

# Ensino do direito, teoria jurídica e magistratura: em busca de um modelo

*Law school, juridical theory and judges: in search of a model*

Gustavo Raposo Pereira Feitosa\*

## Resumo

*O presente artigo pretende discutir as relações entre os modelos teóricos que orientam a atuação judicial e as transformações sofridas pelo Judiciário. Num contexto de redefinição do papel da Justiça e, especialmente, de consolidação de novas expectativas dirigidas aos magistrados dentro da democracia, mostra-se fundamental analisar as bases sobre as quais se legitimam as decisões judiciais e a dinâmica processual.*

**Palavras-chave:** Justiça. Judiciário. Reforma do Judiciário. Juízes. Ensino Jurídico.

## Abstract

*The present essay intends to discuss the relations between the theoretical models that influence the judicial activity and the transformations of the Judiciary. In a context of redefinition of the role of justice and, specially, of consolidation of new expectations regarding judges in democracy, it is essential to analyze the basis on which the judicial decisions and the procedural dynamics are legitimated.*

**Keywords:** Justice. Judiciary. Judicial Reform. Judges. Law Teaching.

## INTRODUÇÃO: NOTAS PARA UM ITINERÁRIO DOUTRINÁRIO

A opção brasileira pela codificação e pela intensa elaboração legislativa liga seu sistema jurídico à tradição continental europeia. Em Portugal, há muito já se havia consolidado o hábito de organizar extensas leis, agrupadas na forma de Ordenações. A vigência destas normas se estendia por todo o território português e suas colônias, sem grandes discrepâncias entre as diversas regiões. Com muitos séculos de antecedência, Portugal realizou sua

unificação nacional e sofreu menos com os conflitos étnicos e culturais presentes no restante da Europa (FAORO, 1984).

As raízes do direito europeu fixaram-se durante as grandes mudanças ocorridas através do direito canônico por volta do século XII. Neste período, a Igreja Católica elaborou o seu corpo de leis canônicas sob o influxo dos movimentos de centralização política e da busca pela racionalização jurídica. O direito romano passou a contar com enorme prestígio e ganhou a condição de conteúdo fundamental das universidades e da formação jurídica (DAVID, 1998,

---

\* Advogado, Mestre em Sociologia, Doutor em Ciências Sociais, Professor de Teoria Geral do Estado e Direito Constitucional. (gfeitosa@terra.com.br).

p. 30-33). Sua organização e estrutura lançaram as bases normativas do absolutismo e funcionaram como um divisor de águas para a definição da forma do direito moderno ocidental.

Na esteira das mudanças trazidas pelo direito canônico, a Igreja Católica reordenou seu sistema probatório, o que repercutiu também nas instituições judiciais leigas. A adoção por Portugal de um modelo inquisitorial de busca da verdade, nos moldes daqueles utilizados pelos tribunais religiosos, importou na concentração dos procedimentos judiciais nas mãos de agentes estatais. Toda a coleta de provas, como a oitiva de testemunhas ou depoimento dos envolvidos, dava-se através de audiências individuais com as partes e através, também, da redução dos relatos em termos escritos. Os procedimentos tornavam-se cada vez mais específicos e dependiam da assistência de diversos tipos de auxiliares, como meirinhos ou escrivães. Não ocorriam debates abertos e o contato dos magistrados com o caso se realizava por intermédio da documentação nos autos, num processo que se prolongava pelo tempo (LOPES, 1996).

O Brasil recebeu, após a Independência, as normas e a sistemática elaboradas ainda no período colonial, mas desde os primeiros anos de monarquia seguiu as influências do iluminismo francês e adotou o legado das revoluções liberais. Sem perder a sua ligação com a tradição do direito continental, tratou de elaborar uma Constituição *moderna*, incorporou ao seu texto a garantia das liberdades fundamentais e previu a elaboração rápida de um código civil e um criminal<sup>1</sup>.

Em meio às discussões sobre a construção do novo país, debatia-se a necessidade de se criar instituições de ensino capazes de assegurar a independência política brasileira. Entre a possibilidade de ampliar a educação básica ou concentrar recursos na formação superior, optou-se pela implantação de dois cursos de direito, em São Paulo e em Olinda (XAVIER, 1980).

Sem entrar na discussão do processo que gerou tal escolha, vale observar a posição estratégica das duas instituições. As suas disciplinas, a sua organização e o seu quadro de professores mereceram controle direto da monarquia, que pretendeu formar bacharéis dotados de uma formação humanística (VENÂNCIO FILHO, 1982).

Num contexto de consolidação da independência

nacional, mostrava-se premente elaborar uma doutrina política nacional destinada a assegurar maior unidade à elite de bacharéis, mesmo que isso significasse importar e adaptar os ideais liberais europeus (FALCÃO apud JUNQUEIRA, 1993, p. 19). A vida acadêmica dos estudantes era marcada pela carência de professores, sempre ausentes da sala de aula. Os docentes dedicavam pouca ou nenhuma atenção ao conhecimento destinado aos ofícios concretos da advocacia e da magistratura. O ensino resumia-se, na maioria do tempo, à exposição superficial das grandes doutrinas jurídicas e políticas européias (VENÂNCIO FILHO, 1982).

