RODRIGO GARCIA CADORE

VIVÊNCIA JURÍDICA

**UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
SÃO PAULO
2011**

RODRIGO GARCIA CADORE

VIVÊNCIA JURÍDICA

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do Título de Mestre em Direito na área de Filosofia e Teoria Geral do Direito, sob a orientação do Professor Associado Doutor Ari Marcelo Solon.

Orientador Professor Associado Doutor Ari Marcelo Solon.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

SÃO PAULO

2011

**Dedico estes ensaios à minha família: meus pais, Sérgio Cadore e Maria Helena
Garcia Cadore, e minha irmã, Jéssica Cadore.**
Eu sou o que vocês são.

SUMÁRIO

I. INTRODUÇÃO	8
II. NÃO MAIS QUE O DIREITO	31
2.1 Direito (jus/ius) é vivência.....	38
2.2 Vivência jurídica e modos de vivenciar o direito.....	43
2.3 <i>Continuum</i> do direito e imaginários jurídicos	54
2.4 Teoria e prática jurídicas.....	69
III. NÃO MAIS ESTÁTICA	80
3.1 Direito e tempo: do ser ao devir.....	84
3.2 Processos e procedimentos jurídicos: a travessia do direito	90
3.3 Situações, casos e temas jurídicos	102
3.4 Variabilidade, mutabilidade e rotina no direito.....	110
3.5 Dinâmica jurídica, ensinabilidade e previsibilidade do direito.....	125
IV. NÃO MAIS NORMATIVIDADE.....	148
4.1 Ser e Dever Ser como postulados jurídicos.....	155
4.2 O problema da validade: dogma da existência pré-judicativa do direito e hermenêutica jurídica acrobática	168
4.3 Interpretação, aplicação e verificabilidade no direito.....	180
4.4 Inafastabilidade da interpretação no direito	190
4.5. Interpretação como atribuição de sentido	201
4.6. Variáveis, disposições pretensamente normativas e versões fáticas.....	203
4.7 Vinculação jurídica e decisões contra legem	221
4.8 Sujeição ao direito pelos diferentes protagonistas dos processos jurídicos: autoridade e normatividade	233
V. NÃO MAIS SISTEMA.....	239
5.1 Retórica do sistema: unidade do direito	241

5.2	Sistematicidade e cientificidade no direito	248
5.3	Identidade e ineditismo: consistência e plenitude no direito.....	252
5.4	Barafunda jurídica e “teoria” do (des)ordenamento	270
5.5	A elegante esperança ante o livro de areia: designada ciência dos juristas e vivência do direito	282
VII.	MAIS VIVÊNCIA JURÍDICA	287
	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	288

Quem mais profundo pensou, ama o mais vivo.
Wer das Tiefste gedacht, liebt das Lebendigste.
(Friedrich Hölderlin, **Sokrates und Alcibiádes**)

I. INTRODUÇÃO

*“No princípio, os homens tinham olhos e não viam, ouvidos e não ouviam. Por lapso de milhares de anos tudo foi para eles confuso e embolado e eram como os fantasmas que flutuam em nossos sonhos” (ÉSQUILO, **Prometeu acorrentado**)*

Nas salas de aula, espaço adentro das paredes dos edifícios que abrigam as faculdades de direito, sujeitos vestindo terno e gravata se revezam na tarefa de “ensinar” “ciência jurídica” aos estudantes aprovados no vestibular e que escolheram (supõe-se) por exercer alguma profissão jurídica, para a qual pretendem se habilitar. As faculdades se dizem de direito. Os cursos, entretanto, são de “ciência jurídica”.

A cada cinquenta minutos, “teorias” e “doutrinas” são recitadas livremente, com algumas adaptações, por aqueles ministrantes de aulas “em direito”. Seja pela manhã, seja pela noite, os incansáveis Caio, Mévio e Tício, apresentados aos universitários logo nos primeiros dias de graduação, não cessam de aparecer, sempre envolvidos em alguma peripécia.

Os encarregados do curso de direito penal ou criminal têm particular afinidade com aqueles latinos. Às vezes conluiados, outras vítimas e algozes, o trio mais badalado dos chamados manuais jurídicos é presença invariável nas (quando existentes) exemplificações das inúmeras doutrinas e teorias a serem estudadas. Não é excepcional que Tício saia para uma caçada, em meio ao matagal, e, acreditando mirar num pavão, acerte com disparos letais o índio (!) Mévio que ali estava usando plumas na cabeça.

Nas aulas de direito civil, empresarial e em outros cursos do designado “direito privado”, flechas ou setas indicam uma série de transações realizadas entre duas letras do alfabeto: A e B, estrelando sempre o papel de “sujeitos das relações jurídicas”. Relações estas, quer nas licitudes, quer nos desvios, que costumam se passar como se tivessem sido encomendadas, “feitas sob medida”, encaixando-se perfeitamente em disposições legais interpretáveis como pertinentes, encontráveis nas páginas do *Vade Mecum*.

Para além dos muros acadêmicos, simultaneamente às tentativas de “ciência jurídica” e de seu “ensino” no interior das faculdades, o direito é vivenciado, manifestando-se em situações e casos. No dia 03 de junho de 2010, na zona rural do município de Tapurah, a cerca de 410 km de Cuiabá, no Mato Grosso, um marido

efetivamente dispara tiro de espingarda calibre 28 contra a mulher, que imaginara ser uma onça se aproximando sorrateiramente, acertando-lhe o tórax e tolhendo-lhe a vida. Em janeiro de 2011, imediatamente após uma das maiores tragédias climáticas da história do Estado do Rio de Janeiro, sob o caos causado por chuvas torrenciais, enchentes e desmoronamentos, muitos comerciantes se aproveitavam da escassez de bens de necessidade primária para multiplicar lucros. Pacotes de velas que antes custavam R\$ 1,50 passaram a ser vendidos por R\$ 10. Galões de água tiveram o preço elevado em cinco vezes. Anteriormente comercializados por seis reais, começaram a atingir valores na faixa dos quarenta. Erros de tipo e diferentes tipos criminais são exemplificados diariamente pela realidade, suscitando desafios aos juristas ocupados com a realização do direito. Um boletim de ocorrência teve de ser lavrado, em alguma delegacia de polícia do município de Tapurah. “Denúncias” de prática de preços abusivos foram feitas ao Ministério Público, em Nova Friburgo, no Rio de Janeiro. Não obstante, muitos ministrantes de aulas em direito preferem imergir nas páginas dos livros que na vivência jurídica. Têm gosto por tematizar o fantasioso, mas devidamente fantasiado, ajustado às teorias e às disposições legais que pretendem apresentar, sob a pretensão de tratar de “direito” (a partir de uma respectiva “ciência”). Renunciam por abordar o real, ou mesmo o possível, com suas intrincadas complexidades e imprevisibilidades.

Os estudantes que ingressam nas faculdades “de direito”, não é de espantar, sentem-se, frequentemente, como o poeta israelita Yehuda Amichai (1924-2000), que ao andar até a *rua dos profetas* constatou lá haver nenhum.¹ Adentrando as faculdades “de direito” muitas vezes não se encontram juristas, tampouco se vêem tematizados situações e casos de direito. Advogados, defensores, promotores, procuradores, juízes e desembargadores, ministros dos tribunais superiores. Homens de imensa vivência no direito parecem sofrer metamorfose ao pisar sobre os tablados das salas de aula para ministrar cursos nas faculdades.

Vivenciam, profissionalmente, dia após dia, o descompasso das pretensas teorias jurídicas com a realização judicativo-decisória do direito. A insuficiência das disposições jurídicas existentes ante os casos trazidos a juízo. A inexistência de ponte a conectar situações da vida, casos jurídicos e decisões judiciais. A dinamicidade (variabilidade e mutabilidade) do direito. A imbricação entre os jogos políticos e de poder e as manifestações jurídicas. Os variados saltos hermenêuticos. Os arranjos em

¹ “I come to the street of prophets – there are none”. AMICHAH, Yehuda. On Rabbi Kook’s Street. In: **YEHUDA AMICHAH – poems**. Poemhunter.com, 2004, p. 27.

barafunda das disposições pretensamente normativas e das sentenças e acórdãos proferidos pelos julgadores. A despeito disso, não poucos deles, tão logo iniciam suas aulas, convertem-se em espécies de projeções do Professor Kien.² Às voltas com produções acadêmicas de outros “professores”, ocupam os estudantes com “teorias” e “doutrinas” que dialogam apenas entre si, passando ao largo da vivência do direito. Portam-se, ao ministrar aulas, como “*cabeças sem mundo*”.

A educação jurídica se arrasta capenga. O desinteresse dos estudantes pelas aulas e pelas leituras sugeridas é nítido. Não vêem o direito. Não o vivenciam na faculdade. Logo, dificilmente se apaixonarão pela escolha que fizeram, a despeito de discursos entusiastas e bem intencionados sobre as raízes jurídicas que deitam no coração dos homens. Ali, nas faculdades, tenta-se realizar e ensinar uma chamada ciência jurídica. Toma-se para análise determinado “objeto” que se designa por direito, mas que pouco se assemelha com a vivência cotidiana dos escritórios de advocacia, das repartições públicas, dos fóruns e tribunais.

Preocupados com a “sistematização” e “interpretação” de uma entidade a que se referem por “direito válido (ou vigente)”, sempre que possível com apoio em “sistematizações” e “interpretações” prévias realizadas por outros “juristas”, os “professores de direito” pretendem ensiná-lo a partir dos livros. De leituras sobre leituras. Apresentam-se como direito os resultados das elaborações pretensamente científicas de uns quantos “teóricos” ou “doutrinadores”. Estuda-se direito a partir das lições de uma pretensa ciência jurídica, quando se deveria aprender a lidar com situações e casos jurídicos emergidos da vivência, a partir de experiências pessoais e compartilhadas.

Não apenas o saber produzido por acadêmicos (*juristische Forscher*), mas também a atividade desempenhada pelos “juristas” têm sido frequentemente qualificada por científica. A assunção da cientificidade da chamada “jurisprudência” tende a ser pouco disputada. Diversos discursos articulados por juristas práticos e pretensos teóricos do direito tomam-na como ponto de partida. Não se costuma atentar, nas obras da assim chamada teoria do direito, para a distância entre as formulações teóricas acerca do que os juristas fazem e aquilo que efetivamente se passa na *vivência do direito*. Enfoques normativos e descritivos são reiteradamente entrelaçados, de forma

² Personagem do magnífico *Auto-de-Fé*, de Elias Canetti, o professor Kien “não tinha o menor interesse pela presença de criaturas humanas.” CANETTI, Elias. *Auto-de-fé*. Tradução de Herbert Caro. São Paulo: Cosac Nayif, 2004, p. 34.

inadvertida, em reflexões *sobre* o direito. Tornou-se lugar comum tratar direito (não raro referindo-se indistintamente, como o mesmo vocábulo, a “conhecimento” e “prática”) *como* ciência.

Mentes inquietas não cessam de colocar em xeque a idéia de uma ciência do direito. Não foram poucos os que se insurgiram contra a pretensão de cientificidade do discurso jurídico, quer rejeitando-a mediante negação de sua possibilidade, quer denunciando o caráter *ainda não* científico das construções dos juristas.³ A indagação acerca da adequação da atribuição do predicado de científico a deterimando saber pretensamente jurídico, bem como à atividade dos profissionais de direito, remanesce no horizonte dos questionamentos de alguns juristas, talvez em função da dessemelhança entre aquilo que fazem os estudiosos e demais profissionais do direito e a atividade de biólogos, físicos, químicos e outros personagens comumente reconhecidos como cientistas ou, mais propriamente, em razão da diversidade com relação às chamadas teorias científicas.

A percepção das pessoas comuns e mesmo de especialistas em torno da noção de cientificidade parece não se coadunar com os discursos da e sobre a (auto)designada ciência do direito. As profissões jurídicas e os estudos desenvolvidos pelos acadêmicos de direito não figuram no imaginário da cientificidade. Uma criança muito provavelmente não desenhará um advogado, juiz, promotor ou professor de direito quando demandada a representar no papel um cientista. Nomes de juristas não serão lembrados quando da elaboração de listas dedicadas à reunião dos maiores cientistas de um século. Teses e casos jurídicos, enquanto tais, não figurarão em listagens reunindo os grandes acontecimentos científicos de cada ano, em publicações como a *Wired*.

Intelectuais atuantes em outros campos do saber dificilmente pensam nos discursos jurídicos como representativos de teorias científicas. Dificilmente serão

³ Já no século XV, Antonio Muratori, na Itália, publicara o seu *Dei difetti della giurisprudenza*. No século XIX, Julius Herman Von Kirchmann notabilizou-se pelo seu opúsculo intitulado ***Die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft*** (Da falta de valor da jurisprudência como ciência), em que chamava a atenção para o atraso da chamada ciência do direito com relação às demais ciências, atribuindo-o não à postura dos juristas, mas à mutabilidade do suposto *objeto* daquele conhecimento, o direito, cuja variabilidade conduziria à impossibilidade de apreensão conceitual. “Indem die Wissenschaft das Zufällige zu ihrem Gegenstand macht, wird sie selbst zur Zufälligkeit; drei berichtigende Worte des Gesetzgebers und ganze Bibliotheken werden zu Makulatur.” ***Die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft***. Heidelberg: Manutius Verlag, 1988, p. 19. Vale menção à contundente crítica de Anders Vilhelm Lundsted a não cientificidade da então dominante autodesignada ciência jurídica, que reputava permeada por noções mágicas/místicas. O jurista sueco propugnava por uma ciência construtiva do direito. Tal ciência deveria lidar com fatos, perquirindo por conexões causais realmente existentes no funcionamento da maquinaria jurídica (legislativa e, preponderantemente, judicial). A esse respeito, ver: LUNDSTED, A. Vilhelm. ***Legal Thinking Revisited***. Uppsala: Almqvist & Wiksells, 1956.

encontráveis nos tradicionais periódicos científicos artigos dedicados ao direito (à resolução de problemas perceptíveis como jurídicos). Edições de revistas como a *Nature* ou a *Science* não são consagradas às discussões jurídicas; às descobertas ou invenções dos profissionais de direito ou mesmo dos acadêmicos. Inexiste algo como um prêmio Nobel visando às contribuições de juristas ao progresso das ciências.⁴ Indicadores nacionais e internacionais de produção científica sequer mencionam percentuais referentes ao supostamente científico saber jurídico.

A academia e muitos de seus professores, no entanto, prosseguem designando suas produções como científicas, o que não deixa de ter impactos na forma como o direito é percebido e realizado pelos diferentes intérpretes autênticos,⁵ bem como pelos demais partícipes da vivência jurídica. Todavia, examinada com vagar, tal qualificação do saber e da atividade dos juristas revela-se, até o presente, infundada. Não operam os estudiosos do direito – tampouco os profissionais das diversas carreiras jurídicas – com concepções claras/definidas do que seja uma ciência. Escasseiam debates em torno das estruturas de teorias científicas. À afirmação em torno da cientificidade do conhecimento jurídico e do modo de atuação dos profissionais de direito não precede investigação no campo da filosofia da ciência. Em reiteradas discussões pode-se constatar arbitrário alargamento da noção de ciência, a fim de justificar a rotulação da atividade dos juristas (sem maiores distinções internas) por científica, falando-se então numa ciência jurídica.⁶

⁴ A esse respeito, conferir o instigante ensaio de ULEN, Thomas. A nobel prize in legal science: theory, empirical work, and scientific method in the study of law. **University of Illinois Law Review**. 2002, pp. 875-920.

⁵ Para começo de conversa, veja-se, exemplificativamente, a Ementa do **STJ - REsp 34984/SP – 30/06/1993: RESP - PREVIDENCIARIO - LEI N. 7.830/89 - REAJUSTE DE 84,32% - JURISPRUDENCIA - O DIREITO E SISTEMA, UNIDADE. LOGICAMENTE, NÃO APRESENTA LACUNA NEM CONTRADIÇÃO. A JURISPRUDENCIA ENCERRA ENUNCIADO DE NORMAS. CUMPRE, POR ISSO, O JUDICIARIO BUSCAR HARMONIZA-LAS. A DIVERGENCIA E CONTRADIÇÃO FATICA. DEVE SER CONTORNADA, POR IMPERATIVO LOGICO. O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL REEDITA ORIENTAÇÃO CONTRARIA AO REAJUSTE DE 84,32%. O ENTENDIMENTO PESSOAL, POR ISSO, DEVE AJUSTAR-SE AQUELAS DECISÕES HOJE, EVIDENCIANDO POSIÇÃO FIRME.** (grifou-se). Direito vai declarado *como* sistema (sistema interno), por autoridades julgadoras competentes para desfechar casos adjudicados. Trata-se de imaginário possivelmente fomentado por teses correntes, difundidas de geração para geração, também a partir da educação jurídica universitária.

⁶ Diferentes estudos têm apontado Roma como berço da ciência do direito. Investigações sérias e respeitáveis têm sido empreendidas, lastreadas por ampla documentação, no sentido de submeter à prova a hipótese de que os juristas romanos teriam dado início à perquirição científica no campo do direito. A despeito do valor histórico dessas pesquisas, mesmo as mais cuidadosas não deixam de trabalhar com noção ampla e pouco rigorosa de ciência. “Adopreremo il termine *scienza giuridica* in un senso più ampio dell’ordinario. Comumente, esso indica soltanto il pensiero sistematico intorno al diritto vigente (dommatica giuridica), con esclusione, in particolare, della formazione del diritto. (...) La nostra concezione della *scienza giuridica* (o *giurisprudenza* – condieriamo i termini come sinonimi) abbraccia

Solicitado a justificar o caráter científico do conhecimento jurídico (se é que se pode falar em *conhecimento* no âmbito do direito e, mais ainda, num conhecimento revestido de especificidades), é possível que o pretense cientista do direito remeta a discussão aos antepassados romanos, invocando a autoridade de Ulpiano,⁷ para quem (costuma-se assumir) direito se definia como a “ciência” do justo e do injusto. Alternativa à disposição também seria a referência às inúmeras “publicações científicas” (manuais, artigos em periódicos especializados, resumos em anais de congressos entre outros) registradas em sua plataforma *lattes* e à sua imensa Biblioteca contendo títulos jurídicos. Tentadora também parecerá a compartimentação de tal saber jurídico, indicadora de especialização similar à verificável nas demais ciências e constatável na existência de inúmeros departamentos universitários dedicados aos diferentes ramos do direito, bem de inúmeras varas entre as quais se distribuem as competências julgamento de diferentes “matérias jurídicas” (imbricando-se, aqui, uma vez mais, conhecimento e atividade).

De qualquer forma, a assimilação do caráter científico do saber jurídico parece ser produto de irreflexão. Grande parte dos estudantes e professores de direito, bem como dos profissionais das diferentes carreiras jurídicas haveria de assumir jamais ter parado para pensar no assunto, isto é, para problematizar a qualidade de seu saber e de sua atividade, se é que se pode neles falar como algo de distinto. Trata-se, a rigor, de mais um tópico da linguagem integrado ao senso comum dos juristas.

Defeitos não menos graves são encontráveis no discurso daqueles que negam ao direito (e/ou ao saber jurídico) os contornos da cientificidade. Nesse pólo da discussão, costuma-se operar com noções caricaturizadas de ciência. Cria-se espantalho que pouco se assemelha ao(s) modelo(s) de ciência com que lidam(m) os pesquisadores contemporâneos de outras áreas, associando-lhe(s) constrições excessivas que tornam remota a possibilidade de seguir designando qualquer empreita investigativa por científica.⁸

ogni attività professionale concernente il diritto, quindi la sua formazione, applicazione, esposizione e trasmissione.” SCHULZ, Fritz. **Historia della Giurisprudenza Romana**. Tradução de Guglielmo Nocera. Firenze: Sansoni Editore, 1968, p. 08.

⁷ AFTALION, Enrique. **Crítica del saber de los juristas**. La Plata, 1951, pp. 15-16.

⁸ É o que se verifica, exemplificativamente, em breve debate estabelecido entre os Ministros Eros Grau e Marco Aurélio de Mello, do Supremo Tribunal Federal, no Recurso Extraordinário 579.481-8 (RS): **O Senhor Ministro Eros Grau**: “(...) se o ministro Marco Aurélio me permitir, eu diria que o Direito não é uma ciência. Se o fosse, nós nunca divergiríamos, nós teríamos sempre uma solução exata. O Direito é uma prudência.” **STF. REExt. 579.481-8 (RS)** Perceba-se, aqui, como a própria atividade jurídica, desempenhada no curso de processos conducentes à tomada de decisão definitiva, é tratada por científica, avistando-se a empreita da ciência a partir de perspectiva que reivindica para ela grau não inferior que o

Tais apontamentos, embora de forma alguma conclusivos, podem servir de indício quanto à necessidade de enfrentamento mais detido da questão em torno da cientificidade ou não do conhecimento (doravante designado pelo termo *saber*, com que se imagina poder compreender elaborações acadêmico-jurídicas e operações intelectuais realizadas no *campo de luta da ação processual*) e da atividade jurídica. Empreita como essa exigiria, quiçá, prévia problematização da própria noção de ciência, isto é, requereria perguntar pelo que dizem as teorias reputáveis como científicas e pelo que fazem os chamados cientistas, numa perquirição que provavelmente conduziria a perplexidades, na medida em que se pode imaginar inexistência de amplos consensos nessa temática.

Não é este o ponto de partida das reflexões engastadas adiante. Embora o tema da presente dissertação tangencie o tradicional problema da qualidade epistêmica do saber jurídico, a abordagem pretendida encontra foco central no *direito*. Quer-se estudá-lo. Enfrentar seu modo de existência e de realização. *Não mais que o direito*, por pretensioso que pareça, é o que motiva, por ora, o pensamento aqui articulado. O tema do estudo aqui iniciado é o que se passará a designar por *vivência jurídica*, apontando para os modos pelos quais as diferentes manifestações de direito são *percebidas e experienciadas* pelos seres humanos, com atenção dedicada aos afazeres dos integrantes do nicho dos juristas (acadêmicos e profissionais das diferentes carreiras jurídicas).

Ambiciona-se aproximar-se do direito enquanto *vivência*. Desde a largada, sustenta-se não ser possível e viável a separação entre *saber* (dimensão habitualmente pensada como teórica) e *prática jurídicos*, devendo-se enfrentar o direito a partir de sua realização cotidiana, isto é, inserindo-se no real, por mais inapreensível que ele seja.⁹

da certeza das respostas aos problemas levantados. Embora descompassadas com as contemporâneas perspectivas sobre noção de cientificidade, talvez se possa reconduzir a concepção esboçada por Eros Grau naquela sessão do Supremo Tribunal Federal a um ideal Wolffiano de certeza no conhecimento científico: “*Nihil enim nobis certitudine antiquius est*”. WOLFF, Christian. *Philosophia rationalis sive lógica, methodo scientifica pertractata et ad usum scientiarum et vitae aptata. Præmittitur discursus præliminaris de philosophia in genere*. 3. Auflage. Officina Libraria Rengeriana. Frankfurt und Leipzig, 1740, p. 13.

⁹ “Über die Wirklichkeit, wie sie außerhalb des menschlichen Erkennens existiert, kann ich nichts wissen. Ich kann daher die Wirklichkeit auch nicht anders definieren denn als das, was ich erlebe und was ich in meinen Erkenntnissen durch gedankliche Gebilde zu ersetzen suche, die mir dazu verhelfen, mit anderen Menschen diese Erlebnisse teilen zu können und die mir selbst diese Erlebnisse in meinen Erinnerungen vertreten. Wenn die Wirklichkeit das ist, was ich erlebe, dann kann ich von ihr behaupten, daß sie unendlich vielfältig ist und sich ständig verändert. Mein Erkennen besteht darin, daß ich die einzelnen Merkmale festhalte und zu Vorstellungen und Begriffen sowie Urteilen und Aussagen über das Seiende zusammenfasse. Es ist also niemals das, was ist, identisch mit der Wirklichkeit” KALLAB, Jaroslav. Rechtswissenschaft und Wissenschaft vom Recht. Anmerkung zu Weyers Erkenntnistheorie. In: WEINBERGER, Otta und KUBES, Vladimir. **Die Brünnener rechtstheoretische Schule**. Wien, 1980, pp. 210.

Tematizar o direito impõe enfrentar a vivência jurídica,¹⁰ a fim de percebê-la como experiência humana caracterizada pela presença de invariante consistente na inevitabilidade de uma decisão vinculante proferida por terceiro incumbido do afazer judicativo, atravessada por incontáveis variáveis, marcada indelevelmente pela contingência e cujos acontecimentos se revelam impregnados por imaginários de conteúdos diversificados.

A problematização da cientificidade ou não de um “conhecimento”, com pretensões de especificidade, endereçado ao direito, bem como das atividades dos juristas, portanto, realiza-se pela via inversa, isto é, partindo-se do direito e não da epistemologia ou de qualquer variante da teoria do conhecimento. Os saberes jurídicos hão de ser encarados como dimensão integrante da vivência jurídica. Se neles se pode falar, há que se assumir que se tratam de formas de saber lidar com o direito, na vivência de situações e casos jurídicos. Configuram-se eles próprios como vivências, articulando-se como saberes orientados pela inevitabilidade de uma tomada de decisão, que há de ser provocada, proferida e fundamentada, não se revestindo de peculiaridades substanciais.

Trazendo-se o direito à tona é que se procura evidenciar a pertinência ou não de abordagens correntes, supostamente científicas, em âmbito jurídico. Opta-se, então, por confrontar construções teóricas dominantes com a vivência jurídica, a fim de aferir, após o embate, os saldos da batalha. Antes do que tematizar a qualidade epistêmica de um suposto *saber jurídico*, pretende-se abordar o que tem sido feito sob o rótulo de “*ciência jurídica*”, procurando-se evidenciar que se trata de uma tentativa teórica que invariavelmente tem derrapado, consubstanciando-se numa pretensa *ciência do direito sem direito*.

¹⁰ “Uma teoria do direito, que não deixa de ser uma determinação das notas essenciais do direito, pode partir ou do fato da Ciência do Direito ou do fato do Direito (...)” entendendo-se aqui que “a teoria do direito deve escolher o segundo caminho, conduzindo-se diretamente ao direito, sem introduzir a Ciência do Direito como meio reflexivo. Nesse segundo caminho, não pergunta a teoria do direito o que diz uma ciência jurídica sobre o direito, mas sim se ocupa da vivência jurídica em si, como ela se oferece na faticidade originária à consciência. A teoria do direito não é uma teoria da Ciência Jurídica, porque ‘direito’ e ‘ciência do direito’ são modos fundamentalmente diferentes de consciência.” “Eine Theorie des Rechtes, die ja nur eine Bestimmung der Wesensmerkmale des Rechtes ist, kann entweder vom Faktum der Rechtswissenschaft oder vom Faktum des Rechtes ausgehen (...) Die Theorie des Rechtes muß daher den zweiten Weg wählen, der sie unmittelbar an das Recht heranführt, ohne daß sich die Rechtswissenschaft als reflektierendes Medium einschleibt. Auf diesem zweiten Wege fragt die Theorie des Rechtes nicht, was irgend eine Rechtswissenschaft über das Recht aussagt, sondern erläßt das ‘An sich’ der Rechterlebnisse, wie es sich dem Selbstbewußtsein in originärer Gegebenheit darbietet. *Die Theorie des Rechtes ist keine Theorie der Rechtswissenschaft*, weil ‘Recht’ und ‘Rechtswissenschaft’ grundsätzlich verschiedene Bewußtseinshaltungen sind.” SANDER, Fritz. Das Rechtserlebnis. In.: **Internationale Zeitschrift für Theorie des Rechts**. Ano I, Caderno I, 1927, pp. 100-119, pp. 102-103.

O direito há de ser encarado em sua radical dinamicidade, que resplandece cristalina quando se o aborda a partir de seu específico modo de existência e de realização (judicativo-decisório). Diferentes elucubrações internas à assim designada ciência jurídica padecem de vício insanável, na medida em que se constroem como reflexões não amparadas na vivência do direito, mas em formulações acadêmicas e mesmo nas aspirações e desejos dos autodesignados teóricos com relação ao direito (*wishful thinking*). Daí resulta a estipulação de objetos de estudo descolados da realização do direito, na medida em que se o identifica a conjuntos (repertórios) ora mais ora menos extensos de critérios para a tomada de decisão, descuidando-se da maneira como são efetivamente utilizados pelos protagonistas dos concretos processos jurídicos. No afã de cientificidade e sistematização, recortam-se tais processos, abordando-se de modo estático aquilo que na realidade é constante devir. Isso quando não se força o real mediante recurso a teorias fantasiosas com respeito às atividades dos juristas.¹¹

Ainda que tenha se tornado mais ou menos difundida a tese de que uma *ciência jurídica* haveria de ser uma ciência *do direito*, despontam como equivocadas as diferentes considerações em torno do que seja o direito. Restam insatisfatórias as tentativas de precisar um *objeto* para a ciência que se pretende afirmar.¹² Talvez isso não se deva à negligência ou falta de perspicácia dos estudiosos, mas – como já aventado por alguns – à devenida do direito, do qual dificilmente se poderá dizer que *é* algo, pois existe apenas *sendo*, situando a si mesmo continuamente entre o *ainda não* e o *não mais*.

A cada adjudicação, não poucas expectativas se formam acerca da decisão vinculante capaz de acertar/desfechar o caso em discussão, as quais não consubstanciam como direito para o caso, cuja realização plena depende de atuação das autoridades competentes, mas que se inserem na vivência jurídica, integrando-lhe os processos de realização. Manifestado o direito, no curso de procedimento encerrado por decisão apta a formar coisa julgada, não se pode enxergar na particular decisão representação

¹¹ “However ingenious academic and professional conceptual constructions are, the key question is whether they are applied, or can be applied at all, in practice.” HOLLANDER, Pavel. **From the principle of subsidiarity to Joseph Hadyn**. [arquivo eletrônico], p. 09.

¹² “Le ricerche metodologiche, che negli ultimi anni sono apparse come conseguenza del nuovamente ridestato interesse per la Filosofia del Diritto, sono forse caratterizzate soprattutto da questo: che esse hanno per oggetto la tesi, tenuta fino ad ora come un assioma, che la Scienza giuridica (*Rechtswissenschaft*) sia la Scienza del Diritto (*Wissenschaft vom Rechte*). (...) Ma talvolta si lasciava nel maggior dubbio la questione su che cosa fosse quel Diritto, del quale la scienza giuridica doveva trattare.” KALLAB, Jaroslav. L’oggetto della scienza giuridica. **Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto**. Ano II, 1922, pp. 14-22, p. 14.

exaustiva da juridicidade. O entendimento consagrado em acórdão de tribunal de última instância pode ser revisto logo adiante, em caso reputável similar.

A especificidade da vivência jurídica é colocada à evidência desde tempos imemoriais nas mais diferentes formas de relatos. Para ela parecem apontar diversos documentos. Diferentes termos utilizados historicamente para designar o direito dão conta de revelá-la, na medida em que permitem aferir a percepção da vivência jurídica marcadamente como experiência decisória. Não obstante, insistem os juristas em não a perceber ou assumir, operando à margem da vivência do direito na construção de “teorias” mirabolantes que terminam por conduzir aqueles que se dedicam ao estudo de tais formulações à conclusão de sua irremediável inutilidade. Constróem-se teorias pretensamente jurídicas que não abordam o direito. Imagina-se estar estudando direito a partir de reiteração de lugares comuns produzidos no interior de uma suposta ciência jurídica.

Acadêmicos de direito costumam se surpreender com os desafios que a eles se apresentam no “sexto ano faculdade”,¹³ isto é, no primeiro ano que sucede à colação de grau, quando são confrontados com o que, desde o lugar das teorias, chama-se de prática jurídica.¹⁴ “O céu dos conceitos jurídicos” a que são elevados os graduandos em direito durante a passagem pelas diferentes faculdades revela especial “aptidão [dos juristas] em construir instituições jurídicas sem cogitar de sua real significância prática, procedendo-se puramente à base de conceitos tomados em si mesmos”.¹⁵ O retorno à Terra, isto é, o confronto com a vivência do direito, após a conclusão do curso, não raro, nessas circunstâncias, afigura-se sofrível como imaginável situação de purgatório, posterior a período considerável no limbo universitário. Realizada à base de cursos de leitura de “*best sellers*” das editoras especializadas,¹⁶ a educação jurídica, ou melhor, as

¹³ Den jungen Juristen treffen die Hauptschwierigkeiten der Gesetzesanwendung unvorbereitet, er tritt aus dem Studium heraus mit einer mutigen Zuversicht, drauf los zu konstruieren, und muß die Schwierigkeiten erst aus der Erfahrung kennen lernen, bis er die Rechthaberei und Übereilung abdämpft. WURZEL, Karl Georg. **Rechtswissenschaft als Sozialwissenschaft**. Juristische Denken und Sozialdynamik des Rechts. Wien: Springer, 1991, p. 14.

¹⁴ Ao concluir os estudos universitários e se lançar à vivência jurídica, muitos aspirantes a jurista devem compartilhar da “ira” e da decepção de Oskar von Bülow com relação à inutilidade dos exercícios mnemônicos a que se reduzia a graduação em direito: “Man wird es hiernach begreifen, daß mir noch jeßt jedes Mal angst um hange wird, wenn ich daran zürückdenke, welche wirre, unverständene und unbrauchbare Rechtsgelehrsamkeit gegen Ende der Studienzeit in meine Kopfe hauste”. BÜLOW, Oskar von. **Heitere um ernste Betrachtungen über die Rechtswissenschaft**. Leipzig, 1901, p. 7.

¹⁵ “(...) Die Begriffe vertragen sie nicht mit dem Leben, sie haben einen Welt für sich nöthig”. JHERING, Rudolf von. **Scherz und Ernst in der Jurisprudenz**. Leipzig 1884, p. 251

¹⁶ “Jurisprudence courses tend to become inbred. The student is introduced to the thoughts of great men and to the comments of more recent writers on these thoughts, or are – *horrible dictu* – fed pieces of

faculdades de direito têm se transformado em mera passagem ritual, configurando-se como lapso que separa o estudante da obtenção de diploma universitário. Habilitados formalmente a vivenciar o direito de modo profissional, percebem os jovens juristas que não sabem aquilo que precisam e que não precisam daquilo que sabem¹⁷.

As teses ainda hoje dominantes tendem a tematizar o direito desde perspectiva estática. A juridicidade é frequentemente confundida com legalidade. O modo de existência do direito é apressadamente afirmado como sendo o da validade, reverberando-se de forma impensanda tese sustentada em contexto bastante específico na história do pensamento jurídico. Os vínculos jurídicos são avistados no conteúdo de disposições pretensamente normativas, como leis e súmulas. A tarefa dos juristas no acerto/defeito dos casos adjudicados, ainda que admitida margem ampla para a interpretação, é assimilada à aplicação do direito (válido).¹⁸ Assume-se a normatividade do chamado direito positivo, sem maiores indagações, fazendo dela dogma.¹⁹ O direito é apresentado como *ordem normativa*. Procura-se discuti-lo a partir da idéia de sistema²⁰, já banalizada numa apropriação discursiva que por vezes a identifica ao próprio direito,

jurisprudential compendia which they reurgitate undigested". TUR, Richard. Jurisprudence and Practice. **Society of Public Teachers of Law**. 14, 1976-1979, p. 42.

¹⁷ "Der Rechtsunterricht wurde eben in der Weise, wie ich in meinem ersten Briefe zu schildern gesucht habe, und mit dem Erfolge erteilt, daß die jungen Juristen, wenn sie in die Praxis traten, das, was sie dort brauchten, nicht wußten, und das was sie wußten, nicht brauchen konnten". BÜLOW, Oskar von. **Heitere um ernste Betrachtungen über die Rechtswissenschaft**. Leipzig, 1901, p. 22.

¹⁸ As palavras proferidas por Eugen EHRLICH (1862-1922), no distante ano de 1918, ao prefaciar sua *Die juristische Logik*, parecem restar atuais: "A maior parte dos leigos e a muitos juristas impõe-se hoje como algo evidente que a tarefa de descoberta judicial do direito permanece sendo a de deduzir a decisão dos casos particulares a partir do ordenamento legal, de forma lógica". *Den meisten Laien und vielen Juristen gilt es heute als eine Selbstverständlichkeit, daß die Aufgabe richterliche Rechtsfindung im wesentlichen darin bestehe, auf den Anordnungen der Gesetz logisch die Entscheidung des einzelnen Falles abzuleiten. Die juristische Logik*. 2. Auflage. Tübingen: Scientia Verlag Aalen, 1966, p. V.

¹⁹ Para a assunção irrefletida do dogma da normatividade já havia atentado a mente inquieta e explosiva de Fritz SANDER (1889-1939), o *discípulo rebelde* de Hans Kelsen (1881-1973). "Das Dogma von einstufgen, im Gesetze fertigen Rechte bestimmt aber ferner auch die Methodik der Rechtsdogmatik und ihre Anschauung von der Methodik des Rechtes, wofern die Rechtsdogmatik überhaupt eine selbständige Methodik des Rechts annerkent. (...) für die Rechtsdogmatik 'Recht' nicht ein objektives Kontinuum, sondern verschiedene Normgebiete bedeutet (...)" SANDER, Fritz. **Rechtsdogmatik oder Theorie der Rechtserfahrung?** Kritische Studie zur Rechtslehre Kelsens. Wien: Franz Deuticke, 1921, pp. 10 e 18. "Fast die Gesamt herrschende Rechtsphilosophie und Rechtswissenschaft fußt auf dem uralten Dogma von der Normativität des Rechtes: Recht ist ihr ein Inbegriffe von Normen, Imperativen, Vorschriften, Willensäußerung, Wunsch und Befehlsätzen, ein Komplex von Bedeutungen, der in nahem Zusammenhang mit der Ethik steht, also ein Sollen, das über jedes Sein hinausgreift." SANDER, Fritz. Der Begriff der Rechtserfahrung. **Logos**, 11, 1922-1923, pp. 285-308, p. 286. Os penetrantes e esquecidos escritos de Fritz Sander conformam importante inspiração destes ensaios. Adiante, novas referências, ainda que breves, serão feitas a ele e a alguns de seus trabalhos.

²⁰ A Doutrina Pura do Direito de Hans Kelsen reivindicava a sistematização de seu objeto como tarefa primordial de uma teoria científica do direito. "So muß auch die Rechtswissenschaft sich endlich auf die Grundaufgaben jeder wissenschaftlichen Erkenntnis: 'Einheit' und 'System' besinnen." KELSEN, Hans. **Rechtswissenschaft und Recht**. Erledigung eines Versuchs zur Überwindung der Rechtsdogmatik. Wien und Leipzig: Franz Deuticke, 1922, p. 05.

falando-se em sistema brasileiro, hondurenho ou europeu para designar as experiências jurídicas dos diferentes povos. Tais visões, quase que naturalizadas pela amplitude da difusão alcançada, reivindicam para si estatuto de cientificidade. Emergem como produtos de uma autodesignada ciência jurídica.

Parece passar ao largo de muitas reflexões da chamada “teoria do direito” a *processualidade* da realização jurídica. Olvida-se, por exemplo, que a lei de imprensa não é inconstitucional anteriormente a pronunciamento do Supremo Tribunal Federal determinativo de sua incompatibilidade com a legislação constitucional brasileira, no deslinde de processo iniciado mediante mecanismos reconhecidos pelos julgadores competentes, no curso do qual disposições textuais do documento constitucional poderão ou não ser tomadas em consideração (mesmo em ações concernentes a questões constitucionais, é possível que se opere em atropelo à literalidade daquelas proposições, que não são senão esboços de vinculação); em que idênticas disposições poderão ser interpretadas de maneiras diversas pelos diferentes Ministros que compõem o órgão julgador e no transcorrer do qual mesmo o pedido contido na inicial poderá ter seu alcance ampliado ou reduzido de ofício pelas autoridades encarregadas de decidir.²¹

Juridicamente, não se pode afirmar, com acerto descritivo, anteriormente à decisão de última instância, que a guarda de Sean Goldman (*o menor S.R.G.*, tal qual designado nas fundamentações decisórias dos diferentes órgãos julgadores) pertence ao pai, o norte-americano, David Goldman, em conformidade com os artigos 7, 8 e 10 da

²¹ Recentemente, o Supremo Tribunal Federal determinou a inconstitucionalidade da lei 5.250 de 1967, a chamada lei de Imprensa, no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental número 130 (ADPF-130), proposta pelo Partido Democrático Trabalhista, o PDT. Conforme consta do Relatório do Ministro Carlos Aires Britto o “objeto da ação constitucional” era “a *“declaração, com eficácia geral e efeito vinculante, de que determinados dispositivos da Lei de Imprensa (a) não foram recepcionados pela Constituição Federal de 1988 e (b) outros carecem de interpretação conforme com ela compatível (...)*” (fls. 03). Isto para evitar que “*defasadas*” prescrições normativas sirvam de motivação para a prática de atos lesivos aos seguintes preceitos fundamentais da Constituição Federal de 1988: incisos IV, V, IX, X, XIII e XIV do art. 5º, mais os arts. 220 a 223.” (grifou-se) Todavia, ao final, decidiu-se pela procedência da ADPF “para o efeito de declarar como não-recepcionado pela Constituição de 1988 **todo o conjunto de dispositivos da Lei Federal nº 5.250**, de 9 de fevereiro de 1967, nele embutido o de natureza penal (compreensivo dos preceitos definidores de crimes, impositivos de penas e determinantes de responsabilidades).” (grifou-se) Casos como esse colocam em evidência a acuidade das anotações de Oskar von BÜLOW: “Der Gegenstand der richterlichen Entscheidung kann sich inzwischen vielfach anders, als früher in Aussicht zu nehmen war, gestalten. Die *res judicanda* kann von der jetzigen *res judicium deducenda* recht verschiedenen sein (...)” *Klage und Urteil. Zeitschrift für den deutschen Zivilprozeß*. Band XXXI, 1903, pp. 191-270, p. 207. A despeito do disposto no artigo 128 do Código de Processo Civil Brasileiro e de reiteradas afirmações doutrinárias no sentido da vedação de decisões *ultra petita*, o Supremo Tribunal Federal tem admitido a chamada “declaração de inconstitucionalidade consequencial ou por arrastamento”: o Tribunal tem determinado a inconstitucionalidade de disposições jurídicas não impugnadas na ação movida pelos legitimados processuais. Vejam-se: **STF - ADI 2982-00**. Relator Ministro Gilmar Mendes. DJU 12.11.04 e **STF - ADI 1.144**. Relator Ministro Eros Grau. DJ 08.09.2006.

Convenção de Haia e com o disposto no artigo 1.631 do Código Civil brasileiro. Tal afirmação não gozaria de estatuto diverso do de mera opinião, ainda que articulada com pretensões de convencimento das autoridades competentes, integrando-se à vivência do direito. A despeito das interpretações que desses dispositivos fazem acadêmicos de direito, advogados de uma ou de outra parte envolvida numa demanda judicial, a mídia e demais curiosos, o direito do caso somente se manifestará ao cabo de processo jurídico, definitivamente encerrado, em tese, com a formação (procedimental) da coisa julgada, atributo último da juridicidade, isto é, da força específica do direito.²² Não serão poucas, ademais, as variáveis a integrar o processo decisório até o alcance da decisão final, de modo que não necessariamente dispositivos legais serão determinantes para a formação do convencimento dos julgadores – ainda que costumem figurar na fundamentação decisória.

Também assim, o jovem de 23 anos acusado de molestar sexualmente as enteadas de 09 e 14 anos da idade, em Alagoinhas, no Recife, sendo a mais velha das meninas portadora de deficiências mentais, não pode ser qualificado como estuprador, em perspectiva jurídica, ainda que, extraprocessualmente, tenha confessado manter, há algum tempo, relações com as filhas de sua companheira²³. Por repugnante que seja aos sentimentos de terceiros não competentes a conduta do rapaz, não se pode saber, anteriormente ao decurso de processo jurídico [mais especificamente, de procedimento judicial] e da revelação da posição da autoridade julgadora, qual o direito da situação controvertida, tornada caso jurídico por meio do exercício de ação processual pelos legitimados para tanto, que, nessa hipótese, irão instar a manifestação dos órgãos incumbidos da realização judicativa do direito. Previamente à decisão apta a formar coisa julgada e externamente aos específicos procedimentos jurídicos são possíveis manifestações de toda a sorte. A massa, indignada, poderá desejar emular o acusado em praça pública. A Igreja a que pertence o suposto estuprador poderá condenar seus atos, a partir dos mandamentos religiosos pertinentes. Estudiosos e curiosos poderão debater o

²² Nesses termos, a decisão proferida pelo Ministro Gilmar Mendes, no dia 22 de dezembro de 2009, em sede de **Cautelar em Mandado de Segurança (número 28.525-DF)**, deferindo o pedido para “sustar os efeitos da decisão liminar proferida pelo Ministro Relator do HC n. 101.985/RJ [Marco Aurélio de Mello], do Supremo Tribunal Federal, restaurando-se os efeitos da decisão proferida pelo Tribunal Regional Federal da 2 Região na Apelação Cível n. 2008.51.01.018422-0”, implicando momentânea vitória processual de David Goldman, a quem provisoriamente determinou-se a guarda de Sean, ainda não pode ser indicada como a resposta jurídica da questão em juízo. O direito deste caso, naquele momento, ainda não se tinha por manifesto, ainda restando por ser realizado plenamente, com possibilidades de reversão da posição de vencedores e vencidos.

²³ A situação foi amplamente noticiada por diferentes órgãos brasileiros de imprensa, entre fevereiro e março de 2009.

problema à exaustão. Todavia, não é senão na promanação de decisão vinculante em última instância que se manifesta o direito do caso, em sua plenitude.

Também assim, a interrupção da gravidez da criança, que esperava gêmeos, levada a cabo por equipe médica independentemente de autorização judicial, supostamente sob o abrigo do Código Penal Brasileiro, não pode ser dita legal ou ilegal, desde perspectiva ciente da dinamicidade da vivência jurídica, anteriormente à pontual manifestação dos órgãos tornados competentes para a resolução jurídica do problema (mediante exercício de ação processual pelos legitimados), se é que virão a ser provocados a se manifestar sobre esta específica questão – vertendo-se situação da vida em caso jurídico. Muitas situações em que são identificáveis problemas e desacertos suscetíveis de submissão ao judiciário não são vertidos em casos jurídicos clamantes por decisão. No curso de processo eventualmente iniciado acerca da tipicidade ou não da interrupção da gravidez em questão e, por consequência, da punibilidade ou não da mãe e mesmo dos profissionais envolvidos no procedimento médico, inúmeras variáveis poderão intervir na formação do convencimento dos julgadores. Não se pode afastar, por exemplo, a hipótese de a ação futura vir a ser distribuída a juiz fervorosamente católico, para quem o aborto não se justifica em qualquer hipótese. A Igreja poderá pretender excomungar os médicos, em conformidade com a interpretação das autoridades eclesásticas acerca dos preceitos canônicos. A indignação popular poderá pender fortemente pela absolvição de mãe e médicos. Os julgadores, por certo, não restarão imunes a variadas interferências. O deslinde jurídico de situações que aos olhos de muitos parecem incontroversas remanescem incertos anteriormente à decisão apta a formar coisa julgada, em que o direito se manifesta na sua plenitude.

Insiste-se em não captar que, desde perspectiva jurídica, antes de condenado, *Prometeu* (Προμηθεύς) há de ter sido julgado.²⁴ Entregar o fogo aos homens não foi, de pronto, o crime de Prometeu. O crime pelo qual se é condenado é aquele assim determinado pelas autoridades competentes. A tipicidade da conduta poderá ter sido discutida. Condenação retroativa não é de ser descartada. Talvez o julgamento a que fora submetido tenha se dado em sede de Tribunal Extraordinário. Para alguns dos (deuses) julgadores,²⁵ terá ele cometido furto, ao apossar-se do fogo que pertencia às

²⁴ Essa a sutileza captada pelo grande escritor tcheco Karel Čapek (1890-1938), que no conto intitulado *O castigo de Prometeu* imagina o procedimento jurídico que conduziu à condenação do personagem mítico, simulando debates entre os julgadores. Ver: ČAPEK, Karel. *Prométheïv trest. Kniha apokryfů*, 1932.

²⁵ Recorde-se que o termo magistrado, designativo daquele que exercer atividade judicante, remetia, na Roma Antiga, ao líder religioso. “La qualification de magister, c’est à dire, de individu qui, parmi les

divindades. Para outros, terá se tratado de violação de direitos autorais ou de propriedade intelectual, na medida em que Prometeu teria afirmado ser o inventor do fogo que entregara aos humanos. Não terão faltado aqueles que o desejaram condenar mediante tipificação por periculosidade abstrata, na medida em que prover humanos com o fogo seria algo potencialmente danoso. Maiores ou menores deliberações, nesse quadro, hão de ter precedido a execução da pena (possivelmente estabelecida *ad hoc*) que levou Prometeu a ser acorrentado na rocha, no cume do monte Cáucaso, onde teria seu fígado diuturnamente despedaçado pelas bicadas dos abutres.

Tanto quanto a lição da *techné*, representada pela atribuição do fogo aos homens, agora capazes de cozinhar os alimentos e esperançosos de, numa palavra, domesticar a natureza, o mito de Prometeu convida a refletir sobre a realização do direito. Encará-lo desde essa perspectiva, procurando desvelar a processualidade do direito enquanto vivência humana, requer a coragem do próprio Prometeu, pois significa insurgir-se contra construções teóricas tão arraigadas que parecem se revestir de aura divina, remanescendo imunes às problematizações. Trata-se de insurgência em face da vanidade das teses dominantes, orgulhosas de suas supostas conquistas,²⁶ muitas das quais, imagina-se, não sobreviverão ao testemunho de Prometeu, agora metaforicamente desacorrentado, liberto, para permitir enfrentar o direito desde o lugar partir do qual o personagem mítico fora fossilizado nos anais da história: o *battlefield of action*.

O mito que simboliza a criação do ser humano não poderia deixar de apontar para a instituição do direito, experiência constitutiva da convivência dos homens em agrupamento. Quando a discussão envereda para o campo da juridicidade, é o aspecto processual – os diferentes processos mediante os quais se realiza o direito –, emblematizado pelo conjectural julgamento de Prometeu, bem como as múltiplas variáveis ali envolvidas, que há de prioritariamente interessar. Eis o que tem passado incólume por muitos juristas, que têm olhado para a estória sem enxergar, sempre às

membres de une cite ou d'une corporation originairement égaux entre eux en droit, est devenue plus élevée et plus puissante, ne s'emploie plus, dans la langue récente, en dehors de quelques formules consacrées depuis l'époque ancienne, que pour désigner le président d'ordre religieux ou privé. Le terme magistratus, qui n'est, au sens propre, que l'expression abstraite correspondante au mot concret magister, se confond primitivement avec lui." MOMMSEN, Theodor. **Histoire du Droit Romain**. T. 1. Traduzido por C. A. Alexandre. Paris: Librairie A. Franck, 1863.

²⁶ "(...) la science du droit (...) se vante de savoir elle seule discerner entre le vrai et le faux, ce qui est juste et injuste, équitable ou inéquitable, licite ou illicite." AGRIPPA von NETTESHEIM, Henry Cornelius. **De incertitudine et vanitate scientiarum**, 1527. Citado da tradução francesa **Déclamation sur la incertitude, vanité et abus des sciences**. 1582, p. 468.

voltas com as implicações da narrativa para a técnica ou para a ciência, que muitos insistem encontrar ali seu momento inaugural.

Evocando Prometeu inicia-se excurso programado para se encerrar com o problema da cientificidade ou não do saber e da atividade jurídicas, que se sustentará como interpenetrados (fundidos) na vivência do direito. Antes de alcançar o cume do Cáucaso, todavia, há desafios a requerer vencimento. Talvez sejam até mais numerosos e tortuosos que os doze trabalhos de Hércules. Contudo, em sendo um reles mortal aquele a avocar a incumbência de seu enfrentamento, apenas alguns deles serão aqui selecionados, clivados pelo critério do “grau maior de institucionalização”. Significa dizer que os “inimigos” serão aqui escolhidos pelo respaldo da tradição com que contam; em função do calibre das trincheiras que parecem cercá-los e colocá-los imunes a diferentes tentativas de problematização.

Assim, as reflexões progridem a partir de esboço de formulação mais lapidada do campo de referência da opção pela *vivência jurídica*. Cuida-se de tentativa de abordar *não mais que o direito*, em sua nudeza lógica, sem compromisso com a construção de teorias ou de quaisquer sistemas conceituais. Atenta-se para a complexidade e pluralidade dos modos pelos quais é vivenciado, no curso de sua realização, até a manifestação do *decisum* em cada caso adjudicado. Apresenta-se a perspectiva da vivência jurídica como atenta à humanidade do direito e, portanto, à sua variabilidade e mutabilidade em função da diversidade dos agentes. Procura-se construir, de início, perspectiva tendente a superar a cisão entre teoria e prática na abordagem do direito. Tenta-se estabelecer o direito *como* vivência enquanto ponto de partida, para então seguir o excurso projetado no sentido de confrontar a vivência jurídica com algumas teses bastante difundidas e aceitas da chamada *ciência do direito*.

Imagina-se poder, a partir daí, encontrar reunidas condições para desenvolvimento de uma abordagem processual do direito, genuinamente dinâmica, capaz de oferecer ambiência no interior da vivência jurídica, ainda que assumidamente impotente enquanto tentativa de *apreensão* da dinamicidade da realização do direito. Os processos jurídicos são deslocados da periferia para o centro da reflexão. O direito, enquanto vivência, é percebido em estruturação processual, no sentido de sua incessante realização e renovação, bem como em virtude de sua plena manifestação sob a forma de coisa julgada, emergente quando da conclusão dos procedimentos judicativos. Tem-se aí desfecho que, paradoxalmente, permite a *cotinuidade* do direito, ao determinar

resolução pontual para determinados casos e liberar os julgadores para apreciação e decisão de outros.

O caminho é preparado, então, para o enfrentamento do mais arraigado dos dogmas do pensamento jurídico. A tese dominante da normatividade do direito é confrontada. Procura-se desvelar o caráter dogmático da assunção da existência pré-judicial do direito, que se espalha pelo tratamento dos diferentes temas jurídicos.²⁷ O *dever ser* como horizonte de reflexão jurídica tem sua pertinência indagada. Procura-se desvelar o caráter de multiplicidade das variáveis potencialmente integrantes da realização do direito e a parcialidade de sua descrição como espécie normativa.

Internalizado o caráter decisório da experiência jurídica (afetada por diferentes e elásticos imaginários), a qualificar vivência humana particular, torna-se possível indagar sobre o momento e o modo específicos de sujeição dos homens ao direito. Cumpre discutir a *vinculação jurídica*, consubstanciada ao cabo de processo e manifestada a partir de juízo imputativo exarado pela autoridade julgadora competente, procurando-se revelar o caráter provisório/ilusório das imputações anteriores, injustificadamente ainda a ocupar centralidade nas reflexões jurídicas. A tese da *validade como modo de existência* do direito é, nessa esteira, discutida, sobretudo na formulação que a identifica à *obrigatoriedade* das determinações jurídicas (disposições). Procura-se desvelar a *existência interpretativo-decisória* do direito a impedir falar de direito pleno anteriormente à decisão definitiva de autoridade competente para o caso adjudicado, devendo-se abordá-lo na processualidade de sua realização. Reflete-se, apenas brevemente, sobre as interferências do poder e dos jogos políticos nas manifestações do direito, ele próprio forma de expressão política.

A noção de sistema (**do** e **no** direito) é, derradeiramente, colocada em xeque. A formulação do direito *como sistema de normas* (de regras ou princípios e quaisquer outras disposições pretensamente normativas) é submetida à crítica, bem como se questiona acerca da possibilidade de construção de sistema científico *sobre* o direito. A processualidade do direito é obscurecida pela bitola sistemática. O fluxo contínuo do direito é artificialmente contido pelas tentativas de delimitação prévia do jurídico e do não jurídico. Talvez não haja maiores ganhos na manutenção da perspectiva sistemática

²⁷ “Lo que sucede es que con frecuencia se tiende a identificar ‘fuente del derecho’ con ‘sustrato que permita conocer ‘el derecho que el juez debe aplicar’, una idea basada en el dogma de la existencia prejudicial del derecho”. ROSS, Alf. **Teoría de las fuentes del Derecho**. Una contribución a la teoría del derecho positivo sobre la base de investigaciones histórico-dogmáticas. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, p. 357.

no âmbito do direito. Urge conceber o direito como incessante estruturação, colocada para além de rígidas estruturas, pretensamente coerentes ou coesas. A recorrente imagem do ordenamento jurídico deve ceder espaço a formas diversas de pensar.

As sendas que guiam ao encerramento desta dissertação oferecem possível subsídio para fazer frente à difundida concepção de ciência jurídica como estudo *sistemático* das *normas jurídicas válidas*.²⁸ As teses dominantes são apresentadas como vazias de juridicidade, na medida em que dedicam atenção quase exclusiva à contingência (ao variável e acessório) tomando-a como perenidade, que, em direito, parece de difícil constatação. Lida-se com o direito como se fosse *ente* (corpo normativo), assimilando-se-o a um conjunto de normas das quais se diz que devem ser e são aplicadas pelos julgadores. Muitos discursos da chamada teoria do direito não têm ultrapassado os limites de uma tentativa de ciência *da legislação*,²⁹ cuja garantia de possibilidade não assegura a viabilidade de uma ciência *do direito* (enquanto corpo de conhecimentos construídos sobre determinado objeto pensável como direito), tampouco de uma ciência *jurídica do direito* (revestida especificidade metódica).

Intenta-se desnudar o direito, assumido como vivência de ininterruptos processos tendentes à obtenção de decisões capazes de desfechar casos trazidos a juízo, como infenso à construção de saber que se revista dos atributos comumente associados à noção de ciência (poderes explicativo e preditivo,³⁰ reprodutibilidade³¹, verificabilidade ou falsificabilidade³²), sobretudo na forma de uma *ciência jurídica*

²⁸ “(...) its core consists in the interpretation and sysrematization of valid law” PECKZENIK, Aleksander. **A Treatise of legal philosophy and general jurisprudence**. V. 4. Scientia juris. Nethrelands: Springer, 2005, p. 01.

²⁹ “Schließlich aber ergab sich noch ein weiterer Schritt, nämlich der, dass man nicht nur ‘Befehle mit Rechtsverleihungsbehauptung’, sondern überhaupt alle Befehle (Staatsgesetze) als ‘Recht’ bezeichnete, womit freilich dem Wort ‘Recht’ jede selbständige Bedeutung genommen war, ebenso aber auch dem Worte ‘Rechtswissenschaft’, das denselben Sinn annahm wie die Worte ‘Befehlswissenschaft’ oder ‘Staatsgesetzwissenschaft’.” Fritz Sander. Das Recht. In: **Zeitschrift für öffentliches Recht**. Band XII. Wien und Berlin: Verlag von Julius Springer, 1932, p. 18.

³⁰ “La science prévoit, et c’est parce qu’elle prévoit qu’elle peut être utile et servir de règle d’action.” POINCARÉ, Henri. **La valeur de la science**. 1905, p. 101.

³¹ “Adone llega la ciência, la ciencia real, llega la posibilidad de enseñar y aprender, en todas as partes en el mismo sentido. En efecto, el aprendizaje científico nunca es recibir pasivamente materias de otro espíritu; sino que siempre estriba en la actividad propia, en el íntimo reproducir, según fundamentos y secuelas, las evidencias racionales que obtuvieran los espíritus creativos.” HUSSERL, Edmund. **La filosofía, ciência rigurosa**. Ediciones Encuentro, 2009, pp. 8-9.

³² “(...) uma teoria é falseável se não estiver vazia a classe de seus falseadores potenciais. Cabe apresentar que uma teoria só faz asserções acerca de seus falseadores potenciais. (Assevera-lhes a falsidade.) Acerca dos enunciados básicos ‘permitidos’, nada diz a teoria. Em particular, não afirma que eles sejam verdadeiros. (...) Dizemos que uma teoria está falseada somente quando dispomos de enunciados básicos aceitos que a contradigam (...) Essa condição é necessária, porém não suficiente; com efeito, vimos que ocorrências particulares não suscetíveis de reprodução carecem de significado para a Ciência. Assim, uns poucos enunciados básicos dispersos, e que contradigam uma teoria, dificilmente nos induzirão a rejeitá-

dotada de especificidade metódica. Busca-se constatar eventual peculiaridade dos saberes de que se valem os juristas no tratamento de problemas jurídicos, quer enquanto tema de estudos acadêmicos, quer enquanto conteúdo de casos adjudicados clamantes de decisão vinculativa, avistando-se tal saber como vivência: direito não é ciência e não parece existir uma ciência jurídica do direito, havendo apenas vivência(s) jurídica(s) (sendo discerníveis variados modos de se vivenciar o direito). Os saberes de que se valem os juristas são orientados pela e para a tomada de decisão, devendo-se assumir esse horizonte de reflexão também nas tematizações que se procura fazer de diferentes aspectos da vivência jurídica.

Apenas vivenciando-se o direito é que se podem recolher subsídios mínimos para tematizá-lo, isto é, para tornar aspectos da realização jurídica conteúdos de proposições linguísticas aptas a desvelar veredas da juridicidade. Discutir direito requer ter presentes manifestações potenciais e concretas da vivência jurídica, de modo que, após considerável trajeto de negatividades, pretende-se encerrar a presente dissertação afirmando-se, nas páginas derradeiras, a vivência do direito.

Os capítulos de desenvolvimento, configurados como ensaios, portanto, articulam-se a partir do desmembramento de representação amplamente difundida quanto à estruturação da chamada ciência jurídica, consistente naquela versão que a concebe como *estudo sistemático de normas jurídicas válidas*, acima mencionada, tomando seus títulos emprestados junto à poesia de Czesław Miłosz³³: **(2) Não mais que**

la como falseada. Só a diremos falseada se descobrirmos um *efeito suscetível de reprodução* que refute a teoria". POPPER, Karl. **A lógica da pesquisa científica**. São Paulo, Cultrix, 2007, p. 91.

³³A estrutura desta dissertação foi concebida sob influência dos ventos do Šeteniai. A poesia do polonês Czesław Miłosz (1911-2004), Nobel da literatura em 1980, sucedido pelo búlgaro Elias Canetti (1905-1994), serve de mote ao trabalho:

Nie więcej

*Powinienem powiedzieć kiedyś jak zmienilem
Opinię o poezji i jak to się stało,
Że uważam się dzisiaj za jednego z wielu
Kupców i rzemieślników Cesarstwa Japonii
Układających wiersze o kwitnieniu wiśni,
O chryzantemach i pełni księżyca.*

*Gdybym ja mógł weneckie kurytany
Opisać, jak w podwórzu witką drażnią pawia
I z tkaniny jedwabnej, z perłowej przepaski
Wyluskać ociężałe piersi, czerwona wą
Pręgę na brzuchu od zapięcia sukni,
Tak przynajmniej jak widział szyper galeonów
Przybyłych tego ranka z ładunkami złota;
I gdybym równocześnie mógł ich biedne kości*

o direito; (3) *Não mais estática*; (4) *Não mais normatividade*; e (5) *Não mais sistema*. Assume-se, na travessia, a coragem de Prometeu para começar a afirmar contribuições da perspectiva da *Vivência Jurídica* aos estudos jurídicos, que se reputam comprometidos com e contaminados com injustificada pretensão de cientificidade e sistematicidade que termina por afastá-los de um dos mais fantásticos modos de expressão de vida humana: o direito. Trata-se, portanto, de reflexões engastadas sob os auspícios de inspiração poética e mítica, procurando-se fazer ver que há muita mais água no mar do que aquela que bate nas praias em que costumam se banhar os designados juristas.

A processualidade da realização jurídica desvela um direito em incessante superação. O direito não conhece momentos de repouso. Insistir em abordá-lo a partir

*Na cmentarzu, gdzie bramę liże tłuste morze,
Zamknąć w słowie mocniejszym niż ostatni grzebień
Który w próchnie pod płytą, sam, czeka na światło.*

*Tobym nie zwątpił. Z odpornej materii
Co da się zebrać? Nic, najwyżej piękno.
A wtedy nam wystarczyć muszą kwiaty wiśni
I chryzantemy i pełnia księżyca*

Não mais

Preciso contar um dia como mudei
Minha opinião sobre a poesia e por que
Me considero hoje um dos muitos
Mercadores e artesãos do Império do Japão
Compondo versos sobre a floração da cerejeira,
Sobre crisântemos e a lua cheia.

Se eu pudesse descrever as cortesãs
De Veneza, como incitam com uma vareta o
[pavão no pátio
E desfolhar do tecido sedoso, da cinta nacarina
Os seios pesados, a marca
Avermelhada no ventre onde o vestido se
[abotoa,
Ao menos assim como as viu o dono das
[galeotas
Arribadas àquela manhã carregando ouro;
E se ao mesmo tempo pudesse encerrar seus
[pobres ossos
No cemitério, onde o mar oleoso lambe
[o portão,
Em palavras mais duráveis que o derradeiro
[pente
Que entre carcomas sob a lápide, só, espera
[pela luz
Não duvidaria. Da resistência da matéria
O que se retém? Nada, quando muito o belo.
Então devem nos bastar as flores da cerejeira
E os crisântemos e a lua cheia..

de perspectivas incapazes de embutir sua condição de vivência em constante devir é abdicar de estudá-lo, substituindo-se reflexões jurídicas por simulacros. A vivência jurídica é marcada pela frugalidade das manifestações de direito. Tão logo realizado judicativamente o direito num caso trazido às autoridades competentes, modificam-se variáveis e a juridicidade assume novos contornos provisórios. Predomina a contingência. Pouco se retém. Invariavelmente depara-se, em direito, com o *não mais*.

Em que pese divertidas e compatíveis com a lúdica condição humana, as sempre mesmas estórias de Caio, Tício e Mévio, às voltas frequentemente com problemas relacionados à posse e à propriedade de maçãs que despencaram de árvores enraizadas sob linha divisória de imóveis contíguos, perecem ante a riqueza da vivência jurídica e pouco podem oferecer quando o que se ambiciona é propiciar aprenizagem em direito. Com os olhos cansados, voltados para as páginas dos livros, muitos juristas têm assistido às fictícias aventuras daquele trio, cuidando de recontá-las sempre uma vez mais em textos e aulas, olvidando, por exemplo, que para além de Caio, Mévio e Tício existem incontáveis e incansáveis Tigrinus, operando como estagiários e assessores em escritórios de advocacia, repartições pública, fóruns e tribunais, cuidando de realizar o direito, vivenciando-o a cada situação e caso.

É preciso abrir os olhos e ouvidos a fim de perceber o direito tal qual se realiza nas práticas de protagonistas reais,³⁴ independentemente de devaneios insistentes em afirmá-lo como sistema ou como atividade preponderantemente racional. Impõe-se ir até as sessões dos tribunais para ver o que fazem os juízes,³⁵ sem esquecer que nem tudo o que possui relevância para o desfecho dos casos adjudicados se passa sob o crivo das atas de julgamento. Na vivência jurídica há muito de bastidores. Há conversas de procuradores das partes com assessores e também hora do café entre estes. Há “despachos” com juízes e variadas estratégias. Seguirão se iludindo aqueles que procurarem aprender a agir e pensar juridicamente apenas atentando para os textos das razões petitorias e das fundamentações de *decisum*.

Nas páginas que se seguem encontram-se *primeiros ensaios*, tendencialmente inacabados. Suscetíveis de reformulação na medida em que amadurecidos pela vivência pessoal do pesquisador. Por ora, ainda se aposta muito nas intuições, assumindo-se os

³⁴ “Basta abrir bem os ouvidos e os olhos para que nos demos conta de tudo aquilo que é importante para o direito de nosso tempo”. EHRlich, Eugen. **Grundelegung der Soziologie des Rechts**. Berlin: Duncker & Humboldt, 1913, p. 396.

³⁵ “What we need is to stop merely surmising what happens in court rooms, and, instead, to go and look and see. The first descriptions will probably be negative, ‘destructive’.” FRANK, Jerome. What the courts do in fact. Part II. **Illinois Law Review**. 26, 1931-1932, p. 774.

riscos dessa postura e lançando a alguns passos iniciais com as próprias pernas, deixando-se de lado certas muletas³⁶. Cuida-se de tematizar o direito a partir de esforço insistente em olhar para a vivência jurídica, procurando enxergar-lhe os movimentos. Parte-se dela e não de compromissos teóricos ou de tentativas de sistematização levadas a cabo no recôndito das bibliotecas. Não se procura fazer caber o direito no interior de quaisquer modelos, sistemas ou teorias. Renuncia-se a compilações bibliográficas e desfiles de erudição³⁷. Mencionam-se apenas os trabalhos que se reputam necessários para minimamente situar a argumentação desenvolvida³⁸.

Tenta-se oferecer algumas *idéias a ter em conta* ao tematizar diferentes aspectos da vivência do direito, imaginando-se estes ensaios como primeiras indicações

³⁶ “Es natural tendencia del espíritu, tanto en la vida comun como en la ciencia, cuando trata de orientarse con respecto á un objeto, dirigirse primero á los que le han precedido por aquel camino, y tomar nota de su saber ó de su opinion sobre el último resultado que entraña su propósito, y que podrá lograrse al fin de la jornada. Esta propension en la vida de la ciencia ofrece caracteres enteramente particulares: sintiéndose el indagador unido por ley de solidaridad con toda la historia pasada, pero más visible é irresistiblemente con la hu-manidad de su tiempo, en cuyo seno crece , de cuya sávia se alimenta, y cuyo influjo, así se hace sentir en los últimos y más insignifi-cantes pormenores de su conducta diaria, como en las más audaces conclusiones de su pensamiento, anhela y solicita la asistencia de todos al trabajo que emprende, para alentarse con su vista y fortale- cerse con su consejo ; y si se atreve a penetrar solo, sin otra luz que la de su razon subjetiva, en las soledades augustas de su espiritu para escudriñar los horizontes infinitos de la conciencia humana, que en el se refleja como organo y representante que es de todo su género, parece que le aqueja un remordimiento, porque teme extraviarse y hacer estéril y vana la labor de toda su vida, de la cual no puede disponer arbitrariamente. Sabe que unicamente puede conseguir la verdad en la auténtica vista del objeto cuyo conocimiento busca, pero se resiste á emprender solitario el camino de la intuicion”. COSTA, Joaquin. **La vida del derecho**. Madrid, 1876, pp. 37-38.

³⁷ Nesse ponto, recebe-se inspiração do corajoso jurista polonês Czeslaw Znamierowski, compartilhando-se de sua posição quanto ao “método de exposição” dos escritos jurídicos: “In legal writings, it has become virtually compulsory practice to ground one’s own constructs on broad historical and critical considerations of all possible views on a given problem expressed in literature. This widespread practice is to be the proof of thoroughness and scholarship. I radically differ from the prevalent view in assessment of that method of exposition, and I think that this, *sit venia verbo*, ‘eruditional exhibitionism’ is the symptom of intellectual prostration rather than the sign of beneficial for science conscientiousness. He, who wants to consider a given problem, should contemplate with close attention and concentration the objects he chose to investigate instead of asking the others what they think about that matter, or – at least – when he already started to inquire here and there, he should not repeat unnecessarily all he had been told. He, who by himself wants to say something about a given thing, should not prepare us for it by a lengthy enumeration of everything the others falsely maintained in that matter. All existing erroneous enunciations about a given object cannot possibly be contained in even the most scrupulous presentation of devious paths of human mind”. ZNAMIEROWSKI, Czelaw. Podstawowe projekcia teorii prawa. Cz. I: Uklad prawny i norma prawna. Citado da tradução para o inglês: The basic concepts of the theory of law. Introductory remarks. In: ZIEMBIŃSKI, Zygmunt (ed.). **Polish contributions to the theory and philosophy of law**. Amsterdã: Rodopi, 1987, p. 35.

³⁸ Não se pôde, contudo, evitar, como se gostaria, o “vírus das notas de rodapé”. Uma vez que estes primeiros ensaios ainda se encontram imbuídos de tentativa de negação de determinadas teses e perspectivas recorrentes nas tematizações jurídicas, sentiu-se necessidade de oferecer indicações textuais dos lugares comuns questionados e atacados, bem como de esboços já realizados por outros pesquisadores no sentido de superação de algumas assunções de muitos discursos dos juristas. De modo algum, contudo, ambiciona-se oferecimento de exames de teorias ou de panoramas gerais das diferentes temáticas. Para interessante discussão e apresentação do referido vírus, veja-se: HANSON, Jon e CHEN, Ronald. Categorically biased: The influence of knowledge structures on Law and Legal Theory. **Southern California Review**. V. 77, pp. 1103-1254.

para possíveis alterações no modo de condução dos estudos jurídicos. Almeja-se poder começar a contribuir com a aprendizagem jurídica, que somente se reputa possível quando alimentada pela vivência do direito. Não se alcançam definitivas conclusões, apresentado-se esta dissertação antes como *obra em progresso*. Inexistem, ademais, pretensões de originalidade, antes se podendo dizer que muito do que adiante se diz não ultrapassa os marcos da obviedade³⁹.

Cumprе tematizar, nesses passos, o direito em processo, atentando para sua incessante travessia. Não se pode ignorar que a vivência jurídica se constitui de ações e omissões humanas, isto é que, que para cada manifestação jurídica, para cada ponto de condensação do *continuum* jurídico identificável em decisões judiciais, houve interesses em disputa e embate de homens em torno deles. A diversidade dos protagonistas da vivência jurídica imprime ao direito variabilidade e mutabilidade, não podendo restar de fora as tematizações jurídicas.

Daí a imperatividade de abordagens aptas a lidar com a particular dinamicidade do direito. Eis o porquê da tentativa de se caracterizar a incompatibilidade de muitas narrativas correntes na chamada “teoria do direito” (bem como de inúmeras abordagens das chamadas dogmáticas), pretensamente científicas, com os arranjos e desarranjos da vivência jurídica. Justificado, nesses termos, o esforço em asseverar *não mais* perante aquilo que pouco serve. Antes, contudo, é preciso cuidar de estabelecer pontos de partida, esclarecendo-se aquilo que se tem em mente quando se fala em direito como vivência. *Não mais que o direito*.

Prometeu atribuiu aos homens o fogo. Todavia, para julgá-lo, a *techné* ou a *ciência* não foram necessárias.

³⁹ “Creemos estar en un laberinto y lo que sucede es que andamos con los ojos cerrados o, peor aún, con ellos tapados por erudición estéril. Encontrar la salida es, en consecuencia, muy fácil. Basta dejar de guiarnos por otros ciegos y abrir los ojos. Porque la realidad es clarísima, como vamos a comprobar inmediatamente; aunque no nos guste. De tal manera que lo único que hace falta: es valor y sinceridad para confesar lo que estamos viendo”. NIETO, Alejandro. **Sobre las distintas formas de entender y utilizar el derecho**. In: NIETO, Alejandro e FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **El derecho y el revés**. Barcelona: Ariel, 1998, p 14.

II. NÃO MAIS QUE O DIREITO

Afigura-se surpreendente que ainda seja necessário indicar o direito para os estudos jurídicos⁴⁰. Frequentemente ocupados com a reapresentação e difusão de teses e argumentos sustentados por outros acadêmicos e professores acerca de como deveria ser o direito ou mesmo circunscrevendo-se à sistematização e interpretação de um suposto (e metafísico) *direito válido*, os juristas têm se orgulhado da realização de uma designada ciência jurídica que se revela esvaziada de direito. Ora atuam como críticos literários, lançando-se à exegese e ao desenvolvimento de teses articuladas por determinados autores da moda, ora como glosadores ou comentadores de disposições legais, não ultrapassando sua atuação, nessa hipótese, os marcos de tentativa de “ciência da legislação”. Relutam em enfrentar o direito, tal qual vivenciado nas práticas reais de protagonistas reais, nos escritórios de advocacia, nas repartições públicas, em fóruns e tribunais.

Ainda às voltas com a busca de uma ciência jurídica do direito, revestida de especificidades de método e objeto, muitos juristas se perdem em análises conceituais e debates metodológicos, caminhando em círculos, sem avançar, embrenhando-se em abstrações e classificações como se estivessem a discutir direito. Parecem se valer de metodologismos como escudo, titubeando em seguir na abordagem do direito, remanescendo na discussão de condições de possibilidade ambicionado conhecimento jurídico. Dificilmente, contudo, comportam-se como cientistas, valendo-se nas suas “pesquisas” e “investigações”, quase que exclusivamente, de curioso “método bibliográfico”, deixando de lado, com frequência, observações da realidade. Tampouco logram dizer algo sobre o direito, na medida em que se ocupam de livros sobre livros, que se preocupam em parafrasear, ou de repertórios ora mais, ora menos extensos, de disposições pretensamente normativas, que tratam como representativos do chamado direito válido, o qual se põem a sistematizar e a interpretar em desconsideração de quaisquer processos jurídicos concretos.

