

A NECESSIDADE DE UMA TEORIA DA JUSTIÇA SUBSTANTIVA COMO COMPLEMENTO À TEORIA DO DIREITO POSITIVO

Denis de Castro Halis

Professor de Sociologia Jurídica da Faculdade Nacional de Direito/FND – UFRJ.

Mestre em Ciências Jurídicas e Sociais – Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito/PPGSD – Universidade Federal Fluminense/UFF.

Pós-graduado em Filosofia Contemporânea – Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ.

Bacharel em Ciências Sociais pela UERJ.

Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pela FND/UFRJ.

RESUMO

Após a apresentação de casos controversos escolhidos, pretende-se perceber possíveis razões entre o divórcio da dimensão legal com a de uma teoria da justiça substantiva qualquer. São agregadas idéias de autores clássicos que deram suporte à produção das concepções mais estritamente analítico formais no entendimento e aplicação do direito. Posteriormente, são vistas algumas das conseqüências oriundas dessas concepções, particularmente, na confluência entre a forma de ensino predominante e as práticas exemplificadas nos casos escolhidos. Ao final, idéias de Aristóteles são apropriadas numa abordagem que discute as funções próprias dos juízes.

PALAVRAS-CHAVE: teoria da justiça substantiva, práticas jurídicas formalistas, direito constitucional, Código de Processo Civil, Constituição Brasileira.

ABSTRACT

After the presentation of chosen controversial cases, it is sought to perceive possible reasons between the divorce of the legal dimension with that of any theory of substantive justice. Ideas from classical authors, that suggest the production of the more formal conceptions in the understanding and application the law, are aggregated. Afterwards, some consequences of that are seen, particularly, is the confluence between the major form of learning and the practices exemplified in the chosen cases. By the end, Aristotle's ideas are taken in an approach that discuss the proper judicial functions.

KEYWORDS: theory of substantive justice, conventional juridical practices, Constitutional Law, Civil Process Code, Brazilian Constitution.

I – INTRODUÇÃO

Muitos trabalhos do campo não dogmático do direito criticam as práticas jurídicas chamadas positivistas, dogmáticas, formalistas e ritualísticas. Muitas delas, advindas ou não de prescrições legais, estariam em grande dessintonia com a realidade social nacional ou, ao menos, estariam desencontradas dos interesses e carências de uma significativa parcela da população, ou seja, a parte mais prejudicada na distribuição dos benefícios sociais. Essas práticas tendem a ser apresentadas como as predominantes no Brasil, em que prevalece o direito codificado.¹

A primeira etapa deste trabalho consiste na seleção e exposição de julgados e declarações recentes de juízes e outros profissionais do direito, com um grande potencial analítico, tendo em vista as discussões e incertezas que geraram. Trata-se de casos com grande repercussão nas esferas acadêmica, profissional e leiga. Esses casos selecionados servem de alicerce para o argumento de que, de fato, existem mais práticas jurídicas formalistas do que se poderia desejar. E, sem discutir, se elas predominam ou não no cenário nacional, pretende-se perceber, a partir desses casos, possíveis razões entre o divórcio da dimensão legal com a dimensão de uma teoria de justiça qualquer quando da fabricação de sentenças pelos magistrados.

Após a apresentação dos casos, tenta-se agregar alguns elementos teóricos, de autores clássicos, que deram suporte à construção das concepções mais estritamente analítico-formais no entendimento e aplicação do direito. Essas concepções se utilizam, amplamente, das noções de objetividade, neutralidade e imparcialidade.

Não se pretende analisar exaustivamente nenhum dos casos. Também não há pretensão de neste limitado trabalho propor coisa alguma que seja definitiva. O que se quer mostrar, em primeiro lugar, é a confirmação, ao menos parcial, do que dizem os autores do chamado campo não dogmático do direito. No momento subsequente, trabalha-se com algumas das conseqüências oriundas das concepções escolhidas dos autores clássicos, particularmente na confluência entre a forma de ensino predominante e as práticas exemplificadas nos casos escolhidos.

Na última etapa, certas idéias de Aristóteles sobre a “natureza dos homens” e sobre a equidade são apropriadas numa abordagem que discute as funções próprias dos juízes.

II – CASOS

- (1) No programa “Linha Direta-Justiça”,² de 08/05/2003, foi apresentado o caso “Van-Lou”, em que um casal – uma estudante e um engenheiro – visando a “apagar o passado” de relações sexuais da estudante, planejou e executou seus dois ex-namorados. Apesar de ter cometido dois assassinatos, foi aplicada à estudante a pena de um só dos crimes, pois foi aceita a tese da defesa de que se tratou de um “crime continuado”. A promotora do caso declarou no programa que, como aplicadora do direito, concordava com o resultado, no entanto, “enquanto serpensante” aquilo era revoltante.
- (2) Hamilton dos Santos, tratorista, morador de um bairro periférico de Salvador, recusou-se a derrubar duas casas habitadas (inclusive por crianças) e deve responder criminalmente por descumprimento de ordem judicial. O juiz considerou, sob o pretexto da *garantia legal da propriedade*, que tais casas foram irregularmente construídas. O tratorista pensou: “poderia estar acontecendo comigo”. Pressionado por voz de prisão dada pelo oficial de justiça e por policiais militares, acabou passando mal. No confronto entre sua sensibilidade e a coação, venceu a primeira. “Se tivesse derrubado as casas e deixado aqueles pobres ao relento, o que seria deles e da minha consciência?”. (*Jornal do Brasil*, 03/05/2003)
- (3) Outra ocorrência, verdadeiramente significativa, cuja defensável incoerência veio a ser nacionalmente conhecida através de sua divulgação no programa *Fantástico*³ (04/05/2003), é a do “pai” de uma menina cuja paternidade foi declarada judicialmente, apesar de negada por um exame científico de DNA. O magistrado competente desconsiderou o resultado do teste. Recorreu, para tanto, aos princípios processuais legais da “livre apreciação das provas” e do “livre convencimento” (art. 131 do CPC). Essa

¹ Tais práticas tendem a ser reforçadas pelos ensinamentos dos manuais de direito (os de introdução, em especial) que privilegiam a função do direito como mantenedor da ordem, como se esta fosse, em termos aristotélicos, um bem primário, ou seja, que tivesse um valor intrínseco, final e auto-suficiente (Aristóteles, 1996). Muitas vezes, o direito é visto, então, como sendo a *ordem social estatuída*. Seguindo uma operação lógica, isso equivale a dizer que, se a ordem social vigente é extremamente opressora para uma expressiva parcela da população, a ordem jurídica garante e legaliza essa opressão.

² TV Globo.

³ TV Globo.

decisão foi vista como acertada por outro juiz, também de vara de família, que declarou para o repórter do programa: “O DNA auxilia sim, desde que não existam outras provas que são muito mais fortes do que o DNA não no método da certeza, mas no sentido de uma história de vida”. Um provável erro no teste, segundo especialistas, só pode ocorrer uma vez em 100 milhões. O “declarado pai” perdeu nas três instâncias de julgamento, sendo que o Superior Tribunal de Justiça concluiu não ter havido erro no processo.

- (4) Em recente decisão, um juiz do Tribunal Regional do Trabalho de Minas Gerais fez declarações que fundamentaram acórdão repudiado pela Associação Nacional dos Procuradores do Trabalho. A fundamentação do juiz fez referências a uma narrativa bíblica – a “Arca de Noé” – para reformar a sentença de primeira instância, negando direitos e um pedido de indenização por danos morais a um trabalhador rural.

