política e redenção sócio-econômica, não obstante os momentos de transição em que vivemos, os quais podem confundir incautos, de um lado, e precipitar a reação bem urdida por parte de outros, interessados na volta do antigo regime conservador. Esse perigo, outrossim, consiste na possibilidade de um sistemático bloqueamento de rotinas e projetos com os quais o Governo pretenda gerenciar as mudanças tão desejadas pela nação. Tal desvirtude institucional se opera mediante a prática das interpretações judiciais que, em última instância, definem o papel, a conduta e os programas de governo, quando expostos ao quadro do Ordenamento Jurídico. Para tanto, não é preciso ir longe, pois a inteligência humana é sempre capaz de prodígios, inclusive para deixar de servir à razão, à ordem moral e à democracia. Sobre isso, recorda-se que Hitler ascendeu ao III Reich sem violar uma só vírgula da Constituição de Weimar. Todo o problema, então, estava preso ao plano dos desejos e sua impertinência somente fora constatada quando já era tarde demais.

É de boa lembrança a referência segundo a qual os cargos judiciários são vitalícios (art. 95, inc. I, CF) e, nos Tribunais, sequer se reclama algum tipo de probação (estágio probatório) para os seus membros, consoante sucede com os juízes do primeiro grau, os quais só depois de certo tempo de exercício adquirem a vitaliciedade. Os membros dos Tribunais, desde a posse. Todos eles, porém, devem estar inteiramente preparados, tanto técnica quanto emocionalmente (o que pressupõe higidez ética), para o ministério judicial.

---

[589] (Mangabeira, 1946: 67, 69).

As últimas nomeações da responsabilidade do então Presidente Fernando Henrique Cardoso, como se observou, não expressaram, exatamente, um culto à intelectualidade formal, mas uma ode à cultura política de sua época cujo ambiente se pretende reformatar para fazer valer a República. O mesmo se pode dizer quanto às últimas indicações feitas pelo Presidente LULA, tendo em vista sua já agora inescondível e notória guinada à direita.[590]

Explica-se, desta forma, a convicção de certeza de que as indicações ao Supremo refletem, quase sempre, uma pretensão de hegemonia política das forças que a

[590] Nota: Logo nos primeiros meses do Governo do Presidente LULA, se definiu, politicamente e em juízo último, mediante as três primeiras indicações para cargos de Ministro do Supremo Tribunal Federal; fazendo-se recair em pessoas de algum modo já antecipadas desde as eleições presidenciais. Compreende-se bem agora o porquê de tanto mistério ante a corrida de centenas de candidatos que se revelaram dispostos a ser cotejados e avaliados, abertamente, pelos setores competentes do Governo para possibilitar a construção de escolhas realmente democráticas, ao livre encargo do Presidente. A corrida ao Supremo, revelou, também no Governo LULA, a vitória do corporativismo sobre o espírito democrático e transformador que se supunha desde a posse presidencial implantado no país, haja vista histórico político do atual Chefe de Estado brasileiro. Explica-se melhor, agora, em linha de extensão, a repressão aos parlamentares da base de apoio do Governo, considerados "radicais", e a cooptação desabrida de outros tantos, que até então compunham os segmentos mais conservadores desse mesmo universo. Quanto aos indicados ao STF, observa-se que não há mudanças essenciais no que respeita ao perfil do atual quadro político-jurídico já lá existente. Exceto por alguma lufada puramente estética e de apresentação, nada, a rigor, irá mudar nos veredictos sobre as causas que à Corte Suprema venham a ser confiadas no futuro. Aliás, Rui Barbosa continua atualíssimo porque afirmou, segundo referências de João Mangabeira, seu maior discípulo, que o Supremo foi o órgão que mais claudicou à República, justamente em função de sua proximidade política, no pior dos sentidos, com os Governos de plantão (Mangabeira, 1946: *passim*). Em um tal ambiente amordaçado, evidentemente, não poderiam florescer as candidaturas mais autênticas, justamente aquelas que, conforme o Presidente LULA, surgiram do meio social de modo espontâneo e foram medidas em função dos esforços, dos sacrifícios e da aplicação de cada qual em favor dos novos tempos da pós-modernidade, no âmbito de suas respectivas atividades jurídicas. Em vez disto, assistiu-se ao espetáculo de moem umentais preterições, as quais ficaram sem resposta convincente, como, *v.g.*, as do Juiz Dias Cintra (SP), ex-Presidente da Associação Juízes para a Democracia, única entidade que congrega, no Brasil, Magistrados não-corporativistas, bem como a do brilhante Prof. Eros Grau (SP), além de nomes não menos engajados na luta por elevação do Poder Judiciário no Brasil, como o da combatente Juíza Salete Maccaloz (RJ) e o do notável Desembargador Samoel Evangelista (AC). Dentre os eleitos, outrossim, observou-se, ante o que amplamente noticiado pela imprensa nacional, aquele que, antes mesmo do pronunciamento do Senado, difundia a estranha tese de que Controle Externo do Judiciário é a própria "TV Justiça". Outro, com um histórico de destemperança e, por fim, um outro tirado das hostes tipicamente conservadoras do Judiciário brasileiro e também frontalmente contrário ao Controle Externo. Nada dessas circunstâncias, porém, retira seus méritos pessoais que os capacitam, teoricamente, ao exercício dos cargos para os quais foram nomeados. Mas, é de todo emblemático que a Magistratura tradicional tenha recebido com plena satisfação essas indicações. Dessa forma, o Presidente LULA foi tudo, menos coerente com o seu discurso. Ao lembrar a fala de Vitória do Espírito Santo, em que o Presidente vociferou contra o que denominara de "caixa-preta" do Judiciário Nacional, para traduzir, metaforicamente, o envoltório de mistérios em que se acha plantado desde há muito, ressalta-se, aqui, também simbolicamente, que o Presidente, neste caso, ao invés de "abrir", ou propiar sua abertura, acabou de "embrulhar" o indefectível objeto. Os que prenunciavam que a ascensão ao poder de um ex-metalúrgico, forjado nas lutas populares, propiciaria a aproximação dos valores idealistas pelos quais haver-se-ia de construir a democracia participativa e a Justiça social neste país, terminaram sofrendo duro golpe, ante esse divisor de águas das recentes indicações ao Supremo, especialmente os da área jurídica, para quem o quadro não pode ser escamoteado de refinadas justificativas. Atingidos, todos, pelo pragmatismo político de sempre, a nação acordou, finalmente, de um sonho para mergulhar em um outro pesadelo histórico: o de que o exercício do poder em um país periférico, caso do Brasil, é sempre motivo de corrupção dos valores.

Presidência da República representa, cujo titular tem a competência constitucional e exclusiva de provê-las. Sobretudo, com vistas ao princípio da transcendência: deixar o poder, mas permanecer no comando por vias oblíquas.

Diante dessa lógica, é de todo conveniente para uma nação que reclama por participação democrática e elevação moral, atitudes que se orientem para a pós-modernidade, que suas indicações reflitam justamente esse anseio coletivo, por ser dessa correlação que dependerá a maior ou menor possibilidade de construção de perspectivas ou de outras tantas frustrações que a remetam ao atraso e à opressão.

A prevalecer o atual sistema de indicações à Suprema Corte brasileira, parece fundamental que as instâncias decisórias do Governo e, especialmente, a própria Presidência da República, façam uma completa varredura nos pretéritos dos candidatos à sua composição e, mais, que possam amplamente suscitar suas postulações perante o mais alto dignitário da nação sem risco de filtros burocráticos que impeçam, também por razões políticas, o fomento da informação e da transparência para que, depois, não venham a arrepender-se, ante as preciosas oportunidades perdidas de propiciar, pela exemplaridade conhecida e testada, indicações e, afinal, nomeações que recaiam sobre pessoal que, reunindo biografia recomendável, haja, por isso mesmo, experimentado o sofrimento em favor do Direito, da Justiça e da Liberdade. Sobre isto, o Supremo Tribunal Federal não deve ser repositório de políticos em fins de carreira ou de especiosos candidatos que não possam evocar, pelo seu passado, a expressão dos próprios anseios nacionais, cristalizados na Ordem Jurídica.

Assim agindo o Executivo, em consonância, é claro, com o Senado Federal (art. 101, Parágrafo Único, da Constituição Federal), agora e enquanto perdurar o atual sistema de investidura para os quadros de Ministro do Supremo Tribunal Federal, terá sido profético e, dele, não mais se poderá dizer que não se dirige, sinceramente, à transformação social e ética da sociedade brasileira, em face dos altos propósitos e responsabilidades atribuídas, constitucionalmente, àquele Tribunal.

Para concluir, o pensamento de Dallari: "O reconhecimento da politicidade do direito nada tem a ver com opções partidárias nem tira, por si só, a autenticidade e a legitimidade das decisões judiciais. Bem ao contrário disso, o juiz consciente dessa politicidade fará um esforço a mais para conhecer e interpretar o direito, considerando sua inserção necessária em um contexto social, procurando distingui-lo do direito abstrato ou do que é criado artificialmente para garantir privilégios, proporcionar

vantagens injustas ou impor sofrimentos a outros com base exclusivamente em uma discriminação social."[591]

Ao fim, para um contato mais concreto e prático com estes apontamentos e a formação de juízos críticos mais aproximados da realidade em exame, remete-se o leitor ao universo dos casos concretos, especialmente aqueles mais emblemáticos, que envolvem riscos. Expressos por meio de expedientes processuais diversos, selecionados a partir da experiência profissional dos operadores judiciais e de fácil acesso, haja vista caráter público das decisões judiciais, refletem, quase sempre, os aspectos acerca das discussões teóricas que estão sendo empreendidas ao longo desta Tese, com vistas à sua permanente demonstração.[592] Demonstração, aliás, que se afigura *an passim* em face de suas peculiaridades e recorrências. De fato a questão judicial suscita, cronicamente, o princípio da razoabilidade e é de seu conteúdo prático e casuístico, em particular, que se podem extrair não apenas os quadros diagnósticos como as diversas explicações de modo a compreendê-los justamente a partir dos influxos morais que os preordenam. Isso possibilita ao pesquisador um pronto julgamento a respeito da eticidade de seus contextos bem como de como será sempre possível ao intérprete (operador jurídico) realizar o Direito em sua plenitude, observando-se, além da fundação juspositiva, corrente à Teoria Jurídica clássica, também e principalmente uma orientação que ambiente as soluções no espaço filosófico do razoável, espaço que deve sempre corresponder aos valores da comunidade social para a qual a tomada de decisão jurídica é dirigida.

Do mesmo modo, decisões que podem ser consideradas pós-modernas, as quais evidenciam soluções a partir de uma visão panóptica da realidade esgrimida nos casos respectivos, sinalizam, igualmente, para um novo horizonte de possibilidades jurídicas, jamais cogitadas por uma cultura judiciária aferrada a velhos estratagemas de Estado, os quais, no limite, nem mesmo chegam a atender, quando arriscado, ao Direito Positivo no que o instituto reúne de mais recorrente e aceitável: suas próprias normas.

Pode-se, finalmente, asseverar que o estudo de casos concretos conforma uma prática jurídica que evidencia,

---

[591] (1996: 94).

[592] Nota: Casos empíricos da experiência profissional do autor deixam de ser reproduzidos no âmbito da presente Tese por empenho de ordem científica. Alguns desses casos, ditos como emblemáticos, podem ser consultados diretamente nas fontes oficiais junto à 1ª Vara da Justiça Federal em Pernambuco com sede em Recife, a saber: Processo nº 98.20525-0 (Garantindo a Governabilidade); Processos nºs 98.3006-9 e 99.6364-3 (Desmistificando a Politicagem); Processo nº 10.980-0 (Resgatando a Memória Nacional); Processos nºs 99.15389-8 e 2001.83.00.015068-3 (Violência contra o Povo); Processos nºs 90.4588-6 e 99.8384-9 (Verticalidade Opressiva); Processo nº 90.5291-0 (Ação Afirmativa em Matéria Ambiental), dentre diversas outras hipóteses.

claramente, ser possível a passagem da formulação estratégica de um simples Estado de Direito, baseado no racionalismo *a priori* e que, nem por isso, implica seja infenso a desafeições e truncagens, para a formulação lúcida e centrada de um Estado de Justiça que integra o primeiro e acresce em aceitabilidade valorativa e, pois, em autoridade moral.

Nada obstante os riscos e as repercussões de tipo subjetivo que podem, pela insubmissão à verdade, vir a ser desencadeados diante de uma postura científica reconhecida, sobretudo à luz do pensamento de Aulis Aarnio[593] como pós-moderna, demonstrar-se-á, afinal, que não é uma utopia, senão um traço da modernidade científica e operacional, aproximar os enunciados Direito e Moral no contexto de uma só institucionalização de Estado.

Tudo para seguir a trilha do belo ensinamento de Freire: "É preciso dizer que tudo isso aconteceu."[594]

[593] Nota: Ver item 2.5.
[594] (1994: 29/05).

5.1 Introdução

O presente item tem por finalidade observar algumas variáveis epistemológicas sobre a Teoria do Direito Comparado, tomando por base o recurso comparativo que lhe dá substância própria, para concluir acerca de uma delimitação possível para o tema sem desprezar as diversas realidades jurídicas postas como objeto de um tal conhecimento para melhor consecução do princípio da razoabilidade e, por meio deste, do ideal de Justiça.

Tem comportado a muitos os de mentalidade científica mais aberta, plural e oxigenada, digamos, realística, um embate que se vem travando, não de há muito, com incontáveis e progressivas vitórias desse último contingente de pensadores, repercutindo na vida prática do Direito em seus diversos segmentos institucionais. O Direito Comparado, objeto de teorização recente[595], tem sido chamado a apresentar soluções para diversas exigências hodiernas que, especialmente, decorrem do fenômeno da integração regional.

Abordagens como esta que doravante se enfrenta, sobre a inteira e global prospecção da Justiça e a possibilidade de teorizá-la entre contextos distintos, linguagens diversas e culturas dessemelhantes, sempre se apresentaram como problemáticas em relação aos posicionamentos do saber seja o científico, o especulativo, seja, ainda, o puramente técnico. Se subministrável a uma estrutura metodológica previamente estabelecida ou se liberta às prospecções filosóficas de toda ordem, e ainda se apenas administrável por meio de simples técnicas de experimentação empírico-indutiva.

Uma abordagem crítica, portanto criativa, é que se pretende cunhar neste segmento do presente trabalho sobre a possibilidade de delimitação conceitual e metodológica para uma Teoria do Direito Comparado, tomando-se como balizas teleológicas não apenas as origens especulativas do sentido do justo, tanto na Antiguidade Clássica e, especialmente, no pensamento de Platão, como, dentre outros, na doutrina contemporânea de John Rawls, sobre a possibilidade de uma Teoria da Justiça, de acordo com o que, aliás, já se discorreu anteriormente.[596] Tudo imbricado na estrutura e nas conclusões, *en passim*, da Tese ora se apresenta.

Enredos epistemológicos serão trabalhados para a correta definição de algumas categorias e institutos sem

[595] Nota: O primeiro Congresso Internacional de Direito Comparado ocorreu em Paris e data de 1900.
[596] Nota: Ver item III.

cujo concurso não será possível enquadrar bem a matéria, ante o pensamento vacante. Como sendo vago, em princípio, o pensamento que se dirige ao saber sobre um determinado objeto quando visto por múltiplos enfoques, embora igualmente válidos do ponto-de-vista da Ordem Jurídica Interna cada uma dessas visões, notadamente em função de um princípio subjacente a todo o funcionamento prático do Direito, ou seja, a razoabilidade, cabe reduzir os níveis dessa equivocidade e imprecisão. É justamente o que se busca no presente Capítulo, particularmente, em meio à tentativa de assinalar conclusões mais ou menos razoáveis sobre a possibilidade de uma Teoria do Direito Comparado, seja como Ciência, propriamente dita, seja como Técnica de abordagem e conformação do saber jurídico. Como possa uma tal Teoria sofrer delimitação conceitual é o que nos cumpre enfrentar nesta primeira fase deste argumento; para tanto, observar-se-á algo sobre os grandes Sistemas Jurídicos e, no particular, também será observado o Direito Inglês de modo a que, igualmente, se tornem compreensíveis os móveis que traduzem os termos jurídicos em simples retórica.

Depois disso, enfrentar-se-á, mediante apresentação de comentário em inglês[597], a sistemática das *Domarregler* ("Leis para Juízes") como normas meta-legais que ainda persistem no Ordenamento Jurídico-processual de alguns Estados nórdicos: Finlândia e Suécia.

O enfoque da matéria, naturalmente, variará segundo os métodos dos diversos sistemas jurídicos conhecidos, mirando o atingimento de seus objetos (situações jurídicas), e deverá sofrer iguais influências por força de uma repercussão didática natural e até mesmo óbvia. Uma Teoria de Comparação não se presta senão a explicar situações confrontadas, nunca e jamais para desnaturar os seus fundamentos e sequer subverter conceitos e enunciações clássicas e características de cada uma delas. Dessa forma, que a retórica do discurso normativo, visto sob a influência de qualquer dos sistemas estudados, não se entremostre susceptível às banalizações de momento e ao formalismo cínico que não reúne compromisso com a verdade dos fatos e o valor da paz social, pois não é justo que se recorra à comparação para desviar o alcance de determinados

[597] Nota: O material foi coletado nas pesquisas de campo realizadas pelo autor, junto à Faculdade de Direito da Universidade de Helsinki, durante cujo período foram sendo anotados fragmentos do assunto que, afinal, geraram, em grande parte, a motivação para a elaboração da presente Tese. Em um sentido, esta é a razão pela qual a matéria será abordada em língua original da pesquisa. Noutro sentido, a atitude se prende ao fato de que as Domarregler somente ter sido traduzida dos originais sueco e findandês para o inglês, como língua instrumental, após a estimulação decorrente dessas pesquisas. A idéia principal é preservar o núcleo veritativo do conteúdo dessas Leis muito significativas e relevantes para a compreensão de uma consciência jurídica realmente elevada, realmente apta à realização dos valores tradicionais e dos princípios ancilares que informam o Direito e a Justiça como categorias prático-históricas e universais.

conceitos tidos como desajustados ao concerto de valores porventura prevalecentes em determinado tempo e lugar. O importante nesse traçado será ressaltar, no cotejo, as fontes materiais que acabam informando o Direito como categoria universal, como disciplina da vida em sociedade. Por isso, as incursões que serão formuladas motivar-se-ão de um dado essencial para os fins aqui propostos: evidenciar a consistência (verdade) das idéias de Teoria, Justiça e Comparação como categorias técnico-científico-filosóficas e conferir à sua síntese (Teoria do Direito Comparado) o sentido que melhor se lhe apresenta para uma razoável delimitação enquanto estrutura de conhecimento jurídico.

Buscar-se-á, pois, tanto quanto possível, a compreensão do alcance desse conceito, como elemento de participação política nos negócios humanos e, nestes, os de Estado, dado que em Kelsen: "A Justiça é a qualidade de uma conduta humana específica, de uma conduta que consiste no tratamento dado a outros homens."[598] Assim como em Aguiar: "A Justiça não é um *a priori* a partir do qual moldamos nossas existências. O justo é um saber que se vai constituindo na medida em que nossa consciência da história se aguça. Mas não basta a consciência da história, pois procurar a Justiça é uma atitude ética – é uma escolha."[599] Ainda que se tenha como autêntica a observação histórica de que a Administração Judicial, instituto de produção do justo oficial, sempre se constituiu em um mito, algo como que aterrador e intangível aos simples "mortais" em qualquer tempo e lugar, notadamente quando preconceito e "razões de Estado" a dominam ou nela se insinuam, vale sempre a pena insistir como parte do processo de crescimento em busca da utopia. E isso vale tanto para os cidadãos comuns, perdidos em uma malha multiforme de expedientes e rotinas que os afastam do ideal de realização do justo, quanto para aqueles que, tornando-se membros desse corpo, procuram cumprir o doloroso mister de responder aos compromissos solenemente assumidos quando das respectivas investiduras (operadores jurídicos).

A oposição sem dúvida sistemática, mas não solene, entre racionalismo e empirismo, forma e substância, dos vários enunciados de discussão neste trabalho, caracteriza, em essência, a manifestação mais proeminente de um ciclo de mazelas que afeta o sistema de produção jurídica, não apenas retirando de seus extratos funcionais parcelas significativas de sua previsibilidade, como, de resto, comprometendo o atingimento do ideal de Justiça, objeto de inúmeras considerações ao longo da história da filosofia e do pensamento científico. Talvez por isso mesmo é que os

[598] (1996: 4).
[599] (1987: 122).

povos tendam a socorrer-se do viés comparativo para buscar a composição de seus conflitos cada vez mais imbricados em relação à malha social definida em escala planetária. Nesse contexto, a Teoria do Direito Comparado, como busca da relativização dos opostos, pode perfeitamente servir ao propósito de fundar um sistema global de referenciação jurídica, consoante exigências crescentes que a vida dos povos tem produzido para que se torne possível responder a muitos dilemas que ainda hoje persistem e mais parecem se agravar, como a desigualdade substancial entre os homens.

Consoante observa Kelsen, a relativização da oposição, tão essencial na idéia comparativa, chega quase à sua total supressão nos momentos clássicos do pensamento filosófico.[600] Todavia, diversamente do que fica, historicamente, evidenciado para uma "Justiça Platônica", por exemplo, constituída por uma permanente atividade em busca da promoção do bem em contraposição ao mal, em que a prática de todo o bem corresponderia à idéia fundamental de Justiça e a prática de todo o mal, à de injustiça, a idéia de uma Teoria do Direito Comparado se erige para além desse dilema axiológico: está situado na esfera do "racionalismo objetivista" que toma como parâmetro de atuação cognoscente a própria realidade do objeto, vislumbrado sob diversas perspectivas visando a outras tantas finalidades práticas as quais, no estudo comparativo do Direito, assumem fundamental significação.

Pode-se adiantar, outrossim, que na falta de um objeto-tipo não é possível afirmar que o estudo comparativo, ainda quando possua metodologia paradoxalmente científica, o seja por idêntico, no sentido estrito, ao seu instrumental metodológico. Por isso, quando se pesquisam, comparativamente, diversos credos religiosos (catolicismo, protestantismo, islamismo, budismo etc.) não se vai extrair da abordagem uma via diversa de crença religiosa, síntese de todas aquelas que foram pesquisadas por comparação. Interessa, tão somente, no estudo comparativo vislumbrar as semelhanças e dessemelhanças entre os diversos credos religiosos, quer dizer, a multiplicidade de objetos da pesquisa comparativa. Essa abordagem de justaposição, portanto, tem um sentido eminentemente prático: o de confrontar objetos distintos sem a menor pretensão sintetizadora a denotar um outro objeto diverso dos estudados. Ou seja, ainda, no estudo comparativo dois ou mais termos de pesquisa não se fundem em uma categoria diversa.

Bem por isso, também se diz, algo preconceituosamente, que a Filosofia do Direito, a Sociologia Jurídica, a História do Direito e a próprio Direito Comparado, constituem um bloco de disciplinas que, em princípio, nada

[600] (1995: 1, 61).

contribuem para a formação jurídica dos seus operadores, eis que não os possibilitam a resolver, diretamente, seus problemas situados no plano profissional. No entanto, essas matérias traduzem um vastíssimo arsenal de longo alcance e, muitas vezes, dispositivos "secretos" que, na hora apropriada, se revelam como argumentos decisivos na solução dos casos concretos, em relação à atividade forense, como, de resto, na vida prática individual e coletiva. Essas disciplinas incluem material cultural não raro imprescindíveis aos aplicadores da lei e para o perfeito entendimento de certas descontinuidades do sistema-alvo da abordagem que se quer estabelecer com vistas à sua compreensão explicativa, tanto quanto para possibilitar alternativas de contribuição construtiva.

5.2 Os Grandes Sistemas Jurídicos (Famílias)

De acordo com o que ensina Ancel, há duas noções diferentes para a compreensão do que seja um sistema jurídico: uma estrita e outra complexa.[601] Na primeira hipótese, observa-se que um sistema decorre da justaposição de textos legais em uma perspectiva uniformizadora e própria. Constitui uma "tentação" que assim se faça, por se tratar de um processo singelo e puro, segundo essa noção de sistema jurídico reclame o trecejamento de concordâncias e similitudes episódicas, pontuais. Define o autor a noção em exame como resultando: "o conjunto do direito nacional, cuja consideração se faz necessária (...) em todo e qualquer esforço de aprimorar esse direito, mediante o recurso aos ensinamentos do direito comparado."[602] Na segunda hipótese, todavia, descreve-se a idéia de sistema jurídico como a resultante de relações vinculativas dos Direitos pesquisados, segundo uma ordem pré-estabelecida. Dir-se-ia mesmo que a noção complexa do que venha a ser um sistema jurídico decorre do juízo de vinculabilidade que, a despeito de suas dessemelhanças, deve ser ressalta. Desse juízo provém a idéia de família jurídica, o que envolve um sentido bem mais abrangente para sua compreensão como estrutura de normas, independentemente de suas instituições possuírem ou não semelhantes bases históricas, significado jurídico e alcance social em relação à expansão de um sistema sobre outro, o que se caracteriza bem diante do quadro internacional. Eis a definição do autor para esta noção complexa: "Dir-se-á, então, que se entende por sistema jurídico um conjunto mais ou menos amplo de legislações nacionais, unidas por uma comunidade de origem,

[601] (1980: 55, 59).
[602] (*op. cit.*: 56).

de fontes, de concepções fundamentais, de métodos e de processos de desenvolvimento."[603]

A existência de uma diversidade de sistemas jurídicos na sociedade de Estados, consoante se observará logo adiante, justifica a existência de estudos comparativos entre eles, gerando-se com isso o Direito Comparado. Como esclarece David: "Cada Estado possui, no nosso mundo, um direito que lhe é próprio e muitas vezes mesmo diversos direitos são aplicados concorrentemente no interior dum mesmo Estado. Certas comunidades não-estatais têm igualmente o seu direito: direito canônico, direito muçulmano, direito hindu, direito judaico. Existe também um direito internacional que visa regular, em um plano mundial ou regional, as relações entre Estados e as do comércio internacional."[604]

Conhecer, comparativamente, aos diversos sistemas jurídicos é tarefa capaz de fornecer ao pesquisador uma orientação segura a respeito de como se comportam os Direitos e os institutos jurídicos eleitos na pesquisa comparativa, bem como estabelecer adequadamente o alcance de seus enunciados, correlacionando-os com a base social e histórica da qual promanam. Descobrir que os Direitos não são apenas sistemas normativos puros, senão preenchidos de outros sentidos que os tornam algo imutáveis em aspectos fundamentais que estruturam, independentemente da vontade do legislador, as sociedades sobre as quais esses Direitos atuam e fazem incidir os seus preceitos. Para David, ainda, é nesse fato em que reside a possibilidade do fazer científico e do ensino jurídico: "É sobre a presença destes elementos que está fundado o nosso sentimento, de continuidade histórica do nosso direito, para além de todas as modificações que as regras possam sofrer; é, também, a presença destes elementos que permite considerar o direito como uma ciência, e que torna possível um ensino jurídico".[605]

O objetivo deste item do presente trabalho é justamente diagramar, ainda que de forma muito sintética, as grandes famílias do Direito Positivo, definindo este, em sua multiplicidade e riqueza de detalhes, em alinhamento a cada daquelas. Pode-se dizer também que uma família jurídica se constitui de um conjunto de sistemas jurídicos ou Direitos locais (positivos).

Pois bem. Divide-se o Direito no mundo, basicamente, em três grandes famílias: a) romano-germânica (Direito Romano, que evoluiu principalmente pela influência dos Direitos Francês, Alemão e Italiano); b) *common law* (Direito Inglês, que ganhou maior impulso nos Estados

[603] (*op. cit.*: 58).
[604] (1972: 27).
[605] (*op.cit.*: 29).

Unidos, segundo contornos diferenciados); c) socialistas (Direito dos países socialistas, iniciando na extinta União Soviética).

Outros ramos existem, como o Direito dos países islâmicos (baseado no Corão), de Israel (baseado no Judaísmo) etc.

No entanto, os três grandes sistemas ou famílias jurídicas apontadas é que ditam funcionam como geratrizes da Ciência Jurídica no mundo, que traduzem o Direito como um objeto-tipo, o que se constitui em suposto de validade de uma ciência. Outras tendências não reúnem força vinculativa própria que as transformem em fontes do saber científico.

Países como os Estados Unidos, a Alemanha, a França, a Inglaterra e a Itália possuem Direitos Positivos bastante avançados do ponto-de-vista de suas instituições. O Japão possui uma particularidade toda especial: apesar de ser uma das maiores potências mundiais, tem um Direito apenas pró-forma, copiado em grande parte do Direito Francês, e o cidadão comum do povo – japonês mediano – considera uma afronta ter de socorrer-se da Justiça para resolver seus problemas. Essa experiência reflete o fundo mítico-religioso que ainda parece predominar no Oriente. O predomínio de um tal sentimento se faz presente em países mais primitivos e menos acervado de avanços tecnológicos, como é o caso do Japão.

O Direito Positivo do Brasil, este colonizado por Portugal, pertence à família romano-germânica, como resultado dessa etiologia fundacional-cultural. Em nosso país, assim como em todos os países de tradição romano-germanística, a lei (norma, regra geral, editada pelo Legislativo), especialmente a lei codificada, é a principal fonte do Direito e que funciona como paradigma de comportamento e para medrar as soluções submetidas à responsabilidade do Estado-Juiz. Tradicionalmente, a aplicação do Direito segue o método dedutivo. Esse tipo de raciocínio caracteriza-se por uma estrutura de pensamento que parte de uma verdade universal – a convenção normativo-legal – e segue em direção a uma verdade menos geral ou singular – o fato normado. A expansão desse tipo de pensar se opera pelo silogismo. Transferido à aplicação do Direito, leva ao método no qual o Juiz romano-germânico – o Juiz brasileiro – deve formular a regra a ser aplicada ao caso concreto, *sub judice*, resultado da dedução feita em torno da norma geral e abstrata da lei ou do código. "Assim, diante de um caso concreto para solucionar, o juiz deve procurar a norma certa no Código ou na Lei, e indagar seu conteúdo. Se os fatos nela cabem, já se providencia a solução."[606] Esse processo, simbolizado por uma forma – a

[606] (Zitscher, 1999: 28).

lei – à procura de um conteúdo – o fato –, tem por fundamento a idéia de Estado de Direito cujo papel proeminente é o de garantir a igualdade perante a Justiça (*Equal justice under law*).

Os Estados Unidos, antiga colônia inglesa, pertencem à família jurídica do *common law*, como dito. Ali a jurisprudência é a principal fonte do Direito. Nesse regime há pouco com que se dedique à doutrina, senão quanto à aplicação do Direito em que se observa, prioritariamente, o método indutivo. O raciocínio indutivo caracteriza-se pelo movimento do pensamento que vai de uma ou diversas verdades particulares para seguir em direção à verdade mais geral. O experimento que se basta à formulação de uma disciplina geral, de um regramento no caso jurídico. Toma-se em consideração, por exemplo, que o Direito protege a criança (relação menorista), o hipossuficiente (relação sócio-trabalhista), o desamparado (relação sócio-previdenciária) para se chegar à conclusão, indutivamente alcançada, de que o papel do Direito é velar pela proteção das pessoas hipossufientes, das pessoas fracas e dos pequeninos. Transferido à aplicação do Direito, o raciocínio indutivo leva ao método no qual o juiz do sistema *common law* formula a regra a ser aplicada ao caso *sub judice* através da análise de casos anteriores sobre a mesma matéria, ou seja, por recurso aos precedentes (decisões anteriores na matéria e não só nas soluções adotadas, analisando também esses fatos de origem). A atitude é a injunção normativa. Injuncionar é, pois, criar norma para o caso com apoio em precedentes e no plano dos fundamentos da Teoria Jurídica. Por meio desse procedimento será possível alcançar a *ratio decidendi* que o possibilitará decidir objetivamente, a dizer, mediante uma fundamentação juridicamente aceitável.

A Rússia, desmembrada da extinta U.R.S.S., adota o Direito dos países socialistas. Ali, no advendo da Revolução bolchevique em 1917, se pretendeu abolir o Direito e o Estado para se estabelecer a igualdade absoluta de todos, como resultado do ideário revisitado de Hegel, a partir do pensamento de Marx e Engels. Ali a principal fonte do Direito é o ideário socialista. O Direito cede à política no sentido de que os casos concretos são resolvidos segundo a orientação do regime, visando à sua autoproteção e tendo em vista que todo o pensamento dele dissentido passou a ser visto como errôneo e até mesmo atentatório às projeções utópicas de uma sociedade de fato comunista. Esta deveria ter suas bases lançadas pelo fundado Estado socialista. Isso nunca ocorreu, e o fenômeno de distensão passado desde há uma década no leste europeu bem assim como na própria União das Repúblicas Socialistas Soviéticas (URSS), extinguindo-a, transferiu a metodologia de atingimento do ideário socialista para um regime eminentemente democrático, diverso da chamada ditadura do

proletariado, inaugurado com o Estado socialista. Tendo sido estabelecido concessões ao livre pensamento e à livre iniciativa, convém pensar que os processos de tomada de decisão judicial terão sofrido alguma atualização. Os compêndios ainda não se encontram suficientemente abastecidos de experiência de modo a lançar uma explicação definitiva para o que se houve hodieranamente adjudicado de outros sistemas jurídicos no sistema socialista, bem assim como o alcance que tomou essas mudanças tão vertiginosas, ocorridas em tão reduzido espaço de tempo. Até que ponto o Direito continuará a ser encarado como uma superestrutura de dominação de classe é o que se reclama saber para efeito de ser ajustado, à luz do Direito Comparado, o sistema jurídico socialista. É claro que alguns poucos países ainda o pratica à moda antiga (Cuba, Coréia do Norte, China), dado que não chega, todavia, a representar um paradigma realmente digno de se manter como uma família jurídica aceita como parâmetro de macrocomparatividade.

Sobre o valor dessas grandes sistemas, conforme um supere o outro em termos de funcionalidade e cientificidade, e vice-e-versa, exsurge intrigante indagação teórica: qual dentre eles resulta em melhor e mais adaquado perfil visando aos seus fins realizadores do fenômeno jurídico e devesse então servir como modelo universal? A questão não parece se dispor a soluções fechadas. Assevera-se daí, outrossim, a urgência de estudos comparativistas com que os enredos de cada um, cotejados com os demais, possam sofrer evolução em face das bases sociais, históricas e antropomórficas em que se acham fincados. De fato, ainda como ensina David: "São necessários, portanto, comparativistas para instruírem os juristas, antes que eles não possam contornar utilmente, as dificuldades que irão encontrar para compreender os seus interlocutores e fazer-se compreender por eles; é o que principalmente explica o moderno desenvolvimento dos cursos e dos institutos de direito comparado."[607]

Tomando-se em consideração o fenômeno do Poder Judiciário, observe-se: na França, terra natal de Montesquieu, seguiu-se o estilo romano-germânico, mas não se reconhece ao Judiciário um papel de poder, conforme está registrado na sua Constituição, muito embora o "administrativismo" dessa prática e desse perfil se conforme em grande autoridade. O discurso normativo de um tal formato restritivista tem explicação no passado de venalidade com que se dispunham a atuar Juízes e Tribunais em um passado de muitas sombras. Essa fase foi superada com folga, mas os registros legais, premidos por tal circunstância político-histórica, não deixaram de considerá-la. Já na Alemanha, bem assim como na Itália, em

[607] (*op. cit.*: 21).

que a mesma história não se repete na proporção do antigo Judiciário francês (especialmente o Alemão), ele se apresenta como uma instituição forte e secularmente respeitada. Na Inglaterra, apesar de ser o berço do *common law* e de onde este grande sistema se expandiu, o Judiciário é menos forte que nos Estados Unidos por causa do ideal republicano (forma de governo) e de seu presidencialismo (sistema de governo) que se contrapõe, na forma e na concepção, à monarquia parlamentarista britânica. A Suprema Corte Americana tem uma autonomia espetacular e, como tal, interpreta a Constituição até mesmo para aperfeiçoá-la e refazê-la, mediante os arestos que vão se sucedendo desde o caso "Marbury x Madison", de 1803[608], em que o órgão de cúpula do Judiciário americano estabeleceu o controle jurisdicional da (in)constitucionalidade das leis. Como afirma Ferreira Filho: "o grande achado de MARSHALL[609] foi o de estabelecer o controle da constitucionalidade por via da jurisdição ordinária, sem a necessidade da criação de tribunais especiais. (...) o Juiz MARSHALL colocou a verificação da compatibilidade entre qualquer ato e a Constituição como uma das atribuições normais do juiz chamado a dirimir o conflito entre duas normas, a constitucional e outra legal, ou ato do Poder Executivo, fazendo prevalecer, na solução desse conflito, a norma constitucional, que foi criada para servir de base de toda a organização do Estado."[610] Dessarte, consubstancia-se o Direito Norte Americano em um Direito eminentemente prático e, portanto, sem uma atmosfera apropriada de ciência jurídica ou de Teoria Legal. Um tal Direito, de índole essencialmente jurisprudencial, é raclamado que resulte por demais funcional e aplicativo, como é bem da característica da sociedade americana. Esse funcionalismo está mais para uma metodologia das ciências sociais em geral, como "teoria crítica da sociedade"[611], do que para as denominadas ciências puramente culturais, ou lógicas, como o Direito. Todavia, a eleição por um sistema de *common law* mitigado

---

[608] Nota: Vale uma nota sobre o caso "Marbury x Madison": No final de seu governo, em 1801, o presidente Adams nomeou Marbury para o cargo de juiz de paz do distrito de Colúmbia. Seu sucessor, Jefferson, ordenou ao secretário de Estado Madison que não lhe desse a posse. Marbury requereu então perante a Suprema Corte um *writ of mandamus* contra Madison. A Suprema Corte denegou o pedido, mas não recuou do exame da legalidade do ato, e aí é que se encontra a grandeza desta sentença que provocou grande literatura. É que o Tribunal, podendo deixar de examinar a constitucionalidade do ato de Madison, saindo-se por alguma preliminar "salvadora", inverteu a ordem de julgamento, principiando o caso pelo exame do seu merecimento. Depois das considerações de mérito é que o Tribunal examinou a questão da competência para conhecer do pedido originariamente e recusou a expedição do *mandamus* porque ele deveria ter sido na instância inferior e só por via de recurso é que a Suprema Corte poderia ser solicitada a intervir, denegando-se a medida apenas por erro do requerene na escolha do Tribunal.

[609] Nota: *Chief Justice* da Suprema Corte Americana no episódio Marbury x Madison.

[610] (1974: 19).

[611] (Habermas, 1996: 309, 311).

não foi pacífica. Derivou de uma disputa intensa que visava, entre as vicissitudes e as circunstâncias históricas dos Estados Unidos, dotar o país de uma codificação. Nesse sentido, Jeremy Benthan chegou a oferecer seus préstimos ao presidente Madison em 1811 e um poderoso movimento que em Nova York, à época, levou o nome de David Dudley Field, reclamou pela codificação do Direito americano.[612]

No Brasil, em que pese a lei como norma jurídica escrita e produzida mediante adoção de processo legislativo próprio traduzir-se na fonte formal primária por excelência de todo o Direito Positivo interno, a jurisprudência é fonte formal que a busca interpretar no cotidiano da vida do Direito. Procura corrigir-lhe as falhas e, na prática, chega a revogar de fato dispositivos legais que não atendem ao melhor Direito, entendido o conceito de Direito como o sistema normativo posto, vigente ao tempo de sua aplicação (incidência). A relação de Justiça, portanto, compor-se-á em função da coerência que a lei aplicável vier a sofrer em razão das normas jurídicas mais gerais que lhe dão fundamento de validade jurídica, desde a Constituição Federal. Uma lei só será válida, portanto, para os fins de sua aplicação forçada, quando encontre, no sistema do qual promana, fundamento de validade jurídica que se lhe ajuste fielmente, tanto do ponto-de-vista teórico como o reconhecimento de uma cultura constitucional comum entre os diversos Estados soberanos.[613]

5.3 Alguns Aspectos Histórico-comparativos sobre a Justiça Britânica

A lógica ligada à idéia do conhecimento de um sistema jurídico estatal que ilustra, por seu turno, toda uma família de Direito (*common law*, no caso da Grã-Bretanha), é situada na permanente necessidade de reflexão sobre a evolução do Direito como preliminar indispensável ao exame das técnicas de raciocínio próprias, bem como aos institutos essenciais da Ciência Jurídica.