Tal situação não resultava em maior conflito em relação ao papel esperado para os bacharéis egressos do curso de direito. A verdadeira função destes cursos consistia em garantir maior coesão na formação de uma elite nacional, de modo semelhante ao ocorrido em Portugal através da Universidade de Coimbra.

Influenciado pelos ideais liberais franceses, o Brasil construiu a ideologia do corpo jurídico sob a crença da superioridade racional das codificações e das constituições. Na França, o movimento codificador daria origem no início do século XIX ao Código Civil, conhecido como Código Napoleônico, ao mesmo tempo em que se consolidava a doutrina da Escola de Exegese nos cursos de direito franceses. Aos poucos, e com forte apoio do próprio Napoleão, estabeleceu-se como pensamento dominante nos meios jurídicos franceses a idéia de que o magistrado devia reduzir o seu esforço interpretativo ao mero ato de aplicação do código à realidade fática. Limitavam-se as possibilidades de expansão do significado das normas ou da aplicação analógica em casos semelhantes, pois isso significaria uma invasão judicial na competência do Legislativo, ou seja, uma violação ao princípio da separação de poderes (BOBBIO, 1995).

O civilismo francês refletia-se numa magistratura frágil, com poder extremamente limitado em relação ao Legislativo e ao Executivo e profundamente envolvida com a burocracia estatal. Seu papel central consistia em assegurar a certeza das relações jurídicas e a manutenção da ordem social, numa estreita ligação com o ideário liberal do *laissez faire*. Não dizia respeito aos juizes, a concretização dos fundamentos constitucionais da República ou dos direitos formalmente consagrados, cuja responsabilidade cabia aos legisladores e ao Executivo<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> O art. 179, XVIII, da Constituição de 1824 previa: "Organizar-se há quanto antes um Código Civil, e Criminal, fundado nas sólidas bases da Justiça, e Equidade".

<sup>2</sup> A França até hoje rejeita a possibilidade de um controle de constitucionalidade das leis realizado exclusivamente no âmbito judicial (CAPPELLETTI, 1984, p. 94-96)

Na realidade brasileira, a influência francesa acarretou a adesão aos postulados da Escola de Exegese. Sobre suas idéias consolidaram-se as bases teóricas e ideológicas para uma magistratura liberal, mas estreitamente vinculada e dependente dos processos políticos ocorridos à margem do direito. A tradição do civilismo continuou fortemente arraigada na formação jurídica dos bacharéis, especialmente enquanto predominou o desprezo à formação prática, característica dos cursos de direito no Império e na primeira metade do século XX.

As críticas ao despreparo dos bacharéis para as questões práticas das profissões jurídicas acompanham os cursos de direito em toda a sua história. Pode-se, todavia, destacar que, no Brasil, a Era Vargas representou um início de transformação da orientação dos cursos jurídicos. As reformas na legislação durante o Estado Novo foram seguidas por mudanças no ensino com o claro e específico objetivo de preparar o país para as transformações econômicas em curso.

O grande esforço consistia em oferecer aos bacharéis uma formação mais pragmática, destinada às demandas do mercado, menos vinculada à política e às doutrinas filosóficas. O modelo de formação técnica seguiu com força crescente até o regime militar, que produziu uma ampla reforma universitária inspirada, em grande medida, por este objetivo (JUNQUEIRA, 1993).

No campo teórico, a maior ênfase no ensino técnico representou a ascensão do positivismo jurídico<sup>3</sup> como corrente predominante dentro da formação jurídica brasileira. Suas idéias apresentaram a marca de um esforço de modernização do direito e das pretensões de racionalização e rigor técnico-científico. Hans Kelsen (1994), o maior expoente do positivismo jurídico, pertencia ao movimento do positivismo lógico e pretendia contribuir para a conversão do direito numa *ciência moderna*, afastando-o, dessa forma, da *irracionalidade e da incerteza* jusnaturalista. Para o autor, havia a necessidade de se elaborar uma teoria capaz de definir com clareza um objeto passível de análise científica. Tal objeto não poderia gerar confusão com as demais ciências, nem penetrar em áreas não sujeitas ao rigor metodológico.

Na Teoria Pura do Direito, Kelsen (1994) defendia que apenas a norma jurídica se prestava a este papel. A norma posta, promulgada pela autoridade competente, claramente colocada no mundo jurídico, seria o objeto do direito. O jurista teria que afastar os

fatores que pudessem interferir na interpretação da norma, tais como valores ou condições econômicas, e permanecer epistemologicamente neutro. Isto somente seria possível com a distinção entre norma jurídica e proposição jurídica. A norma em si possuiria um caráter prescritivo, enquanto as proposições de estudiosos uma natureza descritiva. Não haveria norma falsa ou verdadeira, mas válida ou inválida. A falsidade ou a verdade seria atributo de uma descrição menos ou mais fiel das normas.

Os aspectos políticos, morais ou históricos envolveriam problemas sobre fundamentação, externos à ciência preconizada por Kelsen. O direito não poderia buscar em outras ciências as suas condições de existência, sob pena de se desnaturar. Não se trata de negar a existência de aspectos sociológicos ou políticos condicionantes do fenômeno jurídico, mas, sim, de delimitar claramente a área de cada campo. A decisão judicial deveria nascer de um processo racional e reprodutível de análise dos fatos trazidos ao juiz e da aplicação da norma jurídica ao caso concreto.