Disse o juiz:

“A mera circunstância de ter sido transportado o reclamante no meio rural, em camionete boiadeira, dotada de gaiola protetora para o transporte de animais, não ofende a dignidade humana, nem afeta a sua segurança, como pretende a r. sentença recorrida. Poder-se-ia questionar no âmbito administrativo uma mera infração das normas de trânsito do Código de Trânsito Brasileiro quanto a transporte inadequado de passageiros em carroceria de veículo de transporte de cargas, o que não é da competência da Justiça do Trabalho. Mas se o veículo é seguro para o transporte de gado também o é para o transporte do ser humano, não constando do relato bíblico que Noé tenha rebaixado a sua dignidade como pessoa humana e como emissário de Deus para salvar as espécies animais, com elas coabitando a sua Arca em meio semelhante ou pior do que o descrito na petição inicial (em meio a fezes de suínos e de bovinos)”. (Proc. RO 484/03 TRT, public. 25/03/2003)

- (5) O autor John French comenta em seu livro⁴ as práticas dos tribunais trabalhistas que, em 1960, negavam petições de crianças ou mulheres que não haviam recebido os salários devidos pelos patrões. Os juízes argumentavam que esses trabalhos haviam sido realizados em horários ou sob condições vedadas pela CLT. Aproveitando-se desse entendimento então

vigente, os empregadores tiravam vantagem dessas proibições legais e recusavam-se a pagar os salários acordados. Os juízes trabalhistas alegavam que se tratava de “trabalho ilícito” e que não deviam, portanto, nem mesmo conhecer dessas questões. (French, 2001, p. 22). Desse modo, os tribunais trabalhistas, em todos os níveis, se omitiam na defesa dos interesses dos trabalhadores.

III – DIVÓRCIO ENTRE DIREITO E JUSTIÇA: A HERMENÊUTICA ORTODOXA

Apesar de todas as diferenças entre os casos relatados, há algo de transversal que pode ser destacado. Todas as ocorrências revelam uma certa aparência de formalidade, ou uma lógica abstrata que parece ter impedido os personagens de verem quão absurdas, face aos resultados, foram suas declarações ou suas decisões. Claro que é possível sustentar que todas tiveram uma certa lógica e um grau de coerência. Mas o grau de coerência e o formato de raciocínio lógico é que parecem ser possíveis de se problematizar.

Quais são os fatores que podem ter ingressado nos processos de formulação das decisões que levaram essas pessoas a se conduzir de uma forma e não de outra, também lógica e juridicamente viável? Por que o juiz baiano não enfatizou direitos constitucionais relativos à proteção da família pelo Estado, da proteção da criança, do direito social de moradia e bem-estar, ao invés do direito à propriedade? Como uma promotora de justiça pode confessar afastar a dimensão pensante da inteligência da operadora do direito?

Claro está que este limitado trabalho não chegará a nenhuma conclusão definitiva sobre tais fatores. O que ora se pretende é verificar certos argumentos de teóricos clássicos que puderam dar suporte a um tipo de concepção, de forma de conhecimento, e de prática do direito – todos entrelaçados – que virtualmente encerrou esforços variados, por parte de muitos teóricos e práticos, de se incrementar uma teoria de justiça que pudesse complementar uma teoria do direito positivo.

Na busca por uniformidade, previsibilidade, objetividade e segurança, doutrinadores de diversos matizes foram construindo um relato que considerou o pensamento mais metafísico em oposição ao pensamento científico. A filosofia e a teoria do direito foram tendo seus papéis reduzidos a uma teoria geral do direito,

⁴ FRENCH, John D. *Afogados em leis: a CLT e a cultura política dos trabalhadores brasileiros*. São Paulo: Perseu Abramo, 2001. (Coleção História do Povo Brasileiro).

preocupada tão somente em buscar conhecer e descrever, de forma válida, o direito positivo e suas questões estruturais do tipo unidade, coerência e completude dos ordenamentos jurídicos.

O direito positivo estatal passou a ser o núcleo referencial do direito moderno, baseado num paradigma positivista de ciência. Logo, os chamados “positivistas jurídicos” defendem, basicamente, o modelo clássico do Direito positivo ocidental, produzido pelas fontes formais estatais e fundado em diretrizes liberal-individualistas. A dogmática se tornou uma técnica de apoio e controle da atividade jurisprudencial, que acabou por afastar uma parcela dos magistrados de questionamentos acerca dos fundamentos éticos do direito positivo, quando de sua aplicação.

A tensão entre critérios formais e critérios materiais, tanto na criação quanto na aplicação de regras, foi bem exposta por Max Weber⁵ (1864-1920), que distinguiu o “Direito formal” do “Direito material”. Demonstrando a recorrente tensão entre essas duas tendências, Weber associou o primeiro tipo – Direito formal – ao conjunto do sistema do direito “puro”, onde todas as normas obedecem unicamente à lógica jurídica, sem considerações alheias a essa lógica. O Direito material, ao contrário, consideraria os elementos “extrajurídicos”,⁶ referindo-se no curso de seus julgamentos aos valores políticos, éticos, econômicos ou religiosos. Dessa diferenciação decorrem duas concepções de Justiça. A primeira restrita às regras da ordem jurídica e da lógica do sistema, enquanto a segunda leva em conta a situação concreta, as intenções dos indivíduos e as condições gerais de sua existência.

Em certos casos, como no do juiz do TRT/MG, uma “base ética” foi usada, mas para dar suporte a uma crença particular. Isto é, não se adotou nenhuma teoria da justiça refinada, com referenciais e critérios materiais definidos que pudessem dar uma consistência maior à decisão, evitando uma fácil rejeição e o questionamento da mesma.

A seguir serão destacadas certas passagens de autores que, se acredita, terem tido influente parte na construção do relato acima mencionado.

III. 1 Montesquieu (1689-1755)

Os manuais de direito nacionais citam, de forma recorrente, a doutrina da separação de poderes, ou de funções do poder do Estado, cujo maior sistematizador foi Montesquieu.

Na obra *Do Espírito das Leis* há três passagens que revelam, em especial, uma característica marcante da

forma de pensar de Montesquieu referente à forma dos julgamentos e da função dos magistrados. No Livro Sexto, Capítulo III – “Em que governos e em que casos se deve julgar segundo os termos precisos da lei” –, diz:

“Quanto mais o governo se aproxima da república, tanto mais rígida se torna a maneira de julgar. (...) Nos Estados Despóticos, não existe lei: a regra é o próprio juiz. Nos Estados monárquicos, existe uma lei e, onde esta é exata, o juiz a observa; onde não existe, ele procura-lhe o espírito. Nos governos republicanos é da natureza da constituição que os juizes observem literalmente a lei”. (Montesquieu, 1979, p. 83)

Corroborando esse trecho, declara no Livro Décimo-Primeiro, Capítulo VI – “Da Constituição da Inglaterra”:

Porém, se os tribunais não devem ser fixos, os julgamentos devem sê-lo a tal ponto, que nunca sejam mais do que um texto exato da lei. Se fossem uma opinião particular do juiz, viver-se-ia na sociedade sem saber precisamente os compromissos que nela são assumidos”. (Montesquieu, 1979, p. 150)

Ainda no mesmo capítulo, acentua que:

“Poderia acontecer que a lei, que é ao mesmo tempo clarividente e cega, fosse, em certos casos, muito rigorosa. Porém, os juizes de uma nação não são, como dissemos, mais que a boca que pronuncia as sentenças da lei, seres inanimados que não podem moderar nem sua força nem seu rigor”. (Montesquieu, 1979, p. 152)

Montesquieu não deixa, no entanto, de consignar algumas exceções a essa rigidez na aplicação das regras, “baseadas no interesse particular de quem deve ser julgado”, como por exemplo, os poderosos que, caso contrário, ver-se-iam reféns da inveja do povo (1979, p. 152).