⁴⁰ “(...) es bleibt immer wieder erstaunlich, daß man die *Rechtswissenschaft* auf das *Recht* verweisen muß”. SANDER, Fritz. Alte und Neue Staatsrechtslehre. *Zeitschrift für öffentliches Recht*. Band II.1921, p. 178.

Talvez nunca tenha se feito tão imperativa a afirmação de uma obviedade: as tematizações jurídicas precisam ter no direito e não em sistemas ou teorias o seu ponto de partida⁴¹.

Os estudos jurídicos devem tomar o direito como vivência, procurando enfrentá-lo olhando originariamente para o que fazem os juristas, em descompromisso com teorizações e sistematizações. Há que se adotar postura tendente a se aproximar da realização jurídica “pré-teorética” a fim de perceber que o direito é vivenciado independentemente das mais elaboradas formulações acadêmicas que se imaginam como científicas⁴² - o que não significa negar qualquer relevância às tematizações de situações e casos jurídicos realizadas pelos professores e acadêmicos.

Trata-se de tomar a vivência jurídica como tema, esforçando-se por abordar *não mais que o direito*, tal qual realizado no curso dos processos que caminham para a tomada de decisão, visando a desfechar os casos adjudicados, levando em consideração as atuações e discursos de diferentes protagonistas. Impõe-se reconhecer que tomar não mais que o direito como tema não exige assunção de tarefa de isolá-lo metodicamente de outras vivências humanas. A insistência em procurar método próprio a uma ambicionada ciência jurídica tem enclausurado as tematizações dos juristas em gaiolas conceituais, afastando-as da vivência do direito. Brinca-se, com ares de seriedade, nas salas de aulas e nas páginas dos livros, de interpretar e ordenar disposições jurídicas, enquanto, independentemente das tentativas de sistematização, o direito se realiza lá fora.

Somente pode-se aprender algo sobre o direito, a lidar com ele, vivenciando-o e compartilhando experiências⁴³. Daí porque se torna premente atentar para os processos

⁴¹ “Von irgend welcher Wichtigkeit für die Ergebnisse einer juristischen Untersuchung kann unmittelbar stets nur rein Rechtssatz, niemals aber ein bloßer Begriff sein. Aus einem Begriff folgen allemal nur leere logische Identitäten; um zu einer Behauptung von juristischen Inhalt zu gelangen, muß von einer anderen Behauptung ausgehen, die sich ihrerseits nicht aus einem bloßen Begriff herausziehen läßt”. NELSON, Leonard. **Die Rechtswissenschaft ohne Recht**. Leipzig, 1917, p. 58.

⁴² O ‘ver’ imediato, não meramente o ver sensível, empírico, mas o ver em geral, com consciência doadora originária, não importa qual seja a sua espécie, é a fonte última de legitimidade de todas as afirmações racionais. Ela só tem função legitimadora, porque é e enquanto é doadora originária. Se vemos um objeto em plena clareza, se efetuamos a explicação e a apreensão conceitual fundados puramente na visão e no âmbito do que se apreende vendo efetivamente, então vemos (numa nova maneira de “ver”) como é a índole do objeto, e o enunciado que o exprime fielmente ganha sua legitimidade. Ao perguntar o porquê desta seria um contra-senso não conferir valor algum ao “eu vejo” (...) (HUSSERL, Edmund. *Idéias para uma fenomenologia pura e para uma filosofia fenomenológica*, p. 62

⁴³ O direito “se conoce y explica a partir de la experiencia, no de categorías lógicas, formales y abstractas. Conocemos el derecho porque lo experimentamos, porque lo utilizamos para garantizar nuestros bienes y logra nuestros fines, unas veces; porque lo sufrimos, al tener que acomodar nuestros actos a sus preceptos, otras; y porque lo vivimos, siempre”. PÉREZ-LUÑO, Antonio. **Teoría del Derecho. Una concepción de la experiencia jurídica**. 7 ed. Madrid: Tecnos, 2008, p. 42.

de sua realização, levantando a cabeça das páginas impressas de obras doutrinárias e compêndios legislativos, a fim de se começar a percebê-lo da maneira como efetivamente é vivenciado *não mais que o direito*.

A vivência *jurídica* se oferece à consciência humana como vivência social,⁴⁴ isto é, como experiência compartilhada com outros indivíduos. Os seres humanos se percebem igualmente sujeitos à juridicidade. Conectados uns aos outros por laços de sociabilidade,⁴⁵ experimentam condição de pertinência a um todo (grupos de diferente extensão) em que se encontram emaranhados, sofrendo e promovendo interferências em múltiplas direções. A *conduta humana em interferência intersubjetiva*⁴⁶ é alvo das manifestações jurídicas, que a ela se dirigem.

Não basta, todavia, a nota da sociabilidade de uma experiência para qualificá-la como jurídica. A sujeição à juridicidade, comungada pelos diferentes indivíduos de um agrupamento humano, guarda relação com a existência (reconhecimento) de autoridade. O direito se manifesta plenamente em decisões aptas a vincular condutas

⁴⁴ “La vivencia social se manifiesta en la conciencia del individuo como vinculada a otros seres; y al presuponer que estos están a su vez ligados entre si, y en virtud del mismo vínculo en que se halla con ellos, el individuo que hace la experiencia de lo social los siente como sus congéneres, como sus compañeros. Sin embargo, esto no es sino el primer nivel. Al saber que se está vinculado a otros, y por tanto ligado en direcciones múltiples respecto a ellos, uno se siente enmarañado y prisionero en esta red de conexiones, entrelazado en esta trama de relaciones; se siente como parte no autónoma de un todo, dentro del cual la pequeña función que le corresponde como miembro (*sic*) del mismo, sólo se completa por la función de los otros miembros de un todo, cuyo sentido radica, precisamente, en esa conjunción de las partes con vistas a un armónico complementarse; de un todo que, por este mismo motivo, experimenta uno como situado por encima de si, por encima de la simple parte, como algo superior que condiciona y posibilita su propia existencia como miembro, y ante lo cual debe suscitarse, por tanto, el sentimiento de la dependencia. Y a esta representación de la subordinación y dependencia del propio yo, corresponde necesariamente la representación complementaria de una autoridad que instituye el intrincamiento social, la obligación o el vínculo social, autoridad en forma de la cual la sociedad – o para decirlos de modo concreto y no abstracto, el grupo social – se implanta en la conciencia del individuo. Este es el segundo nivel.” Kelsen, Hans. Dios y Estado. In: CORREAS, Oscar. **El otro Kelsen**. UNAM, 1989, pp. 243-266, Pp. 243-244.

⁴⁵ “Ist aber in einem besonderen Weltzeitpunkte ein besonderes Seelisches außer der Subjektbestimmtheit zwei oder mehreren Seelen gemeinsam, so sprechen wir von ‚Gemeinschaftlichkeit‘, und zwischen jenen Seelen, welchen ein Seelisches außer der Subjektbestimmtheit gemeinschaftlich ist, besteht eine besondere Beziehung, welche wir ‚Gemeinschaft‘ oder ‚Einigkeit‘ nennen.” SANDER, Fritz. **Allgemeine Gesellschaftlehre**. Jena: Gustav Fischer, 1930, p. 220.

⁴⁶ Como primeira aproximação, devem servir a respeito as anotações do jurista argentino Carlos Cossio, que procurava ilustrar com o simples transportar de um livro de lugar a outro a noção de conduta humana em interferência intersubjetiva como horizonte das manifestações jurídicas: “Como la existencia humana es coexistencial, considero ahora la transportación del libro en cuanto que, en cada instante, eso que hago va coordinado e integrado al hecho de que un tercero me lo impide o no me lo impide. El hacer y la impedibilidad concomitante aparecen a la vista. Ahora bien, en cuanto que dados en el dato, pero de tal modo que mi hacer —y la transportación del libro como hacer ya no es visto como un hacer sólo mío, aunque sea yo quien transporta el libro, sino que es visto como un hacer compartido, es decir, no como un hacer nuestro único, porque si bien yo transporto el libro, el otro permite que lo transporte (lo mismo valdría si lo impidiera), todo lo cual está dado en el dato. Esta es la consideración de la conducta en su interferencia intersubjetiva de acciones posibles”. COSSIO, Carlos. Teoría egológica y teoría pura. **Mundo Hispánico**. Pp. 185-249, Pp. 210-211.

humanas. Tal manifestação requer a presença de indivíduo ou colegiado que se constitua como autoridade cujas exarações são tendencialmente acatadas.

A juridicidade de uma experiência humana não se esgota na interferência intersubjetiva das condutas. O direito emerge, em sua especificidade, quando determinados aspectos da interação entre indivíduos ou grupos são submetidos à apreciação de um terceiro, consubstanciando-se um *caso jurídico* clamante por decisão vinculante. Na insuficiência dos tentames dos envolvidos numa disputa oriunda da convivência em agrupamento no sentido de dirimi-la é que desponta o direito, percebido como âmbito para a resolução de desacertos entre sujeitos insatisfeitos, bem como para alcance de solução quanto ao tratamento daqueles cuja conduta aparece aos outros membros do grupo como desajustada. No curso de *processos jurídicos* são desfechos casos mediante pronunciamentos finais das autoridades. Recorre-se ao direito a fim de se alcançar uma decisão que determine o acerto de casos, neutralizando-se incertezas de modo pontual, ora no deslinde de uma pretensão condenatória, ora mediante constituição (ou desconstituição) de estados de coisas que requer intervenção de autoridade ou mesmo na simples certificação de situações cujos contornos não restam suficientemente definidos aos interessados - em enumeração meramente exemplificativa.

A vivência jurídica, assim, encontra seu momento culminante na decisão de um terceiro, dotado de autoridade, sobre casos que reivindicam acerto. Provocada a autoridade competente, caminha-se por trilhas não completamente previsíveis rumo à formação de *decisum*, em que determinadas consequências hão de ser imputadas a pressupostos fáticos assumidos no confronto das versões trazidas a juízo. Busca-se desfecho jurídico, revestido de vinculação. Todavia, o direito não se esgota em suas pontuais manifestações.

A realização jurídica se reveste de caráter processual. As decisões jurídicas não são tomadas senão no curso de processos jurídicos, por vezes canalizados em procedimento judicial, em que o direito se manifesta irrepetivelmente, na medida em que diferentes interpretes - membros de um mesmo colegiado julgador ou integrantes de instâncias distintas - soem enfrentar diversamente casos reputáveis similares (sendo os próprios casos, em sua aquilatação final, tal qual apreciados pelas autoridades competentes, produto de interpretações ditas autênticas), assim como um mesmo julgador pode alterar entendimentos consolidados no curso de sua vivência do direito, inclusive no lapso de uma mesma sessão de julgamento. Tais processos, deflagrado o

procedimento judicial, tendem à obtenção de decisão revestida de definitividade. Ao longo deles é constatável a interferência de variáveis não sumariáveis, dentre as quais se encontram as diferentes expectativas e interesses dos indivíduos ou grupos sujeitos à realização do direito em cada caso, os quais não se confundem com o direito da particular situação controvertida, mas que reivindicam atenção daqueles que se lançam à vivência jurídica, pretendendo estudá-la, dela se aproximando tanto quanto possível.

Construções acadêmicas (tematizações), disposições legislativas, conjunturas econômicas, barganhas políticas, teses de demandante e demandado podem participar, em maior ou menor grau, do processo de tomada de decisão. Os fatores intervenientes na decisão dos diferentes casos adjudicados não são enumeráveis, porque, no limite, não integralmente acessíveis ao observador. Nem por isso deixam, entretanto, de integrar a realização do direito, a vivência jurídica. A decidibilidade de problemas trazidos a juízo permanece no horizonte do direito e há de se fazer presente ao espírito daqueles que se propõem a estudá-lo, tornando-o *tema* de reflexão detida.

A decisão jurídica é inevitável. O direito é vivenciado como experiência decisória, ainda que de diversos modos, não podendo remanescer indecisos os casos adjudicados – sem que isso signifique resolução plena das pendengas subjacentes à adjudicação. Afora a decisão vinculante proferida de autoridade reconhecida como apta a se pronunciar em definitivo sobre os problemas trazidos a juízo, parecem inexistir permanências no direito. Os processos jurídicos são integrados por variáveis contingentes. Fluem em dispersão. Afiguram-se como contínuo paradoxalmente marcado por certa descontinuidade, no sentido da heterogeneidade dos elementos agregados no curso da marcha rumo à determinação tendencialmente definitiva do direito (coisa julgada). Fatores intervenientes diferem a cada caso ou são interpretados de forma distinta em sucessivas adjudicações. O direito embute a temporalidade de tal forma que seu modo de realização também pode ser avistado como *fuga* constante, uma vez que apenas existe *sendo*, incessantemente *deixando de ser*. Devenindo.

A contingência imprime ao direito caráter de indomabilidade. Escapa subrepticamente às tentativas de apreensão teórica. A dinamicidade jurídica não pode ser refreada e é mister incorporá-la às abordagens que se procura fazer do direito. Releva percebê-lo como *continuum* possibilitado pela inevitabilidade da decisão jurídica, a que se pode atribuir sua constante variabilidade e mutabilidade. Novos problemas emergidos de situações da vida em grupo não cessam de ser trazidos a juízo, tornados casos a reivindicar desfecho. A forma pela qual serão dirimidos oscilará em

função de elementos não passíveis de serem captados em sua integralidade. Clamando por decisão cuja exigência não pode ser afastada, receberão desfecho circunstancial, marcado pelo momento, pela situação em que sobre eles se pronunciaram as autoridades competentes.

A dinamicidade dos processos jurídicos reivindica abordagens dispostas a captar a fusão entre teoria e prática operada pela vivência jurídica. Não há um saber *jurídico* distinto daquele construído no cotidiano “forense”, isto é, nas sucessivas experiências de decisão de casos jurídicos. A realização do direito, de caráter processual, é infensa a teorizações com pretensões sistematizantes. Não se apreende o direito mediante formulações acadêmicas. Apenas vivenciando-o é que se torna possível nele se orientar. Mesmo as tematizações em direito, com pretensão de estudar problemas jurídicos, devem se assumir como forma de vivenciá-lo, incorporando a inevitabilidade da decisão jurídica como postulado. Os saberes jurídicos assumem contornos de vivência e se (con)fundem com a prática do direito, no curso da qual se consubstanciam sem jamais se sedimentar.

Como expressão de vida, o direito requer dos agentes que pretendem obter decisões favoráveis aos interesses por eles representados, bem como daqueles encarregados de prolatar tais decisões, com exigência de fundamentação (hoje amplamente difundida), que o vivenciem. Os saberes jurídicos se constroem e adquirem mediante vivência de processos jurídicos, quer enquanto partícipe de concretos casos, quer enquanto observador que toma para si casos ou problemas jurídicos como tema de reflexão, imaginando soluções ou procurando compreender desfechos já alcançados.

Vivência jurídica deve ser compreendida como perspectiva abrangente não apenas da efetividade do direito, da realidade consubstanciada como experiência decisória, manifestada em juízos existenciais proferidos pelas autoridades competentes e impregnada pelos imaginários jurídicos dos participantes de procedimentos de adjudicação, mas também como designativa do saber adquirido e produzido no curso da realização do direito, o qual dificilmente poderá ser descrito como marcado de atributos de cientificidade. Pensar os saberes jurídicos como vivenciais é assumir que os conhecimentos *sobre* o direito que se constroem e de que se valem os protagonistas dos processos de realização jurídica, em casos e situações, assumem feições saberes *no* direito. Também o chamado conhecimento jurídico se revela como vivência⁴⁷. Se se

⁴⁷ Procura-se conformar perspectiva de contornos semelhantes à estratégia que parece ter sido adotada por Fritz Sander ao lapidar a noção de *experiencia jurídica*, que tratava de forma bivalente, para designar não

pode falar em saber jurídico, é de se admitir que ele se imiscui com a prática do direito, produzindo-se a partir e para ela.

É preciso superar as perspectivas insistentes em cindir “conhecimento” e “objeto”, “saber” e “atividade” no tratamento do direito. Ambos se revelam imbricados e devem ser percebidos como vivências. A abordagem do direito *como* vivência rechaça recortes tendentes a isolar planos reflexivos e existenciais, de conhecimento e de experiência efetiva do direito, internamente à vivência jurídica. Procura desvelar a inserção das tematizações jurídicas, enquanto variáveis, nos processos de realização do direito, acontecendo concomitantemente e fluindo entre a seleção de problemas junto a determinadas situações jurídicas tornadas casos e a execução de decisão judicial vinculante. De modo algum, contudo, sustenta que abordagens “teóricas” consubstanciam direito, isto é, se revelam vinculantes aos protagonistas da vivência jurídica, uma vez que vinculação jurídica apenas se concretiza nas decisões das autoridades competentes⁴⁸.

Vivenciar o direito é lançar-se à resolução de problemas jurídicos, quer tomando-os como tema de reflexão detida (nível tradicionalmente reputado por teórico), quer cuidando de obter determinado desfecho para casos adjudicados (nível tradicionalmente reputado por prático), provocando ou tomando decisões, assumindo como horizonte de reflexão e atuação a inevitabilidade do *decisum*. O saber construído e adquirido no curso de experiências próprias e no compartilhamento de experiências com terceiros alimenta novas formulações dos juristas que se dedicam a refletir sobre possíveis soluções aos problemas jurídicas, configurando-se as diferentes tematizações

apenas o direito constituído por juízos de realidade emanados das autoridades competentes ao cabo de processos jurídicos, como também o conhecimento que se pode construir acerca deste e neste direito: “**Rechtserfahrung ist ein empirisches Erkenntnis**, d. h. ein Erkenntnis, das durch Wahrnehmungen einen Tatbestand bestimmt. Sie ist also eine (verfahrensmäßige) Synthesis der Wahrnehmungen (rechtserheblicher Tatsachen), die selbst nicht in der Wahrnehmung enthalten ist, sondern die synthetische Einheit des Mannigfaltigen derselben im Rechtsbewußtsein (in der Einheit der Rechtsverfahren) enthält, welche das Wesentliche einer Erkenntnis der *Tatbestände* der Sinne, d. i. der Rechtserfahrung ausmacht”. SANDER, Fritz. **Der Begriff der Rechtserfahrung**, *Logos*, 11, 1922-1923, p. 304 (grifou-se).

⁴⁸ Aqui, adota-se concepção semelhante à de Eugen Ehrlich. As tematizações jurídicas oferecem possíveis critérios para a tomada de decisão. O jurista austríaco chega a designá-las, juntamente com as disposições legislativas, por “normas de decisão” (Entscheidungsnormen). Todavia, não se revelam vinculantes, não se consubstanciando em direito do caso, a menos que venham a ser acolhidas pelas autoridades competentes. Inserem-se na vivência jurídica revelando-se como particular modo de vivenciar o direito, na medida em que os juristas tomam determinados aspectos de situações e casos como problemas a serem abordados (temas), mas sua concretização como direito, a cada caso, depende da vontade dos julgadores. “Die systematischen Begriffe sind wohl wissenschaftliche juristische Begriffe, sie sind aber keine Rechtsbegriffe”. EHRLICH, Eugen. **Die Juristische Logik**, Scientia Verlag, 1966 (reimpressão da 2 edição de 1925), p. 259

como novas variáveis passíveis de integrar a realização do direito em casos sucessivos. Daí que construir *teorias* no direito, num determinado sentido que ainda irá se aclarar, é forma de *praticar* o direito, sendo as experiências jurídicas conformadas também pelo que delas pensam e imaginam saber os partícipes desta forma de vivência. Peculiaridade das chamadas *teorias jurídicas* é que não se constituem apenas como meio para conhecer o direito, mas também como variáveis que tendem a (de)formá-lo.

2.1 Direito (jus/ius) é vivência

Vivência é substantivo da língua portuguesa originado do latim *viventia*. O radical latino *viv-* encontra suas raízes remotas no sânscrito *jīv-*, de que também promana o grego βίος (transcrição latina *bios*), radicado na base dos substantivos germânicos *Leben* (vida) e *Erlebniss* (vivência). *Jīv* designa vida. Indica o processo de viver. Aponta para a circunstância de estar vivo, de manter-se vivo ou mesmo de reviver. Não se circunscreve à formação de termos indicativos de vida em sentido biológico, em usos nos quais chega a ser sinonimizado à saúde (por via da nutrição/alimentação). Reveste-se de significação espiritual, podendo mesmo indicar a alma individual enquanto se mantém viva.⁴⁹ Nas diferentes acepções, aponta para processo de existência, remetendo a algo que dura enquanto flui.

O adjetivo que se conecta aqui à vivência quando se a alcunha por *jurídica* parece encontrar suas raízes no latim *jus* (*ius*).⁵⁰ A origem exata do termo é amplamente disputada na literatura especializada. Quer parecer plausível a tese que a percebe como conectada ao sânscrito *yous* (ved. *yoh*, av. *yaos*).⁵¹ O vocábulo também designa,

⁴⁹ Para aprofundado estudo sob a percepção antiga da alma, veja-se, por todos: ROHDE, Ewin. **Psique. La idea del alma y la inmortalidad entre los griegos**. México: Fondo de Cultura Económica, 2006.

⁵⁰ É curioso que o imaginário jurídico, nas línguas românicas, seja permeado por termos derivados de *jus*, ao passo em que este termo cedeu lugar a direito, possivelmente derivado do latim vulgar *directum*, na designação da experiência de decisão de casos particulares de forma vinculante. Sobre esse aspecto, convém consultar GARCIA-GALLO, Alfonso. *Ius y Derecho. Anuario de Historia del Derecho Español*. T. XXX. Madrid, 1960, pp 5-47, texto com especial atenção dedicada ao idioma castelhano. “El que *ius* no pasara a la lengua castellana contrasta notoriamente con la pervivencia a otras voces latinas derivadas de aquélla, que fueron y son de uso vulgar y constante en nuestra lengua: *iudicare* ‘juzgar’, *iudicium* ‘juicio’, *iudex* ‘juez’, *iurisdicctio* ‘jurisdicción’, *iustitia* ‘justicia’ y *iustum* ‘justo’. Y aún ha de destacarse outro hecho: que no obstante haber sido desplazado *ius* por *derecho*, de esta última voz no há derivado ninguna outra para expresar lo que los derivados de *ius* que acaban de indicarse” (pp.6-7).

⁵¹ Em sentido contrário, ver SEBASTIÃO CRUZ. *Ius – Directum. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*. v. XLIV. Coimbra: Coimbra Editora, 1968. pp. 169-204. Em obra dedicada ao Direito Romano, o jurista português apresenta nos seguintes termos a tese que procura identificar no sânscrito *yaus* as origens remotas de *jus* (*ius*) “(...) vários autores pensam que *ius* tenha a sua origem no primitivo sânscrito ‘yaus’ (= puro, bom, santo), que corresponde à forma latina arcaica *yous* ou *jous* ou *ious*, e significa ‘algo procedente da divindade’.” CRUZ, Sebastião. **Direito Romano**. I. Coimbra, 1984,

originariamente, vida. Aponta não apenas para o modo de vida, mas também para a sua duração. Também aparece significando purificação, em usos possivelmente inseridos em contextos de celebração espiritual, como cerimônias religiosas, igualmente designando, aí, saúde. Aponta para “estado de integridade, de realização física, sobre o qual não pesa infortúnio nem a doença”,⁵² isto é, para vitalidade.

Se o sânscrito *yous* (ved. *yoh*, av. *yaos*), que, numa viável interpretação, radica na base do termo latino *jus* (*ius*), amplamente aceito como designativo da experiência jurídica ou ao menos como pertencente ao “universo”/“jogo” do direito, significa (é utilizado para designar) originariamente vida (*jīvanam*), substantivo cuja raiz remota *jīv-* já carregava consigo alguns dos significados maturados pelos usos verificáveis em

p. 19. É preciso destacar a estreiteza dessa abordagem, fixada apenas no sentido religioso de *yous*, não atentando para a conotação de vida nele indicada. Ademais, ao sugerir relação entre as teses que apontam *yaos* como termo originário e aquelas que enxergam *jus* (*ius*) como derivado de *Iovestod* (Júpiter), Sebastião Cruz insiste na conexão do Direito com o transcendente a que conduziria tal perspectiva. Olvida que *yaos* é termo que aparece em contextos de *ritos religiosos*, isto é, procedimentos, os quais eram conduzidos por determinadas autoridades e visavam à *purificação*, que aparecia como resultado da realização de cerimônias específicas. *Purificava-se para dar seguimento à vida*. Ainda que sob os auspícios do divino, os procedimentos de carga religiosa se realizavam entre homens e se endereçavam à purificação de suas existências mundanas. A purificação engendrava estado de saúde. Ademais, não se pode ignorar as possíveis e prováveis imbricações entre as vivências religiosa e jurídica nos tempos primevos. Veja-se, exemplificativamente: SÓLON, Ari Marcelo. **Direito e Tradição**. O legado grego, romano e bíblico. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

⁵² É oportuno transcrever passagem extensa dos estudos de Émile Benveniste a respeito da pré-história do termo *ius*, deixando-se aos peritos o tratamento de tão delicado tema. “É em indo-iraniano que se apresentam os correspondentes de lat. *ius*: véd. *yoh*, av. *yaos*, que têm exatamente a mesma forma.

Mas véd. *yoh* significa ‘prosperidade’, e av. *yaos* ‘purificação’. As formas se correspondem na mesma medida em que as noções divergem e se obscurecem. Contudo, temos aqui umas das grandes correlações de vocabulário entre o indo-iraniano e o ítalo-céltico, um dos termos cuja expressão sobrevive somente nos dois extremos do mundo indo-europeu. O sentido de *yoh* deve ser ‘felicidade, saúde’. A palavra aparece apenas em locuções com *sa-*; seja *samyoh* numa palavra só, seja *sa-mca yosca*, para dizer ‘felicidade e saúde’, em fórmulas de votos tais como: ‘A felicidade e a prosperidade que Manu obteve com sua oferenda, possamos nós alcançá-las sob tua condução, ó Rudra!’ (R. V. 1, 114, 2).

O iraniano igualmente conservou *yaos* apenas em locuções formulares em que *yaos* se combina com o verbo *dā-* ‘colocar, fazer tornar’ para formar o verbo *yaozdā-* ‘purificar’. É um velho composto comparável ao latim *credo*. Desse verbo avéstico *yaozdā-* saíram vários derivados: nome de agente *yaozdātar-* ‘o encarregado de purificar’ abstrato *yaozdati-* ‘purificação’ etc. Para descobrir o sentido próprio de *yaos* (que não se encontra em emprego livre) a partir desses derivados, cumpre restabelecer *yaozdā-*, literalmente ‘tornar *yaos*’, no sentido de ‘tornar conforme às prescrições, colocar no estado exigido pelo culto’. Trata-se de uma condição do sacrifício: o ofertante deve tornar ritualmente apto o objeto da oblação. Temos aí, pois, uma expressão fundamental do código religioso. Cada ato deve ser ritualmente executado, e o próprio objeto que está no centro dessa execução não pode ter nenhum defeito. Essa integridade ritual é a condição visada por *yaozdā-*. Assim pode-se entender melhor o védico *yoh*: não é a ‘felicidade’ como gozo, e sim o estado de integridade, de realização física, sobre o qual não pesa o infortúnio nem a doença.” BENVENISTE, Émile. **O Vocabulário das Instituições Indo-européias. II: Poder, Direito e Religião**. Tradução de Denise Bottman e Eleonora Bottman. São Paulo: Editora da Unicamp, 1995, pp. 114-115. Interessantes anotações em torno de relações entre direito e crença, bem como sobre o papel do direito na constituição da vida em agrupamento, diante de suposto caráter infinitamente egoísta do homem (*meneskets grænløse egoisme*) e de seu desejo de poder (*stræben efter magt*), podem ser lidas em: ROSS, Alf. *Credo*. In: **Ret som teknik kunst og videnskab**. Copenhagen: Juris og økonomiforbundets forlag, 1999, p. 388.

vivência⁵³ (*Erlebniss*), sobretudo o de *processo de viver*, parece haver sentido em especular origem comum para os termos direito e vivência (ambos estariam ligados à vida enquanto processo), embora isso ainda reste por ser demonstrado. Ambos pertenceriam ao mesmo imaginário linguístico.⁵⁴ Direito é, afinal, uma expressão de vida, um modo específico de viver. É, nessas linhas, uma vivência, que se engendra processualmente, num *continuum*. Um modo de agir (e de discursar) associado à “resolução de conflitos”, de desacertos surgidos coexistência humana em grupo. Os adjetivos derivados de *jus/ius* apostos ao substantivo vivência vêm apenas a qualificar a especificidade ritual/processual de determinadas manifestações de vida humana que não obstante a variabilidade e heterogeneidade seguem designáveis por *direito*.

As remissões religiosas de *yous* não devem servir de elemento para o rechaço da tese que o avista como origem remota de *jus (ius)*, antes podendo ser interpretadas como confirmações da continuidade entre os dois termos. Há fortes indícios de que a mentalidade antiga não fizesse distinções entre diferentes vivências humanas, como a moral,⁵⁵ a religião⁵⁶ e o direito (hoje pensadas como distinguíveis, ainda que correlacionáveis e frequentemente tematizadas como próximas, em virtude da assunção do dogma da normatividade do direito)⁵⁷. Ademais, ritos religiosos antigos podem ser interpretados simultaneamente como procedimentos jurídicos, envolvendo tomada de decisões vinculantes. Havia rituais específicos em que se buscava purificar (*yaozda*), isto é, em que se visava tornar o submetido ao rito *yaos* (puro), permitindo dar

⁵³ O dicionário Houaiss de língua portuguesa oferece para vivência as seguintes acepções: **1)** o fato de ter vida; o processo de viver; **2)** manifestação ou sensação de vida; **3)** coisa que se experimentou vivendo, vivenciando; **4)** conhecimento adquirido no processo de viver ou vivenciar uma situação ou de realizar alguma coisa; experiência, prática; **5)** Derivação: por metonímia.

⁵⁴ Detimento sobre origens e usos linguísticos de noções relevantes para o desenvolvimento de determinados argumentos revela-se produtivo se se considera “(...) il linguaggio, ed il linguaggio técnico in specie, come testimonianza primaria delle istituzioni que sostengono la trama delle relazioni umane”. FREZZA, Paolo. *Lex e Nomos. Bulletino dell’istituto di diritto romano*. Terza serie, vol. X. Dell’intera collezione vol. LXXI, 1968, pp.1-29, p. 01.

⁵⁵ Tais anotações sendo válidas para civilizações tardias, como a grega, devem poder ser estendidas aos povos indo-iranianos, em cujo léxico se procura as origens de termos gregos e latinos. “Obgleich das Recht bis in die Anfänge der Menschheit zurückreicht, so waren es doch – soweit uns bekannt ist – erst die Griechen, die über das Wesen des Rechts nach-gedacht und darüber Wesentliches ausgesagt haben. Da nun aber damals das Recht weder von der Moral noch von der Sitte unterschieden wurde, muß, wenn hier von ‘Recht’ gesprochen wird, darunter die ganze sittliche Ordnung (Moral, Recht und Sitte) verstanden werden”. VERDROSS, Alfred. *Abendländische Rechtsphilosophie. Ihre Grundlagen und Hauptprobleme in Geschichtlicher Schau*. Wien: Springer Verlag, 1958, p. 01.

⁵⁶ “Recht und Religion bilden so recht eigentlich das Knochengerüst im Volksleben; ihre Entwicklung geht langsam und gemessen vor sich, und durch tausend Klamern und Haken ist der ganze Bau wohl verwahrt. Das Volk sorgt zu seiner Selbsterhaltung dafür, dass hier unbekümmert um das lebendige Schaffen auf allen andern Gebieten des Lebens ruhig nach alter Art weitergezimmert wird”. POST, Albert Herman. *Der Ursprung des Rechts*, p. 3.

⁵⁷ Veja-se, sobre isso, o capítulo IV desta dissertação, intitulado *Não mais normatividade*.

seguimento à vida. Também assim os procedimentos jurídicos se destinam à manifestação do *jus (ius)*, o que fica evidenciado no substantivo *jurisdictio (iurisdictio)*. O juiz dita, impõe, determina o direito.⁵⁸ Os encarregados dos ritos religiosos estavam autorizados a proceder à purificação. Direito e religião se conectavam visceralmente nos tempos antigos.⁵⁹ Essa conexão não oculta, antes revela, o caráter judicativo da realização do direito enquanto vivência dinamizada pela existência de autoridades encarregadas de decidir de forma vinculante casos trazidos à sua apreciação,⁶⁰ ao cabo de processos jurídicos aglutinadores de inúmeras variáveis.

Os espaços destinados à celebração dos rituais de purificação eram os locais em que se realizava o direito, então indivisível e indiscernível da religião.⁶¹ Enquanto

⁵⁸ *Iurisdictio* compõe-se por *ius* e *dicere*. Não se trata de “dizer o direito” ou “dizer o preceito aplicável”. O verbo latino *dicere* - e mais ainda sua forma arcaica *deicere*, talvez relacionada com o vocábulo grego *δεικνύω* - indica *dizer* ou *manifestar* de sentido forte e impositivo, isto é, *ditar*, algo antes relacionado à idéia de “mandar” ou de “fixar obrigatoriamente”, diferentemente do que pode sugerir a forma verbal “dizer” em português. A esse respeito ver: Murga Gener, José Luis. **Derecho Romano Clasico II: El proceso**. Zaragoza: Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Zaragoza, 1980. p. 42. Parece inadequado, nesses termos, seguir pensando *dicere* como simples “enunciar”, “pronunciar”, “exprimir”, olvidando que, no curso da vivência jurídica, *dicere* não se reveste de valor declarativo, apresentando sentido constitutivo de “estatuir”, “fixar”, “impor”. “*In primo luogo si è inteso dicere come “enunciare”, “pronunciare”, “esprimire”, dimenticando che o proprio in materia di rapporti giuridici dicere no ha valore dichiarativo, ma costitutivo di “statuire”, “fissare”, “imporre”. Basterebbe ricordare: dictatorem dicere, dotem dicere, edicere, interdicere*”. Gioffredi, Carlo. **Contributi allo studio del processo civile romano**; note critiche e spunti ricostruttivi. Milano: Giuffrè, 1947. p. 10. O caráter constitutivo de *dicere* não passou despercebido pelo grande Mestre Hans Kelsen. Conferir **Teoría General del Estado**. Tradução de Luiz Legaz y Lacambra. México: Ediciones Coyoacán, 2005, pp. 304 e ss.

⁵⁹ “(...) la loi faisait partie de la religion, elle participait au caractère mystérieux de toutes religion des cites (...) Le droit n’était pas né de la idée de la justice, mais de la religion, et il n’était pas conçu em dehors d’elle.” COULANGES, Fustel de. **La cité antique**. Biblio Bazaar, 2008, pp. 228-229.

⁶⁰ “(...) hay que tener en cuenta que esta función judicial puede ser idealmente asumida fuera de un juicio real determinado, por el mismo juez o por el soberano o por un particular cualquiera. Cuando, por ejemplo, un alumno en una clase de casos prácticos, emite su opinion sobre un caso hipotético, su opinión asume el carácter de una sentencia judicial: su actividad es propriamente judicial, aunque esa actividad no tenga, naturalmente, ni la eficacia ni la repercusión social que tiene la sentencia de un juez en el ejercicio próprio de sus funciones. Quiere esto decir que puede haber, además de un derecho real, un derecho (...)” possível”. D’ORS, Álvaro. Principios para una Teoria Realista del Derecho. **Anuário de Filosofia del Derecho**. 1, 1953, p, 308. Essas reflexões se prestam, no contexto em que se as insere, a despertar atenção para a possibilidade de se vivenciar o direito sem se inserir concretamente no curso de procedimento jurídico iniciado por provocação dos interessados e conducente à específica manifestação das autoridades competentes. Tomar problemas ou casos jurídicos como tema de estudo, indagando por soluções possíveis para além daquelas real ou efetivamente determinadas por terceiros incumbidos do *decisum* é forma de vivenciar o direito, lançando-se ao seu aprendizado, contribuindo, quiçá, para difusão de saberes, mediante compartilhamento de experiências.

⁶¹ Havia espaços destinados à celebração dos rituais de purificação. Os locais das cerimônias religiosas eram cuidadosamente separados do entorno, mediante demarcações. *Purificar* exigia *separar da confusão*, inclusive espacialmente. Ainda hoje se verifica a consagração de suntuosas edificações ao abrigo da “justiça”, em prédios não raras vezes designados “palácios”. “Both devotional and purificatory spaces were separated or cut off (Pahlavi tasidan “to cut” also meaning “to complete, make whole, create by putting together different elements” < Old Persian taxa- “to be active” Avestan tas- “to cut, fashion, shape,” cf. Sanskrit tdk- “form by cutting” < Indo-European *teks- “to fabricate by cutting” especially with an axe) from surrounding areas by three concentric or interlocated rectangles marked by furrows or lines, i.e., karsa- (< Avestan 4kar- “to cut into the ground, make furrows”), on the ground with a sharp

vivência humana, o direito se imiscui na temporalidade e assume arranjos variados em conformidade com as percepções dos homens sobre a própria realidade. Em tempos em que era saliente o caráter místico da interpretação humana do mundo circundante, pouco há de espantar a forte interpenetração entre as vivências jurídica e religiosa. Não por acaso as palavras que denotavam a demarcação dos lugares de culto, necessariamente distanciados daqueles em que se dava o trânsito da vida cotidiana, passaram a integrar o imaginário jurídico.⁶² A purificação reivindicava separação (*nemen*) da confusão, inclusive desde perspectiva espacial. Purificar significava estabelecer a ordem, no sentido de superar estados de desequilíbrio e caoticidade. Tornava-se o indivíduo perfeito, completo, superando-se as perturbações, cortando-se/eliminando-se as impurezas, restabelecendo-se a harmonia do todo mediante cumprimento de um rito, isto é, no curso de um processo/procedimento⁶³. Purificado, poder-se-ia

metal instrument like a blade, according to instructions preserved in the Vi-devdad. The Young Avestan Nerangestdn refers to this practice as well, yo zdmo tisro karads fra.karaieiti, translated into Pahlavi for that text's medieval exegesis as ka pad zamig se kis pad kared "when one cuts three furrows into the earth." Cognitive aspects of demarcating space seem to have early cross-cultural roots, as demonstrated by development of the "temple" or devotional setting from the action of separating (cf. Latin templum "cut-off space, separated area" < Greek temenos, actually a walled compound containing several buildings < temnein "to cut, separate" < Indo-European *tem- "to cut, separate"). Particular spaces when at least conceptually and often physically cut off from larger space are ascribed with meaning as significant places. It also should be noted that the actions of categorizing and classifying involve separating or cutting off particular issues and items from others-i.e., granting them significance through locating them in particular mental and/or physical places. Not surprisingly, given the specific religious and ritual contexts under discussion, writers of the Denkard or "Acts of the Religion," the most significant medieval Zoroastrian compendium, observed pakhl ed bawed judagih az druz "purity is this: separation from confusion." CHOKSY, Jamsheed. To Cut off, Purify and make hole: historiographical and ecclesiastical conceptions of space. **Journal of the American Oriental Society**, Vol. 123, No. 1, Jan. - Mar., 2003, pp. 21- 41, p. 27.

⁶² Assumida a interpenetração entre direito e religião e atentando-se para o processo de composição dos espaços cúlticos mediante separação, demarcação territorial, pode-se compreender a difusão de determinados termos fortemente associados, em períodos posteriores, ao direito, como *Tênis* e *Nomos*, ambos reconduzíveis à raiz indo-européia *tem-* (cortar, separar), que formará o grego antigo *temnein* (τέμνω). Não muito diversa parece ter sido a pista seguida por Carl Schmidt, em *Nomos der Erde*. "Nomos dagegen kommt von *nemein*, einem Wort, das sowohl "Teilen" wie auch "Weiden" bedeutet. Der Nomos ist demnach die unmittelbare Gestalt, in der die politische und soziale Ordnung eines Volkes raumhaft sichtbar wird, die erste Messung und Teilung der Weide, d. h. die Landnahme und die sowohl in ihr liegende wie aus ihr folgende konkrete Ordnung; mit den Worten Kants: "Das austeilende Gesetz des Mein und Dein am Boden"; oder, mit dem anderen, gut bezeichnenden englischen Wort, der *radical title*. Nomos ist das den Grund und Boden der Erde in einer bestimmten Ordnung einteilende und verortende Maß und die damit gegebene Gestalt der politischen, sozialen und religiösen Ordnung. Maß, Ordnung und Gestalt bilden hier eine raumhaft konkrete Einheit." SCHMITT, Carl. **Der Nomos der Erde**. Im Volkrecht des Jus Publicum Europeum. Duncker & Humboldt, Berlin, pp. 39-40. Veja-se também, SCHMITT, Carl. **Appropriation/distribution/production: toward a proper formulation of basic questions of any social and economic order**, 1953. Traduzido por G. L. Ulmen. Originalmente publicado como **Nehmen/Teilen/Weiden: Ein Versuch, die Grund-fragen jeder Sozial- und Wirtschaftsordnung vom Nomos her richtig zu stellen** (1953). Republicado em SCHMITT, Carl. **Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924-1954: Materialien zu einer Vassungslehre**, Second Edition (Berlin: Dunker & Humblot, 1973), pp. 489-501.

⁶³ Comum às sociedades primevas era o pensamento substancializador. Os grupos se afiguravam coesos. O mal perpetrado por algum dos membros haveria de ser expiados, sob pena de contaminação de todos os

seguir/manter/resgatar a vida (não apenas do indivíduo, em hipóteses de não sacrifício pessoal, mas também do grupo, comprometido pela instabilidade). Eis o que um julgador faz ao decidir casos jurídicos, acertando situações de incerteza, determinando-lhes um desfecho. Momentaneamente, verte o caos (situação controvertida) em ordem (acertamento decisório) - suscetível a novos desarranjos - mediante a decisão tendencialmente definitiva. Realiza o direito, tornando-o pleno para o caso.

Embora seja um modo de vida dentre outros, reveste-se o direito de uma especificidade que permite discerni-lo de outras expressões da vivência humana com que se entrecruza. Somente com consciência dessa nota especificadora é que se faz possível falar em uma vivência *jurídica*. Direito há de ser concebido não apenas como um processo social (no que talvez não se diferencie das vivências religiosa, política ou econômica), mas como processo (em realidade, processos, no plural) revestido de alguma particularidade. Trata-se de um processo de tomada de decisões vinculantes,⁶⁴ em cujo curso interferem não apenas deliberações de autoridades competentes, mas também manifestações individuais de interessados na obtenção de decisão favorável (ou no retardamento da pronúncia de decisão contrária), bem como séries de variáveis que não se deixam enumerar,⁶⁵ configurando-se o direito como vivência humana de elevada complexidade. Os caminhos percorridos pelos processos jurídicos não são previamente delineáveis, contudo permanece inafastável o desfecho mediante tomada de decisão (ainda que não incidente sobre o cerne da questão controvertida), cuja busca determina o início de um procedimento mediante provocação das autoridades reconhecidas competentes. Em direito, a tomada de decisão por terceiro investido do afazer de julgar é inevitável, não podendo os casos jurídicos restarem indecisos.

2.2 Vivência jurídica e modos de vivenciar o direito

indivíduos a eles pertencentes, que não se percebiam como seres distintos da totalidade tribal. Veja Kelsen, Hans. **Society and nature**. A sociological inquiry. Chicago University Press, 1943, Parte I, capítulo 1, especialmente pp. 11 e ss.

⁶⁴ “(...) if we were to say that law is not here understood merely as a social process, but as a social process of a particular nature: as a decision-making process which occurs on the plane of macro and micro-structures and embraces, of course, the decision of individuals – when they create law, which happens no more in modern times – as well as they fulfill the law, being recipient of normative utterances.” EHRlich, Stanislaw. Law as decision and process. pp. 365-376, Pp. 365-366.

⁶⁵ “A legal decision is always the result of a number of factors influencing the judge; meaning and text of a rule is one of these factors, but not the only one. Every legal decision express some actually existent social movement (...)”. EHRlich, Eugen. Judicial Freedom of Decision: Its Principles and Objects. Tradução de Ernest Bruncken. In: **Science of Legal Method**, 1925, pp. 47-84, pp. 78-79.

O direito se afigura como vivência compartilhável entre indivíduos de diferentes grupamentos humanos. Pode-se divisar na inevitabilidade da tomada de uma decisão vinculante por terceiro investido do afazer de julgar nota individualizadora da juridicidade, a ser assumida como idéia a ter em conta por aqueles que se lançam à tarefa de tematizar diferentes aspectos da vivência jurídica, podendo-se mesmo afirmá-la como postulado para se tematizar o direito. Constituindo-se como modo de vida articulado em torno do acertamento/desfecho de casos adjudicados, em que atritos e pendengas da convivência grupal são selecionados e narrados sob a forma de pretensões clamantes por decisão favorável, o direito se revela tão variável e cambiante quanto são diversos os modos de agir, pensar, sentir e julgar dos agentes que o vivenciam⁶⁶. Inúmeras “teorias” que têm pretendido oferecer “reconstrução racional” desta vivência, em busca de identificação de estruturas jurídicas e anseando pelo alcance de conceito ou noção de direito, padecem de vício fatal consistente na desconsideração da figura dos protagonistas dos concretos processos de realização do direito.

Jurisdicionados, advogados, procuradores, promotores, estagiários, julgadores (juízes e assessores) têm restado de fora das formulações acadêmicas, olvidando-se, com frequência, que o direito não se realiza sozinho, mas que por trás de cada manifestação jurídica estudada em isolamento pelas abordagens correntes existe um sujeito, um ser humano que as vivencia, sujeitando-se a elas, provocando-as ou produzindo-as.⁶⁷ Se o direito é um modo pelo qual agem os homens, que articulam discursos e se movimentam com intuito de provocar e tomar (bem como fundamentar) decisões vinculantes a desfechar casos trazidos a juízo, eliminados os agentes, isto é, os sujeitos das ações, dos discursos e mesmo dos silêncios (pois não se pode imaginar que tudo o que é relevante para o desfecho de um procedimento jurídico vai esclarecido no corpo do texto e nas notas de rodapé de peças processuais e fundamentações decisórias)

⁶⁶ “Se trata de una experiencia cuyos datos son variados, pero todos ellos en estrecho entrelace: de datos de realidades sociales; de datos dentro de esas realidades que consisten en sentimientos de escasez, a veces de carencia, en apuros, en dolores, protestas, anhelos, afanes, programas, en intuiciones de justicia en las personas afectadas; de ideas de justicia en los sujetos principales de esa experiencia -por ejemplo, en el legislador y en el juez-; del choque de intereses contrapuestos -en ocasiones, unos que parecen legítimos y otros ilegítimos; pero en otras ocasiones, entre dos intereses ambos legítimos, aunque no pueden ser satisfechos por completo los dos; del peso propio de determinadas realidades sociales, por ejemplo de algunos hechos económicos, que siguen sus propios mecanismos, o de la influencia de añejas tradiciones, o de la inercia de ciertas rutinas”. SICHES, Recaséns. La experiencia juridical. **Dianóia**, v. 11, n. 11, 1965, p. 35.

⁶⁷ “Before rules, were facts; in the beginning was not a Word, but a Doing. Behind decisions stand judges; judges are men; as men they have human backgrounds. Beyond rules, again, lie effects: beyond decisions stand people whom rules and decisions directly or indirectly touch. The field of Law reaches both forward and back from the Substantive Law of school and doctrine”. LLEWELLYN, Karl. Some realism about rationalism. Responding to Dean Pound. **Harvard Law Review**, 44, 1930-1931, pp. 1222-1264, p. 1222.

deixa-se de falar de direito, tal qual é vivenciado pelos homens, para se tematizar quaisquer outras coisas, com frequência idealidades, sob a equivocada etiqueta da juridicidade. Passa-se a brincar de desvendar desenhos em nuvens e a se disputar quais as melhores jeringonças conceituais para mirá-las. Perde-se o direito. Têm-se teorias. Contudo, não jurídicas, na medida em que jurisdicionados, julgadores e demais profissionais das diversas carreiras jurídicas vivem sob o céu e não nele, pois não são anjos.

Os modos pelos quais as situações e casos jurídicos são vivenciados pelos diferentes homens se mostram oscilantes na medida da variabilidade das vivências pessoais (experiências e imaginários) de cada um deles. Essas diferenças interferem e mesmo se constituem como inafastáveis variáveis a jogar papel na realização do direito. As personalidades dos agentes que o vivenciam, como protagonistas dos processos jurídicos, podem ser pensadas, nesse sentido, como invariantes da realização do direito,⁶⁸ não se podendo admitir que remanesçam as concretas figuras de jurisdicionados, procuradores e juízes no ponto cego das tematizações dos juristas. Optar por abordar o direito como vivência consiste em escolha por realçar-lhe o caráter cambiante, em função da diversidade daqueles que o vivenciam, enfatizando o inarredável e preponderante elemento humano de cada adjudicação. Requer assumir que eliminados das abordagens do direito aqueles que o vivenciam, nada resta⁶⁹.

Direito é vivência humana, engastada no tempo, em constante estruturação, não havendo possibilidades de demarcar-lhe contornos rigorosos. Constituindo-se como vivência articulada em torno da tomada de decisões vinculantes a desfechar casos trazidos a juízo, revela-se em incessante devir, fazendo fracassar as variadas tentativas de estabelecimento de divisas entre o jurídico e o não-jurídico. Não pode haver conceito único de direito⁷⁰. Sequer pode haver conceitos, repelidos todos pelos arranjos e

⁶⁸ "The personal element is unavoidable in judicial decisions. Being unavoidable, it should be recognized as such and not treated as negligible and unimportant. It is childish, unwise and dangerous here as in all important human affairs to ignore unavoidable and to pretend that they do not exist. Since the personal element exists, the sensible course is to cope with it and, so far as possible, perfect it. Indeed, like many unavoidable, bravely and intelligibly faced, it can be made to yield some advantages." FRANK, Jerome. Are Judges Human? In: **University of Pennsylvania Law Review**. N. 80, 1931-1932, pp. 17 e ss., p. 25.

⁶⁹ "Le juridique est comportement... Supprimez, dans l'action, l'agent, il ne reste rien". HAESAERT, J. **Théorie générale du droit**, Bruylant, 1948, p. 72.

⁷⁰ "The difficulty in framing any concept of 'law' is that there are so many things to be included, and the things to be included are so unbelievably different from each other. Perhaps it is possible to get them all under one verbal roof. But I do not see what you have accomplished if you do. For a concept, as I understand it, is built for a purpose. It is a thinking tool. It is to make your data more manageable in doing something, in getting somewhere with them. And I have not yet met the job, or heard of it, to which all the data that associate themselves with this loosest of suggestive symbols, "law," are relevant at once. We

rearranjos frequentes da juridicidade. Assumindo-lhe a configuração de vivência, interessa procurar perceber como se comportam os protagonistas reais nas práticas reais vivenciadas como jurídicas.⁷¹ Perde relevo a busca pela identificação de contornos capazes de *separar* – postura intelectual diversa da que se propõe a captar possível nota individualizadora - o direito de outras formas de vida. Impõe-se o reconhecimento de que as diferentes pessoas – e isso vale não apenas para os chamados leigos, mas também para os que se autopercebem como *experts* das teorias jurídicas e para os profissionais das diferentes carreiras – representam diversamente o direito no interior de heterogêneos imaginários, que exercem influências sobre as experiências efetivamente vivenciadas. Desse modo, ao tematizar a vivência jurídica há que se renunciar aos tentames de oferecimento de uma definição de direito, uma vez que a existência de plurais e mesmo incompatíveis noções acerca da juridicidade (do que é ou deixa de ser direito) é consistente com as práticas jurídicas,⁷² não se fazendo possível, ademais, alcançar a partir de formulações abstratas a complexidade e variabilidade das concretas manifestações do direito.

Em vão seguirão os acadêmicos tentando “corrigir” as percepções daqueles que vivenciam o direito em concretos processos de sua realização, rumando para a inevitável tomada de decisão das autoridades competentes, mediante negação da juridicidade de determinadas manifestações humanas frequentemente associados ao direito no interior dos imaginários jurídicos. Negar, desde as pretensas “teorias”, às leis, às tematizações ou às decisões judiciais o caráter de direito não altera os modos como é vivenciado. Antes, deve-se procurar perceber como essas diferentes manifestações humanas se inserem nos diversos processos jurídicos.

do and have too many disparate things and thinkings to which we like to attach that name. (...) So that I am not going to attempt a definition of law. Not anybody's definition; much less my own. A definition both excludes and includes. It marks out a field. It makes some matters fall inside the field; it makes some fall outside. And the exclusion is almost always rather arbitrary. I have no desire to exclude anything from matters legal. In one aspect law is as broad as life, and for some purposes one will have to follow life pretty far to get the bearings of the legal matters one is examining”. LLEWELLYN, Karl. A realistic jurisprudence. The next step. **Columbia Law Review**. Vol. 30, n. 4, 1930-1931, pp. 430-431.

⁷¹ Trata-se de se esforçar por “señalar cómo funciona el pensamiento de los protagonistas de carne y hueso de las prácticas jurídicas”, levando-se, portanto, em consideração “los hábitos mentales *reales* de los protagonistas *reales* de las actividades jurídicas *reales*”. HABA, Enrique Pedro. Uma discusión: quiénes son los <<irracionalistas>> en la teoría del derecho? (Por qué algunos no confiamos en que sean tan <<razonables>>, ni <<razonables>>, los enfoques hoy dominantes en esa Teoría). **Doxa**, n. 19, 1996, pp. 385-402, pp. 393 e 391.

⁷² “(...) so long as opposing views of different participants in the practice are consistent with the practice, there will not be any way of deciding which view explains the practice more accurately”. PRIEL, Danny. The Boundaries of law and the purpose of legal philosophy. *Law and Philosophy*. 27, 2008, pp.643-695, p. 659.

Torna-se premente ir até a vivência jurídica para ver o que se passa nas sessões dos tribunais e nos corredores dos fóruns de justiça, nos escritórios de advocacia, nas repartições públicas, isto é, nas práticas reais dos juristas, cessando de amputar a realidade em nome de coerências e precisões teóricas. Importa buscar aproximação do direito tal qual é vivenciado nos concretos processos que caminham para o desfecho dos casos adjudicados, em que procuradores tentarão provocar decisões favoráveis ou retardar decisões prejudiciais aos interesses por eles patrocinados, enquanto julgadores terão não apenas de tomar decisões (a sentença e o acórdão não figurando como únicas manifestações judicativo-decisórias), mas também de oferecer-lhe uma fundamentação (para além de gerir provas e se ocupar de outras diligências procedimentais).

Abordar o direito como vivência requer esforço em enxergar o que efetivamente fazem os diferentes protagonistas que o vivenciam, a despeito do que possam dizer ou pensar a respeito do que seguem fazendo (embora não possam ser desconsiderados os imaginários jurídicos, que terminam por influenciar as experiências decisórias).

Injustificado fôlego tem sido empregado em debates insistentes em apontar condições para a identificação do jurídico, *separando-o* do não-direito. Não se encontrarão, na vivência do direito, critérios para identificar, de modo geral e anteriormente aos processos de sua realização judicativo-decisória, o que é jurídico, bem como para apartá-lo do que não é. Direito *não é* senão *sendo*, em ininterrupto *dever*. Ao se adotar como referência da juridicidade a inevitabilidade da tomada de uma decisão vinculante, há que se renunciar à busca de critérios capazes de reunir sob si tudo e somente o que é vivenciado como direito, anteriormente às efetivas vivências. Impõe-se abrir os olhos e chegar perto. Insista-se. Ir até as sessões dos tribunais para enxergar o que está acontecendo, sem esquecer que nem tudo o que se faz juridicamente relevante é dito ou realizado nas reuniões das turmas, seções e plenos, de modo que o direito também se constitui a partir dos bastidores: protagonistas da vivência jurídica não são apenas advogados e juízes togados, mas também assessores e estagiários.

As fronteiras do jurídico oscilam a cada processo de realização do direito, apenas sendo possível saber qual é o direito do caso após a prolação da decisão que irá desfechá-lo, jamais se podendo falar no direito como entidade. Inexiste algo como *o* direito, de modo que este signo abrange heterogêneas manifestações de vivência humana que se realiza num *continuum*, conhecendo pontos de condensação nas decisões em que se revela qual *o direito do correspondente caso*, constituindo-se norma

vinculante, pretensamente insuscetível de resistência por parte dos jurisdicionados que se submeteram ao exercício da jurisdição. Direito não é, portanto, *ente*, mas vivência, assumindo caráter processual, sempre devenindo. Colocando-se, assim, além das possibilidades de definição.⁷³

Ao tematizar a vivência jurídica, há que se assumir a variabilidade do direito, bem como se impõe reconhecer que as diferentes pessoas, ao protagonizar processos jurídicos, na condição de jurisdicionados, procuradores, julgadores ou desde o lugar de outra profissão jurídica, representam diferentes manifestações humanas como direito, não havendo sentido em excluir tais representações das abordagens que se procura fazer do jurídico, reputando-as como equivocadas, na medida em que integram igualmente a vivência do direito, conformando imaginários.⁷⁴

Isso não significa que há de ser acatada toda e qualquer representação de juridicidade como se efetivamente se materializasse na concretude da vivência jurídica. No limite, realiza-se como direito, a cada caso, apenas o manifestado nas decisões de última instância, em que se definem, ainda que provisoriamente e apenas de modo pontual, determinados contornos para a juridicidade. Entretanto, tematizar a vivência jurídica requer acompanhar os processos em que se realiza. Assim como as crenças em fantasmas não os tornam reais, a profissão de fé jusnaturalista de um julgador não torna existente um direito encontrável *a priori* na razão humana. Não obstante, esta última crença poderá intervir no modo como será desfechado caso adjudicado sob competência do hipotético julgador.

Abrindo os olhos e colocando-se a observar o que fazem os jurisdicionados e, sobretudo, os julgadores e demais profissionais às voltas com a realização do direito, é possível afastar determinadas perspectivas acadêmicas, que se revelam em dissonância com o que se passa na vivência jurídica. Contudo, há que se ter presente que as diferentes atitudes vitais das pessoas, em especial dos chamados interpretes autênticos, isto é, das autoridades competentes para decidir sobre os casos adjudicados, interferem

⁷³ “One great aid to modern legal magic has been the word ‘law’. That word drips with ambiguity. But it has a traditionally emotive quality which makes it highly serviceable to the legal magicians. There are dozens of discrepant definitions of that word. However, almost all of them, in one way or another, are so phrased that ‘Law’ is displayed as fairly reliable, definite and uniform, although court decisions are not. By excluding from the definition everything that is markedly uncertain and un-uniform, the law-definer have been able to make it appear, to themselves and to many others, that the peculiarly uncertain and wayward elements of litigation (...) are without significance”. FRANK, Jerome. **Courts in trial**. Myth and reality in America Justice. 3 ed. 1973, p. 66.

⁷⁴ “A more realistic view one is that different people treat different things as law, or as paradigms of law” PRIEL, Danny. Description and Evaluation in Jurisprudence. **University of Warwick School of Law. Legal Studies Research**. Paper 01-2010, p. 19.

nas maneiras como o direito é realizado no curso dos diferentes processos que caminham para a tomada de decisão⁷⁵. Assim, ao longo de sua vivência pessoal, um advogado topará com juízes mais ou menos legalistas, muitos dos quais efetivamente se acreditam vinculados às disposições jurídicas, a despeito de frequentemente ultrapassarem os supostos limites que os atam elas⁷⁶. Outros haverá que se preocupam com “a” justiça e “a” equidade de suas decisões. O imaginário de cada um desses homens, investidos no exercício da jurisdição, não deixará de influenciar a maneira como decidem os casos adjudicados⁷⁷. De uma vez por todas, não se podem deixar os protagonistas da vivência do direito de fora das tematizações que se procura fazer dele⁷⁸.

Jurisdicionados vivenciam o direito de maneira diversa daquela pelo qual o vivenciam procuradores, julgadores e demais profissionais das distintas carreiras jurídicas, bem como acadêmicos e professores. Sujeitam-se ao direito na medida em que submetem situações conflitivas da convivência em grupo ao crivo das autoridades judiciais. Encontram-se vinculados às decisões que provocam, em geral com recurso a advogados, mediante exercício de ação processual, para desfechar os casos adjudicados. Aos procuradores interessará provocar decisões favoráveis aos interesses por eles

⁷⁵ “La verdadera cuestión no es el concepto del Derecho ni la determinación de sus fuentes ni su interpretación. Todo esto no són más que epifenómenos de lo esencial. *Lo esencial es la actitud personal que adopta el jurista ante el derecho. No se trata, por tanto, de una actitud intelectual, sino vital. No es una teoría, sino una praxis*”. NIETO, Alejandro. Sobre las distintas formas de entender y de utilizar el Derecho. NIETO, Alejandro. FERNANDES, Tomás-Ramón. **El derecho y el revés**. Barcelona: Ariel, 1998, p. 14.

⁷⁶ “Algo de absurdo sin prejuicio de que pueda ser cierto que la mayoría de los jueces subrayan su vinculación a la ley y están convencidos subjetivamente de que respetan dicha vinculación”. SIMON, Dieter. **La independencia del juez**, 1983, p. 73.

⁷⁷ “Não se pode e nem se deve silenciar sobre o fato de que existem, entre os juízes, uns que são mais rápidos e outros que são mais lentos, uns acomodados, apaixonados e apáticos, incansáveis, trabalhadores e folgados incuráveis, rigorosos e fanáticos pela correção, e que tudo isso afeta, indubitavelmente, o ritmo e o resultado final das decisões, que se conectam a essas características pessoais” BENDIX, Ludwig. **Zur Psychologie der Urteilstätigkeit des Berufsrichters**. Luchterhand, Neuwied y Berlín, 1968, p. 72.

⁷⁸ Nesse ponto, é interessante anotar que em muitas dos *responsa* oferecidos pelos juriconsultos romanos se podiam ler conservados os nomes dos consulentes (fossem particulares ou magistrados), como que a indicar que a compreensão dos casos jurídicos trazia consigo a exigência da consciência dos postulantes e dos julgadores: “I libri giuridici di Catone (non possiao dire se il Censore o suo figlio), e quelli di M. Giunio Brito, o che gli erano attribuiti, non avevano eliminato del tutto i nomi degli interroganti. Antonio, nel *De oratore*, se ne scandaliza e non risparmia le sue critiche. Il motivo per cui si mantengono i nomi, egli dice, è di ‘farci credere che il punto essenziale della consulenza e del dubbio risieda nelle persone e non nei fatti’: così, noi abbandoniamo scoraggiati ogni volontà di apprendere il diritto e di padroneggiarlo, perché il numero delle persone è infinito, e solo i fatti sono riducibili alle loro caratteristiche generali. Questa é, in realtà, solo un’arguta insinuazione, diretta a rendere più colorita la polemica contro i giuristi (il diritto, solo per artificio, apparirebbe difficile e oscuro) e contro la loro ‘sbadigliante e sonnacchiosa sapienza’. Se una ragione c’era, perché non si cancellassero i nomi degli interroganti dai libri di responsi, questa stava piuttosto nella volontà di riprodurre fedelmente il caso accaduto, non in una visione falsa della *quaestio* e de suoi motivi”. BRETONE, Mario. **Diritto e tempo nella tradizione europea**. 2 ed. Roma: Laterza, 2001, p. 25.

defendidos em juízo ou mesmo retardar a tomada de decisão possivelmente desfavorável. Também assim, no exercício de atividades consultivas, cuidarão de orientar seus clientes (jurisdicionados) na condução de suas vidas e negócios, tendo como horizonte a possibilidade de adjudicação e de intervenção de terceiro dotado de autoridade para desfechar os casos eventualmente trazidos a juízo. Os julgadores, por sua vez, vivenciam o direito ao serem provocados a se manifestar, de modo vinculante, sobre os casos adjudicados, restando-lhes decidir e fundamentar decisões (embora, para tanto, também tenham de gerir provas e cuidar de outras diligências procedimentais). Parlamentares e assessores jurídicos das diversas casas legislativas se preocupam com prognósticos de eficácia das disposições legislativas a serem elaboradas, não deixando de ter em mente o modo como poderão vir a ser utilizadas enquanto possíveis critérios para o desfecho de casos adjudicados. Não bastasse, frequentemente procuram antecipar possíveis interpretações das autoridades competentes quanto à constitucionalidade ou inconstitucionalidade das disposições que pretendem aprovar. Finalmente, os acadêmicos e professores tematizam o direito, vivenciando determinados problemas como merecedores de atenção, ora cuidando de casos já adjudicados, ora antecipando soluções possíveis a determinadas situações interpretadas como passíveis de intervenção judicial.

Há, portanto, diferentes modos de se vivenciar o direito, isto é, de enfrentar problemas passíveis de ou já sujeitos à intervenção judicial, em conformidade com o papel social assumido pelas diferentes pessoas nos concretos processos de realização jurídica, que não culminam com a prolação de decisão tendencialmente definitiva e vinculante, apta a revestir-se da força de coisa julgada (sem que reste excluída da realização do direito a execução dos julgados). Contudo, é possível dizer que esses diferentes modos encontram-se coligados pela inevitabilidade da tomada de decisão pelas autoridades competentes eventualmente chamadas a desfechar os casos adjudicados, que remanesce no horizonte da vivência jurídica, enquanto forma de vida compartilhada por variados agentes.

Assim, ainda que as atuações de jurisdicionados, procuradores e de professores não se consubstanciem em direito do caso, não se revestindo suas manifestações de caráter vinculante, há que se pensá-las como inseridas na vivência jurídica, na medida em que podem jogar papel nos concretos processos jurídicos – ainda que, a rigor, sua efetiva participação, a cada adjudicação, somente possa ser reconstruída *post factum*. Figuram como variáveis nos processos de realização do direito, sendo de se admitir que

algumas opiniões difundidas em certas tematizações jurídicas acabam, em diferentes momentos, por influenciar grandemente a maneira como o direito é vivenciado pelos demais profissionais de direito. Também assim, a atuação dos procuradores contribui para a lapidação dos casos judiciais, na medida em que, no mínimo, oferecem-lhe formulação inicial ao articular as pretensões e interesses dos clientes, em linguagem jurídica corrente, no corpo das petições trazidas a juízo.

Embora a vivência jurídica se constitua como modo de vida associado à resolução de conflitos, mediante desfecho judicial de casos adjudicados, não se vivencia o direito apenas ao se participar concretamente de procedimentos judiciais. Os estudos jurídicos devem se esforçar por contemplar tanto quanto possível os diversos modos pelos quais o direito é vivenciado, cuidando de encontrar subsídio na própria vivência do direito e articulando-se as tematizações jurídicas (em conferências, salas de aula e mesmo em dissertações, teses e outros escritos) como particular maneira de vivenciar problemas jurídicos identificáveis em situações da vida suscetíveis de adjudicação e em casos já adjudicados.

Não se justifica a assimilação (exclusiva/integral) de direito, sobretudo quando designado por *jus* (*ius*), a um “conjunto de normas”, “leis”, “regras” ou “princípios”.⁷⁹ Diferentes termos interpretáveis como direito, ao longo da história, de algum modo, apontam para uma experiência decisória, isto é, para uma atividade judicativa (envolvendo julgamento/discernimento).⁸⁰ De pronto, isso não significa exclusão da

⁷⁹ “Le droit est toute autre chose q’une masse de lois.” JHERING, Rudolph von. *L’esprit du droit romain*. Dans diverses phases de son développement. T. III, Paris: Librairie M. A, [s.d], p. 07. Também pode ser lida nesse sentido a afirmação de Oskar von BÜLOW de que a *força do direito é maior que a força das leis*. “Die Rechtskraft ist stärker als die Gesetzeskraft”. *Gesetz und Richteramt*. Leipzig: Verlag von Duncker & Humblot, 1885, p. 06-07

⁸⁰ Com reservas, é possível estabelecer correlações entre o grego *diké* e o latim *ius*, evidenciando-se a referências de ambos a processos no curso dos quais um terceiro, investido no afazer de julgar, profere decisões vinculantes (revestidas de autoridade) . “Esses dois termos, embora de origens diferentes, entram em séries paralelas: *diken eipeîn* corresponde a *ius dicere*, *dikaïos* corresponde a *iustus* e, por fim, de modo aproximativo, *dikaspólos* corresponde a *iudex*”. BENVENISTE, Émile. **O Vocabulários das Instituições Indo-européias**, p. 113. Importante registrar que, com sólido amparo documental, é possível, desde o ponto de vista etimológico, traduzir *diké* por sentença (e mesmo por processo). Todavia, o campo semântico do termo compreende a própria idéia de direito, inegavelmente conectada a noções judicativas. “(...) le plus ancien emploi du terme Δίκη se rapport à la sentence, (...) c’est la idée de sentence qui est comme le noyau de toutes les notions judiciaires exprimes par le mot – procès, procédure, réparation, voire pénalité – c’est également Δίκη et les mots de la même famille qui traduisent par excellence les idées de droit et de justice (...) le mot même de Δίκη qui, par étymologie, paraît bien signifier la sentence ne laisse pas d’impliquer, dans les textes les plus anciens, l’idée d’un ordre normal de l’humanité que la sentence respecte ou consacre.” GERNET, Louis. **Droit et société dans la grèce ancienne**. Paris: Recueil Sirey, 1955, pp. 61 e 68. A assunção dessa posição não requer tomar partido entre a tese tradicional que conecta *diké* a *deiknumi*, destacando o sentido de *discernir, repartir em dois*, e a tese proposta por HIRZEL, a que deu seguimento EHRENBERG, segundo a qual *diké* é substantivo oriundo da forma verbal *dikein* (lançar, arremessar), remetendo ao ato do julgador que lança disco para se

idéia de *normatividade* do âmbito da vivência jurídica. Tal rechaço peremptório se afiguraria como desconsideração de representação fortemente arraigada nos imaginários jurídicos (ao menos na contemporaneidade ocidental). Não obstante, significa a impossibilidade de se abordar direito sem levar em consideração as atuações e discursos dos agentes ocupados com a provocação e com a tomada de decisões jurídicas.

O direito é estabelecido, a cada caso, por autoridades competentes no curso de processos/procedimentos cambiáveis no curso histórico. Realiza-se o direito para acertar/desfechar casos controvertidos. As manifestações jurídico-decisórias se revestem de caráter vinculante. Por vezes, amparam-se em critérios reconhecíveis colocados à disposição dos julgadores.⁸¹ Todavia, de modo algum com eles se confundem. O direito não se identifica quer aos critérios decisórios quer às diferentes decisões proferidas pelas autoridades competentes, embora na ausência dessas últimas viesse a deixar de se realizar. Reduzir o estudo do direito aos critérios de decisão ou mesmo fazer incidir sobre eles o foco central das reflexões que pretendem se ocupar do direito enquanto tema significa se afastar da vivência jurídica.⁸² Representa recorte injustificado dos processos de realização do direito.

Ainda que mutáveis os processos decisórios, quer quanto ao modo de instituição/início, quer quanto à forma pela qual têm curso ou mesmo com relação às expectativas de maior ou menor vinculação dos julgadores aos critérios disponíveis para amparar a tomada de decisão, permanece a vivência jurídica, desde tempos imemoriais, caracterizada pela inevitabilidade de um pronunciamento de terceiro sobre situação controvertida. Os casos jurídicos não podem restar indecisos. Afastada a imperatividade da decisão de um terceiro sobre os problemas trazidos a juízo, ter-se-ia por desfigurada a vivência jurídica. O modo específico de realização do direito é judicativo-decisório. Autorizada a recusa à decisão, poderia o direito deixar de se

pronunciar a respeito da sorte dos contendores. Ambas permanecem atreladas a imaginário judicativo. A esse respeito, consultar HIRZEL. Rudolf. **Themis, Diké und Verwandtes**, Ein Beitrag zur Geschichte der Rechtsidee bei den Griechen. Hildesheim: Georg Olms Verlagsbuchhandlung, 1966, pp. 94 e ss. e EHRENBERG, Victor. **Die Rechtsidee im frühem Griechentum**, Untersuchungen zur Geschichte der werdenden Polis. Leipzig: Verlag von S. Hirzel, 1921, pp. 70 e ss.

⁸¹ A exemplo de *themistes*, *dikai* (experiência jurídica grega) e *iura* (experiência jurídica romana).

⁸² “A ensinabilidade jurídica (possibilidade de estudar o direito), enquanto interessada no direito e na vinculação, parece-me nada ter a ver com o conteúdo de todas as leis”. “Die Rechtsgelehrsamkeit hat mir nichts, als Rechten und Verbindlichkeit, dem Inhalte aller Gesetz, zu tun.” PÜTTER, Johan Stephan. **Anleitung zur juristischen Praxis, wie in Deutschland sowohl gerichtliche als außergerichtliche Rechtshandel oder andere Canzley- Reichs- und Staats-Sachen schriftlich oder mündlich verhandelt und in Archiven beygelegt werden**, 5. Aufl. Band 1, Göttingen 1789. p. 1 “Eine Rechtswissenschaft, die vom richterlichen Rechts nichts wissen will, spricht sich selber die Existenzberechtigung ab”! Oskar von Bülow. **Gesetz und Richteramt**. Leipzig: Verlag von Duncker & Humblot, 1885, p. 45.

realizar, na medida em que se veria consubstanciado óbice à intencionalidade decisória.⁸³

Os processos jurídicos rumam para a conclusão.⁸⁴ Marcham em direção à decisão final, à sentença que os desfecha, revestindo-se de força de direito, isto é, assumindo a feição de um vínculo irresistível. Revestindo-se da eficácia de coisa julgada. Ali o direito encontra sua expressão plena, acertando-se os casos adjudicados. Todavia, por direito não se pode compreender apenas essa decisiva manifestação. Impõe-se encará-lo como processo que a congloba, sem nela se enclausurar.

Abordar o direito como vivência consiste em assumir o esforço de se aproximar da sempre ultrapassante/deviniente realidade jurídica. Direito, em sentido estrito e próprio, haveria de ser termo reservado ao resultado de processos pensáveis como jurídicos por fluírem no sentido da produção da coisa julgada, em que se pode conhecer o desfecho de um caso adjudicado. Pensar o direito como vivência, contudo, conduz a não redução do foco de estudo às pontuais decisões, ainda que concretamente o direito apenas ali se manifeste em sua plenitude. Consiste em esforça-se por perceber o fluxo, permeado por incontáveis variáveis, que se dirige à obtenção de um desfecho tendencialmente definitivo a problemas trazidos ao julgador e tornados casos jurídicos.

Tematizar o direito como vivência exige mirar os processos jurídicos, atentando para um fluxo que se desdobra em dispersão, aglutinando variáveis heterogêneas e contingentes. A rigor, não se pode estudar o direito, que não se manifesta como algo apontável com o dedo ou isolável mediante recortes epistêmicos, impondo-se tematizar os processos que conduzem à sua plena realização nas decisões

⁸³ “Le droit existe pour se réaliser. La réalisation est la vie e la vérité du droit; elle est le droit lui-même. Ce qui ne passe point dans la réalité, ce qui n’existe que dans les lois et sur le papier, n’est qui se réalise comme droit, est le droit, même lorsqu’on ne le retrouve pas dans les lois, et que le peuple et la science n’en ont pas encore acquis la conscience”. JHERING, Rudolf von. **L’esprit du droit romain**. Dans diverses phases de son développement. T. III, Paris: Librairie M. A, [s.d], p. 16

⁸⁴ “Se uno scopo del processo si vuole assegnare questo non può che essere il giudizio (...) Ma il giudizio non è uno scopo esterno al processo, perchè il processo non è altro che giudizio e formazione di giudizio: esso dunque se ha uno scopo, lo ha in sé stesso, il che è come dire che non ne ha alcuno. Veramente processo e giudizio sono atti senza scopo, il soli atti della vita che non hanno un scopo. Paradosso? No, non è un paradosso; é un mistero, il mistero del processo, il mistero della vita. E l’essenza risiede nel fatto che è reso da un terzo (...)” SATTA, Salvatore. Il mistero del processo. **Rivista di diritto processuale**. 1949, I, p. 281. Nesse sentido, o processo jurídico é a *prática* jurídica por excelência, em que se fundem saber e atividade jurídicos, realizando-se o direito, quer justa, quer injustamente, entre o racional e o irracional e de forma inevitável, sem mais. “O que é prático não é a obra, o resultado da ação, mas essa ação mesma. Nesse conceito de *πραξις*, não podemos de maneira alguma conceber o termo ‘prático’ em seu sentido atual. O agir propriamente dito é justamente aquele agir que não recebe primordialmente o seu sentido por meio de um emprego possível e do assim chamado valor prático, mas realiza antes aquela mobilidade intrínseca do agir – pôr em obra [realizar] uma vez que esse próprio pôr em obra (...) é o próprio *τέλος*”. HEIDEGGER, Martin. **Introdução à filosofia**. Tradução de Marco Antonio Casa Nova. São Paulo: Martins Fontes, 2008, pp. 187-188.

finais, estudando, portanto as variáveis que acompanham a inevitável emanção do *decisum* e inclusive as atuações e discursos dos diferentes agentes que se movimentam no sentido de provocar e tomar decisões.