Compreender o Direito, como objeto-tipo, diversamente e ao mesmo tempo de como se compreende um determinado sistema jurídico é o que este de algum modo propicia. Com efeito, mudando-se a abordagem do meio, da sociedade, do tempo e da cultura, enfim, tem-se a manifestação clara das divergências presentes entre dois ou mais sistemas jurídicos objetivados e que se traduzem como elementos de evidenciação essencial das categorias as quais se pretende atingir: os conceitos jurídicos fudamentais. Dever-se-ia

[612] (*apud,* David, 1972: 441).
[613] (Pires, 1997: 18, 20).

separar o Direito da moral e da religião? Do ponto-de-vista instrumental, por que valem os precedentes no detrimento da lei? Existirão critérios geralmente aceitos que permitem essa rotação em relação a sistemas como os do *common law* e os de tradição romano-germânica? Haverá mesmo um raciocínio jurídico comum a todos esses sistemas? Considerações sobre Administração da Justiça são ou não são estranhas ao Direito?

Parece impossível responder a essas e muitas outras indagações, senão levando-se em consideração, preliminarmente, a perspectiva do Direito próprio a alguma sociedade ou a algum grupo de sociedades organizadas sob as diretrizes jurídicas de um só modelo de Direito.

Resultará sempre que as respostas a essas tais indagações alinharão fatores de determinação (unidades conceituais inteligíveis) com que se pode, afinal, apreender, explicar e eventualmente justificar a existência dos objetos do conhecimento (objetos-tipo) aos quais se pretende atingir, consoante acima referenciado.

Verificar-se-ão aqui alguns aspectos da Justiça britânica, conforme justamente ressalta do título deste item, ora em desenvolvimento, cotejando-se, afinal, o que se entremostra razoável, ou não, por modo a subsidiar as possibilidades de plena eficácia dos regimes jurídicos periféricos como o brasileiro.

A Inglaterra é, talvez, a sociedade politicamente organizada mais antiga do mundo. Sua organização político-institucional se inicia logo depois da invasão normanda e persiste até os nossos dias. Nesse interstício, erguem-se instituições as mais diversas e um sistema jurídico bem peculiar que chama a atenção pela praticidade e pela eficácia. Claro está que uma tal exteriorização institucional se situa no contraponto de nosso próprio sistema judicial, de orientação romano-germanística, haja vista o momento de crise pelo qual atravessa, enfrentando dilemas tais como a ineficácia da Justiça, só para ficar no reflexo mais proeminente dessa crise institucional brasileira. Deriva daí o incremento acentuado das taxas de desconfiança social que se opõem ao crédito público que consiste no substrato para a manutenção do Poder Judiciário, segundo a sua concepção de origem.

Parece, via de conseqüência, ser oportuno analisar um sistema jurídico que, se não é a quintessência da Justiça, agrega, todavia, respeitabilidade e eficácia suficientes na prestação jurisdicional e no seu acesso, dados que por si mesmos conotam a importância da pesquisa objetivada.

O estudo da organização judiciária inglesa pode, portanto, servir de um aprendizado útil à consolidação de subsídios que possam alavancar, no futuro, uma nova estrutura para o Direito de países subdesenvolvidos, como parece ser o caso brasileiro.

Mas a análise histórica e comparativa do Direito ainda soa como novidade no meio acadêmico, estando restrita aos estudos da pós-graduação ou às prospecções filosóficas de uma doutrina muito pouco acessada pela comunidade estudantil e tanto menos leiga.

Para uma introdução acerca do sistema jurídico desenvolvido na Inglaterra, notadamente no que se refere à sua organização judicial, é imprescindível um olhar sobre a dimensão histórica do *common law*, sistema que, desde logo, contrasta com o de orientação romano-germânica pela nota da continuidade, motivo de orgulho, aliás, para juristas e historiadores ingleses. Ao mesmo tempo, essa marca descreve uma especial capacitação dos Juízes da comunidade britânica a proferirem decisões baseadas em precedentes, transformando-os em fundamento de validade jurídica das manifestações jurisdicionais do Estado britânico.

O Direito inglês pode ser classificado, em termos históricos, pelos períodos que o correspondem, a saber: o período anglo-saxônico, o período de criação e desenvolvimento do c*ommon law*, o período dualista (*equity* - *common law*) e o período de ascensão do *statute* (normas jurídicas legisladas). Decorre daí o registro de sua evolução que se observa desde uma atmosfera protojurídica (supersticiosa e fragmentária) do primeiro período, passando pelo *common law* original (antigo Direito nacional inglês que nasceu e se desenvolveu na Inglaterra, estendendo-se aos demais povos do tronco anglo-saxão e cuja eficácia deriva de usos e costumes imemoriais), sistema que nos períodos seguintes passou a sofrer algumas variações significativas sem perda de sua natureza originária. No sentido corrente, dir-se-ia que o *common law* o sistema jurídico resultante da concentração do poder jurisdicional por intermédio de ação centralizadora levada a efeito pelos Tribunais reais na Inglaterra (desde a Idade Média), bem assim como na comunidade britânica, abrangência esta que envolve o sentido atual do conceito.

A organização político-social que vigia na Inglaterra do período anglo-saxônico, ainda que trouxesse consigo lampejos de centralização político-administrativa, era essencialmente tribal. A invasão normanda põe fim a esse período no momento em que se torna impossível uma coexistência pacífica entre as instituições anglo-saxônicas e normandas.

A concentração da atividade jurisdicional deu-se através da expansão da competência dos Tribunais Reais que funcionavam na Curia Regis, cognominados, posteriormente, Tribunais de Westminster, criando, desde então, um Direito comum a toda Inglaterra através do soerguimento de um sistema jurídico estruturalmente formalista e essencialmente processual.

É curioso perceber que, em um dado momento histórico, o *common law* passa a seguir um caminho totalmente diverso daquele que se verifica no continente europeu. Ocorre a centralização, que é estranha aos países onde vigora o *civil law*, e que se edifica em um sistema cujas bases são rigidamente formalistas, como condição para sua própria sobrevivência. Tal característica acaba conferindo ao Direito inglês um caráter público peculiar, já que a jurisdição real era posta em funcionamento com a concessão do *writ*. O *writ*, na verdade, era uma ordem real que acionava todo o mecanismo jurisdicional, e sua a concessão era subordinada à rígida análise formal de adequação do caso concreto à forma processual.

Por muito tempo, a Inglaterra não conheceu sistema jurídico capaz de promover uma perspectiva axiológica para os seus enredos de disciplinamento, e os valores não vinham a constituir exatamente fontes de referência para a atitude dos juristas diante de seus raciocínios e atribuições.

O *common law* desenvolve-se com um caráter essencialmente prático, com base no respeito à forma, que determinava a adequação do processo ao caso concreto para, posteriormente, utilizar esse formato no processo de tomada de decisões judiciais. Essas características freqüentemente traziam empecilhos à adequação do Direito às novas exigências sociais, uma vez que a lentidão para se introduzir um novo conceito que redefinisse uma noção anterior correspondia a um quadro de fato desanimador. O *common law* dá mostras de debilidade e passa a necessitar de um corretivo. Considera-se o regime da *equity*.

Como sói acontecer com sistemas excessivamente formais, o *common law* não pode acompanhar o ritmo do desenvolvimento da sociedade inglesa. Nesse sentido, Scarman: "há no mundo contemporâneo desafios sociais, políticos e econômicos que destruirão o sistema caso este não possa enfrentá-los. Esses desafios não são criados pelos juristas; eles certamente não podem ser eliminados pelos juristas; temos de enfrentá-los desfazendo-nos do sistema jurídico ou adaptando-o."[614] Ainda de acordo com este autor, esses desafios estariam situados na ordem exterior (direitos humanos, mercado comum etc.), na previdência e nas relações de família, no meio ambiente, na ordem industrial e tecnológica, nos conflitos inter-regionais, dentre outras.[615]

O formalismo rigoroso e o conteúdo puramente processual do Direito inglês, não tinham uma capacidade cambiante que lhe impusesse o ritmo necessário para se por à frente dos tempos. Dessa forma aparece a *equity* cujo

[614] (1978: 13).
[615] (*op.cit.:* 20).

principal intento era corrigir eventuais falhas existentes nos julgamentos dos juízes dos Tribunais Reais.

Esse recurso alternativo que surge de forma pretensiosa a partir do século XV, pode ser definido como um sistema jurídico paralelo que visava, através do recurso a um Tribunal específico, o julgamento do caso com base no processo de Direito Canônico e na capacidade supletiva do Direito Romano, à semelhança do que ocorria no continente. O Direito administrado pela Chancelaria inglesa, da qual Sir Thomas Mórus foi sua maior expressão, ao contribuir para que o sistema do *common law* não fosse de todo desmoralizado diante das eventuais sandices do monarca.

O julgamento era feito, pois, pelo Chanceler do rei, que em geral era um jurista, e suas decisões, a princípio, eram plenamente aceitas pelos tribunais da *common law*.

O problema maior da *equity* como sistema rival é que seu surgimento coincide com uma gradativa concentração do poder real, e uma indisposição cada vez maior entre o rei e o parlamento.

Ora, tanto o parlamento como os tribunais reais faziam parte do que era chamado de *Curia Regis*. Gradativamente, essa ligação, resultante do tipo peculiar de feudalismo aplicado na Inglaterra foi se desfazendo.

O primeiro grande sinal de tal afastamento foi a feitura da *Magna Carta*, pelos barões ingleses, que tanto impõe limitações ao poder real como à atividade jurisdicional dos Tribunais de Westminster.

A peleja continuou indefinidamente até justamente o século XV, quando em uma série de dois reinados – o do Rei James I e o do Rei Carlos I – a Inglaterra entra em uma vertiginosa série de acontecimentos que levará à primeira revolução burguesa da história.

A razão do parlamento de insurgir-se contra a Monarquia tem origens sócio-econômicas. O deslocamento do poder econômico, passando da aristocracia para as camadas médias da população, notadamente aquela que sofrera maior influência da ideologia reformista calvinista, impõe a necessidade de semelhante deslocamento do poder político. Assim, a Câmara dos Comuns, principal expoente da defesa dos ideais antiabsolutistas no Parlamento, passa a ser o maior entrave da autoridade real.

Justamente em razão dessa disputa cada vez maior pelo poder político, o rei tenta trazer mais uma vez a capacidade jurisdicional para o seu campo de atuação. Dessa forma, a *equity* torna-se um instrumento de expressão do absolutismo real, pois, ao tempo, a atividade jurisdicional era exercida pelos tribunais reais, e ainda que o nome denotasse algum tipo de comprometimento com o Monarca, a atividade dos tribunais do *common law* era completamente independente.

O surgimento do novo sistema jurídico supletivo, porém, é oportuno para eventuais correções na rigidez formal e na essência processual do *common law*.

A conotação absolutista da *equity* vai desaparecer definitivamente quando a Inglaterra embarca na sua revolução burguesa que culmina com a Revolução Gloriosa.

A solução encontrada para harmonizar os dois sistemas, depois de violentos embates entre os dois tribunais, é uma coexistência dualista entre ambos. Com o passar do tempo, no entanto, a *equity* vai perdendo o conteúdo supletivo e a sistematização de suas normas vai se tornando tão rígida quanto a que ocorre com o *common law*.

O que há de interessante neste período de ruptura do *common law* é que o instrumento utilizado para neutralizar a ação da *equity* como ferramenta do poder absolutista – que é o Parlamento –, vai dar ensejo à produção e ênfase a uma nova ruptura que remodelará o *common law*, nos séculos XIX e XX: a lei (*statute*).

A revolução burguesa ocorrida na Inglaterra um século antes de chocar o mundo com o similar francês, redefiniu o caráter geral do Estado.

O absolutismo monárquico, ali, foi definitivamente sepultado. Houve, em função da luta contra a tirania, uma produção muito caudalosa de documentos libertários; enquanto isso, o Parlamento passou a ter poder de legislar no Reino Unido.

O reflexo dessa atividade na área jurídica na Inglaterra, era esperado, já que o que concedia o maior poder ao parlamento, era a capacidade de produzir uma fonte do Direito que não era levada em conta pelo sistema inglês, fundamentalmente jurisprudencial.

O papel da lei cresce gradativamente. Mas o que vai marcar uma ruptura do sistema jurídico, a última, desde então, e vai redefini-lo, é a atividade parlamentar de reformulação da organização judiciária inglesa, claramente obsoleta diante das novas exigências da sociedade industrial, que demandava eficácia e celeridade jurisdicional, e um acesso mais amplo à Justiça. Não são outras as exigências que vimos em uma sociedade emergente moderna.

Essa reforma é efetuada através dos *Judicature Acts* do século XIX, dando novos contornos à organização judiciária inglesa, que será objeto da segunda parte de nosso estudo.

O Estado contemporâneo também se apresenta como um desafio para o sistema do *common law*. Com o aumento cada vez maior da industrialização, a institucionalização do capitalismo e o crescimento vertiginoso do Estado, o Direito inglês enfrentará problemas em duas frentes distintas: a primeira delas é a defesa do indivíduo perante o Estado; a segunda é o crescimento do socialismo inglês, com a nova noção de *Welfare State*, desenvolvida pelo

Partido Trabalhista, no início do século, ambas, todavia, de caráter puramente administrativo. Sobre *Welfare State*, Hans-Werner Sinn: "*The welfare state can be seen as an insurance device that makes lifetime carrers safer, increases risk taking and suffers from moral hazard effects.*"[616]

O que marca definitivamente o período em análise é a atividade parlamentar de reformulação da organização judiciária, dado que confere uma noção da importância que se defere ao caráter funcional do Estado, baseado na atividade precípua de dizer o Direito (*juris dictio*).

O Direito, quando manifesto na sociedade através de normas, é domínio da disciplina que atende pelo nome de Dogmática Jurídica. Injusto, já que o conhecimento científico dogmático é conceito inaceitável atribuído como argumento reducionista em função de seus estudiosos e não da matéria em si, da natureza de seus objetos. Todavia, quando isso acontece e se passa do estudo essencialmente teórico para uma organização e sistematização práticas, com o escopo de servir à sociedade dos aspectos positivos da Ciência Jurídica, dois elementos assomam de imediato, para a realização de tal intento: um deles é o acesso à Justiça; o outro, a rapidez e a eficácia da prestação jurisdicional.

Tais elementos, em um sentido, constituem, a rigor, a finalidade maior da organização judiciária, em qualquer nação do planeta, o pleno acesso à Justiça para solução das lides e a célere, eficaz prestação jurisdicional.

A organização judiciária inglesa é o resultado óbvio de quase um milênio de construção e aperfeiçoamento jurídicos, amparado por um respeito quase visceral às instituições. O problema da ética é, pois, aqui visto como ancilar, dado que a base do sistema é mantida pela coerência intrínseca com que operadores e destinatários encaram o Direito e os seus institutos.

Há uma singular interação entre comunidade e Estado para resultar em uma Justiça rápida e eficaz, de acordo com objetivo que só pode ser alcançado em locais em que a sociedade civil, como entidade atuante, já nasceu e se desenvolveu para estágios além dos conceitos ultrapassados de cidadania, como ressalta nos países de terceiro mundo.

Tal organização se divide em dois tipos de Justiça, de acordo com um sentido de Organização Judiciária:

1) *Alta Justiça* – composta pelos tribunais superiores, onde os litígios são dirimidos, em que se pode observar a formação e desenvolvimento do Direito inglês.

2) *Baixa Justiça* – na verdade este conceito traduz, quiçá, um dos aspectos mais formidáveis do Direito Inglês e de sua organização judiciária. A Baixa Justiça é fundamental para a eficácia da jurisdição imediatamente

[616] (*apud,*, Anderson *et al*, 1995: 27).

superior. Em suma, é responsável pela rapidez da prestação jurisdicional desta, e representa um primor de acesso à Justiça.

A maior parte das lides são dirimidas na instância que compete às suas Cortes inferiores, sem a necessidade de passarem pelo crivo das Cortes superiores, embora estas, necessariamente, conheçam acerca do litígio e se manifestem de uma forma ou de outra. O resultado final é uma Justiça em que os tribunais superiores conhecem de todos os fatos em juízo no país, mas só julgam aqueles que não podem ser solucionados em instâncias não judiciárias, no sentido da produção oficial de jurisprudência.

As jurisdições inferiores não compõem o Poder Judiciário propriamente dito, e suas sentenças alcançam somente a espécie julgada.

Um esboço gráfico da Alta Justiça nos levaria ao seguinte quadro:

Supreme Court of Judicature

High Court of Justice
Court of Appeal
Crown Court

No topo da organização judiciária inglesa está o Supremo Tribunal de Judicatura (*Supreme Court of Judicature*), composto por três subdivisões, quais sejam: o Alto Tribunal de Justiça (*High Court of Justice*), o Tribunal de Apelação (*Court of Appeal*) e o Tribunal da Coroa (*Crown Court*).

As três subdivisões não constituem jurisdições inferiores, mas partes do corpo principal.

O Supremo Tribunal de Judicatura representa uma compactação dos diversos tribunais superiores existentes na Inglaterra até o Século XIX, que foi efetivada após os *Judicature Acts*, reforma legislativa iniciada no Século XIX e desenvolvida ao longo deste século.

O braço mais notável deste gigantesco tribunal superior é o Alto Tribunal de Justiça, que apresenta a seguinte divisão gráfica:

High Court of Justice

Seção da Chancelaria
Seção do Banco da Rainha
Seção da Família

O Alto Tribunal de Justiça divide-se em três seções, como exposto no gráfico acima. Tais Seções, no entanto, não são especializadas em julgamentos cujas características lhes cabem, podendo julgar acerca de qualquer espécie.

Esse Tribunal é composto por setenta e cinco Juízes, chamados *Justices*, aos quais são acrescentados o Juiz Presidente que preside a Seção do Banco da Rainha, o Vice-

chanceler, que preside a Seção da Chancelaria, e o Presidente, que preside a Seção da Família.

Não se pode alcançar a posição de Juiz do Alto Tribunal de Justiça sem haver antes ocupado o cargo de advogado. O recrutamento para a investidura de funções de juiz no Alto Tribunal de Justiça é feito entre os advogados ingleses. Nesse tribunal, as questões em primeira instância são submetidas à análise e julgamento de um único juiz.

Um outro papel de crucial importância é desempenhado pelo Tribunal da Coroa, que é uma seção do Supremo Tribunal de Judicatura, cuja competência compreende matéria criminal.

O Tribunal da Coroa é relativamente novo, tendo sido instituído em 1971, como uma das reformas judiciárias que vêm ocorrendo na Inglaterra desde o século passado.

Na sua composição pode-se notar uma diversificação que contrasta com a rigidez imposta pelo Alto Tribunal de Justiça. Tal diversificação varia de acordo com a natureza da infração a ser julgada, podendo este julgamento ser feito por um juiz de circuito ou por um *recorder*, que é um advogado investido temporariamente das funções de juiz, ou mesmo por um juiz do Alto Tribunal.

O julgamento pelo Júri, nesse âmbito da organização judiciária, faz-se necessário sempre que o réu se declarar inocente, como também sempre que este escolher ser julgado pelo Tribunal da Coroa, o que pode acontecer, dependendo da infração cometida.

A acusação, no julgamento pelo Tribunal da Coroa é desempenhada pelo equivalente inglês ao Promotor Público brasileiro, embora inexista na Inglaterra o Ministério Público. A tarefa de acusar cabe ao *Master of the Crown Office*.

Há um segundo grau de jurisdição no Supremo Tribunal de Judicatura cujo papel é desempenhado pelo Tribunal de Apelações (*Court of Appeal*), composto por dezesseis juízes, os quais são presididos pelo *Master of Rolls*.

Nesse Tribunal, as questões são submetidas a um colegiado composto por um número ímpar de três juizes e têm suas decisões reformadas se alcançada for a maioria simples sendo rejeitadas em caso contrário.

Finalmente, temos a Câmara dos Lordes, que funciona como jurisdição superior em todo o Reino Unido.

As questões submetidas aos dois tribunais de primeira instância na Inglaterra sobem, seguindo o princípio do duplo grau de jurisdição, para o Tribunal de Apelações e, extraordinariamente, podem chegar até a Câmara dos Lordes, neste caso funcionando como tribunal de apelações em grau excepcional.

Pode soar estranho a uma função judiciária ser desempenhada, em grau superior e extraordinário, por um

órgão do Legislativo. No entanto, deve-se ter em mente o alto grau de respeitabilidade e independência do Poder Judiciário naquele país, que não permite qualquer intromissão do Legislativo nas funções do Judiciário, a começar do fato do Direito Inglês não ter base legal e, também e principalmente, em razão de que não se pode considerar o papel legislativo como sendo função da Câmara dos Lordes, já que tal atividade é desempenhada pela Câmara dos Comuns, sendo esta o verdadeiro Poder Legislativo inglês, eleito pelo povo e aquela se constituindo em instituição meramente simbólica do ponto-de-vista do papel legiferante.

Compõem essa corte extraordinária de apelações, o Lorde Chanceler que preside a Câmara e outros onze Lordes, alçados à posição com essa função específica, sendo completada por outros que já tenham ocupado algum cargo ou função judiciária.

O julgamento das questões ocorre de forma semelhante ao que é feito no Tribunal de Apelações. As questões são examinadas por não mais que cinco, e não menos que três lordes, e são automaticamente rejeitadas se o recurso não formar maioria contra a decisão anteriormente proferida.

Finalmente, temos a Comissão Judiciária do Conselho Privado composta por Juízes da Câmara dos Lordes, que delibera acerca dos recursos interpostos contra tribunais superiores de outras nações da *Commonwealth*.

Como já se já dessume, o sistema jurídico inglês é essencialmente jurisprudencial. O Direito se forma com base nas decisões proferidas pelos tribunais, desempenhando a lei um papel secundário, já se não diria irrisório, na formação do Direito. Seu substrato é o costume comum – que é a lei das leis – e que se exprime, na prática, mediante precedentes.

Contudo, a sistematização das regras processuais não deixa de ser mais importante, talvez mesmo mais que nos sistemas de orientação romanística.

Há uma gradação lógica e hierárquica da obrigatoriedade dos precedentes no Supremo Tribunal de Judicatura. A Câmara dos Lordes constitui a jurisdição suprema na Inglaterra, pois além de tratar dos recursos extraordinários interpostos contra as decisões do Tribunal de Apelações, abarca todo o Reino Unido com a Comissão Judiciária do Conselho Privado. As decisões proferidas nessa instância extraordinária, portanto, constituem precedentes para todas as instâncias inferiores.

No âmbito do Tribunal de Apelações, as decisões proferidas constituem precedentes para todas as jurisdições inferiores, inclusive para ela própria, no que concerne à matéria civil.

As decisões judiciais advindas do Alto Tribunal de Justiça valem para todas as jurisdições inferiores, sendo

seguidas, sem o caráter obrigatório, no entanto, pelas Seções do próprio Tribunal.

A elaboração de precedentes, criados a partir das decisões judiciais, constitui monopólio do Supremo Tribunal de Judicatura e da Câmara dos Lordes, não sendo função extensiva às jurisdições inferiores.

A organização judiciária inglesa torna-se peculiar quando adentramos aos portais da denominada Baixa Justiça.

Essa peculiaridade não se mostra somente em função de uma descentralização no que tange ao acesso à Justiça e à prestação jurisdicional, mas à razão da participação ativa da sociedade no processo judiciário, aplicando-se, com presteza, o Princípio da Justiça Local que se manifesta na ação dos Tribunais de Magistrados (*Magistrate's Court*).

A Baixa Justiça não produz o precedente, que constitui o alicerce precípuo do *common law*; as sentenças proferidas nesse nível jurisdicional têm efeito unicamente sobre o caso julgado.

Há, todavia, opiniões que negam um caráter judiciário a esse nível de jurisdição. Mas são perante instituições seculares que compõem a Baixa Justiça, algumas como os Tribunais de Condado (*County Courts*) e os Juízes de Paz (*Justices of Peace*) em que são apresentados os conflitos de interesse.

Seguindo-se a uma abordagem analítica, pode-se dizer que uma decisão que compõe, no mais das vezes, o conflito, é o corolário da dicção do Direito e da solução ajustada da lide.

Justifica-se, portanto, atribuir à Baixa Justiça o caráter judiciário, ainda que careça da competência para produzir o Direito, monopólio exclusivo dos tribunais superiores e razão pela qual criou-se e desenvolveu-se o *common law*.

A Baixa Justiça envolve matérias cíveis e criminais.

Nesse nível de jurisdição é importante observar certos elementos que a constituem.

Em primeiro lugar, temos os Tribunais de Condado (*County Courts*), criados como parte da reforma judiciária ocorrida no século XIX, conhecidos comumente como "Justiça dos pobres". Sua importância, todavia, dispensa esse conceito algo pejorativo. É válido atentar para o fato de que não têm qualquer relação com os antigos *County Courts* do período anglo-saxônico.

Os Tribunais de Condado são ativados por juízes itinerantes conhecidos como juízes de circuito, os quais, à semelhança dos magistrados do Alto Tribunal de Justiça, também são selecionados entre os advogados de prestígio.

Sua competência abrange matérias cíveis e é nessa instância em que, na verdade, costuma ser dirimida a maior parte dos litígios. Envolve Obrigações e Direito de Família. Os Tribunais de Condado têm competência até mesmo

para decretar o divórcio, caso a parte citada não apresente defesa.

Observe-se que o Alto Tribunal de Justiça não delibera, a princípio, sobre interesses inferiores a duas mil libras, encaminhando a maioria dos casos para as jurisdições inferiores, notadamente os Tribunais de Condado.

O julgamento nos Tribunais de Condado podem ser feitos por um juiz, propriamente dito, por um *registrar*, ou serão as questões ali desaguadas ser enviadas à arbitragem, determinada pelo juiz ou escolhida pelas partes.

O elemento que manifesta com maior ênfase a eficácia da Baixa Justiça é a figura do Magistrado (*Magistrate*), que compõe os diversos Tribunais de Magistrados (Magistrate's Courts), espalhados por todo o país.

A figura do Magistrado tem origem remota. No reinado de Ricardo I, em meio a uma onda de crimes, um grupo de cavaleiros reais foi enviado a diversas partes do país, com o título de Mantenedores da Paz, em nome da Coroa. A figura do Juiz de Paz sedimenta-se definitivamente no século XII e permanece, mediante alguns retoques e adequações sociais, quase inalteradas até os dias atuais.

Os Juízes de Paz eram apontados pela Coroa para cada condado, em grupos conhecidos como Comissões de Paz e, em certa medida, administravam os condados em nível local, em nome do Rei.

O desenvolvimento da sociedade industrial, com suas variadas características, dentre elas o êxodo rural e o aumento da criminalidade, levaram os Juízes de Paz a abandonarem gradativamente suas funções administrativas, e a dedicar-se exclusivamente às suas atividades jurídicas.

Hoje, continuam sendo apontados pelo Lorde Chanceler, em nome da Coroa, são membros comuns da sociedade, não são remunerados e não são juristas, embora sejam assistidos por um jurista no Tribunal, que atua como um auxiliar, mas que não tem qualquer influência nas decisões ou nas sentenças. Distribuem a Justiça no nível jurisdicional mais inferior.

Nos grandes centros metropolitanos a figura do Juiz de Paz foi substituída pela do Magistrado Remunerado (*Stipendiary Magistrate*), o qual também é indicado pelo Lorde Chanceler; no entanto, ao contrário dos Juízes de Paz, o Magistrado Remunerado é um jurista e deve ter sido advogado por pelo menos dez anos de modo a ocupar o cargo para o qual foi indicado. Mesmo assim, seus poderes são praticamente os mesmos dos Juízes de Paz.

Em matéria criminal, as infrações menores podem ser julgadas pelos juízes de paz. O julgamento é feito por dois juízes assistidos por um jurista que atua como secretário. Já os Magistrados Remunerados atuam, no mais das vezes, de forma monocrática.

Sendo o caso de gravidade considerável, os juízes de paz podem, ao fim de um processo preliminar de conhecimento dos elementos que determinam gravidade e culpabilidade (instrução), enviar o caso ao Tribunal da Coroa para julgamento além de sua competência.

O réu pode, no entanto, solicitar o julgamento pelo juiz de paz, mas, nesse caso, perde o privilégio de responder perante um Júri.

Compondo a Baixa Justiça, em matéria administrativa e no âmbito de determinadas leis, encontram-se organismos chamados "quase-judiciários", denotando claramente o caráter de composição alternativa de conflitos de interesses, com competência suficiente e capacidade jurisdicional para solucioná-los. Tais organismos se diversificam em Comissões, Colegiados e Tribunais os mais diversos, todos controlados pelo Alto Tribunal de Justiça.

Os recursos interpostos contra os Tribunais de Condado, sobem diretamente para o Tribunal de Apelação e os demais, interpostos contra os Tribunais de Magistrados, sobem para julgamento feito pelo Tribunal da Coroa, já que os Tribunais de Condado têm competência civil e os Tribunais de Magistrados, com exceção de algumas matérias de cunho civil, como Direito de Família e algumas questões envolvendo Obrigações, tem competência criminal.

Já a instituição do Júri se constitui como expressão genuína de Direito Inglês, tendo seu conceito se alastrado pelo restante do continente europeu após 1789, bem como pelas colônias britânicas, notadamente nos Estados Unidos, e pelo resto do ocidente, inclusive em países de orientação romanística.

Historicamente falando, busca-se sua origem em Roma ou na Grécia Antiga, todavia não há dúvida que o berço do é a Inglaterra medieval. Seu aparecimento pode ter sido reforçado pelo Concílio de Latrão, como alegam alguns doutrinadores, entretanto, liga-se mais à concentração do Direito na Inglaterra e à inclinação racional que os institutos jurídicos passam a ter após a conquista normanda, em natural oposição às concepções jurídicas arcaicas do Direito anglo-saxônico.

Não resta dúvida, igualmente, que o Júri, principalmente na forma preservada de como a instituição é exercida até hoje na Inglaterra assim como nos Estados Unidos, guarda uma forte conotação religiosa nas suas origens e concepções, sendo tal perfil observável pelo modo empreendido nos juramentos (com a mão direita espalmada sobre a Bíblia e sob o jugo de sua autoridade no compromisso de dizer-se a verdade) e na formação do Conselho de Sentença (doze cidadãos, representando os doze apóstolos de Cristo). Todavia, esse último detalhe não garante acerto à especulação de que o número original de jurados remonta ao número de apóstolos e muito menos a de

que o Júri passa a ser uma forma modificada de Juízo de Deus, como afirmam alguns doutrinadores, eis que a dinâmica desenvolvida neste tribunal reforça a retórica, a discussão dialética da verdade e o racionalismo, além de que, nos EUA, tal conotação se explica pelo fato de que a religião ter sido grande fator de unidade entre os primeiros habitantes da região no século XVI.

O Júri é por si só uma negação do *Trial by Ordeal*, praticado até então. Através dele, retira-se do ideário jurídico a confrontação entre as partes e o julgamento, feito pelo Juízo de Deus. Passam-se tais tarefas para dois grupos que atuam em planos distintos, um Júri de Acusação, composto por 23 pessoas escolhidas entre membros da comunidade, chamado de Grande Júri (*Grand Jury*), e outro que funciona como Júri de julgamento, composto por doze membros da comunidade, cuja tarefa é julgar o caso que lhes é apresentado, conhecido pelo nome de Pequeno Júri (*Petty Jury*).

O Grande Júri não se ocupava com as provas, sua função era de encaminhar a acusação, se houvesse, para deliberação posterior, atividade de que se ocupava o Pequeno Júri, este, sim, encarregado de analisar o caso com base nas provas apresentadas, para então se determinar o veredicto, ou seja, o pronunciamento acerca da verdade objetiva, tendo, portanto, soberania total ao aplicar as sentenças.

Houve mudanças inevitáveis, é claro, desde seu aparecimento até os nossos dias, notadamente desde o século passado, dentre as quais pode-se destacar a supressão do Grande Júri, e a especialização do Pequeno Júri unicamente em matéria criminal.

Nos dias que correm, o acusado de um determinado crime cuja gravidade não determine de pronto seu julgamento pelo Tribunal da Coroa pode escolher ser julgado pelo Tribunal de Magistrados, sendo esse julgamento feito por um colegiado composto por três Magistrados, prescindindo da presença do Júri, o que lhe poderia favorecer; em contrapartida, a pena, no caso de veredicto que o considere culpado, seria bem mais severa no julgamento pelo Júri.

Em um plano especialmente comparativo tendo em vista a realidade do Direito brasileiro, demonstra-se que o estudo da organização judiciária inglesa revela uma sociedade que harmonizou de forma proficiente e paciente a relação entre o Poder Judiciário e a comunidade, por mais paradoxal que pudesse uma tal empresa político-jurídica parecer aos estratos de uma nação. É nesse poder de ajustamento que reside o atributo de civilidade de um povo.

Em princípio operando uma descentralização das funções jurisdicionais para níveis inferiores, aplicando dessa forma o princípio da Justiça local, e resolvendo, com isso, a maior parte das questões antes que estas alcancem os tribunais superiores; em segundo lugar, e paralelo ao

primeiro processo, não se pode negar a concentração das funções judiciárias, *a priori* com a compactação de todas as antigas jurisdições em um único corpo que é o Supremo Tribunal de Judicatura, compactação e centralização que tem sido a orientação histórica do *common law*, centralização que se opera com o soerguimento de um legítimo e respeitável Poder Judiciário, livre de qualquer influência de outro Poder, partindo do fundamento essencial do sistema inglês, que é a jurisprudência e não a lei. Eis o formato de um Direito dotado de excelência, tanto teórica quanto experimental, e que tem sido edificado durante os últimos cinco séculos pelos Juízes, revelando-se capaz de se traduzir em um Poder de fato a jurisdição e não apenas em uma agência meramente aplicadora de normas ditadas pelos outros poderes políticos. Com efeito, dizer o Direito não se traduz como caricaturar a vontade da lei, já em sim elaborada sob influências muitas vezes espúrias e casuísticas provenientes da vontade do legislador.

Que lições podem ser consideradas diante de um tal quadro, paralelo ao nosso sistema jurídico?

O Poder Judiciário brasileiro passa por uma das maiores crises de sua história, sem dúvida alguma. O acesso à Justiça é precário, quase mítico, a prestação jurisdicional é vagarosa e improfícua, imersa em uma onda interminável de recursos, os tribunais superiores surpreendem-nos por uma atuação puramente política, mesmo no sentido partidário e ideológico dessa expressão, como por isso mesmo formalista, o impasse entre os Poderes se dá com a mínima menção de atuação do Judiciário e a este somente se socorrem, com chances reais de sucesso, as camadas sociais mais privilegiadas.

Certamente, se buscarmos as verdadeiras explicações para a situação atual, veremos que a solução não virá com simples modificações estruturais. A razão para a inviabilidade do Judiciário brasileiro liga-se à histórica dinâmica do poder senhorial e semifeudal da sociedade brasileira, consoante se já tem amplamente teorizado. O Poder Judiciário, na verdade, sempre esteve inserido na organização política oligárquica brasileira, sendo antes um instrumento dessas oligarquias, distanciando-se, portanto, de suas reais funções, o que explica o flagrante desconforto dos demais poderes ante a proposta de atuação independente judiciário. Independência essa que se esvai a partir dos procedimentos de investidura aos Tribunais, especialmente aos Tribunais Superiores.

Diante do quadro que se nos apresenta, contudo, torna-se forçosa a busca por soluções imediatas, mas elas não parecem estar próximas de serem adotadas. O estudo comparativo pode sem dúvida ajudar nesse processo já tardinheiro.

Não resta dúvida que, no intento de desobstruir a Justiça, uma série de organizações jurisdicionais inferiores e porque não dizer alternativas têm sido criadas. Poderíamos mesmo afirmar que tais mecanismos jurisdicionais constituem o equivalente brasileiro à Baixa Justiça inglesa. Exemplo disso são as Curadorias, que são mecanismos de ação imediata, os Juizados Especiais Cíveis e Criminais (inicialmente denominados de pequenas causas), que se destinam a dirimir pequenos litígios sem importância relevante, ou delitos de menor potencial ofensivo, para serem levados a juízo superior, à arbitragem, que acenam como meios eficazes para solução de lides e a *súmula vinculante*, em tramitação no Congresso Nacional, que nos remete ao precedente inglês, *ma non tropo*, impondo-se, como lei, a todas as instâncias inferiores. Convém realçar que o advento puro e simples das "súmulas vinculantes" no Brasil desencadearia, pelo sistema aqui vigorante, a completa eliminação da independência da Magistratura de níveis mais inferiores, daquelas que não poderão editar as assim denominadas "súmulas vinculantes", portanto. A comparação dessas Súmulas com a idéia dos precedentes vai, ainda, bem distante da realidade inglesa.

Por isso mesmo, concebe-se que há elementos do Direito inglês os quais certamente não funcionariam no nosso país. Um deles é a concentração do Judiciário, tarefa impossível em um país de dimensões continentais. Basta dizer que a Inglaterra é menor que o Estado da Bahia, sendo naquele país, viável, a concentração das atividades judiciárias em um único corpo que é o Supremo Tribunal da Judicatura. No Brasil, a descentralização é quase uma necessidade.

Outro aspecto que parece não surtiria efeito almejado no Brasil seria a distribuição da Justiça por leigos. Os leigos que, na Inglaterra, são denominados *Magistrates*, trabalham sem qualquer remuneração, conhecem bem a comunidade em que vivem e inspiram confiança nos habitantes de tal comunidade, razão pela qual a maioria das lides é solucionada nesta instância. A população brasileira, de modo algum reúne as características essenciais para a adoção de tal modelo, embora os conciliadores dos Juizados Especiais realizem, ainda que embrionariamente, uma tal proposta. No nosso país, porém, há elementos suficientemente impeditivos, supõe-se, que se revelam em pequenas unidades representativas e que, fatalmente inviabilizariam a instalação do equivalente brasileiro ao *Magistrate's Court*, sendo-nos possível citar o nepotismo (os conciliadores são indicados politicamente), a burocratização excessiva dos serviços, a falta de consciência política, a falta de informação, e a parcialidade, principalmente em função do poder estabelecido e em decorrência objetiva do estágio de subdesenvolvimento em que o Brasil se acha mergulhado.

A limitação de recursos, porém, seria uma bem-vinda modificação à nossa organização judiciária. Na Inglaterra, pouquíssimos recursos são admitidos para julgamento na instância superior que é a Câmara dos Lordes. A maior parte dos litígios não passa da Baixa Justiça, e caso o faça, raramente sobe além do Tribunal de Apelações. Além disto, há questões cujo mérito, após apreciação preliminar por parte do Supremo Tribunal da Judicatura, é imediatamente remetido à Baixa Justiça.

O Poder Judiciário inglês atua baseado, sobretudo, em uma autoridade vinculada às decisões de cada corte em relação à instância imediatamente inferior, e por intermédio de uma rígida limitação dos recursos. Tais características conferem capacidade funcional aos seus tribunais.

No Brasil a quantidade de processos em curso é considerada irracional, a cada ano acumulam-se os casos a serem julgados nos tribunais superiores brasileiros. O efeito desse quadro assemelha-se ao de uma bola de neve. Parece não haver como brecar a maior parte dos casos em primeira ou segunda instância ou mesmo em um organismo não judiciário.

Uma solução que se cogita, como já foi mencionado antes, é a da "súmula vinculante", mas a concepção não encontraria, na prática, maior plausibilidade técnica pelas razões já mencionadas de nossa consistência sócio-cultural que remete o Brasil a um estágio de subdesenvolvimento.

Não há como fugir ao paralelo que se estabelece com o precedente inglês. Na verdade, é princípio básico que aquilo que já tenha sido decidido antes seja aplicado a um caso idêntico.

Não se deve atribuir à "súmula vinculante" um caráter de imutabilidade, pois isso seria subestimar a capacidade cambiante da sociedade e do próprio Poder Judiciário como reflexo dela. Aqui se reporta a um outro aspecto fundamental da crise do Judiciário, esquecido porquanto implícito, que é a enorme distância que o separa da sociedade brasileira, desde a primeira instância, onde muitos Juízes impõem uma distância visível das partes e dos advogados e promotores e não se dão conta, porque insensíveis diante de sua própria mediocridade, de que não há relação necessária entre sisudez e seriedade.

As características senhoriais antes mencionadas tornam-se perceptíveis mesmo na forma de uma simples petição inicial, em que a parte enfatiza a distância e a superioridade do Juiz em uma linguagem claramente bajulatória, gongórica, referindo-se pleonasticamente a um homem, ainda que investido de poderes conferidos pelo Estado, como "Excelentíssimo Senhor Doutor Juiz de Direito", tudo com letra maiúscula que é para acentuar o maior ridículo irrealista.

Não se deve, porém, partir para o extremo de igualar o Juiz às partes e esquecer o respeito e a reverência necessários em qualquer ato judicial, pelo contrário. Este não é ponto! É sabido que em qualquer acontecimento judicial, seja uma audiência ou um julgamento, há um rito a ser supervisionado pelo Juiz; reconsiderar a atitude deste perante a população, no entanto, é tarefa primordial que cabe ao Judiciário e às Faculdades de Direito no país, também refletindo uma enorme crise que é a crise do ensino jurídico. Então, estamos no meio de um círculo vicioso.