III. 2 Cesare Beccaria (1738-1794)

Não obstante o fato da preocupação maior de Beccaria concentrar-se no direito penal, crê-se importante ressaltar que suas idéias extrapolaram, e muito, os limites dessa província. Aqui, sublinham-se argumentos que dizem respeito, prioritariamente, aos deveres dos juizes.

No capítulo IV, “Da interpretação das leis”, Beccaria diz que “(...) os juizes dos crimes não podem ter o direito de interpretar as leis penais, pela razão mesma de que não são legisladores”. (Beccaria, s/d, p. 35)

⁵ WEBER, Max. Economia e sociedade. vol. 2: cap. VII. Brasília: UnB, 1999.

⁶ Melhor seria a adoção do termo “extralegais”, para que o termo “jurídico” não seja tornado, necessariamente, equivalente ao termo “legal”.

Defendendo uma forma de atuação, no século XVIII, que ainda hoje é extremamente popular e usual, ao menos oficialmente ou na esfera discursiva, chamada de subsunção dos fatos à norma e baseada na lógica formal, sustenta que:

“(...) o juiz, cujo dever consiste exclusivamente em examinar se tal homem praticou ou não um ato contrário às leis. *O juiz deve fazer um silogismo perfeito*. A maior deve ser a lei geral; a menor, a ação conforme ou não a lei; a consequência, a liberdade ou a pena. Se o juiz for constrangido a fazer um raciocínio a mais, ou se o fizer por conta própria, tudo se torna incerto e obscuro. Nada mais perigoso do que o axioma comum, de que é preciso consultar o espírito da lei. Adotar tal axioma é romper todos os diques e abandonar as leis à torrente das opiniões. Essa verdade me parece demonstrada, embora pareça um paradoxo aos espíritos vulgares que se impressionam mais fortemente com uma pequena desordem atual do que com consequências distantes, mas mil vezes mais funestas, de um só princípio falso estabelecido numa nação”. [sem grifo no original] (Beccaria, s/d, p. 36)

E tendo como premissa um relativismo, uma multiplicidade de pontos de vista na avaliação das coisas e a pluralidade de fatores que interferem no processo decisório dos juízes, Beccaria critica a liberdade de interpretação e propõe uma forte restrição à mesma. Ponderando benefícios e malefícios, abraça a interpretação literal da lei. Optou-se, aqui, por transcrever uma longa passagem, dado o seu valor.

“Cada homem tem sua maneira própria de ver; e um mesmo homem, em diferentes épocas, vê diversamente os mesmos objetos. O espírito de uma lei seria, pois, o resultado de boa ou má lógica de um juiz, de uma digestão fácil ou penosa, da fraqueza do acusado, da violência das paixões do magistrado, de sua relação com o ofendido, enfim, de todas as pequenas causas que mudam as aparências e desnaturam os objetos no espírito inconstante do homem. Veríamos, assim, a sorte de um cidadão mudar de face ao passar para outro tribunal, e a vida dos infelizes estaria à mercê de um falso raciocínio, ou do mau humor do juiz. Veríamos o magistrado interpretar apressadamente as leis, segundo as idéias vagas e confusas que se apresentassem ao seu espírito. Veríamos os mesmos delitos punidos diferentemente, em diferentes tempos, pelo mesmo tribunal, porque, em lugar de escutar a voz constante e invariável das leis, ele se entregaria à instabilidade enganosa das interpretações arbitrárias. Podem essas irregularidades funestas ser postas em paralelo com os inconvenientes momentâneos que às vezes produz a

observação literal das leis? Talvez esses inconvenientes passageiros obriguem o legislador a fazer, no texto equívoco de uma lei, correções necessárias e fáceis. Mas, seguindo a letra da lei, não se terá ao menos que temer esses raciocínios perniciosos, nem essa licença envenenada de tudo explicar de maneira arbitrária e muitas vezes com intenção venal. Quando as leis forem fixas e literais, quando só confiarem ao magistrado a missão de examinar os atos dos cidadãos, para decidir se tais atos são conformes ou contrários à lei escrita; quando, enfim, a regra do justo e do injusto, que deve dirigir em todos os seus atos o ignorante e o homem instruído, não for um motivo de controvérsia, mas simples questão de fato, então não mais se verão os cidadãos submetidos ao jugo de uma multidão de pequenos tiranos, tanto mais insuportáveis quanto menor é a distância entre o opressor e o oprimido; tanto mais cruéis quanto maior resistência encontram, porque a crueldade dos tiranos é proporcional, não às suas forças, mas aos obstáculos que se lhes opõem; tanto mais funestos quanto ninguém pode livrar-se do seu jugo senão submetendo-se ao despotismo de um só. Com leis penais executadas à letra, cada cidadão pode calcular exatamente os inconvenientes de uma ação reprovável; e isso é útil, porque tal conhecimento poderá desviá-lo do crime. Gozará com segurança de sua liberdade e dos seus bens; e isso é justo, porque é esse o fim da reunião dos homens em sociedade. É verdade, também, que os cidadãos adquirirão assim um certo espírito de independência e serão menos escravos dos que ousaram dar o nome sagrado de virtude à covardia, às fraquezas e às complacências cegas; estarão, porém, menos submetidos às leis e à autoridade dos magistrados. Tais princípios desagradarão sem dúvida aos déspotas subalternos que se arrogaram o direito de esmagar seus inferiores com o peso da tirania que sustentam. Tudo eu poderia recear, se esses pequenos tiranos se lembrassem um dia de ler o meu livro e entendê-lo; mas, os tiranos não lêem”. (Beccaria, s/d, p. 36-37)

III. 3 Hans Kelsen (1881-1973)

Nas obras do maior expoente da tendência do “positivismo jurídico”, a ética e o direito aparecem como coisas distintas. A tarefa do jurista-filósofo consistiria na elaboração de uma teoria do jurídico, entendida tão-somente como uma descrição vinculada às prescrições do direito positivo. Kelsen pretendeu elaborar um conhecimento científico – respaldado no positivismo filosófico ou cientificismo de Augusto Comte – do direito positivo. Na sua obra principal, *Teoria Pura do Direito*, esforça-se em livrar a ciência jurídica das imprecisões,

da opacidade, da incerteza e da subjetividade, em suma, da poluição de “impurezas”.

O Direito e a Moral são, para ele, sistemas de normas distintos. Acentua que:

“A necessidade de distinguir o Direito da Moral e a ciência jurídica da Ética significa que, do ponto de vista de um conhecimento científico do Direito positivo, a legitimação deste por uma ordem moral distinta da ordem jurídica é irrelevante, pois a ciência jurídica não tem de aprovar ou desaprovar o seu objeto, mas apenas tem de o conhecer e descrever. (...) a tarefa da ciência jurídica não é de forma alguma uma valoração ou apreciação do seu objeto, mas uma descrição do mesmo alheia a valores (*wertfrei*)”. (Kelsen, 1998, p. 77)

Nesta passagem, ficam claros os esforços de Kelsen para elaborar o modelo de ciência jurídica e direito que, como já se referiu, Weber chama de “Direito formal” – referente à análise da estrutura formal do Direito positivo. O processo lógico partiria dos conceitos e, por meio de deduções lógicas, chegar-se-ia às proposições jurídicas e, a partir destas, às decisões judiciais.