2.3 *Continuum do direito e imaginários jurídicos*

Alguna noção de direito parece perpassar a vivência da ampla maioria dos indivíduos, mesmo dos iletrados e submetidos à ação esmagadora das “estruturas de injustiça”.⁸⁵ Homens e mulheres internalizam diferentes expectativas quanto ao jurídico, representando a si mesmos como titulares de direitos. Tais expectativas não raro entram em rota de colisão. Diferentes conflitos são levados adiante em nome da defesa dos direitos. Costuma-se lutar com mais vigor quando se levanta em favor deles.⁸⁶

A vivência jurídica, enquanto experiência decisória, dispersa-se e espraia-se pela existência dos seres humanos, que se imaginam possuidores de direitos a serem garantidos no curso da atividade judicante. Os imaginários⁸⁷ dos jurisdicionados não cessam de projetar expectativas relacionadas à realização do direito em casos adjudicados. Tais expectativas são alimentadas por experiências passadas próprias e alheias, de que se têm, por algum modo, notícia. Há, portanto, interferência das memórias individuais na conformação da representação de juridicidade que os homens operam para si. No imaginário, não obstante, o direito aparece aos homens e mantém-se presente independentemente da inserção concreta do indivíduo em experiências de adjudicação.

Mesmo aquele que nunca se viu submetido a um procedimento judicial e inclusive o professor de “filosofia e teoria do direito” em regime de dedicação exclusiva, ainda que não tenham propriamente se lançado à vivência jurídica, podem assumir para si esforço em vivenciar o direito, tornando-o tema de reflexão e,

⁸⁵ Breve homenagem ao espírito inquieto de Dom Helder Câmara. Veja-se: **O santo rebelde**. Documentário produzido pela Cor Filmes (2005).

⁸⁶ “One fights the better when one is standing up for one’s rights”. HÄGERSTROM, Axel. **Inquiries into the nature of law and morals**. Uppsala: Almqvist, 1953, p. 02.

⁸⁷ A noção de *imaginário* é buscada na cultura islâmica, com recurso aos estudos de Henry CORBIN, por meio de quem se teve contato com a idéia de *mundus imaginabilis*: “the world of the Image, mundus imaginalis: a world as ontologically real as the world of the senses and the world of the intellect, a world that requires a faculty of perception belonging to it, a faculty that is a cognitive function, a noetic value, as fully real as the faculties of sensory perception or intellectual intuition. This faculty is the imaginative power, the one we must avoid confusing with the imagination that modern man identifies with “fantasy” and that, according to him, produces only the “imaginary.” **Mundus imaginabilis or the imaginary and the imaginal**, p. 05.

invariavelmente, conformam para si um imaginário marcado por memórias, expectativas e representações acerca do direito. A despeito da participação ou não nos deslinde de ações processuais, termina-se por conformar imaginários sobre o direito, independentemente de conhecimentos rigorosos ou elaborados sobre específicas temáticas jurídicas.

Inexiste entre os diferentes homens um “reconhecimento geral e uniforme do direito”, tampouco um “sentimento comum quanto à sua necessidade interna” (*Gefühl innerer nothwendigkeit*).⁸⁸ Os imaginários individuais variam quanto à representação da juridicidade⁸⁹. Em grupamentos coesos poderá haver maior compatibilidade de representações, o que de modo algum eliminará divergências e mesmo animosidades delas decorrentes. A variabilidade dos imaginários jurídicos é constatável inclusive desde perspectiva temporal. Homens de diferentes épocas soem identificar manifestações diversas como jurídicas, guardando os imaginários correlação com as experiências presenciadas ou de que se têm notícia. Também assim, constata-se variabilidade em função de diversidades culturais. Os imaginários jurídicos são impregnados por pressuposições arraigadas nas diferentes conformações de cultura humana, tornando-se muitas vezes incompreensíveis – e mesmo destituídas de sentido - manifestações jurídicas de um grupamento às interpretações de outro, o que se faz perceptível, desde logo, nas diversidades das condutas reputáveis por ilícitas em uma e noutra comunidade. Práticas mágicas tribais, utilizadas desde tempos imemoriais em rituais de purificação destinados à cura são, não raro, rechaçadas por padrões civilizatórios que determinam opção pela medicina contemporânea em detrimento do que se reputa por curandeirismo, podendo-se mesmo chegar ao estabelecimento de disputas judiciais envolvendo “exercício ilegal da medicina”⁹⁰.

Em alguns países, discute-se seriamente a possibilidade ou não de transmissão televisada de execuções de pena capital desde a perspectiva dos assim chamados direitos humanos. A simples possibilidade das chamadas penas de morte é execrada alhures. Noutros, problematiza-se a plausibilidade jurídica de programas televisivos como o *Big Brother* diante de garantias como a da privacidade/intimidade. Havendo

⁸⁸ “(...) allgemeinen, gleichförmig Annerkenung des Positiven Rechts” SAVIGNY, Friedrich Carl von. **System des heutigen römischen Rechts**. Band 1, Berlin, 1840, p. 15

⁸⁹ “He hallado en un mismo pueblo contradicciones en cuestiones esenciales y principales de la ética, y, por ello, he llegado paulatinamente a la conclusión de que las verdades éticas y jurídicas no pueden ser innatas”. JHERING, Rudolph. **Sobre el nacimiento del sentimiento jurídico**. Madrid: Mínima Trotta, 2008, p. 33.

⁹⁰ Veja-se FREUD, Sigmund. Pueden los legos ejercer análisis? In: **Obras Completas (1925-1926)**. V. XX. 3 ed. Tradução para o espanhol de José Etcheverry. Amorrortu Editores, 1992, pp. 171-234.

ainda aqueles em que se problematiza a viabilidade ou não de transmissão ao vivo das sessões plenárias da Suprema Corte, sob o discurso da publicidade das decisões judiciais.

Não há número definido de formas *a priori* identificáveis na conformação dos imaginários jurídicos. É ficcional recorrer a figuras como *consciência* (*Rechtsbewußtsein*) ou *sentimento* jurídico (*Rechtsgefühl*) e mesmo *espírito do povo* (*Volksgeist*) no singular para designar a representação de cada grupamento, num momento histórico, acerca da juridicidade. A fragilidade destas construções se revela mediante perquirição sobre qual o sentimento jurídico do povo em questões recorrentes como a adoção ou não da pena de morte, a permissão ou não do casamento entre pessoas do mesmo sexo ou mesmo quanto à permissão ou não do aborto, em que a opinião pública se divide em algo próximo do meio a meio, revelando-se suscetível a bruscas oscilações. Mesmo as variáveis a que se confere a alcunha de jurídicas oscilam no tempo e no espaço. Nem sempre manifestações legislativas ou estudos chamados doutrinários jogam papel na percepção e conformação do direito. Ora se alargam, ora se restringem os repertórios da juridicidade, atribuindo-se ou não relevância jurídica a pontuais manifestações da vivência humana. As representações são plurais e, não raro, divergentes. Todavia, em maior ou menor grau, os imaginários jurídicos dos indivíduos se influenciam mutuamente, na medida em que experiências são compartilhadas ou compartilháveis.

Uma cigana espanhola que se uniu matrimonialmente a um homem mediante cerimônia celebrada em conformidade com ritos e tradições de seus respectivos grupos espera ver reconhecido direito à percepção de pensão de viuvez, por ocasião da morte daquele que reputava seu marido durante 29 anos. Os agentes da burocracia estatal (membros do “INSS”) encarregados da decisão quanto à existência ou não de dever de pagamento da pensão poderão interpretar a situação de modo diverso, não reconhecendo juridicidade à cerimônia matrimonial realizada em desatenção aos procedimentos previstos no Código Civil Espanhol. Órgãos julgadores poderão ser instados a se manifestar sobre a questão e sucessivas instâncias poderão revelar entendimentos dissonantes.⁹¹ Variáveis distintas podem ser levadas em consideração. Além de disposições legislativas, aspectos atinentes à capacidade financeira da Seguridade Social não raro são trazidos à discussão em questões envolvendo pagamento de pensões.

⁹¹ **MUÑOZ DIAZ v. SPAIN**. 49151/07. Corte de Estrasburgo (Decisão proferida em dezembro de 2009).

Complexidade pode ser agregada ainda pelo sentimento, por parte da mulher, de que as decisões denegatórias do reconhecimento da legalidade de seu matrimônio são discriminatórias, aviltando a condição dela de pertencente a grupo étnico minoritário, pleiteando recebimento de determinada soma indenizatória. Somente após a decisão apta a formar coisa julgada é que se poderá indicar o direito do caso em questão, que se realizará em sua especificidade no curso de *procedimento* específico, alimentado por *processos* marcados, dentre outros fatores, pela interferência das expectativas dos interessados, amparadas nas representações que fazem do direito, articuladas sob a forma de pretensões processuais. Mesmo decisões de última instância, contudo, se fazem suscetíveis de impugnação perante tribunais supranacionais e internacionais, agregando-se novos desdobramentos aos processos de realização do direito. Decisão final favorável à cigana poderá afetar o imaginário de outros membros de seu grupo e de outros grupos eventualmente imersos em situações semelhantes, conformando repositório de memórias e alimentando projeções quanto à possibilidade de decisão benéfica (aos seus interesses). Expectativas são formadas e deformadas no seguimento das experiências humanas em diferentes âmbitos. Tal não se passa de modo distinto quando se tem em mente a continuidade do direito.

Ainda que oscilem as manifestações da vivência humana a que se atribui relevância jurídica, em função de tempo e espaço, permanece algo a que se chama de e se vivencia por direito nas diferentes culturas. Num jogo de memória, expectativas e representações, conformam-se imaginários jurídicos, propagando-se linguisticamente o direito de geração a geração. A heterogeneidade das manifestações jurídicas parece vir acompanhada de alguma homogenização, na medida em que se segue falando de direito para designar experiências humanas diferenciadas e mesmo incompatíveis desde determinados pontos de vista – uma decisão judicial e também outra que lhe é exatamente contrária (proferidas por diferentes instâncias decisórias) são albergadas sob o signo de direito.

As experiências de adjudicação, isto é, de submissão de casos jurídicos a competências das autoridades julgadoras, para que lhe ofereçam um desfecho, possibilita a continuidade do direito, em incessante fluxo, que conhece momentos de condensação na conformação da chamada coisa julgada. A partir das experiências próprias ou alheias, desde que compartilhadas, não cessam de se formar e deformar os imaginários sobre o direito.

Pode-se falar, nesses termos, em diferentes modos de se vivenciar o direito, conformando-se vivências jurídicas individuais (pessoais), singularizadas pelas experiências dos jurisdicionados e de seus procuradores, bem como dos próprios julgadores. Não apenas por aquelas experiências de que efetivamente participaram, mas também em função de outras a que tiveram acesso. As memórias alimentam expectativas que podem vir a ser frustradas pelas novas experiências, modificando-se incessantemente (ou ao menos restando sempre passível de modificação) a representação de juridicidade realizada por cada indivíduo (jurisdicionado ou julgador), mas restando mantida uma vivência jurídica que alcança a todos (compartilhada socialmente), marcada pela inevitabilidade de uma decisão vinculante que acertará/desfechará os casos adjudicados.

Segue-se, assim, vivenciando o direito como experiência decisória a integrar um “imaginário coletivo” (que mantém vivo o direito enquanto signo lingüístico, ainda que abrangendo repertório não uniforme) alimentado pelas novas decisões,⁹² em torno das quais, em distintos momentos históricos, orbitam diferentes elementos (de auspícios a leis) que passam a se revestir de carga simbólico-jurídica, isto é, que passam a ser frequentemente associados à juridicidade.

Alterações legislativas podem afetar a maneira como se representa a juridicidade. Expectativas diversas podem vir a ser associadas ao deslinde de problemas recorrentes em virtude de modificações de determinados dispositivos da legislação de trânsito, por exemplo. Como medidas de segurança pública, aprovam-se no Congresso Nacional disposições legais em tese mais severas com relação à embriaguez no volante, reformulando-se o Código de Trânsito⁹³. Estabelecem-se, no Brasil, índices máximos de

⁹² “(...) so kann kein Zweifel darüber herrschen, dass auch die sonstigen Vorstellungen des Rechtsbewusstseins von Gerechtigkeit und Billigkeit nur Folgeerscheinungen des Rechtsmechanismus sind und also im Prinzip nicht als Grundlage der Gesetze und ihrer Auslegung betrachtet werden können. (...) *Obgleich das allgemeine Rechtsbewusstsein ohne den Rechtsmechanismus nicht denkbar ist*, so ist es doch von ausserordentlicher Bedeutung für diesen.” LUNDSTEDT, Anders Vilhelm. **Die Unwissenschaftlichkeit der Rechtswissenschaft**. Erster Band. Die falschen Vorstellungen von objektiven Recht und subjektiven Rechten. Berlin: Dr. Walther Rothschild, 1932, pp. 239-240.

⁹³ A Lei 11.705/08, que entrou em vigor na data de 19 de junho de 2008, popularmente conhecida como “Lei Seca”, modificou o art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro, estabelecendo o seguinte:

Conduzir veículo automotor, na via pública, estando com concentração de álcool por litro de sangue igual ou superior a 6 (seis) decigramas, ou sob a influência de qualquer outra substância psicoativa que determine dependência:

Penas - detenção, de seis meses a três anos, multa e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor.

Ainda, o parágrafo único do referido artigo estabeleceu:

O Poder Executivo federal estipulará a equivalência entre distintos testes de alcoolemia, para efeito de caracterização do crime tipificado neste artigo.

Em virtude disso, foi editado o Decreto nº 6.488, de 19/6/08, que previu o seguinte:

dosagem de álcool por litro de sangue para motoristas, tipificando-se como criminosa a conduta daquele que for flagrado dirigindo sob influência demonstrada – mediante exame de sangue ou teste de aparelho alveolar pulmonar - de substância alcoólica em quantidade superior a daqueles patamares.

A aparente maior gravidade da legislação pode revelar impactos sobre as condutas dos jurisdicionados, que passam a temer a possibilidade de julgamento que venha a incriminá-los sob a nova tipificação. Não tardarão a ser adjudicados casos para discutir concretas situações em que indivíduos foram parados no trânsito por autoridades policiais, sob suspeita de estar dirigindo sob efeito de álcool. Os casos poderão assumir os mais variados contornos. Poder-se-á tentar impugnar a constitucionalidade dos próprios dispositivos legislativos comumente utilizados nessas situações para conformar denúncia penal, alegando-se a impossibilidade de se estabelecer crimes de perigo abstrato. Em situações de recusa do motorista à submissão aos exames de alcoolemia, poder-se-á cogitar do estabelecimento de multa também prevista na legislação para esta hipótese, bem como se poderá aventar a inadmissibilidade deste tipo de autuação, diante da garantia constitucional da não auto-incriminação. Também assim, poder-se-á atacar a própria tipicidade concreta da conduta daquele que não se submeteu ao exame de alcoolemia com relação ao crime de *embriaguez ao volante*, diante da não verificação de elemento objetivo do tipo, que requereria a demonstração, por meios especificados em decreto legislativo, de determinadas quantidades de álcool por quantidade de sangue.

Nos diferentes casos, as diferentes autoridades julgadoras poderão divergir diante das pretensões colidentes das autoridades administrativas e dos jurisdicionados. Instâncias sucessivas de julgamento poderão revelar entendimentos opostos. Não é de ser excluída a hipótese de que julgadores integrantes do mesmo órgão de jurisdição venham a se posicionar de maneira dissonante a respeito dos pedidos formulados em juízo pelas partes interessadas. Poderá haver momentos percebidos como de grande indefinição jurisprudencial, em que diferentes turmas do Tribunal manifestam alternadamente posicionamentos incompatíveis.

Art. 2º Para os fins criminais de que trata o art. 306 da Lei nº 9.503, de 1997 - Código de Trânsito Brasileiro, a equivalência entre os distintos testes de alcoolemia é a seguinte:

I - exame de sangue: concentração igual ou superior a seis decigramas de álcool por litro de sangue; ou
II - teste em aparelho de ar alveolar pulmonar (etilômetro): concentração de álcool igual ou superior a três décimos de miligrama por litro de ar expelido dos pulmões.

A Sexta Turma do STJ, atualmente⁹⁴, entende ser imprescindível a submissão do motorista ao exame de alcoolemia para a configuração do tipo penal de *embriaguez ao volante*.⁹⁵ A Quinta Turma, por sua vez, entende ser possível suprir este meio de prova por outros, como a prova testemunhal, nas hipóteses em que a suposta conduta criminosa tiver lugar em municípios que não contam com equipamentos necessários à realização dos referidos testes ou na hipótese de recusa do motorista a se submeter aos exames legalmente determinados.⁹⁶ Juristas acadêmicos poderão se manifestar a favor de um ou outro posicionamento. As decisões da quinta turma revelam-se passíveis de ser reputadas *contra legem*, na medida em que se pode argumentar que se afastam do teor literal da disposição legislativa que serve de parâmetro à tipificação criminal. Mesmo no chamado direito penal, em que a designada doutrina reverbera a dominância da *tipicidade/reserva legal*, são constatáveis decisões interpretáveis como ilegais, mas nem por isso menos jurídicas, tendo sido emanadas pelas autoridades competentes. Tais decisões não deixarão de integrar a vivência do direito, inserindo-se no fluxo jurídico e conformando os imaginários sobre o direito, na medida em que poderão amparar representações e servir de base a expectativas quanto ao desfecho de casos futuros, bem como influenciar os julgadores encarregados em novas adjudicações.

Enquanto a questão não é pacificada (se é que será), isto é, enquanto não se chega a um entendimento mais ou menos uniforme, ainda que sempre provisório diante da possibilidade de mudança presente no horizonte, os jurisdicionados (e seus procuradores), bem como os julgadores de instâncias superiores, conformam diferentes representações sobre a juridicidade nessas específicas situações. Manifestações incompatíveis de um mesmo tribunal são albergadas pelo direito. A vivência jurídica segue adiante, não conhecendo interrupções, conformando-se os imaginários individuais a partir das concretas experiências de adjudicação. Alguns advogados recomendarão aos

⁹⁴ Por atualmente quer se designar o estado das manifestações decisórias do Superior Tribunal de Justiça em dezembro de 2010.

⁹⁵ Veja-se **STJ – HC 166.377-SP**. Relator Ministro Og Fernandes. Julgado em 01/07/2010.

⁹⁶ Veja-se **STJ – HC 117.230-RS**. Relatora Ministra Laurita Vaz. Julgado em 23/11/2010. Neste julgado, a relatora registra expressamente a existência de divergências jurisprudenciais internas ao Superior Tribunal de Justiça: “Prosseguindo, não se descarta que, em julgamento realizado pela E. Sexta Turma desta Corte proferiu-se, decisão cujo entendimento é contrário ao que vinha decidido a Quinta Turma – de que é essencial para a configuração típica do delito o exame de corpo de delito direto, especificamente por dois métodos: etilômetro ou exame de sangue (HC166.377/SP, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 10/06/2010, DJe 01/07/2010.). Nem que, recentemente, o eminente Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Relator do REsp 1.111.566/DF, submeteu à Terceira sessão a solução da controvérsia. Entretanto, na presente controvérsia, submetida à esta Corte pela urgente via do *writ*, é de prevalecer o tradicional entendimento desta Quinta Turma, no sentido de que a prova da embriaguez ao volante prescinde de teste pericial específico”.

consultantes (a lhes telefonar diretamente de uma *blitz* policial) que não se submetam ao chamado teste do bafômetro, confiando no prevalecimento do entendimento da Sexta Turma do STJ. Outros serão mais cautelosos quanto a simples possibilidade de oferecer conselhos enfáticos neste particular tema, enquanto a situação não adquire (potencialmente provisórios) contornos que possam reputar mais definitivos. É possível que o desacerto entre as Turmas do Tribunal persista por longos períodos. Mesmo a eventual pacificação no STJ (almejada em incidente de uniformização de jurisprudência)⁹⁷ não impedirá superveniência de decisões dissonantes em outras instâncias ou de nova virada jurisprudencial naquele mesmo Tribunal. O direito segue como fluxo, no curso das experiências pessoais e alheias compartilhadas, que poderão determinar conformação de diferentes representações e expectativas diante de novas adjudicações em casos reputáveis semelhantes, a partir das memórias construídas sobre a notícia das decisões passadas.

D.N.S., que, segundo versão fática registrada no relatório do acórdão da instância recursal, dirigia pela contramão e apresentava sintomas visíveis de embriaguez, obteve habeas corpus perante o STJ por atipicidade da conduta, em função da não demonstração, por meio idôneo, de quantidades específicas de álcool no sangue⁹⁸, já que havia se recusado ao chamado bafômetro. Este precedente conformará imaginários daqueles que com ele vierem a ter contato, podendo figurar como elemento relevante no estabelecimento de estratégias judiciais por parte dos advogados de um novo interessado. Nada garante, contudo, que as próximas adjudicações serão decididas no mesmo sentido. Prossegue o direito. Permanece em realização a vivência jurídica, a despeito das constantes mudanças.

O direito permanece vivo na linguagem humana. Como signo, é propagado na comunicação entre os indivíduos. Os homens associam ao jurídico grande número de variáveis. Discussões de política legislativa integram os imaginários jurídicos individuais. Escândalos de corrupção no Congresso Nacional ensejam clamor por modificações legislativas. Assassinatos brutais propaladas pelas diferentes mídias afetam as opiniões populares e muitos depositam no direito, vislumbrado na legislação, a possibilidade de solução. Discursos pelo fim da impunidade são perpretados e espera-se uma resposta das autoridades competentes em situações de clamor social. As leis,

⁹⁷ Veja-se **STJ RE 1.111.566-DF**. Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. Aguardando julgamento.

⁹⁸ Caso referido acima, na nota de rodapé número 93.

presentemente, encontram lugar de destaque na representação que leigos e profissionais de direito fazem da juridicidade. O imaginário jurídico afigura-se como de dimensões oscilantes. Elementos bastante heterogêneos são a ele reconduzidos não apenas em função da diversidade de tempo e espaço, mas inclusive em função de variações individuais, pois embora igualmente sujeitos à juridicidade, os diferentes homens vivenciam o direito de maneiras não idênticas. Remanesce, entretanto, a intervenção decisória de terceiro provocado a se manifestar sobre casos jurídicos no horizonte das conversações, isto é, dos discursos construídos em torno de problemas representados pelos indivíduos como jurídicos.

É a inevitabilidade da decisão jurídica que assegura a existência do direito como *continuum*,⁹⁹ permitindo identificá-la como vivência humana particular, a despeito de imiscuído na existência de indivíduos que o representam de formas distintas. É ela a possibilitadora da identificação de um modo de vida específico alcinhável por direito, a oferecer possível justificativa do porquê da designação unívoca de experiências tão multifacetadas quanto são aquelas representadas pelos homens como jurídicas, que, de alguma forma, emergem num horizonte em que remanesce presente o problema da decidibilidade. As sucessivas e inafastáveis experiências de adjudicação alimentam os imaginários jurídicos individuais e dão vazão ao *continuum* jurídico,

⁹⁹ A questão da condição de possibilidade do *continuum* do direito foi levanta, noutro contexto, por grandes nomes da vivência jurídica. Assim, por exemplo, Adolf MERKL perguntava pela existência de continuidade entre os diferentes direitos estatais, bem como entre eles e o direito internacional, preocupado com o melhor tratamento sistemático das relações entre os diferentes direitos numa perspectiva unitária. “Das Kernproblem läßt sich auf die Frage zuspitzen: gibt es nur eine Rechtsordnung oder eine Vielzahl von Rechtsordnungen. Muß man alles Material, das unter dem Titel des *Rechtes*, mit dem *Prätex*te, Recht zu sein, auftritt, in ein rechtswissenschaftliches System oder in eine Mehrzahl von Systemen bringen?” MERKL, Adolf. Das Problem der Rechtskontinuität und die Forderung des einheitlichen rechtlichen Weltbildes. In: Kelsen, Hans. MERKL, Adolf. VERDROSS, Alfredo. **Die Wiener Rechtstheoretische Schule**. Wien: Europa Verlag, 1968, pp. 1267-1300, p. 1268. Fritz SANDER, por sua vez, preocupava-se com o impacto das revoluções na continuidade das experiências jurídicas estatais, procurando enfrentar o fenômeno da sucessão de estados. “Dieses Problem der Revolution bringt in seinem logischen Kerne das Problem der Kontinuität der Rechtsordnung.” SANDER, Fritz. Das faktum der Revolution und die Kontinuität der Rechtsordnung. In: SANDER, Fritz. Kelsen, Hans. **Die Rolle des Neukanstismus in der Reinen Rechtslehre**. Eine Debatte zwischen Sander und Kelsen. Scientia Verlag Aalen, 1988, pp. 41-73, p. 43. Vilhelm LUNDSTEDT aborda o problema do *continuum* jurídico desde perspectiva psico-sociológica, perguntando-se sobre as motivações para a manutenção do direito (para a continuidade do funcionamento da maquinaria jurídica), formulando questão consistente em saber *o que aconteceria aos seres humanos* de as atividades jurídicas (entendidas aí a legislação e, principalmente, a judicatura) fossem descontínuas? LUNDSTEDT, Vilhelm. **Legal Thinking Revised**. Stockholm: Almqvist & Wiksell, 1956, p. 131. Aqui interessava oferecer solução à questão da continuidade da vivência jurídica, isto é, da manutenção da representação de experiências cambiáveis historicamente como *jurídicas*. Cumpre atentar para um fluxo de eventos/situações em que manifestações bastante heterogêneas são reunidas sob a alcunha de direito.

permitindo falar em *direito*, ainda que sob este signo se desigenem as mais variadas manifestações¹⁰⁰.

As memórias (passado) e expectativas (futuro) individuais integram a realização do direito, que não conhece interrupções, conformando imaginários que encerram ainda representações sobre o que seja o direito, ou ao menos sobre manifestações reputáveis jurídicas. A vivência jurídica se afigura como implicação recíproca de experiências e imaginários fomentados por memórias daquelas, responsáveis (ainda que não exclusivas) pela projeção de expectativas dos jurisdicionados – e mesmo dos julgadores, ainda que noutra perspectiva - que representam diferentes situações como jurídicas, ou, mais propriamente, como merecedoras de decisões juridicamente favoráveis. Os fatais choques entre expectativas de diferentes indivíduos ou grupos e inevitabilidade da tomada de uma decisão judicial é que mantêm o direito em constante fluxo, na medida em que reiteradas pretensões de decisão são trazidas a juízo, vertendo-se situações controvertidas em casos jurídicos clamantes por desfechos tendencialmente definitivos (coisa julgada).

O direito não cessa de se realizar, consubstanciando-se como processo(s) em que se aglutinam, dentre outros fatores, as expectativas colidentes de diferentes indivíduos, as quais são assumidas, no imaginário de cada um deles, como representativas *da* juridicidade. Tanto os parentes brasileiros de S.R.G quanto seu pai biológico norte-americano, ao ingressar em disputa judicial acerca da guarda da criança, provavelmente representavam para si a titularidade de um direito a ser assegurado pelas autoridades julgadoras, nutrindo expectativas em torno da exarcação definitiva do direito do caso. Ainda que tudo não se passasse assim no âmago de suas convicções pessoais, foi como se assim fosse que as pretensões de cada parte terminaram por ser aduzidas em juízo, mediante a intervenção dos procuradores segundo estratégias determinadas voltadas à obtenção da decisão favorável aos diferentes interesses em jogo (por eles representados).

¹⁰⁰ A diversidade das manifestações frequentemente designadas por jurídicas levou, em 1931, Jerome Frank a optar por abandonar o uso da palavra “direito” em favor da especificação, caso a caso, das pontuais manifestações jurídicas que tinha em mente ao discutir diferentes temas. “In 1931, I published an article in which I said that, in any future writing on the subject-matter of this book, I would, when possible, shun the use of the word Law; instead I would state directly – without an intervening definition of that term – what I was writing about, namely (1) specific court decisions, (2) how little they are predictable and uniform, (3) the process by which they are made and (4) how far, in the interest of justice to citizens, that process can and should be improved”. FRANK, Jerome. *Legal thinking in three dimensions*. *Syracuse Law Review*, 9, 1949-1950, p. 9.

Não obstante, a específica manifestação jurídica somente ocorrerá no deslinde de procedimento jurídico determinado, com a emanção de decisão vinculante por autoridade reconhecida como competente após a provocação dos legitimados mediante exercício de ação processual (bem como manejo de possíveis recursos e com possibilidade de apresentação de mecanismos de defesa por parte daqueles que figuram no pólo oposto da situação). Desse modo, os *processos jurídicos* que promovem o fluxo do direito são canalizados, por assim dizer, para o interior de *procedimentos*, com a transformação de pendengas da vida cotidiana (situações reputáveis por jurídicas) em casos jurídicos clamantes por decisão apta a formar coisa julgada, que será tomada por órgão competente ao cabo de *procedimento judicial* cujo desenrolar não pode ser de antemão delineado. Anteriormente a ela, a rigor, inexistente direito pleno. Juridicamente, a guarda não pertence a David Goldman, tampouco aos parentes brasileiros. De qualquer modo, as expectativas dos diferentes indivíduos mantêm o direito em movimento, como processo, em realização, na medida em que convertidas em atos processuais aptos a provocar a manifestação jurídica final.¹⁰¹

Não se sabe como, exatamente, se alcançará a decisão final, apenas sendo certo que um pronunciamento com pretensões de definitividade será realizado. As inquietações e descontentamentos das partes opostas num procedimento jurídico imprimirão a ele contornos não raro inusitados. A perspicácia dos procuradores envolvidos na contenda também poderá repercutir na trajetória rumo à coisa julgada. Também assim os julgadores poderão aventar soluções inéditas e até então inimaginadas para o caso em juízo. Não há como prever a atitude dos julgadores perante a astúcia dos advogados ou diante do incômodo representado por determinadas questões à sua particular visão de mundo. Os procedimentos jurídicos marcham por caminhos indizíveis de antemão, muitas vezes abrindo sendas ainda não percorridas.

Jurisprudência sedimentada pode conhecer ponto de ruptura a qualquer momento. Apostar no deferimento ou não de mandado de segurança em face de decisão

¹⁰¹ “(...) ideas mágicas, irreales en si mismas, adquieran (...) una cierta e indirecta conexión funcional con algunas realidades jurídicas, encuanto vivencias jurídicas (...) Esta conexión no es, por cierto, capaz de dar a estas ideas ningún significado racional, pero sin embargo produce una cierta correspondência entre realidad jurídica y expresión tradicional, que provoca el sentimiento de que aunque las normas racionalizadas del derecho, de acuerdo con su sentido literal, son falsas o de naturaleza supersticiosa, significan o simbolizan alguna realidad jurídica. O en última instancia, que ellas corresponden a ciertas realidades jurídicas que, una vez sometidas a la crítica, se asegura que son lo que era *realmente* significado por las ideas en cuestión.” ROSS, Alf. **Hacia una ciencia realista del derecho**. Crítica del dualismo en el derecho. Tradução de Julio Barboza. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1961, pp. 20-21.

de Ministro do Supremo Tribunal Federal se afigura como jogar na loteria.¹⁰² Decisões legalmente (textualmente) irrecorríveis podem ser reformadas em virtude de recebimento de recurso em face delas.¹⁰³ A prévia disposição de ritos em diplomas legais não assegura o efetivo desdobramento dos procedimentos em conformidade com o desenho abstrato ali sugerido. Detalhes procedimentais podem ser relevados, sob o discurso de não exacerbação do formalismo. Não raro, até mesmo a contagem de votos ou a forma de obter desempate em julgamentos colegiados se revelam controvertidas. Ainda que a possibilidade de se manifestar pela ordem seja determinada a todos advogados em quaisquer instâncias, pode ela vir a ser denegada pela autoridade competente em concreto processo jurídico, sob pretexto de falta de expressa disposição regulamentar.¹⁰⁴ Também assim, não serão excepcionais as situações de incerteza

¹⁰² “A orientação deste Supremo Tribunal Federal é no sentido do não cabimento do mandado de segurança contra ato jurisdicional da Corte. Nesse sentido o julgado nos seguintes precedentes: MS 25.413-AgRg, de minha relatoria, Pleno, *DJ* 14.6.2007; MS 22.515-AgRg, Rel. Min. Sydney Sanches, Pleno, *DJ* 4.4.1997; MS 22.626-AgRg, Rel. Min. Celso de Mello, *DJ* 22.11.96; MS 21.734-AgRg, Rel. Min. Ilmar Galvão, *DJ* 15.10.93. **No entanto, em hipóteses excepcionais, esta Corte já admitiu a impetração de mandado de segurança contra atos jurisdicionais irrecorríveis e exarados monocraticamente por Ministros do STF.**” Fundamentação da Decisão do Ministro Gilmar Mendes na Medida Cautelar em Mandado de Segurança 28.252-DF.

¹⁰³ Contrariamente à expressa disposição legal, constante do parágrafo 2, do artigo 7 da lei 9.868/1999, o Supremo Tribunal Federal já admitiu, em algumas decisões, a possibilidade de recurso, por parte dos interessados em participar dos procedimentos de controle de constitucionalidade na condição de *amicus curiae*, em face de decisão denegatória de ingresso.

Ar. 7. Não se admitirá intervenção de terceiros no processo de ação direta de inconstitucionalidade (...)

Parágrafo 2. O relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá, por despacho irrecorrível, admitir, observado o prazo fixado no parágrafo anterior, a manifestação de outros órgãos ou entidades. Vejam-se, exemplificativamente: **ADI 3615 ED/PB.** Relatora Ministra Carmen Lúcia. DJE 25/04/2008. “EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO OPOSTOS POR AMICUS CURIAE. AUSÊNCIA DE LEGITIMIDADE. INTERPRETAÇÃO DO § 2º DA LEI N. 9.868/99. 1. A jurisprudência deste Supremo Tribunal é assente quanto ao não-cabimento de recursos interpostos por terceiros estranhos à relação processual nos processos objetivos de controle de constitucionalidade. 2. Exceção apenas para impugnar decisão de não-admissibilidade de sua intervenção nos autos. 3. Precedentes. 4. Embargos de declaração não conhecidos” e **ADI 3105 ED/DF.** Relator Ministro Cezar Peluso. DJ 23/02/2007. “EMENTA: EMENTA: AÇÃO DECLARATÓRIA DE INCONSTITUCIONALIDADE - ADI. Amicus curiae. Recurso. Legitimidade ou legitimação recursal. Inexistência. Embargos de declaração não conhecidos. Interpretação do art. 7º, § 2º, da Lei 9.868/99. Amicus curiae não tem legitimidade para recorrer de decisões proferidas em ação declaratória de inconstitucionalidade, salvo da que o não admita como tal no processo.

¹⁰⁴ No dia 05/12 de 2010, foi o que aconteceu com o procurador do Centro de Educação Religiosa Judaica. A despeito do disposto no artigo 7, inciso X da lei 8.906/94 (Estatuto da Advocacia), o advogado teve negada, pelo Ministro Gilmar Mendes, presidente do Supremo Tribunal Federal, a solicitação de uso da palavra para a apresentação de questão de ordem durante o julgamento do Pedido de Suspensão de Tutela Antecipada movido pela parte contrária (a União por intermédio da AGU). O caso, ainda pendente de decisão final, versa sobre a possibilidade de 22 alunos judeus realizarem a prova do ENEM e data compatível com sua crença religiosa.

Lei 8.906/94. Art. 7º São direitos do advogado:

X – usar da palavra, pela ordem, em qualquer juízo ou tribunal, mediante intervenção sumária, para esclarecer equívoco ou dúvida surgida em relação a fatos, documentos ou afirmações que influam no julgamento, bem como para replicar acusação ou censura que lhe forem feitas.

quanto à própria competência para o deslinde do caso adjudicado¹⁰⁵. Procedimentos que conduziram a decisões já em execução podem ter sua nulidade determinada, de modo que a resolução sucessiva da mesma questão pode ser operada em termos bastante diversos.¹⁰⁶

O desafio dos estudos jurídicos parece ser o de encarar o direito em sua dinamicidade, atentando para os processos jurídicos consubstanciados pela contínua emergência de conflitos e desajustes no curso da convivência humana em agrupamento.¹⁰⁷ É mister percebê-los como motriz da incessante realização do direito¹⁰⁸ que não se confunde com a decisão dos diferentes casos jurídicos adjudicados, mas que conhece nela o seu momento de esplendor. Tais processos, animados por vivências individuais conformadas por imaginários – memórias, representações e expectativas – e experiências, integram um direito em formação, isto é, em construção constante em

¹⁰⁵ Exemplificativamente, pense-se nas divergências jurisprudências deflagradas a partir da aprovação da Emenda Constitucional número 45, de 2004, com relação à competência para julgamento de ações de indenização por danos materiais e morais decorrentes de acidentes de trabalho, propostas por herdeiros dos empregados ou trabalhadores vitimados. As controvérsias giram em torno da interpretação do inciso VI do artigo 114 do documento constitucional, incluído pela referida emenda.

Art. 114. Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar: (...)

VI. as ações de indenização por dano moral ou patrimonial, decorrentes da relação de trabalho;

A partir da incorporação desse dispositivo ao documento constitucional, o Supremo Tribunal Federal passou a se manifestar, revendo orientação consignada em volumoso número anterior de precedentes, no sentido de ser da Justiça do Trabalho e não da Justiça Estadual Comum a competência para julgamento de ações em que se visa a discutir indenização de danos morais ou materiais oriundos de acidente de trabalho, ainda que tenham sido propostas pelos herdeiros (terceiros à relação de emprego ou trabalho) da vítima. Foi essa a posição adotada pelo pleno nas sessões do dia 29 de junho de 2005, por maioria (vencido o Ministro Marco Aurélio), no julgamento do Conflito de Competência 7204/MG (Relator Ministro Carlos Aires Britto), e do dia 03 de junho de 2009, por unanimidade, no julgamento do Conflito de Competência 7545/SC (Relator Ministro Eros Grau). Posteriormente a esta última decisão, somente em 2009, cinco anos posteriormente à aprovação da disputada emenda constitucional, portanto, o Superior Tribunal de Justiça cancelou a Súmula 366, que estabelecia ser da Justiça Estadual a competência para julgamento dessas ações. As divergências, contudo, prosseguem, não havendo consenso quanto à matéria, suscitando-se reiterados conflitos de competência entre os tribunais da justiça do trabalho e da justiça comum. Atualmente, resta pendente de julgamento, no Supremo Tribunal Federal, o Recurso Extraordinário 600091/MG (Relatoria Ministro Antonio Dias Toffoli), que teve repercussão geral reconhecida em dezembro de 2009, versando sobre esta questão.

¹⁰⁶ Veja-se, adiante, no capítulo IV (*Não mais normatividade*) o caso do furto dos quadros de Picasso e Portinari do museu do MASP, envolvendo conflito de competência entre a Justiça Estadual e a Justiça Federal.

¹⁰⁷ “(...) yo veo el Derecho como un proceso en el que ya no tiene sentido hablar de lo estático y lo dinámico porque (...) se trata de elementos inseparables que se interaccionan recíprocamente en un movimiento constante y, por ende, siempre inacabado. La ley es de ordinario un punto de partida, mas no siempre, y sobre todo, cuando entra en el proceso de concreción y aplicación, se transforma en dinamismo. Aquí no hay surcos fijos ni caminos trazados: ‘se hace camino al andar’.” NIETO, Alejandro.

Crítica de la razón jurídica. Madrid: Editorial Trotta, 2007, p. 85.

¹⁰⁸ “o processo é o método soberano de produção das decisões jurídicas”. “(...) das Verfahren die souveräne Erzeugungsmethodik der Urteile des Rechts ist.” SANDER, Fritz. **Rechtsdogmatik oder Theorie der Rechtserfahrung.** Kritische Studie zur Rechtslehre Hans Kelsen. Wien und Leipzig: Franz Deuticke, 1921, p. 32,

função de infundáveis variáveis, podendo confluir para procedimento específico, cambiável no tempo e no espaço, iniciado com tendência a rumar para a obtenção de decisão vinculante (ainda que, concretamente, seja possível imaginar que a finalidade de adjudicação de problemas determinados seja exatamente a de retardar, tanto quanto possível, sua resolução). Tal decisão emerge como inevitável e assegura a manifestação do direito, ainda que o procedimento que a ela conduz se realize em desatenção às condições previamente estabelecidas para seu desdobramento.¹⁰⁹

Tais circunstâncias e peculiaridades configuradoras dos processos jurídicos requerem dos agentes que neles atuam, sobretudo enquanto procuradores de determinados interesses inclinados à obtenção de decisões em dado sentido e enquanto julgadores encarregados de tomá-las, esforço por vivenciar o direito em sua variabilidade, não havendo possibilidade de se o aprender, em definitivo, como técnica ou imaginá-lo como âmbito de aplicação de conhecimentos científicos previamente construídos e adquiridos. Os saberes jurídicos de que podem se valer os profissionais das diferentes carreiras de direito se afiguram como vivências acumuladas em função de experiências próprias ou de contato com experiências de terceiros, conformando-se imaginário que lhes possibilita agir de modo a provocar decisões almejadas. Tais saberes poderão ser difundidos e lapidados nas tematizações que os juristas venham a fazer de situações e casos jurídicos.

Mesmo as “teorias” das chamadas dogmáticas jurídicas, que se distinguem, em dada perspectiva, por assumir a inevitabilidade da decisão como horizonte de reflexão, devem ser percebidas e articuladas como modos de vivenciar o direito, na medida em que não de tomar possíveis problemas ou casos jurídicos já ajuizados como tema a ser enfrentado. Tais teorias se revelam, nesta medida, variáveis integrantes da realização do direito e, enquanto tais, não deixam de se descortinar como forma de praticá-lo,¹¹⁰ uma

¹⁰⁹ “Il complesso di condizione che fanno giudizio un giudizio non sono state inventate da legislazione o da legislatori, che potevano porre le cose anche diversamente; sono le invenzioni, se si vuole, profonde e insuperabili della vita, nel senso che un giudizio in tanto può essere tale in quanto se realiza così (...)” CAPOGRASSI. Il quid ius e il quid juris in una recente sentenza. **Rivista de Diritto Processuale**, 1948, pp. 57-62, p. 59.

¹¹⁰ “La relación de la jurisprudencia académica con la *práxis jurídica* establecida puede considerarse como ‘práctica’ en tanto que los teóricos del derecho formulan instrucciones para la actividad del legislador y del *staff* jurídico (a veces también para la *práxis* contractual de la sociedad); asimismo dan indicaciones para la interpretación o presentan proposiciones de ley – *de lege ferenda* –; sistematizan las sentencias promulgadas y su fundamentación, las examinan y crítican en base a diversos criterios de precisión y rectitud. De esta manera la jurisprudencia académica se mueve principalmente, como soele decirse, en el mismo medio – con un lenguaje jurídico especializado y con criterios estandarizados de justificación y de crítica – que la *práxis jurídica*: su receptor y su emisor se hacen uno. La doctrina académica y la *práxis*

vez que os discursos dos juristas sobre o direito terminam por conformá-lo e deformá-lo, podendo interferir expressamente na constituição da decisão de casos específicos e funcionando ainda como difusoras de variadas perspectivas quanto à juridicidade de situações potencialmente conflitivas (direito possível), bem como respaldando ou criticando pontuais resoluções jurisprudenciais presentes e passadas (direito real). Assumem o contorno, portanto, de discursos *no* direito, não apenas se apresentando como discursos *sobre* a vivência jurídica, pois se prestam a imprimir-lhe certas feições, moldando-o e modificando-o. Tematizar o direito é e deve ser maneira de vivenciá-lo, revelando-se atividade que não raro resulta em efetivas interferências em processos jurídicos reais.

O chamado estudo doutrinário do direito, realizado mediante obras da designada dogmática jurídica, dificilmente poderá ser pensado como investigação científica. Não se pode avistá-lo como tendente a aumentar a compreensão sobre problemas jurídicos mediante ferramentas explicativas, a possibilitar exercício de previsões sobre resoluções judiciais ou a falsificar teses e argumentos insustentáveis. Revela-se, assim, antes como uma busca - destinada a soçoçobrar na medida em que ambicionar resultados peremptórios - por conformação do direito em determinadas direções¹¹¹. “Teorias” jurídicas são práticas no direito. E, como se verá, a prática jurídica carrega algumas pressuposições “teóricas” consigo, bem como pode se articular mediante exercícios teóricos, nas fundamentações de decisões judiciais.

As percepções “teóricas” dos juristas precisam ser levadas em conta na abordagem da vivência jurídica; a *Weltanschauung* dos profissionais das carreiras jurídicas condiciona a realização do direito e as elaborações “doutrinárias” podem jogar papel na sua conformação.¹¹² As tematizações dos juristas se revelam aptas a influenciar os imaginários jurídicos individuais. Não apenas quanto a pontuais resoluções de problemas selecionados junto a situações jurídicas e transformados em casos judiciais, mas num nível mais profundo. Algum “senso comum teórico” dos juristas impregna a

jurídica se funden con la jurisprudencia (...)” ROTLEUTHNER, H. Jurisprudencia y ciencias sociales. **Anales de la Cátedra Franciso Suarez**, n. 20-21, 1980-1981, p. 46.

¹¹¹ “The doctrinal study of law is not a scientific field on its own – is not a disciplin in either academic sense -, rather it is a pursuit (...) Accordingly, the doctrinal study of Law cannot be a scientific field on its own. It too is, instead, *practical action* itself. It is a part, extension, completion and augmentation of the praxis (...)” VARGA, Csaba. Law and its doctrinal study. (On legal dogmatics). **Acta jurídica hungarica**. 49, n. 3, 2009, pp. 253-274, p. 253.

¹¹² “(...) the jurist's professional ideology and the principle of legality, which unambiguously determines it, have functions of a real existence in the legal complex”. VARGA, Csaba. **The place of law in Luckacs world concept**. Budapeste: Akadémiai Kiadó, 1985, p. 154.

vivência do direito. Uma série de formulações dogmáticas passam a integrar a realização do direito como hábitos mentais dos juristas; pressuposições fortemente arraigadas no modo como concebem a juridicidade, tais quais as noções de “normatividade”, “validade”, “legalidade” e mesmo o modo como se concebe o processo de “aplicação do direito”. Tais pressuposições não deixam de conformar o próprio direito que se realiza no fluxo de incessantes processos¹¹³.

2.4 Teoria e prática jurídicas

Se é que se pode falar em um saber *jurídico*, entendendo-se sob essa expressão o saber de que se valem os juristas para se ambientar no curso da realização do direito, quer quando planejam contratos a serviço de clientes ou discutem meandros da elaboração de um edital de licitação pública, quer quando, na condição de julgadores, são instados a se manifestar sobre litígio surgido no curso de uma execução contratual ou sobre a anulabilidade de etapa qualquer de procedimento licitatório, tal saber não há de ser identificado como puramente teórico¹¹⁴, tampouco como científico, nem mesmo como técnico.

Construções teóricas contrapostas à ou simplesmente distanciáveis da prática jurídica, enquanto “conhecimento sistemático, isto é, isento de contradições e unitário”,¹¹⁵ ou seja, como “sistema unitário de conceitos jurídico-formais – e por isso juridicamente essenciais”,¹¹⁶ devem ser rechaçadas. Na gana pela perfeição sistemática, levada adiante com ímpetos de formulações coerentes e coesas, termina-se por edificar

¹¹³ “Se se quiser saber o que é o direito, contemplem-se os juristas: o direito é o que se desenvolve na cabeça dos juristas. A pergunta acerca do direito se responde de melhor maneira se se descobre como trabalham, o que fazem e como se representa tudo isso em suas cabeças”. WESEL, Uwe. **Juristische Weltkunde**. Frankfurt: Suhrkamp, p. 07.

¹¹⁴ “As teorias são redes, lançadas para capturar aquilo que denominamos ‘o mundo’: para racionalizá-lo, explicá-lo, dominá-lo”. POPPER, Karl. **A lógica da pesquisa científica**. Tradução de Leonidas Hegenberg e Octanny Silveira da Mota. São Paulo: Cultrix, 2007, p. 61.

¹¹⁵ “Wenn man unter ‘Theorie’ (im Gegensatz zur ‘Praxis’, d. h. praktischen Anwendung) die systematische, d. h. widerspruchsfreie und einheitliche Erkenntnis und die zu einer solchen Erkenntnis führende Methode – so wie man z. B. von einer ‘naturwissenschaftlichen Methode’ spricht – versteht (...)” WEYR, Frantizek. Die Rechtswissenschaft als Wissenschaft von Unterschieden. In: MÉTALL, Rudolph Aladar. **33 Beiträge zur Reinen Rechtslehre**. Wien: Europaverlag, 1974, pp. 547-559, p. 556.

¹¹⁶ “Versteh man, wie immer wieder hervorgehoben werden muß, unter der ‘Theorie des Rechts’ ein einheitliches System von formalen um eben deshalb rechtswesentlichen Begriffen als ein unentbehrliches Instrument jeglicher konkreter Rechtsinhaltskenntnis (...)” WEYR, Frantizek. Die Rechtswissenschaft als Wissenschaft von Unterschieden, p. 556.

emaranhados de belas e juridicamente ocas palavras, no sentido de que tais pretensas teorias não raro terminam por se afastar do direito¹¹⁷ (que declaram ser seu *objeto*).

É disparatado procurar distinguir teoria e prática jurídica¹¹⁸ como compartimentos estanques¹¹⁹. O saber jurídico se constitui na vivência do direito (no curso dos processos jurídicos) e ele próprio assume as feições de uma vivência.¹²⁰ Significa dizer que é precipuamente vivenciando o direito que os juristas conseguem se orientar no enfrentamento dos frequentemente inéditos problemas jurídicos. O compartilhamento de experiências e o estímulo à aprendizagem a partir das vivências pessoais, portanto, devem impulsionar a educação jurídica, na medida em que da análise lógico-formal de conceitos não resulta saber jurídico algum¹²¹.

Grandes edifícios teóricos costumam encontrar no cotidiano da realização jurídica o estopim de sua implosão. “Quando o que está em discussão é o conhecimento do direito, deve restar claro às mentes lúcidas que não se pode dar qualquer instrução [prévia]”,¹²² uma vez que “o direito não é um objeto que seja cognoscível, mas uma

¹¹⁷ Nesta linha as severas pauladas desferidas por Fritz SANDER em face às pretensões logicizantes de Felix KAUFMANN, que ambicionava propiciar uma “fundamentação lógica à doutrina pura do direito”. “Wie wäre es möglich, reine *Rechtsbegriff* ohne Hinblick auf Recht, auf eine Rechtsordnung (als Exempel für ‘ideierende Abstraktion’) zu gewinnen? Was gibt uns die Gewähr, daß Begriffe gerade Rechtsbegriffe sind? Nichts anderes als der Umstand, daß wir diese Begriffe ideierende Abstraktion aus dem Rechtsbewußtsein, aus einer Rechtsordnung gewonnen haben”. (Como seria possível obter puros *conceitos jurídicos* em manter os olhos sobre o direito, sobre um ordenamento jurídico (como exemplos para uma ‘abstração ideal’)? O que nos oferece garantia de que os conceitos com que lidamos são conceitos jurídicos? Nada senão a circunstância de que esses conceitos foram obtidos por meio de ideação a partir da consciência jurídica, de um ordenamento jurídico”. SANDER, Fritz. **Der Begriff der Rechtserfahrung**, *Logos*, 11, 1922-1923, p. 285.

¹¹⁸ “For contrasting theory and praxis is nothing but setting extreme points for conceptual differentiation in analysis. In reality, cognition is, albeit distinguished from, not completely detached from everyday consciousness; and praxis is the outcome of knowledge”. VARGA, Csaba. **Theory of judicial process**, p. 35.

¹¹⁹ Neste ponto, há que se internalizar as lições de Friedrich Carl von SAVIGNY sobre o modos como os juriconsultos romanos vivenciavam o direito. “No hay (...) uma distinción clara entre la teoría y la práctica: la teoría se lleva hasta lá más inmediata aplicación y la práctica vese siempre elevada a la altura del proceso científico. En cada teorema fundamental vese a un mismo tiempo un caso de aplicación, al modo cómo en todo caso práctico se descubre la regla que lo informa, revelando además una grán maestría en la facilidad con que pasan de lo general a lo particular y viceversa”. **De la vocación de nuestro siglo para la legislación y la ciencia del derecho**. Tradução de Adolfo G. Posada. Buenos Aires: Editorial Eliasta, 1977, p. 64.

¹²⁰ “(...) um homem, admitamos, sem nenhuma consciência jurídica, é capaz de construir uma família e “entendê-la” no sentido de pura “vivência” e não de ‘conhecimento’”. FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Concepção de Sistema Jurídico no Pensamento de Emil Lask**. P. 05. Disponível em: <http://www.terciosampaioferrazjr.com.br/?q=publicacoes-cientificas/117> Acessado em setembro de 2009.

¹²¹ “Vor allem muß erkannt werden, daß sich aus der formallogischen Analyse von Begriffen niemals Erfahrungserkenntnis gewinnen läßt”. SANDER, Fritz. *Alte und Neue Staatsrechtslehre. Kritische Bemerkungen zu Karl Bindings ‘Zum Werden und Leben den Staaten’*. **Zeitschrift für öffentliches Recht**. II Band. 1921, p. 182.

¹²² “I z výkladu velmi povolaných učitelů, kteří zůstávají mistry praktického používání method právnických, jsme si tam, kde jednali ex professo o právnických methodách, odnášeli málo uspokojivý

maneira em que é possível agir e, portanto, não é um conhecimento (complexo de noções que uma pessoa possui em relação a uma disciplina), mas uma expressão da vida. O direito não é conhecido, mas criado”.¹²³ Em matéria de compreensão do direito, sobretudo com relação às tentativas de submetê-lo a diferentes confabulações teóricas, o “só-sei-que-nada-sei socrático” revela-se atual e inafastável. A cada nova perquirição é-se surpreendido com resultados imprevistos.

Não há guias confiáveis. O direito se desenvolve na prática (e como tal) e não necessariamente em atenção às formulações acadêmicas, embora os discursos jurídicos influenciam-na em maior ou menor grau, na medida em que a realização do direito se perfaz (também) mediante enunciados lingüísticos articulados por profissionais que foram educados à base de estudo de literatura especializada. As chamadas doutrinas jurídicas jogam um papel no desenvolvimento do direito, em sua incessante realização e estruturação temporal, formando-o e deformando-o. Contudo, não se pode pretender avistar nas reflexões doutrinárias predeterminação dos contornos a serem assumidos pelas manifestações jurídicas. Do mesmo modo, seria pouco cauteloso e recomendável descuidar para o potencial condicionamento da visão global (concepção de mundo/ *Weltanschauung*) de direito dos juristas operada pelas construções das teses mais difundidas a cada momento, que passam a figurar como pressuposições nos discursos (jurídicos e do direito)¹²⁴.

As proposições da chamada doutrina ou dogmática jurídica, isto é, muitas das tematizações dos juristas, procuram interferir na realização do direito. Posições são sustentadas com ambições de convencimento¹²⁵. A tônica das elaborações dogmático-jurídicas não reside em fazer avançar conhecimento. As chamadas “teorias jurídicas” conformam o direito, formando-o e deformando, podendo interferir diretamente na

dojem: Hlavní věc je znalost zákona, ostatní je věcí zdravého lidského rozumu, tu nelze dáti žádného návodu“ Kallab, J. **O novějších směrech v metodologii právní praxe**. Brno: Barvič a Novotný, 1921, p. 2.

¹²³ “Právo tedy není předmětem, jež poznávám nýbrž jest způsobem, jak mohu jednati, není poznátkem, nýbrž zážitkem. Jinými slovy: právo nepoznáváme, nýbrž tvoříme”. Kallab, Jaroslav. **Úvod ve studium metod právnických**. Vol. I. V Brně: Barvič & Novotný, 1920. p. 123.

¹²⁴ Para a diferenciación mencionada no parêntesis, entre discurso do direito e discurso jurídico, consultar: CORREAS, Oscar. Alternatividad e derecho: el derecho alternativo frente a la teoría del derecho. **Crítica Jurídica**, México, n. 13, p.51-64, 1993.

¹²⁵ Não apenas de julgadores em concretos processos jurídicos, mas também da maior parcela possível de auditório conformador de algo como um nicho de juristas, compreendidos aí professores, pesquisadores e profissionais das carreiras jurídicas (advogados, promotores, procuradores e assim por diante).

realização judicativa, operando na transformação da juridicidade¹²⁶. Na medida em que não se prestam precipuamente a ampliar conhecimento, oferecendo explicações ou descrições fidedignas, antes se orientando pragmaticamente, no sentido de intentar soluções para problemas (selecionáveis em situações jurídicas) e casos, sequer faz sentido falar em falseabilidade ou verificabilidade das doutrinas jurídicas¹²⁷. Não se pode dizer da veracidade – ou submeter a testes de falsificação – de uma doutrina da *árvore envenenada* em detrimento de doutrinas inclinadas para a admissão de juízos de ponderação em matéria de prova ilícita no processo civil, a despeito de poderem se revelar, aos olhos de procuradores e julgadores, uma ou outra mais adequadas à defesa de determinados interesses em eventual disputa jurídica, no interior de um caso.

Com frequência os escritos dos juristas antecipam soluções a problemas jurídicos que posteriormente serão acatadas pelas autoridades competentes em decisões judiciais, no desfecho de casos adjudicados. Contribuições relevantes de produções acadêmicas podem ser encontradas, exemplificativamente, no alargamento e pluralização da noção de família, na experiência jurídica brasileira, acolhidos legislativamente no documento constitucional de 1988 e hoje utilizados para pleitear ratificações judiciais de uniões estáveis entre pessoas do mesmo sexo. Na experiência jurídica brasileira, figuras como o chamado *direito à desconexão*, no direito do trabalho, a *exceção de pré-executividade*, nos diferentes ramos do processo, a noção de *grupos societários de fato*, no direito empresarial, as diversas conformações dos designados *princípios da insignificância* e da *adequação social*, no direito criminal, e mesmo o amplamente utilizado instituto do *enriquecimento ilícito*, no direito civil, são produtos da interação entre as tematizações jurídicas e a atividade judicativa dos tribunais, tendo sido implementados na vivência do direito independentemente de previsões legais específicas. As construções dogmáticas inteferem (potencialmente) nos processos de

¹²⁶ “In brief: the legal doctrine is a good example of a practice of rational reasoning, aimed at a cognitive refinement of the law, yet in many cases leading to a change of it”. PECZENIK, Alexandre. Jumps and Logic in the Law. **Artificial intelligence and the Law**, v. 4, 1996, pp. 297-329, p. 305.

¹²⁷ “So not even the doctrinal study of Law does ‘cognitively recognize’, instead it gives a more sophisticated, linguistically-logically organized, thus *higher-level form* to a formal manifestation, which otherwise bear meaning just in and as bound to its given arbitrary appearance. Consequently, no results of dogmatics can be verified or falsified. (...) while we are busy at work we may come to gain some deep understanding; however with all of this – either at the time of the process itself or at a later revisiting of the issue – we do not advance the knowledge itself, instead we merely reduce the incidental nature or somewhat increase the utility of our things (...)” VARGA, Csaba. **The doctrinal study of Law**. (On legal dogmatics), p. 255.

realização do direito, integrando-o como variáveis. Os discursos dos juristas são formas de constituição da realidade do direito¹²⁸.

Ainda que não estejam vinculados às elaborações da designada dogmática jurídica, não é pouco comum que julgadores procurem fundamentar suas orientações decisórias em repertórios de argumentos oferecidos pela literatura jurídica. Também assim, os procuradores das partes costumam se valer de construções ditas doutrinárias para amparar suas pretensões. Não bastasse, as teses dominantes sobre o modo de existência do direito em diferentes momentos históricos terminam por repercutir na concretização do direito, isto é, no modo pelo qual o vivenciam os profissionais envolvidos em concretos processos jurídicos. Mesmo concepções reputáveis por muitos como puramente teóricas, a exemplo das chamadas teorias dos princípios, terminam por repercutir na maneira pela qual são decididos casos jurídicos. Num nível ainda mais profundo, cumpre lembrar que não resulta de uma suposta “natureza das coisas” pensar o e lidar com o direito como espécie de normatividade, da forma como parece fazer grande parte dos juristas, não apenas os acadêmicos, mas também os profissionais das diferentes carreiras jurídicas.

Se as muitas das tematizações jurídicas se revelam como formas de praticar o direito, isto é, como modalidades de vivenciá-lo, interferindo na sua realização judicativa, ora diretamente, mediante acolhimento de teses específicas pelos julgadores de caso particular, ora como pano de fundo das argumentações e decisões, na medida em que concepções bastante difundidas terminam por substanciar conjuntos de pressuposições arraigadas no modo como os juristas enfrentam problemas, não se pode perder de vista que também a prática judicial produz suas “teorias”. Fundamentações de decisões judiciais não raro se afiguram como inovadoras construções reputáveis teóricas em torno de questões relevantes do caso a ser decidido¹²⁹, também podendo se articular

¹²⁸ A esse respeito, relevantes as contribuições do estudo de AMADO, García. Sobre los modos de conocer el derecho. O de como contruir el objeto jurídico. **Droit et société**. N. 20-21, 1992, p. 55. “Con una fórmula un tanto paradójica, me atrevería a decir que, bajo esta óptica, el derecho es lo que se dice sobre el derecho 3. Y si esto es así, si el objeto derecho se constituye y se recrea permanentemente al hablar de él 4, a tal constitución contribuye todo discurso sobre el derecho que pueda tener efectos sobre la forma ulterior de entender y vivir lo jurídico en la sociedad correspondiente, bien sea porque se consolide, bien porque se modifique en algún punto la imagen del sistema jurídico socialmente vigente y operante”.

¹²⁹ Em não raros casos, ao proceder à fundamentação da parte dispositiva dos julgados, “el juez no actúa como decididor de un conflicto concreto sino como auctor. Leídas fuera de su contexto es imposible saber si el texto procede de una sentencia o de una monografía profesoral. Autores y jueces están produciendo la misma ‘doctrina’”. NIETO, Alejandro. **El arbitrio judicial**. 2 ed. Barcelona: Ariel, 2007, pp. 99-100. Basta pensar nas inúmeras tentativas judiciais de construção da noção de *processo eleitoral*, no Brasil. Em numerosos casos tentou-se estabelecer os marcos iniciais e finais deste processo, para fins de

no sentido de aprimoração e desenvolvimento, bem como de superação e abandono, de determinadas construções bastante difundidas nas tematizações jurídicas. O trabalho de justificação decisória poderá fornecer elementos para resolução de futuros casos adjudicados, passando a figurar as fundamentações de decisões passadas como variáveis integrantes do ininterrupto processo de realização do direito, podendo ou não ser acolhidas em futuras adjudicações, quer por parte dos procuradores, quer dos julgadores.

A separação e o distanciamento entre teoria e prática jurídicas obscurece o endereço comum da atividade dos juristas,¹³⁰ quer quando fazem do direito *tema* de reflexões e debates, escrevendo dissertações e teses, ministrando conferências e aulas ou trocando idéias numa mesa de bar, buscando a solução de problemas e casos, quer quando se deparam com problemas constitutivos de casos adjudicados e clamantes por decisão, inserindo-se concretamente em procedimentos jurídicos.

No horizonte do direito sempre se encontra a decidibilidade de casos jurídicos. A inevitabilidade da decisão de um terceiro incumbido do afazer judicativo imprime caráter singular à vivência jurídica, de modo que um saber propriamente jurídico apenas se perfaz mediante reflexões inseridas no curso da realização jurídica, isto é, se descaracteriza como saber *sobre* (construído desde fora) para se articular como saber *interno* à experiência jurídica (*no* direito).

Na medida em que o saber jurídico se reveste da qualidade de uma vivência, construindo-se concomitantemente à participação dos agentes jurídicos no deslinde de casos adjudicados, ou mesmo da tematização de aspectos de tais casos engastada por diferentes indivíduos na condição de estudiosos não diretamente envolvidos (ou de simples curiosos), resta impertinente a manutenção da dicotomia teoria e prática em

determinação de efeitos legais. Vejam-se, exemplificativamente, a **STF – ADI 3685**. Relatora Min. ELLEN GRACIE, Tribunal Pleno, julgado em 22/03/2006, DJ 10-08-2006, em que se decidiu a o processo eleitoral abrange inclusive o momento de conformação das coligações, e a **STF - ADI 3741**. Relator Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 06/08/2006, DJ 23-02-2007, em que se decidiu que a proibição legal de veiculação de pesquisas eleitorais no período de quinze dias imediatamente anteriores ao pleito não representa alteração do processo eleitoral.

¹³⁰ “Hieraus folgt aber, wie wichtig es ist, wenn in der Rechtswissenschaft ser häufig Theorie und Praxis als ganz getrennt, ja entgegengesetzt angesehen werden. Verschieden ist in ihnen der äußere Lebensberuf, verschieden die Unwendung der erworbenen Rechtskenntnis: aber die Art und Richtung des Denkens, so wie die Bildung, die dahin führt, haben sie gemein, und es wird das eine und das andere diser Geschäfte nur vom Demjenigen würdig vollbracht werden, wlechen das Bewußtsein jener Identität Inwohnt.” (b) Diese Ueberzeugungen find den dem Verfasser zuerst durch die genauere Bekanntschaft mit den gerade hierin großen Römischen Juristen entstanden, dann aber hauptsächlich durch die vieljährige Beschäftigung mit der juristischen Praxis entwickelt und besestigt werden.” SAVIGNY, Friedrich Carl von. **System des heutigen römischen Rechts**. Berlin, Band I – 1840, p. 10.

direito, devendo-se abandoná-la sem maiores receios, naquilo em que vier a sugerir compartimentação¹³¹ e, sobretudo, incomunicabilidade.¹³²¹³³

Teoria e prática, enquanto categorias separadas, não subsistem à imersão na vivência jurídica. Há inevitável interpenetração entre ambas no desenvolver das experiências jurídico-decisórias. O direito não se realiza liberto daquilo que sobre ele pensam os intérpretes autênticos ou autorizados. As concepções dos julgadores, por sua vez, não são imunes a influências das teses acadêmicas e às estratégias dos procuradores atuando em diferentes pólos judiciais, embora não estejam vinculadas a quaisquer delas. Por mais desconectadas da concretude do direito que se revelem algumas “teorizações” da chamada dogmática jurídica (muitas das quais articuladas como peças de puro *blablablation*),¹³⁴ não deixam elas de poder repercutir na realização do direito,

¹³¹ Desde una perspectiva crítica (no metafísica), el dualismo tradicional teoría/praxis tendrá que ser interpretado como una dicotomía no absoluta, sino conjugada 6: no habrá teoría pura ni pura práctica, sino más bien diferentes racionalidades en las que se combinan de distinta forma componentes teóricos y prácticos y cuya reclasificación en virtud de la diferencial orientación prioritaria que presenten –hacia la «acción» o hacia el «conocimiento», según la epistemología clásica aristotélica y kantiana– tendrá que ser sistematizada mediante otros conceptos gnoseológicos. (...) En el caso de la teoría del Derecho tendríamos a primera vista, según esto, que ni ella se construye sobre un campo amorfo o «práctico-puro» sino ya conformado y organizado según teorías peculiares –ante todo, las propias normas jurídicas en cuanto instancias abstractas estructuradoras de la fenomenología práctica de lo que llamamos «Derecho»–, ni constituye tampoco pura o inocua especulación teórica, sino un tipo de racionalización que mantiene relaciones precisas y específicas con su objeto (p. ej., como acabamos de decir, relaciones de «justificación» VEGA, Jesús. Praxis y normatividad como criterio de cientificidad dela ‘ciencia jurídica’. **Doxa**, n. 23, 2000, p. 504.

¹³² “Es necesario mantenerse libres de pensar en términos de una distinción –desde hace largo tiempo insuficiente– entre teoría y práctica. Sigue siendo necesaria la comprensión de que un pensar semejante no es ningún hacer arbitrario, que más bien sólo puede llegar a aventurarse de forma tal que, el pensar se deje involucrar [s. *einlassen*] en el ámbito desde el cual viniera a dar inicio la civilización mundial, devenida hoy en una planetaria.” HEIDEGGER, Martin. **La proveniência del art y la determinación del pensar**. Conferência proferida em Atenas, no ano de 1967, 13 pp., p. 11.

¹³³ “The theory-practice dissension results in a fractionalized conception of legal education as a system of diverse and conflicting educative elements. The tension implicit in that division tends to cause educators to stress the importance of teaching certain skills, doctrines and perspectives to the exclusion of others. But there is no one educative keystone in legal education. Rather, legal education is one dynamic that could more properly be regarded as a spectrum consisting of a broad sequence of related and dependent qualities”. HOLMES, Oliver Wendell. *Education for Competent Lawyering-Case Method in a Functional Context*, **Columbia Law Review**, 1976, p. 562.

¹³⁴ Volume considerável de obras editadas como jurídicas é constituído por autênticas peças de *blablablation*. Ciclotinas dos sempre mesmos argumentos tomados de empréstimo junto a alguns autores da última tendência. Não se chega a enfrentar qualquer problema. Apenas desanda-se a acumular parágrafos em que fórmulas vazias são encadeadas com paráfrases simplificadoras do pensamento daqueles escritores. Temas abordados não são “a” interpretação jurídica, “a” justiça ou “a” organização federativa, mas as formulações dadas a essas temáticas por alguns figurões do momento. Pode-se dizer que o *blablablation* conta com refrões, repetidos à exaustão, compostos a partir de *dignidades da pessoa humana, proporcionalidades e razoabilidades*, bem como com carimbadas participações especiais, colocando-se aqueles que assinam as diferentes peças como *back vocals* de Niklas Luhmann, Robert Alexy e Ronald Dworkin ou mesmo de Locke, Montesquieu e Rousseau, em conformidade com o estilo de cada *remixagem*. Em tempos de *microblogging*, pode-se dizer que parte substancial das produções em sede da chamada “teoria do direito” não é senão uma sucessão de RETWEETS de celebridades da rede de juristas por formação (nicho), isto é, de autores da moda.

pretendendo mesmo algumas delas assumir-lhe as rédeas e guiá-la. Muitas vezes, teses passíveis de serem categorizadas como ficcionais terminam por repercutir na realização jurídica.¹³⁵ Com frequência, figuram como conteúdo de nota de rodapé aposta na fundamentação decisória (não raro funcionando como propaganda da erudição do julgador). Tantas outras reflexões, por sua vez, são tomadas de empréstimo junto a obras jurídicas que permanecem ocultas, embaixo da mesa do julgador, durante todo o processo decisório. A realidade jurídica faz conectarem-se indissociavelmente prática e teoria, inexistindo senão uma vivência do direito (em que não se podem separar saber e atividade jurídicas).

Ao tematizar o direito, os estudiosos agem *sobre* a (no sentido de interferência), ou melhor, *na* vivência jurídica. Os discursos dos juristas integram a realização judicativa-decisória do direito, em maior ou menor grau¹³⁶. Não raro a fundamentação de sentenças e acórdãos remete a reflexões tornadas públicas por agentes jurídicos diversos daqueles competentes para decidir de forma vinculante (intérpretes autênticos). As supostas “teorias do direito”, entendidas aqui como aquelas designadas sob o rótulo de dogmática jurídica, na medida em que orientadas pela decidibilidade de casos jurídicos, fundem-se à prática jurídica e assim não pode deixar de ser.

Os estudos jurídicos devem partir e se alimentar da vivência do direito e não dela se afastar em nome de rigor metódico ou coerência lógica.¹³⁷ Não há sentido em isolar metodicamente o direito, insistindo em abordá-lo como *objeto* de conhecimento particular e discernível de outras construções pretensamente científicas (sociológicas,

¹³⁵ “Wie ein Prediger oder ein Volksredner seine Zuhörer mittelst Phantasien oft kräftiger beeinflusst und mit sich reißt, als mittelst Wahrheiten, so üben in der Gesetzgebung und der praktischen Rechtslehre phantastische Vorstellungen oft einen stärkeren und allgemeineren Einfluss aus, als Explikationen der Wirklichkeit.” KORNFIELD, Ignatz. **Allgemeine Rechtslehre und Jurisprudenz**, 1920, p.

¹³⁶ Seria de todo relevante a feitura de pesquisa empírica destinada a levantar o impacto de determinadas construções acadêmicas/formulações dogmática sobre a fundamentação das decisões judiciais, recolhendo-se evidência sobre o impacto das “teorias” sobre as “práticas do direito”, buscando-se testar a intuição da imbricação de ambas na vivência jurídica.

¹³⁷ “Attempts to attain a knowledge of reality may be classified under two main heads: First, such a knowledge is supposed to result from the activity of the peculiar power of the intellect; **second, knowledge is construed in terms of life, and in terms of the relations which thought bears to life as instrumental to the purposes of the latter.** It is clear that knowledge gained by either one of these methods is very different from that obtained through the other.” EUCKEN, Rudolph. *Life and Knowledge*. **The Philosophical Review**. Vol. 22, n. 1, Jan. 1913, pp. 1-16, p. 01 (grifou-se). No âmbito do direito, apenas o segundo grupo de tentativas de articulação do pensamento parece conduzir a resultados aptos a substanciar um saber *jurídico*. Teorizações desconectadas da vivência do direito podem subsistir como manifestação literária, isto é, como obras de ficção ou meros devaneios, não parecem meritórias de qualificação como jurídicas.

psicológicas, históricas e assim por diante)¹³⁸, impondo-se esforço no sentido de encará-lo como “plena realidade vivente”.¹³⁹ Abordar *não mais que o direito* prescinde de tentativas de construção de um saber propriamente jurídico, articulado sob a forma de uma suposta ciência específica do direito, isolável de outras formas de conhecimento.

Assumida a nota singularizante da vivência do direito como sendo a inevitabilidade de uma decisão vinculante, devem os estudos jurídicos internalizá-la como postulado ou, mais propriamente, como condição de possibilidade de enfrentamento de temas *jurídicos*, na medida em que descuidar da especificidade do direito significa rumar para longe dele. A inafastável tomada de decisão não se faz num átimo. Emerge no curso de processos jurídicos. Cuidar desses processos, atentando, na medida do possível, para as inumeráveis variáveis imiscuídas no seu curso há de ser

¹³⁸ Tanto mais quando se reconhece expressamente o caráter multifacetado e complexo da vivência jurídica, que passa intocada pelas tentativas de articulação de uma ciência jurídica específica às voltas com a sistematização de um conjunto de normas às quais se atribui a nota da coercitividade, construindo-se metodicamente objeto que se insiste em chamar de direito, mediante postulação de princípio único que se imagina necessário ao fechamento do sistema, possibilitando-se estudo científico do referido objeto. Tem-se, aqui, possível objeção de conveniência à doutrina pura do direito, amparada em declaração do próprio Hans Kelsen, em que se admite a incapacidade (até por não possuir este propósito) do projeto teórico a que dedicou à vida quanto à preparação dos estudantes de direito para a prática jurídica: “Mit meiner reinen Rechtslehre wuerde ich zwar besser an eine juristische Fakultät passen. Aber amerikanische Law Schools haben kein besonderes Interesse an einer wissenschaftlichen Theorie des Rechts. Sie sind training schools - Rechtsgewerbe-Schulen; ihre Funktion ist Vorbereitung fuer den praktischen Beruf eines Rechtsanwalt. Es wird fast ausschliesslich amerikanisches Recht gelehrt, und dies nach der case method. Da die amerikanischen Gerichte ihre Entscheidungen im wesentlichen auf precedents gruenden, ist es begreiflich, dass die Law Schools als ihr Unterrichtsziel betrachten, die Studenten mit moeglichst viel cases vertraut zu machen. Ein amerikanischer Law-student ist fuer seinen Beruf als Rechtsanwalt sicherlich viel besser vorbereitet als ein oesterreichischer oder deutscher Jurist nach Absolvierung des Rechtsstudiums. Das Recht als Gegenstand wissenschaftlicher Erkenntnis gehoert vielleicht wirklich mehr an eine philosophische, historische, oder sozialwissenschaftliche Fakultät” KELSEN, Hans. Autobiographie. In: JESTAEDT, Matthias (hrsg.). **Hans Kelsen im Selbstzeugnis**. Mohr Siebeck, 2006, p. 93-94.