Na Inglaterra, tal aproximação é quase que inevitável, já que todo juiz inicia a carreira como advogado, sendo alçado à Magistratura em razão de sua competência e eficiência na advocacia. E ninguém duvida dos bons propósitos da indicação, nem da competência do investido.

Automaticamente, o Juiz inglês não padece de inexperiência, nem do descrédito social, mesmo em razão da própria dinâmica do Direito Inglês, outro fenômeno desolador na Magistratura brasileira. Além disso, figuras como o Juiz de Circuito, o *Stipendiary Magistrate* e os próprios Magistrados Leigos, aproximam a experiência judicante da população.

Em um plano imediatamente superior, porém, não distante desta linha de pensamento, há o posicionamento histórico-social dos tribunais superiores brasileiros, essencialmente arraigado e sensível às orientações políticas dos Governos de plantão. Um sistema que já fora duramente criticado desde Rui Barbosa e, na seqüência, por João Mangabeira.

Para se esclarecer dessa análise, eis que um breve relato sobre o papel da Suprema Corte Norte-americana parece importar.

A construção do Direito nos Estados Unidos tem sido, ao longo de mais de dois séculos, baseada rigidamente nos preceitos constitucionais que abrangem a organização política do Estado e a relação entre este e o cidadão.

A Suprema Corte americana aparece em todos os momentos cruciais da história dos daquele país, como Estado independente, desde a peleja entre John Marshall (*Chief Justice US Supreme Court*) e Thomas Jefferson (Presidente da República), passando pela abolição da escravatura, a laicização gradativa da sociedade, a emblemática defesa dos direitos civis na conturbada década de sessenta e a defesa da liberdade de expressão, inclusive pelo recurso da Internet, mais recentemente. Em outras palavras, chamada a atuar em momentos históricos decisivos, a Suprema Corte sempre surpreendeu pelo posicionamento racional, de vanguarda, independente e libertário, além da defesa incondicional dos preceitos constitucionais, cuidando para não transpor os limites da atividade jurisdicional para a legiferante ou administrativa.

No Brasil, outrossim, o papel da cúpula judiciária, fragmentada em siglas inexpressivas, ainda é uma incógnita. Não opina nem inova, não se mostra indignada ou contrária diante da chafúrdia que se faz da Constituição Federal.[617] Não atua em favor da sociedade brasileira, mesmo considerando que o Brasil é campo fértil para tal atuação, sendo-nos suficiente citar o fato recente quando da votação de projeto da Reforma da Previdência, a qual previa limitações à aposentadoria de Magistrados e promotores, a Magistratura brasileira virou as costas para a população, deixando-a ao aos ventos, tendo-se partido para uma vergonhosa barganha política, frustrados, todavia merecidamente, os seus intentos.

A cúpula do Judiciário brasileiro, de onde promana o epicentro da crise institucional no país, parece pairar acima dos problemas sociais, quando lhe cabe a defesa da democracia, a qual deve ser resumida na filosofia platônica como igualdade de condições. Ora, a idéia de democracia contemporânea baseia-se na concepção de um Estado que expressa uma coletividade (Estado de Direito), limitado, porém, pelo respeito ao indivíduo. Dessa forma, não pode haver atividade mais importante e significativa em tal Estado, do que a de dizer Direito, que corresponde justamente à função do Poder Judiciário.

A recuperação desse posicionamento histórico, a exemplo do que ocorreu na Inglaterra, é perfeitamente viável através da utilização da jurisprudência, jurisprudência esgrimida por homens puros, testados pelo passado sem nódoas e imunes a toda contaminação contunjural e partidária que daria ao Judiciário brasileiro a independência necessária, já que o recurso a essa fonte do Direito não deixa de ser uma atividade legiferante, em um sentido bem específico. Sabemos que a jurisprudência é utilizada no nosso sistema como fonte secundária, mas não há lei nem princípio que condicione a que se observe um tal predicamento *ad eterem um*. Na Inglaterra a lei desempenha papel importante, mas a construção do Direito cabe aos juízes, mediante a jurisprudência.

Finalmente, uma reforma do Judiciário parece *conditio sine qua non* para a eficácia desse fundamental seguimento do poder político estatal. Não se deve olvidar, por isso mesmo, que a reformulação da organização judiciária inglesa foi feita através da atividade do Parlamento, quando já era visível que o antigo sistema não comportava às necessidades da sociedade industrial, com os *Judicature Acts*, utilizando – ao contrário do que antes exposto como solução para a

[617] Nota: Interessa observar, outrossim, que as mesmas cúpulas se agitam quando o sistema político, no Brasil, procura lançar suas presas em direção aos privilégios dos membros do Poder Judiciário, muito embora, no fundo, o embate seja pura retórica, pois, afinal, o Presidente da República nomea os Ministros e os Juízes dos Tribunais da União e os Governadores os Desembargadores dos Tribunais dos Estados.

redefinição do caráter de nosso sistema – a lei como instrumento de aperfeiçoamento do Poder Judiciário e que consbstancia o sustentáculo da democracia no Estado contemporâneo.[618]

5.3.1 Nepotismo à Distância

É difícil pensar, ante o que já foi descrito nesta pesquisa, que a Magistratura brasileira venha incorporar hábitos e procedimentos da Magistratura britânica. Mas é preciso lutar por isso, pois a dimensão solidarista das sociedades modernas o exige e não há quem, dentro ou fora de seu ambiente institucional, tenha o direito de sentir-se isento dessa responsabilidade histórica.

A Teoria Jurídica já atingiu um tal estágio de desenvolvimento que mostra, à clareza, de que as decisões dos Juízes valem pelo que elas encerram do seguinte binômio: fundamento jurídico/razoabilidade.

Se, independentemente dos contextos ideológicos, já é difícil observar uma rotina de fidelidade ao atendimento isento da Ordem Legal ("*Loyalty to Law*") estabelecida na periferia do mundo, e não apenas pelo fato dessa categoria estar circunscrita aos espaços filosóficos do pensamento elaborado, pelo que se garantiria o "mínimo de Justiça" de que tratam os positivistas de inspiração kelseniana, imagine-se quanto ao fundamento da razoabilidade.

Esse fundamento traduz uma permanente construção utópica em direção ao racional. E, como racional, é natural que uma atitude deve condicionar-se historicamente.

Os Magistrados ingleses, como é cediço, não têm salários, vencimentos ou estipêndios. Possuem uma linha de crédito que os permitem viver com dignidade à razão de seu passado econômico, construído em outras condições profissionais. Este é o parâmetro da prerrogativa remuneratória vigente em terras britânicas. Além disso, os registros orçamentários dessas despesas públicas correm em elementos diversos do Orçamento Nacional, mas são, rigorosamente, controlados tanto pelo Governo quanto pelas instâncias mais amplificadas da própria sociedade britânica as quais poderiam ser chamadas de "Controle Externo".

No Brasil, as crises que se sucedem no que se refere à Magistratura levam a marca da luta pela suficiência econômica de seus membros. Em nome dessa luta, porém, excessos têm sido observados, e não apenas nos dias atuais. É uma variável sociológica que a Magistratura nas sociedades periféricas, basicamente, se arregimente em seus quadros fortalecidos pelas necessidades da disputa

[618] (Gilisen, 1995: 207, 230).

financeira. De fato, uma recorrência. Quem já não refletiu dos porquês, neste país, praticamente, "Juiz só fala em vantagens"?

Isso faz gerar uma cultura corporativista muito arraigada, que praticamente cega, ante a possibilidade de uma conveniente visão panóptica com a qual se deveriam orientar não apenas os veredictos quanto, também e principalmente, os costumes sociais de toda essa gente notável pela investidura e pela formação. Aliás, é sempre importante observar que não é raro a Magistrados no Brasil se comportarem, dentro e fora do Poder Judiciário, de forma a revelarem desconhecimento sobre os próprios limites, mas agirem de acordo com a consciência oposta. Sobre isso, as palavras abalizadas do Professor Finlandês Aulis Aarnio, em um Seminário, no ano 2000, em Palma de Mallorca: "*Si los jueces no son conscientes de sus límites, perderemos el Estado de Derecho.*"[619]

Portanto, a discussão que se trava, com particular recorrência e um empenho quase vital, às vezes gerando o desabrochamento de ódios e ressentimentos até então reprimidos, na atual quadra histórica da cena institucional brasileira, sobre reformas constitucionais que implicam em redutores financeiros e previdenciários para a sua Magistratura ativa e inativa, não pode servir de álibi a que, de parte a parte, os atores políticos percam a noção de seus próprios limites bem como de suas legítimas possibilidades.

A propósito, não é mesmo possível que o Poder Judiciário se arregimente como se fosse um Sindicato, disputando, desigualmente, com os demais segmentos sociais. Como tampouco é admissível, eticamente, que o Poder Executivo negligencie sua inafastável responsabilidade de responder às indagações objetivas sobre a relevância e a prevalência de uma escala de prioridades escolhida, negando-se a auditar, até aqui, as contas previdenciárias para justificar a expansão das exigências contributivas e da massa fiscal.

Periclita o Estado Democrático de Direito, pois, quando o povo, embora seja pretexto para tudo nos dias atuais, na verdade, é o último repositório das atenções políticas, ante as movimentações dos atores de diversos segmentos sociais organizados, estando suficientemente preparados para as conquistas que a ninguém mais, no *socius*, jamais poderiam ser garantidas no jogo de forças tradicionalmente em disputa no sistema social burguês.

No contexto dos atuais debates, idos e vindos, acerca da questão previdenciária da Magistratura, em particular, ainda não se elevou uma única voz para propugnar por um feitio remuneratório de tipo inglês: Juízes que não têm

[619] (Aarnio, 2000: 23)

"vencimentos", segundo um modelo tradicional, mas são dignificados pela Coroa britânica por forma a não terem necessidades e são, por isso, considerados os mais respeitados do Ocidente, consoante esclarecido por Maximiniano: "A Grã-Bretanha possui a melhor magistratura do mundo. Remunera generosamente o trabalho dos membros dos tribunais superiores; confia a investidura, como uma honraria, a um advogado de nomeada, que mais nada espera do Governo, porque não há *promoções* na organização judiciária: depois do breve tirocínio, pode retirar-se o serventuário togado, com uma esplêndida pensão."[620]

Por isso e afinal, os Juízes ingleses não se ocupam com proselitismo político quando de sua vida funcional ativa.

Juízes que, em um certo sentido, reivindicam, perdem tempo precioso de julgar bem e melhor. Definitivamente, isso não é razoável.

Além do mais, sempre é possível fazer uma abstração, fundada no pensamento de Hans Kelsen e tirado de sua Teoria Pura do Direito[621]: imagine o leitor em uma comunidade de "foras-da-lei". Agora, responda: são "democráticas" as decisões que, em maioria, tenha esse grupo adotado em razão de qualquer objetivo traçado por ele? A resposta só pode ser negativa, não porque os comandos desse grupo não sejam, de regra, efetiváveis, em função da repressão estatal, mas, sobretudo, porque essas decisões não são razoáveis (aceitáveis) no sentido de deixarem de atender aos valores sociais fundantes.

Pois bem. O momento hodierno é o da precondição do debate em que tudo é possível fomentar. Enquanto os debates se processam à vista de algum tipo de transformação, tudo é histórico, tudo é relativo, tudo progride e o que se pode deduzir em termos de convicção pode se desfazer em um estalar de dedos. A perfeita compreensão do existir racional reclama, honestamente, esse entendimento. O mais é pura especulação própria dos jogos dos interessados, como acontece nas disputas reivindicatórias de tipo profissional, ainda quando lícitas. O que parece um dislate lógico é o gesto de acenar como ciência, como se fosse teoricamente justificável o que há de ideológico no debate e na própria atuação política das pessoas, dos grupos ou classes sociais ou, ainda, das corporações de ofício. Situação essa que se agrava, aliás, em face da proposta de adjudicação de algum argumento altruísta tardio e talvez envergonhado, como a extensão de "prerrogativas" para as futuras gerações que estão além da própria inatividade.

---

[620] (1981: 65). Nota complementar: Ante a mesma referência bibliográfica, constata-se que as honras vencimentais dos Magistrados ingleses, sob encargo da Coroa, diferem quase à metade entre as classes dos Juízes da ativa (que podem se aposentar após quinze anos de efetivo exercício juridicional) e os da inatividade.

[621] (Kelsen, 1976:74, 82).

Sucede que o argumento pode esconder um outro interesse particularista consistente na manutenção dos quadros institucionais nos quais possam florescer, sem maiores percalços, as "proles" das gerações atuais, o que se poderia chamar de "nepotismo à distância".

Como visto, ao fim, o que sobra na Justiça britânica, falta, lamentavelmente, na Justiça brasileira: vocação aprimorada para o ministério judicial.

5.4 A Teoria do Direito Comparado

Consoante definição clássica, o Direito Comparado, também descrito como Lagislação Comparada, "refere-se ao estudo que se faz do Direito, em quaisquer de suas manifestações, com o objetivo de *comparar* (cotejar, confrontar, aproximar) as instituições reguladas pelas legislações dos vários países entre si, para que se anotem as suas discrepâncias e se determinem as analogias encontradas, no sentido de aproximá-las ou reconciliá-las."[622] Ainda: "Estudo comparativo dos sistemas jurídicos para conhecimento das diferenças e concordâncias, com o objetivo de descobrir os princípios fundamentais das instituições jurídicas vigentes no mundo. É mais tido como um método que como ciência, servindo a um maior conhecimento das fontes de cada direito nacional e a fins de política legislativa."[623] Ademais, o Direito Comparado, não sendo ramo do Direito, como poderia, em um primeiro encontro com a expressão, é, todavia, método. Direito Comparado é, pois, uma espécie de método de exposição e de pesquisa, baseado no confronto entre fenômenos jurídicos que se passam entre coletividades diversas. Como afirma Cretella Júnior: "Direito comparado é método de investigação jurídica que confronta (a) institutos jurídicos, (b) ramos do direito, (c) direitos e (d), por fim, sistemas jurídicos. Eis o quádruplo objetivo do direito comparado."[624]

Como visto dos enunciados acima, a Teoria do Direito Comparado não pode ser tomada senão como um método de abordagem de diversos segmentos da Ciência Jurídica, focalizados geral (sistemas jurídicos) ou particularmente (institutos jurídicos positivos). Esta, no entanto, não constitui opinião doutrinária uniforme. Sobre isso, Dantas, após admitir outras variações, descreve a Teoria do Direito Comparado como uma autêntica ciência em face do que ressalta a sistematização oferecida por Carlos Ferreira de Almeida, quanto ao assunto pautado, e diz: "foi possível

[622] (Silva, 1987: 80).
[623] (Soilbelman, 1979: 122).
[624] (1990: 14).

verificar que o direito comparado: – dispõe de um objeto (a pluralidade de ordens jurídicas) diferente do objeto das demais disciplinas que estudam o direito e que – tem um método específico (o direito comparado é uma *ciência autônoma*, que se subdivide em dois ramos ou vertentes complementares – a *macrocomparação* e a *microcomparação*."[625] E não só isso: "Para nós, à medida que se compreendem os conceitos de método e ciência, bem como de que seja *autonomia científica*, não haverá, em sã consciência, como assumir posição diferente,sobretudo se levarmos em conta os modernos estudos da Epistemologia."[626]

Evidentemente, a linha esposada por esta tese não segue a lição do preclaro professor da Faculdade de Direito do Recife. E assim é dito porque não há, na espécie, uma autonomia em jogo quando o respectivo conjunto cognitivo se ressente da falta de um objeto uniforme. A saber, tendo a Teoria do Direito Comparado não apenas um, mas uma multiplicidade de objetos – os quais devem ser expostos comparativamente –, entende-se que não há ramo de ciência autônoma em sua referência. É que o ajuntamento de objetos científicos distintos, ainda quando explicitamente estejam submetidos, e por isso mesmo, ao único crivo da metodologia comparativista, portanto sem perderem a natureza de origem (ontogênese), dá enredo a um pensamento arbitrário que é antinômico do próprio pensamento científico, por natureza demonstrável.

Juntar ordens por vezes até mesmo inconciliáveis não assevera, de per si, o atributo da cientificidade, tanto menos, da autonomia com que deve ser portar uma ciência por merecer esse conceito, essa categoria toda singular. É o que resulta de uma "visão realista das coisas", no sentido de Ascensão: "A experiência ensina-nos, pelo contrário, que há uma riqueza de ordens jurídicas, que se cruzam a vários níveis, se relacionam ou se ignoram, mas não se excluem."[627]

Ocorre que as necessidades por comparação vêm sendo crescentemente sentidas no pensamento jurídico universal contemporâneo, haja vista acentuadas margens de aproximação entre culturas e povos, especialmente em face do desenvolvimento econômico integrado (globalização). A tendência pós-moderna, assim, especialmente ditada pelas comunicações de massa e pelo emprego sistemático da tecnologia da informação, é a redução dos espaços geopolíticos pelos quais as nações passam a sofrer interação muitíssimo intensa e até então impensável. Isso explica, inclusive, porque o Direito Comparado tem assento tardinheiro no plano do pensamento jurídico contemporâneo e

[625] (1997: 243).
[626] (*op.cit.*: 242)
[627] (1977: 135).

antes poderia ser traduzido, sem referência à metodologia aplicada, como História do Direito. Pois o universo de suas indagações possui um domínio temático comum: o Direito Posto como objeto do próprio saber jurídico. Caracterizá-lo, todavia, como conhecimento científico ou não-científico é um outro problema.

Sobre não reunir aspectos propriamente positivos, aqui se afiram a não-cientificidade da Teoria do Direito Comparado, a qual deve ser tomada como técnica de implementação, conhecimento, explicação e contraste de ordens jurídicas distintas, inteira ou parcialmente focadas, como convém às necessidades de aprimoramento e aproximação dos institutos de Direito e de culturas jurídicas distintas. É técnica e não ciência, portanto.

Nada obstante isso acentua a especial importância do Direito Comparado nos dias que correm, como campo fecundo às prospecções do saber, capazes de gerar novos saberes e aperfeiçoamentos instrumentais. Essa grande importância foi assinalada, com costumeira maestria, por Valladão: "fazer direito comparado é estar no apogeu do pensamento contemporâneo. O direito comparado é a grande forma da comunicação social, fazendo com que todos os povos, nações, Estados, regiões, religiões, raças se conheçam mútua e profundamente e se compreendam. E nessa comunicação dialoguem e se amem para a realização do ideal jurídico de nossos dias, de um direito da integração, comunitário, em que todos trabalhem e lutem conjuntamente para a felicidade e sobrevivência de todos e não a de apenas um grupo de privilegiados." Segue o mesmo autor: "O direito comparado realiza, assim a Justiça, e realizará a Justiça social, pelo democrático sistema dos vasos comunicantes, pois, diminuindo e afinal suprimindo as distâncias, estabelece a perfeita igualdade. Enfim, direito comparado é comunicação, diálogo, integração."[628]

Dessa forma e finalmente, muito embora não se despreze, em absoluto, a especial importância que adquire a Teoria do Direito Comparado nos dias atuais, em um mundo francamente globalizado e globalizante[629], não se pode ver a mesma, todavia, como portadora de uma dimensão científica autônoma, pois isso exigiria a existência de um objeto científico destacável, e próprio, no contexto das demais ciências. Para reforçar o entendimento, David: "Mesmo nos países do Ocidente, é evidente que o direito está longe de encerrar toda a realidade da vida social: nem todas as infrações penais são objecto de perseguições, nem todos os impostos são declarados em relaxe nem todas as decisões de Justiça são executadas; existem práticas administrativas, comerciais, profissionais e elementos de ordem religiosa,

[628] (1977: 493).
[629] Nota: Ver item 1.3.9.

política e social que influem no modo de agir dos indivíduos; aquele que considerasse única a teoria do direito estrito, teria uma visão falsa da maneira como são reguladas as relações sociais e do que representa na realidade do direito."[630]

Este o sentido e o intuito com que a presente Tese, a partir de agora, enfrentará o objeto da pesquisa de campo de seu autor na República da Finlândia, acerca de suas "Leis para Juízes" ("*Domarregler*") e de sua cultura jurídica reconhecidamente bem planificada assim como bem atendida.

5.5 Bases das "Leis para Juízes"

5.5.1 Abordagem sobre o Razoável na Questão Judicial

Dando prosseguimento às abordagens da pesquisa sob o enfoque da presente Tese, esforços nela contidos, como dito, objetivam alcançar melhores padrões institucionais em face das exigências de uma ética judiciária abalizada e consensual aos princípios do solidarismo universal e da democracia no concerto dos países em desenvolvimento, também chamados periféricos ou de "Terceiro Mundo"; do mesmo modo como realçar as condições pelas quais o princípio da razoabilidade e o trato justificativo nas tomadas de decisão (tendência dos verecitos) venham a ser contempladas efetivamente, ante o sentido de uma pesquisa de Direito Comparado que se propõe à luz de institutos jurídicos descritos como paradigmáticos, caso do sistema jurídico finlandês de onde se extraem, por exemplo, as seculares "Leis para Juízes", também objeto deste trabalho.

Prende-se este propósito, *ex-cathedra*, às necessidades não apenas pessoais como, sobretudo, profissionais que unem o autor desta Tese ao tema judicial, mormente em seus aspectos morfológicos e em face de sua transparência que induzem à permanente preocupação com o seu aperfeiçoamento institucional também no meio social periférico. Além disso, atenta-se para o seu papel social, político e jurídico, tendo em vista, em última análise, a obtenção de uma síntese universal que possa envidar ao corpo funcional da Administração da Justiça, independente de sua verticalidade e de sua hierarquia interna, um sentido claro de unidade quanto à sua apresentação institucional e de previsibilidade quanto ao seu funcionamento operacional, sua tarefa interpretativa, o exercício jurídico como um todo, nada obstante as diferentes influências de programação normativa oriundas das grandes famílias do

[630] (1972: 22).

Direito Positivo contemporâneo: Romano-germânica, *Common Law* e Socialista. Deste modo, o item assume teor de grande interesse temático, fundamental, dir-se-ia, diante dos propósitos argumentativos do presente trabalho, eis que, noutro sentido, acaba por demonstrar que há ligações muito próximas, dificilmente debatidas em profundidade interdisciplinar, essencial à perspectiva, entre esses papéis e o uso, por vezes indevido, dos poderes políticos do Estado (o princípio da autoridade como expressão oficial).

Sob tal perspectiva tem sido acentuado que o Direito Finlandês assim como sua Ordem Jurídica, conseguiram neutralizar, de certo modo, alguns dos mais desastrosos efeitos que o fenômeno das codificações trouxe para o processo interpretativo das normas jurídicas, então concentradas em uma atitude positivista particularmente agravada por nacionalismos que se postavam, como resultado de meras argumentações esquemáticas, puramente modelares, em contrário às origens e motivações das próprias condificações cujo escopo seria uma segurança jurídica difícil de ser constatada sob o tal modelo e ante o paradoxo da própria humanidade, raiz de todos os males que costumam afetar o processo interpretativo das normas jurídicas e as respectivas tomadas de decisão jurídica baseadas, pois, nas Regras de Direito como expressão de um positivismo jurídico chancelado pelo Estado; pelo que se deixava de considerar o Direito como normatividade do *socius* para, concentrando-se limitadamente às codificações, abandonar a essência supranacional do próprio Direito como categoria científica e também social. De acordo com esse entendimento, Pihlajamäki*: "The development of the judicial organization ran parallel to that of state administration in general: both rationalized and bureaucratized."*[631]

Por outro lado, a idéia de fazer prevalecer sobre regras menos gerais outras tantas, mais gerais, associadas à tarefa, sempre humana, de ditar o Direito aos casos concretos, parece plenamente justificada em países como a Finlândia que, nada obstante contar com independência relativamente recente (1917), trata-se de um país reconhecidamente evoluído sob o duplo ponto-de-vista político e social, conquanto não conheça conflitos severos na formulação das ações do Estado, inclusive jurisdicional, e no espectro de aceitação de seus efeitos no âmbito de sua sociedade. Esta contingência bem fazeja pode ser explicada em função das circunstâncias geopolíticas e históricas que participam aos países situados no norte europeu, escandinavos ou não, assim como a evolução, nesse meio, consistente na paulatina e relativa inaceitação do Direito Romano, considerado, outrossim, a razão escrita e mesma do

[631] (1997: 237).

mundo ocidental cristão. Esse modelo, considerado prefabricado, os finlandeses deixaram de incorporar cegamente aos respectivos sistemas jurídicos a partir de 1734, época em que a Finlândia ainda consistia em uma espécie de protetorado sueco. Em ambos espaços sociais, cujos laços histórico-culturais são ainda hoje bem presentes[632], observou-se um movimento resoluto no sentido do estabelecimento de certas nuances que naturalmente conflitavam com as antigas influências romano-germânicas no âmbito jurídico para afiançar justamente bem como paradoxalmente, a humanização ou solidarismo do Direito e a permanente necessidade de controle sobre seus instrumentos e instituições. Essa tomada de posição institucional e de construção jurídico-política entre os nórdicos tem sido chamada de "Antidogmatismo Romanístico".[633] Razões históricas sinalizam para uma cultura jurídica finlandesa como traduzida e sintetizada no fenômeno da estrita lealdade ao Direito ("Loyalty to Law"). Assim ocorre por causa de se haver construído uma má reputação da dogmática jurídica clássica de tradição romano-germânica. Esse contraponto cultural alavancou o sistema jurídico finlandês, sobretudo, para o âmago de um regime de inteira aplicabilidade de seus próprios termos. Em uma palavra do Governador Wibelius, convenientemente herdada pelos advogados finlandeses: *"May the law born before me remain unchanged after I am gone."*[634]

A partir do ano de 1734, como dito anteriormente, surgem no contexto de transformações culturais relativas ao ambiente jurídico as denominadas "Leis para Juízes" ("*Domaregler*" do original em sueco[635]), para tando sendo ditada uma regulação toda própria, meta-legal, para que bem

---

[632] Nota: As línguas finlandesa e sueca constituem vernáculo oficial na Finlândia, país bilíngüe, de acordo com a Seção 14, do Ato Constitucional da República.

[633] Nota: Fortes tendências e claras idéias sobre o estabelecimento de um Estado Finlandês data desde os idos de 1860s. Contudo, uma identidade nacional apenas começou a se formar na segunda metade do século XIX. Sob os domínios da Suécia, a Finlândia sempre foi considerada uma província. Após sua separação, a Finlândia acabou anexada pelo Império Russo na condição de um Grão-Ducado dotado de relativa autonomia e governado por suas próprias agências administrativas (o Senado, a Dieta e o Governador Geral na condição de representante do Czar a quem competia o exercício da soberania estatal. De acordo com Pihlajamäki: *"Like the laws, the Finnish court system was also inherited from the Swedish era."(1997:10).* De fato, também Aarnio explica que: *"After being about 700 years a part of the Swedish kingdom, Finland was since 1809 an autonomous Grand Duchy of Russia. Strangely enough, the old Swedish Constitution was valid in autonomous Finland also during the Russian period until the time of Finland's independence in 1917. This rings to the liberalist views of the Tsar Alexander I. Later on, especially towards the end of 19th century all kinds of oppressive measures of the tsarism began to increase. These measures concerned the status of Russian as the official language, the education, the position of the Finnish Senate etc. In this historical battle agaisnt the Russian tsarism, a especial kind of legalism saw the daylight."(1997: 12).*

[634] (*apud,* Aarnio, 1997: 12).

[635] Nota: Ver Capítulo VIII (Anexo).

se desincumbissem os Magistrados de suas altas funções públicas de juízo ante a apreciação dos fatos que lhes fossem expostos à solução. Seu objetivo primordial é o de garantir o acerto e a justiça das decisões jurídicas para o que exigem a sedimentação, própria e principiológica, dos julgamentos pela leitura qualificada dos textos legais, doutrinais ou, ainda, em atendimento aos costumes jurídicos, para, enfim, realizar a jurisprudência e garantir o melhor padrão de conduta funcional em face das expectativas sociais depositárias da confiança nas instituições de Estado. Contudo, não é sempre fácil reconhecer qual método de interpretação jurídica há de ser eleito como o mais adequado à situação posta para exame. Métodos como o gramatical, o histórico, o sistemático, o teleológico etc. necessitam ser bem avaliados antes de serem aplicados. As "Leis para Juízes" procuram responder a essas apreensões do espírito. Escolher um método, todavia, envolve a escolha de argumentos, de uma linha de argumentação.[636] Em geral, a interpretação pode ser definida como uma atitude lógica cujo propósito consiste em restringir as incertezas, as incompletudes do pensamento vago, ambíguo ou contraditório; no caso, as incertezas dos textos lelgais. Pode igualmente ser definida como algo capaz de conferir especificação ou confirmação a algum conteúdo ou mesmo significado a algum dado tomado em confronto com um grupo de possibililidades lógicas. A interpretação só perde o seu viés verificatório na medida exata em que se demonstre como um exercício arbitrário. Mas há diferentes tipos de argumento, daí que a argumentação do operador jurídico pode resultar de fato complexa mesmo sob a atmosfera social do *Welfare State*. Também deve ser compreendido que é real a possibilidade de uma tomada de decisão baseada apenas na volução do operador jurídico, não em qualquer método interpretativo conhecido. Um tal tipo de abordagem jurídica, sobre refletir o voluntarismo do operador e sua própria falibilidade humana, embora real, não guarda em si a natureza própria e reta do ato de interpretar que deve descrever um empenho de compreensão histórica e não puramente lógica ou auto-suficiente.

Ademais, assim o cerne como o objetivo do presente trabalho procuram estabelecer, precisamente, as evidências e as relações que sobrepairam a proficiência de um tal sistema sócio-jurídico-político sob o qual os Juízes finlandeses têm se pautado ao longo da história. Isto inclui a permanente discussão sobre a relevância da Teoria Geral do Direito levada a efeito por acadêmicos ante a teoria e a prática da razoabilidade jurídica que reúne em seu escopo o objetivo de satisfazer as necessidades dos Juízes em suas demandas por orientação interpretativa,

[636] Nota: Ver item 2.2.

tanto quanto a discussão dos problemas relativos à objetividade de seus padrões no ativismo judicial e no seu controle.

Voltando às "Leis para Juízes" a cuja referência que a Lei Brasileira de Introdução ao Código Civil[637], por exemplo, constitui um acanhado arremedo, pode-se afirmar de sua consolidação estruturadora, baseando-se o argumento no plexo de valores sociais locais que as corporificam, pois que há séculos prevalecentes e consideradas necessárias ao estabelecimento de uma correta disciplina jurídica das relações sociais e, antes, de uma coerente orientação dos Juízes que se volta à mesmíssima direção dos valores que as contemplam e as materializam. O Direito como corpo normativo apropriado para garantir o estabelecimento da paz social, conforme o Ato Constitucional da República da Finlândia, Seção 2. Um direcionamento que tangencia todo voluntarismo e os interesses particularistas, pessoais ou corporativos e até de eventuais razões ideológicas não contempladas pela Ordem Jurídica, portanto subsistematicamente insinuadas ao sistema legal positivo sob encargo do aparelho do Estado. Todavia e ademais, um tal perfil não pode ser confundido com as experiências tiradas ao modelo socialista da Ordem Jurídica, fórmula igualmente ortodoxa e ferrenhamente dogmática de compreensão do fenômeno jurídico, tão ou mais alienada quando o positivismo jurídico clássico.

Já a temática interpretativa em uma sociedade periférica, como a brasileira, outrossim, revela-se em sua maior problemática, não como dificuldade intrínseca da atitude hermenêutica ante a busca de suas fontes justificativas e de seus recursos metodológicos e instrumentais, mas como aquelas leis que jamais encontram eficácia por falta de quem as aplique na exata extensão de seus comandos e das obrigações que estabelecem, segundo o entendimento comum e não o variável. Um espectro nebuloso que desconstrói o Direito como padrão de esperada racionalidade ante o convívio social que mais não deveria existir entre os povos situados abaixo da linha do Equador. Como eliminar o potencial arbitrário das decisões judiciais é tarefa que passa pelo conhecimento de outros sistemas jurídicos sem perder de vista, tal o que fizeram os nórdicos, a referência prestigiosa acerca da autenticidade, da originalidade e da objetividade de seus próprios valores dos quais jamais se demitiram por empenho de libertação e jamais de opressão.

Por dedução, uma falsa impressão de liberdade suprema resultada aos Juízes poderia invadir as considerações do pensamento. De modo não lógico, porém, pois, a conjugação dessas máximas com a instituição consolidada dos regimes

[637] Nota: De conformidade com o Decreto-Lei nº 4.657, de 04.09.42.

democráticos tanto formal quanto materialmente naqueles espaços mais evoluídos da civilização, não deixa margem para a degenerescência que tem um nítido fundamento moral. Donde a limitação do processo estatuinte da eqüidade terá sido objeto de consideração por parte dos próprios Juízes, os quais, assim, não se fecham em "castas" dotadas de grande hermetismo e pouquíssima porosidade social acomodados em estruturas palacianas em cujas quatro paredes, afinal, tudo se arranja.

Tanto o pensamento jurídico como a prática jurídica filandesas podem sempre pontificar, no caso das "Leis para Juízes", o alto grau de excelência com que são administradas naquela comunidade nacional continuamente, haja vista alguns muito radicados aforismas jurídicos ali contemplados, tais como: "A lei considerada nociva deixa de ser lei"; "O bom Juiz sabe sempre decidir em razão das circunstâncias"; "Considerar-se-á como lei o que se prove ser mais conforme ao bem do homem, mesmo quando a letra de uma lei escrita pareça dispor de modo diferente"; Há, ainda, diversas outras justificações também contempladas nas "Leis para Juízes", tais como: "*Summus jus, summa injuria*"; e ainda: "Somente aquele que conhece o conteúdo da lei ou a razão e o sentido da mesma pode se tornar Juiz".[638] É compreensível e intencional que tais Leis não servem apenas como figuração retórica e histórica do próprio sisteja jurídico em exame. Seu sentido consiste em maior profundidade teórico-epistemológica capaz de servir de fundamento qualificado, eis que racional, do processo de realização do Direito Positivo, mediante a tomada de decisões, notadamente através da atividade jurisdicional (atividade oficial). Essas Leis devem podem considerados, outrossim, como uma síntese de intenções axiológicas da sociedade finlandesa por modo a garantir a conciliação entre distintas perspectivas formal e racional com as quais se afirma o viés de toda sentença judicial (embasamento jurídico). Noutros termos, as "Leis para Juízes" consistem no aparato de justificação para a abordagem eficiente sobre o racional na questão judicial (racionalidade jurídica).

O dogma da soberania popular, expresso pela vontade da maioria autêntica assim como representada por seus legítimos interlocutores, além de que muito bem e livremente informada, traça, neste lineamento, as balizas suficientes a que se afirme e prospere um tal Direito Positivo baseado, portanto, na dinâmica de sua aplicação, em fundamentos meta-legais intimamente associados aos valores da própria sociedade, por isso que historicamente reconhecidos e assimilados. Além disso, um Direito Positivo cujo espectro de defecções, sob risco de severas penalidades, se demonstra em taxas superlativamente baixas,

[638] (David, 1972: 132).

desprezíveis. Dissimulação e trapaça são conceitos abomináveis nesse engenho judicioso, tanto na forma quanto no seu conteúdo prático.

A interpretação das fontes legais do Direito, conforme se costuma operar nos países nórdicos, obedece, é verdade, a princípios idênticos aos dos países do continente europeu dos quais os sistemas jurídicos latino-americanos, notdamente o brasileiro, herdaram sem a mesma preocupação com que se conduziram os povos do norte europeu, marcadamente na Finlândia. Alí esses princípios foram incorporados de modo relativo, obedecendo-se às singularidades da formação de sua gente bem como se sua base cultural específica. A imperfeição histórica decorrente da pura e simples incorporação de paradigmas oriundos de outras realidades, conforme costuma ocorrer nas sociedades periféricas, consiste no fato de que suas técnicas e princípios, editados sob a influência de fatores sociais diversos, nem sempre se amoldam aos elementos de construção e virtude das sociedades que os importam. Esse fenômeno é o que melhor explica, na tradição brasileira, por exemplo, as obsolescências, os anacronismos e as imprevisões de seu sistema judicial, situação que, de regra, simplesmente não se observa na dinâmica operacional do sistema judicial finlandês. A adequação de propósitos lógico-axiológicos e teórico-práticos na questão judicial afirma-se, portanto, como a essência de correção na atuação desse sistema, conforme as dificuldades hermenêuticas ficariam adstritas ao firme e honesto empenho na direção da efetivação do justo sob o respaldo sobranceiro da confiança social, a dizer: o crédido pessoal e coletivo que se deve tributar aos Juízes, como instituição, em seus ministérios para o florescimento e a perpetuação da paz. Nas sociedades periféricas, caso brasileiro, uma tal confiança somente pode ser medida, justamente por causa da inadequação ontológica do sistema, em função de estratégias subjetivas que ligam os destinatários da Ordem Jurídica aos diversos operadores, enquanto individualmente considerados. Uma reputação construída até mesmo em confronto às vicissitudes do sistema aperfeiçoa um plexo de expectativas bem positivas em relação ao operador que haverá de decidir. Já o sistema judicial em si não merece o mesmo propósito e, antes, assimila uma carga muito forte de desconfiança social. A lógica é inversa, porém, quando se considera o sistema judicial finlandês e esta é que deveria ser a lógica universal para os sistemas de Justiça. De fato, é trágico fazer repousar a confiança social em critérios unicamente subjetivos e pessoais naqueles que encarnam funções oficiais de decisão, ao mesmo tempo em que degradar, na decorrência desse sentimento coletivo, a própria estrutura do sistema judicial, conforme estalebelido em modelo previamente normatizado e que, nada

obstante, mediante questionamentos recorrentes e desautorizadores, apontam, nunca raramente, para a oportunidade da hierarquia judiciária, ameaçando, constantemente, a permanência da própria Ordem Constitucional.

Pretende-se, na presente Tese, revelar o quanto baste o que é necessário para impedir, objetivamente, o florescimento das imperfeições morfológicas atinentes ao ser humano e à sua natureza no espaço judicial e no das instituições públicas em geral. E procurar explicar modos e instrumentos pelos quais se torne impossível ou pelo menos muito difícil que o sistema judicial se apresente como campo fecundo aos dislates de toda ordem do indivíduo e às incompreensões que resultam da hipertrofia de seus papéis sociais, ora motivando-se e movendo-se por ignorância ora por inteira má fé. Intenta-se, ademais, descobrir como evitar a expansão das vaidades quase sempre inscritas em um ambiente de falso hermetismo corporativista que as sociedades mais evoluídas abominam e defenestram como uma atitude de rotina que o aborta desde o seu nascedouro situado nos espaços anímicos dos ímpios. Pois é de costume pensar, igualmente, que entre quatro paredes, afinal, tudo se arranja.

Embora não exclusivamente, o universo social do assim chamado "Terceiro Mundo" vivencia gritantes paradoxos morais entre questionar os seus próprios males e não erradicá-los de vez e pela raiz. Entre expelir a duras penas um presidente tido como infame e manter os mesmos influxos que determinam a sua ascensão como se observou na história recente da República brasileira. Novamente, a política governativa do Brasil, em que pese o seu regime formalmente democrático, insiste em não ser tão diferente quanto jamais o fora no passado.

Trata-se de intenção confessada deste estudo a investigação teórico-prática em um flanco comparativo, conforme sirva o esforço para esclarecer dúvidas e guiar, supostamente, sob trilha segura, os povos que habitam a porção menos desenvolvida e menos esclarecida do planeta. Buscar conclusões e referências que, diante do esforço comparativista, possam acalentar as expectativas sociais por avanço e desenvolvimento tanto tecnológico e social quanto ético-moral ao encontro do princípio da autodeterminação. Portanto, sem abdicar dos valores próprios. Certamente, o campo dessa abordagem é fragmentário, por vezes vago, por vezes nem tanto, mas sempre sinalizará para a utopia de que, com o desenvolvimento experimentado por outros povos, possamos também na periferia privar das excelência da plena cidadania social e política. A Tese, contudo, não pode prosperar e aprofundar-se ao seu merecido esquadrinhamento especificante senão após sérias pesquisas, inclusive de

campo, que foram feitas sobre as "Leis para Juízes", as quais consistem em uma das diversas hipóteses do presente estudo, bem como as implicações desse acervo normativo meta-legal ao papel da Administração da Justiça na Finlândia, aplicando-se esses resultados aos padrões comparativistas na tentativa de relacionar os achados nórdicos com as estruturas dos sistemas judiciais latino-americanos, especialmente no caso brasileiro, pois aí o pesquisador encontra sua participação profissional estimuladora da própria atitude de pesquisa.