No modelo kelseniano, “a ciência jurídica, porém, apenas pode descrever o direito; ela não pode, como o Direito produzido pela autoridade jurídica (através de normas gerais ou individuais), *prescrever* seja o que for”. (Kelsen, 1998, p. 82)

Tal como Montesquieu e Beccaria, Kelsen acredita não haver valores absolutos, mas apenas valores relativos (1998, p. 76), fazendo disso um pressuposto de sua teoria.

“Devemos ter presente, porém, quando apreciamos ‘moralmente’ uma ordem jurídica positiva, quando a valoramos como boa ou má, justa ou injusta, que o critério é um critério relativo, que não fica excluída uma diferente valoração com base num outro sistema de moral, que, quando uma ordem jurídica é considerada injusta se apreciada com base no critério fornecido por um sistema moral, ela pode ser havida como justa se julgada pela medida ou critério fornecido por um outro sistema moral”. (Kelsen, 1998, p. 76)

No entanto, ao dizer que “se a ordem moral não prescreve a obediência à ordem jurídica em todas as circunstâncias e, portanto, existe a possibilidade de uma contradição entre a Moral e a ordem jurídica (...) (Kelsen, 1998, p. 77), ele acaba contribuindo para a definição do papel de uma teoria da justiça. Explica-se: como a norma jurídica positiva é válida, mesmo contrariando a ordem normal, é o caso de estipular a

forma de decisão, em casos de flagrante injustiça, e o que fazer para evitar, apesar de sua validade formal, a sua aplicação mecânica. É nesse espaço que uma teoria da justiça substantiva se faria importante. Um bom exemplo de uma ordem social imoral, porém legal, que é aceito pela Teoria Pura, é dado por Kelsen:

“(...) uma ordem jurídica ou certas das suas normas que, ao tempo em que entraram em vigor, poderiam ter correspondido às exigências morais de então, hoje podem ser condenadas como profundamente imorais”. (1998, p. 78)

Por fim, Kelsen diz:

“Com efeito, a ciência jurídica não tem de legitimar o Direito, não tem por forma alguma de justificar – quer através de uma Moral absoluta, quer através de uma Moral relativa – a ordem normativa que lhe compete – tão-somente – conhecer e descrever”. (1998, p. 78)

III. 4 Max Weber (1864-1920)

Weber não é aqui visto em função de sua clara preferência por uma concepção de direito racional-formal. A razão que orientou a escolha de suas palavras foi a tentativa de mostrar uma faceta, um tanto desconhecida, pode-se dizer, desse pensador.

Os trechos selecionados sugerem que interesses particulares, de caráter patrimonial, impulsionaram e asseguram a formação e manutenção de um sistema jurídico composto por regras formalmente gerais, aplicadas por operadores neutros e imparciais.

Weber chega a reconhecer que essa ordem jurídica formal, “impessoal”, opera para a vantagem de grupos econômicos dominantes.

“Os interessados em adquirir poder no mercado são os interessados de tal ordem jurídica. Principalmente no interesse deles, ocorre, sobretudo, o estabelecimento de “disposições jurídicas autorizadas”, que criam esquemas de acordos válidos, aos quais, *apesar da liberdade formal* de todos para fazer uso deles, têm de fato acesso somente *os donos de propriedades e que, portanto, fortalecem somente a autonomia e a posição de poder destes, e de mais ninguém*”. [sem grifos no original] (Weber, 1999, p. 65-66)

Relacionando a justiça de cunho formalista com a ausência de considerações de caráter ético, diz:

“(...) aquela liberdade máxima, concedida pela justiça formal, dos interessados na defesa de seus

interesses formalmente legais, já em virtude da desigualdade na distribuição de poder econômico que por ela é legalizada, necessariamente leva sempre de novo ao resultado de que os postulados materiais da ética religiosa ou da razão política parecem violados”. (Weber, 1999, p. 102)

Referindo-se especificamente às relações de trabalho, Weber assinala que o direito formal de um trabalhador de acordar livremente com qualquer empresário, de fato, pouco lhe serve. A parte mais poderosa no mercado (o empresário) acaba por fixar as condições de trabalho à sua discricão, que acabam por ser impostas devido às necessidades materiais do postulante ao emprego:

“O resultado da liberdade de contrato é, portanto, a criação da possibilidade de usar a propriedade de bens, mediante a hábil aplicação dela no mercado, como meio para adquirir, sem encontrar barreiras jurídicas, poder sobre outras pessoas”. (Weber, 1999, p. 65)

Pode-se deduzir, a partir dessas passagens de Weber, que o que maiormente se quer com o tão propagado – e até fielmente defendido – princípio da segurança jurídica é, na verdade, o funcionamento preciso do aparato oficial, garantidor de certas expectativas estabilizadas da ordem social existente.

IV – CONSEQÜÊNCIAS DESSAS IDÉIAS

Um dos mais célebres ministros da Corte Suprema Norte-Americana, Benjamin N. Cardozo (1870-1938), que se contrapôs aos juristas formalistas de seu tempo, em especial John Austin (1790-1859), comentou acerca dos efeitos do trabalho dos juristas analíticos:

“A insistência constante no sentido da moral e da justiça não constituírem direito contribuiu para gerar desconfiança e desdém pelo direito, como alguma coisa a que a moral e a justiça não são apenas estranhas, mas hostis”. (Cardozo, 1956, p. 75)

Com efeito, essa separação entre o direito, reduzido a um “o-que-a-lei-manda-fazer”, e uma noção de justiça substantiva gerou conseqüências no imaginário, e daí nas práticas, tanto de leigos como de políticos e profissionais do direito.

Um exemplo paradigmático do que se afirma, é o de uma declaração do prefeito do Rio de Janeiro, César Maia. Numa entrevista,⁷ diante de um comentário da repórter – “essas brigas judiciais acabam não resultando numa punição efetiva...” –, quando falava sobre liminares que revogaram atos de cassação de alvarás por parte da prefeitura, Maia declarou: “Parte dos juízes imagina que está na função para fazer justiça. Quem faz justiça é o político, que elabora as leis. O Judiciário é um poder técnico, que deve aplicar as leis”. Nada mais próximo das idéias sustentadas por Montesquieu e Beccaria, acerca da função do juiz. Essa mesma crença na objetividade, num juiz que só sofreria a interferência dos ditames legais quando de sua decisão (equiparada a uma subsunção lógica), parece ser percebida, também, em José Alfredo de Oliveira Baracho, em livro que aborda o tema da cidadania. Como se o problema se exaurisse na observância ou não da lei e a uma esfera lógico-formal, diz:

“A função jurisdicional coloca os juízes submetidos unicamente à lei. A independência judicial, em qualquer de seus aspectos, tem como destinatário o juiz, como administrador da justiça, que, exercendo o poder jurisdicional ou a função jurisdicional, aplica a norma ao caso concreto, condição básica da imparcialidade judicial, que vai orientar a objetividade da sentença, constituindo uma garantia essencial para os jurisdicionados. Para atingir essa independência propugna-se liberar o juiz de influências externas, gerando o *autogoverno*”. (Baracho, 1995, p. 13)

Pode-se argumentar que o juiz baiano fez uma subsunção perfeita do caso concreto à norma legal garantidora da propriedade privada, mas nem por isso sua decisão foi considerada “justa” por parte do tratorista, que, apesar das muitas homenagens (inclusive da OAB nacional), terá de responder a um processo criminal pelo delito de desobediência.