¹³⁹ Não parece haver ganhos na teimosia em divisar uma metodologia jurídica própria, marcada por dualismo correspondente à distinção entre realidade e significação, sem a qual não se poderia avançar no conhecimento do direito. “Man kann nun in der Rechtswissenschaft keinen Schritt vorwärts tun, ohne zunächst den methodischen Dualismus zu berücksichtigen, dem alle Rechtserforschung unterworfen ist und den man mit Fug das ABC der juristischen Methodologie nennen könnte”. A tentativa de abordar o direito em sua dinamicidade inafastável, no curso de uma realização atravessada por elementos frequentemente aproximados de experiências humanas pensáveis a partir de diferentes pressupostos (moral, religião, economia, política etc.), não pode ser concebida como luxo, mas deve ser tomada como imposição, incumbindo perceber que o direito “como realidade, não existe isolado do entorno extrajurídico”. “Der rechtswissenschaftliche Methodendualismus beruht darauf, daß das Recht entweder als *realer* Kulturfaktor, als sozialer Lebensvorgang angesehen oder als Komplex von *Bedeutungen*, genauer von Normbedeutungen auf seinem ‘dogmatischen Gehalt’ hin geprüft werden kann. Schon die Sozialtheorie des **Rechts** isoliert freilich wie alle formalistischen Kulturwissenschaften ein abstraktum aus der konkreten sozial Totalität, **das in solcher Losglösheit von der außerrechtlichen Umgebung realiter nicht existiert**. Allein ungeachtet dieser klar erkannten Abstraktheit projizieren wir das sozialwissenschaftlich gedacht Recht wie alle ‘realen’ Kulturercheinungen dennoch gleichsam in die Fläche der Wirklichkeit, und es braucht sich, so argumentieren wir, bloß bestimmten anderen Partialrealitäten zu verbinden, um sofort als volle lebendige Wirklichkeit zu erscheinen.” LASK, Emil. Rechtsphilosophie. In: **Fichtes Idealismus und die Geschichte. Kleine Schriften**. Jena. Schlegmann, 2002, pp. 231-284, pp. 266-267. (grifou-se)

preocupação nodal dos estudos jurídicos, percebendo-se as próprias tematizações dos juristas como produtos e potenciais produtoras da vivência do direito, isto é, como capazes de jogar papel na conformação do direito.

As pesquisas jurídicas devem se orientar pela vivência do direito,¹⁴⁰ articulando-se em torno da interpretação e deslinde de problemas possíveis (direito possível) e efetivamente existentes (direito real). Tematizar o direito como vivência consiste em esforço por esboçar perspectiva que enfatize a imperatividade de levar a cabo estudos intensivos de fenômenos jurídicos efetivamente existentes¹⁴¹.

É preciso lançar-se ao direito, vivenciando-o,¹⁴² independentemente de parafernálias conceituais. As tematizações dos juristas não de se ocupar de *não mais que o direito*, atentando para os diversos modos como é vivenciado, sem compromissos com elaboração de teorias gerais, sistematizações acabadas e assumindo os percalços e perplexidades constatáveis nos processos de sua realização, renunciando afirmar como constitutivos do direito o que não são senão desejos e aspirações racionalizantes de determinados acadêmicos. Não se há de temer olhar para o direito, ainda que das observações resulte a imperatividade do abandono de teses que tem se mantido intocadas por sucessivas gerações de estudiosos.

A coragem de Prometeu é necessária para se desafiar os dogmas estabelecidos. Devem-se abandonar os receios em dizer *não mais*.

¹⁴⁰ “(...) like Antaeus, legal science must revive its strength by contact with reality; the theory it needs must be born of the living law”. YNTEMA, Hessel E. The rational basis of legal science. **Columbia Law Review**, n. 31, 1931, pp. 925 e sse, p. 933.

¹⁴¹ “(...) contemporary legal theory is so incompletely related to facts (...) that the primary problem in legal research today is to obtain na observation base from which theory can be reasonably projected (...) we need first of all a conception and a design which will stimulate in many quarters intensive studies of actual legal phenomena”. YNTEMA, Hessel E. The implication of legal science. **New York University Law Quarterly Review**. n. 10, 1933, pp. 286 e SS, p 303 e 308.

¹⁴² Exemplar o registro de JHERING quanto ao fato de ter aprendido mais sobre direito com as filosofias de HEGEL, STAHL e TRENDELENBURG do que com quaisquer outros livros puramente jurídicos. JHERING, Rudolf von. **L’esprit du droit romain**. Dans diverses phases de son développement. T. III, Paris: Librairie Maresçi Ainé [s.d], p. 08. Isso logo após ter depreciado a mediocridade dos juristas que não vivenciam o direito. Todavia, ainda mais sábia a lição de GOETHE, ao insinuar que nada teria aprendido com todas as filosofias, como a de HEGEL, de tão valioso quanto o que lhe trouxe o simples *olhar para o mundo*. “Das Auge war vor allen anderen das Organ, womit ich die Welt faßte“ GOETHE, Johan Wolfgang Von. Dichtung und Wahrheit. Aus meinen Leben. **Goethes Werke**. Hamburger Ausgabe in 14 Bänden. Band 9, Hamburg, 1948, p. 224.

III. NÃO MAIS ESTÁTICA

“O Tribunal pode até, na próxima sessão, tomar outra decisão”. Assim falou o ministro Cezar Peluso, presidente do Supremo Tribunal Federal, já na madrugada do dia 24 de setembro de 2010, na linha final da sessão de julgamento do Recurso Extraordinário número 630147,¹⁴³ que, conforme convocação, iniciara-se no dia anterior. Em jogo estava a confirmação ou não do indeferimento da candidatura de Joaquim Domingues Roriz ao governo do Distrito Federal por força de decisão do Tribunal Superior Eleitoral. Roriz renunciara ao mandato de Senador em 2007. A renúncia se realizou em momento posterior ao oferecimento de representação para início de procedimento destinado a investigar situação de suposta quebra de decoro parlamentar pelo então Senador, perante o Conselho de Ética do Senado. Por 6x1, no dia 31 de agosto, teve seu registro indeferido pelo Tribunal Superior Eleitoral com amparo no artigo 1º, I, k, da lei complementar número 64 de 1990, com a redação dada pela LC 135/2010¹⁴⁴.

Daquela maneira, encerrou-se uma das mais aguardadas sessões de plenário do STF realizadas em 2010. Expectativas formaram-se em torno de qual seria o entendimento da instância suprema do judiciário brasileiro acerca da constitucionalidade ou não da fundamentação de decisões de indeferimento de registro de candidatura com base na regras de inelegibilidade estabelecidas pela referida lei complementar, já no pleito eleitoral daquele ano.

Produto de projeto de iniciativa popular respaldado por mais de 1,3 milhão de assinaturas e publicada no Diário Oficial da União no dia 07 de junho, pouco mais de oito meses depois de sua apresentação ao Congresso Nacional, tendo o texto original sofrido uma série de emendas, a chamada *Lei da Ficha Limpa* dividiu a comunidade jurídica com relação à questão de sua “aplicabilidade” ou não já no ano de 2010.

¹⁴³ **STF – Rext 630147/DF** (Relator Ministro Carlos Aires Britto). Extinto, sem julgamento de mérito, em 29 de setembro de 2009, por força da desistência de Joaquim Roriz com relação à disputa eleitoral para o cargo de governador do Distrito Federal.

¹⁴⁴ Art. 1º São inelegíveis (...)

I - para qualquer cargo: (...)

k) o Presidente da República, o Governador de Estado e do Distrito Federal, o Prefeito, os membros do Congresso Nacional, das Assembleias Legislativas, da Câmara Legislativa, das Câmaras Municipais, que renunciarem a seus mandatos desde o oferecimento de representação ou petição capaz de autorizar a abertura de processo por infringência a dispositivo da Constituição Federal, da Constituição Estadual, da Lei Orgânica do Distrito Federal ou da Lei Orgânica do Município, para as eleições que se realizarem durante o período remanescente do mandato para o qual foram eleitos e nos 8 (oito) anos subsequentes ao término da legislatura;

Discussões acaloradas se estabeleceram em torno dos limites da noção de *processo eleitoral*¹⁴⁵. Outros debates se articularam a partir da chamada *presunção de inocência*, não faltando quem sustentasse a inconstitucionalidade do estabelecimento de inelegibilidades em face de condenações proferidas por órgãos colegiados das quais ainda se faz possível recorrer, sendo pretensamente necessária a conformação de coisa julgada para eventual bloqueio de candidaturas. Em disputa, interesses bastante concretos. Os entendimentos judiciais sobre os termos de utilização das novas regras de inelegibilidade contidas naquela lei iriam interferir vivamente no curso da batalha eleitoral do corrente ano. Publicada quando já encerrado o período de registro de candidaturas, a lei complementar 135/2010 se afigurava como fator gerador de incertezas quanto ao deferimento ou não de sem número de registros.

A sessão de mais de quatorze horas de duração se encerraria com um duplo empate, em cinco a cinco. Não apenas empataram os ministros no entendimento quanto à possibilidade ou não de indeferimento de registros de candidatura com base na lei da Ficha Limpa, já em 2010, diante, sobretudo, de interpretações divergentes acerca do disposto no artigo 16 do documento constitucional brasileiro de 1988, como também empataram quanto ao modo de resolução do empate, isto é, quanto ao modo de decidir em hipóteses de empate, naquela matéria. Quatorze horas depois do início de uma das mais aguardadas sessões de julgamento do plenário do STF em 2010, encerrou-se o expediente sem decisão final para o caso de Joaquim Roriz. Não havia possibilidade matemática de desempate. O Supremo contava com uma cadeira vaga, por conta da aposentadoria do ex-Ministro Eros Grau, em agosto do mesmo ano. Em blocos fechados, os Ministros presentes divergiam com relação à interpretação dos dispositivos existentes no regimento interno daquela corte acerca de situações de empate.

Irresoluta quanto ao caso de Joaquim Roriz e mesmo quanto ao posicionamento do Supremo Tribunal Federal a respeito da “aplicabilidade” ou não dos dispositivos da Lei da Ficha Limpa ao processo eleitoral corrente no ano de sua publicação, a sessão plenária encerrada na madrugada do dia 24 de setembro de 2010 foi reveladora quanto à dinamicidade do direito. Escancarou-se, ali, a incessante estruturação do direito no devir. A devenida do direito. A provisoriedade das

¹⁴⁵ Art. 16. A lei que alterar o processo eleitoral entrará em vigor na data de sua publicação, não se aplicando à eleição que ocorra até um ano da data de sua vigência. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 4, de 1993)

condensações alcançadas no curso dos processos jurídicos. A inafastabilidade das contingências. Na sessão seguinte, tudo poderia mudar. Quiçá, uma obviedade.

Ao redigir *os dez mandamentos do advogado*, o processualista uruguaio Eduardo Couture (1904-1956), cuidou de fincar como abertura do decálogo a constatação da dinamicidade e variabilidade do direito: *Estuda. O direito se transforma constantemente. Se não segue seus passos, será a cada dia menos advogado*. Poucos serão os juristas, quer acadêmicos, quer profissionais ocupados com carreiras jurídicas, a desconhecer as recomendações de Couture. Dentre os que já tiveram contato com elas, também não serão muitos aquelas a levantar objeções ao primeiro mandamento. A mudança é a dinâmica do direito.

Que o direito muda, sendo suas manifestações marcadas por temporalidade e historicidade é algo pouco disputado presentemente. Todavia, as tentativas de construção de *ciência jurídica* que parecem dominar o modo de exposição e abordagem das manifestações jurídicas, procurando-se fazer do direito *objeto* a ser investigado sob pretensões de *edificação sistemática* conduzem a percepções opostas àquela inscrita no pórtico dos dez mandamentos. Ao sair-se do Tribunal e adentrar à sala de aula, parece-se fazer questão de chaviar a porta e de fechar os olhos para a vivência jurídica, que permanece do lado de fora. Os discursos acadêmicos e os estudos jurídicos parecem se realizar em perspectivas incompatíveis com a realidade dos processos jurídicos vivenciados pelos que se ocupam profissionalmente do direito e em que estão inseridos os jurisdicionados.

As mudanças são constantes no direito. A vivência jurídica revela coexistência de decisões judiciais divergentes (ainda que não contraditórias em sentido lógico, a menos que fossem proferidas sobre um mesmo caso, ao mesmo tempo). Viradas jurisprudenciais abruptas e não anunciadas são freqüentes. A mutabilidade é percebida e provavelmente assumida pela grande parte dos profissionais que se ocupa cotidianamente com a realização do direito. É de se perguntar, portanto, por que se insiste em negligenciá-la quando da *tematização* de problemas jurídicos?

O modo como o direito vem sendo abordado pelas chamadas teorias jurídicas se revela insatisfatório, na medida em que se afasta daquilo que efetivamente acontece na vivência jurídica. O mesmo acontece com os estudos universitários conduzidos nas instituições de educação jurídica. Insistindo na descrição de supostas estruturas jurídicas, termina-se por se distanciar do direito.

Diferentes manifestações jurídicas são manejadas teoricamente como produtos acabados (leis, costumes e decisões tomados como *normas*), perdendo-se de vista sua inserção em concretos processos jurídicos. Consolidações legislativas (*Vade Mecum*) e comentários à legislação, veiculando breves histórias sobre a elaboração de determinados dispositivos e discutindo em abstrato respectivas soluções hermenêuticas são convertidos em quase exclusivo material de estudo. Alguns chamados doutrinadores e professores se pretendem fautores de grande inovação ao sugerir estudo mediante repertórios jurisprudenciais e livros de “casos”, que são identificados às decisões judiciais. As aproximações que se intenta fazer conduzem a conceituações estáticas impostas na tentativa de apreensão de realidade dinâmica. Não é possível abordar uma vivência que se realiza em constate devir mediante concepções tendentes a tomá-la como se fosse algo dado de antemão.¹⁴⁶

Os doutos professores de direito têm ignorado a vivência jurídica. Prendem-se a manifestações pontuais do direito, a condensações encontráveis no fluxo dos processos jurídicos. Vai-se de arranjo em arranjo de juridicidade. De dispositivo a dispositivo de lei. De decisão judicial a decisão judicial. Frequentemente com mediação de alguma “obra de doutrina”. Esquece-se o que acontece no intervalo. Passa-se ao largo do modo como os juristas vivenciam as manifestações pretéritas de direito, bem como do modo como agem no curso de processos e procedimentos jurídicos em que decisões tendencialmente definitivas são provocadas e prolatadas. Os juristas não encaram o direito como algo pronto e acabado, mas esforçam-se por criá-lo (conformá-lo) a cada adjudicação.¹⁴⁷

¹⁴⁶ Parecem pertinentes, diante das pretensões científicizantes dos acadêmicos em direito, as anotações de Henri BERGSON com relação ao modo de proceder das ciências e à sua inadequação para o tratamento da realidade como devir. “Avec des méthodes destinées a saisir le tout fait, elle ne saurait, en général, entrer dans se qui ce fait, suivre le mouvant, adopter le devenir qui est la vie des choses”. **La pensée et le mouvant**. 16 edição. Paris: Puf, 2009, p. 138. Não se pode assentir que “o pensamento do filósofo observa e capta o devir em si, em quanto processo, dinamismo ou atualidade contínua, enquanto que o jurista (da mesma forma que o historiador em direito), **por necessidade teórica e prática de sua ciência**, observa e percebe só esta ou aquela fase do mesmo processo (...)”. CICALA, F. B. **Corso de filosofia del diritto**, p. 290. (grifou-se) Ao vivenciar o direito no curso de processos que conduzirão à sua plena realização em cada caso, os juristas não o *observam* ou *percebem* como algo pré-existente e aguardando por aplicação. Vivenciam-no em movimento, em constante estruturação. Não há justificativas plausíveis para empreita consistente na realização de específica ciência que dedique à investigação de hipotético direito diverso daquele vivenciado no cotidiano de jurisdicionados e julgadores (bem como demais profissionais que se ocupam da realização do direito).

¹⁴⁷ “(...) judges are jurists because, as all jurists, they must build and need to build again that for which they must search. They are jurists inasmuch as they must cover a long and hard path which leads them alternatively from the general to the particular, and form the particular to the general, without being able to stop in any place and say ‘Here is the law’.” ATIAS, Christina. Judges, Jurists and Legal Knowledge. **Archiv für Rechts und Sozialphilosophie**. vol. 74, nº3, 1988, pp. 368-393, p. 383. Veja-se ainda, sobre isso, Carlos Cossio, mestre argentino que sustentava a inseparabilidade da pessoa do juiz e do direito,

“Em especial, deveria ser tarefa da pesquisa jurídica contemporânea analisar cuidadosamente os processos jurídicos de modo a oferecer visão mais adequada do officium judicis do que aquela até o momento predominante na literatura jurídica”.¹⁴⁸

3.1 Direito e tempo: do ser ao devir

“Cite-se o réu para os termos do pedido, assinalando o prazo de 15 (quinze) dias para contestá-lo, caso queira. Cumpra-se”. Lê-se diariamente em mandados de citação expedidos pela “Justiça Cível”. Dos advogados, costuma dizer-se que não falecem; apenas perdem o prazo. “Julgo parcialmente procedente a ação penal promovida pela justiça pública contra **ROGER ABDELMASSIH** para: (...) condená-lo ao cumpriment de 278 anos de reclusão (...)”. Dispunha a juíza de direito em uma das mais comentadas sentenças do ano forense de 2010. “Noticiam os inclusos autos de inquérito policial que no dia 29 de março de 2008 (sábado), por volta das 23 horas e 49 minutos (...) os indiciados **ALEXANDRE ALVERS NARDONI** e **ANNA CAROLINA TROTTA PEXISOTO JATOBÁ** (...) causaram em Isabela de Oliverira Nardoni, mediante ação de agente contundente a asfixia mecânica, os ferimentos (...) os quais foram causa eficiente de sua morte (...)”. Era como se iniciava a denúncia do Ministério Público do Estado de São Paulo assinada pelo promotor Francisco J. T. Cambranelli, no amplamente debatido “caso Isabela”. “É concedida anistia a todos quantos, no período compreendido entre 02 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979, cometeram crimes políticos ou conexos com estes”. Determina o artigo primeiro da lei 6683/1979, a chamada lei da anistia. Noções temporais perpassam cotidianamente a realização do direito.

considerando a vivência do julgador parte integrante da sentença dos casos jurídicos, da qual procurou esboçar fenomenologia: “El juez mira al derecho no como algo concluso y ya hecho, sino como algo que se está haciendo constantemente en su carácter de vida humana viviente”. COSSIO, Carlo, **El derecho en el derecho judicial. Las lagunas del derecho. La valoración judicial**. Editorial El Foro, 2002. Em sentido semelhante, “(...) a tese de um ‘dado’ jurídico consistente em uma norma elementar de conduta para os sujeitos, que seria objeto de conhecimento puramente especulativo, não parece resistir à prova de uma crítica racional, nem à das realidades do Direito. (...) a regra jurídica não é ‘dada’ no mesmo sentido da ciência, da filosofia ou da moral. (...) Explica-se, portanto, que o jurista possa acrescer ao pretendido ‘dado’ jurídico derivado da natureza não só ‘adaptações’, mas também ‘exceções’: o jurista é o dono de sua construção”. DABIN, Jean. **Teoria Geral do Direito**. Tradução de Cláudia J. A. Rodrigues. São Paulo: Editora Ícone, 2010, pp. 171-172. Finalmente, vejam-se as palavras de Tulio ASCARELLI: “Il diritto non è mai un dato, ma una continua creazione della quale è continuo collaboratore l’interprete e così ogni consociato ed appunto perciò vive nella storia ed anzi con la storia”. Antigone e Porzia. **Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto**. Anno XXXII, Fasc. VI, Giuffrè, Milano, 1956, pág. 765.

¹⁴⁸ SJÖGREN, Wilhelm. *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, 1916, p. 335

Disposições legislativas e decisões judiciais modulam a temporalidade, atribuindo significações jurídicas à passagem do tempo. Parece possível pensar em um “tempo do direito”, atentando-se para as diferentes formas pelas quais as manifestações jurídicas se referem à temporalidade¹⁴⁹. Também assim, há que se refletir sobre a imbricação do “direito no tempo”, a fim de compreendê-lo como realidade em permanente devir. Abordá-lo como vivência representa esforço em reconhecer-lhe as contingencialidades, assumindo a *processualidade* de sua realização.

O direito se realiza judicativo-decisoriamente, no curso de processos que marcham, não linearmente e assumindo contornos muitas vezes imprevistos, rumo à conformação de coisa julgada (decisão de vinculação tendencialmente definitiva), no desfecho de procedimentos judiciais. A realização jurídica entrelaça imaginários jurídicos de diferentes indivíduos e experiências de adjudicação, existindo o direito como vivência de jurisdicionados, julgadores e demais profissionais das diversas carreiras jurídicas, às voltas com a resolução judicativa de conflitos. A articulação entre memória, representações e expectativas de juridicidade que conforma os imaginários jurídicos revela a inafastável temporalidade do direito, constantemente (processualmente) se realizando entre o *não mais* (das experiências passadas em que se manifestou) e o *não ainda* (decisões provocadas e que estão por ser prolatadas).

O caráter decisório da plena realização do direito permite pensar a *tribiedade* temporal de suas manifestações. Diante de versões fáticas, não raramente contrapostas umas as outras, acerca de eventos passados, os julgadores devem se manifestar, na instantaneidade do presente, a que a consciência parece conferir duração contínua, alcançando decisão que produzirá efeitos futuros (ainda que retroativos), vinculando condutas humanas. Passado, presente e futuro se fundem no *continuum* do direito. As memórias compartilhadas ou compartilháveis por jurisdicionados, procuradores e demais profissionais às voltas com a realização do direito, bem como pelos julgadores,

¹⁴⁹ A esse respeito, pode-se consultar os estudos de Karl Engisch, que ao tratar da problemática do *tempo no direito* (Zeit im Recht) distinguiu duas diferentes abordagens: uma ontológica, outra lógica, dispondo-se a seguir pelas sendas da segunda. Do ponto de vista ontológico, ganhariam relevância indagações atinentes ao “ser” do direito no tempo, à historicidade de um ordenamento jurídico positivo, ao princípio e fim de sua validade, a eficácia retroativa de proposições jurídicas e assim por diante. Do ponto de vista lógico, por sua vez, adquirem relevância os particulares significados e as particulares formas das representações jurídicas que fazem referência ao que se costuma indicar usando a palavra ‘tempo’. ENGISCH, Karl. **Vom Weltbild des Juristen**. Heidelberg, 1960, em especial o capítulo IV. Nesse capítulo, interessa mais a percepção da temporalidade do direito em sentido ontológico (na linguagem de Engisch), procurando-se pensá-lo em constante devir, realçando-lhe o caráter de processualidade. Trata-se de esforço para perceber o que acontece no meio do caminho, isto é, entre a emergência de situações conflitivas ou de desacerto na vida em grupo e a prolação de decisões judiciais definitivas, desfechando casos trazidos a juízo.

participam com maior ou menor intensidade da conformação de representações de juridicidade que amparam a construção de expectativas sobre a decisão final determinadora do direito de cada caso.

Jogado entre passado e futuro, realizando-se num presente que constantemente escapa, mas que é vivenciado como contínuo, o direito se revela invariavelmente contingente. Estrutura-se temporalmente de maneira ininterrupta, jamais logrando contornos fixos. Conforma-se de forma tendencialmente definitiva manifestando-se em decisões revestidas de força de coisa julgada a cada caso, suscetíveis de execução juridicamente irresistível.

Os jurisdicionados almejam julgamentos favoráveis às suas pretensões, criando expectativas a partir das representações que fazem da juridicidade em função de interpretações de notícias/informações que possuem de experiências passadas alheias, bem como de situações e casos jurídicos que tenham eventualmente vivenciado (interferência das memórias). Os procuradores dos interesses de cada parte dos diferentes pólos procedimentais definirão estratégias iniciais para provocação de decisão favorável levando em conta não apenas a situação presente, conformadora de caso jurídico, com suas diferentes peculiaridades – em que se há de ponderar inclusive quem haverá de ser o possível julgador da demanda –, mas também em função de resultados obtidos em adjudicações passadas envolvendo casos reputáveis semelhantes.

Mesmo os julgadores vivenciarão o direito nesta incessante estruturação temporal, assumindo protagonismo destacado na determinação dos contornos de juridicidade nos diferentes casos, ao interpretar as demandas (bem como as respostas a elas opostas pela contraparte, no outro pólo procedimental) e decidir sobre os pedidos formulados. Na presente organização judiciária brasileira, não se pode olvidar da conformação de expectativas dos julgadores das instâncias inferiores com relação às interpretações de seus julgados a serem realizadas pelos membros dos órgãos das instâncias judiciais superiores. Também assim, os membros de um colegiado não deixam de nutrir expectativas sobre as decisões de seus próprios pares, as quais poderão interferir sobre o modo como irão articular suas estratégias decisórias (de fundamentação e eventual tentativa de convencimento dos demais julgadores).

A *temporalidade* (constante estruturação temporal) do direito é acompanhada por marcada *historicidade* (entendida como *einmaligkeit*) das manifestações jurídicas.¹⁵⁰ A cada caso, o direito se realiza de maneira única e plena, oferecendo resposta à demanda trazida a juízo, invariavelmente afetada pela situação e pelas sempre cambiantes circunstâncias do momento do *decisum*¹⁵¹. Realizado o direito mediante conformação de coisa julgada num caso específico, a decisão alcançada passa a integrar os processos jurídicos como componente potencial das memórias de julgadores e jurisdicionados. Poderá ou não vir a compor concreto processo de realização judicativa do direito, no futuro. Passa a figurar como disposição jurídica justiciável, suscetível de utilização pelos litigantes, como *arma* para a disputa processual e pelos julgadores, como amparo para fundamentações decisórias.

Os casos jurídicos, aquilatados em definitivo somente com o alcance de decisão vinculante de última instância, se afiguram irrepetíveis. O simples transcurso do tempo assegura-lhes a irrepetibilidade. Mudam-se os julgadores, alteram-se as partes ocupantes dos pólos procedimentais e, com o girar dos ponteiros do relógio, emergem novas situações que poderão até mesmo ser interpretadas de modo a constituir casos jurídicos semelhantes a outros anteriormente decididos e ainda por decidir, mas que serão vivenciados pelos agentes neles envolvidos com a angústia propiciada pelas incertezas. O mundo da experiência é um mundo em que reina o duvidoso: tal caráter duvidoso se funda na temporalidade do ser humano, caracterizado, em sua existência, substancialmente pela transitoriedade¹⁵². Como vivência humana, o direito se constitui em constante trânsito (é transitório), fadadas as suas manifestações à provisoriedade, ainda que se aspire à permanência. Anteriormente à concreta decisão, em cada caso, não se sabe o direito. Nem se pode saber, ainda que haja fortes motivos para se desconfiar.

O direito devine. É preciso abordá-lo neste seu devir, assumindo-lhe a contingencialidade. A grande parte dos professores de direito repugna perspectivas realçadoras da mutabilidade, que aos seus olhos conduzem a pensar o direito tal qual projétil de arma de fogo, humanamente incaptável, inapreensível no curso de seu

¹⁵⁰ A esse respeito, merece consulta KIRSTE, Stephan. **Die Zeitlichkeit des positiven Rechts und die Geschichtlichkeit des Rechtsbewusstseins: Momente der Ideengeschichte und Grundzüge einer systematischen Begründung**. Duncker & Humboldt, 1998.

¹⁵¹ Nesse sentido, “Alles Recht is Situationsrecht”. HOLD VON FORNECK. **Die Rechtswidrigkeit**. Jena, 1903, p. 203.

¹⁵² HUSSERL, Gustav. **Recht und Welt**. Frankfurt am Main, 1964, pp. 67-68.

movimento. Querem ver a bela¹⁵³. Nesse afã, terminam por retirá-la de sua trajetória e, para poder enxergá-la, por colocá-la sob iluminação especial em paredes destinadas a abrigar coleções (de novo, *Vade Mecum*, estantes de bibliotecas contendo títulos de “obras doutrinárias” e repertórios jurisprudenciais). Ambiciona-se segurança. Quer-se ver a bala para poder se defender dela ou com ela. Saber manipulá-la. Associa-se direito à certeza. Esquece-se do fluxo. Ignora-se a processualidade da realização jurídica. Estudam-se manifestações jurídicas isoladas, em perspectivas *entificadoras*. Perde-se a visão do *continuum*, enxergando-se nos processos possibilitadores de concretas manifestações jurídicas algo como uma mecânica aplicação de direito pré-existente. Multiplicam-se variações de teses insistentes a afirmar respostas jurídicas corretas, encontráveis num suposto sistema ou ordenamento. Recusam-se as contingências com que invariavelmente se deparam os homens ao vivenciar o direito. A estática prepondera sobre a dinâmica; o ser sobre o devir.¹⁵⁴

O direito se realiza processualmente e há de ser abordado na processualidade de sua realização.¹⁵⁵ Ao tematizar o direito inexistem justificativas para distanciamento do modo como é vivenciado. Direito não é senão *sendo*: revela-se plenamente nas atualizações que dele fazem os encarregados de julgar.¹⁵⁶ Parece pouco recomendável

¹⁵³ São reproduzidas, aqui, as objeções do Professor Clémerson Merlin Clève, titular de direito constitucional da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, por ocasião da defesa de Monografia de Final de Curso, em novembro de 2007.

¹⁵⁴ As dificuldades de oferecer uma aproximação da dinamicidade e da deveniência do direito, tal qual vivenciado pelos diferentes protagonistas, no curso de concretos processos que rumam para a tomada de uma decisão apta a desfechar casos trazidos a juízo, está relacionado às limitações da linguagem humana. Ao tematizar o direito, inevitavelmente deixamos escapar a complexidade do real, operando simplificações e recortes, na tentativa de comunicar algo sobre ele. Não há, propriamente, uma oposição entre ser e devir, encontrando-se ambos coimplicados. O problema aqui denunciado se refere à ênfase quase exclusiva das abordagens correntes do direito nas estruturas, como se se passasse de uma a outra manifestação jurídica independentemente de atuações humanas. “Chaque devenir implique un être; tout phénomène particulier suppose un phénomène plus general dont il dépend. Au fond de l’irrationnel nous cherchons la ‘ratio’, ‘la raison’, puisque dans son irrationalité, dans son individualité et variabilité absolues il ne peut être ni affirmé ni compris. Du moment que nous disons de n’importe quoi: ‘ceci’ nous le fixons et nous le concevons ne fût CE que’em tant que quelque chose d’irrationnel; para cela seul nous le dégageons du courant de variation perpétuelle, nous le rationalisons et l’examinons comme quelque chose qui est, non pas qui devient, et le rangeons dans les cadres des catégories rationnelles généralisatrices. Mais toutes ces catégories sont inaptes à saisir l’individuel, à l’embrasser avec toutes ses singularités, toute son irrationalité et variabilité”. LADIJENSKY, A. M. La dynamique et la statique dans le droit. *Revue internationale de la théorie du droit*. N. I, 1927-1928, 110-137, p. 113.

¹⁵⁵ “The ontological reconstruction presents the legal phenomenon as a process constantly being formed from a sequence of intellectual operations building upon each other, conceived of as a series of events. And exactly because its existence is *process-like*, the reconstruction does not reduce it to merer forms of objectivation or similarly artificially developed system(s) of formal(ised) requirements”. VARGA, Csaba. An investigation into the nature of the judicial process. In: **Theory of judicial process**. 2 ed. 2010, pp. 251-270, p. 269 (apêndice).

¹⁵⁶ “Within the institutional framework that is constituted by the practice of those enforcing the Law, and more broadly, by other lawyers’ views, it will never be possible to identify any definitive fixed point (...) What the law is, is left to *our* continual determination in and in relation to the temporal dimension”. ENG,

estudá-lo somente em atenção às variáveis que potencialmente integram os processos jurídicos, tomando-se-as como *fontes* de juridicidade e descuidando para as maneiras como são articuladas na provocação e na prolação de decisões determinadoras do direito de cada caso. Não basta estudar as numerosas disposições jurídicas (leis, regulamentos, portarias, súmulas, precedentes judiciais e memos tematizações de juristas). É necessário atentar para o modo como são utilizadas no campo de batalha da ação processual.

Direito não pode ser percebido como *ente*, tampouco sendo possível identificar-lhe fixas estruturas. Insiste-se, contudo, em ignorar que o “real não está na saída nem na chegada: ele se dispõe para a gente é no meio da travessia”¹⁵⁷. As abordagens correntes do direito, encontráveis em variadas tematizações, terminam por destemporalizá-lo. Tratam-no como *entidade*, reificando as manifestações jurídicas (atuações humanas recorrentes nos imaginários jurídicos, tais quais diferentes emanações legislativas, súmulas, sentenças e acórdãos judiciais, bem como obras acadêmicas). Retiram-nas do *continuum* da vivência do direito, destacando-as dos processos jurídicos e discutindo-as em abstrato, quando muito com recurso a hipotéticos e manjados problemas manualescos ou sacados diretamente de questões de concursos públicos. Talvez seja chegado o momento de dizer *não mais*. Direito não é uma realidade sedimentada, mas em devir perpétuo¹⁵⁸.

Deve-se deslocar a atenção das chamadas “estruturas” para o “fluxo”, a fim de perceber o direito em realização. Ao tematizar o direito há que se esforçar o jurista por captar a variabilidade e fluidez dos fenômenos da vivência jurídica, desapegando-se da excessiva ênfase que vem sendo dada às disposições jurídicas, abordadas estaticamente.¹⁵⁹

De qualquer modo, há de se admitir desde a partida a impotência do pensamento e das tematizações ante a infinita riqueza e variabilidade da realidade do

Svein. Fused Modality. An Integral Part of Lawyers' Form of Life. **Ratio Juris**. V. 18, n. 4, Dezembro de 2005, pp. 429-433, p. 432.

¹⁵⁷ ROSA, João Guimarães. **Grande Sertão: Veredas**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986, p. 52.

¹⁵⁸ “il n'est pas quelque chose de tout fait, mais en devenir perpétuel”. SAUER, Wilhelm. Le droit vivant. **Annuaire de l'Institut Internationale de philosophie du droit et de sociologie juridique**. 1935-1936, pp. 21-39, p. 23.

¹⁵⁹ “Il s'ensuit (...) qu'em se occupant de la solution des questions juridiques il faut détourner le regard des normes statiques vers la variabilité et fluidité des phénomènes de la vie du droit. L'identification du droit exprimé dans la loi positive avec le droit effectif, c'est-à-dire avec le droit qui se réalise dans les rapports juridiques, est basée sur une fiction. Les rapports sont toujours concrets et individuels et par suite irrationnels”. LADIJENSKY, A. M. La dynamique et la statique dans le droit. **Revue internationale de la théorie du droit**. N. I, 1927-1928, 110-137, p. 120.

direito, que somente pode ser vivenciada, não se deixando recontar em todos os detalhes pelos que se dispõem a estudá-la.

3.2 Processos e procedimentos jurídicos: a travessia do direito

A despeito do caráter processual da realização do direito, os estudos jurídicos têm tegiversado, relutando em conceder aos processos jurídicos o devido protagonismo.¹⁶⁰ Ainda resta por ser elaborada uma abordagem efetivamente dinâmica do direito¹⁶¹. Diante da obviedade de que se afigura como vivência, expressão de vida humana, forma de agir e discursar associada à resolução de conflitos, é preciso tematizá-lo mediante esforços tendentes a percebê-lo nos processos de sua realização, no curso dos quais assume contornos imprevistos. Revelar a processualidade do direito poderá permitir melhor ambientação dos juristas ocupados com sua realização, sobretudo no exercício da judicatura. O direito deve ser tematizado em seu contínuo/fluxo¹⁶².

A até o momento dominante formulação da chamada dinâmica jurídica,¹⁶³ tal qual articulada pela Escola de Viena (*Wiener rechtstheoretische Schule*), se revela

¹⁶⁰ Mostra-se ainda atual a constatação de James Goldschmidt acerca do estatuto dos estudos jurídico-processuais: “En un conocido y famoso libro del abate **Sieyès**, iniciador de la Revolución francesa, preguntaba el autor: ‘*Qu’est-ce que c’est que le Tiers État?*’; ‘Qué es el Tercer Estado?’ Al interrogante contestaba: ‘Nada.’ Y, luego, anadía: “Qué debería ser? Todo. Qué aspira a ser? Algo’. Igualmente podría preguntarse con respecto al tratamiento científico del proceso: Qué es, o, por lo menos, qué era hasta los tiempos recientes? Nada. (...) De hecho, la ciencia del proceso habría de ser: todo”. GOLDSCHMIDT, James. **Princípios generales del proceso**. Vol. 1. México: Editorial Jurídica Universitaria, 2001, p. XVII. Lamenta-se a propensão cientificizante do discurso de James Goldschmidt, que deve ser devidamente interpretado no contexto de publicação deste texto, na primeira metade do século XX

¹⁶¹ “Die Römer schufen eine juristische Statik, unsere Aufgabe ist eine juristische Dynamik”. SPENGLER, Oswald. **Untergang des Abendlandes**, II, 1918, p. 98.

¹⁶² “Recht wäre dann (...) ein durchgängiger, von Rechtserscheinung zu Rechtserscheinung fortschreitender, also dynamischer Zusammenhang, ein Kontinuum (...)” SANDER, Fritz. **Rechtsdogmatik oder Theorie der Rechtserfahrung?**, p. 15.

¹⁶³ O desenvolvimento de uma abordagem dinâmica do direito, enquanto objeto da doutrina pura, deve-se a paulatina construção, levada a cabo mediante esforços (inicialmente) conjugados dos juristas que freqüentavam o círculo de Hans Kelsen. Merecem destaque: WEYR, Frantizek. Zur frage der Unabänderlichkeit von Rechtssätzen. **Juristische Blätter**, XLV, 1916 em que pela primeira vez aparecem, colocadas lado a lado, uma abordagem estática uma dinâmica do direito (no interior da doutrina normativa); SANDER, Fritz. **Rechtsdogmatik oder Theorie der Rechtserfahrung?** Kritische Studie zur Rechtslehre Hans Kelsens. Franz Deuticke, Wien und Leipzig, 1921, cujas críticas ao caráter estático das primeiras formulações da doutrina pura do direito possivelmente foram incorporadas por Hans Kelsen, no interior da perspectiva dinâmica e MERKL, Adolf. **Die Lehre von der Rechtskraft entwickelt aus dem Rechtsbegriff**, 1923, em que se oferece formulação bastante lapidada da doutrina da estrutura escalonada do ordenamento jurídico (*Stufenbaulehre*), tornada cerne da dinâmica normativa. Para maiores detalhes, veja-se LIPPOLD, Rainer. **Recht und Unordnung. Statik und Dynamik der Rechtsordnung**. Wien, 2000.

insuficiente¹⁶⁴. Não obstante o mérito de realçar a processualidade da realização (normativa) do direito,¹⁶⁵ revelando a irredutibilidade da juridicidade à legalidade, a escolha pela pureza metódica e pela abordagem normativa do objeto construído para ser conhecido pela ciência jurídica limitara as potencialidades de uma pretensa aproximação dinâmica. Tem-se ali um *processualismo normativo*¹⁶⁶, que não resiste (e nem pretende resistir) aos primeiros sopros da vivência do direito e que contém em si os germes de sua própria implosão. Embora não negue a interferência de variáveis extranormativas (tomando-se *norma* no sentido das construções da doutrina pura do direito) na estruturação escalonada do que se chama de ordenamento jurídico, opta por ignorá-las para se concentrar na descrição das sucessivas atribuições de poder (*Ermächtigung*) mediante as quais se concretiza/individualiza o direito. À designada dinâmica jurídica da doutrina pura pertence o mérito de revelar o direito – nos estreitos limites de sua construção como objeto da ciência jurídica - em incessante

¹⁶⁴ “La dogmática giuridica è una scienza della statica, essa muove dal presupposto ingenuamente reallistico che esistano fenomeni giuridici stabili e concreti, che la conoscenza giuridica deve descrivere e classificare. La dogmática giuridica si serve in sostanza – nonostante la dura critica scettico-empirica avanzata dai teorici del ‘diritto libero’ (Freirechtler) – ancora delle operazioni conoscitive analitiche e lógico-formali, tramandate al Medioevo nel sistema filosofico aristotelico. (...) Il concetto di dinamica del diritto è pressoché sconosciuto alla dogmatica giuridica (...) D; altra parte anche il ‘processo’ è stato per molto tempo un âmbito oscuro, a mala pena preso in esame come un’istituzione di tutela, predisposta dallo Stato per i casi di violazione del diritto assoluto ed oggettivo, de diritto in sé: come un meccanismo, una tecnicache le parti devono necessariamente utilizzare quando viene negato il riconoscimento di un loro diritto in sé del resto già perfettamente consolidato”. SANDER, Fritz. **Il método transcendente nella filosofia del diritto e il concetto di procedura giuridica**. Tradução para o italiano de Andrea Bixio. pp. 264-292, pp. 264-265 Original Die tranzendentalen Methode der Rechtsphilosophie und der Begriff der Rechtsverfahren. **Zeitschrift für öffentliches Recht**, Band 1, 19.9.29, pp. 468-507.

¹⁶⁵ “Kelsen, on the other hand, completely let go of the statute-judgement dualism and tried to show their continuity. The legal procedure is a continuous process that spreads from the individual coercive act over enactments of ordinances, enactments of judgements, enactments of laws to enactments of constitutions and even international treaties or conventions”. KLETZER, Cristoph. **The mutual inclusion of law and its science – Reflections on Hans Kelsen Positivism**. Dissertação de Mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Cambridge. Londres, 2004, 166 ff., p. 61.

¹⁶⁶ Sobre a noção de processo jurídico (normativo) na doutrina pura do direito, é recomendável a leitura do breve estudo de František Weyr dedicado exclusivamente a este tema: WEYR, František. La notion de ‘processus juridique’ dans la théorie pure du droit. In: **Studi filosofico-giuridici dedicati a Giorgio del Vecchio**. Modena, 1931, pp. 414-426. Também assim, vale conferir o tratamento dado ao tema, ainda no âmbito de perspectiva normativo, por Adolf Procházka, que enfatiza a “relação lógica entre norma superior e inferior ou delegada, como específico ‘momento dinâmico’ do direito” (objeto da chamada dinâmica jurídica). „Logický vztah normy vyšší a delegující a nižší (odvozené), stal se výpadní brankou pro právní dynamiku.“ PROCHÁZKA Adolf. Základy právního procesu v pojetí normologické theorie. **Předneseno v Právnické jednotě v Praze dne 10. prosince 1931**. Právník, 1932, r. LXXI, sešit VIII., p. 235. Adolf Procházka estava para a Escola Jurídica de Brunn, encabeçada por František Weyr, aproximadamente como Adolf Merkel estava para a Escola Jurídica de Viena, formada em torno de Hans Kelsen. Leal discípulo e colega, entusiasta das teses da teoria normativa, Procházka não deixava de se posicionar criticamente com relação ao professor Weyr. Também era visto como dotado de mente bastante criativa. A esse respeito, conferir WEYR, F. K problému tzv. automatické normotvorby. Poznámky ke spisu Ad. Procházky: Tvorba práva a jeho nalézání. **Časopis pro právní a státní vědu**, 1938, r. XXI, p. 101.

estrutuação¹⁶⁷. Enfatiza que o direito como que se faz e refaz nas sucessivas manifestações da atividade judicante. Contudo, em função de prévias decisões metódicas, circunscreve-se a determinado aspecto – a normatividade – da reconhecida complexidade da realização do direito. Renuncia a abordá-lo enquanto vivência.

A dinamicidade do direito não pode ser circunscrita a sucessivos mecanismos de atribuição de poder para produção de *normas jurídicas*, decorrentes de ato de vontade interpretável, mediante esquema oferecido por *normas jurídicas superiores*, como simultaneamente *aplicador* (na medida em que levado a cabo por autoridade competente) e *criador* de direito (aqui entendido como objeto de uma doutrina puramente jurídica). Nem mesmo há, previamente à realização do direito em cada caso, parâmetro normativo dado (aperfeiçoado/completo) de antemão a permitir identificar um órgão competente como tal. Nos processos de realização do direito, até mesmo a competência se constitui interpretativamente, no curso das sucessivas adjudicações, afigurando-se como resultado de decisões não impugnadas tomadas pelos intérpretes autênticos. É demasiado estreita a abordagem consistente em descrever o modo pelo qual *normas jurídicas* regulam sua própria produção no interior de *processo normativo* que conduz do geral ao individual para que se possa alcunhá-la de dinâmica jurídica.

Equivoca-se o processualismo normativo ao pretender divisar nas chamadas *normas gerais* um ponto de partida para a concretização/individualização do direito. Os processos jurídicos não conhecem pontos de largada necessários, apenas sendo certa a existência de pontos de chegada representados pelas decisões judiciais inevitáveis, quando da provocação das autoridades competentes para prolatá-las. É na não determinabilidade das variáveis a jogar papel em cada adjudicação que se manifesta a dinamicidade do direito, vivenciado de maneira singular pelos diferentes jurisdicionados, julgadores e demais profissionais das carreiras jurídicas.

Nesses passos, mesmo a chamada dinâmica jurídica (enquanto abordagem normativa)¹⁶⁸ não é senão uma variação da estática. Reconduz o estudo do direito à

¹⁶⁷ Na segunda edição da doutrina pura do direito (1960), Hans Kelsen registra expressamente, no interior da chamada dinâmica jurídica, o incessante processo de construção (normativa) do direito, em que se recia a cada momento. “Vom Standpunkt einer auf die Dynamik des Rechtes gerichteten Betrachtung stellt die Setzung der individuellen Norm durch das Gericht ein Durchgangsstadium des prozesses dar, der mit der Errichtung der Verfassung beginnt, über Gesetzgebung und Gewonheit zur richterlichen Entscheidung und von dieser zur Vollstreckung der Sanktion führt. Diser Prozeß, in dem das Recht sich gleichsam selbst immer wieder von neuem erzeugt, geht vom Generellen (oder Abstrakten) zum Individuellen (oder Konkreten). Es ist ein Prozeß stetig zunehmender Individualisierung oder Konkretisierung”. KELSEN, Hans. **Reine Rechtslehre**. 2 ed. Wien: Verlag Österreich, 2000, p. 242.

¹⁶⁸ “Kelsen selbst ist also immer wieder genötigt festzustellen, daß die Rechtsordnung eine raumzeitliche, nur eine dynamische Ordnung sein kann, reicht eine vom Dogma der Statik ausgehende

enganosa imagem de um ordenamento jurídico. Esforça-se por narrar o direito como objeto de investigação científica, a partir de determinada noção de *norma* jurídica.¹⁶⁹ Intenta distinguir o especificamente jurídico (*eigenesetzlichkeit des Rechts*), buscando estabelecer limites à juridicidade. Os processos da doutrina normativa não são captados como fluxos contínuos. Procura-se precisar-lhes começo e fim.¹⁷⁰ Ainda que atenta a não fixidez do que pretende descrever como estrutura do objeto a ser estudado cientificamente (mediante método que se pretende especificamente jurídico), melhor pensada como estruturação (nos próprios termos em que é apresentada nas obras de doutrina pura), termina por encaixar-se na descrição de sucessivas manifestações normativas supostamente encadeadas no processo de concretização do direito. Esforça-se por fazer caber tudo entre as bitolas das noções de norma e ordenamento. Renuncia-se, então, a estudar a contingência e o imprevisto, embora se a assuma como existente¹⁷¹. Deixa-se de lado o modo como o direito é vivenciado nos processos de sua realização. Ficam de fora as atuações de jurisdicionados e juristas que conduzem a cada

Rechtslehre an die Rechtsordnung nicht heran, steht ihr als Metajurisprudenz fremd gegenüber. Die Ausschließlichkeit der Geltung der Rechtsordnung, ihre souveräne Eigengesetzlichkeit besteht eben gerade darin, daß sie mittelst ihrer Erzeugungsmethodik des Rechtsverfahrens souveränes Relationssystem von Tatbeständen, eine souveräne raumzeitliche Ordnung aufbaut. Nicht aus der 'notwendigen Einheit des Systems', also einem logischen Postulat, welches ethisch-politisches, auf Vermeidung von Konflikten menschlichen Verhaltens gerichtetes Postulat verhüllt, ergibt sich die Ausschließlichkeit der Geltung, die Souveränität der Rechtsordnung, sonder umgekehrt konstituiert die Souveränität der rechtlichen Erzeugungsmethodik erst die Souveränität des Rechtes". SANDER, Fritz. **Rechtsdogmatik oder Theorie der Rechtserfahrung?** Kritische Studie zur Rechtslehre Hans Kelsens. Franz Deuticke, Wien und Leipzig, 1921, p. 55.

¹⁶⁹ Ainda que se trate de noção central à doutrina pura do direito, Hans Kelsen não chegou a oferecer conceito acabado de "norma jurídica", oscilando, ao longo da vida, no tratamento de tema, manipulando noção de vagos contornos, podendo-se falar ao menos em uma compreensão dinâmica e noutra estática de norma de direito. Para uma tentativa de precisar esse conceito, de modo coerente com os desenvolvimentos da doutrina pura do direito, veja-se WALTER, Robert. **La estructura del orden jurídico**. Madrir: Civitas, 1986, pp. 11 e SS.

¹⁷⁰ Pentrantes as críticas de Fritz Sander, a partir dos estudos de teoria da relatividade Herman Minkowski, no sentido de desvelar a impropriedade de *objetificar* o direito, isto é, de tomá-lo como algo dado, procurando precisar limites mais ou menos rígido aos processos jurídicos: "Si deve soprattutto evitare di considerare le determinazione empiriche aossultamente immutabili. Minkowski non manca di notare che la premessa che la velocità della luce rappresenti il limite superiore di tutte le veolcità esistente in natura possiede alla prima impressione qualcosa di spiacevole. In efetti questo limite superiore non comporta nulla di diverso da tutti gli altri limiti superiori o inferiori ai quali há condotto o condurrà la scienza naturale empírica. Anche qui, come nella questione della estensione sapzio-temporale dell'universo e in quella degli elementi ultimi, ci si imbatte continuamente nelle vecchie 'antinomie' o, in altri termini, nella 'idealità transcendente del tempo e dello spazio'. Uma determinzaione assoluta dell'oggetto richiederebbe un termine di riferimento assoluto; ma dal punto di vista empírico non ci si può che attenere come determinazioni ultime a quelle oltre le quali vengono a mancare i presupposti stessi di una ulteriore determinazione empírica". SANDER, Friz. **Il método transcendentela nella filosofia del diritto e il concetto di procedura giuridica**, p. 277.

¹⁷¹ "Insoferne die Gerichte in ihren Entscheidungen neues Recht schaffen, ist Voraussage ebenso wenig möglich wie eine Voraussage der durch das Gesetzgebungsorgan zu erzeugenden generellen Normen". KELSEN, Hans. **Reine Rechtslehre**. 2 ed. Wien: Verlag Österreich, 2000, p. 93.

manifestação do direito. Perde-se o *continuum* vivo do direito, ocultado sob as roupagens da (hipotética) normatividade.

Uma autêntica abordagem dinâmica deve se esforçar por compreender e revelar os modos pelos quais o direito é vivenciado no curso de sua realização. Atentar para as estratégias de que se valem os procuradores das partes na tentativa de provocar decisões favoráveis aos interesses que representam. Desvelar, tanto quanto possível, as inúmeras variáveis a interferir na tomada de decisão em concretos procedimentos no curso dos quais casos adjudicados conhecem desfecho. Não basta discutir a “natureza” dos chamados institutos jurídicos ou apresentar-lhes supostos “regimes jurídicos”, como prontos e acabados anteriormente aos processos conducentes à determinação do direito em cada caso. É preciso assumir a processualidade do direito. Tematizá-lo como vivência requer deslocar a atenção para o que acontece, caso a caso, entre a largada (que é mesmo anterior ao exercício concreto da faculdade de ação processual) e a chegada (coisa julgada e execução)¹⁷².

É mesmo dizer *não mais* à própria insistência de divisar tais pontos iniciais e finais do direito, reconhecendo o *continuum* da realização jurídica como infenso às demarcações metódicas. Afigura-se como necessária a percepção da manutenção do direito em incessante fluxo marcado, quiçá paradoxalmente, pela constância da mudança. O direito não cessa de ser remodelado nas diversas interpretações que fazem dos casos jurídicos as autoridades competentes. Requer abordagens dinâmicas por revelar-se dinâmico, em ininterrupto movimento e mutabilidade¹⁷³. O ter se realizado de determinada maneira na decisão de um caso adjudicado não garante que será novamente assim realizado em adjudicações futuras de casos reputáveis semelhantes. Os estudos jurídicos devem se esforçar por captar-lhe a variabilidade e dinamicidade, compreendendo como realidade em devir (como existência que se revela constantemente *sendo*).

Há processos jurídicos, ou melhor, potencialmente jurídicos incessantemente se realizando no âmago da convivência social. Anteriormente e fora do específico procedimento judicial/jurisdicional há direito em formação (processo). Atritos,

¹⁷² “Die zahllosen, zwischen jenen ‘rechtskräftigen’ Rechtserscheinungen liegenden Rechtserscheinungen, an welchen sich erst das Rechtsverfahren, somit die Kontinuität des Rechtes darstellt, werden von der Rechtsdogmatik völlig vernachlässigt”. SANDER, Fritz. **Rechtsdogmatik oder Theorie der Rechtserfahrung?**, p. 03.

¹⁷³ “(...) il diritto é un contesto dinamico, no si riferisce ad ogetti giuridici ma a movimenti giuridici produttivi. Il percorso creativo – e quindi il legame tra le parti del diritto – è la procedura giuridica, secondo il cui criterio soltanto ‘le fattispecie’ possono trasformarsi in diritto”. SANDER, Fritz. **Il método transcendentela nella filosofia del diritto e il concetto di procedura giuridica**, p. 289.

desacertos, pendengas não cessam de emergir entre os jurisdicionados. Muitos deles serão resolvidos não pela via especificamente jurídica da decisão de um terceiro competente, mas por intermédio de outros recursos. Somente de modo retrospectivo se poderá reconstruir aproximadamente determinada cadeia de eventos consistente num efetivo processo jurídico, que poderá conglobar procedimentos legislativos, administrativos, de pactuações interprivados e mesmo de arbitragens, desfechando-se num procedimento judicial/jurisdicional¹⁷⁴. Anteriormente ao e fora do procedimento específico que conduz à decisão de última instância, há processos (potencialmente) jurídicos circulando.

Não se sabe, de antemão, quais variáveis irão interferir na final conformação do direito de cada caso. No curso daqueles processos remanesce a possibilidade de adjudicação (submissão de caso a juízo), mediante exercício de ação processual pelos legitimados. Persiste no horizonte dos processos sociais (potencialmente jurídicos, portanto) a possibilidade de provocação de um terceiro chamado a determinar o direito da situação, tornada caso jurídico mediante submissão de aspectos problemáticos selecionados, no exercício da ação processual, à autoridade competente.

Uma abordagem dinâmica do direito, percebido como vivência, não se interessa tanto por demarcar o *jurídico* do *não-jurídico*, estabelecendo um rol de *fontes do direito*. Procura enfrentá-lo como *continuum*, realizando-se incessantemente no curso de processos deflagrados na convivência social, a partir de situações conflitivas experienciadas. Atenta para as variáveis potencialmente intervenientes na tomada de decisão pelas autoridades competentes provocadas a se manifestar em procedimentos judiciais. Não reduz o direito aos possíveis critérios de justificação decisória, rechaçando tentativas de construção de listas de cânones jurídicos capazes de guiar o interprete no desempenho do afazer judicativo (e que supostamente descreveriam o que fazem procuradores e julgadores nas práticas judicativas). Assumindo a processualidade do direito, cuida de tematizá-lo de modo a se aproximar daquilo que efetivamente

¹⁷⁴ Mais ou menos esta a perspectiva apresenta pelo jurista húngaro Csaba VARGA na condução de seu estudo sobre o processo judicial, em que sustenta uma “(...) conception of law as the result of the constant interaction of, merely *a posteriori* definable identifiable, factors. These aspects and factors are: (1) the enactment of law, (2) the enforcement of law, and (3) compliance with, under the coverage of, the law. Once this step had been recognized, it led to further theoretical conclusions (promising further steps in methodology), according to which the law was nothing but a historical continuum, which is gaplessly made up not so much of the Sharp distinction between law and non-law, but rather of the continuously changing borderlines between more law-like and less law-like concepts, and components, is ultimately an ever-changing progression showing a trend in which something is turned into law and/or something else ceases to be law”. VARGA, Csaba. **Theory of judicial process**, p. 5.

acontece durante as sessões de julgamento dos tribunais, bem como se esforça por atentar para os bastidores da provocação e da tomada de decisão. Entendendo que direito é travessia, empenha-se por acompanhá-lo nas enviesadas sendas que o conduzem até sua específica determinação decisória, não olvidando que tais caminhos se percorrem, em parte, anteriormente ao adentrar as portas dos palácios da justiça.

Há constantes tensões das pretensões das partes entre si, articuladas pelos procuradores no curso de procedimentos judiciais, bem como entre elas e as percepções dos julgadores encarregados de prolatar decisões aptas a desfechar os casos jurídicos. Aquelas procuram conformar estas últimas em determinado sentido, valendo-se muitas vezes de resultados anteriormente obtidos em casos reputáveis semelhantes. Os caminhos de um procedimento judicial já encerrado podem se revelar variáveis em novo processo de realização do direito. Têm-se deixado de fora das páginas da literatura jurídica, bem como das salas de aula, isto é, dos estudos jurídicos, os desdobramentos das tensões vivenciadas na travessia do direito, no caminho que vai desde a formulação de uma pretensão e manejo de ação processual até a conformação da coisa julgada, em cada caso.

Direito jamais se afigura como dado. Constitui-se em constante realização.¹⁷⁵ Vivenciá-lo, sobretudo no curso de sua realização judicial, envolve provocar manifestações das autoridades competentes, na perspectiva dos jurisdicionados e de seus procuradores (muitas vezes auxiliados por pareceristas), bem como prolatar decisões aptas a desfechar casos adjudicados, na perspectiva daquelas autoridades. Os julgadores se deparam com genuínos conflitos sociais - atritos experienciados no curso da convivência humana - que lhes são comunicados pelos legitimados a demandar em juízo mediante linguagem mais ou menos compartilhada por determinada comunidade jurídica, coformando-se caso clamente por decisão. Têm-se já aí, na formulação das pretensões em linguagem jurídica corrente e no exercício da faculdade de ação processual, eventos inseridos nos processos de realização do direito, agora canalizados para específico procedimento judicial, que deverá se encerrar, ao cabo de percurso de trajetória imprevista em seus específicos contornos, mediante prolação de decisão de última instância, apta a formar coisa julgada.

¹⁷⁵ "(...) in reality there is nothing that could be given. It is only a materialisation, actualisation and implementation ongoing constantly that we can perceive. After all, there is nothing but *judicial event* in the course of which a decision is taken and something will be actualised by this decision. Or, things get actualised through the *actual uses* of law". VARGA, Csaba. **Theory and practice in law**. On the magical role of legal technique. *Acta Juridica Hungarica*. 47, n. 4, pp. 351-372, 2006, p.353.

Interessa abordar o direito ao longo desta sua realização processual (desdobrada no tempo) e procedimental jurisdicional (dependente da intervenção de autoridades competentes e suscetível de formação de coisa julgada), sem com isso excluir da travessia do direito as externalidades deste procedimento, bem como as execuções das decisões judiciais.

Os homens vivenciam o direito no curso de processos sociais que se interpenetram, não assumindo nítidos contornos possibilitadores de distinção. A vivência jurídica apenas se singulariza como específico modo de vida humana quando da adjudicação de casos, submetidos à decisão de terceiro investido na função de julgar. Contudo, não apenas a decisão judicial conformadora de coisa julgada é vivenciada por jurisdicionados e juristas como integrante do direito, em constante realização. Em diferentes épocas, lugares e grupamentos variam as manifestações vivenciadas como jurídicas. Os imaginários jurídicos são elásticos e heterogêneos. É de pouca serventia perguntar pelo jurídico e pelo não jurídico. Importa perceber a conformação processual do direito. Assumindo a processualidade de sua realização, interessa estimar quais variáveis integram-lhe, concretamente, a cada caso, a plena realização, lembrando que anteriormente à decisão apta a se revestir da força de coisa julgada não se pode determinar qual o direito.

Disposições legislativas, atos administrativos, pactuações interprivadas, tematizações professorais, decisões judiciais passadas podem integrar concretos processos jurídicos, participando da conformação do direito de casos adjudicados e clamantes por desfecho judicial. Procedimentos diversos podem se entrecruzar na realização processual do direito¹⁷⁶. É no procedimento judicial, contudo, mediante manifestação decisória das autoridades competentes em última instância que se realiza plenamente o direito. Ainda que figurem nos imaginários jurídicos como dotadas de juridicidade, não se pode determinar de antemão de que maneira irão interferir na

¹⁷⁶ František Weyr tivera este insight em nota de rodapé, ao longo das anotações finais de seu elucidativo artigo sobre a noção de processo jurídico na doutrina pura do direito, lamentando não poder desdobrar com mais vagar o exame do problema da “colaboração” entre diversos procedimentos na cadeia de produção normativa: “Assim, não pudemos destacar o fato bastante interessante de que um processo jurídico que se afigura como unidade independente nem sempre conduz a formação de uma norma jurídica autônoma/completa. O resultado muitas vezes não é senão parcial (um julgamento declarando que uma pessoa é maior ou que um casamento é válido), de modo que para chegar à norma uma colaboração de dois ou mais processos jurídicos se revela necessária”. WEYR, František. La notion de ‘processus juridique’ dans la théorie pure du droit. In: **Studi filosofico-giuridici dedicati a Giorgio del Vecchio**. Modena, 1931, pp. 414-426, p. 425.

tomada de decisões futuras. Funcionam como variáveis. Potenciais elementos a jogar papel na concreta realização judicativa do direito.

Embora diversos procedimentos e disposições possam integrar o processo de realização do direito, permanece o procedimento jurisdicional/judicial, marcado pela intervenção de terceiro e pela possibilidade de formação de coisas julgada, como possibilitador do *continuum* do direito, na medida em que somente no deslinde deste procedimento é que se manifesta o direito de cada caso¹⁷⁷. O procedimento jurisdicional é, nesses termos, o processo jurídico por excelência.

No início do ano de 2010, uma série de práticas de violência sexual contra menores foi associada a uma espécie de jogo que havia se tornado comum entre pré-adolescentes, em diversas cidades do país. O chamado *snap game* envolvia o uso, por parte das meninas, de uma série de pulseiras de silicone, de diversas cores. A cada uma das cores eram atribuídos, conforme regras convencionadas, distintos significados. O jogo se desenvolvia mediante tentativas, por parte dos meninos, de estourar alguma das muitas pulseiras usadas pelas garotas. Conforme a cor da pulseira arrebatada, o menino deveria receber um “agrado”, oscilando entre abraço (cor amarela) e prática de relação sexual (cor preta). As pulseiras ficariam conhecidas, na grande mídia, como *pulseirinhas do sexo*.

Em algumas cidades do país, como no Rio de Janeiro, proibiu-se, mediante resolução, o uso, em ambiente escolar, daquelas pulseirinhas. Noutras, como em Londrina, no Paraná, chegou-se mesmo a proibir genericamente uso e venda daqueles acessórios, por via legislativa.

Na primeira situação, a Resolução número 1074 da Secretária Municipal de Educação, de 14 de abril de 2010, *dispondo sobre Regimento Escolar Básico do Ensino Fundamental da Rede Pública do Município do Rio de Janeiro*, estabeleceu em seu artigo 22, II a não permissão de uso de “*adereços que expressem insinuações sexuais nas dependências da unidade escolar*”. As consequências previstas no mesmo regimento se revestem de caráter disciplinar, não ultrapassando a transferência de uma escola para outra da rede municipal¹⁷⁸. É possível que situações envolvendo o uso das tais

¹⁷⁷ “Lo que ocorre es que el proceso sirve al derecho como um instrumento de creación vivificante, como una constante renovación de las soluciones históricas forjadas en el pasado. El derecho se realiza a cada día en la jurisprudencia. (...) En este sentido, y acaso sólo en este, corresponde compartir la teoría que señala al proceso como meio idóneo de asegurar la *lex continuitatis* del derecho, su efectividad en la experiencia jurídica”. COUTURE, Eduardo. **Fundamentos del derecho procesal civil**. 4 ed. Buenos Aires: Euros Editores, 2007, p. 120.

¹⁷⁸ Resolução 1074 da SME do Rio de Janeiro (14 de abril de 2010).

pulseirinhas do sexo jamais venha ser vertidas em casos e trazidas a juízo. Alunos já submetidas a inúmeras advertências e cujos pais já foram chamados para conversar por várias vezes podem ter sua transferência determinada pela diretoria da Escola sem que tal ato venha a ser questionado pelos representantes legais da criança ou adolescente. Nessas hipóteses, o direito terá sido vivenciado na observância de manifestações administrativas pelos administrados, no curso de processo que não conhecerá seu particular desfecho jurídico. Não se poderá dizer sobre a efetiva juridicidade ou não da transferência compulsória. Contudo, remanesce no horizonte a possibilidade de adjudicação. Ainda que sem a concreta determinação judicial, a situação terá sido vivenciada pelos agentes administrativos e pelos administrados sob a potencialidade de provocação de autoridade competente para decidir acerca de eventuais desacertos. Esgotadas as vias administrativas, o ato do diretor poderia vir a ser impugnado judicialmente, pleiteando-se a sua anulação por ilegalidade, na medida em que pautado em disposição regulamentar reputável inconstitucional (hipoteticamente assim interpretada pelos interessados). Poder-se-ia questionar quanto à competência do município para estabelecer restrições aos alunos do tipo daquelas veiculadas no artigo 22, II da RSME 1074. Seria a resolução uma via legislativa adequada à implementação de medidas interpretáveis como de *política de costumes*? Também assim, noutra hipótese, poderia vir a ser controvertido o alcance da expressão “adereços que

Art. 23. Caso o aluno não cumpra seus deveres, a Unidade Escolar poderá tomar as atitudes cabíveis, previstas neste Regimento Básico Escolar, com o apoio do CEC.

Art. 24. Aos alunos que descumprirem os seus deveres, esgotadas todas as possibilidades de conciliação, aplicar-se-ão as seguintes medidas:

I – Advertência e repreensão verbal;

II – Advertência e repreensão por escrito;

III – Comunicação da ocorrência, por escrito, aos pais;

IV – Convocação do responsável, por escrito, para comparecer à escola e tomar ciência dos fatos com registro em ata.

§ 1.º O não comparecimento do responsável, dentro do prazo estipulado pela Unidade Escolar, implicará no afastamento do aluno das atividades pedagógicas pertinentes ao seu grupamento, permanecendo no espaço escolar, até que seu responsável compareça à Unidade Escolar para tomar ciência das advertências anteriores e as devidas providências.

§ 2.º Nos casos graves ou em reincidência, o Conselho Escola-Comunidade poderá ser convocado para deliberar, junto à direção da Unidade Escolar, quanto aos procedimentos a serem adotados:

I – Troca de turma;

II – Troca de turno;

III – Transferência entre escolas da Rede Pública Municipal;

IV – Encaminhamento, através de instrumentos legais, aos órgãos competentes.

§ 3.º Os danos causados por alunos ao patrimônio escolar ou a terceiros, dentro da Unidade Escolar, serão passíveis de reparação, conforme o Artigo 116 do Estatuto da Criança e do Adolescente, independentemente da aplicação de medidas educativas.

expressem insinuações sexuais”. Pingentes, decotes, batons e brilhos poderiam ser interpretados como exemplos de tais adereços?

No curso dos processos sociais, situações conflitivas e de desacertos entre os jurisdicionados não cessam de acontecer. Nem todas elas serão vertidas em casos clamantes por decisão de terceiro competente. Somente nas hipóteses de adjudicação é que se poderá saber qual o direito, mediante determinação decisória revestida de coisa julgada, ao final de procedimento judicial. É mediante o exercício de ação processual pelos legitimados que os processos sociais, potencialmente jurídicos, são canalizados para específico procedimento judicial, no deslinde do qual, desfechando-se o caso trazido a juízo, será determinado o direito pela autoridade julgadora de última instância.

Em Londrina, a restrição revestiu-se de contornos mais severos. O contexto revelava acentuada comoção social. No dia 23 de março de 2010, o delegado da décima subdivisão policial do município fora notificado acerca de suposto crime de estupro contra vulnerável¹⁷⁹. Uma menina de 13 anos de idade teria sido violentada por quatro rapazes, na tarde do dia 15 de março. Um deles teria 18 anos. Os outros três seriam menores. No dia da suposta agressão, a menina estaria usando as malfadadas pulseirinhas. Diante da ruptura de uma delas, de cor preta, por um dos rapazes, a menina teria acompanhado o grupo de garotos até a residência de um deles, onde diz ter sido violentada. No dia seguinte, fora vedada a comercialização e o uso das pulseirinhas coloridas por meio de portaria judicial, exarada por juiz da Vara da Infância e Juventude.

No seguimento dos eventos, determinou-se, mediante lei municipal de iniciativa da Câmara dos Vereadores (*lei 10.929 de 31 de maio de 2010*), a proibição de *comercialização*, em todo o município, e do *uso*, em ambiente escolar, de pulseiras revestidas de conotação sexual. A lei é resultado da aprovação do projeto 67/2010, enviado à Comissão de Justiça, Legislação e Redação, da qual recebera parecer desfavorável. A assessoria jurídica sustentou a inconstitucionalidade da vedação à comercialização das pulseirinhas (artigo 3 do projeto de lei), bem como identificou vício de iniciativa com relação à previsão de novas atribuições à Companhia Municipal de Trânsito e à Secretaria da Fazenda, encarregadas de fiscalizar o cumprimento da

¹⁷⁹ Trata-se de conduta passível de tipificação como *estupro de vulnerável*, para fins de oferecimento de denúncia penal (art. 225, parágrafo único do Código Penal), nos termos da legislação em vigor. **Código Penal. Decreto-lei 284801941. Estupro de vulnerável** (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009) Art. 217-A. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos: (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009) Pena - reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos. (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

novas disposições legislativas (nos termos do artigo 4). O projeto de lei fora ainda vetado pelo prefeito da cidade, sob argumento de incompatibilidade com a Lei Orgânica do Município. O parecer da procuradoria municipal, acatado pelo chefe do executivo no veto de 26 de abril, apontava vício de iniciativa legislativa e ilegalidade concernente a não previsão orçamentária para gastos de fiscalização decorrentes da nova legislação, interpretáveis como descumprimentos em face daquela lei¹⁸⁰. Contudo, o veto foi superado pela maioria dos vereadores da Câmara, tendo sido posteriormente promulgada e publicada a lei. A rigor, trata-se de medida legislativa de eficácia simbólica, na medida em que não se prevêem consequências para o descumprimentos das determinações, restando possível, entretanto, eventual tipificação de condutas desconformes por desobediência, diante da atuação da fiscalização municipal.

Todo o procedimento legislativo fora desenvolvido sob o horizonte da decidibilidade. Levou-se em conta, a cada etapa, desde a apresentação do projeto até a publicação da lei, a possibilidade de provocação de autoridade competente para se manifestar sobre a legalidade ou constitucionalidade das novas disposições legislativas. Pareceres jurídicos foram solicitados, quer na Comissão de Justiça, Legislação e Redação da Câmara dos Veradores, quer junto a procuradoria do município. A assessoria jurídica da referida comissão cuidou de assinalar que *“a jurisprudência do STJ tem reconhecido a competência do Município para regular as atividades urbanas estritamente ligadas à vida da cidade e ao bem estar de seus habitantes (REsp nº 127.889/SP, Relator o Ministro GARCIA VIEIRA, DJU de 09/11/1998)”*, mas não deixou de registrar que *“Os limites do poder de polícia (...) tem de ser estudados em conjunto, por exemplo, com os limites de atuação legislativa do ente que pretende impor a restrição”*. A possibilidade de decisão judicial para acerto dos contornos da juridicidade da situação, tornada caso jurídico mediante submissão às autoridades competentes, acompanhou as diferentes etapas da elaboração legislativa. Permaneceu

¹⁸⁰ **Lei orgânica do município de Londrina.**

Art. 29. Compete privativamente ao Prefeito a iniciativa de leis que disponham sobre:

I – criação, extinção ou transformação de cargos, funções ou empregos públicos na administração direta, autárquica e fundacional;

II – criação, estruturação, atribuições e extinção de secretarias municipais e de órgãos da administração pública;

III – servidores públicos municipais, seu regime jurídico, provimento de cargos, estabilidade, aposentadoria, disponibilidade, benefícios, vantagens e reajustes da administração direta, autárquica e fundacional do Município, ressalvada a competência da Câmara;

IV – matéria orçamentária.

presente no horizonte do raciocínio dos juristas chamados a se manifestar. A despeito das opiniões desfavoráveis, o projeto em questão fora convertido em lei, mediante atuação dos representantes políticos do povo londrinense.

Autoridades competentes poderão vir a ser instadas a se manifestar sobre a constitucionalidade ou não da lei municipal. Trata-se de matéria de “interesse local”, a justificar o exercício de competência legislativa pela câmara municipal? Enquanto não se pronuncia o judiciário, quer pela via de ADI perante o TJ-PR, quer pela eventual via de ADPF perante o Supremo Tribunal Federal, não se sabe qual o direito. Processos sociais seguirão fluindo, envolvendo a observância ou não das determinações legislativas, o exercício ou não de concreta fiscalização pelas autoridades municipais. Nos imaginários jurídicos, diferentes representações se conformarão a respeito da juridicidade da situação. Somente quando determinados aspectos forem selecionados e tornados casos clementes por decisão é que se estará em condições de dizer qual o direito, que se realizará plenamente em função da inevitabilidade da decisão.

3.3 Situações, casos e temas jurídicos

Participando do processo eleitoral de 2010 mediante a candidatura de Dilma Roussef à presidência da República, o Partido dos Trabalhadores (PT) temia que a exigência de apresentação de dois documentos (título de eleitor e carteira de identidade) para exercício do poder de voto afastasse parcela significativa do eleitorado das urnas, no primeiro turno das eleições, em 03 de outubro. A dupla exigência fora introduzida pela lei 12.034 de setembro de 2009 no artigo 91-A da lei das eleições (9.504/97) e ratificada pela resolução 23.218 do Tribunal Superior Eleitoral (TSE). A cúpula do PT se revelava receosa com relação à possibilidade de que aquela determinação legal pudesse contribuir para eventual aumento na taxa de abstinência, impedindo-se específica porção do eleitorado de votar por conta de não apresentação do título de eleitor no dia da votação.

Vivenciava-se, aí, situação percebida como problemática. Havia interesse em que grande número de eleitores comparecesse às urnas. A popularidade do Presidente Luiz Inácio “Lula” da Silva estava nas alturas. Imaginava-se existir imenso potencial de transferência de votos do então presidente à candidata petista. Contudo, as intenções de voto em Dilma Roussef registravam sensíveis quedas nas semanas imediatamente anteriores ao primeiro turno. Numa leitura plausível, pode-se dizer que o problema

consistia em encontrar mecanismos aptos a facilitar a presença massiva do eleitorado às urnas. Avistava-se na disposição do artigo 91-A da lei 9.504/97 um impeditivo. Cumpriu aos procuradores jurídicos do PT a tarefa de selecionar determinados aspectos daquela situação e formulá-los em linguagem jurídica corrente, construindo pretensão a ser apresentada, mediante exercício de ação processual, às autoridades competentes, clamando por decisão. Anteriormente à interposição da ação, que se revela como condição de manifestação do direito, não há caso *jurídico*. Os problemas não emergem sob etiquetas jurídicas desde o âmago das incontáveis *situações* vivenciadas no curso dos processos sociais.

A passagem de uma *situação* problemática e potencialmente jurídica a um *caso* de direito não se faz mediante operação dedutiva, regida pela lógica formal¹⁸¹. Os problemas não se afiguram como dados. São interpretados como tais e construídos, mediante recurso à linguagem jurídica corrente, pelos advogados das partes interessados. Há inúmeras maneiras de se narrar uma situação existencial compartilhada por diferentes pessoas e conhecida, nos contornos gerais, por tantas outras. A formulação jurídica de um problema, para fins de consubstanciar caso a ser decidido pelas autoridades competentes, envolve criatividade dos advogados e pensamento estratégico. Um “caso jurídico”, mesmo na sua conformação inicial, anterior à decisão que irá desfechá-lo juridicamente, é um produto relativamente tardio no interior do processo de realização do direito¹⁸². Deve-se apresentar a situação vivenciada como ensejadora de desacertos jurídicos, a fim de se provocar manifestação decisória. Aquele que vai a juízo, acionando a jurisdição, contudo, não ambiciona, em regra, apenas que seja

¹⁸¹ A esse respeito, vejam-se, por todos: PECZENIK, Alexander. Non-equivalent Transformations and the Law. In: **Reasoning on Legal Reasoning** ed. Aleksander Peczenik & Jyrki Uusitalo (Vammala: Vammalan Kirjapaino Oy 1979), pp. 47–64 PECZENIK, Aleksander e Wroblewski, Jerzy. Fuzziness and transformation: Towards explaining legal reasoning. **Theoria**. Vol 51, 1984, pp. 24–44.