A escolha desse enfrentamento teórico prende-se, ademais, à excelência dos resultados práticos e institucionais, especialmente no plano jurídico, com que a Finlândia se afirma como país e como povo, nada obstante seus muitos obstáculos quanto à própria autodeterminação, submetida que fora, por séculos, a regimes de tutela. O fato é que sua experiência histórica denota possibilidades de elevação que o lugar comum não permite ser possível em situações diversas, embora sejam sempre necessárias alternativas de transformação. Neste concerto, é estimulante pensar na possibilidade de incorporação de paradigmas e instrumentos que possam garantir um tal processo de transformação social também noutros espaços e desde que observadas certas circunstâncias como aquela que evidencia a preservação dos valores próprios. Alinhava-se a perspectiva segundo a qual todo esse significado pode medrar o trabalho de filosofia moral e política que se deve dirigir à formação e ao papel dos Juízes seja tanto lá quanto aqui, em face do que de essencial resultar concluído. Situada, outrossim, em uma topografia privilegiada, entre o continente europeu, a Euro-ásia e a Grã-bretanha, a Finlândia conhece, e bem, todas as influências possíveis oriundas das diversas famílias do Direito Ocidental. Além do espectro comparativista que propiciará uma reflexão melhor abalizada acerca das ineficiências de certos sistemas jurídicos ainda em formação, a tarefa pressupõe também a reunião de subsídios que possam justamente levar ao avanço das técnicas judiciais que se vão incorporando aos sistemas jurídicos como resultado da própria evolução histórica, segundo variáveis melhor assimiladas do quanto se houve no passado.

Por outro lado, lamentavelmente, as "Leis para Juízes" não foram até recentemente traduzidas para alguma língua instrumental com que pudessem vir a ser conhecidas em escala planetária. Permaneceram, portanto, desde o seu advento em 1734 até o ano 2000, redigidas apenas em línguas locais (finlandês e sueco), sem embargo de uma ou outra rara tradução em língua alemã, também pouco acessível. Este autor sente-se no justo orgulho de haver encorajado, mediante o objeto de pesquisa que fora apresentado à Universidade de Helsinki, a que um seleto grupo de

estudantes da pós-graduação, orientados por professores da tradicional Faculdade de Direito daquela mesma Universidade,[639] a proceder, afinal, com a merecida tradução para a língua inglesa. Por força de tal significação, esta parte da Tese foi originalmente escrita de inglês, também para auxiliar na manutenção do estado de pesquisa que deverá, no futuro, incorporar ainda mais aprofundados estudos, por especificação de seus termos e objetivos temáticos sobre o objeto já palmilhado em duas outras anteriores oportunidades (estudos de Mestrado e de Doutorado), e de novo na Universidade de Helsinki, Finlândia.

A Finlândia é um país que diz perfeitamente com esses objetivos teórico-comparativistas, nada obstante a dupla distância polítio-geográfica em relação ao ambiente de onde emerge o pesquisador e as próprias preocupações com a pesquisa. Já se disse que a explicação para isso reside no fato da experiência histórica e legal daquela sociedade, tida como paradigmática ante a necessidade pelo atingimento de melhores padrões de convivência institucional em meio próprio judiciário.

Desse modo, é bem provável que todo o circuito de exemplaridades hauridas de seu sistema jurídico preste-se a corroborar, realmente, a um só tempo, as linhas teórico-práticas da pesquisa em exame, cujo propósito, em essência, traduz o esforço comparativista, de um lado, e a reunião de subsídios para a alavancagem dos sistemas jurídicos locais como dito.

Dois são os documentos fundamentais que haverão de situar, basicamente, a pesquisa jurídica em foco: as "Leis para Juízes" como sendo uma linha de orientação positiva pela qual os Juízes na Finlândia devem seguir estritamente, e a Dissertação de Mestrado deste autor: "Justiça Acidental – Nos Bastidores do Poder Judiciário", já mencionada alhures, como material a ser expandido e aprofundado para fins de uma permanente reconstrução que seja capaz de revelar, em um crescendo e indisfarçavelmente, os formatos atuais da Administração da Justiça em países como o Brasil em que obsolescência e provincianismo contiuam ativados a despeito do estágio atual da ciência jurídica e mesmo em razão da idéia, aliás, bem espraiada em termos econômicos, da globalização.

Espera-se sinceramente que esses objetivos e as tarefas deles decorrentes venham a ser alcançados com

[639] Nota: Jarkko Tontti, finlandês, e Linda Augustine, norte-americana, são ex-colegas do autor nos estudos de pós-graduação da Faculdade de Direito da Universidade de Helsinki: Programa de Licenciatura em Direito. Seus esforços conjuntos pela tradução das "Leis para Juízes" para o mundo fora orientados e auxiliados pelos seguintes professores finlandeses: Raimo Siltala, Heikki Pihlajamäki, Topi Makkonen, Jukka Kemppinen e Aulis Aarnio. (*apud*, Petri, 2000: 118)

sucesso, por efeito de descoberta das técnicas que escamoteiam o intérprete de sua altíssima responsabilidade jurídica, política e social de dizer apenas aquilo que deveria dizê-lo em razão do conteúdo das normas as quais está vinculado e que deveriam reger, eficazmente, a sua conduta funcional. Nada obstante, uma forte argumentação, prenhe de elegância e estilo, alternada, além do mais, de primorosos raciocínios logicistas e quase sempre sofísticos, por isso que por vezes malabarísticos, acabam propiciando o advento do anti-Direito, ao dizer o intérprete mais do que a lei o autorizava ou menos do que lei o recomendava; e mais: como a discricionariedade deve corresponder a um exercício de limitações, afastada, pois, toda arbitrariedade, sucede que um tal exercício deve evitar ao intérprete sob o encargo da tomada de decisão que lhe fora demandada a conferir à lei aquele sentido extensivo ou restritivo em contradição à sua teleologia. Além disso, a literalidade da lei não complementa, por si mesma, os requisitos que tornam clara a norma em suas razões de disciplina, por isso a dicção legisferante há de consistir em corpo o tanto mais inteligível quanto possível, evitando-se com isso, o quanto mais, a possibilidade de abuso no exercício da discricionariedade. No mesmo sentido: "*Insofar as legal interpretation is concerned, a judge must always bear in mind that he is a servant of the law and not its master. Therefore, he must act in his office carefully, prudently, and understandingly so as not to give of himself the image that is assuming the lawgiver's faculties.*"[640]

Com efeito, a Finlândia não conheceu problemas essenciais na questão hermenêutica, sob os domínios de sua cultura jurídica e de sua história singular. Aliás, o primeiro jurisconsulto finlandês a ter discutido a interpretação estatutária (legal) foi Robert Montgomety no seu "Manual de Direito Privado Finlandês I-II", publicado inicialmente em 1889.[641] Realmente, os finlandeses são muito construtivos e legalistas do que todo o resto do mundo ocidental.[642] Essa máxima não deve ser tomada como uma expressão telúrica do professor Aulis Aarnio, senão como uma viva experiência facildmente comprovável, mediante uma simples visita àquela nação. O autor desta Tese testemunhou esse efeito histórico. Assim, o equilíbrio entre Direito e eqüidade, Direito e Justiça, repousa em maior parte sobre as razões que levaram essa sociedade e à sua Ordem Jurídica ao contexto de um bem resolvido *Welfare State*. Para Aarnio as expectativas de certeza jurídica em termos modernos consiste em duas variáveis relativamente bem definidas: "*1)*

[640] (*apud*, Pihlajamäki, 1997: 244).
[641] (Pihlajamäki, *op.cit*: 244).
[642] (Aarnio, 1997: 13).

The requirement of avoiding arbitrariness, that is, the requirement of eliminating randomness from the legal decision-making activity. I have called this the forma aspect of legal certainty. In this regard, the notion of 'formal rule of law' could also be used. 2) The expectation of legal certainty is, however, not exhausted by predictability and the principle of rational discretion. Even Olaus Petri required more of it. The solutions, i.e., the final result, must also be substantially right. Here, the term 'substantive rule of law' could also be used."[643] Isto significa que as exigências em razão das quais oferta-se garantia à certeza sobre a Ordem Jurídica e as suas respectivas expressões funcionais, duas decisões, provém de dois aspectos clássicos: evitar todo tipo de arbitrariedade como uma obrigação conceitual e principiológica, ante as demandas sobre razoabilidade jurídica e promover substancialmente a igualdade de tratamento (eqüidade) e a Justiça como resultado final para as diversas tomadas de decisão, sempre de conformidade com o que é certo na sociedade, ante as demandas sobre compatibilidade entre referência legal e eficácia jurídica e a idéia de Justiça substantiva, também conforme socialmente esperado.

É também importante ser dito que os presentes esforços de compreensão conduzem à confiabilidade para com a idéia de prática justa da razoabilidade, assim como àquela concernente às fundações éticas do *socius*. Porém: *"None of this is to deny that a virtual person is habitually motivated by moral judgements. The point is that apart from some kind of internalization of moral standards, the mere intellectual acceptance of even a sel-addressed moral judgement is not intrinsecally motivating. There is no such direct path from intellect to will. But in normal lives there are also no bars to the many normal paths, by way of moral education, from teaching and role modeling of moral standards to their intenalization in the character of receiptive individuals - above all, children growing up in moral environments."*[644] Então, as "Leis para Juízes" poderiam ser classificadas de acordo com a sua "pedagogia essencial", justamente porque possuem a capacidade de complementarem, sob certas circunstâncias históricas, uma poderosa característica da sociedade finlandesa.[645]

Assim se caracterizando, um tal sistema jurídico revelar-se-á necessariamente eficaz e genuíno em face de seu próprio Direito Positivo, fenômeno que concerne, intimamente, à dimensão expandida da confiança social dos destinatários dessa Ordem nas próprias instituições

---

[643] (1997: 191).
[644] (Audi,1997: 293, 294).
[645] Note: A "pedagogia essencial" das "Leis para Juízes" deve ser igualmente entendida segundo um significado de idéia concordante para o que *"simply by reasoning we can know facts."* (Morton, 1997: 62)

públicas, ante a certeza da segurança jurídica de suas formulações (previsibilidade).

O autor acredita, sinceramente, que estes estudos podem propiciar um melhor aprofundamento na compreensão da realidade dos sistemas jurídicos das sociedades periféricas, pelo que se idealiza oferecer uma contribuição abalizada ao progresso de suas instituições, notadamente no Brasil, ante o que ensinam e preconizam as "Leis para Juízes".[646]

A despeito de uma certa confusão, por parte deste pesquisador, na leitura inicial e por certo precipitada de um quadro encarado como uma autêntica charada cultural, um quebra-cabeças aparentemente infecundo, pode-se formular, afinal, um juízo extremamente positivo que alcança a comunhão social finlandesa, por ser bem verdadeiro que essa sociedade atingiu níveis de excelência em sua cidadania e, por meio dela, na construção de instituições eficientes e, sobretudo, confiáveis. É juízo seguro o de que o aprofundamento das pesquisas neste trato exige anos de integração do pesquisador estrangeiro (comparativista) com aquela sociedade. Uma comunhão que este autor está diposto a prosseguir em uma outra fase de seus estudos avançados sobre as "Leis para Juízes". Esta comunhão diz com o senso científico para melhor realizar o conhecimento e a explicação do gênero normativo em exame como efeito de evelação de todo um povo e de suas instituições, especialmente aquelas que dizem respeito à atividade judicial na vida moderna. Com isso poder-se-ão avaliar, em definitivo, os níveis de politização e de executoriedade das disposições legais regentes de uma tal sociedade em que são confirmadas, plenamente, as relações de confiança recíproca entre Estado e cidadãos.

Do ponto-de-vista prático, contudo, pode, ainda, esclarecer acerca de um certo tipo de receio do poder de parte da comunidade, mas não sem argumentos contrários, circunstância que pode também explicar, sociologicamente, o respeito que em geral se tem como conferido às leis em contraponto aos iniciais achados da pesquisa em curso. A dizer: a ética do povo finlandês, vista em comparação com parâmetros inadequados de institucionalização das sociedades periféricas. Talvez o longo período a que se submetera o povo finlandês ao jugo político seja da Suécia seja da Rússia Czarista tenha-lhe conferido um perfil taciturno e granjeando-lhe, além disso, alguma espécie de receio contra os seus "fantasmas" históricos. O receio de tornar-se novamente vassalo pode ter desencadeado a compreensão coletiva, quiçá inconsciente, de que terá sido sempre melhor elevar as próprias taxas de solidarismo e

[646] Programa concedido por decisão do Deão da Faculdade de Direito da Universidade de Helsinki (DP 42.0.97).

eficiência institucional e quebrar egoísmos como forma de manter a própria autodeterminação. Sem perceber, quem sabe, o povo finlandês acabou construindo uma boa razão para o desenvolvimento lúcido do resto do mundo. Em que pese ser dito por alguns que os finlandeses possuem uma dupla personalidade, uma para o verão outra para o inverno, não é a alusão senão um mito, visto por outros até como aleivosia. No entanto, a assertiva também possui a pretensão de explicar algumas estranhas alianças do passado, como quando os nazistas transpuseram o campo neutro da Finlândia até atingirem o território soviético durante a última Guerra Mundial, e nada obstante a bravura com que são universalmente conhecidos os contingentes armados finlandeses, sob a inspiração do General Manneheim. Convém lembrar que a Revolução Bolchevique de 1917 ao resolver confiar aos finlandeses, em sua nacionalidade, a própria autodeterminação, deixando a Finlândia, desde então, de ser um Grão-ducado, tomou para si parte do território do país, ao norte (Círculo Polar Ártico) e ao sul (Região da Carélia), mutilando-o drasticamente em compensação de supostas perdas patrimoniais. Os finlandeses jamais perdoaram os soviéticos por tal procedimento, ainda hoje objeto de disputas internacionais.

Obviamente, essas impressões são teorias baseadas em dados empíricos que, embora apoucados, são todavia suficientes para demonstrarem, de algum modo, como falsas, as iniciais premissas tomadas como hipóteses do corrente trabalho científico, mais tarde elucubradas mediante a tradução para o inglês das "Leis para Juízes" (de autoria de Olaus Petri), pelo que as diferenças começaram a fazer todo o sentido. A tradução, afinal, tem sido realizada a bem da ciência e da humanidade.[647]

O trabalho de tradução do finlandês para o inglês, língua instrumental, das "Leis para Juízes" é devido, principalmente, a Jarkko Tontti, jurista finlandês, conforme amplamente citado anteriormente.[648]

[647] Note: Com efeito, as "Leis para Juízes", aquelas que o pesquisador enfrentou como objeto de leitura, compreensão, interpretação e explicação, procurando pelos fundamentos cultural-normativos da espécie e pelas suas conexões, notadamente aqueles entre elas e a arte de julgar de acordo com o que preconiza o sistema judicial finlandês e, assim, para ser capaz de propiciar argumentos de comparação legal para tentar algum tipo de alternativa com que os sistemas judiciais periféricos, como é o caso do Brasil, possam encontrar desenvolvimento e eficácia. Essas Leis jamais tinham sido traduzidas para o inglês anteriormente e eram, por isso, desconhecidas do mundo. O inglês foi a língua de instrução nas pesquisas feitas em território finlandês, junto à Universidade de Helsinki.

[648] Nota: Ver item 5.5.1. e respectivas notas.

5.5.2 Sobre as "Leis para Juízes"

A excelência das denominadas "Leis para Juízes", como uma profunda abordagem da Judicatura em alguns países do norte europeu, pode ser simplesmente concebida a partir de sua simples transcrição. Tal abordagem, de cunho normativo geral, alcança plenamente seus objetivos tanto funcionais quanto históricos em sociedades como a finlandesa. Esses objetivos lidam com a idéia de certeza jurídica na arte de dizer o Direito Positivo aos casos concretos e sinalizam em direção ao princípio da razoabilidade (razoabilidade jurídica). Por outro lado e ainda, diversas das "Leis para Juízes" são concernentes à matéria dos direitos civis, precisamente aqueles que aperfeiçoam o espectro jurídico que está, hoje em dia, intimamente associado aos fundamentos do Estado Moderno bem como de seus sistemas jurídico-políticos. Tal espectro pode mesmo ser tomado como a própria substância dessa formulação política, capaz de estruturar, em profundidade, as bases para a modelagem de um certo tipo de cultura que se conserva ativada até o presente em sociedades como a da Finlândia. Um *status* que pontifica, no caso, as "Leis para Juízes" no sentido de corresponderem a um corpo normativo de altíssima envergadura histórica assim como gnoseológica sobre o pensamento jurídico da comunidade finlandesa.

Contudo, registros iniciais a partir do texto básico das "Leis para Juízes" consistente na última tradução dos originais finlandês e sueco para a sua versão em língua inglesa têm sido, já agora e finalmente, redigidos por Jarkko Tontti, jurista finlandês ligado à Universidade de Helsinki, no ano 2000. Esse documento está transcrito no corpo desta Tese por modo por força a justificar a precisão topográfica e os objetivos, ainda marcantes e atuais, de uma tal legislação especialíssima ainda em vigor desde há séculos.[649] Após uma apresentação atual, as "Leis para Juízes" seguem consoante foram traduzidas para o inglês.[650]

Por outro lado, um propósito formal sobre essa transcrição no âmbito desta Tese consiste na certeza de uma primeira leitura acerca das "Leis para Juízes", conforme se tratem de um instituto inteiramente diferente do que se observa nos espaços sócio-jurídicos das sociedades periféricas e sua atmosfera. Porém, pode ainda ser bem claramente compreendido que as "Leis para Juízes", por causa de sua essencial transcendência, por isso que tendo sido capaz de ultrapassar seu próprio tempo de edição durante séculos, são ainda hoje atuais, conquanto intangíveis. A dizer, com Jarkko Tontti: "*The Rules for*

[649] (*apud*, Petri, 2000: 113, 117).
[650] Nota: Ver Capítulo VIII (Anexo).

Judges still play a role in the contemporary legal thinking."[651]

Parafraseando as apropriadas informações introdutórias sobre as "Leis para Juízes" que foram registradas, recentemente, pelo mesmo autor, em prodigioso artigo jurídico[652], pode-se mesmo esclarecer o que segue:

Desde o advento do "Livro das Leis"[653] da Finlândia e da Suécia, ainda em 1635, nele estava contido as "Leis para Juízes"[654]. Estes dispositivos, não obstante, ante o seu caráter meta-jurídico, jamais foram aplicados diretamente sob o ministério de alguma autoridade judicial em operação positiva. Contituem, todavia, o preâmbulo do "Livro das Leis desde há séculos e isso tem produzido efeitos muito significativos na dinâmica do Direito Positivo nesses sistemas.

Tratando-se de uma mescla entre o tradicional sistema jurídico escandinavo, escrito e costumeiro, o romanístico e o germânico, as "Leis para Juízes" e os princípios que as informam constituem, a rigor, parte essencial da cultura jurídica de ambos os países citados (Finlândia e Suécia).

Parece evidente a relevância ao mesmo tempo histórica quando institucional das "Leis para Juízes" mesmo nos dias que correm.

Embora não seja absolutamente certa a autoria dessas normas, por tradição se tem atribuído que as mesmas foram editadas, pelo menos em maior grau de participação, pelo teólogo sueco Olaus Petri (1493/1497-1552). A data de sua edição tampouco se pode precisar, mas o momento de seu registro oficial tem sido assentado pela história como sendo por volta dos anos 1520-1540. Como objeto de publicação, contudo, as "Leis para Juízes" eclodiram em 1616 como apêndice de um Livro de Leis chamado '*Rättegansoordning*', de autoria de Ericus Schroderus. Mas foi exatamente em 1635 que as assim denominadas "Leis para Juízes" foram incluídas como preâmulo do "Livro das Leis", época em que a Finlândia era parte do Reino da Suécia.

Olaus Petri, famoso teólogo oriundo da Universidade de Uppsala, é, no entanto, melhor conhecido nesse universo social, não exatamente pelas normas gerais cuja origem lhe são historicamente atribuídas, mas como o líder religioso durante as turbulências que gravitaram em torno da Reforma do Século XVI. Continuou seus estudos teológicos, a partir

---

[651] (*apud*, Petri, *op. cit.*: 115). Nota complementar: Ver, com atenção, as afirmativas subseqüentes de Jarkko Tontti.

[652] (*apud*, Petri, 2000: 113, 117).

[653] Nota: "Livro das Leis" é denominação que designa a legislação codificada e vigente daqueles países, desde antanho, notadamente a legislação processual.

[654] Nota: "Leis para Juízes" são a denominação para algumas normas gerais (43, ao todo) que os Juízes devem observar estritamente em seu ministério judicial, entendidas e que, por isso, são também consideradas como condição para esse exercício.

de 1516, na Universidade de Leipzig, Alemanha, e se graduou pela Universidade de Wittenberg em 1518, onde teve a oportunidade de manter contatos e ligações com os maiores líderes da Reforma Protestante: Martinho Lutero e Philip Melanchton.

Em seu retorno à Suécia, Petri tornou-se Assistente do Bispo de Strängnäs e a partir dessa posição se iniciou por expandir a idéia da Reforma no país.

Olaus Petri, em vista de circunstâncias que lhe foram favoráveis[655], foi nomeado Secretário do Conselho da Cidade de Estocolmo, quando passou a desempenhar funções judiciais sem jamais ter tido uma formação jurídica no passado. Com o avanço da Reforma na Suécia, Petri foi indicado Chanceler do Estado Sueco, o ponto culminante de sua trajetória política (1531).

Suas relações com o Rei, todavia, acabaram se deteriorando. Alguns dos motivos pelos quais a antipatia do Rei se agravava dizia respeito às críticas que Olaus Petri costuma lançar subliminarmente contra a ação por vezes cruel do Rei. Esse juízo crítico também apareceu nas "leis para Juízes" em diversos de seus itens, notadamente relacionados com a indevida taxação de impostos.

Resultado de tais acontecimentos foi a condenação à morte de Olaus Petri por "alta traição". Todavia, essa condenação lhe foi comutada, mas sua carreira política já não existia desde então. Trabalho como clérigo religioso em Estocolmo pelo resto de sua vida.

Seu conhecimento jurídico bem como sua sensibilidade para o fenômeno de igual natureza resultaram principalmente de sua prática judicial. Nas "Leis para Juízes" ele reprimia severamente a má conduta dos Magistrados. Seus principais alvos consistiram na cobrança ilegal de multas, no problema da falta para com a verdade em Juízo e na confiabilidade dos compromissos e testemunhos.

Parece evidente observar que Olaus Petri sempre esteve séculos à frente de seu tempo no que diz respeito ao problema da justificação e da aplicação das penas. Sem perceber, quiçá, acabou transcendendo tanto quanto os assuntos de que se ocupava em seu ministério judicial e no desempenho de suas relevantíssimas responsabilidades públicas. De fato, o princípio da razoabilidade tem uma conotação claramente interespacial e intertemporal.

Mediante a sua proverbial intuição, ele argumentava que a autoridade das punições jurídicas residia no fato do erro punível, da falta contaminada de vontade não jurídica. Portanto, não poderia reunir outro sentido. Sobre isso, descrevia que punições estigmatizantes, degragantes ou

[655] Nota: Essa nomeação foi devida a Gustav Vasa, que se tornara Rei da Suécia (1523), apoiando a Reforma Protestante unicamente em razão de conveniências políticas.

excessivamente severas, sobre não corresponder aos ditames da Justiça, serviam apenas para incrementar o mal no mundo (item 25). Tais soluções se tornaram rapidamente incorporadas ao domínio afetivo da população durante o iluminismo. Posteriormente essa popularidade encontrou eco novamente quando dos propósitos de ressocialização dos apenados deslocaram o entendimento uniforme para antigas visões concernentes às funções da punibilidade.

Sob o ponto-de-vista da contemporaneidade em que o formalismo é a tônica do proceder jurídico, as "Leis para Juízes" estão em grande parte ultrapassadas. Exemplo disso é a forte carga de religiosidade de seu conteúdo, considerada inapropriada para uma Administração da Justiça estabelecida em sua sociedade moderna, a dizer, secular e afastada de tradições metafísicas. Todavia, o significado de tais normas gerais não se traduzem, ainda e continuamente, como um mero dado histórico a exemplo de um relicário cujo papel é puramente formular a memória. Apesar de as "Leis para Juízes" não serem, hodiernamente, citadas em atos decisórios próprios e sequer utilizadas como um recurso formal na prática jurídica, tendo alguns, inclusive, sugerido sua extração do "Livro das Leis", haja vista suposta inutilidade, as "Leis para Juízes", de fato, ainda exercem um papel ponderoso no pensamento jurídico contemporâneo nos países nórdicos, especialmente na Finlândia.

As normas gerais de Petri podem ser tomadas, em certo sentido, como um importante instituto que cristaliza a lógica dos valores centrais da tradição jurídica ocidental, conforme desenvolvida em países nórdicos, como a Finlândia. Pois, a demanda por certeza jurídica, por previsibilidade legal, sempre esteve no foco das maiores procupações de Olaus Petri, sinalizando para o perfil principiológico do pensamento jurídico primacial das modernas sociedades nórdicas.

A primeira exigência desse pensamento está relacionada, justamente, com a previsibilidade das decisões jurídicas e com a essência racional do seu discernimento. Há, nesse meio social, uma consciência coletiva que reconhece claramente a possibilidade de defecções ante o agir funcional dos Juízes em face de sua humanidade. Mesmo previsíveis, as deciões podem, assim, assumir conotações diversas, inclusive grosseiras, que violam as concepções normadas acerca do que é certo na sociedade. Dessa forma, uma segunda exigência é necessária: o Juiz deve não apenas justificar a interpretação empreendida em seu esforço decisório, mediante uma atitude de referenciação às fontes formais do Direito Positivo, como deve também, complementarmente, observar se a decisão tomada preenche os pressupostos que cristalizam a idéia de Justiça substantiva e aceitabilidade social.

Os itens 6º e 12º das "Leis para Juízes" guarnecem o Direito nórdico dos fundamentos da certeza jurídica: 'Um juiz deve conhecer da lei inteiramente, mediante a qual ele deve decidir porque ele tem a responsabilidade de enxergá-la como seu guia. Um juiz deve procurar se esforçar para conhecer o sentido de cada lei *e de toda lei; do contrário, a lei resultará em mau uso e apta a configurar qualquer coisa diversa do que era legitimamente esperado.*'

A segunda exigência tem sua raiz nos itens 9º e 10º: 'O que não for justo e reto não pode ser considerado lei tampouco; para que se tome a lei em conta de Justiça como atributo do Direito é necessário que a lei seja aceitável. Toda lei deve ser aplicada com discernimento porque o maior acerto corresponde ao maior erro; assim como deve ser piedosa a Administração da Justiça."

Por força de tais assertivas, não parece surpreender que a certeza jurídica, como categoria, assim como o discernimento racional sobre o fenômeno jurídico consistem temáticas fundamentais na formação da cultura jurídica dos povos nórdicos, notadamente a partir da atividade acadêmica bem como da prática jurídica.

Além disso, pode-se assentar que do ponto-de-vista histórico, as "Leis para Juízes" implicam uma autêntica teoria hermenêutica, deenvolvida por Hans-Georg Gadamer, que podem ser analisadas ora como efeito histórico ora como consciência historicamente afetada. Partindo-se dessa argumentação, todas as formas de discernimento são historicamente afetadas pela força da tradição. Quando se intenta compreender e interpretar alguma fonte pré-estabelecida (um texto ou um fenômeno cultural qualquer), aborda-se-lhe mediante algum tipo de preconceito ou um feixe de preconceitos, mas não necessariamente no sentido negativo dessa expressão, mas como simples categorias apriorísticas que se constroem a partir dos fundamentos da cultura e das tradições em meio das quais o intérprete habita. A consciência, então, ou qualquer outra forma de uso da razão, não estão simplesmente livres da auto-reflexão. Todavia, se acham historicamente afetadas e condicionadas. Dessa forma, pode-se sofrer influência sem que a tanto se perceba. Isso não é raro de ocorrer. Mesmo que jamais se tenha analisado amiudadamente as obras de um grande filósofo, a consciência experimenta a cultura formada a partir de suas construções transmitidas de geração em geração e através dos tempos, ante a formatação das relações humanas baseadas em patrimônio axiológico desde antes fecundado pela cultura no *socius*. A cultura coletiva, pois, influencia a cultura individual.

Daí a necessidade que o intérprete jurídico, especialmente o Juiz, educado em determinado meio social, tem de se esforçar em seu discernimento legal para negar-se a si mesmo diante do caso concreto. Nada obstante, bem ou

mal, indiretamente seu papel sofre as influências desse meio e as exigências de autonegação intelectual e axiológica resultam inversamente proporcional à dinâmica dessa cultura coletiva, justamente para realizá-la processualmente. O paradoxo dessa estrutura lógica é apenas superficial, pois o objeto da autonegação está relacionado com o feixe de volições subjetivas a que se submetera o agente em sua formação, haja vista tradições nas quais se houve ambientado.

Sem dúvida, as "Leis para Juízes" continuam influenciando fortemente a construção histórica da cultura jurídica na Finlândia, o que pode facilmente ser demonstrado pelas rigorosas exigências acerca da certeza jurídica como uma posição central e característica da cultura jurídica nórdica, assim na prática como na teoria. Do mesmo modo, alguns provérbios também atribuídos a Olaus Petri – tais como 'O que não é justo e reto não pode ser Direito tampouco' e 'Um acordo se encontra à margem da lei' – estão ainda presentes à prática jurídica contemporânea e ao eficaz princípio da razoabilidade; não como normatividade sempre sujeita às ambigüidades, embora real, justa e como tal condicionante da prática jurídica, mas sobretudo como argumentação relevantíssima ou pontos-de-vista que devem ser sempre levados em consideração.

Na vida acadêmica, além disso, as influências das "Leis para Juízes" são ainda mais evidentes e mesmo mais conscientemente admitidas, como instituição jurídica, do que nas tarefas da prática jurídica propriamente dita.

Aulis Aarnio foi inspirado pelas "Leis para Juízes".[656] Sua obra tem pontificado o grande significado sobre a questão da certeza jurídica na prática judicial assim como no desenvolvimento da teoria jurídica sobre a razoabilidade. Uma tal orientação substancial da cultura jurídica de países nórdicos como a Finlândia advém, justamente, das "Leis para Juízes", sendo impossível negar essa evidência histórica e institucional. Embasamento que se observa de seus itens 7º, 8º, 9º, 10º, 12º e 13º. Os conceitos-chave de Olaus Petri nesses enunciados são o Direito e a Justiça, os benefícios da comunhão social e as bases para a aceitabilidade da lei perante essa comunidade, são, igualmente, conceitos-chave na obra de Aarnio. Otto Brusiin, o primeiro dos juristas finlandeses com projeção mundial, também mencionava as "Leis para Juízes" de Olaus Petri em diversas ocasiões. Em 1966, também na Alemanha, Gerhart Schimidt delas se ocupou, mediante a produção de um denso estudo histórico sobre o assunto. Há uma tradução em língua alemã das "leis para Juízes", única conhecida, até então, em língua diversa das línguas finlandesa e sueca.

[656] (Aarnio, 1987: 188, 189).

Olaus Petri e as suas "Leis para Juízes" estão ainda bem presentes na prática e na teoria jurídica contemporânea na Finlândia. Tal como qualquer outro fenômeno cultural, elas continuam existindo como uma corrente de interpretações através da qual seu conteúdo segue um processo de transmissão inter-geracional, não exatamente apenas mediante uma passiva reprodução de dados e de seu significado de origem, mas pela afirmação de uma cultura que, dinâmica, reclama permanente mudança, atualização e ajustamento permitidos aos novos intérpretes que os habilitem a realizar as exigências do mundo.[657]

O texto completo em língua inglesa das "Leis para Juízes", acima apresentadas, está compreendido no Capítulo VIII da presente Tese (Anexo).

[657] Nota: O prestigioso artigo de Jarkko Tontti lista as seguintes fontes bibliográficas: Aarnio, Aulis (1983): *Arvot já tuomarinohjee.* Helsinki: Helsingin uliopisto; (1997): *Reason and Authority. A Treatise on Dynamic Paradigm of Legal Dogmatics.* Alderschot: Ashgate an Dartmouth; Alqmquist, Jan (1946): *Svensk Juridisk Litteraturhistoria.* Stockholm, P.A.: Norstedt & Söner; (1951): *Domareregler fran den yngre landslagens tid. Med inledning och kommentar.* Uppsala and Stockholm: Almqvist & Wiksells Borktryckeri Ab; Brusiin, Otto (1938): *Tuomarin harkinta normin puuttuessa. Zusammenfassung: Das richterliche Ermessen in Lückenfällen. Vammala: Suomalainen lakimiesten yhdustys*; (1990): *Der Mensch und sein Recht. Ausgewählte rechtstheoretishe Schriften. Herausgegeben und eingeleitet von Urpo Kangas.* Berlin: Duncker & Humblot; Castrén, Erik (1968): *Eräitä "tuomarinohjeisiin" liittyviä mietteitä, in Juhlajulkaisu Tauno Tirkkonen. Vammala: Suomalainen Lakimiesyhdistys;* Gadamer, Hans-Georg (1990): *Wahrheit und Method. Grundzüge einer philosophischen Hermeneutik.* Tübingen: J.C.B. Mohr*;* Holmbäck, Ake (1928): *Vara domarregler, in Festkrift tillägnad Axel Hägerström.* Uppsala and Stockholm: Almqvist & Wiksells Boktryckeri Ab*;* Schmidt, Gerhard (1998): *Die Richterregeln des Olavus Petri. Ilhre Bedeutung im allgemeinen und für die Entwicklung des schwedischen Strafprozeβrechsts vom 14. bis 16. Jahrhundert.* Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht and Stockholm, P.A. Norstedt & Söner; Tontti, Jarkko (1998): *Law, Tradition and Interpretation.* International Journal for the Semiotics of Law 31 (1); Tulkens, Françoise and Michel van de Kerchove (1991): *Introduction au droit pénal.. Aspects juridiques et criminologiques.* Bruxelles: E.Story Scientia; Ylikangas, Heikki (1983): *Olaus Petri tuomarinnohjeet,* in Ylikangas, Heikki, Oikeusshitoriasta ja sen tutkimisesta. Helsinki: Helsingin yliopisto, Oikeuden yleistieteiden laitos.

6.1 Realidade e Utopia: Entre o Medo e a Esperança, o Exemplo

Do quanto se houve exaustivamente assentado no presente trabalho, deve-se apontar para uma certa premência da racionalidade no sentido de se tornar possível a distinção, já de todo clássica, entre realidade e utopia. Sobretudo, uma tal distinção opera em favor do quanto possa vir a ser feito entre tomadas de posição e atitudes de fato. Posições e atitudes que espelham uma avaliação sobranceira sobre as possibilidades de um real impacto no meio existencial e nas suas circunstâncias. Uma tal avaliação demanda, por isso mesmo, a consciência do que de fato esteja ao nosso alcance que reúna poder de transformar por modo a encaminhar-se à sociedade tida como ideal.

Superar as limitações humanas bem como do realismo sempre se revelou na história como expressão de coragem no instante em que fragiliza "verdades" outrora apontadas como inquebrantáveis. Afinal, até que ponto se pode determinar a "normalidade" das coisas, sobretudo dos objetos institucionais, produto de convenções? Neste diapasão fora empreendida esta Tese: vencer o medo ante a realidade e procurar honestamente perseguir a utopia, mediante a esperança cristalizada à força de exemplos nobres. Esta é uma exigência dialética que corrobora a própria essência racional da natureza humana assim em sociedades periféricas como nas mais evoluídas. E é uma Lei moral que se impõe ao sacrifício da luta pelo Direito: "Em um caso, o direito é sacrificado à paz; no outro, a paz é sacrificada ao direito."[658] No mesmo sentido, Luigi Zampetti: "*La crise del diritto significa che el diritto è in crisi perché la società è in evoluzione continua. Il diritto possiamo dire che sia sempre in crisi dal momento che la società è sempre in evoluzione.*"[659] Pois, se de alguns homens viciosos se perde a confiança que um regime autoritário lhes proporcionou, nada sugere que a resistência moral deva capitular diante deles e do próprio sistema que os projetou. De fato, não há crise que seja definitiva nem glória que seja permanente. No limite, exsurge uma verdade: a de que é preciso continuar a luta contra as intempéries produzidas por toda forma de opressão, aproveitar os bons exemplos e explorar as melhores possibilidades de transformação humana e social. Neste passo, ideologia e utopia se distinguem, enquanto formulações do pensamento. Na primeira formulação, o objetivo é justificar o mundo; na

[658] (Ihering, 1978: 53).
[659] (*apud,* Simonetto, 1987: 11).

outra, transformá-lo. Uma boa técnica para descortinar esta suposta ambiqüidade moral foi preconizada por Mannheim: "é possível refutar mentiras e desfazer fontes de êrro tendo por referência critérios aceitos de validade objetiva comuns a ambos os lados."[660] É, pois, deste modo que se vai medrando, na prática, a busca pela realização dos ideais utópicos. O mais importante é o processo de construção em favor de uma sociedade ideal que, não obstante, jamais existirá, haja vista a incompletude humana. Mas, uma tal incompletude pode e deve ser pouco-a-pouco integralizada de mais e mais elementos que consubstanciem o processo de construção, sempre evolutivo. Crescimento atávico, por outro lado, é perspectiva que escapa ao idealismo utópico. Eis um problema de filosofia moral aplicada bem delineado por Carnelutti: "*Quizá uno de los caracteres de la crisis es precisamente este, que denominaría el desinterés por el futuro*." E para fecundá-lo, pode-se referir com o pessimismo de Schopenhauer: "*El egoísmo no tiene límites; para disimular-lo, los hombres inventaron la cortesía; para regularle y contenerle, instituyeron el Estado.*"[661] E sobre isto, cabe considerar um argumento de luta forjada na inconformação e na inquietude contra toda forma de opressão como virtudes do espírito e também como método e meta de se tornar, pela força da resistência, possível alcançar os objetivos maiores do Direito. Um processo, aliás, que consubstancia uma configuração virtualmente simples: o cumprimento fiel do que se acha posto a valer universalmente como norma jurídica. Sem a moralidade que resulta dessa observância, justo ela que confere vida, normalidade e confiança plenas aos institutos jurídicos, tenderá o Estado, em progressão, a exercer uma pseudofuncionalidade que mais não se esconde à consciência de uma nação que insiste em instituir-se há mais de quinhentos anos, caso brasileiro, e ainda não logrou o merecido sucesso. É que a tudo se observa, com freqüência, de par com os diversos tipos de dissimulação que compõem, exatamente, o quadro daquela "eticidade"[662] tão repulsiva, eis que ruinosa, aos propósitos de permanência de sua organização social.

Já a eficácia do sistema jurídico finlandês, consoante ressaltado linhas atrás, revela uma exemplaridade cujos móveis, por propósitos lógico-racionais, devem ser

---

[660] (1986: 83).
[661] (s/d.b: 43).
[662] Nota: Do ponto-de-vista social, ética é a ciência dos costumes ou dos atos humanos, tendo como objeto a moral, a dizer, as relações que se estabelecem entre o bem e o mal. Para resolver no plano prático essa universal dicotomia, costuma-se avaliar que o bem é correspondente a tudo quanto reúna utilidade à plena realização dos bens e valores morais e ajude na tarefa de alcançá-los como fins. Nesse quadro, considera-se o dever em geral como objeto da ética assim como o é do próprio Direito em uma dimensão mais restrita.

encampados pelas culturas jurídicas oriundas das das sociedades periféricas sem embargo do respeito às suas peculiaridades de forma e de costume. A eficácia jurídica é um dado essencial e, como tal, deve ser incorporado por tantas culturas jurídicas que o não conheça inteiramente.

Disso decorre a importância do presente estudo comparativo: coligir o exemplo para reacender a esperança que se volta para um novo tempo de Justiça que se venha a construir passo-a-passo, a partir da tomada de consciência sobre as próprias dificuldades bem como sobre os próprios vícios.

Por isso, mesmo como utopia a preocupação de resolver a iniqüidade humana no campo da ação de Estado bem como fora dele não parece justificar seja abandonada por inútil, infactível. O assunto tem infundido debates que jamais se revelam capazes de dar-lhe cobro efetivo. De acordo com um pensamento liberal, para se combater "corrupção, impunidade, corporativismo, fisiologismo, malversação de recursos, irresponsabilidade administrativa, troca de favores, nepotismo, falsidade ideológica e ineficácia da Justiça, (...) enquanto não se inventar uma receita eficaz para transformar os seres humanos em querubins, a solução prática para limitar sua vocação para o mal está na redução dos poderes coercitivos do Estado e da jurisdição do processo político".[663] A experiência dos países nórdicos, especialmente a finlandesa, mostra que todo e qualquer empenho nesta seara decorre diretamente das projeções culturais da sociedade sobre as suas próprias instituições. De forma que todo o remédio técnico que por ventura se tenha de propor deve sopesar as condições pelas quais a cidadania se integra efetivamente em seus controles. Não basta, portanto, paradigmatizar procedimentos, reescalonar classificações, alterar estruturas ou mitigar funções político-jurídicas. É tão necessário quanto garantir ao povo sua participação nos negócios de Estado, ainda que mediante representação honesta.