Adaptavam-se as concepções da lógica formal matemática para defender um procedimento de subsunção do fato à norma baseado na aplicação de juízos dedutivos. O esforço teórico metodológico de depuração do direito das *questões externas* ao seu campo, permitiria construir uma estrutura argumentativa dotada de maior certeza e confiabilidade. A grande segurança do método derivaria do próprio esforço do intérprete em se concentrar numa fundamentação essencialmente jurídico-normativa.

O fechamento do direito em uma teoria que fundamenta o sistema jurídico em si mesmo acarreta um sério problema para os bacharéis postos em situações em que a pretensão de completude do ordenamento jurídico e da aplicabilidade da lógica formal não permite responder às demandas trazidas à justiça. Ignora-se, assim, a forte presença de elementos *não-jurídicos* no processo de interpretação, muita vezes preponderantes para a definição da melhor decisão (SICHES apud PRADO, 1995). Além disso, as mudanças políticas, econômicas e sociais constantemente põem em evidência os limites da capacidade regulatória da legislação estatal e o seu déficit permanente perante a realidade (CAPPELLETI, 1993).

A ideologia corporativa nascida do liberalismo e das concepções técnico-formais do direito, como o positivismo kelseniano, parece chegar hoje ao seu ponto de saturação. O dogmatismo e formalismo,

<sup>3</sup> Essa expressão não deve ser confundida com o positivismo filosófico, não obstante certa ligação ocorrida no passado. O juspositivismo origina-se da locução direito positivo contraposta ao direito natural. Toda a tradição do pensamento jurídico ocidental foi dominada por esta distinção (BOBBIO, 1995, p. 15).

marcas mais profundas desta ideologia dentro da prática judicial, não oferecem aos juizes o arsenal teórico necessário para compreender o processo ao qual são submetidos diante dos novos desafios para o Judiciário (FARIA, 1994; WOLKMER, 1995; SOUTO e FALCÃO, 2002; SOUZA, 1993; SANTOS, 1989).

Forja-se uma visão ilusória sobre a *desconexão* da atividade judicante em relação aos sistemas político e econômico. O seu verdadeiro efeito consiste em prover uma falsa consciência sobre as reais relações estabelecidas durante os procedimentos judiciais (RUIVO, 1989, p. 72).

Sob a égide do positivismo jurídico, construíram-se as estruturas do modelo argumentativo por trás das decisões judiciais no Brasil. As transformações no Estado, particularmente no direito e no Judiciário, precisaram encontrar novas fórmulas para orientar o processo de fundamentação e legitimação das decisões judiciais. Em ambientes como os juizados especiais, a exigência de mudança aparece de modo mais intenso, por força do seu contato direto e crescente com os litígios do cotidiano. Sob eles recai a responsabilidade de ampliar o acesso do cidadão à justiça, concretizar direitos formalmente assegurados, experimentar novas formas de solução de litígios e, ao mesmo tempo, legitimar o Judiciário como ambiente para solução dos conflitos na sociedade.

A experimentação e inovação acarretam problemas, pois cabe ao juiz reconstruir o significado da juridicidade e expor publicamente nas suas decisões uma estrutura argumentativa capaz de ser considerada *fundamentada* (SOUTO e FALCÃO, 2002, p. 339). Em meio a uma grande quantidade de correntes teóricas, muitas vezes, o recurso aos procedimentos tradicionais derivados do positivismo pode representar a via mais fácil de legitimação de uma decisão. Mesmo quando tenta dar efetividade aos direitos através de uma interpretação incompatível uma visão dogmática, o magistrado pode acabar por recorrer a uma argumentação formalista como recurso último em face da necessidade da fundamentação racional.

Nas discussões sobre as reformas do Poder Judiciário, debateu-se muito sobre as mudanças estruturais e normativas com o propósito de assegurar eficiência, velocidade e transparência. Todavia, uma transformação nas práticas dos magistrados brasileiros envolve necessariamente uma reconstrução do modelo de formação jurídica responsável pelo modo de pensar e agir dos operadores do direito no Brasil, além de uma consolidação de fórmulas teóricas capazes de orientá-los no seu ofício cotidiano.

Ao mesmo tempo, grandes reformas processuais podem esbarrar diretamente nas

capacidades e habilidades dos agentes responsáveis pelo funcionamento do sistema. Isto remete à necessidade de conhecer quem são e como agem os magistrados brasileiros. Desapego às formas, busca da conciliação, da oralidade, da simplicidade e da eficiência são aspectos que não têm relação exclusivamente com os mecanismos legais, mas dependem, fundamentalmente, das características e da formação daqueles que movem a máquina judicial.

## 1 TRANSFORMAÇÕES NO ESTADO E OS MODELOS TEÓRICOS

As discussões sobre as transformações do Estado e do papel do Judiciário mobilizam autores de destaque como: Habermas (1997), Cappelletti (1993;1999) e Garapon (2001). Apesar de suas idéias apresentarem grandes divergências entre si, todos estes autores destacam as transformações trazidas pelo *Welfare State* como o motor das mudanças no direito e no Judiciário na segunda metade do século XX. A ruptura gradual com os pressupostos do Estado liberal, movida pela agitação e pela mobilização social, acarretaria em uma reorganização de forças entre os poderes republicanos, em uma nova forma de intervenção estatal na realidade e, entre muitos aspectos, em um papel diferenciado para o Judiciário.