¹⁸² Não se pode imaginar necessária identidade entre situações existenciais controvertidas/conflituosas/de desacerto, potencialmente jurídicas, e casos submetidos à decisão judicial. A variabilidade do direito se revela já no momento de conformação inicial de um caso jurídico, quando, mediante atuação dos procuradores dos interesses em questão, quer sejam advogados privados, quer promotores, procuradores ou defensores integrantes de carreiras públicas, determinados problemas são selecionados, em conformidade com estratégias que visam à obtenção de êxito judicial, e articulados de tal maneira a se provocar a decisão dos julgadores. A atenção dos estudiosos em direito não pode se circunscrever aos desdobramentos posteriores ao exercício da faculdade de ação processual. “A genuinely theoretical description has to commence at an earlier stage. It has to depart from the recognition that the event we hold of interest springs from something differing from, and also preceding, the ‘case’. For to have a ‘case’ is a relatively late product of the legal process”. VARGA, Csaba. **Theory of judicial process**, p. 58.

proferida una decisión, mas que o caso seja desfechado em conformidade com os interesses subjacentes à interposição da ação.¹⁸³

O produto do trabalho dos procuradores oferece conformação inicial a um caso jurídico. Ao longo desta elaboração, estabelecem-se estratégias, imaginando-se os caminhos mais adequados à obtenção de decisão favorável aos interesses representados.¹⁸⁴ Não se pode, entretanto, descuidar para a processualidade da própria formação de um caso jurídico. No enfrentamento de interesses e teses contrapostas das partes e, sobretudo, nas subseqüentes intervenções decisórias, provocadas e de ofício, das autoridades julgadoras das sucessivas instâncias chamadas a apreciar os pedidos, o caso jurídico vai sendo talhado até a tomada de decisão tendencialmente definitiva, apta a se revestir da força de coisa julgada.

Da identificação – já construtiva – de um problema vivenciado em concreta situação (temor de grande taxa de abstenção nas eleições de 2010), passa-se à conformação inicial de um caso jurídico (sustentando-se a irrazoabilidade, desproporcionalidade e ineficiência da dupla exigência com relação à documentação necessária para votar). Nesta sua conformação inicial, um caso jurídico se afigura como resultado de interpretações dos advogados sobre as interpretações dos clientes acerca de

¹⁸³ “Tomemos como ejemplo el caso del abogado defensor. El abogado litigante está allí para ganar el pleito. Es mentira, o en todo caso una utopía asumir que en la realidad de los estrados judiciales los abogados quieren hacer justicia, buscar la verdad de lo acontecido u otras empresas (bucólicas) similares. Su labor, y para eso les pagan, es hacer que el juez le de la razón a su defendido. Para ello se vale de lo que, en buen lenguaje castizo, se llamarían las *triquiñuelas* o los *trinquetes* de la práctica judicial: exagerar los argumentos a favor, ridiculizar los que están en contra, mantener buenas relaciones con los secretarios del despacho, presentar infinidad de escritos contradictorios, iniciar varios procesos simultáneamente, auto-embargar al cliente, traspasar propiedades de manera ficta, inscribir sociedades inexistentes, y otras muchas *delicatessen* de igual naturaleza. En este contexto, si el abogado pierde el caso, se dirá: es un mal abogado. Punto.” SALAS, Minor. **Es el derecho una profesión imoral?** [manuscrito gentilmente enviado pelo autor], 21 pp., p. 8.

¹⁸⁴ “Hablando de abogados cual es su función. O en términos más sencillos: ‘que és lo que hacen?, para qué valen realmente? Esto parece cosa sabida que se recuerda, de ordinário con citas de Calamandrei, en los actos oficiales (aperturas de curso, homenajes a maestros, entrega de medallas y cerimônias necrológicas): los abogados son los sacerdotes del templo de la justicia, gracias a ellos el Estado no oprime a los ciudadanos, las vidas y los huérfanos están protegidos, los perversos duermen en la cárcel y nadie puede abusar de sus vecinos. Lástima que se trate de una retórica empalagosa en la qui ni tú ni yo ni nadie con un mínimo de sensibilidad puede creer. Dejamos, por tanto, tan rancias cortesias y vayamos al grano.

El objetivo del abogado – adelantas – es buscar un camino hacia la justicia, colaborar a su advenimiento allanando los caminos de sul legada como San Juan Bautista con Jesucristo. Cabe, entonces, algo más trascendental? Así sucederá en tu caso, sin Duda; pero cuando se examina un estamento y su función, no puede invocarse argumentos *ad hominem* sean favorables o desfavorables. Seamos sinceros: *el abogado no pretende buscar el derecho concreto, sino ayudar a su cliente, es decir, ganar el pleito; porqué para el la justicia consiste en dar la razón a su cliente.* Todo lo demás és palabrería y aquí está la prueba: quién encomendaría la defensa de sus intereses a un abogado de estas condiciones?” NIETO, Alejandro. Sobre los abogados intentado explicar las aparentes contradicciones de su oficio. In: NIETO, Alejandro e FERNANDEZ, Tomás-Rámon. **El derecho y el revés.** Diálogo espistolar sobre leyes, abogados y jueces. Barcelona: Ariel, 1998, p. 35.

situação potencialmente jurídica, vivenciada por eles como problemática. Não há um conjunto de saberes prontos de que se valem os juristas no curso desta operação. As situações existenciais não se repetem, ainda que possam vir a ser interpretadas como passíveis de semelhante tratamento jurídico. A situação problemática é, nos limites do tempo de que se dispõe, vivenciada por clientes e procuradores, tendo estes últimos a incumbência de, possivelmente com recurso a vivências passadas próprias e alheias de que tenham notícia, apresentar aos interessados formulação passível de adjudicação e tendencialmente êxitosa (embora êxitos concretos não possam ser prometidos).

Interesses dos mais variados jaezes poderiam ser identificados na situação vivenciada pelo PT, a poucos dias da eleição. Motivações políticas (continuidade de um projeto de governo, na sucessão de Lula) e econômicas (as chaves dos cofres públicos uma vez mais estavam em disputa) se revelavam bastante nítidas. Aspectos problemáticos daquela situação foram selecionados para construção de um caso jurídico, clamente por decisão: na petição da ADI 4467, interposta junto ao Supremo Tribunal Federal (STF), rumou-se pelos caminhos da “razoabilidade”.

Já no momento de interposição da ação, brilha a dinamicidade do direito, como expressão de vida humana imbricada ao poder político. A disposição do artigo 91-A da lei das eleições parecia consolidada. Era produto de recente reforma da lei eleitoral. Ampla campanha de divulgação havia sido realizada, ao longo do ano, para fins de assegurar a chegada das informações necessárias às diferentes camadas da população brasileira. O Tribunal Superior Eleitoral tivera ocasião de se manifestar, em junho de 2010, pela constitucionalidade da exigência de dupla documentação no dia da votação. Fora expedida, naquele mês, a resolução n. 23.281 do TSE, que cuidava de determinar *“implementação, no Sistema Elo, de funcionalidade que possibilite a reimpressão, em caráter excepcional e temporário, de títulos eleitorais, a partir de requerimento padronizado, com dados idênticos aos do documento extraviado ou inutilizado em qualquer cartório ou posto de atendimento eleitoral, observada a data limite para o requerimento de segunda via”*. Àquela época, a maioria dos ministros se manifestou, em resposta à consulta formulada pela Corregedoria Regional Eleitoral da Bahia, no sentido da constitucionalidade da exigência, ficando assentado não existir **“nenhuma justificativa para que não se apresente esses dois documentos**. Ou seja, está na lei, estamos a orientar os Tribunais Regionais Eleitorais e os juízes eleitorais e faremos uma

campanha de esclarecimento. Não podemos, desde logo, flexibilizar a lei”¹⁸⁵. A poucos dias da eleição, contudo, as regras do jogo haveriam de mudar, no desfecho de caso adjudicado perante o Supremo Tribunal Federal. Mesmo o ministro que afirmara, na sessão plenária do TSE, de junho de 2010, que “o Congresso Nacional se manifestou incisivamente quanto a esse aspecto”, iria votar, na semana que antecedia ao primeiro turno, plea “flexibilização” da exigência legal de apresentação de dois documentos no dia da votação.

Possíveis abstenções eleitorais em virtude de excessiva burocracia para o exercício do direito de voto no dia da votação preocupavam, em especial, um dos partidos participantes da disputa presidencial. Coube aos advogados a definição de estratégias de provocação da judicatura. Formulou-se a petição da ADI protocolada – no dia 24 de setembro - e distribuída sob o número 4467. Problema de implicações políticas, econômicas e de outros desdobramentos fora formulado em linguagem jurídica corrente. Sustentou-se a inconstitucionalidade da determinação legislativa de dupla documentação, afirmando-se que “a exigência conjunta de dois documentos, além de causar previsível confusão, afronta a **razoabilidade**, a **proporcionalidade** e a **eficiência**, ao impor infundada restrição a um direito de cidadania, com riscos e prejuízos para o conjunto do eleitorado que de boa-fé se apresenta às mesas da Justiça Eleitoral para exercer o mais sagrado dos direitos democráticos”¹⁸⁶. Articulou-se, mediante exercício de ação processual, pretensão decisória, dando-se conformação inicial a caso jurídico cujo provisório desfecho, no curso de processo de realização do direito em que fora julgado pedido de medida cautelar formulado pelo requerente, determinou-se a inexigibilidade da apresentação de título de eleitor no dia da votação.

Nem todas situações vivenciadas como problemáticas e suscetíveis de adjudicação são efetivamente trazidas a juízo, mediante exercício de ação processual. A passagem de situações a casos jurídicos não apenas se opera mediante saltos hermenêuticos, mas também, com frequência, custa caro. Parcela substancial da população não dispõe de recursos para bancar advogados ou pareceristas. Muitos sequer são suficientemente informados quanto às possibilidades de pleitear em juízo, diante de conflitos experienciados na vida cotidiana. Volume bastante reduzido das pendengas e atritos vivenciados pelos seres humanos é trazido a juízo, clamando por decisão.

¹⁸⁵ Ministro Ricardo Lewandowski. TSE - PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº 1365-37.2010.6.00.0000 – CLASSE 26 – SALVADOR – BAHIA (grifou-se)

¹⁸⁶ Petição Inicial. ADI-4467/DF (STF). Relatora Ministra Ellen Gracie. Liminar concedida em 30 de novembro de 2010.

Não só de casos jurídicos se ocupam os juristas, quer acadêmicos, quer profissionais às voltas com a realização judicativa do direito. Os juristas não lidam apenas com litigiosidades, isto é, não vivenciam o direito somente com vistas à concreta provocação de uma decisão judicial. Com frequência, exercem atividades consultivas. Imaginam um direito possível. Lidam com potenciais adjudicações, buscando antecipar, com todas as limitações concernentes à abordagem de uma realidade em constante mutação, eventuais decisões. Oferecem, no caso dos advogados em exercício de atividade consultiva, orientações aos clientes nos mais diversos setores da vida, sempre com vistas a potencial intervenção das autoridades competentes, chamadas a decidir.

No dia 08 de outubro de 2010, passado o primeiro turno das eleições presidenciais, realizou-se na sala dos estudantes do Largo do São Francisco, o chamado “Ato Dilma Presidente”. Como a designação sugere, tratava-se de manifestação pública de apoio à candidatura petista à presidência da República, a ser realizada nas dependências da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, uma autarquia estadual. O evento contara com ampla divulgação e apoio de intelectuais públicos, dentre eles contanto professores da FaDUSP. A sala fora concedida pelo Centro Acadêmico XI de Agosto para a realização do ato, mediante solicitações de alguns estudantes. O então diretor da faculdade havia feito circular comunicado em que “desautorizava” a mesma cessão.

Nas imediações da efetiva realização do evento, acaloradas discussões foram travadas entre membros da comunidade jurídica. Juristas foram chamados a se manifestar acerca de potencial ilegalidade da cessão da sala dos estudantes para utilização com, diriam alguns, nítidas finalidades partidárias. Ao vivenciar aquela situação, muitos tinham em mente a vedação do artigo 73, I da lei das eleições¹⁸⁷. Cogitava-se acerca da possibilidade de se reconduzir a concreta situação de cessão da sala dos estudantes ao disposto no referido artigo. Temia-se, de um lado, a formulação de representação junto à Justiça Eleitoral. Doutro, sobretudo da parte do grupo de pessoas descontentes com utilização da faculdade para impulsionar determinada

¹⁸⁷ Art. 73. São proibidas aos agentes públicos, servidores ou não, as seguintes condutas tendentes a afetar a igualdade de oportunidades entre candidatos nos pleitos eleitorais: I - ceder ou usar, em benefício de candidato, partido político ou coligação, bens móveis ou imóveis pertencentes à administração direta ou indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios, ressalvada a realização de convenção partidária;

candidatura, procurava-se desencorajar a realização do ato, especulando-se acerca de posicionamentos futuros dos juízes eleitorais eventualmente chamados a decidir sobre a ocorrência ou não de infração à lei eleitoral. Questionava-se acerca da legitimidade passiva do Centro Acadêmico em eventual representação. Perquiria-se sobre possibilidade de responsabilização do Diretor da Faculdade. Indagava-se sobre o alcance da ressalva concernente à “convenção partidária”, constante ao final do dispositivo legal em questão. Imaginava-se qual seria o eventual entendimento dos tribunais da justiça eleitoral acerca da configuração ou não, naquela hipótese, de situação “tendente a afetar a igualdade de oportunidades entre candidatos nos pleitos eleitorais”.

Baterias jurisprudenciais foram levantadas, havendo argumentos aptos a, numa primeira avaliação, sustentar a legalidade e a ilegalidade daquela cessão. Decisões judiciais haviam sido tomadas em sentidos diversos, em casos anteriores reputáveis semelhantes entre si e similares também à situação então vivenciada. Grupo de professores concretamente envolvido com realização do evento expediu ofício em que apontava como controvertida a posição do TRE-SP naquela matéria. O evento realizou-se normalmente, não havendo posterior adjudicação. Aquela situação controvertida não foi levada a juízo. Não chegou a se consubstanciar caso, clamando por decisão de terceiro competente. Contudo, vivenciou-se o direito. A potencialidade de intervenção decisória apta a desfechar caso eventualmente adjudicado remanesceu no horizonte daquela situação, na maneira como foi vivenciada. Embora não se saiba, em virtude da concreta ausência de manifestação judicativa, qual o direito daquela situação, jamais vertida em caso, não se pode ignorar ter sido o direito vivenciado, enquanto processo, em acontecer contínuo, pelos envolvidos naquelas acaloradas discussões.

Jurisdicionados e julgadores, bem como demais profissionais de direito, participam continuamente dos processos de realização jurídica. As situações existenciais são interpretadas de diferentes maneiras pelos jurisdicionados, na medida da variabilidade de seus interesses. Os imaginários jurídicos revelam diferentes representações da juridicidade. Profissionais de direito são consultados na busca por uma orientação acerca de como agir, tendo em vista potencial adjudicação. As interpretações de procuradores e pareceristas se constroem não necessariamente de modo direto, em contato com determinada situação, mas, com frequência, sobre as interpretações diversas dos jurisdicionados.

A processualidade do direito o revela em constante travessia, que não encontra momentos de interrupção, embora sejam constatáveis condensações, nas manifestações decisórias, ao longo do *continuum* do direito.¹⁸⁸ A travessia jurídica não cessa de se realizar mesmo anteriormente ao início de específico procedimento judicial. Ao tematizar o direito, os estudiosos (pesquisadores, professores, acadêmicos) devem se ocupar não apenas do direito realizado nas concretas adjudicações, mas também para as situações potencialmente jurídicas, vivenciadas como tais na medida em que nelas se age sob o horizonte da decidibilidade. Remanesce presente, independentemente de concreta provocação judicial, a possibilidade de submeter aspectos controvertidos de uma situação ao crivo da autoridade judiciária, conformando-se um caso jurídico.

Ao se estudar o direito, determinados aspectos de *situações* e *casos jurídicos* são tomados como *temas*¹⁸⁹. Nas salas de aulas, dissertações de mestrado, teses de doutorado e nas chamadas obras de doutrina, o direito é tematizado a partir de diferentes perspectivas. Tematizar o direito revela-se forma singular de vivenciá-lo. Tomando-o

¹⁸⁸ “El derecho es un fenómeno vital de movimiento constante e irrepetible, del que sólo convencionalmente pueden aislarse algunos momentos fijos. Nadie puede poner puertas al campo ni predeterminar con precisión los comportamientos humanos; pero la *estabilidad social aconseja colocar algunos indicadores aceptablemente fijos*. La ley es uno de ellos, aun a sabiendas de que antes de que se seque la tinta del Boletín Oficial ya habrían variado las relaciones que se quiere regular”. NIETO, Alejandro. *Crítica de la Razón Jurídica*. Editorial Trotta, 2007, p. 93.

¹⁸⁹ Na compreensão deste ponto, o recurso aos dicionários poderá auxiliar. Vejam-se os usos registrados no léxico do Houaiss da Língua Portuguesa.

Acepções

■ substantivo masculino

1 proposição, assunto que se quer desenvolver ou provar

Ex.: escreveu um livro cujo t. é a história antiga

2 texto da escritura em que se baseia um sermão

3 trecho dado pelo professor a um aluno para retroversão ou para servir de assunto a exercício escolar

Ex.: o t. para exercício de redação foi interessante

4 Derivação: por metonímia.

composição do aluno sobre o ponto que lhe foi dado

5 aquilo sobre o que se conversa ou se discorre; assunto, objeto, argumento

Ex.: seu comportamento tem sido t. de muita discussão

(...)

Etimologia

lat. *théma, àtis* 'tema, assunto, proposição, argumento, matéria, tese, (no lat. tar. também a acp. 'tema de um verbo')', do gr. *thêma, atos* 'aquilo que se propõe, porção, parte, soma de dinheiro depositada junto a um banqueiro, tema ou assunto do desenvolvimento oratório, tema ou raiz de uma palavra, posição dos astros na época do nascimento'; cp. *teima*; ver *tema*-; f.hist. sXV *thema*, sXV *tegma*, sXV *tema*

O termo “tematização” aparece aqui com a pretensão de designar a atividade desempenhada pelos estudiosos do direito. Emerge como resposta à questão de saber “o que” fazem os professores e pesquisadores de direito em sala de aula, em suas teses e dissertações, bem como nas chamadas “obras de doutrina”. Tematizar o direito significa tomar determinados aspectos da vivência do jurídica como tema. As tematizações jurídicas se qualificam por ter a vivência do direito como substrato, elas próprias se afigurando como distinto modo de vivenciá-lo, na medida em que assumem a decidibilidade como horizonte hermenêutico, lançando-se à resolução ou à compreensão de problemas experienciados como jurídicos.

como tema, devem os estudiosos assumir a inevitabilidade da decisão (quer potencial, nas situações ainda não vertidas em casos, quer concreta, nos casos submetidos a juízo) como horizonte hermenêutico.

Se há um saber jurídico, este se articula como um saber agir. Saber e atividade jurídicos mostram-se imbricados na vivência do direito. Se se quer tomar aspectos desta vivência como temas, é preciso atentar para o modo de existência interpretativo-decisório do direito. Temas jurídicos serão problemas vivenciados como suscetíveis de submissão às autoridades judiciais no curso de processos sociais, em que emergem situações de desacerto e em que alguns destes problemas efetivamente serão trazidos a juízo, clamando por decisão. Tomando-se problemas jurídicos como temas, há que se cuidar de examiná-los de modo a elucidá-los, mediante esforço de “diagnose” em torno de situações passíveis de adjudicação ou de casos adjudicados, e mesmo de lhes oferecer possíveis soluções, mediante propostas “terapêuticas”.

Tematizar o direito consiste em verter determinados aspectos da vivência jurídica em proposições lingüísticas. Diferentes facetas de situações e casos são selecionadas e, mediante reflexão, tematizadas, submetendo-se-as ao debate, abrindo-se possibilidades de discussão. Neste processo, invarivelmente são constatadas perdas de complexidade. A abundância do real jamais é captada pelas tematizações que dele se faz. Nas tematizações dos juristas, aspectos do direito são tomados como “algo sobre o que se conversa ou discorre”, como “assuntos a serem desenvolvidos”. Peculiaridade é que, não raro, não se ambiciona apenas conversar ou discorrer sobre o direito. O tratamento dos diferentes temas jurídico revela frequentemente intencionalidade transformadora. Ambiciona-se intervir na conformação do direito em determinados sentidos, com vistas à possível ou concreta adjudicação.

Daí se ter falado, anteriormente, numa imbricação entre “teoria” e “prática”, na medida que, muitas vezes, tematizar o direito termina por se constituir em forma de praticá-lo, buscando-se intervir no direito em realização, no curso de processos jurídicos.

3.4 Variabilidade, mutabilidade e rotina no direito

Ao tematizar o direito os juristas devem restar conscientes de que “nada acontece duas vezes, nem acontecerá”¹⁹⁰. As situações jurídicas são irrepetíveis. A vivência jurídica se configura variável e mutável na medida das instabilidades humanas. Não se pode seguir ignorando que jurisdicionados e julgadores – assim como todos aqueles às voltas com a realização judicativa do direito - são homens, cujas carnes, ossos e nervos afrontam delineamentos teóricos com pretensões sistematizantes. Homens e não regras ou princípios realizam o direito, vivenciando-no.

“Tudo flui”. Basta mudarem os agentes envolvidos em situações reputáveis semelhantes, suscetíveis de adjudicação, para que se modifiquem as experiências e as interpretações que delas se fazem. Mesmo mantidas as partes de uma controvérsia e inclusive na presença dos mesmos procuradores, encarregados da defesa dos interesses em jogo, alterado eventualmente o julgador da demanda, a conformação final do caso jurídico se revelará, a princípio, imprevisível e não atrelada a anteriores resoluções. Decursos de tempo podem, ademais, afetar as percepções e interpretações de um mesmo julgador em determinadas matérias. Incontáveis e não mapeáveis fatores podem intervir na tomada de decisão. Acórdãos de difícil compatibilização, pensáveis como contraditórios (quanto à fundamentação, à interpretação de determinados dispositivos legais, ainda que não necessariamente quanto à resposta final, pois não há casos idênticos), podem ser exarados numa mesma sessão do Tribunal, da qual participam os mesmos julgadores, em casos subseqüentes da pauta de julgamentos. Casos sem aparente precedente – quer legislativo, quer judicial (e mesmo acadêmico) - não cessam de ser trazidos a juízo. A mudança é mesmo a dinâmica do direito.

Leis vêm e vão. Decisões administrativas são revistas internamente à administração e suscetíveis de impugnação via judiciário. Entendimentos jurisprudenciais reputados consolidados são derrubados com mais freqüência do que muitos estão dispostos a admitir. Súmulas são editadas para logo em seguida serem canceladas. Outras permanecem em vigor, mas não se pode predizer acerca de sua utilização ou não na fundamentação decisória de casos aos quais, à primeira vista, parecem pertinentes. Teses com amplo respaldo acadêmico são ignoradas nos resultados de sucessivas adjudicações. Não é excepcional que julgadores sustentem determinado

¹⁹⁰ **Nic dwa razy (Wisława Szymborska)**

Nic dwa razy się nie zdarza (Nada acontece duas vezes)
i nie zdarzy. Z tej przyczyny (E nem acontecerá. Por esse motivo)
zrodziliśmy się bez wprawy (Nasceremos sem prática)
i pomrzemy bez rutyny (E morreremos sem rotina)

posicionamento academicamente para em seguida decidir em sentido contrário, quando provocados no exercício da judicatura. Posições jurisprudenciais minoritárias de hoje podem se consubstanciar como “jurisprudência dominante” amanhã. Regularidades talvez sejam constatáveis. Tendências jurisprudenciais nas decisões de determinados tribunais ou mesmo de órgãos internos a eles, que podem divergir reiteradamente entre si, podem ser apontadas. Todavia, pontos fora da curva jamais restam excluídos.

Direito se realiza de forma *variável* no curso das vivências humanas. Decisões interpretáveis como divergentes coexistem. Há diversidade nas manifestações contemporâneas do direito. Diferentes tribunais podem decidir questões semelhantes de maneira frontalmente oposta. Num mesmo tribunal, turmas diversas com frequência divergem a respeito de incontáveis temas. Também assim, o direito se revela *mutável*. Realiza-se em perpétuo devir. No decurso do tempo, casos semelhantes podem ser julgados de maneira incompatível por um mesmo julgador. Mudanças são constatáveis diariamente. Ademais, as mudanças não são definitivas, podendo-se revelar acidentais e sempre assumindo caráter de provisoriedade. Os juízos humanos podem oscilar. Ter sido decidido em desacordo com decisões anteriores, numa específica sessão, não significa necessariamente o início de nova tendência jurisprudencial. Pode-se, na sessão seguinte, retomar ao entendimento que alguns, precipitadamente, reputariam por superado. A vivência jurídica se desdobra em radical dinamicidade.

A dinamicidade do direito congloba sua *variabilidade* (oscilação sincrônica), comportando diversas manifestações de diferentes tribunais sobre casos jurídicos interpretáveis como semelhantes e sua mutabilidade (oscilação diacrônica), na medida em que os julgadores individuais e os órgãos colegiados não cessam de rever suas próprias posições, ou mesmo de abrir exceções a determinados posicionamentos interpretativos, sem renunciar a sustentação de determinadas linhas.

Muitos têm, contudo, relutado a encarar a vivência jurídica de frente. “O direito sempre foi e sempre será apenas *sendo*, ‘num processo contínuo’. Revela-se tão variável quanto o próprio homem”.¹⁹¹ No entanto, possivelmente contaminados por determinados discurso e ideologia insistentes em associar direito à certeza/segurança e

¹⁹¹ “Law has always been and no doubt will always continue to, ‘in a process of becoming’. It must be ‘as variable as man himself’. (...) Let us not become legal monks. Let us not allow our legal texts to acquire sanctity and go the way of all sacred writings. For the written word remains, but man changes. Whether the laws of Manu or Zarathustra or Moses, or the fourteenth amendment, or the doctrine of the Dartmouth College Case, or *Munn v. Illinois*, or the latest legislative discovery in Oklahoma, all laws tell us the same tale”. POUND, Roscoe. Law in the books and law in action. **American Law Review**. N. 44, 1910, p. 12-36, pp. 22 e 36.

em apresentá-lo como o contrário do arbítrio, aficcionam-se muitos juristas com noções como a de legalidade e de vinculação dos juízes às leis ou a precedentes, enxergando regularidades e padrões em experiências em que o regular é a mudança.¹⁹² O *continuum* do direito é marcado pela consância da contingencialidade. Divergências jurisprudenciais coexistem no direito, não apenas entre distintos órgãos julgadores, mas internamente ao mesmo órgão colegiado. Não é de modo algum extraordinário que turmas diversas de um mesmo tribunal decidam casos interpretáveis como semelhantes de maneira diversa, a partir de compreensões dissonantes em torno de determinados dispositivos legais, de diferentes percepções quanto às versões fáticas ou de quaisquer outras circunstâncias (variáveis). Oscilações são freqüentes. Mesmo em matérias ditas pacificadas, há espaço para decisões dissonantes. “Jurisprudências dominantes” são mesmo de identificabilidade duvidosa, embora possíveis de constatar (enquanto regularidades no enfrentamento de determinadas questões). Quando constatadas, devem ser percebidas como tendência, de modo algum impassível de revivarolta ou mesmo de afastamento em não poucos casos.

Talvez seja precipitado e mesmo pouco realista negar a existência de quaisquer rotinas em direito. Aquele que se esforçar por vivenciá-lo logo se deparará com “caminhos muito frequentados”, “itinerários habituais” e “práticas reiteradas”. O cotidiano de inúmeras profissões jurídicas revela, em não poucos setores, massificação. Há muito de *Ctrl C + Ctrl V* (copiar/colar) no exercício da advocacia e da judicatura. Nas chamadas ações em massa ou repetitivas, situações humanas distintas na sua complexidade são tomadas como substrato para construção de casos jurídicos semelhantes, que são, muitas vezes, tratados como “idênticos” para efeitos de julgamento. Selecionam-se os mesmos problemas e formulam-se teses e estratégias “padrão” quando da submissão do caso ao crivo do judiciário. Julgadores, auxiliados pelos assessores (não raro substituídos por eles), passam a decidir em série. Elaboram-se listas. Ações envolvendo pedidos – com semelhantes causas de pedir e argumentação – sobre os quais tribunais superiores têm reiteradamente se posicionado num determinado sentido costumam ser jogadas numa mesma pilha e julgadas de forma

¹⁹² “(...) the textbook writers have not paid much regard to the fact that all directives from the legislator are changed litte by little in the course of development. Yet this constant, gradual change is a phenomenon more deserving of careful study than the doctrine of desuetude. As time goes on, the directives get worn out. The adjudication functions as a process of reinforcement of the law. But the reinforcement by the courts does often include a reshaping and a transformation of that what has been into something new, at least in part”. SCHMIDT, Folke. Construction of Statutes. **Scandinavian Legal Studies**, 1957, pp. 157-198, p. 192.

quase automática pelos órgãos de instâncias inferiores. Nessas hipóteses, efetivamente despacha-se, não se decide. Utiliza-se fundamentação decisória anterior, inalterada, para uma plêiade de casos adjudicados cujo teor é reputado semelhante ao daquele que levou à conformação de entendimento jurisprudencial que se percebe como sedimentado.

Audiências relâmpagos, cuja duração registrada em ata não ultrapassa três minutos de duração, são conduzidas em penca, uma após a outra. Não é raro que o único “trabalho” a ser desempenhado no momento do *decisum* seja o de alterar os dados dos litigantes em sentenças-modelo arquivadas nos computadores das varas. Também assim, advogados, nestes casos, têm maior trabalho na captação de clientes – bem como no posterior acompanhamento processual, com infindável número de audiências (mesmo que relâmpagos) - do que na elaboração de teses e estratégias processuais (no que diz respeito à seleção de argumentos e confecção das peças), uma vez que os mesmo argumentos são simplesmente repetidos nas sucessivas adjudicações. Bastará uma simples *googlada* para que se encontrem modelos de petição e de outras peças em matérias como correções de expurgos inflacionários causados por sucessivos planos econômicos nas contas de FGTS, discussões sobre a legitimidade da cobrança de assinatura básica telefônica, possibilidade ou não de indenização por danos morais em virtude de inscrição em cadastros de restrição de créditos sem notificação prévia, em se tratando de “devedor contumaz ou de simples consumidor, impugnações de reajustes de plano de saúde em virtude de mudança de faixa etária interpretados como indevidos, e repetição de valores indevidamente cobrados por instituição financeira a título de taxa de abertura de crédito (TAC), tarifa de emissão de carnê (TEC), todas trazidas ao judiciário por meio de ações interpretáveis como repetitivas. Tornou-se mesmo freqüente a realização de mutirões judiciais para diligências processuais relativas a tais ações.

Algumas rotinas efetivamente são estabelecidas nos processos de realização do direito. Fala-se em jurisprudências mansas e pacíficas. Apresentam-se determinados entendimentos como consolidados pelos tribunais. Contudo, é preciso perceber que também tais entendimentos podem sofrer reviravoltas. Ademais, olhando-se de perto, não se pode deixar de reconhecer que inúmeros casos reputáveis semelhantes continuam sendo decididos, dia a dia, de formas diversas, mesmo sob a égide de tais sólidas jurisprudências, que são afirmadas por muitos em decorrência do julgamento de casos que se passam a referir como “paradigmas” (*leading cases*). As situações humanas não são idênticas. Tratar sucessivos casos adjudicados como “idênticos” para fins de

juízo, isto é, colocá-los ou não em determinadas pilhas para tomadas de decisão em massa é algo também sujeito às interpretações/decisões de cada julgador. Os autos não criam pernas e se colocam por conta própria em uma pilha ou outra, etiquetando a si mesmos. É bem possível que teses bastante diversas e mesmo inovadoras, elaboradas por advogados na conformação de casos entendidos, num dado momento, como repetitivos, sejam simplesmente ignoradas, por sequer terem sido efetivamente lidas por assessores e juízes. Contudo, não se pode desatentar para a possibilidade de que talentosos advogado ou clientes de “bala na agulha” consigam convencer as autoridades competentes sobre a diversidade, peculiaridade ou o caráter especial das circunstâncias que os levaram ao judiciário, em particular caso que, doutro modo, seria destinado à pilha das ações repetitivas. Mesmo as rotinas forenses mais enraizadas se mostraram quebrantáveis. Entendimentos reputados consolidados podem se desfazer no ar, sem aviso prévio.

A Suprema Corte dos Estados Unidos decidiu, no dia 21 de janeiro de 2010, por maioria apertada (5-4), pela impossibilidade de proibições quanto ao financiamento de campanhas políticas por parte de corporações (associações e empresas privadas) (*CITIZENS UNITED v. FEDERAL ELECTION COMMISSION*). Especificamente, a Corte se manifestou pela não proibição de financiamento corporativo de transmissões, via radiodifusão, de teor político, durante o processo eleitoral,

Em 2002, havia sido aprovado pelo Congresso Nacional o "*Reform Act*" (conhecido como *McCain-Feingold Act*), em que se procurava regular a questão. Ali, na seção 203, proibia-se expressamente o financiamento corporativo (por associações e privadas) e sindical de quaisquer comunicações de teor eleitoral (*electioneering communications*) ou de “discursos” em que houvesse expressas manifestações em favor ou contra determinados candidatos. No ano de 2003, a Suprema Corte havia se manifestado pela constitucionalidade da regulamentação, sob o mesmo parâmetro que viria a servir para a determinação de sua inconstitucionalidade na decisão de janeiro de 2010: a primeira emenda ao documento constitucional dos EUA. A tendência legislativa parecia ser a de maiores restrições com relação à matéria.

Todavia, a decisão do caso em questão veio a revelar, uma vez mais, a imensa variabilidade e mutabilidade das manifestações jurídicas, isto é, a dinamicidade do direito. Foram “superados” dois importantes precedentes judiciais [*McConnell v. Federal Election Comm’n*, 540 U. S. 93, 203–209 (2003)] e *Austin v. Michigan Chamber of Commerce*, 494 U. S. 652 (1990)], em que se garantia a possibilidade de

restrição do repasse de dinheiro de corporações a candidatos, admitindo-se que discursos políticos poderiam vir a ser banidos em virtude da identidade corporativo do pronunciante.

Os comentários de bastidores caminhavam no sentido de que apenas os cinco juízes que decidiram pela impossibilidade de proibições ao financiamento corporativo de comunicações eleitorais é que sustentavam tal entendimento no debate contemporâneo (evidentemente que se trata de exagero; de afirmação jocosa... porém instigante). Do ponto de vista da juridicidade, é, no entanto, suficiente. Cinco juízes da Suprema Corte formavam a maioria competente para decidir a pendenga, iniciada, no particular, pela divulgação do vídeo "*Hillary: The Movie*" (90 minutos de duração), financiado por corporações (especificamente pela organização (sem fins lucrativos) *Citizens United*). O vídeo veiculava severas críticas à Senadora Hillary Clinton, então candidata à indicação para candidatura à presidência nas prévias do Partido Democrata.

Além de envolver marcos legislativos, como o *Reform Act* e outras regulamentações eleitorais, o debate jurisprudencial se centralizou em torno da primeira emenda (*first amendment*) ao documento constitucional dos EUA¹⁹³, o que já havia acontecido nos precedentes mencionados.

Uma vez mais se coloca desnudo o “caráter de sem fronteiras” (*unbegrenzte*) da interpretação jurídica.¹⁹⁴ Permanecem os dispositivos legislativos. Varia amplamente o direito realizado (o teor das diferentes decisões tomadas com referência aos mesmos “textos legais”).

As discussões, neste caso, polarizam-se em torno do alcance da liberdade de expressão política (*political speech*). O *Justice Anthony Kennedy*, relator do caso, entendeu, encabeçando a maioria, que “se a Primeira Emenda possui qualquer força juridical, então ela proíbe o Congresso de multar ou apenar cidadãos ou associações de cidadãos por simplesmente se engajarem em discursos políticos”¹⁹⁵.

Tendência jurisprudencial interpretada como dominante durante vinte anos, descrita por muitos como pacificada, desde o precedente de 1990, conheceu repentina e

¹⁹³ Eis a redação dada à primeira emenda:

*Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the **freedom of speech**, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the Government for a redress of grievances.* (grifou-se)

¹⁹⁴ Recomenda-se, com ênfase, a consulta de RÜTHERS, Bernd. **Die unbegrenzte Auslegung.** Zum Wandel der Privatrechtsordnung im Nationalsozialismus. Mohr Siebeck, 2005.

¹⁹⁵ “(...) if the First Amendment has any force it prohibits Congress from fining or jailing citizens, or associations of citizens, for simply engaging in political speech”.

imprevisível ruptura. Poucos apostariam naquele específico deslinde para o caso *Citizens United*. Decisões passadas emanadas pela mesma Corte – com diferente composição, contudo –, disposições legislativas e orientações acadêmicas pareciam conduzir o caso a desfecho diverso. Os fautores de noções como a de *leading case* ou de *jurisprudência pacificada* restaram horrorizados. Surpreendidos com a mutabilidade do direito. Entretanto, é preciso reconhecer que em direito “inexiste possibilidade de prever o resultado. Há falta de segurança e as pessoas seguirão procurando em vão por pontos fixos de apoio (...)”.¹⁹⁶

Não é preciso ir “buscar banana lá na Martinica” para evidenciar a mutabilidade do direito. A lei 8.072 de 25 de julho de 1990 vedava, no parágrafo primeiro do artigo segundo,¹⁹⁷ a progressão de regime nos crimes hediondos, definidos no caput do artigo primeiro do mesmo diploma legal. Durante 16 anos, o “entendimento predominante” so Supremo Tribunal Federal, cuja composição foi alterada por várias vezes ao longo deste período, reconhecia a constitucionalidade daquela vedação. Entendimento predominante que já havia conhecido, é verdade, manifestações dissonantes, a exemplo de votos dos ministros Sepúlveda Pertence e Marco Aurélio, no HC 69.657-1/SP.

A publicação da lei 9.455/97 havia representado desafio ao entendimento reputado consolidado. Ao permitir interpretação no sentido de admissão de progressão de regime aos condenados pelo crime de tortura, suscitou a questão em torno da ocorrência ou não de revogação tácita da vedação de progressão com relação aos crimes hediondos, ao tráfico de entorpecentes e ao terrorismo, cuja disciplina haveria de ser unitária, em conformidade com específica interpretação do artigo 5, XLVIII do documento constitucional. Chamado a se manifestar sobre a matéria posteriormente à edição da nova lei, o STF manteve, a princípio, posicionamento dominante no sentido da constitucionalidade da progressão da vedação da progressão de regime para crimes hediondos.

O Superior Tribunal de Justiça, que vinha assinalando interpretação divergente após o advento da lei 9.455/97, a exemplo do RE 140.617/GO, no sentido de estender a nova disciplina do crime de tortura aos crimes hediondos, no tocante à execução da pena, voltou a afinar os julgamentos com a orientação da reputada “jurisprudência

¹⁹⁶ SJÖGREN, Wilhelm. *Tidsskrif for Rettvitenskap*, 1916, p. 337.

¹⁹⁷ **Lei 8072/90** (redação anterior à lei 11.464/2007). **Art. 2º** Os crimes hediondos, a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo são insuscetíveis de: (...)

§ 1º A pena por crime previsto neste artigo será cumprida integralmente em regime fechado.

dominante” do STF, reiterando entendimento sobre a constitucionalidade da vedação da progressão de regime. Parecia ter si firmado, no Supremo, orientação quanto à inexistência de inconstitucionalidade na concessão de regime mais benigno, no cumprimento de pena, apenas *inicialmente* fechado, para o crime de tortura, chegando-se mesmo a consignar que “*se inconstitucionalidade houvesse, nem por isso seria dado ao Poder Judiciário, a pretexto de isonomia, estender tal benefício aos demais crimes hediondos, pois estaria agindo desse modo, como legislador positivo (e não negativo), usurpando, assim, a competência do Poder Legislativo, que fez sua opção política*”.¹⁹⁸

Em 2006, contudo, por maioria apertada de 6x5, dois dias depois de a segunda turma ter denegado o RE 468036, sob relatoria do Ministro Celso de Mello, decidindo pela impossibilidade de progressão de regime na execução de condenação por prática de crime hediondo, o pleno do Supremo Tribunal Federal se pronunciou no sentido da inconstitucionalidade da vedação da progressão de regime em crimes hediondos em virtude de sua incompatibilidade com a garantia constitucional de individualização das penas, assentada no artigo 5, XLVI do documento constitucional de 1998. Afirmou-se que “*a progressão no regime de cumprimento da pena, nas espécies fechado, semi-aberto e aberto, tem como razão maior a ressocialização do preso que, mais dia ou menos dia, voltará ao convívio social*”.

O julgamento do Habeas Corpus 89.259-SP, referente à execução da pena de paciente condenado por *atentado violento ao pudor*, com violência presumida e em caráter continuado, em virtude de acusação de molestar três crianças de idade entre 6 e 8 anos, representou ruptura jurisprudencial, descrita na ementa do acórdão como “*evolução*”¹⁹⁹. Inúmeros precedentes do Supremo Tribunal Federal, respaldados por

¹⁹⁸ Passagem da Ementa do RTJ 168/577 Relator Ministro Sydney Sanches, citado no **STF - RE 468036 AgR / MG** - pelo ministro relator Celso de Mello. Julgado em 21/02/2006. RECURSO EXTRAORDINÁRIO - MATÉRIA CRIMINAL - CONDENAÇÃO PELA PRÁTICA DE CRIME HEDIONDO OU DE DELITO A ESTE EQUIPARADO - PRETENDIDA OBSERVÂNCIA DO REGIME DE PROGRESSÃO PENAL - IMPOSSIBILIDADE - NECESSÁRIO CUMPRIMENTO DA PENA EM REGIME INTEGRALMENTE FECHADO - RECURSO IMPROVIDO. - O réu - que foi condenado pela prática de crime hediondo ou de delito a este equiparado - não tem o direito de cumprir a pena em regime de execução progressiva, pois a sanção penal imposta a tais delitos deverá ser cumprida em regime integralmente fechado, por efeito de norma legal (Lei nº 8.072/90, art. 2º, § 1º), cuja constitucionalidade foi confirmada pelo Supremo Tribunal Federal. Precedentes. Observância, no caso, do magistério jurisprudencial do STF, até que sobrevenha eventual revisão da diretriz ainda prevalente nesta Suprema Corte.

¹⁹⁹ PENA - REGIME DE CUMPRIMENTO - PROGRESSÃO - RAZÃO DE SER. A progressão no regime de cumprimento da pena, nas espécies fechado, semi-aberto e aberto, tem como razão maior a ressocialização do preso que, mais dia ou menos dia, voltará ao convívio social. PENA - CRIMES HEDIONDOS - REGIME DE CUMPRIMENTO - PROGRESSÃO - ÓBICE - ARTIGO 2º, § 1º, DA LEI Nº 8.072/90 - INCONSTITUCIONALIDADE - EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL. Conflita com a garantia da individualização da pena - artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal - a imposição,

reiteradas decisões do STJ, apontavam no sentido da constitucionalidade do artigo 2, parágrafo 1 da lei 8.072. Contudo, na sessão plenária de 23 de fevereiro de 2006, tudo iria mudar.

O até então entendimento minoritário do Ministro Marco Aurélio, que vinha sustentando a incompatibilidade da vedação da progressão de regime em crimes hediondos com a garantia constitucional de individualização da pena, se aperfeiçoava como majoritário. Relator do HC em questão, Marco Aurélio insistiu em que “*a permanência do condenado em regime fechado durante todo o cumprimento da pena não interessa a quem quer que seja, muito menos a sociedade que um dia (...) terá necessariamente que recebê-lo (...)*”. Apontou incoerência na disciplina conferida pela lei 8.072 de 1990 à execução da pena nas condenações por crimes hediondos, consistente em vedar a progressão de regime, mas permitir benefício reputável maior, consistente na possibilidade de liberdade condicional.

Negou que ao legislador infraconstitucional coubesse espaço de conformação em matéria de progressão de regime. As restrições a serem impostas aos condenados por crimes hediondos seriam apenas aquelas constantes do inciso XLVIII do artigo 5 do documento constitucional de 1988, consistentes na impossibilidade de concessão de anistia, fiança e graça. Ademais, insistiu na necessidade de tratamento sistemático da matéria, a partir da vigência da lei 9.455/97, que, ao disciplinar o crime de tortura, determinava, em seu artigo 1, parágrafo 7,²⁰⁰ o condenado pelos crimes nela previstos haveria de *iniciar* o cumprimento da pena em regime fechado. O inciso XLVIII do artigo 5 do documento constitucional haveria determinado necessidade de regulamentação unitária aos crimes hediondos, à tortura, ao tráfico de entorpecentes e drogas afins e ao terrorismo. O caráter mais benéfico da lei 9.455/97 com relação à execução da pena teria implicado revogação tácita do parágrafo 1 do artigo 2 da lei 8.072/90. O voto do relator foi acompanhado pela maioria. A vedação veiculada pela lei de crimes hediondos não devia ser interpretada como óbice à concessão da progressão de regime, incumbindo ao juízo competente a verificação dos requisitos objetivos e subjetivos à concessão do benefício.

mediante norma, do cumprimento da pena em regime integralmente fechado. Nova inteligência do princípio da individualização da pena, em evolução jurisprudencial, assentada a inconstitucionalidade do artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90. **HC 82959/MG**. Relator Ministro Marco Aurélio. Julgado em 23/02/2006.

²⁰⁰ Lei 9.455/97. **Art. 1** (...) **§ 7º** O condenado por crime previsto nesta Lei, salvo a hipótese do § 2º, iniciará o cumprimento da pena em regime fechado.

Jurisprudência reputada dominante durante 16 anos conhecia seu ponto de virada. Dificilmente se poderia prever o resultado daquele julgamento²⁰¹, tampouco suas posteriores implicações. Apenas dois dias anteriormente ao julgamento definitivo do HC 82.959/SP, o Supremo Tribunal Federal havia reiterado a “diretriz” até então “prevalente” acerca da constitucionalidade da vedação da progressão de regime na execução da pena em crimes hediondos. Na sessão de 21 de fevereiro de 2006, no julgamento do Agravo Regimental em Recurso Extraordinário 468.036-0/MG, sob a relatoria do Ministro Celso de Mello, a segunda Turma do STF havia reiterado que “o réu – que foi condenado pela prática de crime hediondo ou de delito a este equiparado – **não tem o direito** de cumprir a pena em regime de execução progressiva”²⁰².

Em maio de 2006, nos desdobramentos da determinação, *incidenter tantum*, da inconstitucionalidade da vedação de progressão de regime em crimes hediondos, foi distribuída à relatoria do Ministro Gilmar Mendes a Reclamação Constitucional 4335-5/AC. A reclamação havia sido interposta pela Defensoria Pública da União em face de decisões do juiz de direito da Vara de Execuções Penais da Comarca de Rio Branco em fora negado pedido de progressão de regime sob justificativa de existência de vedação legal, expressa no parágrafo 2 do artigo primeiro da lei de crimes hediondos.

Diante do remédio processual utilizado pela defensoria pública, questão preliminar que se impunha se fazia concernente ao cabimento ou não da utilização de reclamação constitucional, naquele caso. Em conformidade com o artigo 103, I, I do documento constitucional de 1988, a reclamação constitucional se presta à *preservação*

²⁰¹ O caráter de *imprevisibilidade* da ruptura jurisprudencial representada pelo HC 82.959 foi expressamente consignada no voto da ministra Ellen Gracie, quando da discussões sobre a eficácia da decisão daquele caso. “Deixo de acolher as ponderações do Ministro Gilmar Mendes, que, com seu brilho invulgar de *scholar*, ainda assim não me consegue fazer aderir à sua proposição de uma declaração de inconstitucionalidade modulada, de sorte a apenas abranger as hipóteses futuras (*purê prospectivity*, ou seja, as sentenças ainda não proferidas, com ressalva dos casos já decididos. (...) Essa proposta não supera (...) obstáculo lógico. Se as sentenças já publicadas ficam resguardadas da nova interpretação, pelo bom motivo de **que os juízes que as proferiram não poderiam prever que a jurisprudência assente da Casa – e tantos anos após a promulgação da nova Constituição – se fosse reverter dessa sorte**, como excetuar dessa salvaguarda a sentença condenatória do caso presente? O juiz que a prolatou, tanto quanto o TJSP, encontrava-se na mesma situação fática de insciência ou **imprevisibilidade** de todos os seus demais colegas”. (grifou-se)

²⁰² Neste julgamento, a segunda turma do STF era composta pelos ministros Celso de Mello, Joaquim Barbosa, Ellen Gracie e Gilmar Mendes. Os três primeiros ficariam vencidos no julgamento do HC 82.959/SP. Gilmar Mendes já vinha registrando, em oportunidades anteriores, entendimento acerca da inconstitucionalidade da vedação da progressão de regime em crimes hediondos, acompanhando a relatoria do Ministro Marco Aurélio. O julgamento do referido HC estava pendente, aguardando manifestação do pleno. A segunda Turma mantinha, contudo, posição no sentido de que enquanto não fosse modificado entendimento dominante do Supremo, haveria de ser reiterada a constitucionalidade do parágrafo 2 do artigo 1 da lei 8.072/90. Já havia precedentes monocráticos afirmando, contudo, a inconstitucionalidade deste dispositivo. Daí a ementa do HC 82.959 ter consignado a expressão *evolução jurisprudencial*, que, nos termos desta dissertação, aponta para a *mutabilidade* do direito.

de competência e à garantia de autoridade das decisões do Supremo Tribunal Federal. A Defensoria Pública da União alegava descumprimento de decisão do STF pelo juiz da Vara de Execuções Penais da Comarca de Rio Branco. Tendo o Supremo determinado a inconstitucionalidade da vedação à progressão de regime, o artigo 1, parágrafo 2 da lei de crimes hediondos não poderia figurar como óbice a concessão de benefício.

Colocava-se, então, questão acerca do alcance da eficácia de decisão de inconstitucionalidade do Supremo Tribunal Federal proferida em sede de Habeas Corpus (chamado *controle concreto de constitucionalidade*). Se se admitisse, como argumenta grande parte dos estudiosos do tema, o caráter exclusivamente *inter partes* daquela decisão, não haveria autoridade a ser garantida, sendo, portanto, descabida a Reclamação Constitucional. Nesta linha argumentativa, decisão de inconstitucionalidade proferida incidentalmente apenas lograria eficácia perante terceiros na hipótese de suspensão, pelo Senado Federal, de execução dos dispositivos determinados inconstitucionais, em exercício de competência que, nos termos do artigo 52, X do documento constitucional de 1988, lhe seria privativa.

O parecer da Procuradoria Geral da República desaconselhou o conhecimento da Reclamação nesses termos. Também assim, o juiz da Vara de Execuções Penais da Comarca de Rio Branco, figurando neste caso como autoridade reclamada, reiterou a legalidade da denegação de progressão de regime em crimes hediondos, insistindo na inexistência de decisão do Supremo Tribunal Federal sobre aquele caso específico, não havendo, por consequência, autoridade a ser preservada²⁰³.

A participação do Senado Federal no chamado controle concreto de constitucionalidade fora introduzida na experiência jurídica brasileira pelo documento constitucional de 1934. Os sucessivos documentos constitucionais, desde então, reproduziram fórmula semelhante a do atual artigo 52, X do documento de 1988. Ao longo de mais de 70 anos, o Supremo Tribunal Federal não se manifestou no sentido da obsolescência deste dispositivo, embora em diferentes ocasiões lhe houvesse sido controvertido o sentido. Parte significativa dos estudiosos do tema insiste na necessidade de efetivo exercício da competência privativa de suspensão da execução

²⁰³ “(...) conquanto o Plenário do Supremo Tribunal, em maioria apertada (6 votos x 5 votos), tenha declarado ‘incidenter tantum’ a inconstitucionalidade do art. 2o, § 1o da Lei 8.072/90 (Crimes Hediondos), por via do Habeas Corpus n. 82.959, isto após dezesseis anos dizendo que a norma era constitucional, perfilho-me a melhor doutrina constitucional pátria que entende que no controle difuso de constitucionalidade a decisão produz efeitos ‘inter partes’.(fl.23-24)”. **Resposta à Pedido de Prestação de Informações na Petição 72.377/2006.**

dos dispositivos determinados inconstitucionais pelo Senado Federal para que decisão do Supremo proferida em sede de controle concreto possa produzir efeitos perante terceiros (*erga omnes*). O artigo 102, parágrafo 2 do atual documento consitucional apenas confere eficácia generalizada e caráter vinculativo em face dos demais órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública Direta e Indireta, às decisões do Supremo proferidas em controle abstrato de constitucionalidade, em sede de ADI e ADC. Contudo, mantida a orientação do voto já proferido pelo Relator, Ministro Gilmar Mendes, no julgamento da Rcl. 4335-5/AC, muito mudará.

Sustentando ser “*possível, sem qualquer exagero, falar-se aqui de uma autêntica mutação constitucional em razão da completa reformulação do sistema jurídico e, por conseguinte, da nova compreensão que se conferiu à regra do art. 52, X, da Constituição de 1988*”, Gilmar Mendes propõe interpretação consistente em reduzir o papel do Senado Federal à publicização das decisões de constitucionalidade do Supremo Tribunal Federal. Tais decisões se revestiriam de força normativa e seriam aptas, desde logo, à produção de efeitos *erga omnes*, incumbindo ao Senado apenas dar publicidade à suspensão da execução dos dispositivos determinados inconstitucionais pelo órgão de cúpula do judiciário brasileiro.

Confirmada a decisão da Reclamação Constitucional em jogo no sentido da orientação de Gilmar Mendes, cai por terra entendimento reputado predominante ao longo de quase um século, quer na jurisprudencial, quer na legislação, quer nos estudos jurídicos nacionais, embora registros sensíveis de tendência de mudança pudessem ser colhidos nas decisões do Supremo pós-88 e nas recentes reformas da legislação processual. Resta superada, ademais, a distinção entre controles concreto e abstrato de constitucionalidade, no que diz respeito à eficácia das decisões.

O voto do relator foi acompanhado pelo Ministro Eros Grau, hoje aposentado, para quem a decisão de Gilmar Mendes não é apenas interpretativa, mas efetivamente reescreve o documento consitucional, ao propor novo texto para o artigo 52, X. “*Aqui passamos em verdade de um texto ‘**compete privativamente ao Senado Federal suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal**’ a outro texto ‘**compete privativamente ao Senado Federal dar publicidade à suspensão da execução, operada pelo Supremo Tribunal Federal, de lei declarada inconstitucional, no todo ou em parte, por decisão definitiva do Supremo**’.*”

Com dois votos proferidos, caminha-se para a concretização de autêntica mutação constitucional, efetuada pelos intérpretes autorizados, membros do órgão máximo do judiciário brasileiro. Mantida essa trilha, modifica-se, quiçá contra grande parte das expectativas em jogo, a jurisprudência do Supremo Tribunal e dá-se vazão ao fluxo dos processos de realização do direito, registrando-se nova interpretação acerca de dispositivos constitucionais, realizando-se, no caso, a constituição (em incessante construção político-jurídica).

O procedimento judicial desfechado com a decisão do HC 82.959/SP, em que se determinou a inconstitucionalidade da vedação de progressão de regime em crimes hediondos é agora variável integrante de processo de realização do direito que o congloba, canalizando-o para o interior de novo procedimento judicial, no julgamento da reclamação constitucional 4355-5/AC, tomando-se decisão judicial anteriormente prolatada como disposição apta a participar do deslinde de novo caso trazido a juízo. Medida liminar fora concedida pelo relator para que fosse afastado o óbice representado pela vedação da lei 8.072/90 à progressão de regime, até a manifestação final do plenário do Supremo. A decisão da reclamação constitucional poderá figurar como variável em posteriores procedimentos judiciais, nos quais é imaginável que se venha a cogitar de descumprimento de decisões de inconstitucionalidade do STF proferidas em sede de Recurso Extraordinário – mantida a linha condutora do voto do relator. Os efetivos contornos a serem assumidos pelo direito no deslinde de casos adjudicados restam imprevistos.

Aqueles que fizessem pesquisa jurisprudencial nos julgados do Superior Tribunal de Justiça em casos envolvendo solicitação de trancamento ou suspensão de ação penal movida com base em investigação policial iniciada por conta de denúncia anônima, provavelmente se veriam perplexos diante da decisão proferida pelo então presidente daquela corte, Ministro César Asfor Rocha, em 14 de janeiro de 2010, durante recesso forense. Executivos da construtora Camargo Córrea moveram habeas corpus em face de decisão da segunda turma do TRF da 3 região, em que se denegou pedido de determinação de nulidade de ação penal que teria sido deflagrada em face deles a partir de Procedimento Criminal Diverso-PCD, iniciado no âmbito do Departamento da Polícia Federal, instaurado com base em uma delação anônima e secreta. Solicitava-se, liminarmente, a suspensão daquela ação penal.

Inúmeros precedentes do STF revelavam orientação da corte no sentido da conveniência de se aguardar o julgamento de mérito da ação penal, não havendo razão

suficiente para determinar-lhe a suspensão em virtude da simples verificação da existência de denúncia anônima na base das investigações policiais. Reiterava-se entendimento da admissibilidade da denúncia anônima, ainda que com reservas, para deflagração de procedimentos de averiguação criminal²⁰⁴.

No julgamento do HC 159.159/SP, contudo, o ministro César Asfor Rocha concedeu o pedido de liminar para a suspensão da ação penal, sustentando o “*desvalor jurídico de qualquer ato oficial de qualquer agente estatal que repouse o seu fundamento sobre comunicação anônima*”. Reconheceu a presença dos requisitos para a concessão da liminar não apenas com finalidade de suspender a ação penal em questão, mas também para suspender as “*iniciativas sancionatórias que têm por supedâneo os elementos colhidos no PCD 2008.61.81.000237-1, da 6ª Vara Federal da SJ/SP*”, argumentando que “*se o referido PCD não [fosse] objeto de suspensão imediata, [poderia] lastrear ações penais outras, criando contra os pacientes situações plurais de constrangimento ilegal*”.

Não contou com a mesma sorte Clóvis Roberto Bueno, cujo habeas corpus teve o pedido de liminar para suspensão de ação penal julgado pelo ministro César Asfor Rocha em 21 de janeiro de 2010, cinco dias após decisão favorável aos executivos da Camargo Córrea, proferida pelo presidente do STJ. O impetrante alegava a ilicitude das provas contra ele produzidas, em virtude do caráter anônimo da denúncia que motivou a investigação policial em que seria calcada a ação penal em que fora acusado de praticar crime previsto no artigo 312 do Código Penal. Também assim, insistia no fato de ter sido realizada diligência “busca e apreensão” em sua oficina mecânica na ausência de mandato judicial. Utilizando-se de forma reiterada na jurisprudência do STJ em casos reputáveis semelhantes, o presidente indeferiu a liminar²⁰⁵.

Mesmo tribunal. Um só julgador. Curto intervalo de tempo. Casos reputáveis semelhantes. Decisões judiciais diferentes. Variabilidade de manifestações judiciais em conformidade com a variação das autoridades competentes chamadas a decidir.

²⁰⁴ Vejam-se, exemplificativamente: **HC 76.749/SP**. Relatora Ministra Laurita Vaz. DJ 11/05/2009 e **HC 64.096/PR**. Relator Ministro Arnaldo Esteves Lima. DJ 04/08/2008.

²⁰⁵ “o deslinde da controvérsia, ademais, em razão de sua complexidade, demanda o aprofundamento do exame do próprio mérito da impetração, tarefa insuscetível de ser realizada em juízo singular e prelibatório. Reserva-se, portanto, ao juiz natural, depois da instrução do feito, a apreciação definitiva da matéria”. **STJ - HC 158.179/SP**. Relator Ministro Adilson Vieira Macabau. DJ 10/02/2010. A mesmíssima fórmula fora utilizada por César Asfor Rocha na fundamentação de decisão proferida no dia 22 de julho de 2009, em que indeferiu pedido liminar de suspensão de ação penal ancorada em inquérito deflagrado por denúncia anônima em face de Luiz Cláudio Fornazieri, denunciado e preso pela prática de crime de tráfico de entorpecentes. **STJ - HC 142084 – SP**. Relator Ministro Jorge Mussi.

Alterações de entendimentos jurisprudenciais por muitos tidos como solidificados. Oscilações de percepções de um mesmo juiz no julgamento de séries de ações similares. Divergências viscerais em torno de um mesmo dispositivo legal. Necessidade de decidir na ausência de amparo legislativo ou diante de critérios aparentemente incompatíveis. Esta a rotina do direito²⁰⁶.

Petrificar-se é virtude mineralógica. A existência do direito se consubstancia em constante devir. Segurança, certeza e previsibilidade não são alcançáveis, ainda que propaladas por muitos como atributos do direito. Integram a vivência jurídica, por certo, enquanto ideologia divulgada por muitos de seus participantes e enquanto componentes ideológicos e potenciais conformadores de imaginários não podem ser descuidados. Não mais que isso. Em que pese a insistência mítica dos discursos em torno da certeza no direito, impõe-se percebê-lo num contínuo, em constante mutação. *Neppur, si muove*.

3.5 Dinâmica jurídica, ensinabilidade e previsibilidade do direito

“Precisamos decidir.”²⁰⁷ Daqui a pouco, par ou ímpar, jogar dados, qualquer coisa, derrubar uma... jogar água, chamar um mago. Sei lá. Qualquer coisa engraçada, mais inspirada!” Jocosa e ironicamente, assim se manifestou o Ministro Gilmar Mendes, na sessão plenária do Supremo Tribunal Federal, realizada no dia 27 de setembro de 2010, durante discussão sobre novo empate – em 5 x 5²⁰⁸ – acerca da possibilidade ou não de indeferimento de registro de candidaturas com base em dispositivos determinantes de inelegibilidade contidos na lei da Ficha Limpa, agora no Recurso Extraordinário 631102, em que se impugnava decisão do TSE que confirmava

²⁰⁶ “It’s tempting to treat such examples as minor *deviations* from a Romantic picture of the law (...) But how many deviations do we need before we recognize that these kind of decisions are absolute typical and routine?” JABBARI, David. Reason, Cause and Principle in Law: the normativity of context. **Oxford Journal of Legal Studies**. V. 19, 1999, p. 232.

²⁰⁷ O desconforto gerado por sucessivos empates em casos reputáveis semelhantes – os Recursos Extraordinários 630147 (Joaquim Roriz) e 631102 (Jader Barbalho) – no final do ano de 2010, fizeram resplandecer a incompatibilidade do “*non liquet*” com o exercício da judicatura, em que há de se manifestar plenamente o direito, oferecendo-se desfecho aos casos adjudicados. “Aos juízes exige-se que respondam a todas e a cada uma das questões submetidas a sua competência com um claro ‘sim’ ou ‘não’, sendo-lhes vedado responder que ‘não sabem’ ou ‘não podem saber’.” “dem Richter ... daß er auf alle und jede in sein Gebiet einschlagende Fragen mit einem bestimmten „ja“ oder „Nein“ antworten und so gar bald antworten muß: daß es für ihn kein *Ignoramus* und kein *Ignorabimus* giebt”. Bülow, Oskar. **Gesetz und Richteramt**. Leipzig: Duncker & Humblot, 1885. pp. 05 e 06

²⁰⁸ Um bloco de opiniões fora conformado pelos ministros Cézar Peluso, Gilmar Mendes, Dias Toffoli, Celso de Mello e Marco Aurélio, que sustentavam a “inaplicabilidade” da lei da Ficha Limpa ao processo eleitoral de 2010. No sentido da imediata “aplicação” da legislação em questão, manifestaram-se os ministros Carlos Ayres Britto, Ricardo Lewandowski, Joaquim Barbosa, Carmén Lúcia e Ellen Gracie, repetindo-se impasse anterior, por ocasião do julgamento do RE 630147-DF.

o indeferimento do registro de Jader Barbalho à candidatura ao Senado da República, pelo Estado do Pará. A situação de Jaber Babarlho, vertida em caso jurídico, era bastante semelhante a de Joaquim Roriz, no Distrito Federal. Tendo renunciado ao mandato de Senador, em 2001, aquele que viria a ser o mais votado dos candidatos ao Senado pelo Estado do Pará, em 2010, teve o registro de candidatura impugnado com base no mesmo dispositivo da lei da Ficha Limpa que serviu de fundamento a impugnação da candidatura de Roriz.

A tirada de Gilmar Mendes permite alcançar pelo menos dois aspectos relevantes a serem considerados quando se decide por abordar o direito como vivência. Coloca a desnudo, antes de mais, a infastável presença da aleatoriedade nos julgamentos jurídicos, dos quais não se pode eliminar componente de arbítrio²⁰⁹. Também assim, revela o caráter lúdico do direito,²¹⁰ passível de ser pensado como espécie de jogo em que, de modo irreverente, manejam-se variáveis a fim de provocar a tomada de decisão, por parte dos procuradores dos interesses em disputa, e de fundamentar decisão tomada, por parte dos julgadores.

Não se pode, de antemão, dizer quais variáveis irão concretamente interferir na tomada de decisão judicial. Em grande medida, “o julgamento ganha certo sabor lotérico, conforme até mesmo a distribuição do processo”.²¹¹ É de se rechaçar visão

²⁰⁹ “*Ea, quaecumque post litis contestationem contigunt, arbitrum iudicis desiderant*” (aquilo que acontece num pleito judicial está sujeito ao arbítrio do juiz) (Digesta 21. 1, 31, 13). Pode parecer pedantismo ou mesmo disparate mencionar passagem do *Digesto* em meio à argumentação não historiográfica, tampouco dedicada a tematizar quaisquer aspectos da vivência jurídica romana. Contudo, opta-se por registrar esta entrada do Corpus Juris Civilis, pela formulação lapidar, que enfatiza a invariabilidade do arbítrio judicial. Não se trata de exceção, de qualquer modalidade de enfermidade ou patologia. O arbítrio é estrutural. Integra a estruturação das situações de tomada de decisão judicial. “Für die Erklärung des Auftretens von Ermessen kann man wohl davon ausgehen, daß es hier nicht um ein Merkmal handelt, das durch den einzelnen Entscheider in den Entscheidungsprozeß hineingetragen würde und das je nach individuellem Entscheider vorkäme oder unterbliebe. Ermessen ist vielmehr ein *struktureller Effekt* der richterlichen Entscheidungssituation, in seinem Auftreten also unabhängig vom individuellen Entscheider”. LAUTMANN, Rudolph. **Justiz – Die stille Gewalt**. Frankfurt, 1972, p. 111.

²¹⁰ “Dans chaque cas Il s’agit de voir que celui qui joue est toujours partiellement ‘joué’ tandis que, à l’inverse, le jeu ne se poursuit qu’à être en permanence reinventé”. OST. François. Pour une théorie ludique du droit. **Drôit et société**. N. 20/21, 1992, PP.93-103, p. 96.

²¹¹ Ministro Marco Aurélio, na sessão de julgamento do **Pedido de Extradicação número 1085** (Caso Battisti). **STF – EXT 1085/República Italiana**. Relator Ministro César Peluso. Julgamento em 16/12/2009. Diante dessa tirada do ministro, difícil resistir à tentação de lembrar do juiz Bridoye, personagem de François Rabelais, que decidia os feitos que lhe eram submetidos jogando dados: “Faço como vós, senhores, como é uso na judicatura, ao qual o nosso direito manda sempre sujeitar-nos (...). Tendo bem visto, revisto, lido, relido, passado e folheado as queixas, adiamentos, comparações, comissões, informações, antecipações, produções, alegações, contestações, réplicas, tréplicas, pareceres, despachos, interlocuções, retificações, certidões, protelações, escrituras, agravos, ressalvas, ratificações, confrontações, acareações, libelos, apostilas, cartas reais, compulsórias, declinatórias, antecipatórias, evocações, remessas, contra-remessas, baixas, confissões, suspensões, prosseguimentos, e outros incidentes, provocados por uma ou outra parte (...), coloco na extremidade do gabinete toda a papelada do réu e tiro-lhe a sorte (...). Isso feito, coloco a papelada do autor (...) na outra extremidade da mesa (...). E

estreita que insista em enxergar *previsibilidade* a partir das simples disposições interpretáveis como pertinentes à fundamentação decisória que conduzirá ao desfecho de um caso. Estão fadadas à desconfirmação previsões do tipo *porque a lei determina que X, então a decisão judicial também determinará X* diante de situação vertida em caso ao qual a hipotética lei seja interpretável como pertinente. Não há ponte lógica conectando disposições legislativas a decisões judiciais. Ao vivenciar os dilemas envolvidos nos casos adjudicados, os julgadores formarão diferentes impressões e representarão o direito, numa tensão de memórias e expectativas, de maneira diversa uns dos outros.

Não havendo identidade de imaginários e de experiências entre dois seres humanas, não se pode esperar que ao vivenciar o direito procedam de forma unitária. Às mesmas disposições legislativas poderão ser atribuídos sentidos díspares. Com base numa mesmo dispositivo legal são proferidas a condenação e absolvição numa ação penal. Os relatos fáticos poderão ser interpretados de maneiras não menos dissonantes. É insucetível de antecipação a maneira como uma mesma versão dos fatos será encarada por distintos julgadores. A personalidade dos juízes se manifestará do modo insondável²¹². Não se sabe como, apenas se sabe que uma decisão inevitavelmente será alcançada, não podendo restar indecisas as demandas jurídicas.

A travessia do direito até a tomada de decisão judicial apta a se revestir de força de coisa julgada é sinuosa. A variabilidade do direito se revela não apenas na diversidade das interpretações dos julgadores com relação às tradicionalmente chamadas questões de “direito material”. Também em matéria de procedimento há consideráveis discrepâncias. De antemão, ademais, não se sabe por quais vias será alcançada a inevitável saída do labirinto procedimental, cujos contornos se fazem e desfazem a cada caso. As estratégias dos advogados ora envolverão interposição de agravos, ora não. Não se sabe quantos recursos serão manejados até a prolação da decisão final. A possibilidade de anulação de etapas procedimentais não pode ser descartada. Procedimentos inteiros podem vir a ser reiniciados em virtude de vícios apontados pelas

então uso os meus dadinhos (...). Tenho outros dados bem bonitos e harmoniosos, os quais uso, (...). quando a matéria é mais clara, quer dizer: quando a papelada é menor”. RABELAIS, François. **O terceiro livro dos Fatos e Ditos Heróicos do Bom Pantagruel**. Tradução de Élide Valarini Oliver. Ateliê Editorial, 2006, capítulos 40 e SS.

²¹² “Jedes Urteil, auch das objektivste, ist ein menschliches Produkt und trägt als solches einen subjektiven individuellen Charakter. Es wird von Menschen Recht gesprochen und Menschen sind kein Maschinen und keine Automaten. Die richterlichen Urteile sind auch keine ausschließlichen Produkte einer bestimmter geistigen Tätigkeit z.B. des Verstandes, sonder für sie gilt in erster Reihe der Satz ‘in pectore judex’”. DÜRRINGER, Adelbert. **Richter und Rechtsprechung**, p. 186.

partes interessadas ou reconhecidos de ofício pelos julgadores. Mesmo após decurso de prazo legalmente determinado para rescisão do *decisum* é possível que se proponha a rediscussão de caso sobre o qual já se formou coisa julgada.

Assumindo-se o caráter lúdico do direito, inicialmente sugerido a partir do desabafo de Gilmar Mendes, costuma-se comparar o desdobramento das disputas judiciais ao de um jogo de xadrez²¹³. Aos advogados dos interesses em questão caberia, a todo tempo, imaginar quais os próximos movimentos da parte contrária e, sobretudo, quais as reações dos julgadores ante cada movimentação. Contudo, parece passar despercebido que enquanto num jogo de tabuleiro como o xadrez existe um número limitado de movimentos a serem realizados, em conformidade com as regras convecionadas, em direito a atuação das partes e o convencimento dos juízes poderá erodir regras aparentemente pertinentes ao desfecho de determinado caso. São admissíveis, em direito, movimentos não inicialmente previstos²¹⁴.

Em matéria procedimental, ademais, se se quiser fazer uma comparação acertada, talvez tenha de se assumir a semelhança do desenrolar do procedimento ao de um jogo de “campo minado”. “Condições da ação”, “pressupostos processuais”, “competência”, “prazos recursais” e outras figuras processuais são tão suscetíveis à variação quanto quaisquer outras questões jurídicas. Há sensíveis diferenças entre o desenho procedimental sugerido pelas disposições da legislação correspondente e os procedimentos diariamente desenvolvidos sob a condução das autoridades julgadores. Não raras vezes se é surpreendido ao pisar em mina que não se podia antecipar que estaria lá, havendo poucas coisas mais desanimadoras e irritantes do que ver retardada ou mesmo inviabilizada decisão judicial que se almejava em virtude de detalhe procedimental. A decisão judicial é ineludível. Nem sempre, contudo, obtem-se decisão sobre o mérito do caso adjudicado.

²¹³ A noção de *jogo* pertence, desde tempos imemoriais, ao imaginário jurídico. O termo grego *nomos*, para além de designar o *processo judicial*, aparecia frequentemente associado aos jogos de tabuleiro. LAROCHE, Emmanuel. **Histoire de la racine NEM- en grec ancien**. Paris: Librarie KLINCKSIECK, 1949, pp. 195-196.

²¹⁴ “A chess player Who announces in the middle of the game that he will not allow his rook to be captured by his opponent’s queen, because queens have to allow his rook to be captured by his opponent’s queen, because queens have to much power in chess, might just as well sweep all the pieces form the board; and it would make not the slightest difference whether the umpire agreed with him, or whether the player waited until he lost the game and then asked the umpire to order it replayed under rules reflecting a more equitable distribution of power among the pieces. These sorts of appeals are allowed in law, however. Therefor, paradoxical as it may seem, the duty to play by the rules is more imperative in games than in law; for in law the rules may be up for grabs. (...) Yet judges do have a limited license to ‘disobey’ rules by changing them in midcourse”. POSNER, Richard. **The problems of jurisprudence**. Harvard University Press, 1990, p. 50.

Em março de 2010, o Superior Tribunal de Justiça alterou entendimento sobre *legitimidade ativa* em ações de restituição de indébito tributário relativas ao Imposto sobre Produto Industrializado (IPI), no Recurso Especial 903.394-AL, julgado em regime de recurso repetitivo, sob diretiva do artigo 543-C do Código de Processo Civil. O recurso fora selecionado como representativo de controvérsia concernente à legitimidade ou não de distribuidoras de bebidas para figurar no pólo ativo de demandas relativas à restituição de IPI, perante a Fazenda Nacional. As distribuidoras se apresentam como *contribuintes de fato*, na medida em que sofrem incidência econômica da prestação tributária realizada pelas fabricantes de bebidas, *contribuintes de direito*, a qual repercute sobre o patrimônio daquelas.

Até então, reiterados precedentes de ambas as turmas de direito público do STJ,²¹⁵ a primeira e a segunda, manifestavam posicionamento reputado pelos próprios ministros como pacífico, no sentido de que “a distribuidora de bebidas (...) ostenta a condição (...) [e] nessa condição (...) tem legitimidade para (...) pleitear a repetição dos valores pagos indevidamente a tal título”.²¹⁶ Assumia-se, em sucessivas decisões, que a “matéria relativa à legitimidade ativa das distribuidoras de bebidas para pleitearem a repetição/compensação dos valores pagos a maior do IPI não comporta mais digressões”²¹⁷, em virtude da aparente solidez da orientação jurisprudencial reputada dominante naquela corte.