É deste perfil que resulta, ante o exemplo proposto, a maior eficácia do exercício jurisdicional nas sociedades modernas.

Mas, o conflito entre Estado e ética deve ser sempre resolvido em face do racionalismo utópico de sua própria configuração, em face das condições da convivência social estabelecida sob relações de boa-fé. Sem embargo de pesados riscos e sancionamentos para situações que descrevam a violação desse preceito principiológico. Reconhecido e pouco executável no âmbito das sociedades periféricas, é evidente que o registro até mesmo constitucional a um tal princípio jamais garantirá a plena satisfação das exigências da Filosofia. Pois, o homem é de fato um ser

[663] (*IL Notícias*, 1995: 1).

"ser inacabado"[664], podendo sempre conspirar contra elas. Como refere Nogueira: "Para o propósito utópico, (...)a única ideologia de Estado tolerável é aquela que se submete aos interesses gerais do grupo que ele intenta organizar e desenvolver."[665] Neste sentido, a razoabilidade jurídica conduz à utopia. A parte desta lógica toda ideologia deixa de reunir significado próprio, clássico, como justificação e suporte para as coisas observadas. Além disso, abandonar a tarefa de coligir ordens normativas melhor aprimoradas pode representar o que noutros termos consubstancia atavismo social e, no caso, jurídico-político, para se deixar de propor a melhor regulação e o melhor equacionamento das relações entre os homens. Sobre isto, João Paulo II: "sinto o dever de recordar que, para a instauração da verdadeira paz no mundo, a *justiça deve ser completada pela caridade*. O direito é certamente a primeira estrada a seguir para se chegar à paz; e os povos devem ser educados para o respeito do mesmo. Mas, não será possível chegar ao termo do caminho, se a justiça não for integrada pelo amor. Justiça e amor aparecem às vezes como *forças antagônicas*, quando, na verdade, não passam de *duas faces duma mesma realidade*, duas dimensões da existência humana que devem completar-se reciprocamente. É a experiência histórica que o confirma, mostrando como freqüentemente a justiça não consegue libertar-se do rancor, do ódio e até da crueldade. *A justiça, sozinha, não basta*; e pode mesmo chegar a negar-se a si própria, se não se abrir àquela força mais profunda que é o amor."[666]

Então, engana-se quem julga não ser posível a transposição de exemplos que nobilitam. Assim não fosse, sequer faria o menor sentido científico a projeção de uma Teoria Comparada de conhecimentos específicos ou não. Aliás, os pródromos da crise social em sociedades como a brasileira, indica: "o destino do homem não se esgota, apenas, na cobiça desmedida com que se atira à posse das riquezas materiais. A realidade humana é demasiado complexa para que alcance a plenitude de modo tão unilateral. De tal jeito, ao longo dos séculos, foram ficando à margem do caminho os *homens diferentes*, que levavam consigo a porção do destino comum sacrificada ao preconceito social do momento."[667]

Como menciona Nogueira: "Concebe-se, pois, que a correlação entre utopia e Direito se situa (...)nas bases antropológicas que determinam ao homem e a todos eles a um só tempo lutarem pelo advento de sempre melhores dias e

---

[664] (Moncada, 1966: 342).
[665] (2003: 315).
[666] Nota: Mensagem Papal de 01/01/2004: *Educar para a Paz - A Civilização do Amor* (http://www.vatican.va/holy_father/john_paul_ii/messages/peace/documents/hf_jp-ii_mes_20031216_xxxvii-world-day-for-peace_po.html, acesso em 19/01/2004)
[667] (Souza, 1979: 127).

pelo quanto de fato acreditam (...)"[668] Hoje em dia as crises são decritas como contingências da contribuição decisiva das ações deletérias dos regimes autoritários, de fato, conforme esclarece Bielsa: "*no sólo por ser de facto, sino por la mentalidad 'autoritaria', castrense, en lo que ya el régimen gubernativo concierne; pero advertimos que no es sólo cuestión de facto, porque puede ello ocurrir en un régimen ficticiamente constitucional y republicano deformado*".[669] Nisto, o maior dos perigos.

Nogueira vem relizando uma espécie de anatomia social da instituição judicial brasileira e tem demonstrado os efeitos por vezes perversos do seu sistema.[670] Tal exposição esclarece como a sociedade tem sido forçada a transitar amargamente entre grandes diferenças, entre mundos paradoxais: um mundo de convenções jurídicas (retórico) e um mundo de efetividades socias (real). Em muitos pontos a sociedade brasileira se revela acomodada; noutros, se mostra capaz de transformações que divisam a solução de seus problemas, aliás, suscitados neste esforço de pesquisa e conhecimento. Trata-se, certamente, de uma lição-diagnóstica que vale aos propósitos desta Tese a qual resgata os mesmos esforços dentro em uma perspectiva mais especializada e, pois, estendida: retratar uma área institucional do Brasil e, por extensão, das sociedades periféricas, compará-la com soluções melhor desenvolvidas de sociedade diversa (finlandesa), para encontrar saídas a partir da reflexão acerca do problema da razoabilidade, entendido como substrato da questão judicial, para devolver-lhes a fiel compreensão de seu sentido e reacender a confiança social em seu sistema.

Por outro lado, não faz sentido imaginar, sequer por esforço desusado de argumentação, que a atitude, partida de um nacional, de apontar as mazelas de um país em desenvolvimento e de sua sociedade em construção constituem objeto de carnavalização e de desprezo à pátria. Ao contrário. É mais do que uma utilidade. É verdadeiramente uma missão cívica que se erige à substância tão categórica quanto sejam as aspirações de permanência da organização social de um Estado soberano. De fato. Trata-se de um tributo à humanidade a qual, diante de tantas contradições perturbadoras, ainda quando tendo sido catalisadas outras tantas esperanças, vem encontrando reações por modo a impedir-lhe o florescimento da paz, notadamente na periferia política do planeta.

No Brasil essas esperanças, não obstante até agora reprimidas, encontraram outros motivos com que a sociedade renovou suas perplexidades. Estabelecido um Governo de

[668] (2003: 316).
[669] (1961: 660).
[670] (1991; 2003; 1991a; 1992a; 1994; 1999; 1999a; 2003a-b-c: *passim*).

orientação declaradamente mais progressista, não se inibiu ante as graves contradições que vem igualmente empreendendo no país. Poder-se-ia dizer que o pensamento em exame se trata de suposto autoritário que objetiva como sempre afastar a sociedade da projeção de tais problemas bem como de seu adequado resgate. Como bem esclarece Castoriadis: "Em uma época de conformismo como esta, tudo se fecha para o pensamento e é preciso coragem intelectual para se opor a este conformismo. A maioria repete o que já está estabelecido e prefere não refletir."[671]

Talvez por isso mesmo, pensar a modernidade e a pós-modernidade não é uma das tarefas mais dóceis a que pode aspirar um pensador isento do seu tempo, de seu lugar e de sua cultura; sobretudo quando se sabe que uma das grandes marcas deste tempo é de fato a ausência de modelos, de paradigmas, circunstância que fica agravada no âmbito das sociedades periféricas. Assim, tudo é transição e essa atmosfera ficou muito bem demarcada, aliás, em escala planetária, desde o advento da queda, simbólica, do Muro de Berlin e da conseqüente abertura da "Cortina de Ferro", na década de '80, mediante o virtual desmantelo da chamada "Guerra Fria".

Em poucas palavras pode-se dizer que o discurso moderno forjou a imagem de um mundo esfacelado, descentrado e fora dos eixos em que tudo se insinua por meio dos mais sólidos *consideranda*. O pragmatismo tem ocupado espaços outrora reservados aos ideais e aos princípios da convivência social. A diferença está em que certas sociedades como as nórdicas, avançaram na questão da Justiça retributiva e sobre isso não fizeram concessão cultural. Outras, porém, como as periféricas, ainda não acordaram para a urgência histórica de um tal paradigma de comportamento moral. Afinal, a inteligência nem sempre caminha ao compasso da razão e a falta de contrapontos dialéticos, ante a impossibilidade prática de escolha entre alternativas, compromete a alteridade da linguagem política e, com ela, da linguagem técnica, sobretudo nas ciências sociais, circunstâncias que suscitam, historicamente, as mais diversas situações de anomia e de desprezo aos valores substanciais, conforme estabelecido formalmente. Vive-se, pois, nestas sociedades em desenvolvimento, de regra, de um modo como se não dispusesse de regulação. Por isso mesmo, vive-se no Brasil sob um determinado regime constitucional, tido como democrático, mas é como se não se dispusesse de Constituição porque a sua integralização está por depender, menos de sua plasticidade, e mais das circunstâncias materiais e políticas que aceitem obedecê-la fielmente e em seu todo. Não são outras as hipóteses, *v.g.*, da taxação sobre as "grandes fortunas", da limitação dos juros legais

[671] (1996: 11/05).

e da eterna morosidade com que se procedem as demarcações das terras dos povos indígenas bem como os assentamentos de rurícolas para fins de Reforma Agrária. Normas, outrossim, como a inserta no art. 113, do atual Código Civil Brasileiro, propendem a sistematizar, positivamente, o princípio da razoabilidade no aperfeiçoamento dos negócios jurídicos e é, neste sentido, um "artigo-chave", na visão de Reale.[672] Nada obstante, a verificação de acolhida deste dispositivo irá depender dos mesmos fatores que até aqui impediram a construção de uma cultura constitucional efetiva no ambiente social periférico, de sociedades como a brasileira. De certo modo, o Direito tornou-se uma utopia; e a Justiça, uma ilusão. Se a utopia é um processo, a ilusão é uma quimera. É preciso reverter a ilusão e acelerar o passo em direção à utopia. Esta atitude conduz invariavelmente à razoabilidade do ser.

Esse resgate ético, é evidente, acarreta, além do mais, como conseqüência direta uma pluralidade de pontos-de-vista e de interpretações que jamais se unificam, seja no campo da arte, da moral ou de qualquer outra esfera da cultura. É claro que esta traduz uma imagem caótica da modernidade, mas sem dúvida também se trata de uma visão bastante fiel e coerente da dinâmica contemporânea, haja vista os quadros institucionais ora estudados no âmbito do exercício jurisdicional.

Em um certo sentido, também a filosofia se fez refém desse discurso fragmentário ao abandonar os seus parâmetros tradicionais em prol das novas correntes do pensamento. Estas, não raro e dado o grau de auto-suficiência, se revelam insuscetíveis à própria fundamentação histórica em função da qual foram editadas. Daí porque muitas vezes terminam se transformando em algo extremamente plástico, adaptando-se aos mais diversos interesses e tendências.

No entanto, há, na verdade, que separar o "joio do trigo" ou, então, a humanidade estará fadada a uma filosofia, ou a filosofias aplicadas, que também não passarão de emaranhados de idéias inconsistentes, desconexas e vagas.

O jurídico, sobretudo, deve realçar o racional que sobre si reclama e prenuncia para a construção de um mundo de paz e crescente prosperidade para todos.

Com efeito: "*Law has often been defined as a historically and socially determined compulsory order. At different times and in different cultures law has, however, been understood in very different ways. In Western*

---

[672] (2003: 21/06). Nota complementar: o autor observa que o artigo de lei ora descrito integra três princípios cardinalíssimos da justificação dos contratos, tomando-se a boa-fé como forma de conduta e como norma de comportamento: "eticidade, socialidade e operabilidade". O texto do art. 113, do Código Civil: "Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração."

thinking, law has sometimes been considered to be, by its nature, an institutional power order. Then, either the concept of power itself or, otherwise, law as an institutional instrument of power has been in the centre of attention. This way law has been dealt with, above all, by social and state theories."[673]

Para isso, olhar os exemplos bem sucedidos das sociedades melhor aparelhadas, como a finlandesa, e mais à frente em seu desenvolvimento político, parece atitude necessária sem que se desprezem as circunstâncias da cultura e da tradição locais, desde que não divirjam da ética dos valores tradicionais, ante a razoabilíssima fórmula "*Loyalty to Law*". Disso decorre que será tão necessário que se fundamente quanto se torne o objeto das decisões jurídicas socialmente aceitáveis, porque: "*La gente presupone que las decisiones no sólo no son arbitrarias sino también sustancialmente correctas*.[674]

Portanto, é um apelo à correção o que mais justifica a existência do Estado Moderno.

6.2. A Tese Inconclusa.

6.2.1 Conclusões Parciais: Primeira Série

1)Que o "mundo" das normas jurídicas é uma formulação do espírito humano, caracterizada por núcleos abstratos tendo em vista à organização social e à disciplina intersubjetiva baseadas, *ipso facto*, na razão.

2)Que a racionalidade decorre não somente dessa formulação, senão também e principalmente do correto empenho em realizar essas configurações, mediante a vinculação necessária da lógica com a ética.

3)Que o efeito prático desse empenho, quando especialmente no trato judicial, denomina-se "Razoabilidade Jurídica", que encontra, junto com a fundamentação normativa, o substrato de sua justificação operacional e é, neste sentido, entendida como prudência.

4)Que, não obstante, da pretendida neutralidade do positivismo jurídico emergido do século XIX, por seu intermédio é que as normas jurídicas tiveram rigorosa definição jurídico-científica, não sendo, hoje em dia, suficiente para que se compreenda e regule o fenômeno jurídico.

[673] (Aarnio, 1997: 19).
[674] (Aarnio, 1991: 27).

5)Que a norma jurídica, como conceito jurídico fundamental, é objeto da Teoria Geral do Direito, não sendo esta uma enciclopédia de conhecimentos próprios, mas um sistema conceptual que se presta à compreensão e à explicação dos fenômenos jurídicos que lhe são consistência.

6)Que a norma jurídica não tem sentido quando dissociada do sistema do Ordenamento Jurídico, histórico e condicionado, portanto, racionalmente, em que se acha incluído, motivo pelo qual seus conteúdos e a explicação dos seus conteúdos devem encontrar plena razoabilidade em relação aos seus propósitos sistemáticos (*ratio legis*).

7)Que a norma jurídica, dispondo de características essenciais de forma e de conteúdo aplicativo, objetiva ao disciplinamento da conduta humana em sua intersubjetividade, para assegurar, tanto quanto seja mais possível efetivar, a manutenção da harmonia do *socius*.

8)Que, mirando a liberdade humana e não cogitando, exatamente, sobre as condições gerais pelas quais o homem existe, a norma jurídica se constitui um dado da cultura que propende à realização do ideal de Justiça em todo o tempo e lugar.

9)Sobre isso, o caráter problemático do ideal de Justiça, sua palavra e o seu sentido, desautoriza, logicamente, aceitar a possibilidade de uma "Teoria da Justiça", que seja definitiva, universal e, portanto, imune a imprecisões de toda ordem.

10)O sentido óbvio do enunciado anterior, sobre reunir faticidade, se destaca da própria vagueza do pensamento que se dirige a conhecer um objeto de conteúdo impreciso, por definição, porquanto admita diversos modos de afirmação.

11)Embora relativamente possível, do ponto-de-vista epistemológico, uma "Teoria da Justiça", cumpre que se compadeça dos valores vigentes ao tempo como no espaço em que for concebida.

12)As evidências sobre esses valores acerca da Justiça bem como de sua Administração, constituirão "núcleos veritativos" do racional, como possível, nessa teorização esforçada, porque sempre estará carente de graus de precisão mais e mais aprofundados, em face da equivocidade da idéia de Justiça como objeto do saber.

13)A "Teoria da Justiça", versando sobre virtudes (ética), constitui um subsistema da "Teoria dos Valores".

14)Uma "Teoria da Justiça" encontra justificação por uma intrínseca pretensão conceptual de construtividade e realismo que afirme e, ao mesmo tempo, observe o dinamismo de seu objeto, independentemente do tipo de enfoque e das prevalências onto-gnosiológicas que sobre ele se descrevam também validamente.

15)O exame comparativo de diversas "Teorias da Justiça", ora puramente especulativas ("Justiça Platônica"), ora político-sistemáticas ("Teoria da Justiça, em John Rawls), possui valor didático-metodológico auxiliar da compreensão do caráter essencialmente dinâmico e dialético de uma tal "Teoria".

16)Nada obstante os riscos e as repercussões de tipo subjetivo que possam vir a ser desencadeados, como resistência, diante de uma postura científica reconhecida, à luz, sobretudo, do pensamento de Aulis Aarnio, como pós-moderna, fica evidenciado que não é uma utopia, senão um traço da modernidade científica e operacional, aproximar, ainda que progressivamente, os enunciados Direito e Moral no contexto de uma só institucionalização de Estado, de uma só "Teoria do Estado de Justiça".

17)Para tanto, o esforço que se desenha em garantir realmente a previsibilidade jurídica das decisões judiciais, como quadro da modernidade, tem um duplo sentido: *utópico e instrumental*. No primeiro, os resultados são concebidos em perspectiva; no segundo, são estabelecidos modos de abordagem para a obtenção daqueles resultados de acordo com outra dupla referenciação: *fundamentação jurídica e razoabilidade*.

6.2.2 Conclusões Parciais: Segunda Série

1)A ética não dissente da tomada de posição, qualquer que seja a área de sua operacionalidade. Exige o exercício da liberdade criadora para assumir, resolutamente, o padrão moral de uma época histórica e velar pela expansão de seus valores, sem cair no ilusionismo obscurantista, nem permitir passionalidade.

2)As gerações de bacharéis, no Brasil, sofrem um ensino jurídico em crise, decadente e mercantilizado, o que se demonstra, continuamente, ante a disparissonância havida entre os objetos de transmissão pedagógica – repetitivos, escolásticos e principiológicos –, e a vida profissional

que terão de enfrentar nas várias carreiras jurídicas, quando terão de "apreender", afinal, a realidade do Direito. Nesse contexto, os "modernos" centros oficiais de formação e aperfeiçoamento de profissionais da área judicial (Escolas de Magistratura), não vêm resolvendo o problema, haja vista dois obstáculos institucionais básicos: a consolidação anterior da "cultura jurídica" do formando ou do aperfeiçoando, segundo visões de "múltipla escolha" e memorialista; a natureza departamental (não autárquica) desses centros, estruturados como "apêndices" dos Tribunais.

3)O problema pedagógico, assim estabelecido, repercute, estrutural e etiologicamente, no processo de prestação jurisdicional e na higidez do Poder Judiciário, pois, a crise do ensino jurídico brasileiro, baseada no descuidado para com a construção de uma razão prática que estimule seus egressos a serem orientados para ações conforme seus conselhos, reflete, sobre o mais, um paradoxo em relação a um dos maiores atributos hodiernos da Universidade, pelo menos nos grandes centros sociais do Ocidente: repositório de proteção, garantia, fomento e perpetuidade dos valores fundamentais e da ética tradicional desses mesmos valores.

4)A crise do Poder Judiciário se mede pela perspectiva do descompasso entre a própria concepção de poder político-jurídico e a sua prática institucional. A tendência que se pode observar dessa dicotomia nas sociedades periféricas é a realização da vontade subjetiva dos Governos e de grupos em detrimento da vontade objetiva da lei. Uma moral dupla se abate sobre o mesmo, especialmente na América Latina e, particularmente, no Brasil: uma que proclama e não realiza; outra que realiza e não proclama.

5)O Poder Judiciário no Brasil apresenta uma estrutura de base "protofascista", concebida como enraizada à cultura jurídica de seus operadores pseudoprofissionais ao serviço do sistema político, razão pela qual tende a realizar menos a vontade objetiva da lei, como tal solenemente proclamada na lógica do discurso normativo, do que a vontade dos Governos que se sucedem.

6)A ética do compromisso positivista assumido pelos juízes, notadamente pelos juízes pretorianos e os que formam as cúpulas do Judiciário – de "cumprir e velar pela observância da Constituição e das Leis do país" –, no cerimonioso momento das respectivas investiduras judiciárias, constitui, quase sempre, pura retórica e mero formalismo burocrático.

7)A ética do comportamento judicial demanda uma crescente substantivação no discurso (dicção jurídica) e na prática institucional, por feitio a aproximá-los, progressivamente, dos anseios e dos valores sociais da comunidade política à qual servem.

8)A crença social no Poder Judiciário brasileiro, mesmo hoje em dia, realiza-se, tão somente, pela fé subjetiva dos destinatários da Ordem Jurídica nos agentes da jurisdição, individualmente considerados; essa fé, todavia, se dilui na proporção em que os casos concretos sofrem revisões recursais por Tribunais cada vez mais próximos, politicamente, dos demais poderes do Estado; quanto mais hierarquicamente superior for o Tribunal chamado a atuar, menos se insinua como suscetível ao Direito Positivo e menor é o grau de sua independência. Essa crença social baseada em puros subjetivismos individualistas que subvertem o sentido de verticalidade desse Poder é "termômetro" de verificação acerca da correção de suas rotinas institucionais.

9)Sendo mítica a neutralidade do juiz, mais justo e confiável que se lhe assegure, por lei, a expressão de suas próprias inclinações ideológicas, inclusive partidárias, a fim de que as razões de decidir resultem melhor topografadas, sem subterfúgios, aos sentidos (entendimento) dos cidadãos, somente assim bem informados sobre a *démarche* judicativa daquele (enredo dos julgamentos).

10)O controle censório, administrativo e orçamentário do Poder Judiciário demanda uma participação, ativa e direta, da sociedade, representada, nos inúmeros segmentos que a corporificam (tanto mais quanto possível), através de órgão superior que não atuaria, porém, como instância revisora e/ou de cassação das decisões jurisdicionais, salvo quanto às hipóteses de erro grosseiro ou de malícia devidamente comprovadas, dado que, em ambos os casos, o juiz se desqualifica, por incompatibilidade absoluta, para permanecer em seu *munus*.

11)A intangibilidade do Poder Judiciário depende, sobretudo, da autoridade moral com que se afirme, serena, diligente e desprendidamente, o conjunto e cada um de seus membros, descendo de seus nichos, convenientemente construídos, por motivo de sua cultura "protofascista", e se alarguem ao obséquio sincero e permanente do povo, fazendo transparecer a todo instante, pelo emprego realmente isento da lei em sua função irreparavelmente social (art. 5°, da Lei de Introdução ao Código Civil), toda a excelência técnica do Direito que se traduz pelo objetivo maior de Justiça retributiva, sob seu monopólio,

para o que bom exemplo transformador são as *Domarregler* dos países nórdicos.

12)Além do mais, conforme resulte impenetrável o coração humano, raiz e sal de toda construção judiciária, e sendo certo, ainda, que o homem é o cimento de sustentação do edifício da Justiça, as conclusões acima se traduzem, apenas, como sugestivas, não exaurindo todo o universo de possibilidades quanto ao enfrentamento dos problemas aqui tematizados, pois sempre sobrará na mente do homem social e eticamente doentio algum espaço para o egoísmo e para as defecções de toda ordem. Por isso mesmo, nenhuma conclusão sobre as deficiências do Poder Judiciário é suficiente, definitiva e tampouco universal.

13)Neste sentido e tampouco se achando presente, notadamente nas sociedades periféricas, a fórmula *Equal Justice under Law*, toda Justiça é *acidental*.

6.2.3 Conclusões Parciais: Terceira Série

1)A Ordem Jurídica que é marco da civilização humana e é desenvolvida segundo diversos sistemas, parece operar pouco do muito que deveria em face de sua própria teleologia institucional, notadamente no que se refere aos sistemas jurídicos que ambientam os povos e Estados subdesenvolvidos ou em desenvolvimento (emergentes). É razoável compreender que uma estrutura normativa posta (Direito Positivo) não se exaure por si mesma, nem encontra justificativa filosófica quando distanciada de seu tônus funcional, para servir de álibi aos propósitos que se não reconhecem como válidos, mas que são reclamados, às vezes por razões de Estado – em que tudo se insinua –, como necessários e conjunturais.

2)Toda resistência contra essa espécie de desvio, respaldado em grande medida na letargia social que se alimenta da miséria humana, tem cedido especialmente no cenário nacional a um sem-número de imposturas e dislates que afastam a convivência do ideal de Justiça por que todos deveríamos lutar sem pejo; e acabam por fazer merecer os postos de evidência àqueles que, noutras circunstâncias de maior participação político-jurídico-social, não teriam como ascender.

3)Em tais circunstâncias é que mais se prenunciam as dificuldades e os perigos tirados da existência de uma Teoria do Direito Comparado em que fatores de diversos aspectos hão de influir na consecução dos fins do próprio Direito, observado, enquanto objeto de sua pesquisa,

segundo suas topografias e realidades as mais distintas e ao mesmo tempo peculiares.

4)Do ponto-de-vista epistemológico, a Teoria do Direito Comparado não pode ser tomada como ciência, porém como método prático de avançar no estudo comparativo de diversos Direitos (que formam os seus objetos, nunca um objeto como elemento típico [objeto-tipo]), seja na perspectiva macrocomparativa (cotejo de grandes sistemas jurídicos) seja na microcomparatividade (contejo de aspectos desses sistemas justapostos entre si).

5)Do ponto-de-vista do desenvolvimento científico, da construção do saber, tem sido, todavia, acolhida a expressão "Teoria do Direito Comparado" como um modo útil de condensar e sistematizar idéias e institutos que visam ao implemento do método comparativo (disciplina comparativa) para abordagem de diversos objetos, igualmente jurídicos.

6)Que, embora se resguardando, a "Teoria do Direito Comparado", de método, uma multiplicidade de objetos – em comparação – não permite acentuá-la como categoria científica autônoma, posto que, do mesmo modo, diversas metodologias pontuais deverão, não raro, ser utilizadas para apreensão dos respectivos objetos comparados que lhes dão conseqüência lógica e que, no entanto, só na comparatividade é que se encontram, conservando, por isso mesmo, suas naturezas ontogênicas e gnosiológicas.

7)Nesse sentido, a Teoria do Direito Comparado assevera um risco, posto possibilitar perigos que resultam da investigação que lhe é própria, especialmente no tocante à mistura indevida – sob suposição de complexidade – de elementos e métodos pontualmente estabelecidos para suportar a equação comparativa e a abordagem de igual trato.

8)É evidente que não se pode negar importância e utilidade ao advento de uma Teoria do Direito Comparado, negando-se-lhe, outrossim, seguramente, identidade científica própria, conquanto não se pode traduzi-la como saber uniforme, sistemático e autônomo, o qual se presta a conhecer um objeto igualmente autônomo (objeto-tipo) que reclame uma tal formulação.

9)A Teoria do Direito Comparado é um conjunto de enunciados técnico-científicos de referenciação secundária, ora lógicos ou empíricos, que contempla e faz uso da metodologia comparativista, a qual tem como propósito realizar subsídios a que os inúmeros ramos do Direito,

vistos segundo os diversos Sistemas Jurídicos que os ambientam na ordem cultural e dos valores, possam adequadamente se efetivar.

10)Por isso mesmo, a Teoria do Direito Comparado é técnica, ainda quando elaboradamente concebida e aplicada, e não ciência.

6.2.4 Conclusões Parciais: Quarta Série

1)As denominadas "Leis para Juízes" do Sistema Jurídico Finlandês consistem em normas supralegais datadas de séculos e são inscritas positivamente como frontispício da legislação codificada daquele país bem como da Suécia.

2)Essas normas, em que pese o seu alto grau de historicidade e tradição, além de generalidade, estão de tal maneira arraigadas na cultura jurídica da sociedade finlandesa – segundo a fórmula *Loyalty to law* – de modo que sua obediência é implícita e não depende de maiores dicções formais ou outros pressupostos instrumentais para garantir-lhes suficiente aplicabilidade, haja vista também conformarem o senso comum que está invariavelmente presente nas rotinas das autoridades daquele país, sejam os operadores sejam os teóricos do Direito.

3)Na etiologia dessas normas estão os fundamentos morais das sociedades nórdicas, especialmente aplicadas à atividade judicial, para que lhes sejam garantidas segurança e certeza nas tomadas de decisão sob encargo dos Juízes.

4)Que essa regulação estabelece as diretrizes mediante as quais o princípio da razoabilidade jurídica se tornou, desde há séculos, ao mesmo tempo substantivado e sistematizado, na ordem jurídica e social da Finlândia, gerando, com isso, plenas cidadania, responsabilidade e harmonização intersubjetiva.

5)Que a existência das "Leis para Juízes" não prescinde da ação interpretativa, atividade que se realiza, sob a sua influência, dentro de uma ajustada contextualidade que confere aos seus resultados a experiência da correção e, por causa dela, a quase inteira obediência dos destinatários da Ordem Jurídica, razão pela qual as taxas de criminalidade, por exemplo, são das mais baixas do planeta.

6)Do mesmo modo, preserva-se a independência funcional dos Juízes, de acordo com a Seção 2, do Ato Constitucional

da Finlândia, independência que, antes de gerar manifestações corporativas alienadas da intergrupalidade, atrai a confiança dos cidadãos e o crédito social da coletividade para a qual essa prerrogativa se dirige e é exercitada na justa proporção das necessidades institucionais.

7)O traço mais característico do Direito moderno é a sua aspiração à plena efetividade que, pela racionalidade e sistematização, possibilita o desenvolvimento social porque, nessa óptica, tampouco se admitem as idéias de contingência, imprevisibilidade e acidentalidade, e forma uma cultura jurídica de tal eloqüência e perpetuidade que pode ser ilustrada com as "Leis para Juízes", fundamento de um Estado de Direito real (libertário) – portanto, moderno – e não apenas formal (autoritário).

8)Por ilustração, toma-se aqui o exemplo da Regra para Juiz de número 8, a saber: "É melhor ter um Juiz sensato e bom do que boas leis, porque ele pode sempre decidir o caso com eqüidade e sabedoria. Por outro lado, onde houver boas leis, mas um Juiz injusto e até perverso, tais leis não socorrem, porque o Juiz pode sempre posicionar-se tendenciosamente para torcê-las de acordo com o seu próprio pensamento."[675]

9)No mesmo sentido, as "Leis para Juízes" da Finlândia exercem um poderoso papel pedagógico na formação da consciência jurídica dos operadores assim como dos teóricos do Direito na sociedade finlandesa.

10)As "Leis para Juízes" devem ser difundidas, pedagogicamente, entre as diversas comunidades jurídicas, tanto na linha prática como na teórica, para forjarem o necessário aprimoramento do pensamento jurídico e da cultura sobre o ideal de Justiça bem como possibilitarem, de modo exemplar, o desenvolvimento das instituições judiciais nas sociedades pós-modernas, garantindo-se, pois, a esperança de um novo tempo.

6.2.5 Arremate Final

Diante de todo o articulado na presente Tese em comento findo, demonstra-se que o *by pass* da razoabilidade, como substrato hodierno da construção de modelos realmente democrático-participativos do Poder Judiciário nas sociedades pós-modernas, especialmente as periféricas, é um

[675] Nota: Livre tradução do original em inglês, constante do Capítulo VIII (Anexo).

dado essencialmente problemático e em permanente construção.

A razoabilidade jurídica adquire, assim, ao lado da teoria da fundamentação jurídica – esta, já consolidada cientificamente – um propósito de justificação universal sem cuja observância as decisões judiciais perdem, proporcionalmente, o seu significado como manifestação jurídica própria. Neste sentido, as evidências, como saber objetivo, traduzem a justificação do que há de razoável em uma proposição, argumento ou juízo jurídicos, sintetizando a própria lógica da descoberta científica, que garante certeza e verificabilidade a essas decisões como afasta o descrédito social. Por isso, o crédito social atribuído às instituições judiciárias, como resultante da previsibilidade de suas decisões e das rotinas funcionais específicas, sem que se perca de vista a dupla referenciação *fundamentação jurídica e razoabilidade,* é diretamente proporcional à taxa de desenvolvimento político-social e econômico das sociedades às quais se dirigem e nas quais atuam.

Podendo-se dizer, outrossim e consoante observado linhas atrás, que também o saber objetivo acerca do próprio Direito Positivo assim como do conhecimento advindo da experiência comum sobre os fatos da vida e do mundo, é fundamento universal de legitimação e de poder autorizado que, *ipso facto*, participa do princípio da razoabilidade jurídica como seu próprio substrato. Por isso, compreender que o momento da edição da lei, como elemento formal (estático), é diverso daquele de quando a lei deve ser interpretada para nela subsumir-se o caso concreto, como dado social (dinâmico), é consciência que reflete, objetivamente, o produto das decisões judiciais, com particular relevância nos quadros sociais periféricos em que as comunidades jurídicas, submetidas pela superestrutura, não conseguem construir mecanismos de controle eficazes que impeçam, ou pelo menos restrinjam, drasticamente, o florescimento das obtusidades, comissivas ou omissivas, por parte dos agentes do Estado e demais operadores do Direito.

E é como construção que se obtêm, em comento findo, as seguintes Teses:

1)Que todo empenho, mesmo quando forjado de acordo com o saber objetivo, pela razoabilidade quanto ao proceder judicial no Estado Democrático de Direito é problemático, por confinar-se ao espaço filosófico no qual é concebido, originalmente, como princípio e também como virtude.

2)Que a razoabilidade jurídica reflete a atuação do Juiz em um cenário social pós-moderno, devendo estar incorporada na cultura jurídica do povo, para o qual se

acha a serviço como dele participa e é por ele exigido, segundo a fórmula: *Loyalty to Law*.

3)Que sendo, neste sentido, acidental toda Administração da Justiça, em face do conteúdo "humano e medular" de sua operacionalidade, é também utópica a possibilidade de formulação de uma Teoria da Razoabilidade Jurídica, de modo a descrever, classificar e sistematizar, universalmente, sua aplicação efetiva no "mundo" do Direito, dependendo, outrossim, para a justificação de suas decisões, do grau de credibilidade que uma sociedade aberta lhes atribui.

•••

BIBLIOGRAFIA

Livros

AARNIO, Aulis (1991): *Lo Racional como Razonable* – Un Tratado sobre la Justificación Jurídica. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

_____ (1997): *Reason and Authority – A Treatise on the Dynamic Paradigm of Legal Dogmatics*. Aldershot: Ashgate-Dartmouth.

AARNIO, Aulis; Garzón Valdés, Ernesto; Ussila, Jyrki (1997): *La Normatividad del Derecho*. Barcelona: Gedisa Editorial.

Abbagnano, Nicola (1999): *Dicionário de Filosofia.* São Paulo: Martins Fontes.

ADEODATO, João Maurício (1996): *Filosofia do Direito – Uma Crítica à Verdade na Ética e na Ciência (Através de um Exame da Ontologia de Nicolai Hartmann).* São Paulo: Saraiva.

AGUIAR, Roberto Armando Ramos de (1987): *O que é Justiça – Uma Abordagem Dialética*. 2ª ed. São Paulo: Editora Alfa-Ômega.

_____ (1991): *A Crise da Advocacia no Brasil – Diagnóstico e Perspectivas.* São Paulo: Alfa-ômega.

ALVES, Rubem (2000): *Filosofia da Ciência – Introdução ao Jogo e a suas Regras*. São Paulo: Edições Loyola.

ANCEL, Marc (1980): *Utilidade e Métodos do Direito Comparado – Elementos de Instrução Geral ao Estudo Comparado dos Direitos.* Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor.

ANDERSEN, Torben M.; Moene O.Karl e Sandmo, Agnar (1995): *The Future of the Welfare State*. Norwich: Page Bros.

ANDRADE, Christiano José de (1991): *Hermenêutica Jurídica no Brasil*. São Paulo: RT.

ANDRADE, Lédio Rosa (1998): *O que é Direito Alternativo?*. Florianópolis: Obra Jurídica Ltda.

_____ (1992): *Juiz Alternativo e Poder Judiciário.* São Paulo: Editora Acadêmica.

ANDRADE, Mário de (s/d): *Macunaíma (O herói sem nenhum caráter)*. São Paulo: Círculo do Livro.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de (1997): *A ilusão de Segurança Jurídica – do controle da violência à violência do controle penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado.

APOSTOLOVA, Bistra Stefanova (1998): *Poder Judiciário: do Moderno ao Conemporâneo*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor.

ARISTÓTELES (s/d): *A Ética*. Rio de Janeiro: Tecnoprint.

Arlego, Edvaldo (s/d): *10 anos sem Lennon*. Recife: Edificantes.

ARRUDA Jr., Edmundo L. de (1989): *Ensino Jurídico e Sociedade – Formação, Trabalho e Ação Social.* São Paulo: Acadêmica.

ASCENSÃO, José de Oliveira (1977): *O Direito – Introdução e Teoria Geral (Uma Abordagem na Perspectiva Luso-brasileira).* 10ª ed. Coimbra: Livraria Almedina.
_____ (1978): *O Direito – Introdução e Teoria Geral.* Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian.
ASSAD, José Eberienos (1993), coordenador (diversos): *"Desafios Éticos"*. Brasília: CFM.
ASSIS, José Carlos de (1984): *A Dupla Face da Corrupção,* 3ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra.
ATIENZA, Manuel (1977): *Tras la justicia – Una introducción al Derecho y al razonamiento jurídico*. Barcelona: Ariel.
AUDI, Robert (1997): *Moral knowledge and Ethical character*. New York: Oxford University Press.
AZEVEDO, Plauto Faraco de (1989): *Crítica à Dogmática e Hermenêutica Jurídica*. Porto alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor.
_____ (1996): *Aplicação do Direito e Contexto Social*. São Paulo: RT.
BACHOF, Otto (1994): *Normas Constitucionais Inconstitucionais?* Coimbra: Livraria Almeidina.
BARACHO, José Alfredo de Oliveira (1986): *Teoria Geral do Federalismo*. Rio de Janeiro: Forense.
_____ (1995): *Teoria Geral da Cidadania – A Plenitude da Cidadania e as Garantias Constitucionais e Processuais*. São Paulo: Saraiva.
BARBI, Celso Agrícola (1987): *Do Mandado de Segurança*, 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense.
BARBOSA, Lívia (1992*): O Jeitinho Brasileiro – A arte de ser mais igual que os outros*. Rio de Janeiro: Campus.
BARBOSA, Rui (1983): *A Questão Social e Política no Brasil*. São Paulo/Rio de Janeiro: LTR/Fundação Casa de Rui Barbosa.
_____ (1991a): *O Liberalismo e a Constituição de 1988 – Textos Selecionados.* Vicente Barreto (organizador). Rio de Janeiro: Nova Fronteira/Fundação Casa de Rui Barbosa.
BARBOSA, Sebastião (1991b): *O País da Impunidade.* São Paulo: Siciliano.
BARRETO, João Batista Guerra (1973): *A Cadeira do Juiz*. Recife: Tribunal de Justiça de Pernambuco.
BARRETO, Vicente (1991), organizador (textos selecionados de Rui Barbosa): *"O Liberalismo e a Constituição de 1988* ". Rio de Janeiro: Nova Fronteira.
Barroso, Luís Roberto (1996): *Interpretação e Aplicação da Constituição – Fundamentos de uma Dogmática Constitucional Transformadora*. São Paulo: Saraiva.
BASTOS, Vânia Lomônaco; Silva, Maria Luiza Falcão (1995): *Para Entender as Economias do Terceiro Mundo.* Brasília: Editora UnB.
BATIFFOL, Henri (1968): *A Filosofia do Direito*. São Paulo: Difusão Européia do Livro.
BATTISTELLI, Luigi (1984): *La Mentira ante los Tribunales.* Bogotá: Temis Editorial.

BECKER, Alfredo Augusto (1989): *Carnaval Tributário.* São Paulo: Saraiva.
BERGALLI, Roberto (1984): *Estado Democrático y Cuestión Judicial (Vías para Alcanzar una Autêntica y Democrática Independência Judicial)*. Buenos Aires: Depalma.
Bergel, Jean-Louis (2001): *Teoria Geral do Direito*. São Paulo: Martins Fontes.
BERRI, Mario (1984): *Fede nella Giustizia.* Milano: Dott. A. Giuffrè Editore
BIELSA, Rafael (1961): *Metodologia Jurídica.* Santa Fé: Castellví.
_____ (1985): *Democracia y República*. Buenos Aires: Depalma.
BITTENCOURT, Edgard de Moura (1982)*: O Juiz – Estudos e notas sobre a carreira, função e personalidade do magistrado contemporâneo,* 2ª ed. São Paulo: LEUD.
BLALOCK, Hubert (1970): *Introducción a la Investigación Social*. Buenos Aires: Amorrortu.
BOBBIO, Norberto (1988): *Las Ideologías y el Poder en Crisis*. Barcelona: Ariel.
_____ (1989a): *O Futuro da Democracia*, 4ª ed. São Paulo: Paz e Terra.
_____ (1989b): *Teoria do Ordenamento Jurídico*. São Paulo/Brasília: Polis/UNB.
_____ (1994): *Liberalismo e Democracia*, 6ª ed. São Paulo: Brasiliense.
_____ (1994a): *Direita e Esquerda: Razões e Significados de uma Distinção Política.* São Paulo: UNESP.
BOBBIO, Norberto; Bovero, Michelangelo (1979): *Sociedade e Estado na Filosofia Política Moderna.* São Paulo: Brasiliense.
BOBBIO, Norberto; Matteucci, Nicola; Pasquino, Gianfrancesco (1991): *Dicionário de Política*, 3ª ed., vols. 1 e 2. Brasília: Editora Universidade de Brasília.
BONALD Neto, Olimpio (s/d): *Bacamarte, Povo e Pólvora*. Rio de Janeiro: Arquimedes Edições.
BONAVIDES, Paulo (1978): *A Crise Política Brasileira.* Rio de Janeiro: Forense.
BONFIM, B. Calheiros (1983): *Conceitos sobre Magistratura, Justiça e Direito.* Rio de Janeiro: Edições Trabalhistas.
BORDENAVE, Juan E. Díaz (1983): *O que é Participação.* São Paulo: Brasiliense.
BORGES, José Souto Maior (1994): *Ciência Feliz – Sobre o Mundo Jurídico e Outros Mundos*. Recife: PCR/Fundação de Cultura Cidade do Recife.
BORGES, Wilson Hilário (1993): *Historicidade e Materialidade dos Ordenamentos Jurídicos*. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo/Ícone.
BOSCHI, Renato (1991), organizador (diversos): *"Corporativismo e Desigualdade – A Construção do Espaço Público no Brasil".* Instituto Universitário de Pesquisas do Rio de Janeiro Rio de Janeiro: Rio Fundo Editora/IUPERJ.