Com relação à liberdade e autonomia da vontade formalmente consideradas e legalmente garantidas, e lembrando a citação final de Weber sobre como a liberdade formal pode engendrar opressão econômica, vale resgatar outra parte da decisão do juiz do TRT-MG. Em perspicaz suporte da livre exploração do trabalhador, conjeturou:

“(…) não tendo sido sequer alegado que o transporte nessas condições tivesse o escopo de

⁷ SCHMIDT, Selma. O processo civilizatório demora anos. César Maia: Entrevista. *Jornal O Globo*, Rio de Janeiro, 24/11/2002. Caderno Rio, p. 27.

humilhar ou ofender o reclamante, que nunca se rebelou ou fez objeção contra a conduta patronal, preferindo percorrer os 16 Km do deslocamento a pé ou por outro meio de transporte”. (proc. RO 484/03, TRT, public. 25/03/2003)

De fato, segundo o raciocínio do juiz, o queixoso trabalhador deve ter preferido não exercitar suas múltiplas opções e, portanto, agora nada pode alegar. Pena que, não sabendo desfrutar sua liberdade de ser explorado, ajuizou tal ação.

Todos esses casos apresentados sugerem que uma teoria analítica do direito positivo, por si, não pode ser vista como o apanágio de todos os problemas. O direito positivo de base empírica não é suficiente para dar conta dos múltiplos casos concretos.

Os próprios juízes declaram, de forma recorrente, que seguem no seu ofício a Constituição e suas consciências. O que existe em suas consciências, ou as interpretações e ações derivadas disso, é o que permanece um grande mistério. Isso é reforçado pelo “Justice” Benjamin Cardozo que, parecendo dialogar com jusfilósofos positivistas, diz:

“A idéia de poder o jurista abandonar toda consideração do que deveria ser a lei, surge da ficção de constituir o direito um sistema completo e fechado e de serem os juristas e juízes meros autômatos que registram a sua vontade ou fonógrafos que pronunciam suas disposições. Os sentimentos de justiça não podem ser banidos da teoria do direito nem de sua administração”. (Cardozo.⁸ Apud Rodrigues, 1956: p. XI)

Já Chaïm Perelman, no livro *Ética e Direito*, sustenta que se dá preferência, por vezes, a um valor não explicitamente protegido por lei ao invés de um valor legalmente sancionado. Acentua ele que: “Portanto, todo o direito não está nos textos legais. O juiz efetivamente leva em conta valores e regras, mesmo que estas não tenham sido votadas e promulgadas formalmente”. (Perelman, 1996, p. 454-455)

Esse acionar de recursos não estritamente legais associa-se, como já visto, à justiça material de Weber.

Em outra parte, Perelman diz que:

“Ao integrar no direito positivo regras e valores diferentes daqueles reconhecidos pela lei, o juiz

procura conciliar a lei com a justiça, ou seja, aplicar a lei de forma que suas decisões possam ser socialmente aceitáveis. É seguindo o mesmo espírito que, após a segunda Guerra, várias constituições europeias introduziram em seu texto artigos que protegem os valores fundamentais de uma sociedade democrática e, de modo mais especial, dos direitos humanos”. (Perelman, 1996, p. 455)

Essas palavras também são válidas para o Brasil, em especial no que concerne ao direito constitucional. A Constituição brasileira atual possui numerosos princípios, fundamentos e normas altamente abstratas. Desta forma, as decisões dos tribunais, em especial os das instâncias superiores, em julgamentos que envolvem os chamados direitos fundamentais, têm um forte caráter de decisões políticas ou “decisões de princípio”.⁹

Necessário se faz, portanto, um modelo de interpretação que vá além de um mero silogismo. Esse modelo de interpretação bem poderia valer-se de plurais contribuições advindas do campo da teoria da justiça, sobretudo para melhor controlar atos de vontade pessoais dos julgadores e auxiliá-los na escolha de prioridades.

Já alguns livros de direito nacionais de hermenêutica jurídica, ao invés de permanecerem coletando antigos métodos de interpretação (gramatical, lógico, histórico etc.), começam a problematizar a prática decisória dos juízes, vista até então como sujeita às regras da lógica pura, da razão consciente e da estrita legalidade.¹⁰

Margarida Maria Lacombe Camargo abordando as idéias de Recaséns Siches, diz:

“Na realidade, os juízes, ao privilegiarem os efeitos concretos do direito na sociedade, muitas vezes se vêem diante da necessidade de dissimular a lei para fazer justiça, ou pelo menos evitar a injustiça. Mas, para escapar de qualquer tipo de crítica ou acusação em virtude de terem agido arbitrariamente ou negligentemente ameaçando a ordem e a estabilidade social, precisam elaborar uma justificativa que apresente uma aparência lógica e que seja, portanto, convincente. O que Recaséns Siches almeja é que os juízes possam agir sem culpa; fazer justiça sem culpa, “sob a luz do meio-dia”. (Camargo, 1999, p. 167)

⁸ *The Paradoxes of Legal Science*. 2. ed. New York: Columbia University Press, 1928, 1930, p. 27.

⁹ Sobre a doutrina que defende a interpretação conforme os princípios, cf. as obras de Ronald Dworkin.

¹⁰ Edmundo Lima de Arruda Jr. e Marcus Fabiano Gonçalves, no livro *Fundamentação ética e hermenêutica – alternativas para o direito*, declaram que “desfazer a ingenuidade ou o oportunismo dessas crenças hermenêuticas [cientificistas] constitui agora uma das tarefas teóricas mais urgentes, a ser desempenhada em nome da transparência operativa da ciência jurídica moderna” (2002, p.

Ocorre que desvendar os processos de tomada de decisões, avaliando o possível impacto de fatores extralegais, as motivações dos juízes e exigir uma fundamentação mais rigorosa das sentenças, envolve o reconhecimento de que os magistrados têm um papel ativo na definição do que é o direito. Isto é, faz com que seja necessário o reconhecimento de que a subjetividade dos julgadores não é apenas um fator de segunda ordem, mas, pelo contrário, por vezes tende a ser o mais importante.¹¹ Não estranho, portanto, foi a preocupação e cautela do atual Poder Executivo brasileiro na escolha dos novos ministros que iriam ser indicados para integrar o colegiado do Supremo Tribunal Federal. Isso se explica de forma coerente, na medida em que se sabe que a composição dos tribunais pode determinar o direito a ser declarado pelos colegiados de magistrados.

Esse tema toca diretamente a questão da criação, ou da construção judicial do direito. Questão associada ao antigo debate “interpretação *versus* construção”. Essas idéias estão no centro do palco das teorias jusfilosóficas atuais e da ciência política contemporânea, como, por exemplo, na questão do ativismo judicial (com as chamadas implicações contra-majoritárias).

Esse ativismo judicial – tema que está associado ao papel apropriado dos magistrados, à separação de poderes e à forma de configuração de sua legitimidade – é assunto controverso que divide posições apaixonadas.

Um dos mais influentes teóricos atuais do direito e da ciência política, Ronald Dworkin, já na introdução de “Uma Questão de Princípio”, diz:

“O antigo debate, se os juízes devem criar e realmente criam o direito, tem mais importância prática do que jamais teve, pelo menos nos Estados Unidos”. (2000, p. VII)

Uma vez dito isso tudo, cabe uma pequena análise da distância entre o que aqui se sublinhou e o binômio ensino-prática do direito no Brasil.

IV. 1 Ensino e Prática do Direito em Oposição à Justiça e Princípios

Existe uma história de um professor de direito que foi repreendido por um aluno, ao escrever no quadro: “A Ciência Jurídica nada tem a ver com a Justiça”. O professor visava dar uma maior dramaticidade às suas aulas sobre Kelsen. Ao contrário do que se poderia pensar, ele não se

zangou com o aluno, mas, pelo contrário, desapontou-se com o restante silencioso da turma.