No julgamento do RE 903.394-AL, seria inaugurada nova tendência jurisprudencial, que até o momento tem sido mantida pelo Superior Tribunal de Justiça. Tratava-se de recurso especial interposto pelo Sindicato Interestadual das empresas distribuidoras vinculadas aos fabricantes de cerveja, refrigerante, água mineral e bebidas em geral nos Estados de Pernambuco, Alagoas e Paraíba (SINEDBEB) em face de acórdão do TRF-5 em que havia sido determinada

²¹⁵ Precedentes: **REsp nº 435.575/SP**, Rel. Ministra ELIANA CALMON, DJ de 04.04.2005; **REsp. nº 846.607/PE**, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, DJ de 24.08.2006; **AgRg nos EDcl no Ag nº 886.418/PE**, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, DJ de 10.12.2007; **REsp nº 964.256/CE**, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, DJ de 20.09.2007.

²¹⁶ Sem supressões: “a distribuidora de bebidas, ao adquirir o produto industrializado da fabricante para posterior revenda ao consumidor final, suporta o encargo financeiro do IPI, cujo valor vem, inclusive, destacado na nota fiscal da operação. A fabricante, portanto, ostenta a condição de contribuinte de direito (responsável tributário) e a distribuidora a de contribuinte de fato. Nessa condição, a distribuidora tem legitimidade para questionar judicialmente a composição da base de cálculo do tributo (para ver dela abatidos os descontos incondicionais), bem como para pleitear a repetição dos valores pagos indevidamente a tal título”. **REsp 817.323/CE**, Rel. Min. Teori Zavascki, DJU de 24.04.06.

²¹⁷ **REsp 1.109.222/MA**, Rel. Min. José Delgado.

ilegitimidade ativa das distribuidoras de bebida, enquanto contribuintes de fato, para pleitear a restituição de IPI pago pelas fabricantes.

A despeito de inúmeros precedentes em sentido contrário, admitindo legitimidade ativa das distribuidoras para pleitear judicialmente, em face da Fazenda Pública, a restituição do IPI pago pelas fabricantes, o STJ viria a confirmar, sob a relatoria de Luis Fux, o acórdão do TRF-3, passando a rejeitar-lhes tal legitimidade, modificando jurisprudência reputada sólida pelos próprios ministros, bem como por advogados tributaristas e por parte considerável da comunidade jurídica.

A divergência judicial se estabeleceu em torno da interpretação do artigo 166 do Código Tributário Nacional²¹⁸. Passou-se a entender, em conformidade com o voto do relator, que “*o condicionamento do exercício do direito subjetivo do contribuinte que pagou tributo indevido (contribuinte de direito) à comprovação de que não procedera à repercussão econômica do tributo ou à apresentação de autorização do "contribuinte de fato" (pessoa que sofreu a incidência econômica do tributo) não possui o condão de transformar sujeito alheio à relação jurídica tributária em parte legítima na ação de repetição de indébito*”. Por não figurar no pólo passivo da “relação jurídico-tributária” que se estabelece com o Fisco, as distribuidoras, em conformidade com a nova diretriz, a despeito do ônus econômico com que tem de arcar, isto é, apesar da qualidade de contribuintes de fato, não estão aptas a pleitear repetição de IPI perante a Fazenda Pública por via judicial, sem prejuízo de eventual manejo de ação de regresso em face do próprio contribuinte de direito (no caso, as fabricantes). Anteriormente, utilizava-se o mesmo artigo 166 para se afirmar a legitimidade ativa dos contribuintes de fato para repetição de indébito tributário, em casos semelhantes àquele trazido a juízo pelo SINEDBEB, em virtude da exigência legal de autorização por parte deles para que os contribuintes de direito pudessem pleitear em juízo a restituição (exigência que, na prática, não é observada).

A mudança de entendimento do Superior Tribunal de Justiça pode implicar a confirmação da extinção de inúmeros processos sem julgamento de mérito com base no artigo 267, VI do CPC, em virtude de ilegitimidade ativa das distribuidoras em ações de restituição de indébito. O planejamento jurídico-tributário das empresas distribuidoras de cerveja é afetado de maneira significativa. Muitos advogados tributaristas terão sido

²¹⁸ **Art.166 do Código Tributário Nacional.** A restituição de tributos que comportem, por sua natureza, transferência do respectivo encargo financeiro somente será feita a quem prove haver assumido o referido encargo, ou, no caso de tê-lo transferido a terceiro, estar por este expressamente autorizado a recebê-la .”

pegos de surpresa, em virtude de alteração jurisprudencial em matéria processual (*legitimidade ativa ad causam*). Em uma série de ações tidas como praticamente ganhas, em virtude dos até então robustos indicativos de decisões passadas do STJ, clientes e advogados terão de reformular estratégias. A restituição do indébito, a prevaler a nova orientação jurisprudencial, dependerá de prévia atuação dos contribuintes de direito, únicos legitimados a ajuizar ações de repetição de IPI em face da Fazenda Pública.

Equivocam-se aqueles que insistem em resguardar a idéia de segurança como atributo da juridicidade, reinterpretando-a para afirmá-la não como previsibilidade do resultado das decisões judiciais, em virtude de sua conformidade com as disposições legais, mas sim como previsibilidade das “regras do jogo”, ou seja, quanto ao prévio conhecimento dos mecanismos procedimentais disponíveis para a realização do direito. Não é raro que as controvérsias se estabelecem em torno destes mecanismos. As chamadas regras procedimentais são tão suscetíveis à interpretação e, portanto, à variabilidade, quanto quaisquer outras.

É preciso abandonar a crença no caráter determinante das disposições legislativas com relação ao resultado das demandas, bem como com relação aos contornos procedimentais do julgamento. Haverá, a cada adjudicação, plêiade não sumariável de fatores intervenientes no processo decisório. Variáveis participando com maior e menor intensidade. Ainda que se assumisse a exclusiva participação das disposições legislativas, que se oferecem aos julgadores, disputando-lhes a preferência, para a fundamentação decisória, não seria possível prever a maneira como elas seriam por eles interpretadas. Intervindo outros fatores na tomada de decisão, é preciso ter presente que, no limite, o direito variará no ritmo da variabilidade das atitudes pessoais dos julgadores.

Basta atentar para as discussões sobre a forma de desempate dos votos dos Ministros do STF nos Recursos Extraordinários de Joaquim Roriz e Jader Barbalho, em setembro de 2010 para perceber que não basta edição atualizada da legislação vigente para resolver casos jurídicos. Os dez ministros do Supremo Tribunal Federal se manifestaram sobre os mesmos autos e tinham diante de si cópias do mesmo documento constitucional e de um só regimento internal daquela corte. Contudo, não havia consenso sequer sobre o que exatamente se havia decidido. Se havia sido ou não tomada decisão sobre a constitucionalidade da decisão do Tribunal Superior Eleitoral, impugnada pela via do Recurso Extraordinário. Convictos de suas decisões, cada um

dos ministros procurou na legislação, com auxílio imediato de seus assessores, por dispositivo de lei que pudesse justificá-las.

Não se pode descartar a possibilidade de que sentenças tenham sido compradas. A corrupção é parte da vivência do direito, por abjeta que seja ao espírito dos honestos. O filho de juiz federal instado a se manifestar sobre a possibilidade ou não de exercício da advocacia independentemente de inscrição na Ordem dos Advogados do Brasil pode ter sido reprovado por inúmeras vezes no exame da guilda. A filha de juíza federal competente para decidir sobre a anulabilidade ou não do Exame Nacional do Ensino Médio, em virtude de problemas no gabarito das provas, que teriam prejudicado número considerável de candidatos, pode ter sido uma das desafortunadas estudantes a receber caderno de marcação de respostas incompatível com o caderno de provas em que o exame fora desempenhado. Os filhos de juiz ao qual foi distribuída ação concernente à possibilidade ou não de pessoas professantes da fé judaica se submeterem ao ENEM em dia diverso do sábado, em conformidade com os preceitos da religião que escolheram viver, podem reputar “absurdo” que lhes seja concedido este “privilégio”. Juiz já decidido a julgar pelo não conhecimento de determinada ação, em função de irregularidades processuais, pode voltar atrás influenciado por conversa com advogado de uma das partes da causa, em que este teve a felicidade de mencionar o nome do processualista alemão Oskar von Bülow, cujas teses haviam sido amplamente estudadas pelo julgador quando da confecção de tese de doutorado. A astúcia de jovens ou experientes advogados pode lograr demover juízes de suas predisposições, alterando o rumo de julgamentos. No limite, o café da manhã dos julgadores ou a noite de sono que não tiveram podem interferir de maneiras não antecipáveis no desfecho dos casos jurídicos, o que não significa que figurem como únicas variáveis determinantes, tampouco que as disposições jurídicas consubstanciadas em leis, súmulas e mesmo precedentes judiciais sejam desimportantes.

É inútil e disparatado especular, ambicionando prever, sobre os resultados dos processos jurídicos em desatenção à distribuição processual ou, mais propriamente, sem levar em consideração os protagonistas reais de cada adjudicação. Não há sentido na formulação de modelos explicativos contendo hipóteses preditivas do tipo *se o juiz da vara criminal tiver brochado na noite anterior, decidirá o feito contrariamente ao réu*. É imaginável que uma noite de impotência seja compensada com um dia útil de abusos despóticos no exercício da judicatura, mas não se trata de uma inevitabilidade. Não é que não haja possibilidade alguma de predizer o resultado das demandas. A prática

jurídica evidencia que boa parte da atividade dos advogados envolve *profecias* sobre o que decidirão os tribunais.²¹⁹ Tais profecias formam conteúdo de conversas diárias com clientes, não podendo, contudo, descambar para promessas de êxito nas demandas a serem intentadas. Também assim, advogados procuram antecipar quais argumentos e estratégias probatórias serão articulados pela contraparte, num procedimento judicial.

Os próprios julgadores, em alguma medida, estão interessados em prever qual o posicionamento das instâncias superiores em determinadas matérias. Julgadores em última instância não raro procuram imaginar quais as prováveis reações populares e midiáticas a decisões em casos bastante alardeados, levando a cabo exercícios preditivos ou, dito de forma mais adequada, profetizantes. Contudo, as predições apenas se tornam plausíveis quando se têm por sabido os protagonistas reais de concretos processos jurídicos. Não apenas os julgadores (e aqui seria preciso admitir que não apenas há de se conhecer o “juiz natural”, mas inclusive os seus assessores) importam, como também os demais agentes envolvidos na lapidação do caso jurídico. A habilidade e/ou a influência dos procuradores dos interesses em disputa podem se fazer determinante. Até mesmo a identidade dos jurisdicionados clamando por prestação jurisdicional pode desempenhar papel relevante no deslinde das demandas judiciais. Habeas Corpus interpostos no interesse de grandes banqueiros podem vir a ser tratados de maneira distinta do que aqueles interpostos em favor de assaltantes de caixas de banco 24 horas. Pedidos de suspensão liminar de investigações policiais ou de ações penais podem ter um destino ou outro conforme estejam em jogo interesses de grandes empreiteiras ou de pedreiros envolvidos com tráfico de drogas. Ainda assim, imaginar algo como uma previsibilidade estrita, isto é, como possibilidade efetiva de antecipar o julgamento, remanesce fantasioso, afinal, exatamente na sessão em que será decidido o feito sobre o qual se buscou realizar previsão tudo pode – repentinamente! – mudar.²²⁰

²¹⁹ “It is true tha practicing lawyers learn to know something about the idiosyncrasies of particular judges before whom they frequently appear. Judge Brown is known as a former railroad lawyer who, fearful of showing favoritism, leans over backwards and is likely to be unduly hostile to railroads. Judge Green was for years in the office of the City Corporation Counsel and is very liberal to municipalities. Judge Blue is markedly puritanical. Judge Yellow is easily brow-beaten. Judge Purple is ‘crooked’. Armed with such information, lawyer try tho have (or avoid having) certain kinds of cases tried before certain judges”. FRANK, Jerome. What do courts do in fact? Part II. *Illinois Law Revive*, n. 26, 1931-1932, p. 775.

²²⁰ Ilustrativas as anotações de Bernd Rüthers, jurista cujas obras lamentavelmente não são devidamente estudadas no Brasil, a partir de sua própria vivência profissional: “Nach Jahrzehnten professioneller Beschäftigung mit dem Rech erscheint dem Autor zur Weitergabe an die Studierenden im Ergebnis besonders eine Einsicht wichtig: das ist die Unsicherheit des Rechts. Unsicher ist es in seiner Substanz und in seiner jeweilig Ausprägung durch die zuständigen letzten Instanzen, also im realen Prozeß der Rechtsgewinnung. Recht wird von Menschen formuliert ‘gesetzt’ und angewendet. Es ist dem Irrtum und Mißbrauch menschlichen Handelns ausgesetzt. Wer anders und mehr will, muß das Recht in einer

De todo modo, inexistente possibilidade de *previsibilidade científica* na vivência do direito. As tentativas de previsões cotidianas, realizadas no curso da vivência jurídica pelos advogados, membros do ministério público, defensores públicos e demais profissionais das carreiras jurídicas não são predições teoricamente orientadas²²¹. A vivência do direito não se deixa antecipar por hipóteses teóricas. Não há fórmula ou modelo de aplicabilidade a número irrestrito de casos que permita antever-lhes o desfecho. Inexiste, na vivência do direito, contralibidade de resultados. Ao mapear posicionamentos de julgadores, formando bancos de dados sobre orientações acadêmicas, religiosas, políticas e outros aspectos da personalidade das autoridades competentes, os juristas não procedem de modo semelhante aos cientistas que procuram formular, a partir de observação e experimentação, e sob a orientação de determinadas teorias, leis gerais que lhes permitam prever, com grande probabilidade de acerto, o comportamento de diferentes materiais submetidos ao aquecimento ou quando se dará a próxima “passagem” do cometa Halley pela Terra²²². A irrepetibilidade dos casos jurídicos afasta a possibilidade de previsões, que exigem identificação de determinadas condições iniciais. Em direito, previsível é apenas a tomada de decisão, não se podendo antecipar com máxima probabilidade qual o conteúdo dela. O direito coexiste com incertezas.²²³

anderen Welt ansehen, dare s dann aber auch erst in dieser ‘anderen Welt’ erwarten”. RÜTHERS, Bernd. **Rechtstheorie**. 2 ed. Munique: Verlag C. H. Beck, 2005, p. 3.

²²¹ “(...) in philosophy of science, we are interested primarily in predictions made by theories, and that is the notion to be explicated here. If a theory says that I selected the card from a group of ten diamonds, then the theory implies or entails that the selected card is a diamond. The prediction is entailed by the theory; this kind of prediction is timeless, for if an entailment holds at one time, it holds at all times.

“FORSTER, Malcolm. Prediction. In: PSILLOS, Stahin e CURD, Martin. **The Routledge Companion to Philosophy of Science**. London: Routledge, 2008, p. 405.

²²² “An engineer knows that reinforced concrete has a certain tensile strength. He has a mathematical formula which expresses in generalized form the knowledge on that subject, which knowledge is derived from empirical observation. He can apply that formula to determine what to do in building a specific structure. He knows that the relations expressed in that formula (however ‘conceptual’) are as much a part of his reality as derricks, rock, and dirt. But what we now call rules of law (what would far better be called rules-of-formal-law or rules-of-law in discourse) are not expressive of similar relations for lawyers. If the engineer uses the wrong formula, his bridge will collapse. If the judge uses the wrong ‘rule’ in his opinion, his decision does not collapse. If the lawyer uses the wrong rule in his brief he may yet win his case (and his victory will often survive). The lawyer’s and the judge’s bridges are specific judicial decisions, decisions not yet arrived at. Decisions (i.e., judgements, orders, and decrees), but not opinions with their legal rules and principles. The rules that lawyers would like to (but do not) have are rules which would aid them in precisely predicting specific decisions in contested cases and in bringing about such specific decisions. It is doubtful whether we shall ever work out rules of that kind with any degree of nicety”. FRANK, Jerome. What courts do in fact? Part II. **Illinois Law Review**, n. 26, 1931-1932, p p. 774-775.

²²³ “Since law is a living and active participation in novel situations, principle does not determine the appropriate response today. It needs also to be stressed that certainty is not a value in itself. If one wants certainty in judicial decision-making, one should consider the attractions of dictatorship, where one can predict with certainty that cases will be decided in a way consistent with the views of the executive

Procurando explicar a aquisição de massa por partículas subatômicas, o físico britânico Peter Higgs propôs, na década de 60, como hipótese teórica, a existência de uma partícula responsável pela atribuição de massa a outras partículas, no interior de campo eletromagnético (designado *campo de Higgs*).²²⁴ Trata-se do chamado *bóson de Higgs*, também referido como *a partícula Deus*. Embora ainda não observada experimentalmente, a hipótese da partícula em questão desempenha papel relevante no atual modelo teórico padrão da física de partículas (*Standard Model*), gozando de *poder explicativo*. Na ausência do bóson de Higgs, não se tem hipótese plausível capaz de explicar como quarks e elétrons adquirem massa, por exemplo.

Entendimento mais aprofundado e refinado sobre o comportamento efetivo desta partícula hipotética permitiria esboçar resposta à questão sobre o porquê de a matéria possuir massa. Os bósons de Higgs teriam a qualidade de alterar propriedades da matéria que passa nas proximidades ou através deles. Tentativas de verificar ou falsificar a hipótese de Higgs têm consumido grandes esforços dos estudiosos contemporâneos. A hipótese veicula uma predição: deve haver uma partícula subatômica, cuja própria massa não se pode teoricamente antecipar, capaz de alterar propriedades da matéria que passa pelas proximidades dela, conferindo-lhe massa.

Na fronteira da Suíça com a França, nas proximidades de Genebra, em 10 de setembro de 2008, fora ativado o designado *Large Hadron Collider* (LHC) – Grande Colisor de Hádrons, para realização de experimentos aptos a confirmar (ou falsificar) as predições de Higgs, sob os cuidados do Centro Europeu de Estudos e Pesquisas Nucleares (CERN). Trata-se de equipamento destinado a submeter a teste (possivelmente definitivo) a hipótese de Higgs. Fazendo-se feixes de prótons se chocarem frontalmente no interior de um túnel de 27 quilômetros de extensão, enterrado a 7 quilômetros de profundidade, em colisões capazes de liberar de 7 a 14 trilhões de eletronsvolts de energia, prevê-se poder identificar o bóson de Higgs, que apareceria durante frações de segundo nas imediações às colisões, logo convertendo-se em outras partículas.

organs of the state”. JABBARI, David. Reason, Cause and Principle in Law. The normativity of context. **Oxford journal of legal studies**. Vol. 19, 1999, p. 233.

²²⁴ HIGGS, Peter. Broken Symmetries and the Masses of Gauge Bosons. **Physics Review Letters**. V. 13, N. 16, 1964, pp. 508-509. Neste artigo seminal, de duas páginas, a hipótese da existência de uma partícula que depois viria a ficar conhecida como Bóson de Higgs foi acrescentada quando da revisão do paper a ser submetido a *Physisc Review Letters*, em uma linha, no parágrafo de conclusão, após a rejeição inicial do trabalho pelos editores da revista. Ver também: HIGGS, Peter. Spontaneous Simmetry Breakdown without Massless Bosons. **Physical Review**. N. 145, 1966, pp. 1156-1163, em que se oferece uma primeira aproximação detalhada às hipotéticas propriedades do chamado Bóson de Riggs.

A criação das condições necessárias à experimentação envolve incontáveis dificuldades. Fazer colidir os feixes de prótons seria algo semelhante a fazer se chocarem duas agulhas lançadas uma de cada lado do oceano atlântico, embaixo d'água. O LHC já teve de ser desativado por mais de uma vez, em razão de problemas técnicos como superaquecimento. Na ausência de precisa previsão teórica quanto à massa da hipotética partícula a ser observada, torna-se árdua a tarefa de análise de dados – confiada a quatro redes de monitoramento -, na medida em que não se sabe quais dentre as incontáveis partículas transitando no interior do tubo devem ser isoladas. As análises, portanto, realizam-se por exclusão, de faixa em faixa de massa, procurando-se identificar o comportamento previsto para a partícula, no interior do modelo teórico proposto por Higgs.

Ainda que até o momento não observada, a existência do bóson de Higgs é prevista por determinados modelos teóricos e joga função explicativa no interior do modelo *standard* da física de partículas. Ademais, a previsão teórica a afirma como observável, sob determinadas condições, as quais pretendem ser reproduzidas pelo experimento bilionário do CERN. Prevê-se a existência de uma partícula capaz de explicar a aquisição de massa por partículas dela destituídas, em circulação no interior de determinado campo eletromagnético. O modelo teórico determina condições sob as quais a partícula, até o momento inobservada, se faria observável. Dadas tais condições, deve-se poder constatar a existência do bóson de Higgs. Atingidas tais condições e remanescendo inobservada a partícula, é possível que se passe entender por falsificadas a predição e a teoria a ela correspondente. Apesar das dificuldades envolvidas no teste de hipóteses científicas no âmbito da física de partículas subatômicas, constata-se previsibilidade e controlabilidade de resultados no manejo das teses de Higgs. Diversamente, não se pode pre-dizer sobre os exatos contornos a serem assumidos pelos processos de realização do direito quando da submissão de problemas selecionados junto à situação existencial representada pela condução do experimento do CERN a autoridades julgadores, sob a forma de caso clamando por decisão judicial.

Em direito, revela-se devaneio delirante procurar determinar o resultado de uma série de casos reputáveis semelhantes sob a orientação de determinadas hipóteses teóricas. Não se pode prever sob quais circunstâncias será tomada a decisão judicial a cada caso. Na vivência jurídica não há sentido em postular algo como Condições Normais de Temperatura e Pressão (CNETP), tampouco se pode imaginar a permanência de teóricas “condições iniciais”, quer no decurso de um mesmo procedimento judicial,

quer num conjunto sucessivo de casos. A cada adjudicação diferentes variáveis poderão ser manejadas de formas diversas pelos interessados na obtenção de determinada decisão. Outras tantas variáveis irão interferir de maneira imprevista e mesmo de difícil percepção.

Os procedimentos jurídicos não blindam os julgamentos de interferências múltiplas. Tampouco as togas de magistrado²²⁵. O convencimento judicial é constrangido pela necessidade de tomada de decisão. As particulares e imprevisíveis configurações do momento do *decisum* afetam inarredavelmente o desfecho das demandas judiciais²²⁶. Não há garantias de que, no instante seguinte à prolação de sentença condenatória, o julgador não venha a se convencer vivamente na inocência do réu cuja privação de liberdade acabou de determinar²²⁷. Circunstâncias presentes, ademais, interagem com aspectos da personalidade dos incumbidos do afazer judicativo de modos imperscrutáveis²²⁸. É ilusório representar a decisão judicial como produto exclusivo ou mesmo preponderante de emprego de “técnica jurídica”. Ao vivenciar o direito no curso de processos que conduzem à decisão os juízes não deixam de ser pais de família, torcedores do Palmeiras, católicos convictos ou apreciadores de um bom

²²⁵ “Der Richter kann sich überhaupt nicht beliebig in einen Laien unwandeln und dann wieder in einen Juristen. Er urteilt nach Maßgabe seiner ganzen Persönlichkeit, und diese Persönlichkeit ist beeinflusst durch seine Kenntnis, seine Lebens und Berufserfahrung; diese sind ein Bestandteil seiner Persönlichkeit”. DÜRINGER, Adelbert. **Richter und Rechtsprechung**, 1909, p. 187.

²²⁶ A esse respeito, conferir: KULCSÁR, Kulmán. A szituáció jelentősége a jogalkalmazás folyamatában [O significado da situação no processo de aplicação do direito]. **Allam- és Jogtudomány**. N XI, 1968, pp. 545-570.

²²⁷ Nessa temática, instigantes as inquietações de Joaquim Nabuco sobre os juízos vacilantes dos juízes: “8 de Setembro. Bradeley, o juiz da Corte Suprema, que de fato fez a Hayes presidente, tendo sido atacado pelos jornais democratas e acusado de ter mudado de opinião depois de ouvir os diretores do caminho de ferro do Pacífico, entendeu dever justificar-se pela imprensa. Nessa justificação, admitindo a possibilidade de ter expressado a seus colegas durante o processo uma opinião divergente da que deu, ele conta que escrevia razões ora em um sentido, ora em outro, sobre o voto da Flórida, tendo chegado ao voto que deu, depois de muita dúvida. Esta carta a um jornal de Nova Iorque é curiosa em muitos pontos de vista. Um juiz que vacila, que chega a conclusões diferentes durante muitos dias, deveria considerar definitiva a opinião que ocasionalmente predomina em seu espírito no momento de ser tomado o voto? Não será provável, pelo menos possível, que ele mude ainda de juízo, depois de emitido o seu voto, isto é, de irreparável? Por outro lado, essas dúvidas não provarão a sinceridade do processo lógico de investigação, e poder-se-á exigir do juiz que tenha, desde o começo de uma causa, opinião formada? A vacilação quadra menos com a distribuição da justiça, a qual deve sempre proceder de uma convicção inabalável e inabalada, do que a obstinação, que muitas vezes é a falta de percepção e exclusivismo de juízo. Quanto à força que a reflexão posterior tem dado em seu espírito ao voto que emitiu, é esse um fenômeno de assentimento da consciência, muito comum na magistratura. Cometido o erro, a inteligência o toma como verdade, porque é o interesse do bom nome do juiz”. NABUCO, Joaquim. **Minha Formação**. Belo Horizonte: Itatiaia, 2004. p. 132-133.

²²⁸ “. . . if the judge is not a machine, however ingeniously constructed, it does very much matter what personal quality he brings to his work, because it is not going to be only his command of the reasoning process or his knowledge and learning that will determine his interpretation, but, in the end, his experience of life and the structure of thought and belief that he has built upon it” Lord RADCLIFFE. Not in Feather Beds. **Some Collected Papers**. Hamilton, 1968, p. 212.

chope com colarinho. Nesse aspecto, “Professores de Cambridge e bosquímanos do Kalahari são a mesma coisa”²²⁹. Jurados não são diferentes de juízes.

Inexiste justificativa para que se siga insistindo em *ignorar o atrito* ao tematizar variados aspectos da vivência jurídica. Construir uma pretensa ciência jurídica que pouco pode dizer sobre a vivência cotidiana do direito, porque desatenta ao que efetivamente se passa nela, mostra-se como mero divertimento acadêmico.

Não haveria ganhos explicativos, tampouco utilidade – no sentido de produção de material capaz de oferecer orientação aos juristas no exercício de atividades forenses judicativas –, em isolar determinados aspectos da realidade para fins de experimentação orientada à falsificação ou verificação de hipóteses teóricas, no interior de modelos. As situações existenciais passíveis de serem trazidos a juízo não são repetíveis e a tomada de decisão não se dará sob as mesmas circunstâncias nas sucessivas adjudicações. A rigor, não há casos jurídicos idênticos, embora séries de casos possam ser manejados como tais para efeitos de julgamento, com vistas à celeridade, isonomia e mesmo eficiência na prestação jurisdicional.

A vivência jurídica se mostra repleta de ineditismos. Tentar reproduzir determinado julgamento mediante simulação não permitirá reunir condições para verificar ou falsificar hipóteses preditivas. Quando muito, ter-se-á uma encenação teatral de caso já decidido. Os chamados júri-simulados costumam evidenciar que a simples modificação de julgadores e procuradores, é suficiente para imprimir novos contornos ao desboramento processual de um caso. Os estudantes vivenciam os problemas constantes dos autos de modo diverso daquele como foram vivenciados pelos profissionais de direito que originariamente lidaram com ele, conformando-o no curso de concreto procedimento judicial. Chega-se, nas simulações, com frequência, a resultados diversos daqueles obtidos quando da realização judicial do direito, em que fora emanada decisão por julgador autêntico.

Não é de um saber científico-jurídico que os juristas se valem na realização judicativo-decisória do direito. Ali, o direito é vivenciado singularmente a cada adjudicação. Mesmo ao tentar antecipar possíveis reações da parte adversária num procedimento, ou as posições de diferentes julgadores aos quais pode vir a ser distribuída demanda em que irão atuar, os procuradores dos interesses em disputa num

²²⁹ “Ambos possuem a arquitetura da mente moderna – que parece ser algo fundamentalmente diverso de uma coleção de dispositivos especializados, cada um resolvendo um único problema adaptativo”. MITHEN, Steve. **A pré-história da mente. Uma busca das origens da arte, da religião e da ciência.** Tradução de Laura Cordelini Barbosa de Oliveira. São Paulo: Unesp, 2002, p. 78.

caso jurídico não se orientam por teorias. As “predições” realizadas não se revelam como previsões científicas. São antes inspiradas na vivência forense dos profissionais de direito envolvidos, a partir de experiências próprias e alheias de que têm notícias. Da distância das formulações teóricas com relação ao desenrolar dos eventos da vivência jurídica tampouco se podem ambicionar generalizações aptas a propiciar previsões.

Os casos jurídicos não são repetíveis. Podem vir a ser reputados “idênticos”, para fins de julgamento, atentando-se para inúmeros aspectos em que se assemelham entre si e, sobretudo, com relação a casos já anteriormente decididos. A cada nova adjudicação, lidam-se, contudo com incertezas inafastáveis. Quando muito se pode trabalhar com probabilidades acerca do exato deslinde de uma demanda. A vivência jurídica não se desenvolve sob a perfeição de condições experimentais. Tentativas de predição não são capazes embutir todas variáveis com possibilidade de interferência significativa no fluxo dos processos jurídicos.

Ao tomar o direito como tema de estudo, os juristas não fazem ciência jurídica. É destituído de sentido tentar estabelecer regularidades a partir da observação de processos decisórios específicos com a finalidade de confecção de teorias geralmente válidas. Podem ser registradas tendências mediante estudos empíricos e metodologias de pesquisa próprias de outros reamos do saber. Mediante observação e experimentação, entretanto, não se poderá alcançar generalização teórica apta a permitir obtenção de idênticos resultados em casos sucessivos. Os mesmos dispositivos legais estão sujeitos a interpretações bastante variadas e capazes de conduzir a decisões antagônicas em casos reputáveis semelhantes. Jurisprudências avistadas como pacíficas podem conhecer “ponto de ruptura” na sessão seguinte do tribunal. Não é extraordinário que baterias jurisprudenciais estejam disponíveis à defesa de interesses contrários em disputa. A astúcia dos advogados pode imprimir rumos inimaginados ao procedimento judicial. As aparentemente melhores estratégias não são suficientes para assegurar o êxito da demanda. As chamadas “melhores doutrinas” ou mesmo as designadas “doutrinas dominantes” não são compulsórias. Julgadores que vêm reiteradamente se manifestando num determinado sentido, com relação a determinados grupos de problemas, podem simplesmente decidir de maneira diversa, sem qualquer garantia de que o ponto fora da curva represente início de nova trajetória, isto é, a fixação de novo entendimento. Os desdobramentos da vivência do direito, no curso dos processos jurídicos que rumam

para a conformação da coisa julgada em cada caso, não cessam de surpreender²³⁰. Quem apostaria todas as fichas na concessão, por ministro do Supremo Tribunal Federal, de mandado de segurança em face de decisão de outro ministro do mesmo STF, como ocorrido no chamado *caso Sean Goldman*, em dezembro de 2009, em episódio configurador do que veio a ser descrito como *autofagia judicial*? Em direito, há que conviver com as inafastáveis incógnitas da individualidade e do devir dos casos adjudicados.

Observando-se o processo de realização do direito no Pedido de Extradicação número 1085, em que o governo italiano solicitava a entrega do nacional Cesare Battisti, não se obtêm elementos para a elaboração de uma teoria dotada de capacidade preditiva e revestida de generalidade, passível de ser aplicada na solução de futuras extradicações. Também assim, o estudo de reiterada jurisprudência do Supremo Tribunal Federal não garantiu aos advogados de Battisti a pretendida determinação da legalidade do refúgio político que lhe havia sido concedido pelo Ministro da Justiça, nem o reconhecimento de óbice à autorização da extradicação. Tampouco foram suficientes os inúmeros pareceres de figurões da vivência jurídica nacional manifestando-se no sentido do indeferimento do pedido de extradicação²³¹. Supostas teorias descritivas do procedimento de extradicação provavelmente viriam a ser surpreendidas pela mutabilidade inafastável do posicionamento dos órgãos julgadores nos diferentes casos. Nem mesmo quanto à eficácia da decisão (se autorizativa ou determinativa), há consensos na vivência do direito. Não bastasse, a execução de decisão judicial pelas

²³⁰ “El proceso es algo que se desarrolla en contínua progresion, com posibilidad de sorpresa en cualquier momento” BRUSIIN, Otto. **El pensamiento jurídico**, p. 70. “Simpre existe entre el derecho de la ley y el derecho de la sentencia, un cúmulo de diferencias que hácen de este una cosa distinta de aquél. No sólo la certidumbre, que es ya de por si un *quid novum* con respecto a la ley, sino también la particularidad de la decisión proferida, la cual excluye, por si sola, todas las otras interpretaciones y aplicaciones posibles que el juez pudo haber hecho y no hizo. El derecho de la cosa juzgada es el derecho logrado a través del proceso. Esto quiere decir, en la experiência jurídica, logrado a través de una larga série de vicisitudes en las cuales puedes naufragar el derecho aparentemente más seguro y triunfar el derecho más menguado”. COUTURE, Eduardo. **Fundamentos del Derecho Procesal Civil**, p. 336.

²³¹ Muito embora o resultado daquele pedido de extradicação, até o momento, tenha se revelado favorável a Cesare Battisti, na medida em que a decisão do Supremo Tribunal Federal que afirmou a inexistência de óbices à extradicação do italiano, declarou a si mesma não vinculante ao Presidente da República, que haveria apenas de respeitar os limites estipulados pelos acordos internacionais vigentes entre Brasil e Itália. No dia 31 de dezembro de 2010, o então Presidente Luís Inácio “Lula” da Silva assinou decreto negando a extradicação de Battisti, adotando como fundamento da decisão o parecer da AGU AG-17/2010, em que se afirmou ser plausível a negativa da extradicação em face da existência de “razões ponderáveis para supor “ que o *extraditando* [poderia vir a ser] *submetido a agravamento de sua situação, por motivo de condição pessoal, dado o seu passado, marcado por atividade política de intensidade relevante*. O parecer da AGU foi impugnado na Ação Direta de Inconstitucionalidade 4538, movida pelo Partido Democratas e que ainda aguarda julgamento. Por força de decisão do Ministro Presidente do STF Cezar Peluso, ainda nos autos do Pedido de Extradicação, Battisti continua preso, tendo sido denegado pedido de alvará de soltura no dia 06 de janeiro de 2010.

autoridades administrativas pode ensejar novos problemas susceptíveis de serem submetidos à apreciação do judiciário, podendo-se rever posições anteriormente assumidas.

Contrariamente, estudos rigorosos no campo da hidráulica permitiram que Bernard Forest de Belidor (1693-1761) construísse conhecimento científico a partir da técnica artesanal dos chineses tradicionais para construção de bombas d'água, as chamadas bombas da espinha dorsal do dragão, introduzidas no Ocidente a partir do século XVII. Valendo-se de conhecimentos geométricos e mecânicos, o cientista francês conseguiu desenvolver uma *teoria da bomba da espinha dorsal do dragão* que “poderia ser empregada para projetar bombas destinadas tanto a circunstâncias novas como às já conhecidas”.²³²

Na vivência jurídica, novas pendengas clamarão incessantemente por decisões de autoridades competentes e serão debeladas a despeito de formulações pretensamente científico-jurídicas ou mesmo de uma suposta técnica do direito. Para decidir os casos adjudicados, o julgador detém autoridade. Basta-lhe a competência. Nem mesmo ela se pode predizer, de modo que irá se estabelecer ao longo do processo de realização do direito, na medida em que não venha a ser impugnada. Advogados, promotores, defensores e demais profissionais envolvidos em procedimentos jurídicos vivenciam a experiência de cada caso, procurando traçar estratégias que lhes parecem adequadas, mas que jamais serão capazes de assegurar a obtenção resultados favoráveis.

Não se pode apreender a agir juridicamente da mesma forma que se aprende a andar de bicicleta, isto é, mediante apreensão de uma *techné* que uma vez dominada jamais se esquece. Estratégia bem sucedida em uma série de casos semelhantes poderá fracassar fragorosamente no próximo expediente forense. Direito é vivência e assim deve ser encarado. Não pode haver um saber jurídico distinto e distanciado da atividade dos juristas, somente devendo interessar o direito como expressão de vida, realizado cotidianamente no curso de processos que rumam para a obtenção de decisão tendente a formar coisa julgada, ao término de específico procedimento judicial.

Diante da assunção da imprevisibilidade das manifestações jurídicas, insuscetíveis de captação mediante generalizações teórico-científicas, bem como da permanente deveniência do direito, que se apresenta marcado pela variabilidade e mutabilidade, haveria de se assumir que o direito não pode ser ensinado. Todavia, isso

²³² CHALMERS, Alan. **A Fabricação da Ciência**. Tradução de Beatriz Sidou. São Paulo: Unesp, 1994, p. 42.

não significa que não se possa aprender a lidar com ele, assumindo as contingências e mutabilidades com que se há de deparar. Vivências pessoais e o compartilhamento de experiências alheias podem fomentar aprendizado jurídico.

Direito não se apresenta como *dado*, realizando-se processualmente, em constante mutação e com enorme variabilidade. Não pode ser tomado como objeto (*objectum*), na medida em que jamais se revela como *jogado de antemão*.²³³ Não obstante, pode ser tematizado. Na ausência de objeto, desfaz-se a possibilidade de saber científico específico, isto é, de uma ciência jurídica.²³⁴ As tentativas de estruturação de uma ciência própria do direito não têm contribuído para a aprendizagem jurídica. Almejando-se a conformação de um saber sistemático, perdem-se os juristas em meio a abstrações, afastando-se da complexidade da vivência jurídica, substituindo-a por *objetos* artificiosos.

Problemas de convivência humana passíveis de adjudicação, bem como casos já adjudicados podem ser tomados como temas jurídicos, discutindo-se-lhes possíveis soluções ou mesmo analisando-se desfechos judiciais já alcançados. Tais tematizações se configuram como variáveis de potencial participação na tomada de decisão em casos jurídicos futuros. Não representam, contudo, a articulação de saber teórico especificamente jurídico, mediante métodos próprios e orientados a objeto identificável: direito é processo, manifestando-se plenamente de modo não antecipável a cada caso.

Direito afigura-se como vivência humana, construindo-se e reconstruindo-se nas interpretações de jurisdicionados e julgadores²³⁵. Sendo vivência, como vivência há de ser tematizado por pesquisadores e professores. A educação jurídica deve se desvencilhar das insistentes tentativas de transmissão de saber teórico mediante leitura compulsória de livros sobre livros. Direito não comporta guias prévios, compulsáveis em manuais. Nas faculdades de direito não se pode ensiná-lo, apenas sendo possível

²³³ “Ohne die Kategorie der Gegebenheit gibt es keine Seinswissenschaft wie überhaupt keine Wissenschaft”. Recht und Erfahrung. *Revue Internationale de la Théorie du Droit*. Ano II, n. 1, 1927-1928, pp. 11-14, p. 12

²³⁴ “Pois “ciência” não significa simplesmente “saber” – ou uma mera e indiscriminada referência transsubjectiva -, nem se esgota numa “racionalidade” – uma discursividade de sistemáticos e metódicos controle e fundamentação -, pressupõe essencial e estruturalmente uma transcendência objectiva para uma determinação sistematicamente metódica, e projecte-se ou não em consequências operatórias como nos termos hipotético-condicionais da actual tecnociência. Pressupõe um “objecto”, subsistente em si ou postulado como tal, que um “sujeito”, com neutralidade e objectivamente, apenas se propõe determinar, conhecer”. CASTANHEIRA NEVES. Entrevista concedida a Paulo Queiroz. Disponível em: <http://pauloqueiroz.net/entrevista-concedida-pelo-prof-dr-antonio-castanheira-neves/>

²³⁵ “(...) il diritto é per l'appunto il processo (...) Se il diritto é prima di tutto il diritto del caso, poichè ogni caso è in qualche misura un caso nuovo il diritto avrà continua occasione de rinnovarsi”. LOMBARDI, Luigi. *Saggio sul diritto giurisprudenziale*. Milano: Giuffrè Editore, 1975, pp. 13 e 19.

contribuir para que os estudantes *aprendam a aprender*²³⁶ com as próprias experiências, bem como diante das experiências alheias.²³⁷

É preciso ultrapassar as barreiras academicizantes que vêm distanciando os temas tratados em sala de aula das situações e casos jurídicos vivenciados por jurisdicionados e profissionais de direito. O direito tem sido trancafiado do lado de fora das instituições de educação jurídica. Enquanto profissionais às voltas com a realização judicativo-decisória do direito, os professores costumam estar atentos à imensa variabilidade e mutabilidade do direito, que se vivencia diariamente como algo de dinâmico. Não há justificativa plausível para que se insista em não abordar a vivência jurídica nos cursos de direito.

É incompreensível que os juristas continuem se portando esquizofrenicamente. Agem de determinada maneira no exercício das profissões enquanto advogados, promotores, procuradores ou juízes e de outra completamente diversa enquanto professores. Nas faculdades, vertem-se em recitadores de extratos de teorias elaboradas nos últimos quinhentos anos por acadêmicos estrangeiros ou em arautos difusores daquilo quem *rezam* as leis. Repassam-nas, as chamadas doutrinas e as disposições legislativas, aos estudantes, de forma descontextualizada, desinteressante e como se contivessem nelas a própria encarnação do direito, que segue abordado como *ente* independente dos homens que o vivenciam.

É quase inevitável, na atual conjuntura, que aos estudantes de direito as aulas pareçam artificiais e tortuosas, na medida em que os temas ali discutidos em pouco ou nada se aproximam com aquilo que logo passam a vivenciar nos estágios que procuram para ocupar as tardes durante o período de faculdade, buscando por autêntico aprendizado. Direito não pode ser ensinado, repita-se. Todavia, é possível que uma graduação em direito venha a contribuir para as vivências pessoais dos estudantes, quando estiverem habilitados a atuar na carreira jurídica que escolherem. Atualmente, pode-se dizer que invés de se consubstanciar como contribuição, grande parte das

²³⁶ AMSTERDAM, Anthony. Clinical legal education. A 21st Century Perspective. **Journal of Legal Education**, n. 34, 1984, pp. 612-618, p. 615.

²³⁷ “Para conseguir provocar en el discípulo actos teóricos, el maestro echa mano principalmente del habla. El expresar significativo por medio de fonemas o de grafismos permite, por lo común, la actuación de idénticas significaciones en el que escucha o lee. Sabemos que con ello se consiguen sólo conocimientos vacíos, esto es, conocimientos, impropriamente llamados tales. Cuando se busca conseguir un conocimiento pleno se hace necesario provocar atos de experiência”. GIOJA, Ambrosio. Reflexiones sobre el aprender. **Estudios en homenaje al Profesor Luis Jiménez de Asúa**. Buenos Aires: Ed. Pannedille, 1970, pp. 373-387, p. 374.

graduações em direito se revelam verdadeiros empecilhos. Configuram-se como obstáculos a serem vencidos para a obtenção de um diploma universitário.

Realiza-se injustificada cisão entre teoria e prática, sendo mesmo registrável aversão a esta última no discurso de alguns mestres²³⁸: “- faculdade é tempo de estudo; a prática se apreende em poucos meses, no sexto ano de graduação”. Se a faculdade é tempo de estudo, resta perguntar quais temas hão de ser estudados: é tempo de estudar o que? Enquanto professores ocupam valiosas horas dos estudantes narrando as peripécias imaginárias dos romanos Caio, Mévio e Tício, sobre as quais já se debruçaram gerações de juristas, o direito se realiza “lá fora”, no escândalo do *Wikileaks*, tendo por grande personagem o australiano Julian Assange e nos saques de navios de diversas bandeiras realizados pelos piratas somalis.

A educação jurídica deve se ajustar à vivência do direito, abordando-a em sua dinamicidade. Deve-se estimular o estudante a aprender de suas vivências pessoais. Queira ou não, maior parte do aprendizado jurídico de grande parte dos estudantes de graduação acontecerá à grande distância dos bancos universitários. O tempo de duração de um curso de direito é bastante reduzido se comparado ao tempo de dedicação profissional da maioria dos juristas ao direito, posteriormente à graduação e mesmo aos eventuais estudos de mestrado e doutorado. Não se pode imaginar que se prepara o estudante para a vivência jurídica mediante apresentação simplificada de meia dúzia de teorias.²³⁹

Ao tematizar o direito em sala de aula, deve-se ter por substrato a vivência jurídica, renunciando-se a pretensões sistemático-cientificizantes. De pouco adianta insistir em estudos exaustivos de legislação, manuais doutrinários e repositórios jurisprudenciais. Na vivência do direito não se reivindica por soluções em abstrato.

²³⁸ Vitor Abramovich, jurista argentino, descreve primorosamente esta situação, designando-a por *complexo de Rock Hudson*. “En una vieja comedia de Hollywood en la que nuevamente seduce a Doris Day, ROCK HUDSON personifica a un profesor de pesca, cuyos libros son famosos en el país, quien invitado a participar en un torneo de su especialidad, confiesa ante la evidencia de los hechos que todos sus conocimientos provienen de la lectura de los manuales del arte, y que en toda su vida jamás se había acercado a la memoria de un río.

A este especial dominio de un saber teórico logrado en base a la lectura de libros sobre libros, con total prescindencia de la realidad referida, lo llamaremos en su honor: complejo de Rock Hudson”. El complejo de Reck Hudson. **No Hay Derecho**, s. ed., Buenos Aires, Nº 4, 1991, ps. 10

²³⁹ “Der Jurist ist durch Erfahrung abgestumpft, aber in der Regel gibt auch er sich keine Rechenschaft über die Gründe dieser Unsicherheit *im allgemeinen*. Nur die Nachlässigkeit der Gesetzredaktion wird des öfteren als Grund der Kontroversen hervorgehoben (was zwar manchmal richtig ist, aber bei weitem das ganze Terrain der Unsicherheit nicht deckt), im übrigen pflegen generelle Gesichtspunkte ganz zu fehlen und man verliert sich in der Hervorhebung der Schwierigkeiten der einzelnen ‘Fälle’. Darauf beruht die Unmöglichkeit, wie es die verschiedenen Klage betonen”. WURZEL, Karl Georg. **Rechtswissenschaft als Sozialwissenschaft**. Wien: Springer, 1991, p. 15.

Juristas não são copistas ou exegetas, intrigados com a verdadeira significação de determinadas disposições legislativas. Leis, teses acadêmicas, decisões judiciais aparecerão como variáveis, dentre outras, a ser manejadas na provocação de decisões e na fundamentação de sentenças e acórdãos. Mais do que conhecer a legislação existente ou as decisões das cortes superiores dos últimos anos e mesmo o chamado estado da arte da produção acadêmica, os juristas pensam estrategicamente, procurando perceber como diferentes variáveis podem influenciar na tomada de decisão ou servir de elementos para justificar decisão já tomada.²⁴⁰

Dizer *não mais à estática* requer escancarar a dinamicidade do direito, estimulando os estudantes a efetivamente vivenciá-lo,²⁴¹ colocando-se perante situações e casos jurídicos na condição de jurista, isto é, assumindo a inevitabilidade de uma decisão a ser tomada, a qual haverá de se provocar ou fundamentar, conforme o lugar que venham a ocupar no *battlefield of action*. Assim, é relevante, porém não suficiente incentivar o acompanhamento das decisões dos tribunais.²⁴² Mais do que se inteirar dos resultados dos processos jurídicos, os estudantes de direito devem ser impulsionados a vivenciá-los. Não basta realizar leituras de acórdãos de última instância, acessando-se apenas a conformação final dos casos jurídicos. É preciso “ir” até as sessões de julgamento e atentar aos bastidores da adjudicação. Sentir as dificuldades, incertezas e angústias das experiências judicativas, em que o direito vai se realizando por sendas imprevistas. Limitar o estudo de casos judiciais às sentenças é como analisar batalhas a partir do número de mortos.²⁴³

Os estudantes precisam vivenciar o direito, deixando de encarar leis, decisões judiciais passadas, enunciados de jurisprudência, súmulas e mesmo tematizações

²⁴⁰ Atualmente, contudo, seria de se admitir que o único pensamento estratégico estimulado em sala de aula é aquele consistente em conceber as melhores maneiras de colar nas provas da faculdade sem ser apanhado pelo examinador.

²⁴¹ “Homens às voltas com atividades práticas não preparam seus aprendizes mediante teorias; eles os colocam, sem retardos, para praticar, de modo que eles possam aprender a forjar o metal, forjando o metal, a esculpir, esculpindo, a pintar, pintando, a saltar, saltando. Deste modo, nas escolas deve-se fazer com que os estudantes aprendam a escrever, escrevendo, a falar, falando, a cantar, cantando e a raciocinar, raciocinando, de tal forma que as escolas devem ser apenas *workshops* em que os trabalhos são desempenhados com entusiasmo”. COMENIUS, Jan Amos. Citado por BOVET, P. **Jean Amos Comenius: un patriote cosmopolite**, Geneva, 1943, p. 23.

²⁴² “Here we must turn first to the decisions of the courts. From these principally we may learn the ‘jus quod est’, from them alone we can gather what rules of decision have actually entered into daily life, and how they done so. But it is not enough to cite decisions in a text, or in notes, and to approve or condemn them accordint as they are deemed correct or otherwise”. EHRLICH, Eugen. *Judicial Freedom of Decision: Its Principles and Objects. Science of legal method*. 1917, pp. 47-84, p. 78.

²⁴³ “Limitar el estudio de un caso judicial a su sentencia es como analizar una batalla a partir del numero de muertos”. ABRAMOVICH, Victor. *El complejo de Reck Hudson. No Hay Derecho*, s. ed., Buenos Aires, N° 4, 1991, ps. 10

realizadas por outros juristas como dados (pontos fixos) e representativos da juridicidade de cada caso, a fim de passar a percebê-los enquanto disposições que se oferecem como critérios ao desfecho de um caso ou como pontos possíveis de argumentação para a provocação de decisões favoráveis. Dentre os primeiros passos encontra-se a necessidade de reconhecer a incerteza das manifestações jurídicas,²⁴⁴ realizando-se o direito para além das possibilidades de previsão e mesmo insuscetível de ser ensinado, restando imperativo que se o vivencie, caso se deseje aprender a nele minimamente se orientar²⁴⁵.

Difícilmente, contudo, será possível abandonar percepção estática da juridicidade enquanto se seguir atribuindo protagonismo ao chamado *direito válido*, imaginando o direito como “*conjunto ou sistema de normas jurídicas*”²⁴⁶, insistindo-se na elaboração de uma *ciência jurídica* que, sem caricatura, seria melhor descrita como ciência da legislação. Quiçá seja chegada a hora de dizer *não mais à normatividade*.²⁴⁷

²⁴⁴ “(...) certainty generally is illusion, and repose is not the destiny of man”. HOLMES, Oliver Wendell. The path of the Law. **Harvard Law Review**, n. 10, 1897, pp. 457 e SS.

²⁴⁵ “Enseñando lo incierto, se puede hacer lo mayor bien o el mayor mal. El mayor bien, enseñando lo incierto como incierto. El mayor mal, enseñando lo incierto como cierto”. VAZ FERREIRA, Carlos. **Alguns conferencias sobre temas científicos, artístico y sociales**. V. XI, 1956.

²⁴⁶ “Fino a che si parla del diritto come norma (come sistema di norme) di condotta, se ne dà un’immagine che può valere anche del ‘diritto’ (sarebbe meglio dire della morale) ‘naturale’: quest’ultimo è infatti comunmente concepito come un sistema ‘statico’ di norme generale di condotta, logicamente deducibili le une dalle altre, senza che vi sia bisogno di organi destinati a porle, a trasformarle, a elaborare le norme individuali”. LOMBARDI, Luigi. **Saggio sul diritto giurisprudenziale**. Milano: 1975, p. 400.

²⁴⁷ “Immerhin finden sich in der neueren Rechtsdogmatik sehr bemerkenswerte Ansätze zur Überwindung des Dogmas von einstufigem, im Gesetze enthaltenen Rechte. (...) Es läßt sich aber leicht zeigen, daß eine radikale Überwindung des Dogmas von einstufigen, im Gesetze fertigen Rechte unmöglich ist, Solange man an der Grundvoraussetzung aller Rechtsdogmatik, der normativen, imperativischen Natur des Recht festhält”. SANDER, Fritz, **Rechtsdogmatik oder Theorie der Rechtserfahrung?**, p. 14. Fritz Sander reconhece os avanços da Escola Jurídica de Viena no sentido de uma percepção dinâmica do objeto da ciência jurídica, a partir da *Stufenbaulehre* de Adolf Merkl (1890-1970), contudo, nas entrelinhas, censura por ainda estática a designada dinâmica, na medida em que atrelada ao dogma da normatividade do direito.

IV. NÃO MAIS NORMATIVIDADE

Saltos mortais carpados não são contempláveis apenas a cada quatro anos, durante os jogos olímpicos. Diariamente, nas sessões dos tribunais, isto é, no exercício da judicatura, oferece-se o espetáculo dos *mortais carpados hermenêuticos*²⁴⁸. Situações potencialmente jurídicas são vertidas em casos, mediante interpretação, pelos procuradores de interesses em atrito, submetendo-se-os a juízo. A formulação inicial dos casos é sujeita à interpretação das autoridades julgadoras (e de seus assessores), que o lapidam, talhando-o rumo à decisão judicial final, com “auxílio” da atividade das partes processuais. Interpretam-se, muitas vezes, interpretações sobre interpretações: problemas narrados pelos jurisdicionados são interpretados pelos procuradores (advogados, membros do ministério público, defensores e assim por diante), cujas interpretações, em conformidade com determinadas estratégias de litigância, são levadas a juízo - novamente, oferecendo-se à interpretação, agora autêntica.

No processo de realização do direito, caso a caso, muito se perde e outro tanto se constrói. Não há linha estrita e direta de acesso às situações juridicamente problemáticas que subjazem aos casos adjudicados, tampouco à solução judicial deles. O pensamento jurídico, orientado decisoramente, não opera guiado por “normas”, mas se articula visando à obtenção de determinação judicial vinculante (ou mesmo ao retardamento dela). Não lida, ademais, com fatos brutos, não se configurando como investigação sobre sua exata realidade. Disposições legislativas e versões fáticas são construídas hermeneuticamente pelos procuradores no esteio de estratégias voltadas à provocação de decisão favorável aos interesses representados. É imprevisível a interpretação que os julgadores realizarão sobre os diferentes casos adjudicados, sendo inacessíveis todas as variáveis (em sua integralidade) que podem se revelar significantes na determinação do resultado de uma demanda.

Decisões não são deduzidas das leis ou de quaisquer outras disposições pretensamente normativas. Nem mesmo o mais genial dos legisladores poderia antecipar em formulações típicas e abstratas toda a riqueza dos eventos reais,²⁴⁹ que

²⁴⁸ “Die einfachen Fälle, in welchen die Anwendung des Gesetzes ohne weiteres die Lösung der Rechtsfrage gibt, sind – wenigstens in den höheren Instanzen – recht selten. So klar und durchdacht ein Gesetz sein mag – gegenüber der Vielgestaltigkeit der Lebensverhältnisse, kann es nur Richtlinien geben; seine Anwendung auf den einzelnen Fall erfordert die selbständige, freie Tätigkeit des Urteilenden”. DÜRINGER, Adelbert. **Richter und Rechtsprechung**. 1909, p. 189.

²⁴⁹ “Wir fordern für den Richter die Befugnis zur Ergänzung des Gesetzes in unbeschränktem, zur Abänderung des Gesetzes in beschränktem Maße; beschränkt in dem Sinne, daß sie sich nicht weiter

diariamente se colocam além dos limites da imaginação. A mais inventiva imaginação se revela incapaz de fazer frente às contingências da vivência humana, em que os mais estranhos e intrincados problemas jurídicos não cessam de emergir²⁵⁰. Basta observar com mínima atenção a atividade dos profissionais às voltas com a realização judicativa do direito, desvencilhando-se de artificiosas elocubrações conceituais, a fim de perceber o quão estreita é a visão fornecida pela literatura jurídica insistente em abordar o direito a partir de unidades básicas de análise como *normas* (regras e/ou princípios²⁵¹). Ali onde os “teóricos” do direito têm enxergado *normas jurídicas válidas*, enquanto entes descarnados à espera de introdução na vida pelas autoridades competentes, não há senão disposições, que podem funcionar concretamente como *pautas de conduta e diretivas para a tomada de decisão*, mas cujo alcance e sentido não estão dados anteriormente às interpretações de jurisdicionados e julgadores. Há apenas variáveis potencialmente integradoras da realização judicativa do direito. Elementos, ao lado de tantos outros, aptos a jogar papel na vivência jurídica.

É ilusória a afirmação da insuficiência dispositiva – falta de disposições legislativas pertinentes à resolução da demanda – apenas nos chamados casos difíceis, bem como não menos fantasiosa parece ser a tentativa de identificação de casos judiciais mais fáceis que outros²⁵². A determinação da facilidade ou dificuldade de um caso

erstreckt, als das Interesse der Allgemeinheit unbedingt erfordert. Diesen Machtbereich hat sich die Praxis bereits seit Menschengedenken erobert. Es ist auch unmöglich, ihn zu beschneiden; den auch die genialste Gesetzschöpfung kann auf die Dauer den Bedürfnissen des Lebens nicht Genüge tun, wenn ihr die Praxis nicht in den genannten Richtungen beispringt”. STAMPE. Gesetz und Richtermacht. **Deutsche Juristen Zeitung**, Berlin, N. 20, ano 10, 15 de novembro de 1905, pp. 1018-1020, p. 1018.

²⁵⁰ “Tag für tag spottet das wirkliche Leben der gesetzgeberischen Voraussicht. Immer und immer wieder lehrte sein unerschöpfliche Mannigfaltigkeit, wie vermesses die Hoffnung wäre, der Gesetzgeber könne alles, was die Zukunft bringen wird, überblicken, vorbedenken und in seine starren, toten Regeln zwingen. (...) nicht die lebhafteste Phantasie ist dem buntem Spiele gewachsen, welches der frei strebende menschliche Wille, der erfindungsreiche Erwerbsinn, die Schlaueit des Egoismus und des Verbrechens im Bunde mit dem sich jeder menschlichen Voraussicht entziehenden Walten des Zufalls treibt, um die sonderbarsten und verwickeltsten Rechtsproblee zu schaffen, Probleme, an welche der Gesetzgeber gar nicht hat *denken*, für die er also auch keine Lösung hat *wollen*, noch weniger sie *bereit* stellen können”. BÜLOW, Oskar. **Gesetz und Richteramt**, p. 124.

²⁵¹ “The great problem of the mentality that law is applied principle is that it produces a simplistic map of the law. It sets up a view that is constantly buffeted by the complexity of the world”. JABBARI, David. Reason, cause and principles in Law. **Oxford Journal of Legal Studies**. Vol. 19, 1999, pp. 205-242, p. 233

²⁵² Páginas e mais páginas têm sido dedicadas a tentativas de sumariar aspectos comuns aos chamados casos difíceis, de modo a apartá-los de casos supostamente fáceis, sem que se dedique esforço semelhante a identificar vantagens deste exercício taxonômico. Veja-se, exemplificativamente, a o “mapa conceitual” oferecido por Iglesias VILA: “1. Casos relativamente difíciles al resultar indeterminados como consecuencias de la existencia de lagunas jurídicas, contradicciones y situaciones de indeterminación semántica (siendo estos últimos aquellos en los que una proposición jurídico no es verdadera ni falsa porque no es posible incluir el caso dentro de la extensión de los términos generales en los que se formula una regla jurídica, pero tampoco es posible excluirlo de esta extensión). 2. Casos epistémicamente difíciles en los que el hallazgo de la respuesta requiere un notable esfuerzo intelectual. 3. Casos

remanesce na dependência do modo como será vivenciado concretamente por jurisdicionados, procuradores e julgadores. A tentativa de apartar *easy* e *hard cases* é subproduto de percepção normativa do direito, isto é, de identificação do direito com repertórios pretensamente normativos encontráveis em diplomas legislativos e livros de (autodesignados) juristas. Ignora a complexidade da composição processual dos casos jurídicos, que não se esgota na seleção de determinadas disposições legislativas capazes de justificar determinada decisão (e nem mesmo a envolve necessariamente). O afazer judicativo não se realiza mediante exegese de textos legais, acompanhada de uma xícara de chocolate quente diante da lareira, enquanto se procura pelo verdadeiro significado de disposições legislativas. Se na abstração das recomendações legislativas pode-se depreender que empréstimos bancários contraídos para financiamento de casa própria junto ao Sistema Nacional de Habitação devem ser adimplidos pontualmente, estando a dívida sujeita à execução e inexistindo maiores dificuldades de atribuição de sentido aos critérios decisórios oficiais oferecidos aos julgadores, bastará que se depare o magistrado, no exercício da judicatura, com a penosa história de vida subjacente ao nome do executado, impresso nos autos processuais, a relatar em audiência que teve de abandonar a carreira de engenheiro mecânico para poder acompanhar o custoso tratamento de filho nascido com Gangliosidose GN1 – síndrome degenerativa – e cuja sentença de morte fora proferido por médicos e não por juízes, para que se tenha por complicado o desfecho de caso adjudicado.

Situações ordinárias - no sentido de cotidianas - de litigância revelam a dramaticidade da vivência do direito. Apenas na distância do *battlefield of action* é que se pode entender que acadêmicos insistam por divisar casos fáceis em direito. Para aqueles que têm seus interesses submetidos à apreciação judicial, dificilmente um caso jurídico se afigurarão como simples, tampouco sendo possível predizer a maneira como será vivenciado pelos julgadores (no plural, considerando-se a possibilidade de submissão a sucessivas instâncias) incumbidos de desfechá-lo.

Os estudos pretensamente jurídicos, contudo, costumam a pintar quadro bastante simplificado (e desconectado da vivência) do processo de realização judicativa do direito, apresentado como bidimensional, envolvendo a *aplicação do direito*, identificado à normatividade, *a determinados fatos conhecidos* (quer porque sobre eles

prágamticamente difíciles por causa ajenas al Derecho como, por ejemplo, su transcendência política o social. 4. Casos fácticamente difíciles. 5. Casos moralmente difíciles en cuanto que la respuesta jurídicamente correcta conlleva resultados injustos”. IGLESIAS VILA, Marisa. **El problema de la discrecionalidad judicial**. 1999, pp. 110-111.

não controvertem as partes, quer porque apurados no curso de atividade probatória). Pressupõe-se a existência do direito como *entidade* apartada da realidade fática. Assimila-se direito e norma (pensada de modo ora mais, ora menos elástico), prestando-se o processo à sua aplicação aos fatos.

Resultam daí supostas “teorias” jurídicas centradas na discussão de tipificações normativas, procurando-se reconduzir problemas pensados como jurídicos a variáveis conceitos de normas. O debate jurídico dispensa considerável energia em torno da distinção entre “princípios” e “regras”, bem como em torno da questão consistente em saber se o direito há de ser concebido em conformidade com modelo de regras ou de princípios (ou com modelo abrangente de ambos). Páginas e mais páginas são consagradas ao estabelecimento de classificações, procurando-se agrupar as disposições jurídicas a partir de diferentes graus de eficácia e formas de aplicabilidade. Tudo se passa como se as chamadas regras jurídicas devessem ser submetidas, como animais, às mais rigorosas taxonomias,²⁵³ de modo a possibilitar a dedutibilidade de soluções judiciais a partir de um corpo normativo adequadamente sistematizado²⁵⁴. A comparação entre direito, percebido como normatividade, e as ordens dadas por pais a filhos, no exercício da autoridade paterna, são tão recorrentes quanto sintomáticas nas tentativas didáticas de transmissão de “saber jurídico”. Assume-se, sem questionar e sem específicos propósitos, que direito é espécie de normatividade.

A despeito de expressas e escancaradas formulações no sentido do não esgotamento do direito nas leis, seguem os acadêmicos articulando teses que transparecem a percepção da juridicidade como normatividade²⁵⁵. Segue-se pensando o direito como “conjunto” ou “sistema” de “normas”²⁵⁶ a serem “aplicadas” aos casos

²⁵³ Remanescem atualíssimas as irônicas anotações de Ernst Fuchs, sobre a assim chamada “ciência jurídica” do início do século XX: “Jurisprudenz ist auch heute, noch in mehr oder weniger großer oder feinerer Körnung Bovigismus, d.j. jene Mischung philologisch-gelehrter Pandektologie und deduktiver aprioristischer Konstruktion deren prächtigstes und reinstes Produkt eben der Bovigus ist”. Bovigus, Bovigismus unde echte Rechtswissenschaft (1916). **Gerechtigkeitswissenschaft. Ausgewählte Schriften zur Freirechtslehre**, editado por A.S. Foulkes y A. Kaufmann, Karlsruhe, C.F.Müller p. 174.

²⁵⁴ “(...) legal rules, like animals, should be the subject of a rigorous legal taxonomy in order that legal solutions can be deduced from a closed model of legal rules”. SAMUEL, Geoffrey. Can legal reasoning be desmistified? **Legal Studies**. The society of legal scholars. V. 29, n. 2, Jun-2009, pp. 181-210, pp. 205-206.

²⁵⁵ “En celebradas construcciones doctrinarias actuales resulta que, al fin de cuentas, esa actitud de base subsiste ‘vivita y coleando’, solo que valida de rebuscamientos flamantes”. HABA, Enrique Pedro. **Metodologia Jurídica Irreverente**. Madrid: Editorial Dyckinson, 2005., p. 263

²⁵⁶ “Seit altersher ist die Rechtslehre von dem Dogma beherrscht, das positive Recht sei seinem Wesen nach ein Komplex von Normen, welche and die Mitglieder der Rechtsgesellschaft ergehen, ihnen rücksichtlich ihres äußeren Verhaltens Verpflichtungen auferlegen und mittlest der Verpflichtungen Befugnisse gewähren. Dieses Dogma wird in der Rechtsliteratur, trotz der stetig wachsenden Einsicht, daß Rechtsgesetze die unendliche Mannfaltigkeit des Rechtslebens nicht erschöpfen, für nahezu

trazidos a juízo. Assume-se, irreflexiva e indisputadamente, a pertinência de uma cisão entre designados planos de *ser* (*Sein*) e *dever ser* (*Sollen*), sem maiores cuidados consistentes em determinar o alcance da bipartição, se apenas epistemológica, correspondente a distintas metodologias de conhecimento ou se também ontológica, indicando a existência de “mundos” distintos, isto é, de diferentes conformações da realidade.

Apresenta-se a decisão judicial como resultantes da aplicação de *normas jurídicas* a *atos*, reverberando-se como de vanguarda umas quantas teses atinentes ao raciocínio jurídico que teriam por mérito a inclusão do momento fático na descrição do processo de tomada de decisão (diz-se que interpretar textos é muito pouco). Parece-se supor (equivocadamente!) a verificabilidade de fatos e normas jurídicos, como se o pensamento jurídico fosse orientado de forma investigativa, visando à obtenção de conhecimento para embasamento de decisão correta/justa²⁵⁷.

Recepcionando passivamente esquemas de pensamento concebidos para alcance de propósitos bastante específicos pelos juristas de determinadas épocas, o grosso das autodesignadas teorias jurídicas do presente não ultrapassa os marcos estipulados pelo que se pode chamar por *dogma da normatividade do direito*²⁵⁸. Incorpora-se a noção da existência pré-judicativa de um *direito válido* (integrado por regras ou/e princípios) aguardando por ser *aplicado* pelas autoridades julgadoras. Admite-se a validade como modo de existência do direito assimilado a um repertório de normas alcunhadas por jurídicas e que se imaginam vinculantes para “súditos” e “juízes”. Focam-se os estudos jurídicos em critérios pré-existentes para a tomada de decisão judicial, aos quais se imprime configuração normativa, dimensionando-se-os como *dever ser*. Consubstanciam-se tais estudos como tentativas de ciência, que se revela débil naquilo que apresenta de cientificidade e vazia quanto à juridicidade, remanescendo algo como espécie de “ciência de legislação”, que avoca para si a construção de conhecimento especificamente jurídico.

untastbar gehalten”. KORNFIELD, Ignatz. **Soziale Machtverhältnisse**. Grundzüge einer allgemeinen Lehre vom positiven Rechte auf soziologischer Grundlage. 1911 (Vorwort).

²⁵⁷ “A interpretação da norma não pode resultar ora de determinada maneira, ora de maneira diversa. O juiz não tem que encontrar uma norma precisamente apenas para este caso, mas aplicar a norma que lhe é dada, do modo que reconhecer como ‘correcto’”. LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 6 ed. Tradução de José Lamego. Lisboa: Calouste Gulbekian, 1991, pp. 183-184

²⁵⁸ “Als Grundaxiom der Rechtsdogmatik darf das *Dogma* von der *Normativität* des Rechtes bezeichnet werden, jenes Dogma, kraft dessen alles Recht als Inbegriff von Normen, Imperativen, Soll-, Befehl- oder Wunschsätzen angesehen wird”. SANDER, Fritz. Das Recht als Sollen und das Recht als Sein. **Studie zum Problem des Verhältnisses von Naturrecht und positive Rechte**. Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie. Band XVIIIm 1923/1924, p. 01.

A assunção do dogma da normatividade do direito tem se mostrado como propiciadora e potencializadora do desenvolvimento de *síndrome normativista*²⁵⁹ nas tematizações jurídicas. Trata-se de síndrome degenerativa da percepção que induz a tratar como jurídicas apenas questões atinentes à “criação” e “aplicação” de normas, já que o direito é identificado a conjunto ou sistema delas. Ao tematizar estes momentos da vivência do direito, costuma-se proceder de maneira descolada das práticas reais dos profissionais das diferentes carreiras jurídicas. Postula-se a existência de técnicas ou métodos de interpretação capazes de conduzir à decisão jurídica correta. Ao se tematizar dificuldades envolvidas no processo de realização do direito, apenas se cuida de destacar aquelas atinentes à indeterminação, ambigüidade ou vagueza da linguagem normativa. Reduz-se a riqueza da vivência jurídica a amontoados de volumes do diário oficial, discutindo-se sentido e alcance de disposições jurídicas à distância de situações e casos vivenciados por jurisdicionados, procuradores e julgadores.

Olvida-se que direito é vivência, estruturando-se incessantemente nas interpretações de situações e casos jurídicos realizadas por jurisdicionados e julgadores, não existindo senão de modo interpretativo-decisório. Enquanto modo de vida de seres humanos de carne, ossos e nervos, qualificado pela inevitabilidade da tomada de uma decisão tendencialmente definitiva, em que se realiza plenamente a cada adjudicação, o direito requer abordagens capazes de revelar-lhe a complexidade. Há que se superar o autoengano consistente em imaginar direito como norma posta, colocada de antemão à disposição dos interpretes. Para tanto, não é suficiente vociferar a não identidade entre direito e “lei” ou “norma”. É mister abordar os diferentes temas jurídicos nessa toada²⁶⁰.

²⁵⁹ Merecem transcrição, aqui, as palavras de Enrique Pedro Haba, precisas no diagnóstico da referida síndrome normativista, cujo fenótipo muitas vezes aparece mascarado por retóricas afirmações de posturas críticas, que não ultrapassam os limites das posturas criticadas: “Para ese normativismo, se trata de encontrar unas normas que de alguna manera – no preguntemos qual – se hallan *pre-establecidas*, con seguridad y precisión, en los textos del derecho positivo; o hasta más allá de estos, en un ‘cielo’ de los conceptos jurídicos (p. ej., unas ‘*naturalezas jurídicas*’). (...) Esas normas, el jurista piensa que las *descubre* simplemente. Descubre una norma juridical como se descubre una estrella, solo que en otro lado: esta, en el firmament – aquella, en unos papeles. No menos la una que las otra son, para él, algo que ‘está ahí’, no hay más que ‘verlas’... O más bien, por lo habitual, lo que así se re-conoce es simplemente determinada estrella/norma percebida antes por tales o cuales juristas eminentes que nos lo hacen saber así (...) En esta óptica, una vez que llego a conocer bien esas normas, ya sé todo lo que tenía que saber, em cuanto a lo ‘propriamente’ *jurídico*. Ahí me detuve, no me queda ya nada más que averiguar como jurista. En mi calidad de tal, mi mundo intelectual se agota en saber desarrollar un pensamiento que es de orden simplemente *hermenêutico* conceitual-intelectual, con respecto a normas cuyo conteúdo e alcance estaría fijado *ya* de antemano”. HABA, Enrique. **Metodologia Jurídica Irreverente**. Madrid: Editorial Dyckinson, 2005, pp. 261, 262 e 263.

²⁶⁰ É recomendável permanecer bastante atento, pois o velho rei, outrora decapitado, de quando em quando reaparece usando novos nomes e por ele reboam muitas trompetas, como advertira Rudyard Kipling (1865-1936) em *The Old Issue*.

Inexiste justificativa para que os estudos jurídicos sigam como último reduto de fábulas insistentes na afirmação de esquemas normativas *a priori*²⁶¹. A vivência do direito se aperfeiçoa no fluxo de processos incessantes, em que problemas experienciados no curso de determinadas situações são vertidos em casos e submetidos à decisão de autoridades competentes. Não se sustenta a teimosia consistente em avistar o direito como ente, pairando numa esfera de dever ser manifestada em disposições jurídicas ditas válidas e vinculantes para a resolução das demandas adjudicadas.

O espetáculo diário de saltos carpados hermenêuticos coloca a desundo a debilidade de perspectivas puramente normativas. Jurisdicionados parecem se sentir vinculados ao direito, tal qual o representam em seus variáveis imaginários. Não raro se levantam para lutar para que o direito se imponha aqueles que imaginam estarem violando prerrogativas que lhes são asseguradas. É bastante provável que a maior parte dos “leigos” associe direito e normatividade ou, mais especificamente, à legalidade. As manifestações jurídicas não são percebidas como simplesmente descritivas. É comum que se as encare como se fizessem exigências. A manutenção do direito como forma de vivência mediante a qual procura desfechar casos adjudicados, supostamente correspondentes a atritos da vida em grupo, parece mesmo depender de alguma crença na normatividade, isto é, na vinculatividade das decisões judiciais²⁶². Que algo seja constituído em função de crenças, revelando-se em grande medida como imaginário, não significa que não exista, de tal modo que não se pode rechaçar qualquer perspectiva normativa do direito com base em constatações deste gênero, antes devendo-se encará-las como ponto de partida para ulteriores desenvolvimentos.

Todavia, é preciso admitir que os procuradores de interesses em disputa, tão logo contratados ou chamados a atuar em determinados casos, não vivenciarão o direito identificando-o à esquemas *a priorísticos* ou a clarividentes manifestações legislativas. Preocupadas com a vitória processual, não hesitarão em manejar as disposições jurídicas do modo que lhes parecer mais adequado à provocação de decisão favorável, como que

²⁶¹“It is assumed without argument by legal philosophers embracing the orthodox view that law is different from other social institutions (for example, money or family) that it has a nature amenable to illumination by a priori philosophical reflection whereas those other institutions do not”. PRIEL, Danny. *Description and Evaluation in Jurisprudence*. **University of Warwick School of Law. Legal Studies Research**. Paper 01-2010, pp. 1-34, p. 16.

²⁶² Showing that something is an invention is not a way of showing that it is not real. (...) standards exist, one might reply, in the only way standards of conduct *can* exist: people believe in such standards and therefore regulate their conduct in accordance with them”. KORSGAARD, Christine. **The Sources of Normativity**. Tanner Lectures on Human Values, 1992, p. 22. A discussão deste livro é dedicada aos fundamentos da normatividade moral. Procura-se investigar justificativas para as exigências morais dos e sobre os seres humanos.

succionando água de pedras mediante recurso a bomba hidráulica²⁶³. Tampouco os julgadores atuarão de modo vinculado a estrita e unitária conformação da legalidade, ainda que não se possa ignorar a existência de juízes que realmente acreditam que assim estão procedendo. Enxergarão nos textos disponíveis aquilo que desejarem enxergar, não se reduzindo o afazer judicativo à descoberta de significados legais. Há casos clamando por decisão. Versões fáticas em confruto, que também serão interpretadas. Leis, regimentos, portarias, súmulas e outras manifestações reputadas normativas por teses acadêmicas amplamente difundidas não são senão variáveis que podem ou não interferir na concreta tomada de decisão.

A vivência jurídica desvela a inadequação de abordagens pura ou estritamente normativas do direito²⁶⁴. É preciso ensaiar maneira de lhes dizer *não mais*.