BOTTOMORE, T.B. (1974): *As Elites e a Sociedade*. Rio de Janeiro: Zahar Editores.
BOULCAULT, Carlos E. de Abreu; Rodriguez, José Rodrigo; organizadores (2002): *Hermêutica Plural – Possibilidades Justifilosóficas em Contextos Imperfeitos*. São Paulo: Martins Fontes.
BRAUDEL, Fernand (1986): *A Dinâmica do Capitalismo.* Lisboa: Teorema.
BRUYNE, Paul de; Herman, Jacques; Schoutheete (1977): *Dinâmica da Pesquisa em Ciências Sociais.* Rio de Janeiro: Franciso Alves.
BURY, J.M. (1941): *Historia de la Libertad de Pensamiento*. México: Fondo de Cultura Economica.
BUZAID, Alfredo (1989): *Do Mandado de Segurança,* vol. I. São Paulo: Saraiva.
CAETANO, Marcello (1996) *Manual de Ciência Política e Direito* Constitucional. 6ª ed, Coimbra: Almeidina.
_____ (1977): *Princípios Fundamentais do Direito Administrativo.* Rio de Janeiro: Forense.
CAFFETZOGLUS, Alberto Nestor (s/d): *La Sociedad Criminogena*. San Izidro: Ediciones Centro Norte.
Calamandrei, Piero (1975): *Eles, os Juízes, vistos por nós, os Advogados*, 5ª ed. Lisboa: Livraria Clássica Editora–LCE
CAMARGO, Marculino (1999): *Fundamentos de Ética Geral e Profissional*. Petrópoles: Vozes.
CANNARIS, Claus–Wilhelm (1989): *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian.
CANOTILHO, J. J. Gomes (1991): *Direito Constitucional.* 5ª ed. Coimbra: Almedina
CAPPELLETTI, Mauro (1959): *Estudio del Derecho y Tirocinio Profesional – en Italia y en Alemania*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa–América.
_____ (1972): *La oralidad y las pruebas en el proceso civil*. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa–America.
_____ (1973): *El Processo Civil en el Derecho Comparado*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa–América.
_____ (1974): *L'Educazione del Giurista e la Riforma Dell'Università.* Milano: Dott. A. Giuffrè Editore.
_____ (1989): *Juízes Irresponsáveis?* Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor.
CAPPELLETTI, Mauro; Garth, Bryant (1988): *Acesso à Justiça*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor.
Carnelutti, Francesco (1989): *Las Miserias del Proceso Penal.* Bogotá: Editorial Temis.
CARVALHO, A. A. Contreiras de (1983a): *Lei Orgânica da Magistratura Nacional Interpretada.* Rio de Janeiro: Freitas Bastos.
CARVALHO, Amilton Bueno de (1992): *Magistratura e Direito Alternativo.* São Paulo: Editora Acadêmica.

CARVALHO, Geraldes de (1983b): *Introdução ao Método de Aplicação Científica do Direito.* Coimbra: Centelha.
CAVALCANTI, Pedro (1991): *A Corrupção no Brasil.* São Paulo: Siciliano.
CHAUÍ, Marilena (1997): *Convite à Filosofia.* 8ª ed. São Paulo: Editora Ática.
_____ (2000): *Brasil – Mito Fundador e Sociedade Autoritária.* São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo.
CHIOVENDA, José (1977): *Principios de Derecho Procesal Civil*, tomo I. Madrid: Reus, S.A.
_____ (1977): *Princípios de Derecho Procesal Civil.* Tomo I. Madrid: Reus, S.A.
CHOMSKY, Noam (1993)*: Camelot – Os anos Kennedy.* São Paulo: Scrita Editorial.
CIRILLO, Gianpiero Paolo; Sorrentino, Federico (1988): *La Reponsabilitá del Giudice*. Napoli: Jovene Editore.
COMPARATO, Fábio Konder (1989): *Para Viver a Democracia*. São Paulo: Brasiliense.
COMTE, Auguste (1978): *Curso de Filosofia Positiva e Discurso sobre o Espírito Positivo (Coleção os Pensadores).* São Paulo: Abril Cultural.
CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL/Centro de Estudos Judiciários (1995): *"Escola da Magistratura e Formação do Juiz"*. Brasília: CJF/CEJ.
CORBISIER, Roland (1987): *Enciclopédia Filosófica*, 2ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira.
CORRÊA, Oscar Dias (1987): *O Supremo Tribunal Federal, Corte Constitucional do Brasil*. Rio de Janeiro: Forense.
_____ (1995): *Crítica da Ideologia Jurídica – Ensaio Sócio-Semiológico*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor.
COUTURE, Eduardo J. (1976): *Los Mandamientos del Abogado.* Buenos Aires: Depalma.
_____ (s/d): *Introdução ao Estudo do Processo Civil*, 3ª ed. Rio de Janeiro: José Konfino –Editor.
CRETELLA Júnior, J. (1990): *Direito Administrativo Comparado.* Rio de Janeiro: Forense.
CUNHA, Fernando Whitaker da (1990): *Direito Constitucional do Brasil.* Rio de Janeiro: Renovar.
CUNHA, Paulo Ferreira da (s/d): *Quadros Institucionais – Do Social ao Jurídico.* Porto: RÉS–Editora .
DALLARI, Dalmo de Abreu (1996): *O Poder dos Juízes.* São Paulo: Saraiva.
DAMATTA, Roberto (1990): *Carnavais, Malandros e Heróis – Para uma Sociologia do Dilema Brasileiro*, 5ª ed. Rio de Janeiro: Guanabara.
_____ (1993): *Conta de Mentiroso – Sete ensaios de antropologia brasileira*. Rio de Janeiro: Rocco.
DAVID, René (1972): *Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo – Direito Comparado.* Lisboa: Editora Meridiano, Limitada

DEJOURS, Christophe (1999): *A Banalização da Injustiça Social*. Rio de Janeiro: Editora Fundação Getúlio Vargas.
DEL NERO, João (1987): *Interpretação Realista do Direito e seus Reflexos na Sentença*. São Paulo: RT.
DESCARTES, René (1989): *Discurso do Método*. Comentários: DENIS Huisman. Brasília/São Paulo: UnB/Ática.
DIAS, Elías (1984): *Sociología y Filsofia del Derecho*. Madrid: Taurus.
DINIZ, Maria Helena (1975): *A Ciência Jurídica*. São Paulo: Ed. Resenha Universitária.
_____ (1985): *Conceito de Norma Jurídica como Problema de Essência*. São Paulo: RT.
DUARTE, José Florentino (1988): *Teoria do Direito e do Estado do Terceiro Milênio* (Oração de Paraninfo – Segundo Semestre/88 – Curso de Direito – UFPb). João Pessoa: Edições UFPb.
DWORKIN, Ronald (1978): *Talking Rights Seriously*. Cambridge: Harvad University Press.
_____ (1997): *Law's Empire*. Cambridge: Harvard University Press.
_____ (2000): *Uma Questão de Princípio*. São Paulo: Martins Fontes.
EÇA, Matias Aires Ramos da Silva (1966): *Reflexões sobre a Vaidade dos Homens*. São Paulo: Martins.
EHLICH, Eugen (1986): *Fundamentos de Sociologia do Direito*. Brasília: EunB.
EINSTEIN, Albert (1981): *Como Vejo o Mundo*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira.
_____ (1981): *Como vejo o mundo*. 8ª ed., Rio de Janeiro: Nova Fronteira.
ENGISH, Karl (1977): *Introdução ao Pensamento Jurídico*, 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian.
FAGUNDES, M. Seabra (1967): *O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*, 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense.
_____ (1982): *A Legitimidade do Poder Político na Experiência Brasileira*. Recife: OAB-PE.
_____ (1984): *O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*, 6ª ed. São Paulo: Saraiva.
_____ (1984a): *Instrumentos Institucionais de Combate à Corrupção – Tese 14 à Conferência Nacional da OAB*. Recife: OAB.
_____ (1984b): *O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*, 6ª ed. São Paulo: Saraiva.
FAORO, Raimundo (1989): *Os Donos do Poder*, 8ª ed., vols. 1-2. São Paulo: Globo.
_____ (1976): *Machado de Assis – A Pirâmide e o Trapézio*. São Paulo: Editora Nacional/Secretaria de Cultura, Ciência e Tecnologia do Estado de S.Paulo.
FARHAT, Emil (1987): *O Paraíso do Vira-bosta*, 2ª ed. São Paulo: T.A. Queiroz, Editor.

FARIA, José Eduardo (1985): *A Crise Constitucional e a Restauração da Legitimidade.* Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor.
_____ (1987): *A Reforma do Ensino Jurídico.* Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor.
_____ (1989), organizador (diversos): *"Direito e Justiça – A Função Social do Judiciário".*São Paulo: Ática.
_____ (1991): *Justiça e Conflito (Os Juízes em Face dos Novos Movimentos Sociais).* São Paulo: RT.
_____ (1995): *O Poder Judiciário no Brasil: Paradoxos, Desafios e Alternativas.* Brasília: Conselho da Justiça Federal.
FEDERICO, Giuseppe di (1989), a cura di: *"Caratteristiche Socio-culturali della Magistratura – Le tendenze degli ultimi venti anni".* Padova: CEDAM .
FERNANDES, Anacleto de Magalhães (1975): *Temas de Filosofia e Direito.* Braga: Editora Pax.
FERNANDEZ, Alberto Vicente (1980): *Funcion Creadora del Juez.* Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
FERNÁNDEZ, Eusebio (1990): *Estudios de Etica Juridica.* Madrid: Editorial Debate.
FERRARA, Francesco (1978): *Interpretação e Aplicação das Leis*, 3ª ed. Coimbra: Armênio Amado – Editor, Sucessor.
FERRAZ Jr., Tércio Sampaio (1976): *Conceito de Sistema no Direito*. São Paulo: RT.
_____ (1997): *Direito, Retórica e Comunicação*. São Paulo: Saraiva.
FERRAZ, Anna Candida da Cunha (1986): *Processos Informais de Mudança da Constituição: Mutações Constitucionais e Mutações Inconstitucionais*. São Paulo: Max Limonad.
FERREIRA Filho, Manoel Gonçalves (1974): *Direito Constitucional Comparado –I) O Poder Constituinte.* São Paulo: José Bushatsky, Editor.
FERREIRA, Pinto (1974): *Curso de Direito Constitucional.* São Paulo: Saraiva.
_____ (1992): *Comentários à Constituição Brasileira*, 4º vol (arts. 92 a 126). São Paulo: Saraiva.
Fonseca, João Bosco Leopoldino da (1995): *Direito Econômico*. Rio de Janeiro: Forense.
FORRESTER, Viviane (1997): *O Horror Econômico*. São Paulo: UNESP.
FRANCA S.J., Pe. Leonel (1987): *Noções de História da Filosofia.*23ª ed. Rio de Janeiro: Agir Editora.
FRANCO Sobrinho, Manoel de Oliveira (1993): *O Princípio Constitucional da Moralidade Administrativa*, Curitiba: Genesis
FREIRE, Paulo (1983): *Educação e Mudança,* 8ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra.
_____ (1988): *Pedagogia do Oprimido,* 18ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra.

FREITAG, Bárbara (1980): *Escola, Estado e Sociedade*. 4ª ed. São Paulo: Editora Moraes.
FREYRE, Gilberto (1973): *Casa-Grande & Senzala – Formação da Família Brasileira sob o Regime da Economia Patriarcal,* 16ª ed. Rio de Janeiro: Livraria José Olympio Editora.
_____ (1985): *Vida Social no Brasil nos Meados do Século XIX*, 3ª ed. Recife: Massangana.
FROCHAM, Manuel Ibañez (1972): *La Jurisdicción*. Buenos Aires: Astrea.
FULLER, Lon L. (1986): *La moralità del diritto*. Milano: Giuffrè Editore.
FURTADO, Celso (1998): *O Capitalismo Global*. Rio de Janeiro: Paz e Terra.
_____ (s/d): *O Mito do Desenvolvimento Econômico*. São Paulo: Círculo do Livro.
Fusfeld, Daniel R. (1993): *The Age of the Economist.* New York: HarperCollins College Publishers.
GADAMER, Hans-Georg (1998): *O problema da consciência histórica*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas Editora.
GALLARDO, Angel Ossorio y (1956): *A Alma de Toga.* Coimbra: Coimbra Editora.
GARÇON, Maurice (1981): *O Advogado e a Moral*, 2ª ed. Coimbra: Armênio Amado-Editor, Sucessor.
GARDIOL, Ariel Alvarez (1976): *Manual de Filosofía del Derecho*. Buenos Aires: Editorial Astrea.
GAYLIN, Willard (1974): *Partial Justice – A Study of Bias in Sentencing*. New York: Alfred A. Knopf, Inc.
GEMELLI O.F.M, Fr. Agostinho (1962): *Introdução à Psicologia*. Rio de Janeiro: Livro Ibero-Americano, Ltda.
GENARO, R. Carrio(1970): *Principios Jurídicos y Positivismo Juridico.* Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
GILISEN, John (1995): *Introdução Histórica ao Direito.* Lisboa: Fundação Calouste Goulbenkian.
GIOJA, Ambrosio L. (1973): *Ideas para una Filosofia del Derecho.* Tomo II. Buenos Aires: Didot, S.C.A.
GOMES Fº, Antonio Magalhães (1997): *Direito à prova no Processo Penal*. São Paulo: Revistas dos Tribunais.
GOMES, Roberto (1990): *Crítica da Razão Tupiniquim*, 10ª ed. São Paulo: FTD.
GORKI, Maximo (1984): *Como Aprendi a Escrever*. Porto Alegre: Mercado Aberto.
GOYARD-Fabre, Simone (1999): *Os princípios filosóficos do Direito Político Moderno*. São Paulo: Martins Fontes.
GRAU, Eros Roberto (1990): *A Ordem Econômica na Constituição de 1988 (Interpretação e Crítica)*. São Paulo: RT.
GROPPALI, Alessandro (1978): *Introdução ao Estudo do Direito*. Coimbra: Coimbra Editora.
GUIBOURG, Ricardo A. (1986): *Derecho, Sistema y Realidad.* Buenos Aires: Editorial Astrea.
GUSMÃO, Paulo Dourado de (1976): *Introdução à Ciência do Direito*, 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense.

HABERMAS, Jürgen (1996): *La Lógica de las Ciencias Sociales*. 3ª ed., Madrid: Editorial Tecnos, S.A.
HART, H.L.A. (1983): *Essays in Jurisprudence and Philosophy*. Oxford: Claredon Press.
_____ (1987): *Direito, Liberdade, Moralidade*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, Editor.
HART, L.A. Herbert (1986): *O Conceito de Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian.
HEADY, Ferrel (1970): *Administração Pública – Uma Perspectiva Comparada*. Rio de Janeiro: Zahar Editores.
HERKENHOFF, João Baptista (1990): *Direito e Utopia.* São Paulo: Acadêmica.
HESSEN, Johannes (1978): *Teoria do Conhecimento,* 7ª ed. Coimbra: Arménio Amado – Editor, Sucessor.
HIRSCHBERG, Eliyahu (1976): *El Principio Nominalista – Un Enfoque Jurídico Acerca de la Inflación, la Deflación, la Devaluación y la Revaluación*. Buenos Aires: Depalma.
HIRSCHBERG, Max (1969): *La Sentencia Erronea en el Proceso Penal*. Buenos Aires: Europa-América.
HOLANDA, Sérgio Buarque de (1983): *Raízes do Brasil*, 16ª ed. Rio de Janeiro: Livraria José Olympio Editora.
IHERING, Rudolv Von (1978): *A Luta pelo Direito.* São Paulo: José Buchatsky Editor.
JAGUARIBE, Hélio (1989): *Alternativas do Brasil,* 2ª ed. Rio de Janeiro: José Olympio Editora.
JASPERS, Karl (1999): *Introdução ao pensamento filosófico*. São Paulo: Editora Cultrix.
JESUS, Damásio E. de (1995): *Lei dos Juizados Especiais Criminais Anotada*. São Paulo: Saraiva.
JOLIVET, Régis (1967): *Tratado de Filosofia II – Psicologia*. Rio de Janeiro: Agir Editora.
KALINOWSKI, Georges (1975): *Lógica del Discurso Normativo*. Madrid. Editorial Tecnos.
KANT, I. (1978): *Introduccion a la Teoria del Derecho*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
_____ (1989): *Crítica da Razão Pura*. 2ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian.
KAPLAN, Abraham (1972): *A Conduta na Pesquisa, Metodologia para as Ciências do Comportamento*. São Paulo: Herder/EDUSP.
KAUFMANN, Armin (1976): *Teoria da Norma Jurídica.* Rio de Janeiro: Editora Rio.
KAUFMANN, Felix (1977): *Metodologia das Ciências Sociais.* Rio de Janeiro: Francisco Alves.
KELSEN, Hans (1976): *Teoria Pura do Direito*, 4ª ed. Coimbra: Armênio Amado Editor, Sucessor.
_____ (1977): *Esencia y Valor de la Democracia.* Madrid: Ediciones Guadarrama.
_____ (1990): *Teoria Geral do Direito e do Estado.* São Paulo/Brasília: Martins Fontes/UNB.
_____ (1995): *A Ilusão da Justiça*. São Paulo: Martins Fontes.

_____ (1996): *O Problema da Justiça*. São Paulo: Martins Fontes.
KELSEN, Hans e Klug, Ulrich (1984): *Normas Jurídicas e Análise Lógica*. Rio de Janeiro: Forense.
KREMER-Marietti, Angèle (1989): *A Ética*. Campinas: Papirus.
LACAMBRA, Luis Legaz y (1979): *Filosofia del Derecho*. 5ª ed. Barcelona: Bosch, Casa Editorial, S.A.
LACROIX, Jean (s/d): *Kant e o Kantismo*. Porto: Rés Editora.
LAHR, C. (1968): *Manual de Filosofia*. Porto: Livraria Apostolado da Imprensa.
Langaro, Luiz Lima (1992): *Curso de Deontologia Jurídica*. São Paulo: Saraiva.
LARENZ, Karl (1969)*: Metodologia da Ciência do Direito, 2ª ed.* Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian.
_____ (1985): *Derecho Justo – Fundamentos de Etica Juridica*. Madrid: Civitas.
LASSALLE, Ferdinand (1985): *A Essência da Constituição*. Rio de Janeiro: Liber Juris.
LEAL, Victo Nunes (1997): *Coronelismo, Enxada e Voto*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira.
LEANDRO, Manuela (1977), tradutora (textos da Revista Actes): *"A Justiça e o Advogado"*. Coimbra: Centelha.
LEITE, Celso Barroso (1987a), organizador (diversos): *Sociologia da Corrupção*. Rio de Janeiro: Zahar.
LEITE, Evandro Gueiros (1987b): *Da Irredutibilidade dos Vencimentos da Magistratura*. Caderno nº 169. Caruaru: Edição da Faculdade de Direito de Caruaru.
LIEBMAN, Enrico Tullio (1981): *Eficácia e Autoridade da Sentença*, 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense.
LIMA, Alcides de Mendonça (1989): *O Poder Judiciário e a nova Constituição*. Rio de Janeiro: AIDE.
LIMA, Hermes (1976): *Introdução à Ciência do Direito*. Rio de Janeiro: Biblioteca Jurídica Freitas Bastos.
LINHARES, José Manuel Aroso (1989): *Habermas e a universalidade do Direito – A "reconstrução" de um modelo "estrutural"*. Coimbra: Livraria Almedina.
LIPSON, Leslie (1966): *A Civilização Democrática*, v. II. Rio de Janeiro: Zahar Editores.
LOEWENSTEIN, Karl (1979): *La Teoria de la Constitución*. Barcelona: Ariel.
LOPES, Maurício Antônio Ribeiro (1993): *Ética e Administração Pública*. São Paulo: RT
LOPEZ, Luiz Roberto (1987): *Brasil Recente – Instituições e Problemas,* 2ª ed. Porto Alegre: Sagra.
LUNA, Everardo da Cunha (1985): *Capítulos de Direito Penal Parte Geral*. São Paulo: Saraiva.
LUTZENBERGER, José A. (1980): *Pesadelo Atômico*. São Paulo: CHED.
LYONS, David (1989): *Ética y Derecho*. Barcelona: Ariel.
_____ (1990): *As Regras Morais e a Ética*. Campinas: Papirus.

_____ (1993): *Moral Aspects of Legal Theory-Essays on Law, Justice, and Political Responsability*. Cambridge: Cambridg University Press.
LYRA Fº, Roberto (1980): *Para um Direito sem Dogmas*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor.
LYRA, Roberto (1988): *Formei-me em Direito. E agora?*, 2ª ed. Rio de Janeiro: José Olympio.
_____ (s/d): *Como julgar, como defender, como acusar*. Rio de Janeiro: Editora Científica.
MACHADO Neto, Antônio Luís (1975): *Teoria da Ciência Jurídica*. São Paulo: Saraiva.
MACHADO, Hugo de Brito (2000): *Uma Introdução ao Estudo do Direito*. São Paulo: Dialética.
MACHADO, Roberto (1985): *Nietzsche e a Verdade*, 2ª ed. Rio de Janeiro: Rocco.
MAGALHÃES, Maria da Conceição Ferreira (1989): *A Hermenêutica Jurídica*. Rio de Janeiro: Forense.
MAGALHÃES, Roberto Barcellos de (1974): *Comentários ao Novo Código de Processo Civil*, vol.I. Rio de Janeiro: José Konfino.
MALBRÁN, Manuel E. (1978): *La Crisis Contemporánea y la Idea del Derecho*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
MANGABEIRA, João (1946): *Rui – O Estadista da República*, 2ª ed. São Paulo: Livraria Martins Editora.
MANNHEIM, Karl (1986): *Ideologia e Utopia*. Rio de Janeiro: Editora Guanabara.
MANTEGA, Guido (1984): *A Economia Política Brasileira*. Petrópoles: Vozes.
MARINHO, Josaphat (1998): "Ética e Justiça.". *Ética, Justiça e Direito – Reflexões sobre a Reforma do Judiciário*. PINHEIRO, Pe. José Ernanne e outros (organizadores, CNBB). Petrópolis: Vozes.
MARMOR, Andrei (1995): *Law and Interpretation*. Oxford: Claredon Press.
MARQUES, José Frederico (1979): *Manual Direito Processual Civil*, vol 2º, 1ª parte. São Paulo: Saraiva.
MASSINI, Carlos Ignacio (1978): *Sobre el Realismo Juridico – El Concepto de Derecho, su Fundamento, su Concrecion Judicial*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
_____ (1983): *La Prudencia Juridica*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
MATOS, Gregório de (1990): *Obra Poética*, vol. 1. Rio de Janeiro: Record.
MAXIMILIANO, Carlos (1981): *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense.
MAYNEZ, Eduardo García (1977): *Filosofía del Derecho*. 2ª ed, México: Editorial Porrua, S.A.
MCCORMACK, Mark H. (1987): *O que não se Ensina nas Faculdades de Direito*, 2ª ed. Lisboa: Europa-América.
MEIRELLES, Hely Lopes (1987): *Mandado de Segurança, Ação Popular e Ação Civil Pública*, 11ª ed. São Paulo: RT.

_____ (1994): *Direito Administrativo Brasileiro*, 19ª ed. São Paulo: Malheiros.
_____ (1996): *Direito Administrativo Brasileiro.* São Paulo: Malheiros.
MELENDO, Santiago Sentís (1957): *El Juez y el Derecho.* Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America.
MELLO, Celso Antônio Bandeira de (1984): *O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*, 2ª ed. São Paulo: RT
_____ (1992): *Elementos de Direito Administrativo*, 3ª ed. São Paulo: Malheiros Editores.
_____ (1995): *Curso de Direito Administrativo*, 6ª ed. São Paulo: Malheiros Editores.
_____ (2000): *Curso de Direito Administrativo.* 12ª ed. São Paulo: Malheiros.
MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de (1969): *Princípios Gerais de Direito Administrativo*, vol.I. Rio de Janeiro: Forense.
MELO Filho, Álvaro (1986): *Reflexões sobre o Ensino Jurídico*. Rio de Janeiro: Forense.
MENDONÇA, Paulo Roberto Soares (1997): *A Argumentação nas decisões judiciais*. Rio de Janeiro: Renovar.
MENEZES, Djacir (1964): *Introdução à Ciência do Direito.* Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos.
MÉSZÁROS, Istvan (1989): *Produção Destrutiva e Estado Capitalista*. São Paulo: Ensaio.
MILL, John Stuart (1991): *Sobre a Liberdade*. 2ª ed. Petrópolis: Vozes.
MITTERMAIER, C.J.A. (1996): *Tratado da Prova em Matéria Criminal*. 3ªed, Campinas: Bookseller.
MODIM, Battista (1980): *O Homem, Quem é Ele? – Elementos de Antropologia Filosófica*, 7ª ed. São Paulo: Edições Paulinas.
MONCADA, L. Cabral de (1966): *Filosofia do Direito e do Estado – Doutrina e Crítica*, Vol. 2°. Coimbra: Coimbra Editora.
MONTESQUIEU (1979): *Do Espírito das Leis*. Coleção Os Pensadores. São Paulo: Abril Cultural
MORTON, Adam (1977): *A Guide Through the Theory of Knowledge*. 2° ed. Oxford: Blackwell Publisher Ltd.
MORUS, Thomas (s/d): *A Utopia.* Rio de Janeiro: Tecnoprint.
MOUCHET, Enrique (1941): *Percepción, Instito y Razón*. Buenos Aires: Joaqun Gil-Editor.
NAHAT, Ricardo (1991): *Anatomia da Corrupção. São Paulo: Ricardo Nahat.*
NALINI, José Renato (1992), coordenador (diversos): *"Curso de Deontologia da Magistratura".* São Paulo: Saraiva.
_____ (1994), coordenador (diversos): *Formação Jurídica*. São Paulo: RT.
_____ (1994): *O Juiz e o acesso à Justiça*. São Paulo: RT.
NERO, João del (1987): *Interpretação realista do Direito*. São Paulo: RT.

NEVES, Marcelo (1994): *A Constitucionalização Simbólica*. São Paulo. Editora Acadêmica.
NIETZSCHE, Friedrich (s/d): *A Genealogia da Moral.* Rio de Janeiro: Tecnoprint.
NIGRO, Felix A. (1966): *Administração de Pessoal no Serviço Público*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas.
NOGUEIRA, Roberto Wanderley (1981): *Reflexão acerca da Segurança Jurídica como Valor.* Recife: Comunicarte.
_____ (1991): *Restaurando a Justiça Federal – Uma Proposta de Revisão Constitucional*. Recife: Pindorama.
_____ (2003): *Justiça Acidental – Nos Bastidores do Poder Judiciário*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor.
NORES, Cafferata (1988): *La prueba en el Processo Penal*. Buenos Aires: Depalma.
NOVAES, Adauto (1992), organizador (diversos): *"Ética"*. Secretaria Municipal de Cultura. São Paulo: Companhia das Letras/SMC.
NUNES, José de Castro (1950): *Da Fazenda Pública em Juízo.* São Paulo: Freitas Bastos.
NUNES, Luiz Antonio Rizzatto (1997): *A Intuição e o Direito – Um Novo Caminho*. Belo Horizonte: Del Rey.
OIKEUSMINISTERIÖ–Suomi (1983): *Making and Applying Law in Finland* (tradução do original em finlandês de Aaron Bell). Helsinki: Ministry of Justice–Finland.
OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de (2003): *Por uma Teoria dos Princípios – O Princípio Constitucional da* Razoabilidade. Rio de Janeiro: Lúmen Júris.
OLIVEIRA, Luciano; Adeodato, João Maurício (1996): *O Estado da Arte da Pesquisa Jurídica e Sócio-jurídica no Brasil.* Brasília: Conselho da Justiça Federal/Centro de Estudos Judiciários
OLIVERIA, Gilberto Callado de (2000): *A Verdadeira Face do Direito Alternativo*. 2ª ed. Curtiba: Juruá Editora.
OÑATE, Flavio Lopes de (1961): *Filosofia de Derecho*, I. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa–América.
ORTEGA y Gasset, José (1987): *A Rebelião das Massas*. São Paulo: Martins Fontes.
PAUPÉRIO, A. Machado (1974): *Introdução à Ciência do Direito.* Rio de Janeiro: Forense.
PAZ, Nerva Bordas de Rojas (1990): *Pespectivas Etico-juridicas – Una Lectura Americana*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
PÉCAUT, Pierr–F (s/d): E*lementos de Philosophia Moral*. Rio de Janeiro: Livraria Garnier.
PEDROSA, Bernardette (1978): *Estado de Direito e Segurança Nacional*. Recife: OAB/PE.
PEGORARO, Olinto A. (2000): *Ética e Justiça*. 5ª ed., Petrópoles: Vozes.
PERELMAN, Chaïm (1996): *Ética e Direito*. São Paulo: Martins Fontes.
_____ (1997): *Retóricas*. São Paulo: Martins Fontes.

_____ (1998): *Lógica Jurídica*. São Paulo: Martins Fontes.
PERELMAN, Chaïm; Olbrechts-Tyteca (1996): *Tratado da Argumentação – A Nova Retórica*. São Paulo: Martins Fontes.
PÉREZ, Rafael Gómez (1982): *Deontologia Jurídica.* Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra-EUNSA.
Peristiany, John G. (1988): *Honra e Vergonha,* 2ª ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian.
PETERSON, Olof; Jörgen Hermansson; Micheletti, Michele; Westholm, Anders (1997): *Democracy and Leadership*. Stockholm: SNS Förlag.
PETERSSON, Olof (1994): *The Governement and Politics of the Nordic Countries*. Stockhom: Gotab.
PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di (1995): *Direito Administrativo*, 5ª ed. São Paulo: Atlas.
_____ (2001): *Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988.* 2ª ed. São Paulo: Atlas.
PIGNATARI, Décio (1989): *Informação, Linguagem, Comunicação*. São Paulo: Cultrix.
PIHLAJAMÄKI, Heikki (1997): *Evidence, Crime, and the Legal Profession – The Emergence of Free Evaluation of Evidence in the Finnish Nineteenth-Century Criminal Procedure*. Lund: NERENIUS & Santérus Förlag AB, Stockholm.
PINSKY, Jaime; Eluf, Luiza Nagib (1993): *Brasileiro(a) é assim mesmo – Cidadania e Preconceito.*São Paulo: Contexto.
PINTO, Francisco Bilac Moreira (1960): *Enriquecimento Ilícito no Exercício de Cargos Públicos. Rio de Janeiro: Forense*
PIRES, Francisco Lucas (1997): *Introdução ao Direito Constitucional Europeu.* Coimbra: Livraria Almedina.
POPPER, Karl (1975): *Conhecimento Objetivo – Uma Abordagem Evolucionária*. Belo Horizonte: Itatiaia/Edusp.
_____ (1959): *A Sociedade Democrática e Seus Inimigos.* Belo Horizonte: Editora Itatiaia Limitada.
PORTANOVA, Rui (1994): *Motivações Ideológicas da* Sentença. Porto Alegre: Livraria do Advogado.
PRADE, Péricles (1987): *Conceito de Interesses Difusos,* 2ª ed. São Paulo: RT.
PRADO Júnior, Caio (1965): *Formação do Brasil Contemporâneo – Colônia*, 8ª ed. São Paulo: Editora Brasiliense.
PUGLIESI, Roberto J. (1987): *Curso de Direito Judiciário.* Rio de Janeiro: Forense.
QUEIROZ, Raphael Augusto Sofiati (2000): *Os Princípios da Razoabilidade e Proporcionalidade das Normas e sua Repercussão no Processo Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris.
RAWLS, John (1985): *Teoria de la Justicia*. México: Fondo de Cultura Económica.
_____ (2000): *Justiça e Democracia*. São Paulo: Martins Fontes.
RAZ, Joseph (1977): *Il Concetto di Sistema Giuridico.* Bologna: Il Mulino.

REALE, Miguel (1940): *Teoria do Direito e do Estado*. São Paulo: Livraria Martins Editora.
_____ (1976): *O Direito como Experiência*. São Paulo: Saraiva.
_____ (1990): *Nova Fase do Direito Moderno*. São Paulo: Saraiva.
REBOUL, Olivier (2000): *Introdução à Retórica*. São Paulo. Martins Fontes.
REGA, Lourenço Stelio (2000): *Dando um jeito no Jeitinho – Como ser ético sem deixar de ser brasileiro*. São Paulo: Editora Mundo Cristão.
RIBEIRO, Darcy (1995): *O Povo Brasileiro – A formação e o sentido do Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras.
RIGAUX, François (2000): *A Lei dos Juízes*. São Paulo: Martins Fontes.
RIGGS, Fred W. (1968): *Administração nos Países em Desenvolvimento – A Teoria da Sociedade Prismática*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas.
RILEY, Matilda White; Nelson, Edward E. (1974): *A Observação Sociológica, uma Estratégia para um novo Conhecimento Social* (trad. Luiz Fernando Dias Duarte). Rio de Janeiro: ZAHAR.
ROCCO, Alfredo (1985): *La Sentencia Civil – La Interpretación de las Leyes Processales*. Tijuana: Cardenas, Editor y Distribuidor.
_____ (1985): *La Sentencia Civil – La Interpretación de las Leyes Procesales*. Tijuana: Cardenas, Editor y Distribuidor.
ROCHA, Gelásio (1985): *Estatuto dos Magistrados Judiciais Anotado e Estatuto da Ordem dos Advogados*. Coimbra: Almedina.
RODRIGUES, Horácio Wanderlei (1988): *Ensino Jurídico: Saber e Poder*. São Paulo: Acadêmica.
ROSENFIELD, Denis L. (1990): *Filosofia Política & Natureza Humana – uma introdução à filosofia política*. Porto Alegre: L&P Editores.
ROSS, Alf (2000): *Direito e Justiça*. São Paulo: Édipo.
ROTERDÃO, Erasmo de (1987): *Elogio da Loucura*. 7ª ed. Lisboa: Guimarães & Cia. Editores.
ROUSSEAU, Jean-Jacques (1989): *O Contrato Social*. São Paulo: Martins Fontes.
_____ (s/d): *O Contrato Social (Princípios de Direito Político)*. Rio de Janeiro: Tecnoprint.
SÁ, José Adonis Callou de Araújo (2002): *Ação Civil Pública e Controle de Constitucionalidade*. Belo Horizonte: Del Rey.
SALAZAR, Alcino (1975): *Poder Judiciário – Bases para Reorganização*. Rio de Janeiro: Forense.
SALDANHA, Nelson (1989): *Sociologia do Direito*. 3ª ed. São Paulo: RT.
_____ (1992): *Ordem e Hermenêutica – Sobre as relações entre as formas de organização e pensamento interpretativo, principalmente no direito*. Rio de Janeiro: Renvar.

SANCHES, Sydney (1978): *Poder Cautelar Geral do Juiz*. São Paulo: RT.
SANDRONI, Paulo (1989): *Dicionário de Economia,* 6ª ed. São Paulo: Editora Best Seller.
SANTOS, Boaventura de Sousa (1997): *Pela Mão de Alice – O Social e o Político na Pós-modernidade.* São Paulo: Cortez.
SANTOS, Moacir Amaral (1991): *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*, 2º vol, 14ª ed. São Paulo: Saraiva.
SANTOS, Wanderley Guilherme dos (1987): *Cidadania e Justiça – A Política Social na Ordem Brasileira*, 2ª ed. Rio de Janeiro: Campus.
SAVIGNY, Fiedrich Karl von (1979): *Metodología Jurídica.* Buenos Aires: Depalma.
SCARMAN, Lorde Leslie (1978): *O Direito Inglês – A Nova Dimensão*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor.
SCHOPENHAUER, Arthur (s/d.a): *O Mundo como Vontade e Representação*. Porto: Rés.
_____ (s/d.b): *Los Dolores del Mundo*. Buenos Aires: Editorial Tor.
SCHWARTZENBERG, Roger-Gérard (1978): *O Estado Espetáculo*. São Paulo: Difel.
SCIASCIA, Leonardo (1987): *1912 + 1*. Rio de Janeiro: Rocco.
_____ (1988a): *A Denúncia*. Rio de Janeiro: Rocco.
_____ (1988b): *A Trama*. Rio de Janeiro: Rocco..
_____ (1989): *A Bruxa e o Capitão.* Rio de Janeiro: Rocco.
_____ (1990a): *Crucigrama.* México: Fondo de Cultura Económica.
_____ (1990b): *Portas Abertas*. Rio de Janeiro: Rocco.
_____ (1991a): *Majorana Desapareceu.* Rio de Janeiro: Rocco.
_____ (1991b): *Sicilia como Metáfora – Conversaciones com Marcelle Padovani.* México: Fondo de Cultura Económica.
SEMANA, Paolo (1981): *Linguagem e Poder.* Brasília: Editora Universidade de Brasília.
SEVERINO, Antônio Joaquim (1993): *Metodologia do Trabalho Científico*, 19ª ed. São Paulo: Cortez .
SHIRLEY, Robert Weaver (1987): *Antropologia Jurídica.* São Paulo: Saraiva.
SICHES, Luis Recasens (1978): *Tratado general de Filosofia del Derecho*. 6ª ed., México: Editorial Porrua, S.A.
Silva, De Plácido e (1987): *Vocabulário Jurídico*, vol. I. Rio de Janeiro: Forense.
SILVA, José Afonso da (1989): *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 5ª ed. São Paulo: RT.
_____ (1998): *Aplicabilidade das Normas Constitucionais,* 3ª ed. São Paulo: Malheiros.
_____ (2000): *Curso de Direito Constitucional Positivo.* 17ª ed, São Paulo: Malheiros.
SILVA, Octacílio Paula (1994)*: Ética do magistrado à luz do direito comparado.* São Paulo: RT.

SILVEIRA, Alípio (1968): *Hermenêutica no Direito Brasileiro*. São Paulo: RT.
SINGER, Paul (1991): *Curso de Introdução à Economia Política*. Rio de Janeiro: Forense.
SODER, José (1995): *A União Européia*. São Leopoldo: Editora Unisinos.
SODRÉ, Muniz (1988): *A comunicação do grotesco – Um ensaio sobre a cultura de massa no Brasil*, 11ª ed. Petrópoles: Vozes.
SOIBELMAN, Leib (1979): *Enciclopédia do Advogado*, 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Rio/Faculdades Integradas Estácio de Sá.
_____ (1979): *Enciclopédia do Advogado*. Rio de Janeiro: Editora Rio.
SOUTO, Cláudio e Solange (1981): *Sociologia do Direito*. Rio de Janeiro/São Paulo: LTC/EDUSP.
_____ (1985): *A Explicação Sociológica – Uma Introdução à Sociologia*. São Paulo: Editora Pedagógica e Universitária Ltda – EPU.
SOUZA, Carlos Aurélio Mota de (1987): *Poderes Éticos do Juiz – A igualdade das partes e a repressão ao abuso no processo*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor.
SOUZA, Daniel Coelho de (1979): *Interpretação e Democracia*. 2ª ed., São Paulo: RT.
SPOTA, Alberto G. (1985): *O Juiz, o Advogado e a Formação do Direito através da Jurisprudência*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor.
STAMMLER, Rudolf (1980): *Tratado de Filosofia del Derecho*. México: Editora Nacional.
_____ (1980a): *El Juez*. México: Editora Nacional.
STEPAN, Alfred (1975): *Os Militares na Política*. Rio de Janeiro: Artenova.
STRECK, Lenio Luiz; Morais, José Luis Bolzan de (2001): *Ciência Política e Teoria Geral do Estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, Editora.
SUANNES, Adauto (1999): *Os Fundamentos Éticos do Devido Processo Penal*. São Paulo: RT.
SUNG, Jung Mo (1989): *A Idolatria do Capital e a Morte dos Pobres – Uma Reflexão Teológica a partir da Dívida Externa*. Brasília: Editora UnB.
TAMBÁ, Vassanta Porobo (1980): *Os Tribunais e as Magistraturas (ou sobre as Reformas Judiciárias)*. Coimbra: Livraria Almedina.
TAWIL, Guido Santiago (1989): *La Responsabilidad del Estado y de los Magistrados y Funcionarios Judiciales por el mal funcionamiento de la Administración de Justicia*. Buenos Aires: Depalma.
TELLES Jr., Goffredo (1980): *O Direito Quântico*. São Paulo: Max Limonad.
TELLES Júnior, Alcides (1986): *Discurso, Linguagem e Justiça*. São Paulo: RT.