Considerando tal história como verídica, pode-se questionar as possíveis razões para uma tal corroboração silenciosa de jovens com a afirmação que, eventualmente, dissocia o direito da justiça. Do mesmo modo, pode-se perguntar por que um magistrado determina que um “pai não biológico” seja o pai de uma criança, apegando-se, tão somente, às disposições legais que dão margem a que ele possa assim agir. Claro, uma vez que, nenhuma outra prova poderia ser mais convincente para determinar a paternidade biológica. Se, como dizem os especialistas, o exame de DNA só comporta um erro em cem milhões e, se o douto magistrado de fato merece esse qualificativo, o “pai judicial” deveria, talvez, direcionar tão significativa sorte em um sorteio qualquer. Caso contrário, deve-se reconhecer que o direito pode sim modificar a natureza das coisas.

Esse caso, cuja decisão foi confirmada pelas cortes superiores, traz à memória um célebre julgamento da Corte Suprema dos Estados Unidos, que no caso *Herrera contra Collins*¹² admitiu que o acusado talvez fosse inocente, mas ainda assim poderia ser executado caso o julgamento fosse conduzido de forma apropriada e segundo os ditames constitucionais.

Também os outros casos, em especial o caso dos juízes trabalhistas, tal como relatou John French, cuja preocupação ao decidir foi meramente formal e abstrata, desconhecendo uma realidade concreta de dependência econômica e ausência de liberdade real por parte dos trabalhadores, podem ser usados para construir um cenário, cuja existência maior ou menor não será provada neste limitado trabalho, de uma prática positivista que camufla vigorosos juízos de valor e escolhas pessoais que permanecem num espaço opaco.

A defensável incoerência de todas essas histórias reforça um discurso que questiona, criticamente, duas províncias dialeticamente entrelaçadas: o ensino e a prática do direito. Essas duas províncias, como já se disse, privilegiam uma abordagem formalista. Essa abordagem traduz-se, por exemplo, em um estudo muito mais delongado dos campos do direito que tenham por base um diploma legal mais “carnudo”. Não é por outra razão que, em geral, os estudantes dedicam-se por cerca de 4 anos ao estudo do direito civil, enquanto o direito constitucional acaba merecendo apenas cerca de 1 ano. Seria porque existe menos “teoria constitucional” e mais “teoria civilista”? De fato, esse parece não ser o motivo.

¹¹ Neste sentido, cf.: PRADO, Lídia Reis de Almeida. *O juiz e a emoção*. Campinas: Millenium, 2003.

¹² *Herrera v. Collins*, 506 U.S. 390 (1993).

Ocorre que o Código Civil (tanto o anterior, de 1916, como o atual, de 2002) tem mais de 2.000 artigos, enquanto a Constituição Federal de 1988 tem cerca de 250 artigos (excluindo o ADCT).

Como, seguindo a orientação de Kelsen, a Ciência Jurídica tem tão-somente que conhecer e descrever a ordem normativa que lhe compete, estuda-se predominantemente, senão exclusivamente, a estrutura formal do direito escrito nacional. Daí os nomes das cadeiras nas faculdades poderem ser, coerentemente, criticadas e mudadas de “Direito Constitucional”, “Direito Processual Civil”, etc., para “Descrição da Constituição Brasileira”, “Descrição do Código de Processo Civil I, II”, etc.

Além disso, as discussões em torno das normas, valores e princípios consignados na Constituição não deveriam exigir um tempo maior, tendo em vista que este é o diploma legal superior do ordenamento jurídico, frente ao qual todas as normas têm de ser avaliadas e compatibilizadas? Não é a Constituição também, segundo um dos discursos majoritários, a consolidação das maiores aspirações de uma população? Não consigna os direitos mais fundamentais, sem o qual a própria sociedade não pode existir?

É possível, então, argumentar que, talvez, a maioria das faculdades de direito – falhos centros de formação legal e exitosos centros de deformação pessoal – tenha uma pitada de responsabilidade nesse distanciamento do direito com uma teoria da justiça substantiva qualquer. Isso pela simples ausência, ou pouca presença, da última.

Os profissionais jurídicos, previamente torturados física e psicologicamente por cinco ou seis anos, talvez queiram tão somente permanecer leais a esses ensinamentos descritivos. Os juízes, em particular, podem estar buscando o conforto de referendar na prática, mesmo que isso viole interesses fundamentais das pessoas e a própria natureza das coisas, as lições aprendidas, proferidas pelos “ilustres professores”, autoridades em apresentar as “escrituras sagradas”, que passam a ser chamadas no direito de “Códigos” ou a “Bíblia do Direito Civil”, a “Bíblia do Processo Penal”...

Entra-se, pois, num círculo perverso, cuja essência é um ensino que privilegia uma única dimensão possível de trabalho com o ordenamento jurídico, reforçando e reafirmando uma atuação prática, criticável por ser mecânica e irreal. Ensino esse, baseado em Códigos e

manuais um tanto quanto presos ao modelo prático que se critica. Vale lembrar os dizeres de Pierre Bourdieu (1930-2002):

“(…) é pela lógica interna das obras jurídicas que delimitam em cada momento o espaço dos possíveis e, deste modo, o universo das soluções propriamente jurídicas”. (Bourdieu, 2001, p. 211)

Com isso, em mente, face à pequena exploração de temas não estritamente descritivo-legais nos livros de direito, pode-se perceber como os juízes podem suspender seus juízos morais e consequencialistas, e se tornar indiferentes aos efeitos de seus julgados, identificando o jurídico ao legal.

V – A FUNÇÃO PRÓPRIA DOS JUÍZES: ARISTÓTELES

Vários estudos oriundos de campos interdisciplinares, como, por exemplo, da sociologia e filosofia jurídicas, apontam a existência de diversos modelos analítico-compreensivos do direito, *entre eles* o do *positivismo jurídico*. Este é apenas uma das perspectivas analíticas existentes. Várias dessas perspectivas buscam dar fundamento às ações daqueles que trabalham no chamado “universo jurídico”, sustentando ser o “direito” e o “jurídico” algo mais do que apenas as normas advindas do Estado. Pode-se metaforicamente argumentar que, da mesma forma que o amor não pode ser reduzido ao sexo, o direito não se reduz à lei, sendo esta apenas uma (e, segundo algumas correntes, nem sempre) manifestação do direito. Não se pretende aqui esmiuçar essas explicações, pois isso escaparia aos restritos limites deste estudo. Parte-se do pressuposto de que mais de um método juridicamente respaldável existe, e isso tanto na teoria quanto nas práticas observáveis, e pode, portanto, ser razoavelmente defensável.¹³

O esforço lógico-analítico do positivismo acabou, então, por ocultar uma compreensão multidimensional do direito, propiciando a confusão em torno de alguns dogmas centrais: (a) a vinculação das decisões dos magistrados – supostamente neutros e, portanto, imparciais – à lei estatal; (b) a dependência de todo direito em relação ao Estado, e (c) a unidade do direito identificada à coerência sistemática das proposições jurídicas.