4.1 Ser e Dever Ser como postulados jurídicos²⁶⁵

Incontáveis são as obras consagradas à introdução ao estudo do direito – frequentemente intituladas introduções à *ciência jurídica* - que se iniciam da mesma maneira. Procura-se, em capítulos de abertura, distinguir o direito de outros tipos de “normas” sociais. Apresenta-se, ademais, distinção entre “mundos” do *ser* e do *dever ser*, reconduzindo-se o direito a este segundo “plano” da realidade²⁶⁶. A juridicidade segue identificada a alguma espécie de normatividade, procurando-se apontar nela traços distintivos com relação a outras idealidades normativas. Afirma-se a existência de abismo entre ser e dever ser, reverberando axioma segundo o qual proposições de ser não servem de fundamento a proposições de dever ser, bem como proposições de dever ser não seguem de fundamento a proposições de ser. De que algo é, foi ou será, insiste-

²⁶³ “(...) squeezing decisions out of a statute with hydraulic press”. EHRLICH, Eugen. *Judicial Freedom of Decision: Its Principles and Objects*. **Science of Legal Method**. 1917, pp. 47-84, p. 76.

²⁶⁴ “Zur Erkenntnis des konkreten Rechtes, also zur Erfüllung der eigentlichen, vollen Aufgabe der Rechtsordnung, reicht die Kenntnis der Rechtsregeln nicht aus”. BÜLOW, Oskar. *Klage und Urteil*. **Zeitschrift für den deutschen Zivilprozeß**, Band. XXXI, 1903 [s.p].

²⁶⁵ A bibliografia pertinente a este problema é amplíssima e mesmo inesgotável. Abida-se, aqui, desde logo, a mencionar todas as diversas obras consultadas. Refere-se, por todas, Achermann, Franz. **Das Verhältnis von Sein und Sollen als Grundproblem des Rechts**. Keller, Winthertur, 1955.

²⁶⁶ Filosoficamente, costuma-se ter o cuidado de realçar o caráter *gnoseológico* da distinção. Enquanto diferenciadas formas de pensamento, *Sein* e *Sollen* apontam para distintos modos de conhecimento. Faz-se mesmo questão de realçar que os mesmos elementos da realidade podem ser interpretados ora mediante esquemas de *ser*, ora de *dever ser*, conformando-se objetos específicos (ora natureza, ora sociedade). Contudo, o discurso dos “manuais” jurídicos – da chamada *dogmática jurídica* - dificilmente alcança esse nível de refinamento, ontologizando-se, sem mais, as noções em questão.

se, não se pode concluir que algo deva ser. Do mesmo modo, de que algo deva ser, não significa que tenha sido, que seja ou que será.

Assegurada retoricamente – sem esforços demonstrativos – a distinção entre *ser* e *dever ser*, não se oferecem ulteriores elementos para a compreensão da dicotomia, assumindo-se que se trata de *dado imediato da consciência humana*²⁶⁷. Resta não problematizada a indefinibilidade do *dever ser (Sollen)*²⁶⁸, qualificado apenas como modo de pensar, remanescendo inquestionado o contraste lógico-formal que o opõe ao *ser (Sein)*²⁶⁹. Parte significativa das tematizações do direito tem incorporado o legado da distinção *ser/dever*, fazendo radicar sobre ela ulteriores abordagens conducentes à noção de direito como conjunto ou sistema de normas. Toma-se em descontexto artifício metodológico concebido por juristas do passado para a resolução de problemas que se colocavam diante deles em razão de escolhas prévias (pressupostos filosóficos e propósitos teóricos de ordem metodológica).

Edifícios teóricos inteiros têm sido construídos à base desta arenosa e indemonstrada distinção entre *ser* e *dever*, que traz consigo significativas implicações metodológicas conducentes, com frequência, não apenas à assunção da não derivabilidade lógica das proposições de um plano a partir das de outro, como também ao pensamento do direito como *generalização normativa*²⁷⁰ (ora composta de regras, ora de princípios, ora de princípios e regras) cujo modo de existência é o da *validade*. Assumindo compromisso com a referida distinção e com suas implicações, os juristas têm se digladiado em torno da devida alocação do direito e dos estudos jurídicos: se nos planos ontológico e gnoseológico do ser ou do dever ser. Confrontam-se aqueles que

²⁶⁷ Aqueles que já se viram às voltas com a tarefa de tentar esclarecer estas noções a estudantes de primeiro ano de graduação em direito terão fortes indícios para ao menos desconfiar desta forma de apresentação da questão. A perplexidade dos jovens juristas é flagrante.

²⁶⁸ “Inexiste definição de dever ser (*Sollen*) (...) o dever ser é um modo de pensar como o futuro ou o passado ou como o subjuntivo e o optativo”. SIMMEL, Georg. **Einleitung in die Moralwissenschaft**. Eine Kritik der ethischen Grundbegriffe. Berlin: 1892, v. 1, pp. 8 e 9 (tradução livre).

²⁶⁹ “O contraste entre *Sein* e *Sollen* é de natureza lógico-formal, e, nos limites de uma especulação lógico-formal, nenhuma via conduz de um a outro e os dois mundos se enfrentam separados por um abismo intransponível”. KELSEN, Hans. **Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelte aus der Lehre vom Rechtssatze**. Tübingen: J. C. B. Mohr, 1911, p. 8 (tradução livre).

²⁷⁰ “Theorie vom Sollens-Charakter des Rechts darf sich nicht nur auf die fast ausnahmslose Meinung aller bisherigen Rechtswissenschaft, sonder auch auf die Autorität aller bisherigen Philosophie stützen. Philosophie und Rechtswissenschaft gehen von dem ungerprüften, zu einem Dogma erstarrten Axiom aus, daß die Rechtssätze nicht Aussagen über ein raum-zeitliches Sein, sondern Vorschriften für gesollte menschliche Handlungen sind: den schriften für gesollte menschliche Handlungen sind: den Rechtsätzen als Urteilen des Rechtes entsprechen im Sinne der herrschenden Lehre entweder keine oder ideale (gesollte) Gegenstände, nämlich gebotene Handlungen, deren Sollens-Idealität über jeder Seins-Realität liegt”. SANDER, Fritz. Das Recht als Sollen und das Recht als Sein. **Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie**. Band XVII, 1923-1924, pp. 1-52, p. 1.

reputam o direito como normatividade àqueles que o concebem como realidade/fato. Resta intocada, contudo, a distinção de planos²⁷¹. Em nome de cuidados metódicos, parecendo-se avistar variadas formas de monismo – quer causal, quer normativo – como justificadas em si,²⁷² sacrifica-se maior aproximação ao direito tal qual efetivamente vivenciado por julgadores e jurisdicionados.

Direito não pode ser pensado como pura *normatividade*, tanto mais quando isso significa identificá-lo a conjuntos ou sistemas de normas pré-existentes aos processos de realização judicativa que conduzem à tomada de decisões tendencialmente definitivas. Na medida em que resta não verificada a existência de distintos planos ontológicos, apartando-se *ser* e *dever ser*²⁷³, revela-se destituído de sentido assumir compromissos metodológicos com a mítica cisão, que conduz a barrar como falaciosas *a priori* quaisquer tentativas de derivações de “normas” a partir de “fatos”²⁷⁴. Tampouco se

²⁷¹ Mesmo Fritz SANDER (1889-1939), espécie de discípulo (?) rebelde de Hans Kelsen (1881-1973), que dedicou energia considerável ao desiderato de desvelar o caráter de *Fantasia Jusnaturalista* (*naturrechtliche Phantasie*) do direito tal qual construído pela Doutrina Pura, reputada obra de dogmática jurídica (*Höhepunkt der Rechtsdogmatik*), desferindo severos golpes contra o *dogma da normatividade do direito*, não ousou abandonar os marcos kantianos da distinção entre *ser* e *dever ser*. Declarando a morte da *dogmática jurídica* e pretendendo ter dado à luz uma *teoria da experiência jurídica*, aquela mente explosiva remanesceu enclausurada no interior da arquitetura que pretendeu dinamitar, apenas cuidando de realocar o direito (mais propriamente os *juízos jurídicos*) no plano do *ser*. “Und diese Scheidung [razão teórica/razão prática e *ser/dever ser*] wollen wir grundsätzlich unangetastet lassen. Nur erheben wir die Frage, ob nicht Kant geirrt hat, wenn er das ‘Recht’ dem Gebiete der ‘Sollens’, ob nicht Brentano geirrt hat, wenn er das ‘Recht’ dem Gebiet der ‘Gemütsintentionen’ zurechnet. (...) Auch Kelsen übernimmt also *ungeprüft* das Dogma von der Normativität des Rechtes und übersieht, daß die *entscheidende* Frage nicht lautet, ob *grundsätzlich* der Dualismus von Sollen und Sein, Wert und Wirklichkeit aufzuheben ist, sondern lediglich, ob das *Recht* dem Gebiete des ‘Sollens’, des ‘Wertes’ zuzuweisen ist”. SANDER, Fritz. Der Begriff der Rechtserfahrung. *Logos*, 11, 1922-1923, pp. 288-292. Sander e Kelsen estiveram envolvidos em sucessivas polêmicas acadêmicas. O relacionamento entre ambos parecia ser difícil. Embora mais jovem, Sander chegou a afirmar que Kelsen era seu aluno, desqualificando as capacidades filosóficas do líder da Escola Jurídica de Viena, que acusou expressamente de plágio. A história do embate de gigantes entre esses dois grandes nomes da vivência jurídica permanece, até aqui, parcamente elucidada. Há, contudo, recentes pesquisas sendo conduzidas em torno desta pendenga. Desde logo, recomenda-se aguardar pela investigação de Thiago Saddi TANNOUS, a ser publicado como dissertação de mestrado ainda por defender no programa de pós-graduação da Faculdade de Direito da USP: **O aluno do aluno – Em causa da teoria jurídica do século XX**.

²⁷² “La separación estricta entre el *ser* y el *y* el *deber ser* puede haber tenido sentido desde el punto de vista de la teoría del conocimiento; su valor epistémico, sin embargo, disminuye constantemente a medida que aumenta el número de las investigaciones que renuncian a esta diferenciación (...) La objeción de un *sincretismo metódico* propõe algo extraño en este difícil campo de la investigación, como si el monismo metódico debiera ser cultivado por sí mismo y como si no hubiese más bien que utilizar métodos adecuados a cada problema objetivo”. LAUTMANN, Rüdiger. *Sociología y jurisprudência*. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. 2 ed. 3 reimp. Buenos Aires: Editorial SUR, 2004, pp. 30 e 31.

²⁷³ “Na medida em que não enxergo dois mundos ontologicamente diferentes [Ser e Dever Ser], não posso me convencer da existência de dois tipos essencialmente diferentes de proposições (...)” ZNAMIEROWSKI, Czesław. Narady nad teoria prawa. *Czasopismo Prawnicze i Ekonomiczne*. Vol. 23, 1925, p. 80 (tradução livre).

²⁷⁴ “That insistence on logical accuracy (...) [that] there is (...) an ‘unbridgeable gulf’ between *is* and *ought* (...) has far-reaching consequences because of the fact that, while it is often relatively easy to verify propositions in the physical or biological world of *is*, it remains doubtful to what extent, if at all, it is

justificam preocupações em evitar *sincretismos metódicos*, que apenas haveriam de atormentar aqueles obstinados a forjar um específica *ciência jurídica do direito* e não em abordar o direito tal qual vivenciado na prática forense, nas sessões dos tribunais.

Direito é vivência marcada pela reiterada submissão de casos ao crivo das autoridades competentes, encarregadas de oferecer-lhes desfechos decisórios. Não se pode assimilá-lo a conjuntos normativos dados anteriormente à tomada de decisão judicial, a cada adjudicação. As assim chamadas normas jurídicas, tal qual concebidas por grande parte das elaborações acadêmicas, não são senão disposições aptas a servir de possível orientação ao desfecho das demandas, podendo figurar como pontos de apoio para a fundamentação argumentativa dos pleitos das partes em litígio ou como fundamento decisório nas sentenças e acórdãos judiciais. A identificação do direito à determinada conformação normativa aparece como corolário de percepção estática da juridicidade.

Fecham-se os olhos para os processos de realização do direito, identificando-se a repertórios mais ou menos elásticos de disposições pré-existentes à tomada de decisão, em cada caso, as quais se identifica à noção entificadora de *direito válido*. Superar a *estática jurídica* requer superação do *dogma da normatividade*²⁷⁵, consistente na identificação do direito a disposições pretensamente normativas, que não são senão possíveis variáveis capazes de tomar parte nos processos de realização judicativa do direito. Apenas se se ignora a realização do direito, no curso de processos decisórios desfechados pelas interpretações das autoridades competentes acerca dos casos trazidos a juízo, é que se pode permanecer crente nesta fábula do direito como normatividade, isto é, como conjunto de normas jurídicas válidas a serem aplicadas no exercício da jurisdição. A vivência jurídica se afigura como contínuo de processos decisórios. Há que se decidir os casos adjudicados. Plêiades não sumariáveis de variáveis, irreduzíveis a determinados critérios com pretensão de oficialidade e normatividade (leis, medidas

possible to present any ‘transmissible’ or ‘communicable’ proof about propositions in the world of *ought*, if logical derivations from facts in the world of *is* are barred *a priori* as fallacies”. BRECHT, Arnold. The Myth of *is* and *ought*. **Harvard Law Review**, v. 54. pp. 811-831, pp. 811 e 812.

²⁷⁵ “Das dogma von der Normativität des Rechtes ist nicht unangefochten geblieben. Es fand und findet seinen Halt im *Dogma vom allein in der Gesetzesstufe enthaltenen Rechte*, welches Dogma wieder in bekannten ethisch politischen Postulaten des konstitutionellen Liberalismus sein Wurzel findet. Solange der Block der Rechtswissenschaft allein auf die Rechtsakte der ‘Gesetze’ gerichtet war, konnte die – im folgende aufzuhebende – Illusion entstehen, daß das positive Recht ein Inbegriff von Normen, Imperativen, Wunsch- oder Befehlsätzen, ein Sollen sei”. SANDER, Fritz. Das Recht als Sollen und das Recht als Sein. **Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie**. Band XVII, 1923-1924, pp. 01-52, p. 07.

provisórias, decretos, portarias, súmulas e assim por diante), podem interferir na tomada de decisão.

Seria equivocado insistir em exclusivo conteúdo normativo das discussões jurídicas, bem como em caráter apenas normativo das fundamentações de decisões judiciais. O direito é vivenciado, caso a caso, em contextos variáveis e imprevisíveis. Distintos aspectos de cada situação trazida a juízo, sob a forma de caso clamante por decisão, podem ser tornadas relevantes para o desfecho judicativo de desacertos da convivência humana. Soluções contrárias a leis, súmulas, precedentes judiciais e a outras manifestações humanas associadas ao direito no âmago dos imaginários jurídicos, comumente descritas como normativas e identificadas à juridicidade, não são excepcionais. É preciso perceber que embora as chamadas regras ou princípios, bem como quaisquer outras disposições pretensamente normativas não determinam as resoluções judiciais, ainda que emanadas com ambição de guiá-las. Podem ser utilizadas em fundamentações decisórias, revelando-se inclusive determinantes para a conformação da convicção dos julgadores, assim como podem ser ignoradas em favor de circunstâncias reputadas específicas de cada caso. Muitas vezes, é a faticidade do caso e das possíveis consequências de alternativas decisórias que conduz à escolha de determinadas disposições para fundamentar uma decisão e não conjuntos normativos que determinam a escolha a ser efetuada em determinado caso. O próprio caso, tal qual interpretado pelos julgadores, justifica a preferência por certas disposições em detrimento de outras para fundamentar a decisão.

Na vivência do direito, dificilmente se enxergará problemas em fundamentar uma decisão, tendencialmente definitiva e vinculante (descritível como *normativa*, no sentido de que prolatada para se impor aos destinatários), mediante recurso a proposições fáticas, isto é, a interpretações autênticas (realizadas por autoridades julgadoras) de elementos fáticos do singular contexto revelado a cada adjudicação. Que haja abismo lógico a apartar formas de pensamento de *ser* e *dever ser* é algo de pouco ou nada relevante para a vivência cotidiana do direito. Não se trata, portanto, ao abordá-la, de esforçar-se por demonstrar a derivabilidade lógica de proposições descritivas a partir de proposições deônticas e vice-e-versa, mas apenas de deixar de se comprometer com a axiomática cisão.

A rigor, sempre será possível redescrever os concretos processos de tomada de decisão mediante recurso a esquematizações lógicas, a fim de lhes apresentar como governados por tais e tais disposições normativas. Diagramas e flechas não são vedados.

Mesmo o comportamento dos pombos da Praça da Sé poderia ser formalizado logicamente. Contudo, daí não se pode inferir que tal comportamento seja efetivamente orientado por determinados padrões lógicos. Embora talvez sustentável logicamente, a cisão entre ser e dever ser não encontra abrigo na vivência do direito.

No ano de 2004, o Procurador Geral da República moveu ação direta de inconstitucionalidade (ADIn)²⁷⁶ junto ao Supremo Tribunal Federal, em face da lei complementar 300/2004 do Estado do Espírito Santo. O diploma legislativo impugnado dispunha sobre *contratação temporária de pessoal para a área de saúde*, apresentando-se como regulamentação concernente ao inciso IX do artigo 37 do documento constitucional brasileiro de 1988, o mesmos dispositivos que, segundo a petição inicial da PGR, teria sido desrespeitado, juntamente com o inciso II daquele artigo²⁷⁷.

A referida lei autorizava o poder executivo estadual à contratação de pessoal para prestação de serviço, em caráter temporário, a fim de atender à necessidade de excepcional interesse público, na área de saúde, estendendo-se as contratações durante prazo limite de doze meses, prorrogável por mais doze. Em 2009, quando do definitivo julgamento da ação, a lei complementar 300/2004, que havia sido alterada por sucessivos diplomas legislativos, ainda estava em vigor, servindo de justificativa/autorização ao seguimento de contratações em caráter temporário, bem como à prorrogação de prazos de contratações anteriormente efetuadas.

Quando da interposição da ação direta de inconstitucionalidade, a PGR cuidou de apoiar a impugnação da constitucionalidade da legislação em questão em três eixos argumentativos, alegando que a lei: 1) teria silenciado quanto às hipóteses de configuração de *excepcional interesse público*, a justificar as contratações temporárias na área de saúde, o que permitiria ao chefe do poder executivo qualificação discricionária *ad hoc* dessas hipóteses, no momento da contratação; 2) buscaria atender a necessidades *permanentes* da Administração Pública, incompatíveis com o regime de contratação temporária e 3) não se prestaria realmente a fazer frente à situação de *excepcional interesse público*, cuja existência não se poderia avistar, no momento da edição da lei, no Estado do Espírito Santo.

²⁷⁶ STF – ADIn 3430-8/ES. Relator Ministro Ricardo Lewandowski. DJU 23/10/2009.

²⁷⁷ Art. 37 (...) II – a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração; (...) IX – a lei estabelecerá os casos de contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público;

O relator Ministro Ricardo Lewandowski acolheu a argumentação da PGR, fazendo do segundo dos eixos acima o fio condutor de seu voto, afirmando, com apoio em ampla literatura sobre o tema da contratação temporária, a inconstitucionalidade do recurso aquele instrumento para fazer frente a necessidades permanentes da Administração Pública, na área de abrangência do serviço essencial de saúde. Cuidou ainda de destacar que dentre os 2.931 cargos a serem preenchidos mediante contratações temporários, os quais estão discriminados no anexo único à LC 300/2004, inúmeros se mostravam concernentes ao desempenho de funções burocráticas e permanentes. O Supremo Tribunal Federal já havia decidido, noutra oportunidade, acerca da inconstitucionalidade do recurso a contratação temporária para preenchimento de cargos referentes a tais tipos de funções - entendimento que foi reiterado no voto do relator.

Ocorre que, em 2009, mais particularmente em agosto daquele ano, quando do definitivo julgamento da ADIn 3040-8/ES, o país vivia o ápice de pandemia de Gripe H1N1, a chamada gripe suína. Hospitais em muitos estados se encontravam abarrotados. Inúmeros municípios haviam decretado estado de calamidade pública. Não havia pessoal suficiente para fazer frente às demandas por serviços de saúde. O número de mortos e de casos diagnosticados crescia assustadoramente. A situação se revela alarmante.

A Ministra Carmén Lúcia, ao votar, manifestou expressamente preocupação com esse quadro, relutando em determinar a inconstitucionalidade do diploma legal em questão, temendo deixar desamparada a Administração Pública do Estado do Espírito Santo, que restaria sem base legal para contratações temporárias e poderia vir a ser forçada a romper vínculos com servidores temporários contratados sob a égide da LC 300/2004, em função da decisão do STF naquela ADIn.

Na sessão de julgamento de 12 agosto de 2009, o grande debate que se estabeleceu entre os ministros não encontrava foco em disposições pretensamente normativas de diferentes diplomas legais, mas sim nas circunstâncias e conseqüências da tomada de decisão na ADIn 3040-8/ES. A interpretação dos julgadores em torno do contexto fático que se apresentava e do qual tinam notícia não só pelas versões constantes dos autos, mas também pela grande mídia, é que se revelou determinante para a obtenção do resultado final.

Após ter-se qualificado a lei de “*monstrengo*”, porque seria um misto de “norma geral” e “ato administrativo concreto” que delegaria - inconstitucionalmente, desatendendo ao determinado no artigo 37, IX do documento constitucional - ao poder

executivo a especificação dos casos configuradores de *excepcional interesse público* autorizador de contratação, e de *flagrantemente inconstitucional* (Ricardo Lewandowski); de “*inútil*”, porque apenas repetiria o inciso IX do artigo 37 do documento constitucional, não especificando os casos de contratação temporária senão mediante genérica referência à “área de saúde”, e de “*doente, de doença incurável*” (César Peluso), bem como de “*enlouquecidamente inconstitucional*” (Carlos Ayres Britto), decidiu-se, vencido apenas o Ministro Marco Aurélio quanto à modulação da eficácia do *decisum*, por determinar a uma lei complementar editada há cinco anos como instrumento de contratação temporária e que previa nela mesma limitação temporal de 12 meses de vigência, prorrogáveis por no máximo outros doze, possibilidade de seguir produzindo efeitos por prazo de mais sessenta dias a contar da data da comunicação da decisão à Assembléia Legislativa do Estado do Espírito Santo. Ou seja, conferiu-se, por prazo determinado, eficácia a uma lei unanimemente reputada inconstitucional, em função da interpretação realizada pela maioria dos ministros com relação às exigências fáticas do momento da tomada de decisão: necessidade de fazer frente ao surto de gripe suína.

Utilizou-se da prerrogativa de modulação dos efeitos de decisões determinativas de inconstitucionalidade, estabelecida no artigo 27 da lei 9868/99, que não é senão um reconhecimento da possível determinância de aspectos fáticos para a tomada de decisões judiciais (diante de situações consolidadas sob a égide de legislação inconstitucional, pode se revelar catastrófico simplesmente determinar-lhe a nulidade). Foi porque se entendeu existir grave quadro de pandemia de gripe H1N1, a sobrecarregar o serviço estadual de saúde do Espírito Santo, que se reputou devida a modulação de efeitos da decisão na ADIn 3040-8/ES, reconduzindo a situação fática, tal qual interpretada, à noção legal de *excepcional interesse social*. Contratações temporárias inconstitucionais foram mantidas. Vínculos contratuais amparados em legislação inconstitucional não foram desfeitos. Não houve necessidade de devolução dos valores percebidos inconstitucionalmente pelos contratados.

Os diversos casos decididos em diferentes instâncias do judiciário brasileiro em torno do chamado *princípio da insignificância*, em matéria penal, permitem perceber a relevância atribuída às circunstâncias fáticas subjacentes a uma adjudicação para determinação dos resultados das demandas. Não é raro que interpretações fáticas de cortes superiores sirvam de justificativa preponderante à destruição da validade – para usar termo corrente na literatura jurídica e nas decisões judiciais - de decisões de

instâncias inferiores pautadas em distintas avaliações das versões fáticas trazidas a juízo.

O conteúdo do referido princípio da insignificância segue sendo lapidado no curso de contínua construção judicial e acadêmica, constantemente refinando-se os vetores que permitem sua caracterização enquanto determinante de atipicidade material de condutas alegadamente criminosas. Não há previsão legal deste “princípio”. A ausência de previsão, contudo, não tem se consubstanciado em obstáculo para a sua reiterada utilização como tópico argumentativo para a fundamentação de decisões judiciais.

Na sessão do dia 19 de abril de 2004, a Segunda Turma do STF julgou o Habeas Corpus 84.412-0/SP²⁷⁸, sob relatoria do Ministro Celso de Mello. Em decisão unânime e com fundamento no *princípio da insignificância*, contrariando acórdão anterior do Superior Tribunal de Justiça, em que se havia negado aplicação ao referido princípio, concedeu-se o pedido de HC em favor de *Bill Cleiton Cristoff*²⁷⁹, invalidando-se a condenação penal em face dele anteriormente proferida.

Em janeiro do ano 2000, Bill havia “furtado” uma fita de videogame no valor de R\$ 25,00. O objeto fora recuperado e devolvido em perfeito estado ao proprietário, que chegou mesmo a cogitar de retirar a queixa criminal, no que foi impedido em função de interpretação conferida à *indisponibilidade da ação penal*. Em seu voto condutor, o Ministro Celso de Mello deteve-se amplamente sobre as circunstâncias fáticas da realização da conduta alegadamente criminosa, bem como daquelas existentes no momento da tomada da decisão. Terminou por reputar *insignificante* a lesão ao patrimônio da vítima, resultante da subtração de fita de videogame no valor de 25 reais, a qual fora recuperada sem ter sofrido avarias. Insistiu no fato de que a *res furtiva* estava avaliada em valor correspondente a 18% do salário mínimo vigente à época da conduta, não ultrapassando os 9,61% do salário vigente na data do julgamento do Habeas Corpus. Chamou, ademais, atenção para a peculiaridade de que Bill contava, à época da prática da conduta reputada delitiva, com 19 anos e estava desempregado.

A interpretação realizada pelo Ministro Celso de Mello acerca das circunstâncias fáticas (tal qual narradas nas versões contidas nos autos) daquela adjudicação foram determinante para a qualificação do caso como passível de desfecho

²⁷⁸ STF – HC 84.412-0/SP. Relator Ministro Celso de Mello. DJU 19.11.2004.

²⁷⁹ Sujeito cujo nome aparece grafado de maneiras distintas em diferentes passagens, nos autos processuais: Bill Cleiton Cristovão ou Bil Cleiton Cristóvão ou Bil Cleiton Cristoff ou Biu Cleyton Cristovão ou Bill Cleiton Cristoff ou Bil Cleyton Cristovão.

mediante recurso ao *princípio da insignificância*. Tais circunstâncias fáticas, envolvendo subtração de fita de videogame de valor reputado ínfimo, por jovem de então 19 anos, é que serviram de justificativa preponderante à determinação de invalidade da condenação penal anterior. Porque o valor da coisa “furtada” fora reputado ínfimo é que se decidiu por não se dever confirmar a condenação penal do réu, recorrendo-se argumentativamente a uma categoria construída no curso de sucessivas decisões judiciais e tematizações jurídicas, que não conta com previsão legal: a de *insignificância penal*. Fosse o direito espécie de normatividade, identificada às disposições existentes previamente à tomada de decisão, dificilmente poderia se compreender como Bill, que indubitavelmente subtraiu coisa móvel alheia (fita de videogame), não fora condenado, a despeito da flagrante conformidade de sua conduta à do tipo legal estabelecido no artigo 155 do Código Penal Brasileiro.

Retornando às decisões em que os ministros do STF acordam por necessária a modulação de efeitos em virtude de interpretação em torno das circunstâncias e das conseqüências fáticas da tomada de decisão, são emblemáticos os casos envolvendo criação, fusão, incorporação e desmembramento de municípios após a emenda constitucional número 15 de 1996, que alterou o parágrafo 4 do artigo 18 do documento constitucional de 1988.

Na ADIn 3689-1/PA²⁸⁰, o Partido do Movimento Democrático Brasileiro (PMDB) impugnava a constitucionalidade da lei estadual paraense de número 6.066 de 14 de agosto de 1997, mediante a qual se incorporava uma gleba de terra até então pertencente ao município de Água Azul do Norte ao município de Ourilândia do Norte. A inconstitucionalidade se consubstanciaria no desatendimento dos pressupostos estabelecidos no artigo 18, parágrafo 4 do documento constitucional brasileiro para o desmembramento e incorporação de municípios.²⁸¹ Em conformidade com o referido dispositivo, lei complementar federal damarcaria prazo dentro do qual seria possível aos legislativos estaduais promoverem criação, fusão, incorporação e desmembramento de seus municípios, mediante prévia realização de plebiscito envolvendo a população dos municípios envolvidos.

²⁸⁰ STF – **ADIn 3689-1/PA**. Relator Ministro Eros Grau. DJU 29/06/2007.

²⁸¹ Art. 18 (...) § 4.º A criação, a incorporação, a fusão e o desmembramento de municípios, far-se-ão por lei estadual, dentro do período determinado por lei complementar federal, e dependerão de consulta prévia, mediante plebiscito, às populações dos Municípios envolvidos, após divulgação dos Estudos de viabilidade municipal, apresentados e publicados na forma da lei.

Por conta de omissão do legislativo federal, contudo, até a data de publicação da lei paraense então impugnada pelo PMDB, não havia sido elaborada lei complementar dispondo sobre o assunto. Deste modo, seria inconstitucional qualquer manifestação legislativa estadual a esse respeito. Fosse o direito pura normatividade, talvez tivesse sido essa mesma a decisão do Supremo Tribunal Federal, alcançada mediante simples subsunção da versão fática trazida a juízo a determinadas disposições da legislação constitucional.²⁸²

Em seu voto, o Ministro Relator Eros Grau cuida de chamar a atenção para o quadro fático subjacente ao caso adjudicado, em que se solicita a determinação da inconstitucionalidade de lei estadual disciplinadora da incorporação de faixa de terra pertencente a um município (Água Azul do Norte) a outro (Ourilândia do Norte), em virtude de aspectos procedimentais. A gleba até então integrada ao município de Água Azul do Norte dista menos de 10 km do município de Ourilândia do Norte, ao qual foi incorporada pela lei 6.066/1997. A sede administrativa de Água Azul do Norte fica a mais de 90 km da faixa de terra em questão²⁸³. A população local, desde há muito, recorre ao município aos serviços do Município de Ourilândia do Norte para satisfação de necessidades vitais básicas. “*Por isso*”, aduziu o relator, a “*Corte não*” poderia “*limitar-se à prática de mero exercício de subsunção*”, cumprindo considerar “*prudentemente a circunstância de*” se tratar de “*situação de exceção*”, bem como “*as conseqüências perniciosas que adviriam de eventual declaração de inconstitucionalidade da lei estadual*”.

Manifestou-se, ainda, estranheza com relação à demora na propositura da ADIn, que só se deu nove anos após a publicação da lei impugnada, em momento posterior à descoberta de reserva de níquel naquela região. As situações vivenciadas como problemáticas pelos jurisdicionados não necessariamente coincidem com a formulação que a elas é conferida pelos procuradores de seus interesses, quando da conformação inicial de um caso jurídico, mediante propositura de ação processual. É possível conjecturar que o PMDB, vitorioso nas eleições municipais de Água Azul do Norte, tivesse interesses diretos na reincorporação da gleba de terra desmembrada pela

²⁸² “(...) a interpretação literal desse parágrafo 4 do artigo 18 da Constituição do Brasil conduziria, em simples exercício de subsunção, à automática declaração de inconstitucionalidade da lei 6.066 de 14 de agosto de 1997, do Estado do Pará (...)” (Voto do Ministro Eros Grau).

²⁸³ As referências geográficas constantes do acórdão são imprecisas. Diversas quilometragens são oferecidas como indicativas das distâncias entre os municípios. Este detalhe serve para ilustrar uma peculiaridade da interpretação judicial: lida não com fatos, mas com relatos ou, mais propriamente, versões fáticas.

lei 6.066/1997, com vistas a se beneficiar da descoberta de nova jazida, naquela região²⁸⁴.

Reconhece-se, no voto de Eros Grau, expressamente “a força normativa dos fatos”, afirmando se tratar de “situação excepcional não prevista pelo direito positivo”, mas instalada pela referida força normativa, de tal modo que restaria ao Supremo apenas ter “consciência da inescandível realidade fática de ser o município de Ourilândia do Norte integrado também pela gleba a ele incorporada em 1997”. Tendo por justificativa preponderante a interpretação em torno de circunstâncias fáticas estabelecidas e consolidadas e admitindo sua desconformidade com o preceituado no documento constitucional brasileiro, o voto do Relator concluiu, num primeiro momento, pela improcedência da ADIn. Significa dizer que se afirmou a constitucionalidade de manifestação legislativa que, nos termos do Ministro, estava “em confronto com o parágrafo 4 do artigo 18 da Constituição do Brasil”.

O desfecho do caso, contudo, realizou-se nas sendas do voto do Ministro Gilmar Mendes, para quem “a solução para o problema não [poderia] advir da simples declaração de nulidade da lei”, tal qual ocorreria na hipótese de acolhimento, pelo pleno, do raciocínio do Ministro Eros Grau, conducente à improcedência da ação. O relator restou convencido pela argumentação do Ministro Gilmar Mendes, modificando voto no sentido de conferir procedência a ADIn, modulando-se os efeitos do *decisum*. O tribunal decidiu, finalmente, de modo unânime, pela procedência da ação, determinando a inconstitucionalidade da lei 6.066/97 do Estado do Pará, modulando os efeitos da decisão para conceder-lhe eficácia por prazo de mais vinte e quatro meses, vencido neste particular o Ministro Marco Aurélio.²⁸⁵ Incorporação municipal realizada de modo incompatível com aquele determinado pelo documento constitucional de 1988 fora ratificada por decisão do Supremo Tribunal Federal.

A vivência do direito revela o caráter processual de sua realização. Direito não se consubstancia em específica forma de normatividade, pré-existente às decisões tendencialmente definitivas das autoridades competentes, aguardando por ser aplicada.

²⁸⁴ Embora seja prudente registrar que as jazidas e recursos minerais, em conformidade com o disposto no artigo 176 do documento constitucional brasileiro de 1988, pertençam à União Federal.

²⁸⁵ Confirma-se o sarcasmo habitual do Ministro Marco Aurélio, rechaçando, no caso, a proposta de modulação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade, a ser realizada com amparo no artigo 27 da lei 9.868/99: “Em síntese, sinalizamos ser possível a criação de municípios e, vindo ao Supremo ação direta de inconstitucionalidade, diremos que é válida a criação, mesmo ao arrepio do que se contém na Carta Federal, para aguardar-se a eficácia do parágrafo 4 do artigo 18 e aí ter-se, quem sabe, novamente, o plebiscito com consulta às populações interessadas e, pronunciando-se as populações em forma negativa, deixará de existir o Município. Ficará ele submetido a uma condição resolutiva!”

Os estudos jurídicos não podem permanecer atados ao dogma da normatividade. Estudar direito como se fosse um conjunto mais ou menos elástico de disposições com pretensão normativa, em apartado do modo como é vivenciado no curso de processos abrangendo situações problemáticas e casos trazidos a juízo, torna os juristas tão aptos para os seus assuntos quanto asnos para música de harpa²⁸⁶.

Não se pode imaginar que se está estudando direito ao se colocar a memorizar incontáveis dispositivos legislativos, procurando se informar sobre os significados das “normas jurídicas válidas” mediante recurso aos repetitivos volumes de comentários à legislação encontráveis nas prateleiras de bibliotecas e livrarias. Tampouco representará grande avanço complementar tais estudos jurídicos mediante acréscimo de repertórios jurisprudenciais às indicações bibliográficas dos diferentes cursos da grade de graduação. Disposições legislativas, paráfrases acadêmicas e decisões judiciais de passadas são apenas variáveis nos incessantes processos de realização do direito. Circunscritos a supostos exames de um ente metafísico alcunhado por direito válido, os estudos jurídicos tem remanescido no patamar de ciência da legislação, revelando-se dogmática sem objeto específico: autodesigna-se por jurídica, mas de jurídica nada tem.

É preciso deslocar a ênfase dos estudos jurídicos da abstração das doutrinas para a concretude da vivência jurídica, rompendo-se com o dogma da normatividade²⁸⁷ e ultrapassando-se os limites das tentativas fracassadas de ciência jurídica como ciência da legislação. Cumpre atentar para os modos como o direito é vivenciado pelos diferentes agentes (julgadores, procuradores, jurisdicionados e mesmo acadêmicos), nos concretos processos de realização judicativa, percebendo-lhe a complexidade e conseqüente singeleza das abordagens meramente normativas.

Não é que não haja espaço para falar em *normatividade* no direito. Parece pouco frutífero, no atual estágio do pensamento jurídico ocidental, digladiar contra

²⁸⁶ “We may illustrate this by an analogy. If one attempted to study the Mormon colonization of the West by centering attention on the rules, standards, and principles found in the Book of Mormon, on the assumption that Brigham Young was its humble instrument, the resulting picture would be somewhat distorted. Certainly the creed had a profound effect on the movement. Without it, or some other philosophy, we would have simply a group of persons engaged in agriculture or trade. But the effect of the Book of Mormon could hardly be estimated by logical deduction from its principles. An objective examination would be necessary for either information or reform”. ARNOLD, Thruman. The role of substantive law and procedure in the legal process. **Harvard Law Review**. Vol. XLV, Fevereiro de 1932, n. 4, pp. 617-647, p. 619.

²⁸⁷ “La impronta normativista en la formación profesional de los juristas hace que lo ahí enseñado consista, fundamentalmente, en repertórios conformados por la letra de unos preceptos de derecho positivo y las paráfrasis de estos ofrecidas en textos de estudio, ampliadas mediante ciertas sutilezas dogmáticas”. HABA, Enrique Pedro. **Metodología jurídica irreverente**. Elementos de profilaxis para encarar los discursos jurídicos terrenales. Madrid: Dykinson, 2006, pp. 264-265.

variadas noções de normatividade, procurando estirpá-las das diferentes tematizações realizadas pelos juristas. Na vivência jurídica, costuma-se realmente lidar com diversas manifestações humanas como se fossem normativas, no sentido de dotadas de imperatividade. No mínimo, noções de normatividade jogam papel na linguagem corrente entre os juristas. Desse modo, simplesmente é o caso de reconhecer que embora variadas representações de normatividade povoem os imaginários jurídicos, refletindo-se, assim, nas experiências do direito, a vivência jurídica não se esgota naqueles repertórios de disposições comumente identificados como normas jurídicas.

Dizer não mais à normatividade deve significar rechaçar perspectivas hipostaziadoras ou, mais propriamente, entificadoras da normatividade, tendentes a abordar o direito como se fosse algo idêntico à totalidade das disposições que se pretende serem capazes de guiar/determinar as decisões judiciais. Também assim, requer repelir perspectivas atomizantes. Direito deve ser abordado no seu *continuum*, inexistindo ganhos em isolar momentos da vivência jurídica em nome de cuidados metódicos motivados por esforços insistentes em construir específica ciência do direito. Não é que as disposições pretensamente normativas não desempenhem qualquer papel na vivência do direito²⁸⁸, mas sim que se afiguram como variáveis em intrincada rede, em que não menos determinantes são as preferências, crenças e a mentalidade dos interpretes autênticos, bem como as cambiantes conjunturas econômicas, políticas e sociais de cada adjudicação.

4.2 O problema da validade: dogma da existência pré-judicativa do direito e hermenêutica jurídica acrobática

Conectado ao dogma da normatividade do direito costuma aparecer nos escritos dos juristas outra assunção canônica. Afirma-se o modo de existência do direito como sendo o da validade. Direito válido aparece como expressão recorrente, pensada como redundante. Afinal, ou “algo” é válido e é direito ou não é válido e resta fora do âmbito da juridicidade. A assimilação da noção de validade ao direito é, inicialmente, concebida como corolário da compreensão do direito como espécie de normatividade/idealidade, na esteira da cisão lógica entre *ser* e *dever ser*. Validade é modo de existência de determinadas idealidades, constituídas como objeto de

²⁸⁸ “Negar que uma vaca consista em ser pasto, não é negar a realidade do pasto, tampouco que a vaca o coma”. FRANK, Jerome. **Law and Modern Mind**. New Jersey, 2009, p. 141.

conhecimento orientado por categoria supostamente diversa daquela da causalidade: a da imputação. Válidas são, assim, as normas jurídicas, identificadas ao direito no interior de determinadas formulações teóricas orientadas construção de uma ciência jurídica qualificada por métodos específicos. Supõe-se um modo de existência diferenciado daquele da realidade causal como condição de possibilidade de construção de uma ciência normativa²⁸⁹. Postula-se a normatividade do direito, seguindo-se a validade enquanto modo de existência como espécie de corolário, ao qual não se cuida de oferecer maiores explicitações²⁹⁰. É freqüente, contudo, o esquecimento desta amarração teórica. Ao tematizar o direito, os juristas lançam mão da noção de validade de modo despreocupado com a coerência. Mesmo no interior de abordagens sincréticas, decomprometidos com rigores metódicos e mesmo com a cisão lógica entre ser e dever ser, poder-se-á encontrar a afirmação da validade como modo de existência do direito. Também assim, a noção encontra-se tão impregnada nos imaginários jurídicos de acadêmicos que mesmo em obras de alguns daqueles que se propõem a negar o caráter de *dever ser* do direito positivo (direito da experiência jurídica, dos juízos existenciais das autoridades competentes proferidos no curso de processos jurídicos) é possível identificar manejo desta etiqueta teórica (*Geltung*).

Abandonada a preocupação metódica de demarcar uma *legalidade específica* do direito enquanto objeto de uma ciência pretensamente singular e distinta de outras formas de abordagem, orientadas pela categoria da causalidade, não há qualquer imposição que conduza a afirmação da validade como modo de existência do direito. Se se resiste à qualificação do direito como espécie de normatividade, ainda que sem rechaçar a pertinência dessa noção aos imaginários jurídicos, revela-se inadequado abordá-lo como existindo sob a forma de (uma metafísica) validade. Direito é vivência humana. Mesmo admitida a pertinência da abordagem de específicas manifestações jurídicas como manifestações normativas, não se pode reduzir o direito a elas. O modo

²⁸⁹ “Dans le monde des règles, il n’y a pas de place pour la notion de la *force* (de quelque sorte qu’elle soit: force physique, intellectuelle, morale, pouvoir économique, financier, politique etc.) Pour faire un jugement relatif à ce qui *doit être*, on ne pourra invoquer comme fait décisif aucun phénomène du monde sociale (reserve à la science de la *nature*), mais une règle seule, qui établit le *devoir*. La norme, et non pas la réalité, représente la donnée première de tout jugement normatif déclarant qu’une chose *doit être*. L’existence au sens normatif (= la validité), c’est la ‘hypothèse’ (on nous excusera d’employer ce terme kantien) de toute connaissance normative”. WEYR, Frantizek. La théorie normative. **Rocenka právnické fakulty Masarykovy university**, vol. IV, n. 3, 1925, pp. 01-39, p. 22.

²⁹⁰ “So widersinnig die Frage nach einem Rechtsgrunde der Rechtsordnung sein muß, so berechtigt ist eine solche nach dem sittlichen Gruden derselben. Und der Moralphilosoph mag eine solche Frage immerhin stellen; (...) Anders der Jurist. **Ihm ist unverrückbare und außer aller discussion stehende Voraussetzung, was der Moralphilosoph erst kritisch zu entscheiden hat: die normative Natur des Rechtssatzes**”. KELSEN, Hans. **Hauptprobleme der Staatsrechtslehre**, 1911, pp. 352-352 (grifou-se).

de existência do direito se revela interpretativo-decisório. Existe enquanto ininterrupto processo, no curso dos quais se interpretam situações e casos jurídicos. Manifesta-se plenamente nas decisões das autoridades competentes aptas a se revestir de coisa julgada. Inexiste como algo de estático, pairando sobre o plano da realidade, anteriormente ao *decisum*, em cada caso.

Tal como tem sido tratada, a noção de validade reitera percepção estática do direito, entificando-o, como se se o pudesse identificar a mais ou menos elásticos repertórios de disposições revestidas de determinados atributos ou, mais propriamente, emanadas com observância de determinadas condições. Validade aparece, genericamente, como “pertinência sistemática”²⁹¹. Integrar um “sistema” de “normas jurídicas” sabidamente válidas confere validade a uma “norma” singular, cuja juridicidade é perquirida. A afirmação do pertencimento a determinado sistema normativo exige prévia *verificação* de certas condicionalidades. Curioso que mesmo nas abordagens contemporâneas, em que é corrente distinção entre “textos normativos” e “normas jurídicas”, ao tratar do problema da validade tende-se a deixar em segundo plano a intermediação da interpretação jurídica. Tem-se, não raro, a impressão de que a *verificação* da validade é pensada como operação estritamente *cognitiva*.

Oscilam os rolos de condições estabelecidas na tentativa de descrever as circunstâncias sob as quais se aperfeiçoa a validade de uma norma jurídica. Com variações, costuma-se admitir que o pertencimento a um sistema normativo jurídico e, portanto, a existência de uma norma jurídica, depende de 1) ter sido produzida por autoridade competente em conformidade com determinados procedimentos; 2) não ter sido retirada do sistema por intermédio de outra norma jurídica; 3) não se apresentar em incompatibilidade em face de outras normas jurídicas sabidamente pertencentes ao sistema jurídico em questão e 4) em hipótese de incompatibilidade normativa, não ser extirpada do sistema jurídico em conformidade com os critérios disponíveis para resolução de antinomias²⁹². Os itens 3 e 4, que representam maior exigência ao

²⁹¹ Assim, exemplificativamente, *Geltung* se afigura em Rainer LIPPOLD simplesmente como “Zugehörigkeit einer bestimmten Norm zu einer bestimmten Normenordnung” (pertencimento de determinada norma a um determinado ordenamento normativo). *Geltung, Wirksamkeit und Verbindlichkeit von Rechtsnormen. Rechtstheorie*. v. 19, n. 4, 1988, p. 465.

²⁹² Refinada descrição da noção corrente de validade em experiências jurídicas de chamado “direito estatutário” e em que se pode constatar uma “ideologia de aplicação do direito” é oferecida por Jerzy WROBLEWSKI: “According to the concept of systematic validity a rule R is valid in legal system LS if the following conditions are fulfilled: (a) R is enacted according to the rules valid in LS and thus has come into force; or (b) R is the acknowledged consequence of the rules valid in LS; (c) R has not been formally repealed (‘derogated’); (d) R is not inconsistent with the rules valid in LS; (e) if R is inconsistent with any rule valid in LS then (ea) R is not treated as invalid according to the rules about conflict between

aperfeiçoamento da validade jurídica, figuram no interior de formulações preocupadas em afirmar a consistência do sistema jurídico, isto é, senão a ausência de contradições ou incompatibilidade normativas (mais propriamente entre as disposições com pretensão de normatividade), ao menos a existência de mecanismos disponíveis para sua eliminação.

Uma norma jurídica válida é pensada como uma norma jurídica que deve ser aplicada e obedecida²⁹³. Validade é assimilada à vinculatividade (com relação às autoridades competentes) e à obrigatoriedade das normas jurídicas (com relação aos jurisdicionados). Do ponto de vista dos jurisdicionados, significa que devem obedecê-la. Do ponto de vista das autoridades julgadoras, estariam vinculadas a ela. As decisões judiciais devem ser fundamentadas com recurso a normas jurídicas válidas.

Breve olhar direcionado à vivência jurídica permite colocar em xeque estas contruções acadêmicas, que embora enraizadas em muitos imaginários jurídicos – e por isso mesmo exercendo alguma influência sobre as experiências judicativas –, não tocam o plano da realidade das situações e dos casos jurídicos. Os processos que conduzem à realização judicativa do direito revelam o caráter hermenêutico da construção da juridicidade. Os acadêmicos seguirão procurando em vão por algo como um *direito válido* – ou mesmo, menos ambiciosa e ilusoriamente, por normas jurídicas válidas – anteriormente à decisão judicial irrecorrível. Formada a coisa julgada, está-se em condições de identificar o direito daquele específico caso, que não se confunde e não esgota o direito todo, que segue se realizando num contínuo, no curso dos ininterruptos processos jurídicos.

Na ação direta de inconstitucionalidade 2182-DF, ajuizada pelo Partido Trabalhista Nacional (PTN), impugnava-se a constitucionalidade da lei 8.429 de 02 de junho de 1992, a chamada lei de improbidade administrativa. Alegava-se desrespeito ao disposto no artigo 65 do documento constitucional brasileiro de 1988, que veicula a chamada regra da bicameralidade do processo legislativo. Sustentava-se, portanto, a existência de vício de inconstitucionalidade formal.

legal rules or (eb) R is interpreted in such a way as to eliminate the inconsistency in question". **The judicial application of law**. Dordrecht/Boston/London: Kluwer Academic Publishers, 1992, p. 77. Também assim AARNIO, Aulis. **Rational as Reasonable**. Dordrecht, 1986, p. 34.

²⁹³ "Die oben genannten Rechtsvorschriften sind 'geltendes Recht'. Sie sollen von den Bürgern, den Ermittlungsbehörden, den Gerichten und den Vollstreckungsbehörden beachtet werden. Ihre Geltung geht darauf zurück, daß sie nach den 'geltenden' Gesetzgebungsverfahren erlassen un sither nicht wieder aufgehoben worden sind". RÜTHERS, Bernd. **Rechtstheorie**. 2 Auflage. München: Verlag C. H. Beck, 2005, p. 233.

A petição inicial do PTN cuidava de narrar o desdobramento do processo legislativo que conduziu à publicação da lei de improbidade administrativa. De autoria do então presidente da República, o projeto de lei 1.466/91 fora encaminhado à Câmara dos Deputados em 14 de agosto de 1991, sob regime de urgência. A aprovação, após apreciação de 302 emendas, deu-se no dia 08 de outubro. No dia 03 de dezembro, após exame por parte das Comissões de Justiça e Constituição e de Trabalho, Administração e Serviço Público, o projeto foi remetido ao Senado Federal, onde viria a ser quase que integralmente modificado, mediante apresentação de emenda substitutiva do então Senador Pedro Simon (PMDB-RS). No Senado, um projeto inicial contando com 13 artigos fora vertido num projeto de 37 artigos. Na apresentação da emenda substitutiva, o Senador Pedro Simon cuidou de consignar o caráter insatisfatório do projeto apresentado pela Câmara dos Deputados, lamentando o açodamento do trâmite legislativo em regime de urgência, bem como o não esgotamento do tema em questão, na medida em que se havia reduzido, conforme sua interpretação, os atos de improbidade administrativa a hipóteses de enriquecimento ilícito do agente público.

A tese do PTN fora articulada no sentido de a chamada *emenda substitutiva* se constituiu, tamanhas as alterações, em novo projeto de lei, de modo a converter o Senado Federal, até então casa revisora, em casa iniciadora naquele concreto processo legislativo. A *emenda substitutiva*, a despeito do *nomen iuris* e do preceituado no artigo 118, parágrafo 4, do regimento interno da Câmara dos Deputados, teria determinado, na prática, a rejeição do projeto inicial. Teria havido autêntica substituição de um projeto por outro.

A emenda substitutiva do Senado foi reconduzida à Câmara dos Deputados, sendo quase que integralmente ignorada. Projeto resultante das novas deliberações da Câmara, contendo inovação tanto com relação ao PL que havia inicialmente sido elaborado, quanto com relação ao substitutivo, foi então encaminhado à sanção presidencial, sem ter sido submetido novamente ao crivo do Senado Federal. A alegação do PTN, portanto, era a de que se desrespeitou a bicameralidade legislativa, na medida em que a lei de improbidade administrativa, aprovada com 25 artigos, é produto legislativo exclusivo da atuação da Câmara dos Deputados, não tendo o Senado se manifestado sobre o projeto finalmente vertido em lei, em desconformidade com imposições constitucionais. Tanto mais quando, materialmente, segundo sustentado na inicial, o *substitutivo* do Senado Federal consubstanciara *novo projeto de lei*, o que tornaria exigível a submissão das ulteriores emendas da Câmara a este projeto ao exame

do Senado, a figurar como casa iniciadora do projeto que foi efetivamente aprovado – cuja redação e teor terminarm por conta da Câmara dos Deputados.

Nos termos da linguagem jurídica corrente, fora submetida à apreciação do Supremo Tribunal Federal questão concernente à validade da lei de improbidade administrativa. Haveria elementos suficientes para, neste caso, afirmar-se que a “a regra R **não** foi produzida em conformidade com regras válidas no ‘sistema’ jurídico brasileiro”. Não fora observado, como se pode convencer da exposição realizada na petição inicial, o procedimento legislativo previsto no documento constitucional. Contudo, aquilo que parece evidente anteriormente à tomada de decisão judicial, pode ser vertido no seu exato contrário por força das interpretações autênticas dos julgadores: manifestação legislativa reputada inválida por opiniões de sujeitos não competentes pode vir a ser determinada válida pelos competentes para decidir em última instância. É apenas com situações e casos diante dos olhos que se têm condições de discutir juridicamente o sentido de específicas disposições legislativas. A complexidade da realidade pode fazer emergir questões para as quais não há resposta aparente na formulação textual do documento constitucional.

Na sessão de julgamento do dia 12 de maio de 2010, o Relator Ministro Marco Aurélio acolheu os argumentos da inicial, julgando procedente a ação e afirmando a inconstitucionalidade formal da lei de improbidade, por flagrante desrespeito ao procedimento legislativo, tal qual disciplinado pelo artigo 65 do documento constitucional. Não deixou, contudo, de explicitar o caráter de “bomba atômica” – foram os termos dele – daquela decisão. Realmente, àquela altura do campeonato, 18 anos depois da publicação da festejada lei de improbidade administrativa, que vinha sendo amplamente utilizada na fundamentação de condenações pelo judiciário brasileiro, poucos teriam interesse em deixar aquela bomba explodir. Em tempos tão estranhos quanto aqueles, em que “mensalões” se trivializaram e a descrença na classe política, bem como no judiciário só parecia aumentar, poucos teriam interesse em chamar para si a responsabilidade da implosão de instrumento legislativo venável à opinião pública como bastião jurídico de moralidade.

O Supremo Tribunal Federal terminaria por rejeitar a ADIn, determinando a constitucionalidade de lei alegadamente – e, para muitos, efetivamente – produzida em desconformidade com o procedimento legislativo previsto no documento constitucional. Aqueles que imaginam que regras, estabelecedoras de comportamentos de modo frontal, como aquela determinadora da estrutura bicameral do processo legislativo, exigem

grandes ônus argumentativos para sua superação, ficariam impressionados com a leveza dos cotidianos *saltos carpados hermêuticos* realizados pelas autoridades julgadoras. Não é preciso superar uma regra, reputando-lhe impertinente a determinado caso jurídico, quando se pode oferecer-lhe peculiares interpretações, imprimindo-lhe específicos contornos diante de caso adjudicado.

A Ministra Carmen Lúcia afirmou não ser exigível o retorno do projeto final da Câmara ao Senado, naquele caso. As alterações promovidas pelo Senado, na chamada emenda substitutiva, teriam sido de mero esmiuçamento, de modo que a Câmara, ao rejeitá-las, não teria realizado modificações substantivas no projeto. Assim, seria *“aceitável o processo que foi adotado”*. A constitucionalidade e, nos termos das teses correntes, a validade foram vertidas em “aceitabilidade” de determinadas desconformidades legislativas. O documento constitucional não ressalva simples *“esmiuçamento”* do preceito de bicameralidade. Emendas a um projeto de lei devem ser submetidas à casa revisora e, sucessivamente, uma vez mais reconduzidas à casa de origem. As disposições constitucionais não fazem distinção entre alterações de forma e conteúdo. Mas à Ministra Carmen Lúcia pareceu *“aceitável”* que *“alteração de conteúdo no sentido muito mais formal que material”* pudessem ser subtraídas à bicameralidade – numa possível interpretação.

O que é aceitável para a Ministra Carmen Lúcia não é para o Ministro Marco Aurélio e talvez não se coadune com a aceitabilidade para Jerzy Wroblewski ou para Bill Cleiton Cristovão. Na vivência jurídica, contudo, é suficiente que seja para maioria dos ministros do Supremo Tribunal Federal, que detêm autoridade para desfechar casos trazidos a juízo, clamando por decisão tendencialmente definitiva.

Para o Ministro Eros Grau, o projeto de lei definitivamente aprovado resultou como “composição entre os textos do Senado e da Câmara”, de tal modo que o novo texto, discutido e aprovado pela Câmara, com rejeição do substitutivo do Senado, não representaria nova proposição legislativa. Assim, seria inexigível sua submissão ao crivo da casa revisora, permanecendo a Câmara como casa iniciadora e devendo-se reconhecer, na experiência jurídica brasileira, certa prevalência desta casa de origem, a fim de se evitar eterno vai-e-vem no interior do Congresso Nacional, estendendo-se infinitamente o processo legislativo. Concluindo que *“a Câmara dos deputados deu cumprimento ao disposto no artigo 65 da Constituição do Brasil”*, Eros Grau votou pela improcedência da ação, resistindo ao espreiteio do Ministro Marco Aurélio. O relator voltou a interceder, insistindo ter ocorrido *“a aprovação de um projeto na Câmara e a*

remessa ao Senado da República, que aprovou um substitutivo". O projeto teria voltado à Casa de iniciativa – a Câmara – que, então, teria elaborado "*um terceiro modelo, aproveitando alguma coisa do substitutivo elaborado pelo Senado*", fazendo surgir "*um novo contexto normativo*". Desse modo, o que foi aprovado por último pela Câmara dos Deputados não teria sido submetido ao Senado Federal, desrespeitando-se o devido processo legislativo.

O Supremo terminaria por decidir, por maioria, vencido o Ministro Marco Aurélio, pela constitucionalidade formal da lei de improbidade administrativa, rejeitada questão de ordem suscitada pelo Relator Marco Aurélio no sentido de saber se ultrapassada a inconstitucionalidade formal, deveriam os ministros se pronunciar acerca de eventual inconstitucionalidade material daquela lei, a despeito de ausência de qualquer referência a esse respeito na petição inicial da ADIn.

O desfecho da ADIn 2182-DF permite perceber a vanidade das tentativas de construção de blocos de condições para a determinação da "validade" de "normas jurídicas". Olhando de perto, há que se admitir o caráter simplesmente operativo desta noção, que se revela destituída de referência semântica²⁹⁴. Validade não se refere a condições fixas e verificáveis que, preenchidas, imponham-se como vinculantes às autoridades jurídicas e aos jurisdicionados. Não há um conjunto de normas jurídicas válidas pré-existentes à tomada de decisão e de revestidas de força vinculante com relação a ela. Tal qual trabalhada no grosso das tematizações jurídicas, a noção de validade remete a um direito em repouso, à espera de aplicação subsequente à constatação do atendimento de determinadas condições²⁹⁵.

²⁹⁴ "(...) la validez en el sentido de ser una categoría o esfera de la existencia coordinada con la realidad es un sin-sentido en el sentido literal de la expresión: validez (valor o deber) no es nada objetivo o concebible, no tiene significado, es una mera palabra. Vista desde el ángulo Del análisis de la conciencia no existen nociones de validez para nada, sino meramente expresiones conceptualmente racionalizadas de ciertas vivencias emocionales. Desde un punto de vista trascendente a la conciencia, y de acuerdo con el cual lo subjetivo mismo es objetivo, por ejemplo, consiste en fenómenos psíco-físicos en el tiempo y en el espacio (...), las nociones de validez significan ciertas actitudes de conducta desinteresada. Las vivencias de estas actitudes, debido a una natural ilusión, son racionalizadas por el intelecto en la idea de una validez como algo objetivamente dado. Pero aún si las nociones de validez como tal (o sea como significado) no tienen ningún sentido, todavía poseen, debido a su real acaecer, un valor simbólico como signo de las ya mencionadas actitudes de conducta". ROSS, Alf. **Hacia una Ciencia Realista del Derecho. Crítica del dualism en el derecho**. Tradução de Julio Barboza. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1961, p. 88.

²⁹⁵ "What this concept suggests is immobility, orderliness, reliability, and foreseeability: objectivity independent of any subject, that is, something preestablished and pre-settled as given in things themselves from the very beginning, something internal that may sometimes be revealed to the outside observer-analyst at the most". VARGA, Csaba. Validity. **Acta Juridica Hungarica**. V. 41, ns. 3-4, 2000, pp. 155-166, p. 159.

O direito se realiza no curso de processos que conduzem à conformação da coisa julgada, construindo-se como resultante das interpretações de situações e casos jurídicos desempenhadas pelas autoridades julgadoras. É inócuo seguir imaginando a existência de algo como uma “validade sistêmica”, resultante da presença de certas condições, verificável mediante recurso a determinados critérios colocados à disposição dos juristas. A intermediação interpretativa da realização do direito traz consigo a inafastabilidade da possibilidade de saltos mortais carpados, a cada caso adjudicado. Normas jurídicas são produto de interpretações autênticas conducentes à decisão judicial. Se por validade se intende o modo de existência destas normas jurídicas, forçoso é reconhecer que seus contornos não são dados anteriormente ao desfecho das adjudicações. A validade não condiciona o *decisum*, aperfeiçoando-se como resultante dele²⁹⁶.

Mesmo decisão determinante da constitucionalidade de determinada disposição legislativa, reconhecedora, nos termos da linguagem jurídica corrente, de sua validade, não lhe implica caráter vinculante para futuras decisões judiciais. É preciso renunciar à percepção estática induzida pela assunção da normatividade do direito, que conduz a avistá-lo como pré-existente às decisões judiciais, sob a forma de um “conjunto/sistema de normas jurídicas” válidas. Não sabe de antemão o sentido que será atribuído pelo intérprete não apenas a determinada disposição legislativa cuja validade se contesta, mas também àquelas disposições que devem servir de suposto parâmetro à decisão sobre a “validade” (frequentemente assimilada à constitucionalidade, no discurso da judicatura). Os juízes não decidem conforme um “direito válido”, pré-existente, mas sim conformando-o, a cada irrepetível caso adjudicado. Deve-se desviar o foco dos estudos jurídicos de variados repertórios de disposições pretensamente normativas, a fim de encarar o direito como vivência, em que não se pode olvidar do caráter constitutivo das interpretações realizadas por intérpretes autênticos²⁹⁷. Seres humanos, não necessariamente muito inteligentes²⁹⁸ e invariavelmente bastante atarefados.

²⁹⁶ “E mesmo o problema da validade pode (...) ser encarado como uma questão de interpretação”. STROMHOLM, Stig. Till definitionen av begreppet rättsregel. Sv.J.T., 1969, pp. 169 e SS, p. 179.

²⁹⁷ Adolf Julius Merkl (1890-1970), o gênio criativo da doutrina pura do direito, já havia atentado para a centralidade da pessoa do intérprete autêntico, encarregado de decidir casos jurídicos: “(...) die Rechtsnorm immer die Richtung nimmt, die ihr die Rechtsanwender gibt, daß also letzten Endes *nicht* der Gesetzgeber, sondern der *Rechtsanwender* behält (...) Das braucht das Gesetz nicht ausdrücklich auszusprechen, das ist in seinem Wesen gelegen; diese eigentümliche höchste Rechtskraft, die zum Begriff des Rechts gehört und also irgendwo im Rechtssysteme ihren Platz haben muß, kommt der Rechtsanwender als dem Diener des Gesetzes zu, weil sie seinem Herrn, dem Gesetze, notwendig mangelt. In der Natur des Gesetzes, als einer abstrakten, generellen Norm, die, soll sie nicht praktisch ein Nichts sein, der Ergänzung durch die konkretisierende und individualisierende Tat des Rechtsanwenderes

Talvez ainda mais relevante que a discussão sobre a inconstitucionalidade formal da lei de improbidade administrativa, na ADIn 2182-DF, seja a questão de ordem suscitada pelo ministro Marco Aurélio, quando o que se quer é abordar a vivência do direito, independentemente de uns quantos artifícios metodológicos (tal qual suposta cisão entre *ser* e *dever ser*), de preconizações terapêuticas (a exemplo exortações de tipo racionalista sobre como devem ser tomadas as decisões judiciais) ou mesmo compromissos ideológicos (como o da segurança jurídica).

Lançou-se questão no sentido de saber se ultrapassada a questão da inconstitucionalidade formal da manifestação legislativa impugnada, deveriam os ministros se manifestar sobre eventuais inconstitucionalidades materiais daquela lei, conforme anteriormente mencionado. Não havia, na inicial, uma vírgula sequer sobre a incompatibilidade de específicos dispositivos da lei 8492/92 com quaisquer determinações constitucionais. Contudo, em breve aparte, o Ministro Gilmar Mendes manifestara opinião no sentido de que lhe parecia haver, naquele lei, dispositivos fulminados por “*inconstitucionalidade chapada*”. Diante disso, o relator julgou prudente suscitar a questão de ordem.

O debate estabelecido é revelador sobre a dinamicidade da vivência do direito, infensa a abordagens estáticas e a tentativas de catalogação de uns quantos critérios determinadores da validade normas jurídicas em abstrato, independentemente de casos jurídicos e em desconhecimento da identidade dos interpretes que virão a ser chamados para se pronunciar sobre o problema.

O ministro Marco Aurélio mostrou-se, desde logo, indomável quanto à impossibilidade de exame de inconstitucionalidade material não suscitada na petição inicial, em que o pedido fora formulado com circunscrição a aspectos formais daquela lei. Resistindo à tese sustentada por Gilmar Mendes, no sentido da possibilidade de apreciação de inconstitucionalidade informal não suscitada pelo autor da ação, em virtude de caráter aberto da *causa petendi* nos assim chamados *processos objetivos*, o

bedarf und auch neben dieser Funktion der Rechtsanwendung eine Halbheit und nur mit ihr zusammen ein Ganzes ist – in dieser arbeitsteiligen Natur des Gesetzes ist eine Schwäche, ja geradezu seine Ohnmacht gegenüber dem Rechtsanwender (geradeso allerdings auch dessen Ohnmacht ohne das Gesetz) begründen. Das Geschöpf wächst über den Schöpfer, ohne daß er hindern kann”. MERKL, Adolf Julius. Die Verordnungsgewalt im Kriege (1915). **Gesammelte Schriften**. Organizado por MAYER-MALY/SCHAMBECK e GRUSSMANN. Vol II/1, 1999, p. 12.

²⁹⁸ “O direito de uma grande nação está dado pelas opiniões de uma meia dúzia de anciãos, alguns deles, possivelmente, de inteligência muito limitada”, pois “se meia dúzia de anciãos forma o mais alto tribunal do país, então, nenhum princípio ou regra que recusem a seguir será direito neste país”. GRAY, John Chipman. **The Nature and Sources of Law**. 1909, PP. 125 e 84.

Relator insistiu que “a prevalecer esta ótica” estaria o Supremo afirmando que “*houve o ataque (...) à totalidade da lei sob o ângulo material, quando não ocorre[u] o ataque sequer a um dispositivo, muito menos o arrazoado a respeito*”, de tal modo que se exigiria de cada um dos ministros que julgassem uma “*ação imaginada*”.

Em meio a debate inicialmente estabelecido, após responder afirmativamente à questão do Ministro Marco Aurélio sobre se poderia o tribunal proceder de maneira inversa, em situação hipotética, decidindo sobre inconstitucionalidade formal quando suscitada apenas inconstitucionalidade material, o ministro Gilmar Mendes conjecturou que acreditava haver inclusive precedentes do Supremo Tribunal Federal neste sentido. No desenrolar dos eventos, os ministros Eros Grau e Cezar Peluso se filiaram à tese de Gilmar Mendes, insistindo este último ter havido, na inicial, pedido de determinação de inconstitucionalidade, rechaçando qualquer óbice ao reconhecimento de inconstitucionalidade material em virtude de a causa de pedir ter sido ancorada em aspectos formais, uma vez que “*inconstitucionalidade é inconstitucionalidade. Classificações metodológicas não importam*”.

Adiante, o Ministro Marco Aurélio fez afirmação infundada que terminou por se verter em desafio. Alegou que “*quem suscitou pela primeira vez essa matéria (...) foi o Ministro Gilmar Mendes*”, realçando que nunca a havia visto ser debatida em 17 anos de Casa. Acrescentou ainda que jamais o Supremo teria apreciado e se pronunciado sob inconstitucionalidade material em ação direta de inconstitucionalidade que tivesse por objeto apenas inconstitucionalidade formal. Desafio aceito²⁹⁹. O ministro Gilmar Mendes pediria vista acerca da questão de ordem, para na sequência trazer voto que contaria a história da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal como história de saltos mortais carpados hermenêuticos.

No julgamento do Recurso Extraordinário 630147-DF, o ministro Carlos Ayres Britto havia insinuado que a proposta do ministro Presidente Cezar Peluso no sentido de se avaliar a inconstitucionalidade formal da chamada lei da Ficha Limpa, independentemente de não ter sido ela argüida, em nenhum momento, nos autos do processo, representaria um *salto mortal carpado hermenêutico*. O voto vista do Ministro

²⁹⁹ “Farei a pesquisa sobre matéria de controle de constitucionalidade material e formal, que o Ministro Marco Aurélio disse que não haveria casos aqui, e acredito que chegaremos a outro resultado” (Ministro Gilmar Mendes). Vale consignar também fala emblemática do Ministro Cezar Peluso, o executor de suposto mortal carpado hermenêutico no Recurso Extraordinário de Joaquim Roriz, que se seguiu à de Gilmar Mendes: “Recordo casos em que o Tribunal, examinando uma norma jurídica atacada do ponto de vista formal, disse textualmente: isto aqui não é formalmente inconstitucional, mas é materialmente inconstitucional. E reconheceu a inconstitucionalidade. **Não é um caso; é a história da jurisprudência desta Corte**”. (grifou-se)

Gilmar Mendes em questão de ordem suscitada na ADIn 2182-DF levanta uma série de precedentes da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em que os ministros se manifestaram sobre inconstitucionalidade material de dispositivos legislativos em casos nos quais a inicial apenas havia pedido determinação de inconstitucionalidade por vícios formais, bem como casos em que o inverso fora feito.³⁰⁰

A despeito dos precedentes trazidos ao plenário pelos ministros Czar Peluso e Gilmar Mendes, decidiu-se, na questo de ordem, pela impossibilidade de apreciao de inconstitucionalidade material no suscitada, por apertado placar de 6x5. Aps proclamao do resultado, no debate se estabeleceu. Nele, o ministro Czar Peluso fez questo de realar que aquela deciso no representava uma amarra para as futuras manifestaes da corte. Insistiu que aquela especfica deciso da maioria, no caso *sub judice*, havia sido motivada por questes de ordem prtica, em virtude da dificuldade de percorrer todos os dispositivos da extensa lei de improbidade administrativa. Assim, aquela deciso no representaria qualquer bice a que “*o Tribunal continue exercendo sua rotineira tarefa de ultrapassar as argies de inconstitucionalidade formal para examinar as inconstitucionalidades materiais que lhes sejam claras*”. Significa dizer, como anunciado no incio deste captulo, que o espetculo dos saltos mortais carpados hermenuticos no se oferece apenas de quatro em quatro anos, quando da realizao dos jogos olmpicos, revelando-se cotidianando na vivncia do direito.

Chegou-se a afirmar que se “*a lei tivesse apenas trs artigos, j lhes estaramos discutindo a inconstitucionalidade material*”. Afinal, o Supremo Tribunal Federal seria uma “*Casa Pragmtica*”. Havia incontveis precedentes constantes da jurisprudncia do Supremo Tribunal Federal no sentido da possibilidade de avaliao de inconstitucionalidade material em casos em que apenas inconstitucionalidade formal fora suscitada pelo autor da ao. H disposies da lei 9.868/99 (artigos 3 e 4), interpretveis como determinantes da necessidade da especificao dos dispositivos cuja constitucionalidade sequer impugnar, bem como de indicao dos respectivos parmetros constitucionais, que poderiam amparar decises em sentido contrrio. Contudo, no especfico caso da ADIn 2182-DF, talvez outra varivel tenha sido determinante: o tempo. No apenas a situao de consolidao de legislao publicada h 18 anos, mas, sobretudo, a falta de tempo dos ministros do Supremo Tribunal Federal para decidir sobre a eventual incompatibilidade de extensa manifestao legislativa,

³⁰⁰ Mencionem-se, exemplificativamente, **STF - ADIn n. 247-3/RJ**. Relator Ministro Ilmar Galvo e **STF - ADIn n. 89/MG**. Relator Ministro Ilmar Galvo. DJU 20/08/1993.

contenedora de 25 artigos, com a totalidade do documento constitucional brasileiro de 1988. Parece, efetivamente, acertado o diagnóstico do ministro Cezar Peluso. Nesse caso, impôs-se a pragmaticidade. Não se sabe, de antemão, quais aspectos de um determinado caso serão tornados relevantes para a tomada de decisão.

É inócuo seguir quebrando a cabeça na tentativa de delimitação de critérios definidores de uma suposta validade jurídica, suscetível de verificação. Nem mesmo o menos ambicioso deles, concernente à conformidade procedimental da produção “normativa” se revela condizente com a variabilidade e mutabilidade da vivência jurídica.

“Direito válido” é categoria a ser rechaçada, na medida em que validade é atributo de idealidades/normatividades, não se compatibilizando com a existência do direito, que se revela como vivência humana. Se se quiser salvar alguma noção de validade, que efetivamente parece ser manejada pelos profissionais de carreiras jurídicas, embora de maneira não uniforme, ter-se há que admitir que assim como as normas jurídicas não se confundem com disposições oriundas de processo legislativo, sendo resultado de atividade hermenêutica de autoridades competentes que nem sempre tem nelas ponto de apoio, também assim não há algo como uma validade *a priori*.

Não é porque determinadas disposições são válidas que vinculam as autoridades competentes. Mas sim a interpretação eventualmente conferida a elas pelos interpretes autênticos, tal qual consignada em concreta decisão judicial, é que se faz vinculante aos destinatários do *decisum*. Validade seria antes algo em disputa a cada adjudicação, não um condicionante de seus resultados. O caráter acrobático da hermenêutica jurídica, manifesto nos constantes saltos mortais carpados realizados no curso das interpretações sustentadas pelos juristas para amparar as decisões tomadas nos diferentes casos, permite desconstruir o dogma da existência pré-judicativa de um direito válido³⁰¹.

4.3 Interpretação, aplicação e verificabilidade no direito

Fissurados com suposta normatividade das manifestações jurídicas, muitos juristas costumam tematizar a interpretação de maneira bastante estreita, ajustada à

³⁰¹ “Deswegen gelten die Juristen vielen Zeitgenossen als wahre Akrobaten der Auslegung. Aus den unveränderten Gesetzestexten haben sie offenbar die vom jeweils herrschenden politischen System gewünschten Antworten hervorgezaubert”. RÜTHERS, Bernd. **Rechtstheorie**. 2 ed. Munique: Verlag C. H. Beck, 2005, p. 25.

específica visão de direito³⁰². Reduz-se o tema da interpretação no direito à interpretação de “normas jurídicas”, tomando-se-as como disponíveis aos interpretes anteriormente ao afazer interpretativo. A recentemente tornada corrente distinção entre “textos normativos” e “normas jurídicas” não oferece maiores perspectivas³⁰³. Continua-se a circunscrever a interpretação jurídica a uma limitada série de variáveis aptas a jogar papel na vivência do direito. Interpretar juridicamente é, nessas formulações, produzir normas jurídicas a partir de disposições pretensamente normativas.

Resulta daí modelo capengo da interpretação **no** direito, muitas vezes apresentada sob o rótulo de interpretação **do** direito, levando-se às últimas conseqüências o designado dogma da normatividade jurídica, assimilando-se direito a disposições que se imaginam aptas a determinar a conduta de jurisdicionados e julgadores. Não se interpreta o direito, mas se o constitui interpretativamente a cada caso, a partir de diferentes variáveis que se oferecem ao interprete em cada adjudicação (algumas exercendo influências concientes e explicitadas, outras não). Interpretar juridicamente não se restringe a determinar sentido e alcance de uns quantos textos legais capazes de justificar decisões judiciais.

Não se sustenta o protagonismo atribuído às disposições pretensamente normativas nas tematizações da interpretação jurídica comumente realizadas pelos juristas. Assumido o direito como vivência, há que se trazer o foco de abordagem para as situações e casos jurídicos a serem interpretados, não se podendo descuidar da figura dos interpretes, sobretudo dos interpretes autênticos, encarregados de desfechar os casos trazidos a juízo mediante decisão judicial.

³⁰² “Von den verhältnismäßig vielen Wissenschaften, in denen der Begriff der Auslegung vorkommt, war die Rechtswissenschaft wahrscheinlich die erste, die sich mit ihm befaßt und ihn zu einem spezifischen Rechtsbegriff gemacht hat. Dies ist ihr Vorteil, aber auch ihr Nachteil, der darin besteht, daß seit dem berühmten Satz von Celsus: ‘scire leges no hoc est verba eorum tenere, sed vim ac potestatem’ kaum jemandem eingefallen ist, daß sich die Rechtswissenschaft auch für eine Auslegung als diejenige Gesetzes oder allenfalls noch des Rechtsgeschäftes interessieren sollte”. KNAPP, Viktor. Auslegung im Recht. *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*. pp. 145-153, p. 145.