Jürgen Habermas (1997) observa a invasão do direito na sociabilidade e o deslocamento da centralidade dos poderes Executivo e Legislativo para o poder Judiciário. A constante conversão de políticas do Executivo em normas, que precisam acompanhar a velocidade dos processos econômicos, coloca o Judiciário numa posição de destaque como único intérprete autorizado da legalidade e da constitucionalidade. O Judiciário aproxima-se das temáticas políticas, dos projetos governamentais e da ação do Executivo, estes expressados sempre por normas. Cresce a penetração da ação estatal em esferas antes relegadas ao domínio do interesse privado, refletindo uma maior presença do direito e de seus operadores nas relações sociais. Em via oposta, infiltra-se o direito com considerações sobre ética e justiça social, fato novo ante a tradição liberal dominante até então.

O direito caminha, assim, de um caráter negativo, limitador de ofensas à autonomia privada, fundado em fórmulas previamente consolidadas no passado, para um caráter prospectivo, de maior intervenção na sociabilidade e voltado para o futuro (CAPPELLETTI, 1993). Outros aspectos, no entanto, ampliam o papel exigido do direito. Crescem em número e em

complexidade as relações reguladas, aceleram-se os processos de transformação social, aumenta a quantidade de lacunas na atividade legislativa, tudo isso acompanhado de uma crescente busca por soluções judiciais para os litígios.

As garantias liberais asseguradas ao exercício da magistratura e a composição de um corpo autônomo voltado à solução de conflitos, resultantes de alguns séculos de transformação, mostram agora os seus frutos. A relativa independência para julgar e o amparo em textos constitucionais amplos permitem decisões com um espectro cada vez maior. Na ausência de instrumentos legais explícitos, os juízes passam a trazer para si a responsabilidade pela aplicação de princípios constitucionais abstratos aos casos concretos. Trata-se de uma confluência de diversos elementos refletindo-se em um Judiciário maior, mais atuante e com mais poder.

A resposta ao aumento das demandas dirigidas ao Judiciário ocorreu *pari passu* ao fortalecimento do direito constitucional e do desenvolvimento de novos fundamentos teóricos capazes de sustentar uma hermenêutica voltada à aplicação imediata das normas constitucionais. Um dos grandes desafios, neste aspecto, consiste em conciliar as formas de representação política e de divisão de poderes clássica com as exigências de regulação e produção legislativa atual.

A ampliação inegável do poder criativo dos magistrados na interpretação legal e constitucional não significa, necessariamente, a presença do arbítrio ou o fim da democracia. As manifestações judiciais pressupõem a presença de partes em conflito num processo, em debate de posições, ou seja, são precedidas pela participação de interesses de grupos e indivíduos que de algum modo clamam pela regulação de seus problemas. Contudo, não há como garantir ainda que as práticas judiciais se revelem realmente compatíveis com o jogo democrático. A reconstrução destas práticas consiste num dos grandes desafios para qualquer reforma do Judiciário.

## 2 EM BUSCA DOS EVENTOS DA VIDA – RETORNO AOS VALORES

Para compreender melhor a inserção das teorias jurídicas nas transformações do Judiciário, vale abordar brevemente alguns aspectos da evolução da atuação da Corte Constitucional alemã e do modelo teórico aplicado predominantemente nos casos de sua alçada. A grande influência que esta Instituição exerce sobre os tribunais de todo o mundo e, principalmente, sobre a interpretação dos direitos fundamentais no âmbito da União Européia, justifica

o destaque para a sua jurisprudência.

Apresença pacífica e reiterada de uma orientação para a chamada jurisprudência de valoração (ou jurisprudência dos valores) na Corte Constitucional da Alemanha expressa um tipo de caminho adotado dentro da atividade judicial responsável pela maior legitimação da interação dos tribunais com as grandes questões sociais e éticas de seu país.

Os primeiros passos da mudança originaram-se no pensamento de Rudolf von Ihering, ainda no século XIX, e desenvolveram-se fortemente com a obra de Philipp Heck. Sob forte influência de Ihering, Heck criticava a limitação do trabalho do juiz à mera subsunção de fatos aos conceitos jurídicos e à idéia de direito como um sistema fechado, hermético. Defendia a apreciação da *ação do direito sobre a vida, tal como ela se realiza nas decisões judiciais*. Em sua teoria, conhecida como jurisprudência dos interesses, afirmava que as leis resultavam dos *interesses de ordem material, nacional, religiosa e ética que, em cada comunidade jurídica, se contrapõem uns aos outros e lutam pelo seu reconhecimento* (HECK apud LARENZ, 1997, p. 64-65).

Para proferir uma decisão, o juiz necessita conhecer os interesses reais motivadores da criação da lei que rege o litígio. Estes interesses expressariam, na verdade, forças sociais de onde adviria a causa da ação legislativa. A ordenação dos interesses, em luta, entre si, exige a concepção de uma ordem a ser promovida pelo legislador e determinada por juízos valorativos. Nas palavras de Karl Larenz (1997, p. 77):

[A jurisprudência dos interesses] revolucionou efectivamente a aplicação do Direito, pois veio a substituir progressivamente o método de uma subsunção nos rígidos conceitos legislativos, fundamentada tão-somente em termos lógico-formais, pelo juízo de ponderação de uma situação de facto complexa, bem como de uma avaliação dos interesses em jogo, de harmonia com os critérios de valoração próprios da ordem jurídica [...] A jurisprudência dos tribunais veio-se abrindo progressivamente aos eventos da vida, tornando-se metodicamente mais consciente, mais livre e mais diferenciada.