As proclamadas virtudes de tal modelo teórico, que serve de fundamento a condutas práticas, consistem

¹³ Para uma explicação mais detalhada sobre outras formas, além da estritamente normativa, de atuação jurídica possível, cf.: HALIS, Denis de Castro. “A natureza do processo e a evolução do direito: uma leitura de Benjamin N. Cardozo”. Trabalho apresentado no Congresso Internacional de Direito, Justiça Social e Desenvolvimento, realizado entre 07 e 10 de agosto de 2002, em Florianópolis,

no interesse pela proteção de uma suposta *objetividade* de um *determinismo*, que se pode dizer falacioso. Isso fica expresso em recorrentes afirmações do tipo: – “isto é assim porque a *lei manda* que seja assim”. A qualificação “falacioso” pode ser sustentada na medida em que se entenda que a lei não é um ser vivente, sendo que, na verdade, *as pessoas* – com autoridade para tal – é *que mandam*. E mandam baseadas num sentido que atribuem tanto à lei como à situação em que ela deve ser, ou não, aplicada.

A idéia, que se pretende introduzir aqui, é a de que os comportamentos pessoais que são norteados, em tese, segundo esse modelo teórico, passível das mencionadas críticas, tendem a recusar, sobremaneira, o reconhecimento de uma realidade traumatizante¹⁴ que muitas vezes gera problemas complexos na aplicação das regras na sociedade. Destaca-se, no âmbito deste estudo, particularmente a realidade dos vínculos trabalhistas.

Lêda Boechat Rodrigues, renomada historiadora do Supremo Tribunal Federal, afirma que:

“os juízes marcham às vezes para soluções impiedosas, convencidos da impossibilidade da escolha de outro desfecho. [sem grifo no original] (Rodrigues, 1956, p. VII)

Nada pode ser dito de mais pertinente face aos objetivos deste trabalho.

Dito isto, pode-se dizer que, por meio desse modelo de entendimento (dito dogmático) dos “fenômenos jurídicos” acaba ocorrendo uma grande desatenção acerca de problemas que podem ser reputados como centrais num plano de aspirações por mudanças. Perde-se de vista, portanto, a finalidade mais democrática do direito, ou o que deveria ser a sua característica principal. Para escolher somente uma teoria da justiça que trabalhe nesse sentido e que pode acrescentar algo a esse debate, vale recordar a noção utilitarista de Justiça de Jeremy Bentham (1748-1832). Essa pode ser sumarizada na clássica fórmula da promoção do máximo prazer e bem-estar para o maior número de pessoas, ao mesmo tempo, em que persegue a minimização do sofrimento. No livro *Uma Introdução aos Princípios da Moral e da Legislação*, diz:

“O objetivo geral que caracteriza todas as leis – ou que deveria caracterizá-las – consiste em aumentar

a felicidade global da coletividade; portanto, visam elas em primeiro lugar a excluir, na medida do possível, tudo o que tende a diminuir tal felicidade, ou seja, tudo o que é pernicioso”. (Bentham, 1974, p. 65)

No entanto, o que se percebe na aplicação das normas oficiais do Estado, segundo declaradas atuações “estritamente técnicas”, é uma terminologia que desumaniza as pessoas, tornando-as quase como “coisas” (curioso é o termo “jurisdicionados”, amplamente adotado no meio jurídico e perceptível facilmente nos informativos classistas dos “operadores jurídicos”, que, parece remeter a uma certa passividade dos sujeitos).

Mas daí vem a pergunta: – Qual é a função própria do juiz? Qual a finalidade da atividade do juiz? Um cd-rom é capaz de arquivar toda a legislação estatal vigente e possuir, ainda, um catálogo de comportamentos aceitáveis (lícitos) e puníveis (ilícitos). Logo, ter uma coletânea de leis e comportamentos na cabeça não é a função própria do juiz. No entanto, boa parte das provas de seleção para a magistratura parece requerer exatamente isso.

Caso os dizeres de Aristóteles tenham algum valor, merecendo ser lembrados,

“é possível perceber que o intelecto humano é sua melhor parte, a parte superior em termos de importância e o que conforma a verdadeira natureza de cada criatura humana. Por conseguinte, é preciso que as pessoas se esforcem ao máximo para viver de acordo com o que possuem de melhor”.¹⁵ (Aristóteles, 1996)

Logo, para Aristóteles, a função própria dos homens é exercer e desenvolver sua razão reflexiva, seu raciocínio. Isto é “a atividade vital do elemento racional do homem” (1996, p. 126) na acepção de “exercício ativo do elemento racional” (idem). Mais à frente isso é novamente ressaltado:

“(…) e afirmamos que a função própria do homem é um certo modo de vida, e este é constituído de uma atividade ou de ações da alma que pressupõem o uso da razão, e a função própria de um homem bom é o bom e nobilitante exercício desta atividade ou a prática destas ações (…”. (Aristóteles, 1996, p. 126)

¹⁴ Considera-se traumatizante o dar-se conta do “turbilhão” de transformações institucionais contemporâneas que se agiganta frente aos fragilizados indivíduos e grupos sociais, com a sorte de seus destinos “privatizada”, e sem possibilidades de apoiarem-se na segurança de tradicionais relações sociais e expectativas estabilizadas (como, por exemplo, a estabilidade no emprego). Pode-se afirmar que vivemos em um período de “colapso de expectativas”. Milhares de pessoas que hoje trabalham, que possuem o que comer hoje já não possuem a certeza de comer amanhã, de trabalhar no dia seguinte. Neste ambiente, a “ordem”, entendida como um meio regular e estável, pode-se mostrar por demais virulenta a um enorme contingente populacional, chamado, por muitos, de “excluídos” da sociedade.

¹⁵ Em especial, cf. o Livro X, *Ética a Nicômaco*, 1996.

Esse elemento racional pode, de certo modo, persuadir os outros elementos irracionais – que não questionam os “porquês” – também orientadores da conduta das pessoas, como a fé (na coerência da lei, por exemplo).

Como o juiz não deixa de ser um homem – apesar de numerosas abstrações ilusórias – com um arsenal de vicissitudes, pode-se dizer, por analogia, que ele também deve exercer ativamente suas mais sublimes faculdades, desenvolvendo sua “razão de pensar” e não simplesmente atrelar-se a sua “razão obediente”. Neste último caso, tornar-se-ia refém de uma lei possivelmente dissonante de anseios sociais mais prioritários ou de outra convicção dogmática qualquer, inclinando-se em direção a um caminho facilmente repudiável.

Para isso, no entanto, é preciso estar preparado:

“É bem possível, portanto, que enquanto as coleções de leis, e também de constituições, podem ser úteis para as pessoas capazes de estudá-las e julgar o que há nas mesmas de bom ou mau e quais são os dispositivos adequados às peculiaridades de cada cidade, aquelas que examinam tais coleções sem estar intelectualmente preparadas para isto não formarão um juízo acertado (a não ser que o façam acidentalmente) (...)”. (Aristóteles, 1996, p. 319-320)

Ora, se a função própria do juiz, a sua finalidade, não é ser alimentado de leis e, na hora própria, “vomitá-las” – isso é veementemente negado pelos próprios juízes – pode ser que ela consista no uso efetivo do exercício de sua razão ativa. Sua excelência seria ampliada na medida do exercício de seu raciocínio e não com a eliminação desse. É essa “razão de pensar”, reflexiva, que dizem só o homem deter, que pode bem conduzi-lo e promover suas potencialidades.