TERÁN, Juan Manuel (1977): *Filosofia del Derecho*. 7ª.ed. México: Editorial Porrua, S.A.
THEODORO Júnior, Humberto (1993): *Curso de Direito Processual Civil*, vol I, 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense.
TOBIAS, Gargaglione de Yaryura (1987): *Autoritarismo y Derecho*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
TOQUEVILLE, Aléxis (1998): *A Democracia na América – Leis e Costumes*. São Paulo: Martins Fontes.
TORANZO, Miguel Villoro (1978): *Introducción al Estudio del Derecho*. México: Editorial Porrua.
_____ (1978): *Introducción al Estúdio del Derecho.*México: Editorial Porrua, S.A.
TORRE, Abelardo (1975): *Introducion al Derecho,* 7ª ed. Buenos Aires: Editorial Perrot.
TUCCI, Rogério Lauria (1988): *Do Julgamento conforme o estado do Processo*, 3ª ed. São Paulo: Saraiva.
TUGENDHAT, Ernst e Wolf, Ursula (1997): *Propedêutica lógico-semântica*. Petrópoles: Vozes.
UOTILA, Jaarko (1985), compilou (diversos): *The Finnish Legal System*. Helsinki: Finnish Lawers Publishing Company LTD.
VANOYE, Francis (1996): *Usos da Linguagem – Problemas e Técnicas na Produção Oral e Escrita.* São Paulo: Martins Fontes.
VANOYE, Francis (1996): *Usos da Linguagem*. São Paulo: Martins Fontes.
VÁZQUEZ, Adolfo Sánchez (1990): *Ética*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira.
VELLOSO, Alvarado (1982): *El Juez – Sus Deberes y Facultades*. Buenos Aires: Depalma.
VELLOSO, Carlos Mário da Silva (1994): *Temas de Direito Público.* Belo Horizonte: Del Rey.
VENTURA, Zuenir (1998): *Inveja Mal Secreto*. Rio de Janeiro: Objetiva.
VIEIRA, Evaldo (1981): *Autoritarismo e Corporativismo no Brasil*, 2ª ed. São Paulo: Cortez.
VIEIRA, Liszt (1998): *Cidadania e Globalização*. Rio de Janeiro: Record.
VILANOVA, Aftalion, Olano y (1980): *Introducción al Estúdio del Derecho*. 11ª ed. Buenos Aires: Cooperadora de Derecho e Ciencias Sociales.
VILANOVA, Lourival (1953): *O Problema do Objeto da Teoria Geral do Estado*. Recife: Imprensa Oficial.
_____ (1975): *O Poder de Julgar e a Norma.* Recife: Tribunal de Justiça de Pernambuco.
_____ (1976): *Lógica Jurídica*. São Paulo: José Buchatsky, Editor.
_____ (1977): *As Estruturas Lógicas e o Sistema do Direito Positivo.* São Paulo: RT.
_____ (1985): *Causalidade e Relação no Direito*. Recife: OAB-PE.

VOGT, Carlos (1989): *Linguagem, Pragmática e Ideologia,* 2ª ed. São Paulo: HUCITEC.
WALDO, Dwight (1966): *Problemas e Aspectos da Administração Pública*. São Paulo: Livraria Pioneira Editora.
WARAT, Luis Alberto (1977): *A Definição Jurídica*. Porto Alegre: Editora Atrium.
WEBER, Max (1984): *Economía y Sociedad.* México: Fondo de Cultura Económica.
WHITEHEAD, A.N. (1988): *A Função da Razão*. 2ª ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília.
WITTGENSTEIN, Ludwig (1998): *Da Certeza*. Lisboa: Edições 70.
WOLF, Jonathan (1996): *An Introduction to Political Philosophy.* Oxford: Oxford University Press.
WOLKMER, Antônio Carlos (1991): *Introdução ao Pensamento Jurídico Crítico*. São Paulo Acadêmica.
WOODWARD, Bob; Amstrong, Scott (1985): *Por Detrás da Suprema Corte.* São Paulo: Saraiva.
XAVIER, Ronaldo Caldeira (1981): *Português no Direito (Liguagem Forense)*. Rio de Janeiro: Forense.
ZAFFARONI, Eugenio Raúl (1995): *Poder Judiciário*. São Paulo: RT.
ZITSHER, Harriet Christiane (1999): *Metodologia do Ensino Jurídico com casos Teoria e Prática*. Belo Horizonte: Del Rey.

Artigos

ADEODATO, João Maurício (1992): "A Universidade e a Excelência Acadêmica I". *Jornal do Commércio,* Recife: 09.07.92.
_____ (1992a): "Para uma Conceituação do Direito Alternativo". *Revista de Direito Alternativo* nº 1, São Paulo: 157, 174.
_____ (1994): "Começou o Controle Interno do Judiciário?". *Diário de Pernambuco* (Jornal), Recife: 29.04.94.
AGUIAR, Roberto Armando Ramos de (1993): "Justiça". *O Pensamento Inquieto.* Forum do Pensamento Inquieto – UnB. Brasília: 98, 118.
_____ (1995): "A Justiça Federal na Visão da Imprensa" [Mesa-Redonda]. *Conselho da Justiça Federal – Cadernos do CEJ* nº 13, Brasília: 93, 97.
ALBANEZ Jr., Victor Hugo (2000): "A Lógica do Razoável". *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo – Centro de Estudos*, nº 54, dezembro, São Paulo: 324, 332.
AMARAL, Luiz Otávio (1993):"Reflexões sobre o Ensino Jurídico e Formação Profissional". *Correio Braziliense* (Jornal). Brasília: 07.06.93, 6, 7.
BARROSO, Luís Roberto (1999): "Entre a Lei e a Justiça: o princípio da razoabilidade no Direito Brasileiro". *APERJ Notícias* nº 10, Ano 1 (Jornal), Rio de Janeiro: 4.

BENETI, Sidnei Agostinho (1992). "Deontologia da Linguagem do Juiz". *Curso de Deontologia Jurídica.* Coordenação: j.R.Nalini. São Paulo: Saraiva, 113, 140.
_____ (1996): "As Escolas da Magistratura e a Formação do Magistrado para Responder às Demandas da Sociedade". *1ª Jornada de Estudos Judiciários, Série Cadernos do CEJ*, nº 11. Conselho da Justiça Federal. Brasília: 135, 144.
BIANCARELLI, Aureliano (2003): "Encontro discute o Direito sob a ótica do afeto e da psicanálise [reportagem]." *Jornal do Brasil*, Rio de Janeiro: 22.05.03.
BRAGA, Antônio Carlos Alves (1992): "O Juiz e seus Compromissos Éticos. Ética Profissional e Ética Social." *Curso de Deontologia Jurídica.* Coordenação: J.R.Nalini. São Paulo: Saraiva, 17, 26.
CALMON, Eliana (1994): "Do Poder Judiciário na Constituição – Justiça Federal". *Conselho da Justiça Federal – Cadernos do CEJ* nº 6, Brasília: 133, 143.
CÂNDIDO, Antônio (1996): "Serás um País Cruel, disse a Fada do Brasil". *Folha de S. Paulo* (Jornal), 27.04.96.
CARNEIRO, Luiz Orlando (1996): "Pesquisa revela perfil da Justiça – Juízes defendem o combate à pobreza e sugerem a redução da maioridade penal". *Jornal do Brasil*, Rio de Janeiro: 27.03.96.
CARVALHO, José Murilo (1991): "República e Ética, uma Questão Centenária". *Corporativismo e Desigualdade – A Construção do Espaço Público no Brasil*. Rio de Janeiro: IUPERJ/Rio Fundo Editora, 31, 41.
CARVALHO, Nelly (1996): "Ética e Currículo". *Jornal do Commércio*, Recife: 06.09.96, 3.
CASTORIADIS, Cornelius (1996): "O Conformismo está generalizado". *Jornal do Brasil,* Rio de Janeiro: 11.05.96.
CENEVIVA, Walter (1996): "Responsabilidade do Juiz e do Advogado". *Folha de S. Paulo* (Jornal). Seção Letras Jurídicas, 17.08.96.
CHASIN, J. (1982): " 'Hasta Cuando'? A Propósito das Eleições de Novembro ". *Revista Ensaio* nº 70, outubro, São Paulo: 5, 29.
COMPARATO, Fábio Konder (1993): "As Nulidades Triunfantes". *Folha de S. Paulo* (Jornal), 19.09.93.
_____ (1999): "Juízes independentes ou funcionários subordinados?". *Juízes para a Democracia* nº 18, ano 5 (Jornal), São Paulo: 7,8.
CONY, Carlos Heitor (1996): "Justiça, ainda que tardia". *Folha de S. Paulo* (Jornal), 19.08.96.
COSTA, Judith H. Martins (1990): "O Princípio da Boa-fé". *AJURIS* nº 50, novembro, ano XVII (Revista), Porto Alegre: 207, 227.
COSTA, Vanda Maria Ribeiro (1991): "Origens do Corporativismo Brasileiro". *Corporativismo e Desigualdade – A Construção do Espaço Público no Brasil*. Rio de Janeiro: IUPERJ/Rio Fundo Editora, 113, 146.

CUVALLIER, Armand (1969): "Explicar". Vb. *Pequeno Vocabulário da Língua Filosófica*. 2ª ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional.
DALLARI, Dalmo (1995): "Crise da Justiça é de Cúpula [entrevista]". *Jornal do Brasil*, Rio de Janeiro: 14.05.95.
_____ (1994): "Por um Novo Ensino Jurídico", *Folha de S. Paulo* (Jornal), 20.06.94.
DANTAS, F.C. San Tiago (1955): "A Educação Jurídica e a Crise Brasileira". *Revista Forense*. Rio de Janeiro: Forense, 449,458.
DANTAS, Ivo (1997): "Direito Comparado como Ciência". *Revista de Informação Legislativa,* 134. Brasília: Senado Federal.
DELGADO, José Augusto (1981): "Poderes, Deveres e Responsabilidade do Juiz". *COJUR – Revista Jurídica do Banco do Brasil,* vol. 1. Brasília: 1, 14.
_____ (1992): "O Princípio da Moralidade Administrativa e a Constituição Federal de 1988". *RT* nº 680, junho, São Paulo: 34, 46.
DENARI, Zelmo (1978): "A Justiça da Norma Jurídica". *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*: julho, nº 12.
DIARIO DE MALLORCA (2000): "La universidad es la última fortaleza que defiende los valores fundamentales [reportagem]". Palma de Mallorca: 22.03.03, 23.
DINIZ, Eli (1991): "O Corporativismo na Construção do Espaço Público". Boschi, Renato R.: "Corporativismo e Desigualdade – A Construção do Espaço Público no Brasil". Rio de Janeiro: IUPERJ/Rio Fundo Editora, 11, 29.
DINIZ, Melillo (1993): "A 'Crise' do Ensino Jurídico". *Jornal do Commércio*, Recife: 16.06.93.
DIRCEU, José (1993): "Controle do Judiciário". *O Globo* (Jornal), Rio de Janeiro: 29.03.93.
ESCÓSSIA, Fernanda da (1994): "Desembargador viajou por convite da CBF [reportagem]". *Folha de S. Paulo* (Jornal), 27.07.94.
ESCÓSSIA, Fernanda da (1994): "Justiça pode investigar ida de seus integrantes à Copa – Corregedor diz que viajou para se aproximar das manifestações populares [reportagem]". *Folha de S. Paulo* (Jornal), 04.08.94.
FALCÃO, Joaquim (1993): "Os Juízes se defendem". *Folha de S. Paulo* (Jornal), São Paulo: 21.10.93.
FAORO, Raymundo (1991): "Todos os Homens do Presidente". *Isto é/Senhor* nº 1111 (Revista), São Paulo: 15.
FARIA, José Eduardo (1993): "A Revisão Constitucional e a Justiça". *Folha de S. Paulo* (Jornal), 22.07.93, p. 3.
FARIA, José Eduardo (1995): "O Ensino Jurídico". *Seis Temas sobre o Ensino Jurídico.* Organização de Getulino do Espírito Santo Maciel e Josão Bosco da Encarnação. São Paulo: Robe Editorial/Cabral Editora, 99, 103.
FARIA, José Eduardo; Lopes, José Reinaldo de Lima (1987): "Pela Democratização do Judiciário". *Coleção 'Seminários'* nº

7 – *Pela Democratização da Justiça* (Revista). Apoio Jurídico Popular/FASE, Rio de Janeiro: 11, 17.
FERES, Marcos Vinício Chein; Alves, Marco Antônio Sousa (2001): "Racionalidade ou Razoabilidade? Uma Questão Posta para a Dogmática". *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais* nº 39/jan.–jun, Belo Horizonte: 285, 315.
FERNANDES, Florestan (1993): "E o Judiciário?". *Folha de S. Paulo* (Jornal), 20.12.93.
FERREIRA Filho, Manoel Goçalves (1989): "Direito ao Lucro". *IstoÉ Senhor* nº 1043 (Revista), São Paulo: 75.
Folha de S. Paulo (1995): "Tribunal de Justiça também sofre Denúncias" (Jornal). Matéria da Sucursal do Rio de Janeiro, 14.05.95.
FREIRE, Paulo (1994): "É preciso dizer que tudo isso aconteceu." *Folha de S. Paulo* (Jornal), São Paulo: 29.05.94.
FREITAG, Bárbara (1992): "A Ética nas Relações Sociais e Profissionais". *Conselho da Justiça Federal – Cadernos do CEJ* nº 2, Brasília: 85, 97.
FREITAS, Jânio (1992): "No Tribunal das Vozes". *Folha de São Paulo* (Jornal), 15.09.92.
GATTAZ Júnior, Feiez (1992): "Juízes Desaprovam Nova Indicação de Rezek para Supremo Tribunal Federal". Júnior, Antônio Sydnei de Oliveira. *O Estado de S. Paulo* (Jornal), 02.05.92.
GENOÍNO, José (1995): "Controle do Judiciário". *Jornal da Tarde*, São Paulo: 14.10.95.
GOMES, Ciro (1995): "A Reforma do Judiciário". *Jornal do Brasil*, Rio de Janeiro: 24.09.95.
GOMES, Luiz Flávio (1996): "Esperança Frustrada?". *O Estado de São Paulo* (Jornal), 17.08.96.
GRAMACHO, Wladimir (1995): "Resek é Forte Candidato à Corte Internacional". *Gazeta Mercantil* (Jornal), 22-24/09/95.
GUILHOU, Dardo Pérez (1989): "El Poder Judicial: Órgano Político y Estamental". *El Poder Judicial.* Coletânea: Instituto Argentino de Estudios Constitucionales y Políticos Buenos Aires: Depalma, 71, 96.
HERKENHOFF, João Batista (1996): "Ética e Justiça". *A Gazeta* (Jornal), Vitória: 19.08.96.
IL NOTÍCIAS (1995): "A Ameaçadora Crise das Instituições Públicas". Rio de Janeiro: Janeiro/95.
ISMAIL Filho, Salomão Abdo Aziz (2002): "Princípios da Razoabiliade e da Proporcionalidade: Critérios Limitantes da Discricionariedade Administrativa através do Controle Judicial". *Boletim de Direito Administrativo – BDA*, nº 09/02, setembro, São Paulo: 723, 735.
ISTO É/SENHOR (1989): "A Literatura que Ilumina – Morre o Escritor Leonardo Sciascia, um Inimigo dos Donos da Verdade". Seção Cultura (Revista). São Paulo: Três, 29/11/89, pp. 106,107.

JORNAL DO BRASIL (1994): "Judiciário faz Lobby contra Parecer". Rio de Janeiro: 17.03.94.
JORNAL DO COMMÉRCIO (1993): "Gondim Denuncia Juízes Corruptos [reportagem]". Recife, 17.06.93.
JORNAL DO MAGISTRADO (1994): "Gallotti quer aproximação do Magistrado com o povo". Órgão Oficial da Associação dos Magistrados Brasileiros, ano V, nº 22. São Paulo: junho, 1994.
JUÍZES PARA A DEMOCRACIA, Editorial (2000): "A verdadeira independência dos juízes". *Juízes para a Democracia* nº 22, ano 5 (Jornal), São Paulo: 1.
KANITZ, Stephen (1994): "Valeu Osíris". *Jornal do Commércio*, Recife: 28.07.94.
KIPPER, Celso (1995): "Escola de Magistratura e Formação do Juiz". *Centro de Estudos Judiciários, Série Monografias do CEJ*, nº 1. Conselho da Justiça Federal. Brasília: 53, 101.
LEITE, Evandro Gueiros (1991): "Apresentação". *Recursos no Superior Tribunal de Justiça*. Coordenação de Sálvio de Figueiredo Teixeira (artigos). São Paulo: Saraiva.
LEVADA, Cláudio Antônio Soares (1993): "Juiz: a convivência possível entre o mito e o homem real". *Tribuna da Magistratura* (Jornal), São Paulo: janeiro/fevereiro/93, 4.
LIAÑO, Javier Gómez (1994): "Tiempo de Jueces". *El País* nº 312, ano VIII (Revista). Madrid: 6, 7.
LIMONGI, Celso Luiz (1995): "Judiciário Sitiado". *O Estado de São Paulo* (Jornal), 16.09.95.
LINS e Silva, Evandro (1993): "O Supremo e o AI-5". *Folha de S. Paulo* (Jornal), 13.12.93.
LOBATO, Elvira (1992): "Decisão Suspeita - Em 1989, TSE Ocultou Fatos que Prejudicavam Collor". *Folha de S. Paulo* (Jornal), 23.04.92.
LUHMANN, Niklas (1990): "A Posição dos Tribunais no Sistema Jurídico". *AJURIS* nº 49, julho, ano XVII (Revista), Porto Alegre: 149, 168.
MACEDO, Sílvio de (1977): "Boa-fé - II". *Enciclopédia Saraiva do Direito*, vol. 11. São Paulo: 495, 498.
_____ (1977): "Boa Razão". *Enciclopédia Saraiva do Direito,* vol. 12 (verbete). São Paulo: Saraiva (1, 2).
_____ (1978): "Conceito Jurídico". *Enciclopédia Saraiva do Direito,* vol. 17. São Paulo: Saraiva.
_____ (1981): "Ordem II". *Enciclopédia Saraiva do Direito,* vol. 56. São Paulo: Saraiva.
MACHADO, José Roberto Lino (1993): "As Escolas de Magistratura". *Juízes para a Democracia*. Publicação Oficial da Associação JPD, ano 2, nº 2, março, 1993. São Paulo: 2.
MACIEL, Gabriela Tavares Miranda (2003): "Princípio da Razoabilidade como Limite à Discricionariedade Administrativa". *Revista Jurídica Consulex*, nº 147, ano VII, fevereiro, Brasília: 62, 65.

MAIOR, Rildo T. Souto (s/d): "Promoção". *Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro*, vol. 42 (verbete). Rio de Janeiro: Borsoi (59, 62).
MANGABEIRA, João (1988): "Oração do Paraninfo – Salvador, 08.12.44". *O Direito Achado na Rua – Curso de Extensão Universitária à Distância*, Brasília: 95, 105.
MARRADI, Alberto (1991): "Sistema Judiciário". BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola e PASQUINO, Gianfranco: *Dicionário de Política*. Brasília: UNB/Linha Gráfica, 1157, 1163.
MENDES, Vanildo (1995): "Lobby Classista Luta para Manter Privilégios – Presidentes de TRTs Tentam no Senado Derrubar Projeto que Proíbe Nepotismo [reportagem]". *O Estado de São Paulo* (Jornal), 03.11.95.
MENEZES, Djacir (1977): "Sentimento Jurídico". *Enciclopédia Saraiva do Direito*, vol. 68. São Paulo: 190, 191.
MIRADOR INTERNACIONAL, Enciclopédia (1976): "Razão". *Encyclopaedia Britannica do Brasil*. São Paulo/Rio de Janeiro: 9613, 9614.
MONTEIRO, Marcelo Affonso (1996): "Desemprego Estrutural e Globalização". *Diário de Pernambuco* (Jornal), Recife: 25.09.96.
MOSS Sr, Harry Walter (1998): "Como se julga um bom juiz?". *Isto Posto* nº 33, ano X. Informativo AMATRA/6ª Região, Recife: 4.
MUSSI, Ricardo (1996): "Injustiça com a Justiça". *Correio Braziliense* (Jornal), Brasília: 06.05.96.
NALINI, José Renato (1992): "O Federalismo e a Escola de Juízes". *RT*, ano 81, abril, 1992, vol. 678. São Paulo: 261, 266.
_____ (1992a): "O Juiz e suas Atribuições Funcionais. Introdução à Deontologia da Magistratura". *Curso de Deontologia Jurídica.* Coordenação: José Renato Nalini. São Paulo: Saraiva, 1, 16.
_____ (2000): "Juiz Cidadão". *Folha de S. Paulo* (Jornal), 21.09.00.
NASSIF, Luís (1992): "A Crise Anunciada". *Folha de S. Paulo* (Jornal), 11.09.92.
NOGUEIRA, Roberto Wanderley (1991): "Avelhantada Faculdade de Direito". *Jornal do Commércio*, Recife: 07.12.91.
_____ (1992): "Tributo a Giovanni Falcone". *Folha de S. Paulo* (Jornal): 21.06.92.
_____ (1992a): "O Futuro do Direito". *Jornal do Commércio*, Recife: 07.05.92.
_____ (1994): "Judiciário Envergonhado – Argumentos no favor de seu Controle Externo". *RT* nº 83, vol. 699. São Paulo: RT, 253,261.
_____ (1999): "A histórica CPI do Judiciário". *Correio Braziliense*. Suplemento Direito e Justiça, Brasília: 24.05.99.

_____ (1999a): "Crise no Judiciário: CPI ou Reforma". *Consulex* nº 30 (Revista), v. 3, Brasília: 58.
_____ (1999b): "O 'quinto constitucional'". *Jornal do Commércio*, Recife: 13.05.99.
_____ (2003): "Cilada Dialética". *Jornal do Commércio*, Recife: 11.03.03.
_____ (2003a): "A (im)previdência dos magistrados". *O Estado de S. Paulo* (Jornal), 16.04.03.
_____ (2003b): "Em Causa Própria". *O Estado de S.Paulo* (Jornal), 22.06.03.
_____ (2003c): "Greve de Magistrados". *O Estado de S.Paulo* (Jornal), 25.07.03.
NOGUEIRA, Roberto Wanderley; Cubas, Eduardo (2003): "A metáfora da 'caixa-preta'". *Valor Econômico* (Jornal), 25-26-27.04.03.
PASSOS, J. J. Calmon de (1987): "Em Defesa do Conselho Nacional de Justiça". *Folha de S. Paulo* (Jornal), 19.10.93.
Pereira, Caio Mário da Silva (1977): "Boa-fé - I". *Enciclopédia Saraiva do Direito*, vol. 11. São Paulo: 485, 495.
PERTENCE, José Paulo Sapúlveda (1995): "Um Poder Independente [discurso de posse à Presidência do STF]". *AMB,* Brasília: 41, 48.
PETRI, Olaus (2000): "Some General Rules Which a Judge Should Abide by Closely". Free translation into English language from the original in old Finnish, by: Tonti, Jarkko; Augustine, Linda. *Associations 4 (1), Dunker & Humblot*,12165, Berlin: 113, 128.
PRESSBURGER, Miguel (1987): "Prefácio". *Coleção 'Seminários'* nº 7 - *Pela Democratização da Justiça* (Revista). Apoio Jurídico Popular/FASE, Rio de Janeiro: 3, 6.
PRUDENTE, Antônio de Souza (1996): "Inconstitucionalidade da Lei de Arbitragem". *Correio Brasiliense* (Jornal), Brasília: 04.11.96.
REALE, Miguel (2003): "Um Artigo-chave do Código Civil". *O Estado de S.Paulo* (Jornal), São Paulo: 21.06.03.
_____ (2003a): "Variações sobra a Prudência". *O Estado de S. Paulo* (Jornal), São Paulo: 19.07.03.
REIS, Novély da Silva (1995): "O que não deve ser dito (Notas de linguagem forense e algumas observações práticas)". *Correio Brasiliense* (Jornal), Brasília: 19.06.95.
RIVAS, Alícia Herrera (1987): "Crise na Justiça Judiciária". *Coleção 'Seminários'* nº 7 - *Pela Democratização da Justiça* (Revista). Apoio Jurídico Popular/FASE, Rio de Janeiro: 21, 29.
ROLIM, Luciano Sampaio G. (2002): "Uma Visão Crítica do Princípio da Proporcionalidade". *Revista Jurídica Consulex*, nº 128, ano VI, maio, Brasília: 40, 41.
ROMANO, Roberto (1992): "Outros Lados da Ética". *Folha de S.Paulo* (Jornal), 06.04.92.

RUIZ, Urbano (1995): "Acima de todas as Leis [entrevista]". *Tribuna Judiciária* (Jornal), São Paulo: agosto/setembro/95.
_____ (1996): "A Magistratura na Reforma do Judiciário". *Estado de São Paulo* (Jornal), 25.10.96.
_____ (1996): "Associação quer Judiciário como Autêntico Serviço Público e Juízes com Formação Multidisciplinar [entrevista]". *Jornal de Concursos & Empregos*, São Paulo: 18-24/agosto/96.
SACCOMANI, Edda (1991): "Fascismo". Bobbio, Norberto; Matteucci, Nicola e Pasquino, Gianfranco: *Dicionário de Política*. Brasília: UNB/Linha Gráfica, 466, 475.
SALDANHA, Nelson (1980): "Justiça". Vb. *Enciclopédia Saraiva do Direito,* vol. 47. São Paulo: Saraiva.
_____ (1981): "Ordem I". Vb. *Enciclopédia Saraiva do Direito,* vol. 56. São Paulo: Saraiva.
_____ (1981a): "Ordem Jurídica". *Enciclopédia Saraiva do Direito*, vol. 56. Vb. São Paulo: Saraiva.
SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro; Souza, Carlos Affonso Pereira de (1999): "O Princípio da Razoabilidade e o Princípio da Proporcionalidade: Uma Abordagem Constitucional". *ADCOAS Informações Jurídicas e Empresariais – Doutrina*, nº 3, ano II, março, São Paulo: 66, 76.
SANTOS, J. M. de Carvalho (s/d): "Antiguidade". *Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro*, vol. 3 (verbete). Rio de Janeiro: Borsoi (306, 310).
SARINHO, Lúcia (1993): "Crítica da Razão Cínica". *Jornal do Commércio*, Recife: 23.11.93.
SCHIERA, Pierangelo (1991): "Estado Moderno". Bobbio, Norberto; Matteucci, Nicola e Pasquino, Gianfranco: *Dicionário de Política*. Brasília: UNB/Linha Gráfica, 425, 431.
SEMLER, Ricardo (1991): "artigo". *Folha de S. Paulo* (Jornal), 28.04.91.
SILVA, Luis Inácio Lula da (1993): "Ética". *O Pensamento Inquieto.* Forum do Pensamento Inquieto – UnB. Brasília: 169, 185.
SILVA, Luís Virgílio Afonso da (2002): "O Proporcional e o Razoável". *Revistas dos Tribunais*, vol. nº 798, ano 91, abril, São Paulo: 23, 50.
SILVA, Moacyr Motta da (1999): "O Princípio da Razoabilidade, como Expressão do Princípio da Justiça, e a Esfera de Poderes Jurisdicionais do Juiz". *Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado de Santa Catarina*, vol. nº 6, ano 5, Florianópolis: 79, 91.
SLAIBI Filho, Nagib (2003): "Razoabilidade *versus* Proporcionalidade". *Revista Jurídica Consulex*, nº 145, ano VII, janeiro, Brasília: 44, 45.
SOUTO, Cláudio (1989): "Magistratura Brasileira e Ideologia Formalista". *Seqüência – Estudos Jurídicos e Políticos,* nº 19, dezembro (Revista), Florianópolis: Editora da UFSC, 9, 36.

STAMFORD, Artur (1994): "Democracia à Brasileira". *Jornal do Commércio*, Recife: 20.04.94.
SUANNES, Adauto (1996): "Autonomia do Judiciário". *Juízes para a Democracia*, nº 8. Publicação Oficial da AJD, junho, São Paulo: ano 4, 1996.
_____ (1996): "Tempos de Paradoxos". *Juízes para a Democracia*, nº 9. Publicação Oficial da AJD, outubro, São Paulo: ano 3, 1996.
TEIXEIRA, João Paulo Allain (2002): "Crise Moderna e Racionalidade Argumentativa no Direito: O Modelo de Aulis Aarnio." *Revista de Informação Jurídica*, v. 39, nº 154, abril/junho, Brasília: 213, 227.
TELLES Jr., Goffredo (1980): "Norma Jurídica I". *Enciclopédia Saraiva do Direito,* vol. 54. São Paulo: Saraiva.
TONTTI, Jarkko (1998): "Law, Tradition and Interpretation". *International Journal for the Semiotics of Law/Revue Internationale de Sémiotique Juridique*. Vol. X/31 (Revista). Deborah Charles Publications, Liverpool: 25,38.
TOURINHO Neto, Fernando da Costa (1993): "Controle Externo da Magistratura". *Correio Brasiliense.* Seção Direito & Justiça (Jornal), Brasília: 14.06.93.
VALLADÃO, Haroldo (1977): "Direito Comparado". *Enciclopédia Saraiva do Direito*, vol. 25. São Paulo: Saraiva.
VAZ, Lucio (1993): "Órgão Omitiu Dois Poços de Lista [reportagem]". *Folha de S. Paulo* (Jornal), 24.04.93.
VEIGA, Gláucio (1991): "O Sabor do Saber". *Diário de Pernambuco* (Jornal), Recife: 01.11.91.
WANDERLEY, Thomáz (1973): "Exame de Consciência do Juiz". *Arquivo Forense*, vol. LIX. Publicação oficial do Tribunal de Justiça de Pernambuco, junho/dezembro, Recife: 3, 5.
XAVIER, Luiz Roberto (1996): "A Razoabilidade como Parâmetro para Atuação Contemporânea do Judiciário". *Revista Jurídica* nº 222, ano XLIV, abril, Porto Alegre: 21, 26.
ZVEITER, Waldemar (1990): "O Controle do Poder Judiciário". *AJURIS* nº 49, julho, ano XVII (Revista), Porto Alegre: 169, 176.

ANEXO (O Texto das "Leis para Juízes")

Some General Rules which a Judge Should Abide by Closely
(Domarregler)
by Olaus Petri[676]

It behoves a judge to imagine himself first as a governor of God and the office he keeps as belonging to God and not to him; therefore, the judgement he pronounces is God's judgement, because it is delivered in God's office and for God's sake; it is indeed God's judgment and not man's. And it behoves a judge to be watchful lest he hand down a false judgement for God's sake, which by doing so condemns him to eternal damnation because he wreaks violence and falsehood out of God's judgement and command which God has set down as law. If a judge wishes to judge right and studies law with his best efforts, but because of a want of understanding falters, and thereby renders a false judgement, let it be said in his defence that he acted with no malice aforethought, but the judging went awry notwithstanding his design, and, should any penalty happen to be levied, then it is to be a civil fine.

1. Because a judge is commanded by God to judge right, he ought to labour with all his might and craft to know the law. Just as someone who is ignorant of what is written in Bible, and what is foundation and purpose are, is not an apt preacher, so too is someone unsuitable to be a judge who is ignorant of the content of the law and what its foundation and purpose are and how it ought to be employed. And thus those people who appoint men with no understanding to be judges, are in jeopardy and are clearly doing wrong .

[676] *(Petri, 2000: 118, 128). Complementary note: At the time the author of this Thesis steped Finland for his researches, the "Domarregler" had not been still translated into an instrumental language such as English. After some time, however, joint efforts have been made by a couple of postgraduate studants of the Faculty of Law, University of Finland, under the supervising of some important Scholars: they are Jarrko Tontti, from Finland, and Linda Augustine, from the United States, his coleagues. The translation contents have also been found as accurate, even though the "Domarregler" feature an ancient body of legal rules. This is one of the main reasons because of which either the "Domarregler"are presented now in a foreign language, but Portuguese - the language of instruction of this ending doctorate programme -, and this work has been, somehow, involuntariously delayed.* (Nota complementar: Ao tempo em que o autor desta Tese chegou na Finlândia para as suas pesquisas de campo, as "Leis para Juízes" não haviam sido traduzidas para uma língua instrumental, tal o inglês. Após algum tempo, no entanto, uma dupla de pós-graduandos da Faculdade de Direito da Univesidade de Helsinki, colegas deste autor, ele finlandês, Jarkko Tontti, ela americana, Linda Augustine, empreendeu esforços conjuntos nesse sentido sob a supervisão de professores da Casa. A tradução supriu as necessidades de precisão da tarefa, nada obstante o caráter antiquado das "Leis para Juízes" de Olaus Petri. Esta é uma das razões pelas quais as "Leis para Juízes" está aqui apresentada em expressão não-vernacular ao que se soma o involuntário retardamento na disponibilização em língua instrumental do referido documento.

Because how can they who know nothing of the law judge right? And those people who dispatch men of no understanding to be judges, should fear lest they become abettors in the false judgements which will be handed down. And those who assume the office of a judge and yet are unable to fill it, are also themselves in jeopardy and wreak misfortune and woe upon themselves.

2. A judge is further advised to remember that just as he is a governor of God, so too are the people which he judges God's own. It behoves him therefore to judge God's people and not his own, at God's behest not his own. For this reason, he ought to judge God's people in the same fashion as he himself would wish to answer to Him, whose people they are.

3. A judge would be wise to remember that the office of a judge is for the avail of the common people and not for the avail of judge himself, and therefore he must mind it for the good of the common people and not for his own good, even though good will come to him when he tends to it well. Moreover, he ought to use his office to seek the common good, and not his own good. The judge is there for the common people and not the common people for the judge.

4. Of what is told above, it may be plainly beheld that they who drive the law awry so that they might wrest plenty of penalty fees are imperilled in the sight of God; because the law has not beem handed down for the sake of penalty fees but for the sake of justice, for the benefit and good of the common people and not for the purpose of unlawful taxing, wrack and ruin. And those bailiffs and governors who endeavour merely to wrest plenty of penalty fees for their lords are their lords' foes. Because that which has been unlawfully collected forfeits everything which the lord himself has lawfully collected. And therefore a lord has no greater foe than his own bailiffs who are like this; because one unlawfully gotten coin forfeits ten which have been lawfully gotten. And therefore, no one causes a greater vexation to his lord than he who allows unlawfully gotten penalty fees to be put into his lord's coffers, because he then forfeits all the lawfully collected goods on deposit in there; as it is said: Strong must be the locks which guard ill-gotten money; and what is gained by sin, is lost in sorrow. And the reason for this is that when God, who set up the office of a judge, beholds that it is about to be used to promote self-advantage, rather than the common good, and that the office is being used to foment violence rather than to ward against it, as ought to be done, He turns our gain into loss; and it is the due wage for our greed. And so God visits upon us wars and disturbances or other great encumbrances, in which we forfeit both those goods which have been lawfully gotten as well as those goods which have

been unlawfully gotten; and this is right: when we inflict violence upon they, whom we should safeguard and extort money by these means, others will come who in turn will inflict violence upon us, so that which has been collected through violence must be forsaken on account of violence.

5. Whosoever chooses not to heed this, will surely learn for himself from experience. God will not suffer violence to go unpunished, especially when it is inflicted by those who, by virtue of their office, should thwart it. So let each lord take pains whom he chooses to dispatch as his governor or or bailiff, and let the lord say to him: Go thou and be loyal and obedient to me, and let no unlawfully gotten monies or penalty fees come into my hands, otherwise you will wreak harm upon me. This pertains to those who corrupt the law to wrest penalty fees and wreak violence and injustice upon the poor; but this is not uttered to be understood as pertaining to lawfully and duly acquired penalty fees.

6. A judge must know the law fully by which he shall rule because he see the law as his guide.

7. All laws must be such that they are for the common good and for that reason when a law begins to wreak harm it no longer is law but rather iniquity and falsehood and must be forsaken.

8. It is better to have a good and wise judge than good law, because he can alwayas settle the metter fairly. But where there is a wicked and unjust judge, there good law is of no succour because a judge may skew and twist the law according to his own mind.

9. What is not just and fair cannot be law either; for it is on account of the fairness which dwells in the law that the law is accepted.

10. All law is to be wielded with wisdom because the greatest right is the greatest wrong; and there must be mercy in justice as well.

11. The law does not countenance all that may go unpunished because the law book cannot contain all the kinds of crimes.

12. A judge should endeavour to know the purpose in cach and every law; otherwise it will be misused and skewed into something other than that which was intended.

13. The best law is the benefit of the common people; therefore whatever is seen to be beneficial for the common people should be deemed law, even though the words of the written law would seem to command otherwise.

14. The custom of the land, if it is not unfair, should be reckoned as the law according to which judgments ought to be made.

15. Wicked ways avail no man, that is to say, that no man may profit by saying that there are many others who do

as he has done if what he has done is found to be against the law.

16. Common proverbs are often deemed to be law, and they are law, such as the following:

1. Debts unpaid should worry he, who dares become a surety.

2. Fists shaken and shook in anger and ire, count not as crimes in many a shire.

3. An enemy is not fit to be a witness.

4. An agreement sets aside the law.

5. Ill-gotten is ungotten.

6. Cure not evil with another dose of evil.

7. Let no man be his own judge.

8. Let no man be judge by the word of one.

9. No valour, the man, no value, his word.

10. The striker offends.

11. Neither violence nor vagary is the law of the land.

12. All that looks true is not true.

13. One rallies for allies.

14. A man defends with vigor and vim, the things that are most pleasing to him.

15. Not by lashes, but by laws shall one live among others.

16. A whipping for he who can't pay the fee.

17. A deed confessed is a deed witnessed.

18. A done deed cannot be undone.

19. To repay what's broken, offer like token.

20. A stranger's word lacks worth.

21. He who misuses his liberty, loses it.

And many other such common proverbs, which are plainly evidente, are often deemed to be law, and therefore, it is meet to judge by them. A judge ought to be well-acquainte with such common proverbs; they like other principles, serve as a foundation from which the law is drawn.

17. Both the will of the king, providing it is just, and that to which the common people have consented, are deemed law.

18. Whoever violetes the pourpose of the law violets the law, even though it would seem that he is abiding by the letter of law; and it often happens here in Sweden that the law is skwed when penalty fees are pursued, despite what the lawgiver had in mind; and here violence and envy abound.

19. All law is set down for the sake of justice and fairness and not for the sake of penalty fees. Because a fee is chastisement for those who breach the law; but the law would best remain unbreched than breached and would have it that there would be no need for penalty fees at all.

20. Where there is no written law, the just custon of the land should be reckoned to be law and judgements ought to be made according to it.

21. Like crimes demand like chastening, and therefore no heed should be paid to whether one be prince or pauper, but the one must be chestened like the other when their crimes are like.

22. The judge must address with temperance those who come before the court, otherwise it will be suspected that he will not judge right, and such doubts will come into the mind of he to whom the judges speaks harshly. Because people do not come before the court to be scolded or rebuked but to seek justice. But if either party needs to be rebuked, then let it be done only after an inquiry has been made into the matter and judgement pronounced, but not before.

23. Let a judge, while sitting in court, not grow wrathful with respect to any part, for wrath will encumber him from making the rigth decision in the case.

24. Let a judge be loath to render his judgement in too much haste, ere he has taken time to study the matter fully because a hasty judgement is rarely good and right.

25. There is nothing of greater worth to a judge than wisdom so that he he knows when he must be harsh and when he must be mild for sake of the law, because all chastening must be for the pourpose of curing, and, if possible, chastisement must not hinder the one who is chastised from mending his ways. This is what happens to those who have stolen; they are sent to the block, their ears are cut off and they are banished from their village. If they flee to distant lands, where no one knows them and try to mend their ways and live decently, they will not be trusted and so the chastening will encumber the one who is chastened and he will plunge into despair and will become more aggrieved than ever, and it would well nigh have been better had he lost his life in the first place. The same happens to harlots who are put in a pillory and ordered away from the village; when they only had carnal knowledge of one or two mem, they will then turn into harlots for all men, which will not reform them, but a chestening of this kind will give them cause to worsen. Therefore, a judge must act in such matters wisely so that he does not cause wickedness to grow, but the law always demands the mending of ways and it must be used for the end.