A obra de Heck, infiltrada na formação acadêmica do pensamento jurídico alemão, permitiu, segundo Karl Larenz (1997), um novo horizonte ao Judiciário. Propagou-se dentro do corpo de juristas uma tendência à permeabilidade a fatores *externos ao direito*, aos aspectos econômicos, aos valores em jogo nas demandas judiciais e, fundamentalmente, ao próprio questionamento da abrangência e validade das normas produzidas pelo Legislativo. Com a responsabilidade de sopesar juízos de valor e as causas da criação de normas, em meio a forças

sociais em litígio, caminhou-se para uma ampliação do poder do juiz, que nem sempre consegue perceber claramente o conjunto das condicionantes históricas daquele evento.

A parte crítica desse fenômeno situa-se na dificuldade em separar a compreensão dos interesses em jogo da aplicação de juízos de valor próprios do julgador. Os desdobramentos da *jurisprudência dos interesses*<sup>4</sup> de Heck formaram o modelo hoje predominante na Corte Constitucional alemã chamado de *jurisprudência dos valores*. A crítica ao *legalismo* e às abstrações conceituais progrediram para a consolidação de uma compreensão da norma jurídica como prescrição de um padrão avaliativo para a apreciação de casos concretos, o qual se pode fazer remontar a juízos de valor esclarecedores do sentido normativo (GUERRA FILHO, 2000, p. 107). Neste paradigma, caberia aos tribunais concretizar, resguardar e mesmo revelar o sentido dos valores positivados no texto constitucional.

As Constituições, por sua generalidade e abrangência, permaneceriam em constante atualização, num processo de adaptação à realidade desenvolvido pelos magistrados. Este papel não se restringiria à Alemanha sob a influência da Corte Constitucional e da jurisprudência dos valores. Um grande número de teóricos, segundo Paulo Bonavides (1993), trilharam os caminhos abertos pela crítica generalizada ao positivismo e pela busca de uma concepção *material* de Constituição. O crescimento da importância das constituições e de seus intérpretes autorizados propaga-se como um fenômeno bastante amplo no mundo ocidental, destacadamente com a fixação gradual de fundamentos jurídicos internacionais na esfera da União Européia.

Não se pode esquecer, contudo, que a atribuição de um papel *concretizador* dos direitos constitucionais aos tribunais pode representar um risco à democracia. Para Lord Devlin (apud CAPPELLETTI, 1993, p. 93), a criação jurisprudencial do direito ou sua materialização careceria de legitimidade democrática, pois, entre várias críticas possíveis, quanto mais independentes os juízes, menor a necessidade de prestar contas das suas decisões. Tal crítica, porém, não diminui as convicções de autores como Garapon (2001) e Cappelletti (1993; 1988), em relação à capacidade dos magistrados de ampliar a materialidade dos direitos, especialmente os direitos sociais.

No Brasil, a partir da democratização e da Constituição de 1988, acompanhou-se um processo

de embate entre os poderes da República, em que o Judiciário surge com um papel diferente daquele historicamente registrado. As discussões em torno das decisões do Supremo Tribunal Federal, ou mesmo de juízes de primeiro grau, acerca da aplicação de princípios constitucionais, ganham relevo ao transparecer a capacidade de definir a aplicação ou não de leis e projetos do Legislativo e do Executivo.

Por outro lado, a expansão do acesso aos recursos judiciais destinados à defesa dos direitos, como no caso dos juizados especiais, ampliou a importância do direito como uma referência constante para as relações da vida social (VIANNA et al., 1999). A maior facilidade para encontrar uma resposta judicial para os litígios pode contribuir para forjar a percepção dos indivíduos como portadores de direitos. O sucesso ou o insucesso nas suas demandas funciona, em certa medida, como um propagador dos limites e dos conteúdos concretos do direito para os cidadãos. Longe das grandes questões constitucionais das cortes superiores, magistrados nos juizados se vêem obrigados a atualizar através da sua atuação o projeto teórico de retorno aos valores e aos eventos da vida, aproximando o sentimento de justiça do *indivíduo comum*, titular dos interesses em disputa.

Para Garapon (2001), um novo modelo de direito e de democracia estaria nascendo, superando o direito formal do Estado liberal e o material do Estado provedor. A democracia transformar-se-ia pelas mãos do direito. O juiz teria uma nova possibilidade de julgar com base em *princípios superiores*, como os da Constituição e dos tratados internacionais. O caráter incompleto e amplo destes textos impõe a exigência de se explicitar o verdadeiro sentido de suas disposições. O ofício desses magistrados não se restringe à aplicação da lei, mas, acima de tudo, à verificação ou sua conformidade com um *direito superior*. Garapon (2001, p. 180) cita Rousseau para expressar a dimensão desse poder, idéia esta sintetizada na premissa de que o *juiz pode tudo impedir*.