Esse “efetivo exercício da razão ativa” será necessário exatamente para que se realize a justiça nos casos concretos. Este problema – justiça do caso concreto – se relaciona com o cotejamento da justiça e a equidade, e foi também tratado por Aristóteles:

“O que cria o problema é o fato de o equitativo ser justo, mas não o justo segundo a lei, e sim um corretivo da justiça legal. A razão é que toda lei é de ordem geral, mas não é possível fazer uma afirmação universal que seja correta em relação a certos casos particulares. Nestes casos, então, em que é necessário

estabelecer regras gerais, mas não é possível fazê-lo completamente, a lei leva em consideração a maioria dos casos, embora não ignore a possibilidade de falha decorrente desta circunstância. (...) Quando a lei estabelece uma regra geral e aparece em sua aplicação um caso não previsto por esta regra, então é correto, onde o legislador é omissor e falhou por excesso de simplificação, suprir a omissão dizendo o que o próprio legislador diria se estivesse presente e o que teria incluído em sua lei se houvesse previsto o caso em questão”. (Aristóteles, 1996, p. 212-213)

Logo, o problema passa a ser a maneira pela qual se pode conduzir, controlar, ou tornar essa intervenção subjetiva na aplicação da lei menos opaca, mais coerente e aceitável. Pelo menos não se estará mais encerrado numa discussão tradicional, agregadora de falsos dilemas e suposições, que associa o dever do juiz a uma aplicação estrita da lei, dita necessária para a uniformidade e a decorrente segurança jurídica. Uniformidade e segurança que já não existem, ao menos não sob o formato oficialmente propagado (de fato, alguns chegaram a falar em “jurisprudência lotérica”).¹⁶

Reconhece-se, além disso, que as pretensões por uma justiça legal irrestrita não são aconselháveis, fazendo-se necessária uma intervenção equitativa. Sendo que: “(...) o equitativo é, por sua natureza, uma correção da lei onde esta é omissa devido à sua generalidade”. (Aristóteles, 1996, p. 213), [e isto é] “(...) melhor que o erro oriundo da natureza irrestrita de seus ditames [legais]” (idem).

VI – CONSIDERAÇÕES FINAIS

Do que se discutiu, pode-se extrair que o magistrado tem várias opções possíveis de atuação que são juridicamente válidas e sustentáveis. Por vezes, mesmo tendo ciência disso, opta pela utilização de cunho formalista e de personalização da lei (“a lei manda...”), justificando sua decisão com base em referências estritas à letra da lei ou em argumentos tradicionalistas clássicos (“julgar diferente seria usurpar a competência do legislador, violando o princípio da separação de poderes, etc.”), usados de forma abstrata e sem qualquer relativização. Essa opção “absolutista”, que faz referência estritamente à disposição da lei, leva, por vezes, a um resultado que agrava tensões, promove violência, gera mal-estar generalizado, tem efeitos sociais funestos,

¹⁶ Eduardo Cambi. *Jurisprudência Lotérica*. In: *Cidadania e Justiça, Revista da Associação dos Magistrados Brasileiros*, n. 11, 2. semestre de 2001. p. 193-211. A noção de jurisprudência lotérica se concretiza “(...) quando a mesma questão jurídica é julgada por duas ou mais maneiras diferentes. Assim se a parte tiver a sorte de a causa ser distribuída a determinado juiz que tenha entendimento favorável da matéria jurídica envolvida, obtém a tutela”.

oprime mais intensamente os mais desfavorecidos, desenvolve o subdesenvolvimento, etc.

Não obstante esses efeitos, que dificilmente podem ser entendidos como desejados, mas muito mais como “efeitos perversos da ação” (Weber), essa opção pode estar sendo recorrentemente feita quando da impossibilidade de julgar – dado o volume de processos e outras dificuldades – utilizando uma metodologia mais trabalhosa e refletida e conjugando métodos, diferentes perspectivas e ponderações, o que exigiria, talvez, um tempo e esforço não compatíveis com as condições dadas e exigências estabelecidas. Em função desses problemas concretos, é negada a pluralidade de atuações possíveis, refugiando-se na protetora letra da lei, tal como se apenas um sentido houvesse.

Contudo, as práticas jurídicas também acabam por comportar argumentos não “técnicos”, mesmo que isso não seja ensinado nos livros. E, dessa forma, existindo na realidade, mas sendo negado na teoria, esses argumentos acabam produzindo incerteza e tornando os ditos “jurisdicionados” verdadeiros reféns das personalidades dos juízes. Isto é, acaba ocorrendo uma mescla do que há de pior nos dois mundos: uma aplicação mecânica de normas somada a uma arbitrariedade mascarada por supostas tecnicidades que ora são enfatizadas, ora não. Isso

tudo em detrimento de uma doutrina que reconhecesse a validade e pertinência de um reencontro da “ciência do direito” com uma teoria da justiça.

Argumenta-se, por fim, que o aparato de administração judicial que, em tese, distribui “justiça”, “solucionando” conflitos, não se confunde, automaticamente, com a própria “justiça”. Diz-se isso, uma vez entendido que aquele aparato deve promover alguma concepção de “justiça” substancialmente democrática. Em outras palavras, não se deve identificar o mero funcionamento formal da “máquina judiciária” – e seus produtos – com qualquer concepção de justiça que não se restrinja a um viés estritamente formal. Logo, não se admite aqui, por força deste argumento, que uma perspectiva única, de foco formal (ou oficial) da realidade, se identifique, para efeitos de discussão do “justo”, ao próprio “justo”. Noção esta, que envolve a percepção de múltiplas dimensões.

O esforço, portanto, estaria em reconciliar o estudo das regras do Estado com as regras das pessoas, percebendo que se os pressupostos de uma forma de atuação sugerida não se fazem presentes, não se deve tentar violar a realidade das coisas, mas, sim, dialogar com elas. Dessa forma talvez, o mundo jurídico, com seus “encantados mitos”, não precisasse ser povoado por seres que para trabalhar suspendam suas dimensões de “seres pensantes”.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Tradução de M. G. Cury. São Paulo: Nova Cultural, 1996. (Os Pensadores).

ARRUDA JÚNIOR, E. L.; GONÇALVES, M. F. *Fundamentação ética e hermenêutica: alternativas para o direito*. Florianópolis: Cesus, 2002.

BARACHO, J. A. O. *Teoria geral da cidadania: a plenitude da cidadania e as garantias constitucionais e processuais*. São Paulo: Saraiva, 1995.

BECCARIA, C. *Dos delitos e das penas*. 2. ed. São Paulo: Atena, s.d. (Biblioteca Clássica).

BENTHAM, J. *Uma introdução aos princípios da moral e da legislação*. São Paulo: Abril Cultural, 1974. (Os Pensadores).

BOURDIEU, P. *O poder simbólico*. 4. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2001.

CAMARGO, M. M. L. *Hermenêutica e argumentação: uma contribuição ao estudo do direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

CAMBI, E. Jurisprudência lotérica. In: *Cidadania e Justiça, Revista da Associação dos Magistrados Brasileiros*, n. 11, p. 193-211, 2. sem. 2001.

CARDOZO, B. N. *A natureza do processo e a evolução do direito*. São Paulo: Nacional de Direito, 1956.

DWORKIN, R. *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

FRENCH, J. D. *Afogados em leis: a CLT e a cultura política dos trabalhadores brasileiros*. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2001. (História do Povo Brasileiro).

KELSEN, H. *Teoria pura do direito*. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

MONTESQUIEU, C. L. S., baron de la Brède et de. *Do espírito das leis*. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1979. (Os Pensadores)

PERELMAN, C. *Ética e direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

RODRIGUES, L. B. Notícia bio-bibliográfica de Benjamin N. Cardozo. In: CARDOZO, B. N. *A natureza do processo e a evolução do direito*. São Paulo: Nacional de Direito, 1956.

SCHMIDT, S. O processo civilizatório demora anos. [nov. 2002]. Entrevistador: C. Maia. *Jornal O Globo*, Rio de Janeiro, 24 de nov. 2002. Caderno Rio, p. 27.

WEBER, M. *Economia e sociedade*. Brasília: UNB, 1999. v. 2, cap. VII.