26. Let a judge be loath to pass judgment too hastily lest a man's honour and good reputation be harmed; there are people, acting rather unwisely and also committing a great evil, who, in order to get penalty fees, subject a man or a woman of good reputation to public outcry and ill-repute, evem without reason to defame himor her and prod them to clear their names by swearing a legal oath. Judges

of this kind work against their office and orders: the office of a judge is such that he must always be more fain to help than to hinder, to safeguard a man's honour and good reputation, not to aggrieve them, providing that the case, with its evidence and grounds, has not yet waxed so notorious as for protection to be of no avail. And thus it is a cursed thing, which God will avenge harshly, that the seeking of penalty fees should cause the good reputation, prestige and honour of an honourable man to become fouled in this way. And the law in Sweden does not countenance this behavior; it does not allow accusations which pertain to someone's honour and prestige or life to be believed hastily, without the testimony of six men. And it is evident that the law does not wish every piece of idle rumour which comes up to be believed; that is the reason why the law demands so many witnesses.

27. It is plainly wrong, and can wreak much wickedness, when, on the basis of idle talk and gossiping, a judge causes or compels someone to clear his name by swearing and oath, as long as there are no other grounds: because someone's foe can easily, out of envy and malice, spread rumours about him. One sees it happen often how false rumours come up nad spread far and wide. If they, about whom such rumours have arisen, were required to swear na oath, a great injustice would be wrought against them; it would be better if the one who kindled the rumours be put on trial and be required to prove them.

28. The judge should not lightly and without need allow someone to clear himself by oath, but rather the judge ought to employ other means to get the squabbling parties to settle. Because it is to be feared that where there are lots of oaths sworn, there will false oaths be sworm, which the judge must stave off, especially here in Sweden, where the fashion is to swear lightly.

29. If the plaintiff is bereft of grounds, evidence and even second-hand evidence for his cause, then the defendant's nay is a good the plaintiff's yea, and no oath is required. But, if the plaintiff does possess some grounds, evidence or second-hand evidence or even a witness on his side, then his yea has greater sway than the defendant's nay, and he can then get the defendant to swear na oath. If the defendant is accused of something or rebuked, he does not instantly have to swear an oath to clear himself, otherwise he would suffer an injustice; if the plaintiff has at least half-proof on his side, then he can make the defendant swear an oath. But if the plaintiff has full proof and grounds for the cause in which he accuses the defendant in that case, the defendant does not swear an oath. Because no one is allowed to swear an oath when the grounds and evidence are plain; but instead the defendant will be adjudged guilty. But he is allowed to

swear an oath to clear himself when he is accused of something with half-proof.

30. If the plaintiff is bereft of any other grounds to brace his cause, other than that he wishes to swear an oath to affirm his being right, then, with that kind of oath he cannot make the defendant swear an oath: because an oath cannot be sworn against another's oath; and an oath cannot buttress the plaintiff's side, but rather the side of defendant. With an oath, one can answear a charge, but may not sue, and let no one swear money to himself.

31. If someone is accused of treason or another grave crime concerning life or honour and reputation, and there are no grounds upon which he may be found guilty, and he himself cannot clear himself with oath, then the law book states that a board of twelve men ought to be convencened; if they acquit him, let him go free, if they find him guilty , let him be guilty. But sometimes the case is so unclear that the board decides that it can neither acquit him nor find him guilty, and the case remains as it was before. But that is not rightly stated because if the board cannot find him guilty, he is then to be acquitted and he must be set free because he who cannot be found guilty is to be freed. And what kind of justice would it be if a man against whom nothing can be proven is tortured and persecuted? And let us always be more disposed to help than to harm. In all proceedings let general rule be that if cases are so unclear that what is right cannot be found, then the accused must be set free, even if he has broken the law. Because it is better set free he who is guilty than to torture and persecute he who is innocent. Let not the judge persecute anyone if he lacks clear grounds and proof to do so; otherwise, it will be violence and injustice; and no good will come to him.

32. Because our people here in Sweden are rather fain to swear oaths, it would be best if a judge asks oath-swearers on what grounds they swear their oaths and whether they themselves were there in person and wheter they know that the accused is an innocent, or is there other second-hand knowledge that they can make assurances about by swearing na oath: and let the judge be loath to invite someone to come forward and swear an oath without having first inquired whether he is the rigth person to swear such an oath.

33. If the defendant has sound evidence or witness on his side by which he can refute the plaintiff's cause, it is wrong to demand that he should also clear himself by swearing an oath. Because the defendant must avail himself of his witnesses and evidence if they are sound and acceptable to the judge. But if the grounds are wanting, the defendant should swear an oath: he who cannot defend

himself with evidence and witnesses shall defend himself by swearing a legal oath.

34. Those who swear an oath at another's behest usually swear in the following manner or in a similar manner: so help me God that his oath be true and not false. There is great peril in swearing such an oath if the matter is not well-known, and it is to be feared that many false oaths are sworn which vex God sorely, which the judge must not allow. Because of this, an oath-swearer should swear in the following or like manner: so help me God as I, on the basis of these grounds and other proof which I know about this matter and on the basis of the dealings I have had with this man, I believe his oath to be true not false. And so, this is how oath -swearers migth make the right kind of oaths and not the wrong kind, and even if the defendant himself may have sworn falsely, it is better that the wrath of God be abated by there being only one who has falsely sworn rather many who have falsely sworn. When therefore six or twelve more or less honest and entrusted man have sworn that they believe that the accused is not guilty, so let the judge on the basis of the belief of such honest men acquit him, and then the judgement is based on the oath of he who has sworn the oath to clear himself and on belief of those who have sworn with him, and this shall be ample reason and ground for the judge to acquit him. And if in such a case a false oath is sworn, no one else becomes a perjurer than he who is guilty of the crime, providing that it cannot be proven that some one of the oath-swerers knew that the accused is guilty; in this case the oath-swearer is also a perjurer and ought to be chastised.

35. Every judgement must be based upon clear grounds and evidence, and let the judge decide only according to the grounds and evidence. If the plaintiff cannot prove anything, then the defendant is free, because the plaintiff must have grounds and evidence to uphold his cause. Deeds must not always be judged solely on the basis that they were in fact committed, but must be made clear what the intention and state of mind were when they were commited. When judging a deed, it must be beheld what the doer's intention was, whether a deed was wrought with malice aforethought or not. And therefore, he who stealthily takes from another cannot on every occasion be found guilty of theft, because it may happen that he took something by accident and imagined that goods which were not his own belonged to him, or some other similar case; or that one person might steal out of malice while another might steal out of dire penury. No one is to be deemed guilty of theft if he did not knowingly nor with stealth take from another that which belonged to the other man. And so it is in all other cases that intention and state of mind are to be looked at rather than the deed itself.

36. Because here in Sweden it often happens that when two parties are in dispute and querrel with each other, one party calls the other party a thief for something like that, and the one was accused summors the accuser to appear at a court, saying that the accuser claims that he stole or did some other like deed and this way wishes to harm him, and that he, the accuser, should suffer the same punishment or lose his honour. Here now the judge should act wisely and make a distinction between blame and defamation; it is quite a different matter when in anger and haste, someone calls somebody else a thief or something like that, and when, with malice aforethought, someone tries to testify falsely about a man's guilt at law. Because the two crimes are not the same, the punishments should not be the same either. The judge should also study with care whether the case should be seem as one of defamation or not, following what the law book has to say on the matter.

37. Let the judge keep out any unsuitable testimony because, in that case, false oaths are often sworn, and let the judge study whether the witnesses are for the defence or are foe and whether they have such grounds and evidence with them as they ought to have and whether they are perjurers or those who have lost their honour and whether the witness is so well-known that someone knows whether he is to be believed or not, if such faults are found, the testimony is not valid. Also let no one testify in his own case, providing that he does not testify against himself, because then it is a confession.

38. Let no one be judged on the basis of a confession, which he has been prodded to make because of having been tortured and persecuted because such confessions tend to be false and it often occurs that because of torture, many confess something which has never been true and never took place; providing that it is not the case that in such a confession, grounds are found, on the basis of wich judgement may be mede. And great skill is needed to know how such torture and persecution are to be wrought, to keep the innocent from being tortured and vexed;and it is clearly a case of violence when, by means of a rack or by other such devices of torture, people are harried and it would be better to refrain from using such devices because wrong is so often done with them. Therefore, this cannot be allowed to take place except for high treason and for capital crimes and then, many bailiffs do wrong when they very bunglingly force those whom they have in custody to confess, and, right after the same confession, be true or false, decide to chastise the confessors either corporally or by having them pay a penalty fee, saying that they have confessed the deed, although, later, after having been released from the torture, they deny it. When such things happen, they happen

mostly for the sake of money and that is clearly violence and injustice, wich the lords must not countenance.

39. Many judges also have it in their minds that when their judgement is overturned, it wounds their honour and it often comes from this that many, when defending their judgements, say to thenselves that they wish to defend their honour, but such talk comes from a want of understanding. When a judge passes judgement according to his best knowledge and based upon the grounds brought before him, he is free of guilty. If the matter then comes before someone who has more knowledge and better evidence is brought forth, and then the matter is adjudged differently, he should able to bear that and it is no disgrace for him. But if it is found out that he handed down a false judgement because of bribes and gifts, prejudice or frienship, then little has his honour profited. If a doubtful matter comes forth, and there is neither written law of the city, nor common law, nor established custom of the land about the matter according to which judgement could be rendered, so let then the counsel of wise and good men be heard and let the metter be adjudged according to the best understanding and conscience, so that the matter would be resolved, for the office of a judge demands that he resolves disputes.

40. If a matter be unclear, then the judge ought to be more inclined to favour the accused than accuser; let the one who has the risk receive the benefit and let the one who receives the benefit and profit bear the risk.

41. In all matters, the judge should first know what name is to be given to the matter, whether it is a violation of an oath of peace, theft or injury wrought on purpose or by accident, or however the done deed is to be named, and then it shall be judged according to what happened.

42. He who does not remain within the purpose of the one who made the law corrupts the law, and it is contrary to the counsellor's oath where it is pledged that the law shall not be distorted. No one may bestow upon another a right greater than himself holds, and therefore, a child cannot inherit a greater right than his parents held, and no one may confer upon another a greater mandate than he himself holds.

43. And this has now been said to the judges as a small piece of advice, and it is well agreed indeed that when these rules are followed, as ought to be done within the bounds of law, then penalty fees abate and the wrath of God also lessens and justice and fairness abound among the common people, and this is more important.

Ill-gotten fees enrich no earthly lord:

But law and justice are the prize and honour of the lord!

ANEXO A (Versão em Inglês do Item 5.5)

Groundings on "Domarregler"

Reasoning Approach on Judicial Benches

***F**urthermore, the Stydy Plan in course on this Theses attemps to researching better deals concerning to Judicial Ethics in the Third World Countries, as well as to reasoning and justification on decision-making (bias in sentencing), all that might be reached by means of comparative legal sources (v.g., the "Domarregler", which will be now concerned).*

The following Stydy Plan comes, "ex-cathedra", from personal and professional needs that link the researcher, himself, to the issues related to the Benches on the High and Lower Courts, especially in its morphological aspects, that lead to constant concern with its institutional improvement, interpreting duties, argument choice and its social, political and legal roles as a whole. So the topic is an interesting one because it has close connections to the use of the powers of the State (official authority). At last, this project aims at the universal synthesis that engages the legal body in a feeling of unity, notwithstanding different programmatic influences of the great law families in western world (romano-germanic, common-law and socialist).

Under such concern, it has been said that Finnish Law, and so Finnish Legal System, made neutral some types of disastrous effects carried on the interpretive process of legal norms (Rules of Law) through the codification phenomenon that concentrated on a positivist approach, that is, edited and enforced by the State, worsened by nationalisms that, schemactically, were against the origins and motivations of their own codifications. Law was no longer considered normative of "socius"; it limited itself to codes, getting away from its supranational essence. According to this: "The development of the judicial organization ran parallel to that of state administration in general: both rationalized and bureaucratized."[677]

On the other hand, the idea of making more general rules to prevail over less general rules, associated to the always human task of dictating Law to concrete cases, seems fully justified by those two acknowledged developed countries. There is even more meaning in Finland: its recent independence (1917) could have generated greater difficulties in this specific institutional development

[677] (Pihlajamäki, 1997: 237).

that comes from, naturally and without conflicts (because of the historical and geopolitical circunstances of countries in the non-continental north of Europe), an evolution of an outstanding orientation of Roman Law, that has been considered the written reason of the Christian World, a prefabricated model which Nordics did not accept blindly due to the 1734 movement (Romanist Antidogmatism).[678] *Historical reasons deal with Finnish legal culture as a phenomenon of strict "loyalty to law". It occured because of the bad reputation of the conceptual legal dogmatics that leaded Finnish legal system, after all, into an entire applicability of its own. In a word by Governor Wibelius, inherited by Finnish lawyers: "May the law borne before me remain unchanged after I am gone."*[679]

Changes started in 1734, either in Finland and Sweden, so their historical and cultural bonds are still current: according to The Constitutional Act of Finland (Section 14), Finnish and Swedish languages shall be spoken officially in its territory. But the right of everyone to use his own language, whether Finnish or Swedish, as a party in proceedings before a Court of Law or other authority, and to obtain documents from them in that language, shall also be garanteed by the Constitution. From then on, the Finnish political system, which was organized as a Grand Duchy, so far under the sovereignty of Russia, although, established some nuances in comparison to the romano-germanic influences, to warrant humanization (solidarity) of Law and the permanent need to control its instruments, under the following formulae: "Loyalty to Law".

The so-called "Laws for Judges" ("Domarregler", as in originial Swedish language)[680] *came up with their own regulation, in order to meet their high public tasks, in*

---

[678] *Note: Wide thoughts on Finnish State dates long since 1860s. However, a national identity was only starting to be formed in the second half of the nineteenth century. Under Sweden, Finland was always considered a province. After its separation from Sweden, Finland was annexed to the Russian Empire as an autonomous Grand Duchy, which had been relatively independant, governed by its own administrative organs (the Senate, the Diet and the Governor General, as a representative of the Emperor [Tsar] to whom concerned souvereighty) .According to Pihlajamäki:"Like the laws, the Finnish court system was also inherited from the Swedish era."(1997: 10) As a matter of fact, Aarnio explains that: "After being about 700 years a part of the Swedish kingdom, Finland was since 1809 an autonomous Grand Duchy of Russia. Strangely enough, the old Swedish Constitution was valid in autonomous Finland also during the Russian period util the time of Finland's independence in 1917. This ring to the liberalist views of the Tsar Alexander I. Later on, especially towards the end of 19th century all kinds of oppressive measures of the tsarism began to increase. These measures concerned the status of Russian as the official language, the education, the position of the Finnish Senate etc. In this historical battle agaisnt the Russian tsarism, a especial kind of legalism saw the daylight."(1997: 12).*

[679] *(apud, Aarnio, 1997: 12).*

[680] *Note: See Chapter VIII (Attach).*

appreciating facts exposed to composition, style of judging, sedimenting judgement by reading a legal, doctrinal or ordinary text, and finally to accomplish Jurisprudence, here underestood in the sense of decision-making throughout the role of the Judges. However, it is not always easy to see which method has been used in legal interpretation (grammatical, historical, systematic, teleological etc.). To choose a method thefore involves choosing arguments.[681] *In general, interpretation can be defined as an action where the purpose is to limit uncertainties in texts to be interpreted, such as legal ones. It could also be defined as giving, specifying or confirming some content of meaning from a group of possible meanings. And there can be many different kinds of argument, and so the argumentation of the legal operator may be complex even in an atmosphere of a Welfare State. It is also understood that the possible of no applying method at all is real and either human, by means of decision-making to be based only on the intentions (arbitrariousness) of the decision-maker.*

Nevertheless, the core as well as the aim of this studying project, formated into this Thesis, leads precisely to the evidences of such social-legal and political linkings, under which the Finnish Judges have been bound along the history. This includes a permanent discussion of the relevance of general theories of law, led by Scholars, to the theory and the practice of legal reasoning that aim to satisfy the needs of the Judges' guidance, as well as to the discussion of the problems of objectivity in interpretation and of judicial activism and restraint.

Going back to the laws concerning Judges, of which the Law of Introduction to the Brazilian Civil Code[682] *seems a shy imitation, it can be somehow affirmed of their structural consolidation in those systems. In other hand, the main problem, to a peripheric society, appears as those brazilian rules never get its enforcement in such a serious range, as a pattern of an expected rationally.*

As a deduction, a false impression of Judges' supreme discretion on decision-making might invade some genuine but lay thoughts. It does not have anything to do with logic, though, because the above sayings together with the consolidated institution of democratic regimes, formally and materially as well, in those civilized spaces of humanity, do not leave enough room for degeneration that has a clear moral foundation. The limitation of the process of equity's settlement has been also a subject of Judges' consideration who, in this open way, will not be able to

[681] *Note: See part 2.2.*
[682] *Note: According to the Law-decree nº 4.657, 04.09.42.*

close themselves inside hermetic castes or between walls where anything, afterall, might be corporatively arranged.

At almost three centuries, the "Laws for Judges" prevail and are necessary to the settlement of a correct legal discipline of "socius" and of a positive orientation of Judges who are directed to values and interests of the community (Law as a guiding peace normative body, The Constitutional Act of Finland, Section 2), not to their own values nor to personal interests and even to any type of subsystematic reason (ideology), rather then what has been edited by the State as positive Law. This is not confused with the experience of Socialist Law, formulae equally orthodox or tenaciously dogmatic, upon principles, political guilines and even temporary State conveniences and reasons, not exactly upon legally binding expectations on individuals and institutional freedom. Legal thoughts and legal empirism can always outline the excellence and continuance of radicating sayings such as: "The law considered harmful is not a law"; "The good Judge always knows how to decide before circumstances"; "Law is what is proved to be in conformity with mankind's wellbeing, even when the letter of the written law seems to dispose in a different way"; There are many other justifications, such as: "Summus jus, summa injuria"; and yet, "Only the one who knows the contents of Law or its reason and judgement can be a Judge".[683] *It is intentional that those Laws are not just understood in its figurative, rhetorical and historical sense, but that somehow can serve of juridical fundamentals to the jurisdictional activity (the official one). Those Laws may be considered as intending to conciliate both formal bias sentencing (legal basis) and judicial rationality, that is, reasoning approach on judicial benches.*

The dogma of sovereignty of people, expressed through the will of authentic majority, and represented by its legitimate speakers, who, besides being well informed, outline in these circumstances, the mark for the affirmation and progress of Positive Law, where very little – under true risk of severe and unfailing punishment – or no room is left for dissimulation and fraud.

Law interpretation, as it is done in the Nordic countries, obeys, under nuances and peculiar reservation, identical principles of the European continental countries. These principles seem to have been imported by the Brazilian Legal System, as well as by other Latin American countries, whithout the same concern of the Nordic countries, that has been mentioned before. This imperfection consists of the pure incorporation of techniques and principles that are not shaped, necessarily,

[683] *(David, 1972: 132).*

to reality, and it lies in our difficulties, in the interpretive process of Law, in the effective realization of what is considered fair, by Law, and in the trustworthiness that everyone and each one is supposed, by definition, to devote to his Judges. In that System and elsewhere in Latin America, this trustworthiness lies, subjectively, in people who, eventually, embody this high public function – the office of being Judge – but not in the pre-established institutional convention and structure, continuously subject to questionings that point out to the opportunity of legal hierarchy, in one hand, and to the aim of changing patterns, in another.

The purpose of the research is again to obstruct, somehow objectively (the much as possible), the morphological deficiencies, that come with human nature, to find a fertile field in Legal System and in the public institutions in general; to obstruct their nonsense and misunderstandings to avoid hypertrophy of their social roles.

Said deficiencies may be nourished by ignorance or bad faith; vanities can be captiousby kept in a false closed circle that developed and open societies abominate. Politically, it is always possible to the people to think that anything but just is possible among four walls. Even though not exclusively, the social universe of the so-called Third World still lives outstanding moral paradoxes, questioning its own "cancers" and not removing them by their roots; they take from office a wiched President and keep the same streams that determined his rising, as it has been witnessed in recente brazilian history. Again, Brazil's government politics, despite its formal democratic regime, seems not to be as much different than ever.

It is a confessed intention of this study to investigate, at a theoretical and scientific level, this comparative point, in order to clarify doubts, reach conclusions and sow a field that is still sterile and that will lead us, presumably, as developing society, to the most developed experience of the Western civilization.

The Thesis, however, cannot go deepen and so find specifying reduction until severe research has been made on "Domarregler", which concerns to the hypotesis of the studying work, and its implications to judicial role in Finland, trying to aproach for comparative standards related to Latin American Legal-Judicial Systems, specially Brazilian one, where the researcher come from and somehow belong also as a Federal Judge. Unfortunatelly, the "Domarregler" have not but recently disclosed from its original languages (Swedish and Finnish) into an instrumental one, the English language. This author is proud to having encoraged the staff and a gruop of

postgraduate students[684] *of the Faculty of Law of University of Helsinki to do so, after all. Meaningly, this part of the text is written in English also to helping to abide further deepen studies on the subject abroad and again in Finland.*

Finland has all to do with this comparative stuff, no matter the distance both geografical and political. It should be explained with its historical backgrounds and legal experience, the excellence of its resources and the meaning that the work of politics and moral philosophy might have, applied to Judges in their function, here and there and all together, in what is essential and in the research findings.

Located in a privileged topography, among the European Continent, Eurasia and Great Britain, Finland knows, and well, all probable influences of different families of Western Law. In this way, it could really support, with strong stress, either scientifically and pragmatically, a research such one of this level, whose aim is, in its essence, in addition to the comparative outline and other features that have been spoken, to gather subsidies to advance jurisdictional techniques incorporated to Latin American Legal Systems, and especially to the Brazilian System; all that, starting from the analysis of today's results, as well as the historical and institutional backgounds, that the Finnish experience presents the world.

Two fundamantals documents will basically bind the exposed studing plan: "Domarregler", as a positive guideline which the Judges in Finland must strictly follow, and Master Law Thesis "Justice by Chance: Issues on the Brazilian Judicial Misrule", once spoken, as a spreading material to be more and more developed trying to reproduce the current shapes of the Administration of Justice in the Third World countries, part of the aspects of an obsolete provicianism that remains activated despite of scientific growth and globalization.

Hopefully, these goals will be reached and the work will succed, by means of finding techniques that hinder the interpreter from saying more than what the Law requires of him, even when there are strong considerations and good style of decision; or else, as discretion shall be limited apart from arbitrariousness, to avoid the one who is in charge of deciding to give extension to the law when it has restricted meaning or vice-versa. Calonius stressed the judges's being bound to the latter of the law, even though

---

[684] *Note: Jarkko Tontti, Finnish, and Linda Augustine, North-American, are former colleagues of this author from the postgradute studies at the Faculty of Law, University of Helsinki: Licentiate in Laws programme. Their joint efforts to translating "The Laws for Judges" to the world have been advised and helped by Finnish professors Raimo Siltala, Heikki Pihlajamäki, Topi Makkonen, Jukka Kemppinen and Aulis Aarnio.* (*apud*, Petri, 2000: 118)

not demanding, at the same time, an absolute observance of a statute's wording, which should gather clear and obvious reasons for an extensive or a restrictive interpretation: "Insofar as legal interpretation is concerned, a judge must always bear in mind that he is a servant of the law and not its master. Therefore, he must act in his office carefully, prudently, and understandingly so as not to give of himself the image that is assuming the lawgiver's faculties."[685]

As a matter of fact, Finland has found no substantial trouble upon legal interpretation, under its legal culture and history. The first Finnish legal scholar to discuss statutory interpretation was Robert Montgomery in his "Textbook of Finland's Private Law I-II", first published in 1889.[686] *Indeed, Finns are much more constructive and legalistic than all the Western world.*[687] *So balancing between law and equity, law and justice, lies mostly on the reasons of the development of the legal order in such a Welfare State. According to Aarnio, the expectation of legal certainty in modern terms consists of two parts, picked from the original text as a whole: "1) The requirement of avoiding arbitrariness, that is, the requirement of eliminating randomness from the legal decision-making activity. I have called this the forma aspect of legal certainty. In this regard, the notion of 'formal rule of law' could also be used. 2) The expectation of legal certainty is, however, not exhausted by predictability and the principle of rational discretion. Even Olaus Petri required more of it. The solutions, i.e., the final result, must also be substantially right. Here, the term 'substantive rule of law' could also be used."*[688] *It means that the requirements in order to garantee certainty on the legal order comes from two aspects: avoiding all arbitrariness as an obligation (demands on rational legal reasoning) and promoting substantial equity and justice as final results of the decision-making in accordance with what is right in society (demands on compatibility between legal reference into law in force and the idea of substantive justice, as socially expected).*

It is still relevant to be said that these efforts conduct and rely to the idea of a fair practical reasoning as well as to the one concerned to Ethics' foundations. But: "None of this is to deny that a virtual person is habitually motivated by moral judgements. The point is that apart from some kind of internalization of moral standards, the mere intellectual acceptance of even a sel-addressed moral judgement is not intrinsecally motivating. There is no such direct path from intellect to will. But in normal

---

[685] *(apud, Pihlajamäki, 1997: 244).*
[686] *(Pihlajamäki, op.cit: 244).*
[687] *(Aarnio, 1997: 13).*
[688] *(1997: 191).*

lives there are also no bars to the many normal paths, by way of moral education, from teaching and role modeling of moral standards to their intenalization in the character of receiptive individuals – above all, children growing up in moral environments."[689] *Then, "Domarregler" could be classified according with its pedagogical essence, those of which accomplish, under certain historical circunstances, a powerful feature of Finnish society.*[690]

Doing so, a such Legal System will enforce the most genuine Law, which concerns to spreading confidence and safeness (legal security, predictability) among the addresees of the Law.

The author sincerely believes that the simple attempt of deepenning such researches will guarantee a resolved contribution for the progress of the Juridical Institutions in Latin America and, especially in Brazil, as of rest it will contribute to a better understanding on the current reach and meaning of the "Domarregler" (Laws for Judges) in the North of Europe, especially in Finland, where the work was developed at least partly.[691]

Despite a certain feeling met, at first, the researcher in the middle of a cultural puzzle, it can be perfectly judged that researches in Finland demanded a social communion, and that is true. This communion is up to the cientific sense for best realizing the context of normative elevation of the Finnish people and of its institutions, especially the judiciary ones, to evaluate the levels of politicity and of executability of the legal dispositions regents of the own society, as well as the reciprocal trust between State and citizen.

From the practical point of view, however, it could be noticed of a certain kind of fear of power on the part of the community, but not without holding arguments against, what can sociologically possibly explain the respect in general to the laws in counterpoint to the inicials theoretical premises with which the author of this Thesis tried to work, to say, the Ethics of Finnish people, mainly if in comparison to the Ethics of the peripherical societies. Perhaps the ligering period of political "jugo" (yoke) in relation to Sweden and to Russia had done to the Finnish people a taciturn one and had given also fear towards its perspective, as to become vassal of its own historical ghosts. Despite some say that the Finns have two types of social behaviour – one for the winter another one for the summer –, the utterance also intends to explain the

---

[689] *(Audi,1997: 293, 294).*

[690] *Note: The "pedagogical essence" of "Domarregler" should be also understood by means of the idea according to which "simply by reasoning we can know facts." (Morton, 1997: 62)*

[691] *Programme granted by DECISION OF THE DEAN of the Faculty of Law,University of Helsinki (DP 42.0.97).*

occurence of strange alliances of the past, nevertheless the bravery of the armed contingents of Finland. It is obviously a theory on basis of empiric remarks, as of shortly supported, but sufficiently consistent to define somehow as false the previous premises in whose hypothesis of academic work all of the study plan proposed was based on, until one English language translation for the so called "Domarregler" (by Olaus Petri of Sweden), has been finally done for the sake of science and humanity.[692]

The work of translating the "Domarregler" from Finnish into English language is due, mainly, to Jarkko Tontti, as widely quoted before.

The "Domarregler"

***A**s a matter of simple transcription it can be perfectly provided that the excelence of the "Domarregler" as a profound approach of general normativity in some Nordern European countries reach their functional as well as their historical goals in societies such as Finland. These goals deal with certainty on judicial decision-making and leads towards legal reasoning. Otherwise and indeed many of the "Rules for Judges" concern to the civil rights those of which are known nowadays as a background in Modern State's legal-political structure, and model quite deeply a certain type of legal culture that remains up to the present in Finnish society. Such a status points out the "Domarregler" by means of a high historical either gnosiological importance on legal thinking.*

However, introductory utterances from the main text concerning the ultimate English language version of the "Rules for Judges" have been now and finally writen by Jarkko Tonti in the year of 2000, and should also be transcripted in the body of this Thesis to making sure about the precise topography and aims of those special legal rules still in force.[693] *After presenting a current introduction, the "Domarregler" follow the way they had been translated.*[694]

In another hand, one formal purpose is to ensure properly the first reading of "Domarregler" at an entirely different social and legal atmosphere. But it can be

---

[692] *Note: With effect, the "Laws for Judge" ("Domarregler"), the ones which the researcher stood to reading, to interpreting, to understanding and to explaining, looking for cultural and normative connections between them and the art of judging according to the Juridical System of Finland and then to be able to comparing differencies and to trying to propose some alternatives of improvement of the Judiciary Systems in the so-called "third world" countries, nowadays called "developing" ones, like Brazil, they were never translated into English, language of instruction of the spoken studies in Finland, concerning "Domarregler". At the time, "Domarregler" were to be available only in Finnish, Swedish and also in German.*

clearly understood that the "Domarregler", because of their transcending essence as well as being able to surpass their own time through the centuries, are still current and the same. That is: "The Rules for Judges still play a role in the contemporary legal thinking."[695]

Thus, at first, the apropriate words of Jarkko Tontti, partly:

"Ever since the year 1635 the Swedish and Finnish law books, i.e., the official collections of statutes in force, have contained a list of rules 'Some General Rules Which a Judge Should Abide by Closely'. Even though these 42 rules (sic)[696] *have never been officially enacted by any authority and they are not strictly speaking part of the positive law in force, they have still been included as a preamble to the law book for centuries. As a mixture of traditional Scandinavian written and custumary law, Roman law and German law these general rules and principles are an essential part of the legal culture of both Sweden and Finland. I will now shortly clarify the historical origin of The Rules for Judges and discuss theire value and importance from the contemporary point of view.*

"It is not certain who actually wrote The Rules for Judges, but traditionally their origin is attributed to the Swedish theologian Olaus Petri (1493/1497–1552). It is probable that Olaus Petri was at least their main author, if not the only one. The exact dating of The Rules for Judges is also unclear, but the date of writing appears to be around the years 1520–1540. They appeared in print for the first time in 1616 as an appendix to a book called 'Rättegansoordning' by Ericus Schroderus. When the laws of Sweden – and Finland as a part of the Kingdom of Sweden – were printed for the first time in 1635, The Rules for Judges were added to the collection of statutes as a preamble. It is worth noticing that common practice already in the Middle Ages to include different kinds of "judges' rules" to law books and in Olaus Petri's time there were also other rules around than the ones we know today.(...)

"Olaus Petri is best known as the leading Swedish theologian during the turbulent years of the Reformation in the 16th century. He was born in the town of Örebro in 1493 or 1497 and studied theology at the University of Uppsala. In 1516 he continued his studies in Germany, at the University of Leipzig and received a degree from the University of Wittenberg in 1518 where he probably was in contact with the leading figures of the German Reformation,

---

[693] *(apud, Petri, 2000: 113, 117).*
[694] *Note: See Chapter VIII (Attached)*
[695] *Note: See in the following utterances from Jarkko Tontti (apud, Petri, op. cit.: 115).*
[696] *Note: Actually, "Domarregler" are in em umber 43 and there must have been a written mistake in pointing it out as if they were in em umber 42.*

Martin Luther and Philip Melanchton. After returning to Sweden, Olaus Petri became the assistant of the Bishop of Strängnäs and from this position he started to spread the word of Reformation in Sweden. When Gustav Vasa, who supported the Reformation for political reasons, became the king in 1523, he appointed Olaus Petri a secretary of the City Council of Stockholm where he acted as a judge, despite having no legal education. After the victory of the Reformation in Sweden Olaus Petri's career reached its highest point: in 1531 he was appointed as the Chancellor of the State.(...)

"Soon after the nomination, however, the relations between Olaus Petri and the king started to worsen. Reason for the king's discontent was that in several of his writings Olaus Petri more or less directly criticised the king for his harsh actions. This critique also appears in The Rules for Judges; in several paragraphs masters and lords, which indirectly refer to the king, are criticised for collecting money by issuing illegal fees. The king soon showed what happens to those whom he has helped but who then turn against him: in 1540 Olaus Petri was condemned to death for high treason. He was later pardoned, but his political career was finished. He worked as a clergyman in Stockholm for the rest of his life.(...)

"Olaus Petri received his legal knowledge mostly through pratical experience when he worked as a secretary of the Stockholm City Council. In The Rules for Judges he reprimands the miscarriages of justice which he saw taking place in the administration of justice. His main points of interest are the illegal issuing of fines, the problem of haw the truth can be found in court and the reliability of oaths and witnesses. It is interesting that in the question of justification of punishment Olaus Petri seems to have beem several hundreds years ahead of his time. He argued that the aim of the punishment ought to be the amendment of the wrong-doer; too harsh and stigmatising punishments only increase the evil in the world (paragraph 25). Such thoughts became popular only during the time of Enlightenment and later, whem the aim to reform and re-socialise the criminal began to displace the older views concerning the functions and aims of punishment.(...)

"From a contemporary point of view, The Rules for Judges are of course for most parts out-dated. For exemple, they contain strong religious elements which are not appropriate in the administration of justice in modern secular societies. Their significance is still not only of historical nature, as some kind of a curious old relic. Even though the are not commonly quoted anymore or used as a source of law in legal practice, and some have even suggested that they should be removed from the law book

(...), The Rules for Judges still play a role in the contemporary legal thinking.

"Olaus Petri's rules can be seen as an important crystallisation of the central values of the western legal tradition as it has developed in the Nordic countries, especially in Finland and Sweden. The demand for legal certainty, which has beem of pivotal importance in modern Nordic legal thinking, was also of great concern for Olaus Petri.(...)

"The first requirement contains the demands of rational legal reasoning and the predictability of the result of the decision-making. Even predictable adjudication can, however, violate grossly the prevailing conceptions of what is right in society. Therefore the second requirement is needed. The judge must not only justify every interpretation by referring to law in force, but he or she must in addition see that the decision fulfils the demand of substantive justice.

"In Olaus Petri's rules the first requirement of legal certainty appears in paragraphs six and twelve: 'A judge must know the law fully by which he shall rule because he must see tha law as his guide. A judge should endeavour to know the purpose in each and every law; otherwise it will be misused and skewed into something other than that which was intended. The second requirement has its roots especially in pararaphs nine and ten: "What is not just and fair cannot be law either; for it is on account of the fairness which dwells in the law that the law is accepted. All law is to be wielded with wisdom because the greatest right is the greatest wrong; and there must be mercy in justice as well." It is not surprising that legal certainty and rational legal reasoning have been major themes in modern Nordic legal scholarship and also in the legal practice. Ever since Olaus Petri's time they have been firmly embedded in the prevailing Nordic legal culture as central values of the legal world.

From the point of view of hermeneutical philosophy, the influence of the Rules for Judges can be analysed with the notions of history of effect (Wirkungsgeschichte) and historically effected consciousness (Wirkungsgeschichtliches Bewuβtsein), developed by Hans-Georg Gadamer. According to this point of departure all forms of reasoning are historically effected by tradition. When we purport to interpret and understand a text or other cultural phenomena we approach it through prejudices (not in the negative sense, but as pre-understandings), which arise from the cultural background and tradition we live in. Our consciousness and our use of reason, then, are not free and transparent through self-reflection, but historically effected and conditioned. For example, the works of Plato have had an enormous effect on the European

culture, not only because most philosophers have read Plato and quote or criticise him, but also generally the effect of his work has spread through the whole western culture and still affects various fields of human activity. We can be influenced by the history of effect without being aware of it; even if I had never read Plato, my own consciousness, which is formed in a culture on which his works have had a strong impact, would still be affected by his ideas. The same holds true for legal reasoning: not only do judges, advocates and law professors explicitly quote earlier cases and interpretations, but they are also indirectly conditioned by the legal culture and tradition in which they have been educated, and which therefore shapes the structures of their understanding processes.

"No doubt, Olaus Petri's Rules for Judges have had and still continue to have a strong effective history in the Finnish and Swedish legal culture, which can be seen for example from the above mentioned fact that the demand of legal certainty still holds a central position in the Nordic legal culture, both in practice and theory of law. Also, some of Olaus Petri's short and apposite proverbs – such as 'What is not just and fair cannot be law either' and 'An agreement sets aside the law' – are still present in the contemporary legal practice and reasoning; not as unambiguous rules considered to be true, just and binding as such, but rather as relevant arguments or points of view which have to be taken into account.

"In legal scholarship the effect of The Rules for Judges is even more evident and also more consciously admitted than in practical legal work. Aulis Aarnio has received inspiration from The Rules for Judges.[697] *In his work he has stressed the importance of legal certainty in court practice and developed the theory of legal reasoning significantly. The background or inspiration to this orientation stems from the passages of The Rules for Judges, especially from paragraphs seven, eight, nine, ten, twelve and thirteen. Olaus Petri's key-concepts in these paragraphs, law and fairness, the benefit of the common people and the grounds of acceptability of law are also key-concepts in many of Aarnio's writtings. Otto Brusiin, the first internationally distinguished Finnish legal theorist, also referred to Olaus Petri's Rules for Judges in several occasions.(...) The Rules for Judges have attention of some scholars outside Scandinavia too. Gerhart Schmidt's monograph (1966), which is the most extensive historical study conducted on the subject so far, also contains a German translation of The Rules for Judges.*

"Olaus Petri and his Rules for Judges are still present in the contemporary legal practice and theory of

[697] *(Aarnio, 1987: 188,189).*

Finland and Sweden. As all other cultural phenomena, they continue to exist as a chain of interpretations through which their content is transmitted forward, not by passive reproduction of their "original meaning", but by constant re-interpretation, adjustment and partial change which enable them to meet the demands of the world.[698]

The text of "Domarregler" that has been presented above will be found in Chapter VIII of this Thesis, as an attachment to the presente research.

[698] *Note: Jarkko Tontti's article lists these written sources: Aarnio, Aulis (1983): Arvot já tuomarinohjee. Helsinki: Helsingin uliopisto; (1997): Reason and Authority. A Treatise on Dynamic Paradigm of Legal Dogmatics. Alderschot: Ashgate an Dartmouth; Alqmquist, Jan (1946): Svensk Juridisk Litteraturhistoria. Stockholm, P.A.: Norstedt & Söner; (1951): Domareregler fran den yngre landslagens tid. Med inledning och kommentar. Uppsala and Stockholm: Almqvist & Wiksells Borktryckeri Ab; Brusiin, Otto (1938): tuomarin harkinta normin puuttuessa. Zusammenfassung: Das richterliche Ermessen in Lückenfällen. Vammala: Suomalainen lakimiesten yhdustys; (1990): Der Mensch und sein Recht. Ausgewählte rechtstheoretishe Schriften. Herausgegeben und eingeleitet von Urpo Kangas. Berlin: Duncker & Humblot; Castrén, Erik (1968): Eräitä "tuomarinohjeisiin" liittyviä mietteitä, in Juhlajulkaisu Tauno Tirkkonen. Vammala: Suomalainen Lakimiesyhdistys; Gadamer, Hans-Georg (1990): Wahrheit und Method. Grundzüge einer philosophischen Hermeneutik. Tübingen: J.C.B. Mohr; Holmbäck, Ake (1928): Vara domarregler, in Festkrift tillägnad Axel Hägerström. Uppsala and Stockholm: Almqvist & Wiksells Boktryckeri Ab; Schmidt, Gerhard (1998): Die Richterregeln des Olavus Petri. Ilhre Bedeutung im allgemeinen und für die Entwicklung des schwedischen Strafprozeβrechsts vom 14. bis 16. Jahrhundert. Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht and Stockholm, P.A. Norstedt & Söner; Tontti, Jarkko (1998): Law, Tradition and Interpretation. International Journal for the Semiotics of Law 31 (1); Tulkens, Françoise and Michel van de Kerchove (1991): Introduction au droit pénal.. Aspects juridiques et criminologiques. Bruxelles: E.Story Scientia; Ylikangas, Heikki (1983): Olaus Petri tuomarinnohjeet, in Ylikangas, Heikki, Oikeusshitoriasta ja sen tutkimisesta. Helsinki: Helsingin yliopisto, Oikeuden yleistieteiden laitos.*