A discórdia, a discussão e a multiplicidade de opiniões comporiam uma dinâmica inerente ao funcionamento da justiça e da democracia, na visão de Garapon (2001). O Judiciário não poderia ser visto como um corpo monolítico, homogêneo, coeso e suficiente para oferecer um simples *espetáculo da discussão*. O direito, por sua vez, não se resumiria a um corpo de regras, mas, sobretudo, deveria ser encarado como um conjunto de princípios. Dessa

<sup>4</sup> Karl Larenz (1997, p. 69), considera que a obra de François Gény, *Méthode d'Interpretation et Sources en Droit Privé Positif*, teve na França o mesmo efeito libertador do pensamento formalista e positivista legalista, não obstante as diferenças entre suas teorias e a jurisprudência dos interesses.

forma, sobressai nos escritos do autor a concepção de um direito aberto e em construção permanente, através do debate mediado pelos juízes ou por outros foros de jurisdição do Estado, além de refletir os ecos distantes de concepções jusnaturalistas.

Não se trata apenas de uma nova maneira de secretar o direito: é o próprio critério de justiça que evoluiu para uma forma mais procedimental [...] [grifo meu] Não se trata mais de uma injunção abstrata imposta de fora, mas da homologação, pelo juiz, de uma decisão cujo conteúdo moral foi ditado pelas próprias partes (GARAPON, 2001, p. 237).

A certeza e o critério de correção da decisão não nasceriam, sob esta ótica, do rigor metodológico e da clareza racional dos mecanismos de construção da sentença. A legitimidade das decisões judiciais decorreria da capacidade do Judiciário de se firmar como um *locus* de intermediação e construção das normas aplicáveis ao caso concreto. O sucesso da experiência dos juzados e a busca cada vez maior das pessoas pelos seus serviços podem validar tal tese<sup>5</sup>.

Os magistrados dos juzados especiais perceberam, de modo consciente ou não, que a confiança dos cidadãos no processo e no ambiente em que eles se encontram envolvidos mostra-se mais importante do que o rigor conceitual e técnico-jurídico. A grande incidência de soluções por meio de acordo reforça esta idéia, pois, na maioria dessas conciliações, nem mesmo se necessita da intervenção de um mediador ou de alguma forma de debate. A simples presença dos litigantes naquele ambiente canaliza o processo de negociação e a chegada a um ponto comum.

Nesse novo processo de construção do direito destaca-se, de um lado, o poder dos juízes e, de outro, a exigência da formação do direito em um ambiente de encontro entre múltiplas visões. O Judiciário continua preso à provocação das partes, estando proibido de tomar a iniciativa para agir, o que vincula seu poder a uma essencial participação de grupos, de indivíduos e de posições diversas no processo de elaboração das decisões. Não se trata apenas de uma usurpação de poderes pelos juízes, mas da gestação de um direito necessariamente mais aberto à diversidade da realidade e às condicionantes econômicas, políticas e sociais.

Não obstante, as sentenças nascidas dessas orientações também exigem a elaboração de um modelo capaz de dotar os argumentos necessários à sua justificação de sustentação racional.

Faz algumas décadas que assistimos a uma reação que, sem chegar a ser um retorno ao direito natural, ao modo próprio dos séculos XVII e XVIII, ainda assim confia ao juiz a missão de buscar, para cada litígio particular, uma solução equitativa e razoável, pedindo-lhe ao mesmo tempo que permaneça, para consegui-lo, dentro dos limites autorizados por seu sistema de direito. Mas é-lhe permitido para realizar a síntese buscada entre a equidade e a lei tornar esta mais flexível graças à intervenção crescente das regras de direito não escritas, representadas pelos princípios gerais do direito e pelo fato de se levar em consideração os tópicos jurídicos. Esta nova concepção acresce a importância do direito pretoriano fazendo do juiz o auxiliar e o complemento indispensável do legislador: inevitavelmente, ela aproxima a concepção continental do direito da concepção anglo-saxã, regida pela tradição do common law (PERELMAN, 2000, p. 185).

A complexidade da realidade, a velocidade das transformações e a ampliação dos pleitos trazidos ao Judiciário exigem um esforço intenso para manter o sistema jurídico vivo, em adaptação, e ainda resguardar sua unidade e estruturas próprias. O jurista, orientado pelas preocupações de realização de justiça social ou de concretização dos programas constitucionais, não abdica de manter as regras e os modelos de seu campo.

Seguindo esta análise, os operadores do direito precisam superar um paradigma dogmático formalista de apego à lei para reconstruir seus códigos de acordo com as novas expectativas geradas em torno de sua atuação, especialmente pela busca de uma justiça menos formalista e guiada por concepções de *justiça material* (FARIA, 1994).

### 3 EM BUSCA DE UM MODELO

A capacidade dos juristas de reelaborar seus modelos de análise revela-se na consolidação de orientações teóricas nos diversos tribunais em torno do mundo. Através dessas fórmulas, a comunidade jurídica reconstrói a realidade observada, guia o processo de decisão e fundamenta as soluções dos

<sup>5</sup> Em estudo que realizei nos juzados especiais cíveis da cidade de São Paulo entre 2002 e 2004, pude perceber nas sentenças uma construção simplificada e oral, elaborada em meio a uma dinâmica processual que amplia o contato dos magistrados com os problemas das partes ao mesmo tempo em que se fortalece a necessidade de ouvir suas falas.

litígios. O exemplo da formação da jurisprudência dos valores na Alemanha, como desdobramento da jurisprudência dos interesses, ilustra bem a importância desses parâmetros cognitivos. Para Karl Larenz, (1997, p. 69-70):

Ao exortar o juiz a aplicar os juízos de valor contidos na lei com vista ao caso julgando, a Jurisprudência dos interesses [...] teve uma actuação libertadora e fecunda sobre uma geração de juristas educada no pensamento formalista e no estrito positivismo legalista [...] na medida em que aconselhava tal processo para preencher lacunas do direito, desenvolvendo o direito em harmonia com as exigências da vida.

A maior parte das teorias contemporâneas é derivada ou estimulada por concepções associadas ao maior poder do juiz em definir a solução razoável e justa para o caso concreto. Autoriza-se a incidência de fatores que vão além da mera exegese legal, ressaltando os aspectos políticos, psicológicos, sociais, ideológicos e econômicos capazes de mobilizar os magistrados. Compreende-se o processo decisório como algo muito mais complexo do que a lógica formal positivista pretendia definir.

Num quadro geral de reação ao positivismo, de enfraquecimento nos meios jurídicos das suas bases ideológicas liberais, surgiram diversas teorias ligadas a um mesmo conjunto de objetivos. Paulo Bonavides (1993, p. 413) considera a *tópica jurídica* o grande tronco de onde deriva o esforço para reconciliar, “[...] mediante fundamentação dialética mais persuasiva, o direito legislado com a realidade positiva e circundante, criando pelas vias retóricas, argumentativas e consensuais, a maneira mais aderente à ‘praxis’ e às subjacências sociais [...]”.

O grande responsável pelo desenvolvimento da *tópica jurídica* foi Theodor Viehweg (apud SANTOS, 1988; LARENZ, 1997; BONAVIDES, 1993). Inspirado no raciocínio dialético retórico de Aristóteles, o autor elaborou uma teoria da interpretação jurídica que apresenta como fundamento os pontos de vista ou opiniões geralmente aceitos, os topoi ou tópicos (SANTOS, 1988, p. 6-7). Os métodos de interpretação não se prestariam mais a *encontrar* a verdade sobre o direito ou o sentido unívoco de uma lei. O discurso jurídico posto nas decisões seguiria uma estrutura argumentativa cujo objetivo seria encontrar uma solução razoável para o caso objetivo.

Os tópicos forneceriam um conjunto de argumentos com relativa aceitação por aquelas pessoas ligadas ao caso concreto, direta ou indiretamente, e para os intérpretes. Sobre este consenso, estabelecer-se-iam as bases de uma discussão que analisaria os litígios sob os mais diversos ângulos. Nenhum tópico apresentaria valor

por si ou fora do seu contexto. A maior ou menor importância de uma concepção dependeria sempre da relação feita pelas pessoas ao evento real em debate judicial (LARENZ, 1997, p. 201-203; BONAVIDES, 1993, p. 405-406).

Buscar-se-ia, acima de tudo, segundo Viehweg, a adesão e o convencimento. Neste método não há hierarquias predefinidas para o processo de interpretação, cabendo a incidência de fatores políticos, religiosos ou sociais para a construção do sentido da argumentação aplicada numa decisão. Não se ignoram as peculiaridades do pensamento jurídico, mas se inserem suas idéias dentro do contexto real de sua aplicação.

A mesma orientação retórico-argumentativa de busca pela solução justa para o caso concreto foi utilizada por Josef Esser (apud LARENZ, 1997; BONAVIDES, 1993; SANTOS, 1988) e Chaim Perelman (1996; 1999; 2000). Para Esser, a sentença judicial representa a racionalização e a sistematização de uma decisão fundada em critérios de justiça independentes de uma direta vinculação com a lei. A fundamentação consistiria na explicitação de um método interpretativo e do procedimento de enquadramento do fato à norma, com o intuito de legitimar um julgamento perante a comunidade jurídica. A definição do magistrado sobre a decisão adequada a um caso específico ocorreria muito antes de qualquer reflexão sobre a interpretação legal, num processo íntimo condicionado por fatores extralegais.

Perelman (2000), por sua vez, considera a sentença judicial como uma construção argumentativa destinada a conseguir a adesão do *auditório* para o qual se dirige a decisão. O juiz procura uma solução considerara justa, a partir de uma lógica do razoável. Seu mérito não nasce da verdade de seus argumentos ou da certeza de um método de interpretação jurídica, mas da sua capacidade de conciliar o respeito ao direito e à justiça para um caso específico de maneira *aceitável*. Os argumentos de uma decisão não seriam arbitrários, pois contariam com o respaldo dos sentidos dados por um determinado público, num determinado momento.

A pretensão de aplicação da lógica formal utilizada na matemática para interpretar as leis resultaria num processo artificial e inviável. Segundo Perelman (2000), a interpretação e a aplicação das normas não permitiriam a formulação de conclusões a partir dos métodos pregados pelo positivismo, pois a compreensão de uma decisão judicial se insere sempre no contexto de significados que envolve o magistrado e os litigantes. A racionalidade lógico-dedutiva do positivismo teria relegado aspectos essenciais do direito aos domínios da *irracionalidade*.

Desta forma, Perelman pretende com sua lógica da argumentação resgatar o status de racionalidade antes negado a quem buscasse decisões justas.

## CONCLUSÃO

A consolidação de uma tendência *tópico-retórica* dentro da teoria jurídica contemporânea mostra a convergência para modelos de orientação que dotem os magistrados de maior liberdade para julgar. A crise do modelo formalista-positivista abriu espaço para a reconstrução da prática judicial, a partir de uma busca pela realização da justiça e da concretização de direitos. Contudo, a modificação de condutas dentro do campo jurídico depende de como seus agentes se desvinculam dos velhos modelos e conseguem aderir a uma *nova racionalidade* jurídica compatível com as expectativas lançadas ao Judiciário.

Isto leva a questionar os riscos do excesso de expectativas depositadas sobre os juízes. Uma liberdade maior para julgar e concretizar direitos constitucionais precisa ser acompanhada de concepções democráticas sobre o processo judicial e sobre a atuação concreta do juiz na sua relação com os envolvidos. Sem o debate efetivo de argumentos e a visão do caso concreto sob julgamento por múltiplos ângulos, não se realiza o imaginado processo dialético de construção retórico-argumentativa do direito.

A busca de um paradigma judicial, capaz de captar mais fielmente os anseios de justiça e de realização dos ideais republicanos, não deve obscurecer o risco de uma visão tutelar sobre os direitos dos cidadãos. O Judiciário não pode funcionar como substituto para os processos políticos democráticos. A verdadeira democratização do Judiciário dependerá da reconstrução dos seus procedimentos. E isso somente acontecerá quando os magistrados conseguirem compreender com mais profundidade a real dimensão da sua função e de como ela de fato se desenvolve.

## REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ícone, 1995.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 9. ed. Brasília, DF: UnB, 1997.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

CAPPELLETTI, Mauro. *Controle de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Porto Alegre: Fabris, 1984.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes irresponsáveis*. Porto Alegre: Fabris, 1989.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Porto Alegre: Fabris, 1993.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CHAUVAUD, Frédéric. La magistrature et les chemins incertains de la professionnalisation de l'An VII à 1958. In: GUILLAUME, Pierre. *La professionnalisation des classes moyennes*. Talence: Editions de la Maison des Sciences de l'Homme d'Aquitane, 1996. p.37-85.

DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

FALCÃO, Joaquim. *Conflito de direito de propriedade: invasões urbanas*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

FALCÃO, Joaquim. Democratização e serviços legais. In: FARIA, José Eduardo (Org.). *Direito e justiça: a função social do judiciário*. São Paulo: Ática, 1989. p. 145-158.

FAORO, Raimundo. *Os donos do poder*. 6. ed. Porto Alegre: Globo, 1984. 2 v.

FARIA, José Eduardo. Os desafios do judiciário. *Revista USP*, São Paulo, n. 21, p. 46-56, mar./maio 1994.

GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia: o guardião das promessas*. Tradução Maria Luiza de Carvalho. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria processual da constituição*. São Paulo: Celso Bastos, 2000.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

IHERING, Rudolf von. *A luta pelo direito*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

JUNQUEIRA, Eliane. *A sociologia do direito no Brasil: introdução ao debate atual*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1993.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1994.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Tradução de José Lamago. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LOPES, José Reinaldo de Lima. *Ética e direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

LOPES, José Reinaldo de Lima. Uma introdução à história social e política do processo. In: PERELMAN, Chaim. *Tratado da argumentação: a nova retórica*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

LOPES, José Reinaldo de Lima. *Lógica jurídica*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

PRADO, Lídia Reis de Almeida. Alguns aspectos sobre a lógica do razoável na interpretação do direito (Segundo a visão de Luís Recasens Siches). In: GIORGI, Beatriz Di; CAMPILONGO, Celso Fernandes; PIOVESAN, Flávia (Coord.). *Direito, cidadania e justiça: ensaios sobre lógica, interpretação, teoria, sociologia e filosofia jurídica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

RUIVO, Fernando. Aparelho judicial, Estado e legitimação. In: FARIA, José Eduardo (Org.). *Direito e justiça: a função social do judiciário*. São Paulo: Ática, 1989. p. 66-94.

SANTOS, Boaventura de Souza. *O discurso e o poder: ensaios sobre a sociologia da retórica jurídica*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1988.

SANTOS, Boaventura de Souza. Introdução à sociologia da administração da justiça. In: FARIA,

José Eduardo (Org.). *Direito e justiça: a função social do judiciário*. São Paulo: Ática, 1989. p. 39-65.

SOUTO, Cláudio; FALCÃO, Joaquim. *Sociologia e direito: textos básicos para a disciplina de Sociologia Jurídica*. 2. ed. São Paulo: Pioneira Thomson Learning, 2002.

VENÂNCIO FILHO, Alberto. *Das arcadas ao bacharelismo: 150 anos de ensino jurídico no Brasil*. São Paulo: Perspectiva, 1982.

VIANNA, Luiz Werneck et al. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

WOLKMER, Antônio Carlos. *Ideologia, Estado e direito*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

XAVIER, Maria Elizabete S. P. *Poder político e educação de elite*. São Paulo: Cortez/ Autores Associados, 1980.