³⁰³ Com alguns balizamentos, a distinção hoje alardeada como inovadora já podia ser avistada nos escritos de Carl Friedrich von SAVIGNY, ali padecendo de vícios semelhantes aos encontráveis nas tematizações contemporâneas da interpretação no direito, frequentemente identificada à interpretação de uns quantos textos legais: “En la interpretación siempre se presupone algo directamente dado: un texto. El descubrimiento de ese algo dado se llama crítica diplomática, que debe proceder toda interpretación y es especialmente necesaria cuando eso directamente dado debe ser investigado em diversas fuentes, por ejemplo, manuscritos. (...) Toda ley debe expresar un pensamiento em forma tal que valga como norma. Quien interprete una ley, debe analizar el pensamiento contenido en la ley, debe investigar el contenido de la ley. Interpretacion es lo primero: reconstrucción del contenido de la ley. El intérprete debe colocarse en el punto de vista del legislador y producir así artificialmente su pensamiento”. SAVIGNY, Carl Friedrich von. *Metodología Jurídica*. Buenos Aires: Valetta Ediciones, 2004, p. 24.

Interpretam-se situações e casos jurídicos, constituindo-se-os no curso das interpretações/decisões. Nem sempre haverá disposições pretensamente normativas para servir de ponto de apoio à tomada de decisão, bem como de eixo argumentativo à justificação do *decisum*. Submetem-se aos julgadores formulações iniciais de casos jurídicos, consubstanciadas em petições redigidas pelos procuradores de interesses em disputa, nas quais são aduzidos fundamentos e efetuados pedidos. Não apenas as disposições legais, quando existentes, ali mencionadas serão interpretadas por julgadores e/ou assessores. Também a versão fática ali apresentada, posteriormente contraditável pela parte adversária no procedimento jurídico, estará sujeita à interpretação.

Diferentes variáveis poderão interferir no processo hermenêutico, que se orienta no sentido da tomada de uma decisão. A identidade das partes processuais pode ser revelar relevante ou mesmo determinante. A situação histórica existente no momento do julgamento, tal qual interpretada pelo julgador, nas suas múltiplas conjunturas (exemplificativamente: econômica, esportiva, política, religiosa, social) poderá imprimir contornos singulares ao deslinde da questão, não se podendo olvidar que vários anos podem vir a separar o momento de propositura de uma ação e o momento da decisão, o que, aliás, não é raro em experiências jurídicas como a brasileira. Os resultados das interpretações estão suscetíveis a variações correspondentes à variabilidade das compreensões e précompreensões dos diferentes julgadores (interpretes), cuja decisão conterà, em alguma medida, marca de sua personalidade.

Interpretar juridicamente, numa formulação concisa, significa interpretar situações e casos jurídicos. As interpretações jurídicas são orientadas pela inevitabilidade da tomada de decisão. Em alguns momentos da convivência em grupo, jurisdicionados interpretam situações existenciais como problemáticas, resolvendo por submetê-las às autoridades competentes, buscando acerto (desfecho) jurídico. Buscam, mediante exercício de ação processual, tornar certos, desde perspectiva jurídica, os contornos de situação de atrito no convívio com outros seres humanos. Por meio de relatos, oferecem suas interpretações da situação controvertida aos procuradores/advogados.

À base das interpretações dos advogados acerca das interpretações dos jurisdicionados, chega-se à formulação inicial de um caso jurídico, selecionando-se aspectos problemáticos de uma situação existencial e submetendo-os, no exercício da ação processual, ao crivo dos julgadores. A formulação inicial do caso jurídico se

colocará à interpretação não apenas das autoridades competentes (que poderão, em certas hipóteses, inclusive decidir já num primeiro momento, de forma liminar, com base apenas nas alegações da parte autora), dos procuradores dos interesses contrários na disputa processual. O caso jurídico inicialmente sujeito à interpretação judicial irá sendo conformado no curso do procedimento à base das interações entre as partes, via de regra intermediadas por seus advogados, e os julgadores, apenas conhecendo conformação final na interpretação autêntica de última instância, justificada em decisão apta a se revestir da força de coisa julgada. As interpretações dos advogados visam a influenciar as interpretações dos julgadores. As autoridades competentes interpretam para decidir e decidem interpretando.

Na interpretação dos casos jurídicos, disposições legislativas podem ser levadas em conta. É possível também que não sejam encontradas disposições reputáveis pertinentes aos problemas em questão. A vivência jurídica não cessa de revelar ineditismos, de modo que casos cuja semelhança com precedentes é de difícil construção não se mostram raridades no cotidiano forense. Relatos fáticos variados serão submetidos à interpretação. Depoimentos e testemunhos podem ser articulados como meio de prova, representando interpretações de determinadas pessoas que são submetidas à interpretação das autoridades competentes. Laudos periciais poderão ser solicitados, configurando-se como variável capaz de interferir na tomada de decisão e também se sujeitando à interpretação (eles mesmos não sendo senão interpretações técnicas submetidas à interpretação dos juízes).

A enorme variabilidade dos casos jurídicos impede a construção de modelos descritivos capazes de dar conta de todos os seus aspectos. É tosco seguir imaginando que a decisão judicial se segue, invariavelmente, à interpretação de “normas” e “fatos” jurídicos, em quaisquer que sejam as demandas. Esquemas conceituais do tipo D (decisão) = N (normas jurídicas) + F (fatos jurídicos) devem ser rechaçados pela candura e simplismo. Reparos concernentes à distinção entre disposições e normas, bem como entre fatos e versões fáticas, embora necessários, não são suficientes para alcançar a complexidade da vivência do direito. Não se consegue sumariar as diferentes variáveis que podem se consubstanciar como relevantes ou determinantes a cada adjudicação. Impõe-se ter sempre em mente a potencial diversidade das interpretações em conformidade com a diversidade dos interpretes.

Na impossibilidade de dar conta das multifacetadas da interpretação jurídica, opta-se, aqui, por concentração no desfazimento de determinados aspectos das

abordagens ainda predominantes neste tema. Com algumas nuances, segue-se discutindo interpretação **no** direito como se fosse interpretação **do** direito, isto é, como se houvesse um direito válido a ser interpretado e então aplicado aos fatos trazidos a juízo. Não se avança muito mediante alguns malabarismos lingüísticos e reformulações conceituais conducentes à inseparabilidade entre interpretação e aplicação do direito. Com frequência, a despeito do reconhecimento do caráter constitutivo da interpretação jurídica, continua-se a abordar o tema como se houvesse um direito (ainda que aquilatado, finalmente, apenas na decisão judicial) a ser aplicado à realidade. Importa desfazer o devaneio consistente na afirmação da existência de um direito a aplicar³⁰⁴, mediante interpretação. A abordagem tradicional da interpretação jurídica,³⁰⁵ ao insistir na tese de que as decisões judiciais aplicam direito pode bem ser descritas sob a alcunha de *alucinação tradicional*.³⁰⁶

Não se aplica o direito da mesma forma como se aplica uma injeção médica num paciente doente ou de modo semelhante a como se aplica dinheiro em

³⁰⁴ Já em Christian Thomasius e em Christian Wolff encontra-se a expressão “aplicação” associada ao imaginário jurídico. Fala-se, ali, especificamente em “aplicação das leis”. Vejam-se: THOMASIIUS, Christian. **Institutiones Jurisprudentialae Divinae**. Frankfurt, 1688, Lib. III, Cap. XI. e WOLFF, Christina. **Philosophia Practica Universalis. Pars Prima**. Frankfurt, 1971 (reprint da edição de 1738), parágrafo 598: “Qui (...) legem ad factum aliquod applicat, is de ejus convenientia vel inconvenientia cum lege judicat”.

³⁰⁵ “Die klassische Auffassung beruht – bewußt oder unbewußt – auf der Annahme daß die ‘Rechtsanwendung’ im Verhältnis zum Recht später kommt: es handelt sich um eine mechanische Tätigkeit, die das Recht im konkreten gesellschaftlichen Verhältnis preduziert. (...) Die mechanische Rechtsanwendung übertreibt die Bedeutung der formellen Rechtsquellen (z.B. des Gesetzes) und der tatsächlichen Sachverhalte, die eine Rechtsentscheidung fordern: Die formellen Quellen werden als seine Gesamtheit von eindeutigen und in sich geschlossenen Modellen (Typen) des Handelns betrachtet, die als solche ins gesellschaftliche Leben übertragen werden können, während tatsächliche Sachverhalte mit Sachverhalten gleichgesetzt werden, die ebenfalls schon darauf warten vom ‘Subsumtionsautomaten’ ergriffen zu werden”. PAVČNIK, Marijan. Argumentierte Rechtsentscheidung statt Ideologie der ‘Rechtsanwendung’. **Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie**. Pp. 154-176, pp. 154-155. O professor Marijan Pavčnik, professor da Faculdade de Direito (pravna fakulteta) da Universidade de Ljubljana, denuncia enfaticamente a faceta ideológica da noção de “aplicação do direito”, que se presta a desonerar os juízes de maiores responsabilidades, sobretudo éticas, no exercício da judicatura, na medida em que tais responsabilidades são retiradas de seus ombros e arremessadas sobre a noção abstrata de “fontes do direito”, as quais seriam por eles meramente “aplicadas” a cada adjudicação. Também assim, a idéia que o direito se realiza mediante “aplicação” serve de realce a pretendido monopólio de sua criação/produção por determinados órgãos políticos (e seus respectivos agentes). É de se reconhecer que em muitos de seus usos a expressão “aplicação do direito” – ou mesmo “aplicação da lei” – se faz de maneira irrefletida e apenas quer designar o processo decisório de casos jurídicos, cuja complexidade e não mecanicidade é assumida por vários daqueles que empregam a discutida noção. Contudo, em virtude das implicações ideológicas mencionadas e dos equívocos a que induz, convém abandoná-la.

³⁰⁶ Já o jusfilósofo italiano Giuseppe Maggiore, em 1923, havia chamado a atenção para este que lhe parecia um dos mais abstrusos conceitos da dogmática jurídica, o de “aplicação” do direito ou mesmo das leis. L’Equità e il suo valore nel Diritto. **Rivista Italiana di Filosofia del Diritto**. V. III, 1923, pp. 269 e ss.

determinadas operações financeiras³⁰⁷. Afirmar a existência de aplicação do direito significa reduzi-lo às disposições normativas que podem servir de critério para a construção da norma de decisão. Trata-se de equívoco corrente entre os juristas e faz das teorias jurídicas não mais que tentativas de ciência da legislação, na medida em que confundem direito com o emaranhado de critérios possíveis de decisão.

Ainda que direito fosse realidade passível de ser circunscrita às disposições normativas não restaria adequado insistir na idéia de aplicação. As disposições normativas não contêm em si sentido a ser descoberto pelo “intérprete-aplicador”. Diante do problema concreto a ser solvido juridicamente, atribui-se significação aos dispositivos escolhidos para fundamentar a decisão. Tal atividade revela-se autenticamente criadora.³⁰⁸ Não se trata de declaração de sentido previamente existente. Escolhe-se entre alternativas avistadas. Constitui-se interpretativamente uma norma jurídica para o caso concreto, criando-se situação até então inexistente ao se determinar o direito na demanda em questão.

Escolhidas disposições existentes para fundamentar o *decisum*, não restará ao julgador simplesmente aplicá-las. Inexiste correspondência entre os tipos normativos e as situações jurídicas a serem decididas. Afigura-se necessária a mediação hermenêutica entre as versões fáticas e os critérios decisórios pelos quais se optou para desfechar caso adjudicado.³⁰⁹ Os casos são irrepetíveis e jamais se encaixam perfeitamente no conteúdo das disposições normativas. É preciso que se assuma a singularidade de cada processo decisório, encarando-se a realização do direito como espaço-temporalmente situada. A tese de que haja algo como aplicação do direito ou das “normas jurídicas” parece supor destemporalização, suprimindo a travessia – dificilmente de mão única - entre disposições e casos, como se uma vez tipificada em disposições pretensamente normativas determinadas situações, ter-se-iam por solvidos casos reputáveis semelhantes, olvidando-se que a própria semelhança entre casos, bem como entre casos

³⁰⁷ “Qué quiere decir aquí aplicación? Es que, en efecto, es extraordinariamente confuso este concepto. Aplicar la ley no es lo mismo que aplicar, digamos, una etiqueta o rótulo sobre una botella, porque una vez aplicada la etiqueta se va con la botella y sigue su destino; per con la ley no ocurre eso”. COSSIO, Carlos. **El derecho en el derecho judicial**. Buenos Aires: Librería El Foro, 2002, p. 47.

³⁰⁸ O caráter criativo do processo decisório judicial já havia sido suficientemente descortinado por Oskar von BÜLOW em *Dispositives Civilprozesrecht und verbindliche Kraft der Rechtsordnung*. **Archiv für civilistische Praxi**. N. 64, 1881, pp. 1-109, especialmente à p. 84.

³⁰⁹ “(...) lo que expresa la ley no adquiere nunca su sentido completo antes de haberse conectado a los hechos concretos. El derecho completo, acabado, es únicamente el de las decisiones judiciales... Hay que abandonar la falsa idea de la llamada ‘aplicación del derecho’, que supone que el Derecho está encerrado en las leyes y reglamentos y que ele del juez consiste en hacer descender los textos legales sobre los hechos.” SICHES, Luis Recaséns. *La logique matérielle du raisonnement juridique*. In: **Le raisonnement juridique**, 1971, pp. 128-135, p. 140.

e disposições normativas, é produto de interpretações a serem realizadas pelos diferentes julgadores.

Direito não é algo suscetível de aplicação. Realiza-se, a cada adjudicação, em função da inevitabilidade da decisão jurídica. Manifesta-se nos casos concretos no curso de intrincados processos hermenêuticos em que estão envolvidas séries de variáveis. É possível que haja disposições existentes capazes de sustentar a decisão. Todavia, diante da inexistência delas não cessa a necessidade de interpretação. Remanescem presentes os relatos fáticos. A interpretação no direito não se cinge a signos textuais. Não apenas os conteúdos dos relatos ou versões fáticas são interpretados, mas também o modo como são articulados em eventuais depoimentos e testemunhos ou memos nas sustentações orais de advogados. Faltantes disposições jurídicas reputáveis pertinentes, ainda há um caso reivindicando decisão. A decisão judicial não aplica direito pré-existente, mas o realiza a cada caso, conformando-o. No limite, é produto de vontade do julgador, que não pode ser ocultado mediante artifícios ideológicos velados em discursos orientados pela noção de “aplicação do direito.”³¹⁰

O afazer interpretativo não se coaduna com noções de verificabilidade. As decisões judiciais não descobrem “normas jurídicas” pré-existentes. Tampouco se afiguram como deduções a partir de disposições pretensamente normativas, cuja suposta validade determinaria vinculação dos julgadores a seus teores. Não se verifica validade de disposições jurídicas no curso da interpretação.³¹¹ O sentido e o alcance da vinculação de determinados dispositivos legais frequentemente estão no cerne da disputa judicial em casos jurídicos. As disposições jurídicas não são válidas ou vinculantes, parecendo mais adequado tratá-las como justiciáveis, isto é, como aptas a servir de armas nas mãos das partes em litígio e de amparo (muleta) às fundamentações decisórias dos julgadores. Casos haverá em que a decisão sequer tomará disposições legislativas como base, recorrendo-se a outras variáveis na fundamentação do *decisum*. Nem mesmo os fatos são verificados pelas autoridades competentes. Os fatos jurídicos não são objeto de cognição científica por parte dos magistrados. Não são submetidos à observação e experimentação.

³¹⁰ “Célui qui est chargé de prendre une décision en droit (...) doit prendre ses responsabilités. Son engagement personnel est inévitable, quelles que soient les bonnes raisons qu’il puisse alléguer en faveur de sa thèse”. PERELMAN, Chaïm. **Logique juridique**, 1976, p.6.

³¹¹ Sobre a impossibilidade da verificação de validade, veja-se STRÖMBERG, Tore. 1981. **Inledning till den allmänna rättsläran**. 8th ed. Lund, Studentlitteratur, pp. 39 e SS. Strömberg sustenta que a noção de validade é produto de convenção social embasada em crença em torno da vinculação de determinadas disposições (regras) jurídicas.

É perfeitamente possível (o que é diferente de dizer que é recomendável) ao Ministro Gilmar Mendes fundamentar decisão - em que se concede Suspensão de Tutela Antecipada sob alegado *risco à ordem jurídico-administrativa* para sustar efeitos de decisão do Tribunal Regional da Terceira Região que havia determinado à União Federal, por meio do Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Institucionais Anísio Teixeira (INEP), o agendamento do exame do ENEM em dia diverso do sábado para vinte e dois estudantes que professavam a fé judaica, a fim de que pudessem realizar as provas em data compatível com sua fé religiosa – com recurso a proposições fáticas cujo teor não fora submetido a qualquer verificação. Ainda que sob a linguagem a “verificabilidade”, fundamenta-se decisão judicial em proposições que se assume como condizentes com a realidade, mas que podem e efetivamente são contraditadas por investigações empíricas.

Ao proferir decisão monocrática na STA 389,³¹² em 20 de novembro de 2009, o Ministro Gilmar Mendes argumentou que “*a requerente logrou comprovar que a fixação de data alternativa para a realização das provas do ENEM coloca em risco a ordem pública, em sua acepção jurídico-administrativa*”. Isso porque não “*obstante a determinação judicial no sentido de que as provas aplicadas aos autores da ação principal possuam o mesmo grau de dificuldade das aplicadas aos demais candidatos [não haveria] dúvida sobre a inexistência de critérios objetivos que possam indicar, de forma cabal, se duas provas possuem grau de dificuldade equivalente ou diverso*”. Pouco tempo depois, em 03 de dezembro, O INEP divulgava nota em seu site, na internet, em que anunciava que os “detentos” participantes do ENEM realizariam a prova em data distinta, no dia 05 de janeiro. O comunicado cuidava de realçar que embora as questões da nova prova fossem diferentes daquelas constantes das provas do ENEM regular, o nível de dificuldade da prova seria idêntico, graças à utilização da Teoria de Resposta ao Item (TRI), modelagem estatística utilizada em avaliação de habilidades e conhecimentos, asseverando-se que “*prova aplicada aos detentos [seria] idêntica à regular*”.

Na mesma fundamentação decisória, cuidou-se de “*ressaltar a existência de outras confissões religiosas, as quais possuem ‘dias de guarda’ diversos dos dos autores*”, argumentando-se que “*tal fato atesta, ainda, o ‘efeito multiplicador’ da decisão impugnada, haja vista que, se os demais grupos religiosos existentes em nosso*

³¹² STF – STA 389/MG. Relator Ministro Gilmar Mendes.

país também fizessem valer as suas pretensões, tornar-se-ia inviável a realização de qualquer concurso, prova ou avaliação de âmbito nacional, ante a variedade de pretensões, que conduziriam à formulação de um sem-número de tipos de prova". O argumento apresentado como respaldado pela faticidade, esbarra na realidade exterior aos autos processuais. Se é adequada a afirmação de que existem outras confissões religiosas com dias próprios de guarda, disso não decorre a inviabilidade da realização de qualquer concurso, prova ou avaliação de âmbito nacional, uma vez que as restrições impostas aos praticantes das diferentes fés nesses dias não são idênticas entre si. Assim, o *Shabat* dos judeus e adventistas possui particularidades. Mais do que um dia de descanso, vige a proibição ao empreendimento de atividades de qualquer natureza – o que não ocorre no “dia de guarda” das demais religiões. Tomem-se como exemplos a sexta-feira islâmica e o domingo católico. São dias de *descanso*, mas não se proíbe aos seus praticantes que trabalhem ou façam exames, ou seja, que realizem suas atividades normalmente.

No julgamento do Mandado de Segurança 26681, ao fundamentar voto no sentido de deferimento do pedido para que candidato que teve sua inscrição para concurso de Provimento de Cargos para a Procuradoria da República por conta de não cumprimento de exigência constitucional de três anos de prática jurídica pudesse participar do concurso e efetivamente vir a ser nomeado, em caso de aprovação, valeu-se de argumento articulado mediante proposições fáticas que ele mesmo reconheceu não verificadas: *“O fato é que, nos concursos do Ministério Público, verifica-se uma praxe: há menos candidatos aprovados do que vagas. Os concursos são tão difíceis que vagas sobejam após a realização das provas e a aferição dos resultados”*. Seguiu o voto para indagar acerca da finalidade do concurso público em questão: *E qual é o objetivo do concurso? Não é recrutar os melhores, do ponto de vista da capacidade, do ponto de vista técnico, do preparo intelectual?* Finalmente, reconheceu que não tinha certeza de que havia vagas sobrando naquele concurso, mas que os ministros deveriam atentar para a realidade ao decidir casos jurídicos³¹³.

As proposições fáticas de que se valeram Gilmar Mendes e Carlos Ayres Britto parecem susceptíveis de verificação, podendo ser confrontadas com a realidade, de modo a se aferir sua adequação ou não. Contudo, no contexto em que foram utilizadas, não foram concretamente verificadas. É de se imaginar que um cientista (mesmo no âmbito

³¹³ “Não posso afirmar, mas tenho quase certeza de que há vagas sobejantes, que não serão preenchidas” (Minsitro Carlos Ayres Britto).

das chamadas ciências sociais) que fizesse afirmações como essas, sem qualquer amparo estatístico ou evidência empírica a respaldá-la, dificilmente viria a ser levado a sério. Na vivência do direito, contudo, tais afirmativas são recorrentes e passam sem maiores questionamentos. Os juristas efetivamente argumentam mediante recurso a proposições fáticas cuja correspondência com a realidade não estão preocupados em verificar.

Lida-se, nos procedimentos judiciais, com versões, remanescendo em aberto quais dos diferentes aspectos fáticos mencionados nos autos processuais (ou mesmo exteriores a eles) irão despertar a atenção do julgador³¹⁴. As diferentes versões trazidas a juízo, em geral, não são verificadas pelas autoridades competentes, que independentemente de testes ou checagens quanto à sua veracidade se convencem acerca da maior ou menor plausibilidade de uma versão em detrimento de outra. Assim, muitas vezes os encarregados de julgar se orientam pelas conclusões de laudos periciais que sequer tem condições de compreender em sua integralidade. Outras tantas, apóiam-se em diferentes indícios e evidência para ignorá-los. A versão fática constante nas sentenças e acórdãos é aquela que logra convencer os julgadores, tal qual por eles interpretada.

Poder-se-ia objetar que essas anotações correspondem a *chover no molhado*, nada acrescentando ao debate, na medida em que já restariam contempladas, em maior ou menor medida, pelos acadêmicos de direito. Assim, bastaria deixar “aos mortos que enterrassem os próprios cadáveres”³¹⁵, revelando-se as presentes reflexões como dispêndio dessarrazoado de energia em *chutar cachorro defalecido*. Contudo, basta lançar os olhos por sobre as tematizações jurídicas para perceber que a despeito da tridimensionalidade da vivência jurídica, os juristas seguem tratando o direito nos limites das duas dimensões das páginas dos livros de doutrina.

³¹⁴ “The ‘facts’, it must never overlooked, are not objective. They are what the judge thinks they are. And what he thinks they are depends on what he hears and sees as the witnesses testify – which may not be, and often is not, what another judge would hear and see. (...) Still, since the ‘facts’ are only what the judge thinks they are, the decision will vary with the judge’s apprehension of the facts”. FRANK, Jerome. Legal thinking in three dimensions. *Syracuse Law Review*. v. 1, 1949-1950, pp. 9-25, p. 17

³¹⁵ Assim, o jurista escandinavo Alf ROSS, ao descartar a necessidade de seguir espalhando as teses jurídicas de verve metafísica, como algumas formulações da noção de validade do direito, escreveu: “Quem hoje em dia pensaria em *refutar* a crença na pedra filosofal? Deixemos que os mortos enterrem os seus mortos”. *Direito e Justiça*. Tradução de Edson Bini. 2 ed. Bauru: Edipro, 2007, p. 95. Certamente, Alf ROSS se espantaria caso ainda estivesse vivo para constatar que certos cadáveres seguem insistindo em levantar de seus túmulos para assombrar e fazer crer.

4.4. Inafastabilidade da interpretação no direito

- “Você conhece *Roe vs. Wade*?”

Esta a resposta de Tim Tschida, árbitro da liga norte-americana de Baseball, à questão de Bruce Weber, repórter do *The New York Times*, acerca das razões justificadoras do sem número de disputas em torno da aparentemente bem definida “zona de strike”, a cada partida daquele jogo. A despeito da suposta clareza dos regulamentos, as controvérsias envolvendo os limites da referida zona são recorrentes.

A lembrança do diálogo serve de mote à problematização da *analogia* possivelmente existente entre as funções de árbitros de baseball e juízes de cortes judiciais.³¹⁶ A semelhança pode ser avistada na necessária interpretação das regras do jogo, de incumbência de ambos personagens. O imaginário norte-americano é estimulado, ali, pelo interesse comum em torno de esporte que figura dentre os mais populares nos Estados Unidos da América.

No Brasil, talvez o alcance da analogia fosse potencializado com a substituição discursiva de árbitros de baseball por árbitros de futebol. O então presidente da República, Luis Inácio Lula da Silva, pródigo na exploração do alcance didático das comparações, recentemente assemelhou o bate-boca entre os Ministros Joaquim Barbosa e Gilmar Mendes, do Supremo Tribunal Federal, às corriqueiras disputas ocorridas no curso das partidas de futebol, a cada final de semana.³¹⁷

Árbitros de futebol e juízes são indivíduos tornados competentes para *decidir*; estão investidos no poder de emitir juízos vinculantes sobre situações problemáticas. Decisões são construídas no curso de processos interpretativos. Com frequência, há critérios pretensamente aptos a orientar o exercício do poder decisório. Num e noutro caso, no dos árbitros e no dos juízes, não obstante o bordão, as regras não são claras. A clareza talvez derive da falta de imaginação de quem as enfrenta em abstrato.

A tese do *in claris non fit interpretatio* é desmentida pela vivência do direito.³¹⁸ Dentre inúmeros aspectos envolvidos numa disputa judicial é possível que

³¹⁶ Umpires vs. Judges. **The New York Times**. 11 de julho de 2009. Disponível em: http://www.nytimes.com/2009/07/12/weekinreview/12weber.html?_r=1&hp

³¹⁷ Lula compara bate-boca no STF com briga de partida de futebol. **O Estado de São Paulo**. 23 de abril de 2009. Disponível em: <http://www.estadao.com.br/noticias/nacional,lula-compara-bate-boca-no-stf-com-briga-de-partida-de-futebol,359384,0.htm> Vídeo contendo imagens da discussão pode ser acessado em: <http://www.estadao.com.br/interatividade/Multimedia/ShowVideos.action?destaque.idGuidSelect=24074963BCFB4788933D8E017167BEA9>

³¹⁸ “En definitiva, decir que los textos claros no son susceptibles de interpretación y que hay que atenerse a ellos, a no ser que fuera outra la intención del legislador, Del testador o de los contratantes,

alguns restem incontrovertidos. Pode-se imaginar a presença de dispositivos normativos manejados nos argumentos das partes que se opõem num processo judicial sobre os quais não se questiona o sentido. A ausência concreta de expresso questionamento não decorre da clareza das referidas disposições, tampouco indica a existência de prévias respostas corretas/determinadas para os casos trazidos a juízo. É cogitável que nenhuma das partes enxergue vantagem em contestar os sentidos em que algumas disposições vêm sendo articuladas. O interesse de ambas pode estar concentrado em outros pontos de um problema. Da circunstância de determinada disposição não ter disputado o sentido não se pode concluir pela sua clareza, capaz de afastar a necessidade de interpretação.³¹⁹ Ademais, a suposta constatação em torno da clareza de qualquer disposição normativa não é senão produto de interpretação.

Em direito é inevitável a prolação de decisão, não podendo se furtar os julgadores de se pronunciar nos casos trazidos a juízo. A necessidade de decidir impõe abreviações a muitas discussões hermenêuticas. Por vezes, termos de significado disputável são deixados intocados nos debates processuais, por diferentes razões, quer porque a ninguém interessa controvertê-los em específica demanda, quer porque não se pode, pragmaticamente, a tudo questionar, sob pena de tornar inviável qualquer comunicação e, por conseguinte, a tomada de decisão. Ora interessarão, ora se revelarão menos oportunas, em direito, as posturas ao estilo do personagem “*Explicadinho*”, de *a*

responde a opuestos impulsos y tanto vale como establecer que no se deben interpretar los textos claros, slavo que de la interpretación (examen de la intención) resulta otra cosa. Se dice que se debe y que no se debe interpretar; se habla del resultado de una interpretación y se la prohíbe”. DUALDE, Joaquín. **Revolución en la lógica del derecho.** Concepto de la interpretación del derecho privado. Barcelona: Imprenta Clarasó, 1933, p. 63. “(...) o critério normativo que uma qualquer fonte jurídica interpretanda se proponha a oferecer, para uma concreta realização direito, só pode oferecê-lo aí pela mediação da interpretação – ‘a norma será tal como é interpretada’ -; e sobretudo que a interpretação, ao propor-se referir o sentido normativo dessa fonte interpretanda às concretas exigências ou ao mérito concreto do problema jurídico a resolver, para que possa ser dele um critério adequado de solução, traduzir-se-á sempre numa normativamente constitutiva ‘concretização’.” CASTANHEIRA NEVES. **O actual problema metodológico da interpretação jurídica.** Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 13. Ver, ainda, sobre a inadmissibilidade da tese do *in claris*: AFTALIÓN, Enrique R.; VILANOVA, José e RAFFO, Julio. **Introducción al derecho.** 3 ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1988, pp. 772 e ss.

³¹⁹ “(...) il se peut, effectivement, que dans certes litiges, l’interprétation de tel ou tel texte ne fasse l’objet d’aucune controverse. Cet état de choses nous permet, tout au plus, de constater que les diverses interprétations envisagées de ce texte ne présentent aucun intérêt particulier pour les parties, car elles n’avantagent aucune d’entre elles. Concrètement, quand il s’agit d’une texte rédigé dans une langue ordinaire, dire que le texte est clair, c’est souligner le fait qu’en l’occurrence, il n’est pas discuté. Au lieu de tirer de la clarté d’un text la conséquence qu’il n’est pas possible, raisonnebement, de ne pas être d’accord sur sa signification a sa portée, c’est plutôt le contraire que nous pouvons affirmer: comme il ne fait pas l’objet d’interprétations divergentes et raisonnables, on le considere comme clair”. PERELMAN, Chaim. **Logique juridique – nouvelle retorique.** Paris: Dalloz, 1976, p. 36.

praça é nossa.³²⁰ Haverá ocasiões em que o significado de pontuais expressões é tornado central para o deslinde da demanda. Havendo interesse, será possível aos procuradores das partes aventar uma lacuna para cada palavra na lei.³²¹ Outras, em que serão passadas por alto expressões quase vazias, sacadas pelos juristas em fundamentações petitórias ou decisórias, como *razoabilidades*, *proporcionalidade* ou *dinigdade da pessoa humana*, não raro manejadas como autoevidentes e como se houvesse em torno delas consensos intersubjetivos. De todo modo, internamente a procedimentos jurídicos, nem tudo poderá vir “explicadinho”, “nos mínimos detalhes”, uma vez que se impõe o desfecho dos casos adjudicados, que não podem restar indecisos.

A idéia de que diante de disposições claras pode-se prescindir de interpretação representa equivocada abordagem da realidade jurídica. Não apenas disposições normativas entram em jogo na realização do direito. Há relatos fáticos trazidos a juízo pelos procuradores das partes litigantes. Tais relatos afiguram como versões do problema que se pretende ver decidido com autoridade. Trata-se de versões divergentes, quando não contraditórias. Também elas reclamam por interpretação.

Disposições normativas aparentemente claras aos olhos de comentadores ou professores universitários que as interpretam em descontexto, à distância de situações e casos jurídicos, podem se revelar ensejadoras das maiores complexidades. É pouco relevante para a compreensão da vivência do direito a insistência na demonstração da existência de disposições objetivas ou claras, das quais decorreriam (ainda que não logicamente) interpretações consensuais acerca de seus significados. Mesmo simples questões, comumente postas em desatenção aos detalhes de qualquer situação ou caso adjudicado, como a consistente em saber “se é lícito dirigir a 80 km/h em estrada para qual se prevê máximo de 60 km/h?”, retoricamente formuladas pelos fautores de alguma objetividade jurídica, podem receber, na prática, repostas diversas daquelas que apressadamente alguns juristas gostariam de poder lhes oferecer. Pode-se demonstrar,

³²⁰ A lembrança do personagem interpretado por Rony Rios é devida ao professor Tercio Sampaio Ferraz Junior, que dele se valeu para abordar o tema da *interpretação jurídica* em arguição à dissertação de mestrado de Osvaldo Alves de Castro Filho, em 2007, na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

³²¹ “(...) no se encuentran casualmente lagunas en la ley; lo que pasa, es (como se puede afirmar sin temor a equivocarse) que hay tantas lagunas como palabras. Ningún concepto se halla analizado hasta sus últimos elementos; sólo pocos han sido definidos y esos pocos solo por medio de otros conceptos a su vez indefinidos. Por ello resulta altamente improbable que un caso dado sea captable mediante la parte indubitada de los diferentes conceptos aplicables y que no nos encontremos con sus contornos borrosos”. KANTOROWICZ, Hermann. La lucha por la ciencia del derecho (1906). In: **La ciencia del derecho**, 1949, p. 337.

ao se impugnar eventual multa de trânsito recebida, que o velocímetro do carro passou a funcionar defeituosamente durante a viagem, o que não havia sido percebido no momento de autuação da suposta infração. Alegações no sentido de que a sinalização da estrada não estava visível, restando encobertas as placas por matagal, não são descartáveis de antemão. O motorista pode ter acelerado para escapar e iminentes assalto. A esposa pode ter entrado em trabalho de parto de modo imprevisto. As disposições jurídicas oferecem diretivas para a solução de casos adjudicados. Não se obtém a decisão judicial a partir de mera leitura de dispositivos legais. Não há maiores problemas em admitir que diante de regra como a mencionada, o máximo que um jurista poderá dizer em desatenção às peculiaridades de cada caso, é que existe uma previsão legal segundo a qual ultrapassar limite de velocidade sujeita o condutor do veículo ou seu responsável a determinadas consequências. Não se sabe, contudo, se estas consequências virão a ser efetivamente impostas.

Mesmo disposições determinantes de marcos temporais, expressamente indicados, podem suscitar controvérsias.³²² Uma disposição que pretende estabelecer idade mínima para a ocupação de altos cargos políticos poderá ser objeto de indagação quanto à sua finalidade diante de problema engendrado em determinado contexto histórico, clamando por resolução jurídica. Prazos legais estabelecidos para a duração máxima de patentes médicas podem ter seu modo de contagem controvertido, subjazendo a esta discussão valores exorbitantes concernentes a dias, meses ou anos a mais de exploração comercial exclusiva de determinado produto. Lapsos temporais aparentemente bem demarcados na abstração das disposições legais concernentes a determinação de requisitos para exercício de determinadas funções públicas podem-se revelar objeto das mais intrincadas disputas e discordâncias.

A emenda constitucional número de 08 de dezembro de 2004 introduziu alterações no parágrafo 3 do artigo 129 do documento constitucional de 1988, acrescentando determinadas exigências para o ingresso nas carreiras do Ministério

³²² “En un terreno (...) como es el de las *disposiciones que señalan requisitos de plazo*, se nos ofrece el mismo impresionante espectáculo de un lucha de la equidad contra los preceptos legales de carácter formal. De manera especial, las materias relativa a *plazos de prescripción y caducidad* han dado lugar a dos penetraciones de opuesto sentido en el rígido edificio normativo del derecho legislado. Por un lado existe el instituto de Derecho pretorio de la *Verwirkung* que priva de vida a derechos subjetivos que, a tenor del texto literal de las reglas de Derecho, todavía deberían considerarse plenamente subsistentes por no haber transcurrido el plazo de prescripción ni haber quedado extinguidos por el transcurso del plazo de caducidad (...); Por otra parte existe el fenómeno opuesto de que un derecho ya prescrito o excluído por caducidad a tenor de la disposición abstracta de la ley, todavía aparece digno de realización (...).” BOEHMER, Gustav. **El derecho a través la jurisprudencia**. Su aplicación y creación. Tradução de José Puig Brutau. Barcelona: Editorial Bosch, 1959, p. 242.

Público³²³. Desde então, deflagrou-se debate acerca do alcance da expressão “atividade jurídica”. Também assim, passou-se a questionar a forma de contagem do período mínimo de três anos de prática. Havia dúvidas quanto ao momento inicial, bem como quanto ao momento da comprovação da experiência jurídica. Indagava-se, por exemplo, quanto à possibilidade de computar nestes três anos as atividades desempenhadas durante estágios desempenhados internamente ao período de graduação.

Na ação direta de inconstitucionalidade número 3640-DF,³²⁴ a Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (CONAMP) impugnou a constitucionalidade do artigo 7 da Resolução 55/2004 do Conselho Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, que disciplinava o ingresso na carreira do Ministério Público³²⁵. Alegava-se, em sintética petição de 07 páginas, **a)** o caráter excessivo da restrição concernente à exigência de que os três anos de atividade jurídica sejam vivenciados posteriormente à conclusão do curso de direito, uma vez que seria perfeitamente possível desempenhar atividades jurídicas anteriormente à “formatura”, o que não seria vedado pelo documento constitucional e **b)** a inconstitucionalidade da circunscrição do alcance da expressão “atividade jurídica” a atividades privativas de bacharéis em direito, em função da existência de atividades, como as de polícia e de cartorárias, para as quais não é necessário bacharelado, mas que devem ser qualificadas como jurídicas, o que faria da restrição operada pelo diploma impugnado incompatível com a exigência de isonomia, por tratar, injustificadamente, de modo desigual pessoas em situações idênticas.

Ao julgar a ADIn 3640-DF, decidindo, por maioria pela improcedência do pedido, o Supremo Tribunal Federal cuidou de oferecer densidade à expressão atividade jurídica, bem como de explicitar a interpretação da Corte acerca do momento inicial da contagem do lapso de três anos de experiência. Também assim, manifestou

³²³ **Art. 129 (...) § 3.º** O ingresso na carreira far-se-á mediante concurso público de provas e títulos, assegurada participação da Ordem dos Advogados do Brasil em sua realização, exigindo-se do bacharel em direito, no mínimo, três anos de atividade jurídica e observando-se, nas nomeações, a ordem de classificação.

³²⁴ STF – **ADIn 3460/DF**. Relator Ministro Carlos Ayres Britto. DJU 15/06/2007.

³²⁵ **Art. 7** Poderão inscrever-se, no concurso público, bacharéis em Direito com, no mínimo, três anos de atividade jurídica (art. 129, parágrafo 3 da CF) e comprovada idoneidade moral.

Parágrafo único. A atividade jurídica, verificada no momento da inscrição definitiva, deverá ser demonstrada, juntamente com os demais documentos indicados no art. 11, por:

- a) certidão da OAB, comprovando a atividade jurídica, na forma da Lei n. 8.906, de 1994, a abranger a postulação perante qualquer órgão do Poder Judiciário, bem como atividades de consultoria, assessoria e direção jurídicas, sob inscrição da Ordem dos Advogados do Brasil;
- b) certidão de exercício de cargo, emprego ou função pública, privativos de bacharel em Direito, sejam efetivos, permanentes ou de confiança.

entendimento concernente ao momento de comprovação. Estabeleceu-se, no acórdão, que 1) por atividade jurídica deve-se entender atividade privativa de bacharel em direito. 2) Quanto à contagem do período de três anos, assentou-se que somente pode ter seu início computado posteriormente à obtenção do título de bacharel em direito (conclusão do curso)³²⁶, 3) devendo-se oferecer comprovação do atendimento deste requisito no momento da inscrição para o concurso. Nesse particular, é de se registrar mudança de orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal. Até então, havia tendência em se considerar ser necessária a comprovação de habilitação legal no momento da posse no cargo e não no da inscrição no concurso. Eram nesse sentido a maior parte das decisões daquela corte, em casos reputáveis semelhantes.

Na sessão plenária de julgamento do dia 31 de agosto de 2006 estabeleceu-se debate que geraria dificuldades para aqueles que ainda insistem em salvaguardar a tese de que há situações de clareza objetiva na interpretação jurídica. O ministro relator Carlos Aires Britto havia julgado parcialmente procedente a ADIn, determinado a inconstitucionalidade do parágrafo único do artigo 7 da resolução impugnada, extirpando-lhe a expressão “verificada no momento da inscrição definitiva”. Britto sustentava entendimento de que o requisito de três anos de atividade jurídica há de ser comprovado no momento da posse, pois se trata de requisito para ingresso na carreira, não para prestação de concurso.

Ao votar, o Ministro Sepúlveda Pertence, que decidiria pela procedência integral do pedido, observou que a simples determinação da inconstitucionalidade do parágrafo único, ressalvado o *caput* do artigo 7, não possuiria o condão de produzir os efeitos almejados pelo relator. Não se conseguiria evitar a exigência de comprovação de três anos de atividade jurídica se desse no momento da inscrição. Isso porque o *caput* já continha a referida exigência, consignada na expressão “*podem inscrever-se*”.

A partir daí, travou-se debate em torno do sentido da expressão “*podem inscrever-se*”, que aos olhos do ministro Sepúlveda Pertence aparecia como “texto inequívoco”. Carlos Ayres Britto propunha interpretar essa expressão como se estivesse a significar *possibilidade de participar do concurso, possibilidade de competir*, de tal modo que eliminada a exigência de que a comprovação dos três anos se desse no momento da inscrição, que vinha contida no parágrafo único, seria permitido a

³²⁶ Nesse ponto, ainda parece possível questionar o que se deve entender por “conclusão do curso de direito”. Bastaria a superação de todos os pré-requisitos para a obtenção do título de bacharel (aprovação em todas as disciplinas, no estágio supervisionado e na defesa de monografia/tese de láurea) ou seria necessária a efetiva colação de grau?

candidatos que não pudessem comprová-la naquele instante se submeter ao concurso ainda assim. Diante da celeuma lingüística, a Ministra Carmen Lúcia interveio no sentido de que “*inscrever-se quer dizer inscrição*”. O ministro relator não restou convencido, mantendo inalterados os termos de seu voto inicial. Aquilo que parece claros a alguns, não necessariamente parecerá claro a outros. A vivência jurídica não se coaduna com rigidez ou objetividades. As interpretações estão sujeitas a variações na medida da variabilidade das vivências dos próprios julgadores.

Alcançada a decisão final da ADIn em questão, muitos passaram a imaginar que estava resolvida a questão da constitucionalidade da exigência de três anos de atividade jurídica. Não haveria mais choro, nem vela. Aquele que quisesse disputar vaga nas carreiras da Magistratura ou do Ministério Público haveria de cumprir estritamente com os requisitos constitucionais, tal qual interpretados pelo Supremo Tribunal Federal nesse caso, que não poucos terão chamado de *leading case*. Haveria de ser bacharel em direito e teria de comprovar, no momento da inscrição do concurso, três anos de atividade jurídica, computados posteriormente à conclusão do curso de direito.

Acontece que a vivência jurídica não parece corresponder a modelos incisivo de tipo *tudo* ou *nada*. A constitucionalidade daquela que seria por muitos definida como *regra* da prática jurídica fora admitida na ADIn 3460. Depois de incontáveis disputas judiciais, com mandados de segurança entupindo as repartições de judiciário, a fim de se estabelecer alcance e sentido daquela regra, isso parecia – aos olhos de não poucos – ter sido feito de modo definitivo pelo Supremo Tribunal Federal. Contudo, o mesmo Supremo Tribunal Federal não cessaria de oferecer posteriores lições sobre a incompatibilidade de uns quantos modelos teóricos de moda, bastante em voga atualmente, com a concretude da interpretação jurídica. Conforme cogitado pelo Ministro Gilmar Mendes, na referida ADIn, é “*quase impossível, numa discussão em controle abstrato, surpreender todos os fatos que surgirão a partir dessas múltiplas singularidades que envolvem o processo de concurso público*”.

Assim, a despeito da exigência “expressa”, “frontal”, construível como “mandamento definitivo”, do artigo 129, parágrafo 3, do documento constitucional, de que sejam comprovados três anos de atividade jurídica para que se possa ingressar nas carreiras do Ministério Público, interpretada pelo STF como determinante de comprovação do período correspondente de prática no momento da inscrição, diverso foi o deslinde do Mandado de Segurança 26708-DF. Nesse caso jurídico, Bruno Alexandre Gütschow e Cláudio Terre do Amaral (impetrantes), impugnavam ato do

Procurador Geral da República que lhes indeferia inscrição para participar do vigésimo quarto concurso para provimento de cargo de Procurador da República, em virtude de desatendimento de requisito temporal constitucional. Os impetrantes contariam com apenas dois anos, onze meses quinze dias de atividade jurídica (privativa de bacharel) na da inscrição definitiva para o concurso (18.08.2008).

Bruno e Cláudio haviam atuado como servidores concursados do Banco Central por mais de dez anos. Trata-se de funções não exclusivas de bacharel em direito. O primeiro havia colado grau em direito em 25.02.2005. O segundo, em 23.12.2004. Ambos foram aprovados no primeiro exame de Ordem ³²⁷subseqüente à formatura, recebendo certificado de habilitação em 22.06.2005, apenas tendo deferidas, contudo, as inscrições nos quadros da OAB em 2.9.2005. Em conformidade com os critérios adotados pela autoridade coatora, os períodos de prática jurídica de Bruno e Cláudio passaram a ser considerados a partir dos marcos iniciais representados pelas datas de 11.10.2005 e 19.10.2005, respectivamente. Datas essas em que foram protocoladas as suas primeiras petições iniciais.

Os impetrantes argumentavam, na inicial, que a) desempenharam atividade jurídica correspondente a ‘quatro incidências em calendáriso forenses diferentes’; b) exerciam, há mais de dez anos, cargo público federal de nível superior (analista do Banco Central) em cujas atividades preponderavam interpretação e aplicação de normas jurídicas; c) no momento da *posse* teriam três anos de atividade jurídica e d) implementaram a exigência de três anos de atividade jurídica por meio de exercício de advocacia.

O mandado de segurança viria a ser concedido, por maioria, na esteira do voto conduzido da Relatora Ministra Carmén Lúcia, que, em virtude das *peculiaridades*³²⁸ do

³²⁷ Tem-se, aqui, mais uma vez a tese da “clareza” de alguns dispositivos legais, que se subtraíam à interpretação, esbofetada pela vivência do direito. O dispositivo constitucional determina exigência de *três anos de atividade jurídica* (art. 129, parágrafo 3). No caso em questão, questionou-se, com respaldo no voto do Ministro Carlos Ayres Britto na ADIn 3460, sob o sentido da expressão *três anos*. Seriam eles computados mediante aferição necessário de três blocos de 365 dias ou bastaria a demonstração de atuação jurídica em três calendários forenses distintos?

³²⁸ “Considerando que a) os Impetrantes tinham mais de três anos como bacharéis em direito na data da inscrição; b) habilitação para integrar os quadros da OAB e, nesta condição, poderem advogar; c) comprovação de exercício de atos de advocacia (contencioso) após receberem a Carteira da OAB (deferimento da inscrição); d) ter-lhes sido conferidas funções próprias de bacharel no exercício de um cargo no qual essa era uma das possibilidades (conforme atesta o Banco nos documentos acostados aos autos), tenho por cumpridas as exigências do Edital e, neste específico caso, o não reconhecimento do direito dos impetrantes importaria em afronta ao princípio constitucional da igualdade”. (Ministra Carmén Lúcia). O voto da Relatora atribuiu grande relevância à certidão do Banco Central, acostada aos autos, atestando que os impetrantes exerceram, por mais de dez anos, atividade às voltas com “interpretação e aplicação de normas jurídicas”. A despeito do decidido na ADIn 3460-DF, em que se consignou que a

caso, considerou restar cumprida a exigência de três anos de prática jurídica, a despeito de não ter afastado o modo de contagem utilizado pela autoridade coatora, o qual resultava na falta de quinze para que fosse preenchida a exigência constitucional pelos impetrantes. Significa dizer que, para efeitos da decisão da maioria, que acompanhou o voto da relatora, naquele caso, dois anos, onze meses e quinze dias de atividade jurídica comprovada no momento da inscrição equivalem a três anos de prática jurídica. São suficientes para autorizar a participação na concurso, bem como a nomeação no cargo, em hipótese de aprovação.

O Supremo Tribunal Federal decidiu por enxergar três anos de atividade jurídica quando haviam sido comprovados apenas 2 anos, 11 meses e 15 dias. Situações de aparente facilidade, quando encaradas à distância da concretude dos problemas da vida dos jurisdicionados, trazidos ao judiciário sob a forma de casos jurídicos, podem adquirir contornos gramática. Uma regra expressa demarcatória de lapso temporal é, aqui, superada em função das *peculiaridades* do caso concreto.

E não se pense que se trata de caso isolado, absolutamente excepcional. Pois a vivência jurídica revela mais. Em 2007, Thales Messias Pires Cardoso impetrou mandado de segurança junto ao Supremo Tribunal Federal em face de ato do Procurador Geral da República que lhe indeferiu a inscrição para o vigésimo terceiro concurso de Provedimento de Cargos para o Ministério Público Federal,³²⁹ em função de falta de

atividade jurídica exigida pelo documento constitucional é atividade privativa de bacharel, entendeu-se que a atuação junto ao Banco Central (não exclusiva da graduados em direito) serviria de elemento suficiente a autorizar a ultrapassagem da estrita exigência de três anos de prática jurídica.

³²⁹ Ao menos outros dois mandados de segurança referentes ao mesmo concurso público foram apreciados pelo Supremo Tribunal Federal, em 2007: MS 26682. Relator Ministro Cezar Peluso. DJU 27/06/2008 e MS 26690. Relator Ministro Eros Grau. DJU 19.12.2008. Ambos foram julgados procedentes, sendo concedida a segurança aos impetrantes. No primeiro caso, em consonância com o voto do relator, a corte decidiu que os três anos de atividade jurídica devem ser computados após a conclusão do curso em direito, não tendo por marco inicial a obtenção formal do grau de bacharel, mas sim a data da superação de todos os requisitos para a obtenção do grau. Basta “o término do curso, com aprovação”, para que se possa iniciar o cômputo do período de prática jurídica. Ofereceu-se, aí, interpretação a requisito não suficientemente especificado na decisão da ADIn 3460, densificando-se a expressão “conclusão de curso de direito”. No segundo caso, a impetrante, que já ocupava, desde abril de 2005, cargo de Promotora junto ao Ministério Público do Estado do Paraná, teve inscrição para o referido concurso de Provedimento de Cargos para o Ministério Público Federal denegada em função de não cumprimento de requisito temporal. O ministro Eros Grau manifestou-se no sentido de que “a circunstância de a impetrante, Promotora de Justiça no Estado do Paraná, exercer funções delegadas do Ministério Público Federal e concomitantemente ser tida como inapta para habilitar-se em concurso público para o provimento de cargos de Procurador da República é expressiva de contradição injustificável”. Desse modo, tomou-se a circunstância fática de já ser a impetrante membro do Ministério Público (ainda que estadual), instituição una, por força de disposição constitucional, como determinante da necessidade de se superar a exigência temporal de três anos de prática jurídica, que se reconheceu efetivamente não cumprida. Nesse ponto, o ministro relator ainda anotou que aí “fica muito clara a beleza e nobreza do ofício de interpretação do direito, interpretação do direito como construção da norma. Nós não somos meros leitores de textos normativos. Fôssemos meros leitores de textos normativos, bastaria a nós a alfabetização. Nós fazemos

comprovação, no momento adequado, de três anos de atividade jurídica. Tomando como termo inicial a data de inscrição do impetrante nos quadros da Ordem dos Advogados do Brasil, conclui-se pela falta de 45 (quarenta e cinco) dias para o cumprimento das exigências constitucionais.

Também aqui, o Supremo Tribunal Federal flexibilizou a mesma disposição constitucional (art. 129, parágrafo 3 do documento constitucional), expressa quanto à exigência de três anos de prática jurídica e cuja interpretação se tinha por supostamente assentada na ADIn 3460, em que, conforme consta das informações prestadas pelo Procurador Geral da República nos autos, baseou-se a impugnação da inscrição de Thales. Em atenção ao caráter “*peculiar*” (Carlos Alberto Menezes Direito), “*sui generis*” (Ricardo Lewandowski) e “*singular*” (Carlo Ayres Britto) do caso, entendeu-se pela existência de direito líquido e certo à inscrição no concurso, bem como à subsequente nomeação, em virtude de já ter ocorrido a aprovação de candidato nas fases finais do concurso, das quais pode participar em virtude de liminar concedida nos mesmos autos pelo Ministro Sepúlveda Pertence.

Não obstante o decidido na ADIn 3460, o voto condutor do Ministro Relator Carlos Alberto Menezes Direito destacou como peculiaridades do caso: 1) o fato de o impetrante ter sido aprovado nas provas orais do concurso, das quais participou em virtude de liminar obtida junto ao STF; 2) já ter o impetrante cumprido com a exigência de três anos de atividade jurídica no momento da aprovação, ainda que não no da inscrição para o concurso; 3) a data de assinatura do edital do concurso (01.09.06) o situaria em momento de transição da jurisprudência do Supremo, que até a ADIn 3460 tendia a decidir no sentido de que requisitos de experiência profissional devem ser comprovados apenas no momento da posse em cargo público e não no da inscrição; 4) a circunstância de que o impetrante havia sido aprovado no exame de ordem já em dezembro de 2003, embora sua inscrição, tomada como prazo inicial para a demarcação de período de atividade jurídica pela autoridade coatora, naquela instituição tenha se dado apenas em 07/06/2004.

muito mais do que isso porque aqui integramos o ordenamento jurídico. Trabalhamos no segundo momento normativo, no espaço da dimensão normativa, distinto do espaço da dimensão legislativa”. Registre-se, aqui, uma vez mais, a ocorrência do que, em termos práticos, pode ser interpretado como embaraço aos fautores de uma suposta e monolítica lógica jurídica: é porque a impetrante já exerce funções delegadas do Ministério Público Federal, no cargo de promotora do Ministério Público do Estado do Paraná, que se deve reconhecer o direito líquido e certo à participação no concurso para provimento de cargos do MPF. Isso apesar de disposição constitucional expressa – e já submetida à minuciosa concretização interpretativa pelo STF, na ADIn 3460 – determinando a exigência de três anos de atividade jurídica para ingresso na carreira do Ministério Público, a qual não foi cumprida no caso.

Assim, reputando-se que os quarenta e cinco dias faltantes para totalizar os três anos de prática jurídica exigidos pela disposição constitucional se deviam a detalhes de trâmites da OAB para efetivação da inscrição de seus membros, que não seriam imputáveis ao impetrante, votou o ministro relator pela concessão da segurança, no que foi acompanhado pela maioria. A despeito de faltarem 45 dias para o cumprimento da exigência constitucional de três anos, entendeu-se que, no caso, em virtude de algumas peculiaridades, ela fora satisfeita³³⁰.

Os casos que reivindicam pela intervenção de juízes, assim como árbitros esportivos, são problemas concretos. Envolvem seres humanos animados por interesses divergentes. A não anulação pelo árbitro de gol da França obtido às custas de jogada em que Thierry Henry utilizou a mão, por mais de uma vez, no empate em 1x1 contra a Irlanda, em 18 de novembro de 2009, que assegurou à seleção francesa vaga na copa do mundo de 2010, fora amplamente contestada pelos jogadores irlandeses, pela torcida respectiva e por parte significativa da imprensa mundial. Ainda que embaraçados, aos jogadores franceses interessava a confirmação do gol reputável irregular. Todavia, a partir desse ponto, a *semelhança* entre árbitros de futebol e juízes pode se desfazer, ou ao menos se revelar *irrelevante* num aspecto merecedor de atenções. Árbitros são testemunhas oculares dos conflitos que são chamados a dirimir para dar continuidade ao jogo. Manifestam-se interpretando e decidindo sobre fatos que tiveram condições de presenciar, ainda que concretamente, por conta de quaisquer circunstâncias – posicionamento desfavorável no campo, desatenção momentânea, mala de dinheiro –, não tenham efetivamente presenciado. Os juízes de direito, por sua vez, não têm acesso aos fatos. Não os presenciam. São chamados a se pronunciar sobre eventos passados. Lidam, geralmente, com relatos fáticos. Mais propriamente, com versões fáticas, não raro divergentes e mesmo contraditórias.

Juízes decidem, em suma, interpretando prévias interpretações.

³³⁰ “A meu juízo, o período de quarenta e cinco dias que faltou ao impetrante corresponde ao prazo razoável para a expedição de carteira de advogado após o seu requerimento, de tal sorte que, aprovado no exame de ordem em dezembro de 2003, considero preenchido o requisito de atividade jurídica”. (Ministro Carlos Alberto Menezes Dirieto). “(...) entendo que a ordem deve ser concedida porque o tempo faltante de quarenta e cinco dias é um tempo mínimo, um tempo exíguo que está a atrair o princípio da razoabilidade”. (Ricardo Lewandowski) Com recurso a alguns lugares comuns da argumentação jurídica, torna-se possível, sem maiores ônus argumentativos, superar exigência temporal (numérica) expressa em disposição constitucional. Pareceu, aos ministros do Supremo (vencida a ministra Carmen Lúcia), *razoável* que 320 dias fossem equiparados, no caso, a 365.

4.5. Interpretação como atribuição de sentido

Roe vs. Wade não é senão produto de interpretações realizadas pelos membros da Suprema Corte norte-americana, no distante 1973. Passados mais de trinta anos, seguem-se discutindo sentido e alcance daquele precedente. A interpretação vencedora em determinado momento histórico é, reiteradamente, submetida à interpretação de juízes chamados a se manifestar em novos casos envolvendo a questão do aborto. A despeito da clareza abstrata da permissão de aborto lá estabelecida, as situações trazidas a juízo revelam complexidades que reivindicam por novos deslindes.

O modo de existência do direito é interpretativo-decisório. Em sua especificidade, o direito se manifesta nas inevitáveis decisões de terceiros competentes. Todavia, não se esgota a existência do direito em suas concretas aparições judicativas. Há direito em realização constante (*continuum* dos processos [potencialmente] jurídicos) no âmbito das interações humanas em sociedade. A todo momento, faz-se presente a possibilidade de emergência de conflitos. Diante da insuficiência ou fracasso das tentativas dos interessados em resolvê-los, não raras vezes recorre-se à intervenção das autoridades jurídicas, adjudicando-se a controvérsia.

Interpretar significa escolher dentre alternativas possíveis o curso de uma ação concreta. As alternativas que se colocam à escolha são também elas produto de interpretações, não se oferecendo prontamente, como num serviço de restaurante *à la carte*³³¹. Interpreta-se decidindo e decide-se interpretando.³³² Toma-se posição sobre distintas possibilidades, atualizando-se uma delas. A interpretação não se encerra num átimo. Opera sobre incertezas procurando determiná-las. Realiza-se no curso de

³³¹ Aqui têm pertinência as invariavelmente lúcidas e sagazes ressalvas do professor costariquenho Minor Salas: “El problema con la tesis de la posibilidad de elección radica en que a Ella se subyace una visión estática y altamente mecanicista del derecho y su aplicación. (...) Se desconoce el hecho de que tanto la decisión entre distintas alternativas como la percepción de esas alternativas presupone múltiples y contradictorios juicios de valor por parte del operador jurídico. Se ve únicamente aquello que ya se ha visto y que ya se ha decidido ver!” SALAS, Minor. **Dimensiones epistemológicas del derecho**. El problema de su legitimidad cognitiva. 48 ff. [Texto inédito - Arquivo eletrônico gentilmente encaminhado pelo autor], p. 24.

³³² “It is no wonder (...) that the interpretation of the word ‘interpretation’ itself yield a variety of results. The latin word *interpretari* means to explain, translate, assume, infer, decide”. PITAMIC, Leonidas. Some aspects of the problem of interpretation. **American Bar Association Journal**, n. 19, 1933, pp. 582-587, p. 582

processo mental – não inteiramente consciente - de atribuição de sentido.³³³ Tal processo não pode ser reputado meramente declaratório.

Mesmo etimologicamente, interpretar, do latim *interpretari*, significa *trazer à luz mediante extensão; estender ou externalizar*, na medida em que se compõe do prefixo *inter* (por meio de) e de segundo elemento cuja provável origem é o sânscrito *prath* (ampliar). A própria idéia de interpretação rechaça a concepção de atividade meramente reprodutiva.

A interpretação supõe pluralidade de opções, elas mesmas construídas hermeneuticamente. Há indeterminação quanto àquela que deve ser adotada perante situação qualquer. Não se conhece de antemão a solução a ser perfilhada. No curso do afazer hermenêutico é que será atualizada uma dentre as possíveis significações construídas e colocadas, portanto, à disposição. Podem estar em questão textos, comportamentos, relatos ou mesmo estados de coisas. Ao interpretá-los não se desentranha sentido já existente. Não se extrai o significado latente daquilo que se interpreta. A atribuição de sentido envolve criação. Certifica-se algo até então indeterminado. Cria-se situação até ali inexistente optando-se por uma das alternativas avistadas.

A interpretação, quer se realize sobre proposições lingüísticas, quer sobre estados de coisas ainda não articulados linguisticamente, é constitutiva. Não se deve temer qualificá-la por criadora de sentido. O afazer hermenêutico conduz a resoluções anteriormente não existentes senão enquanto possibilidade. Concretizar aquilo que antes era somente possível significa constituir novas realidades. No âmbito da realização judicativo-decisória do direito não se faz diferente.

O direito aparece como produto de específicas interpretações realizadas pelas autoridades julgadoras, únicos intérpretes autênticos. Somente se realiza interpretativamente. Os problemas trazidos a juízo são solvidos ao final de complexos processos hermenêuticos. A interpretação jurídica é atravessada por inumeráveis variáveis e nela interferem fatores não racionalizáveis.³³⁴ Realizando-se sobre

³³³ “Interpretation is a process of generating meaning, and one important (and very common way) of both understanding and expressing the meaning of a text is to render it specific and concrete.” FISS, Owen. Objectivity and interpretation. **Stanford Law Review**, n. 34, 1981-1982, pp. 738 e ss., p. 743.

³³⁴ Não se pode descuidar do papel desempenhado por sentimentos e impulsos na realização judicativo-decisória do direito. Embora, segundo muitos, sujeita a algumas restrições, a tomada de decisões judiciais não é senão produto da vontade do(s) magistrado(s). A aleatoriedade de que parecem revestidos muitos julgados levou o juiz norte-americano Joseph HUTCHESON JR. a rememorar, em instigante artigo, a figura do juiz Bridoye, imortalizada por François Rabellais: The Judgement Intuitive. The

disposições pretensamente normativas e relatos fáticos que constituem um caso jurídico, bem como sobre variadas circunstâncias que não se deixam antever, a interpretação dos juízes constitui direito para o caso concreto. O próprio caso, em sua conformação final determinada por decisão transitada em julgado, é resultado de processo hermenêutico, sendo lapidado no ao longo de interações entre os diferentes protagonistas do procedimento jurídico que conduz ao seu desfecho³³⁵.

4.6. Variáveis, disposições pretensamente normativas e versões fáticas

Uma série não exaurível de variáveis pode interferir na tomada das decisões e nos processos hermenêuticos que a elas conduzem³³⁶. É recomendável não olvidar que o juiz atua desde um seu lugar no mundo. Como qualquer ser humano, possui pré-compreensões acerca dos temas sobre os quais é chamado a se pronunciar.³³⁷ Embora se

function of the ‘hunch’ in judicial decision. **South texas law review**. v. 39, 1997-1998, pp. 889 e ss. O juiz Bridoye costumava decidir seus casos mediante recurso ao lançamento de dados.

³³⁵ “(...) uma demanda no es historia pasada por el hecho de que se haya interpuesto unos meses antes de la sentencia, sino que la demanda va cobrando sentido en todo el proceso hasta que se dicta sentencia (...)”. COSSIO, Carlos. **El derecho en el derecho judicial**. Buenos Aires: Libreria El Foro, 2002, p. 61.

³³⁶ Rudolph Lautmann percebeu como ninguém a interferência de variáveis distintas daquelas representadas pelas disposições pretensamente normativas e pelas versões fáticas trazidas a juízo na tomada de decisão, que descreve como processo e não como ato. Em seu magnífico estudo intitulado **Justiz - Die Stille Gewalt**, em que procura abordar “as forças silenciosas” que atuam na realização do direito a cada caso adjudicado, bem como fazer perceber toda uma estrutura montada nos bastidores da adjudicação que garante a continuação do show do direito, representada por exércitos de incansáveis assessores, Lautmann apresenta didática distinção entre *programas oficiais* e *não oficiais* de decisão. “Die Summe aller Normen und Werte, die einen Entscheidungsprozeß regeln, ist das *Programm*, das Entscheidungsprogramm. (...) Das *formelle Programm* enthält die Normen, die offiziös und mit Legitimitätsanspruch auftreten. (...) Für das Gerichtsurteil ist formelles Programm zunächst einmal das positive Recht, das sind die Normen des Gesetzes-, Gewohnheits- und Richterrechts. (...) Das *informelle Programm* besteht aus den nichtformalisierten, das heißt den nichtoffiziellen und nichtkodifizierten Normen und Werten. (...) Das informelle Programm des Juristen wird selten gesehen; es sind dies die außerrechtlichen Entscheidungsgrundlagen, nämlich vielerlei normative Prämissen, die der Jurist aus verfassungsrechtlich dafür nicht legitimierten Quellen entnimmt und die Regelmässig in der Argumentation nicht dargestellt werden. Solche Normsender sind etwa die oberer Mittelschicht oder Bevölkerung, Familie, Bekannte und Kollegen des Richters, politische Parteien, Kirchen, Interessenverbände und Massenmedien”. LAUTMANN, Rudolph. **Justiz – Die Stille Gewalt**. Frankfurt, 1972, pp. 17-18. Retoque haveria de ser feito apenas na consideração dos “programas informais” como “fundamentos extrajurídicos da decisão”. Ao abordar a vivência jurídica a partir da percepção do *continuum* do direito, no fluxo dos processos jurídicos que conduzem ao desfecho dos casos adjudicados no curso de específicos procedimentos judiciais, é descabido procurar estabelecer demarcação entre juridicidade e extrajuridicidade de critérios decisórios. Os chamados “programas informais” não são senão variáveis (espécie do gênero) que podem interferir na tomada de decisão. Nem eles, nem as disposições pretensamente normativas, que oferecem diretivas às autoridades competentes, contêm em si o direito do caso, que dependerá da interpretação-decisão dos julgadores para se realizar.

³³⁷ “Quem quiser compreender um texto, realiza sempre um projetar. Tão logo apareça um primeiro sentido no texto, o intérprete prelineia um sentido do todo. Naturalmente que o sentido somente se manifesta porque quem lê o texto lê a partir de determinadas expectativas e na perspectiva de um sentido determinado. (...) É só o reconhecimento do caráter essencialmente preconceituoso de toda compreensão que pode levar o problema hermenêutico à sua real agudeza. (...) Em si mesmo. ‘preconceito’ (*Vorurteil*)

manifeste oficialmente na posição de órgão jurídico, não abandona, no momento decisório, a condição humana. A cada juízo interpreta-se não apenas o caso adjudicado, mas se interpreta o “mundo” segundo visões particulares, suscetíveis de câmbio na passagem de um julgado ao outro³³⁸.

Quando o tema é a interpretação jurídica, não se pode negligenciar o papel das interpretações realizadas pela chamada “doutrina” em torno das disposições jurídicas existentes e de casos anteriormente decididos pelas autoridades competentes. Ao tematizar a interpretação no direito, é recomendável ter em conta que as autoridades competentes não os únicos sujeitos hermenêuticos. Interpretações extrajudiciais não cessam de ser trazidas aos processos como argumentos favoráveis aos interesses das partes em litígio e, corriqueiramente, encontram-se registradas na fundamentação das *decisões vinculantes* (transitadas em julgado), bem como de outras decisões que a antecedem no curso dos processos jurídicos. As tematizações jurídicas realizadas pelos estudiosos do direito integram a vivência jurídica, constituindo-se como modo de vivenciar o direito, ainda que não se possa asseverar, de antemão, que jogarão necessário papel nos desfecho dos diferentes casos adjudicados³³⁹.

Entretanto, somente às decisões de juízes investidos em conformidade com procedimentos historicamente determinados se reconhece a capacidade de vinculação.³⁴⁰ Apenas nelas é possível avistar direito na sua especificidade,

quer dizer um juízo (*Urteil*) que se forma antes do exame definitivo de todos os momentos determinantes segundo a coisa em questão. No procedimento da jurisprudência um preconceito é uma pré-decisão jurídica, antes de ser baixada uma sentença definitiva.” GADAMER, Hans Georg. **Verdade e Método**. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Petrópolis: Vozes, 1997, pp. 356 e 360.

³³⁸ A esse respeito, confira-se: RÜTHERS, Bernd. **Wir denken die Begriffe um... Weltanschauung als Auslegungsprinzip**. Zúrique, 1987.

³³⁹ A pesquisas empíricas ainda por serem concebidas e realizadas caberia investigar a real influência dessas tematizações no deslinde dos procedimentos judiciais, buscando-se divisar seu emprego meramente ornamental e retórico de empregos determinantes para a conformação do *decisum*. Estudos jurídicos orientados pela vivência do direito não podem se render ao capricho de ignorar a participação das produções acadêmicas nos processos de realização do direito. Ao se tematizar diferentes aspectos de situações e casos jurídicos não é raro que sejam propostas soluções ainda não efetivamente incorporadas pela prática dos tribunais, as quais muitas vezes são reconhecidas e reiteradamente acatadas por diferentes julgadores no exercício da judicatura. Também não é excepcional que teses acadêmicas terminem por ser acolhidas por reformas legislativas.

³⁴⁰ “Claro que interpretes puede haber muchos: unos hacen que el texto ‘diga’ ciertas cosas, otros le harán ‘decir’ contenidos diferentes. Sólo que, para darle efectos al derecho positivo no suele tomarse en cuenta la opinión de simplemente cualquier intérprete, sino nada más la de *algunos*, ubicado en cierta posiciones sociales específicas. Significa que el derecho dirá, en la práctica, justamente cuanto *esos* interpretes – aquellos que en la sociedad se considera como autorizados (...) – entiendan que ‘dice’ ahí. Voy llamarlos, por eso: los ‘interpretes autorizados’. Son aquellos que disponen, solo ellos, de *autoridad* suficiente para decidir qué ‘dice’ – así también – qué no ‘dice’ – el derecho positivo en cuestión”. HABA, Pedro Enrique. **Metodología jurídica irreverente**. Madrid: Editorial Dykinson, 2006, p. 52.

descfechando-se o caso adjudicado.³⁴¹ Acorre-se às autoridades julgadoras diante da existência de problema que se quer ver solvido de modo definitivo. Procura-se o acertamento de situação conflituosa. Busca-se diretriz concreta para a ação. Ambiciona-se resolução capaz de se impor a despeito da insatisfação da parte vencida. Só a decisão dos intérpretes autênticos constitui direito nesse sentido. Os juízes criam direito para o caso. O procedimento judicial culmina, a cada caso, na constituição da *norma de decisão*, embora o processo jurídico ainda congloba a execução do *decisum*, que pode ensejar novos desacertos clamantes por novas intervenções judiciais. Transitada em julgado a decisão, a princípio, têm-se por resolvidos (não eliminados) juridicamente os problemas em torno do qual se digladiavam as partes litigantes, vertidos em caso jurídico.

Embora interpretação especificamente jurídica (*autêntica*³⁴²) seja aquela realizada pelas autoridades julgadoras e expressa – ao menos parcialmente - em decisão vinculante para o caso trazido a juízo, não se pode circunscrever a temática da interpretação às intervenções judiciais dos interpretes autênticos. O processo hermenêutico que conduz os julgadores à decisão jurídica supõe prévias interpretações. As partes opostas de um processo trazem ao julgador, por interposição de seus procuradores, diferentes versões quanto aos eventos ocorridos e, geralmente, interpretações divergentes acerca dos dispositivos jurídicos que imaginam respaldar suas pretensões.

³⁴¹ “Ora, si noi parliamo con fondamento de uno speciali ogetto ‘diritto’, bisogna che se via almeno un momento giuridico generale che si possa trovare in tutti gli atti giuridici, ma *solo* in atti giuridici. Questo momento giuridico é la *competenza* [Zuständigkei], che si può designare anche come assioma fondamentale della sfera detta ‘diritto’. Il senso della competenza è che, mentre sopra ogni fatto del mondo in un dato momento possono dirigersi molti atti psichici in numero illimitato, per esempio atti scientifici, religiosi, artistici, economici, questo fatto tuttavia in un dato momento può essere colpito da atti giuridici solo fa numero limitato: solo l’atto psichico di un organo competente è un atto giuridico, non lo atto psichico di un homo qualunque.” SANDER, Fritz. Sui compiti di una teoria realistica del diritto. *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*. Ano IV, 1924, p. 878.

³⁴² Interessante observar como aquilo que se designa por *interpretação autêntica* oscila de conformidade com as diferentes perspectivas de abordagem do direito. Embora aqui se a compreenda no sentido kelseniano de uma “interpretação do Direito pelo órgão que o aplica” (KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Martins Fontes: São Paulo, p. 388) é bastante freqüente encontrar na literatura referências à interpretação autêntica como aquela vinculante porque emanada do órgão responsável pela criação do direito, no interior de concepções que mantêm um abismo entre criação e aplicação jurídica, a fim de identificar no momento legiferante a única hipótese de atividade constitutiva do direito. Vale trazer à cola o que se lê, já em obra de 1839, na qual a interpretação autêntica é apresentada como espécie da “*interpretation legalis*” realizada por cada juiz: “Sie geht aus von der gesetzgebenden Gewalt, und richtig darum den Richter zur Befolgung ihres Inhalts. (...) Die authentische Interpretation ist für den Richter sein neues Gesetz, sondern der erklärte und als verstanden vorgelegte Inhalt eines alten Gesetzes. Die vorgelegte Ansicht ist aber zugleich legislatorische Wille, und gilt darum unbedingt.“ ” KIERULFF, Johann Friedrich Martin. *Theorie des Gemeinen Civilrechts*. Band 1. Altona, 1839, p. 36.

A formulação do problema a que os juízes têm acesso não é, em grande parte dos casos, produto de interpretação direta dos fatos. Na experiência jurídica brasileira, em que nem todos cidadãos gozam da chamada *capacidade postulatória*, isto é, de capacidade para praticar atos ditos técnicos durante o processo, com frequência a versão fática contida na petição inicial, bem como a formulação da designada “questão de direito”, não é senão a interpretação do procurador investido pelo demandante para representar seus interesses, articulada em conformidade com estratégias destinadas à obtenção de decisão favorável (ou mesmo de evitação da tomada de decisão provavelmente desfavorável).

A parte demandada, igualmente, aduzirá suas razões – conforme a linguagem forense corrente – na peça de contestação. Ali, mais uma vez, irão figurar interpretações do respectivo procurador sobre os relatos ouvidos de seu cliente, bem como acerca das disposições que sustentará embasarem as teses de defesa (interpretações). As interpretações de ambos procuradores, do da parte ré e do da parte autora, de demandante e de demandado, são construídas, portanto, a partir das interpretações do problema que seus “clientes” expressam diante deles em linguagem natural cotidiana.

É sobre sucessivas interpretações que o juiz é chamado a se pronunciar.

É de se rechaçar à circunscrição da interpretação jurídica a “fatos” e “normas”. Inúmeras variáveis se oferecem à interpretação e ao convecimento dos juízes, muitas das quais poderão exercer influências ocultas no processo decisório. Ocultas até mesmo para os juízes. Dificilmente se poderão evitar alguns *vieses*, na tomada de decisão. A aparência dos litigantes poderá fazer pender os impulsos do julgador em favor de um e em detrimento de outro. A cor da pele não apenas de demandante e damandado, mas de eventuais testemunhas, poderá interferir. Um pingente simbolizando um crucifixo. Uma tatuagem mais escancarada. Diversas variáveis podem afetar significativamente o resultado de um pleito judicial, sem que sequer possam ser devidamente identificadas. A postura dos advogados na sustentação oral poderá ser fator relevante. A “marca” de grande escritório de advocacia impressa na petição. O nome de figurão na assinatura de um parecer. As diversas provas produzidas, pelo que mostram e pelo que deixam de mostrar, poderão ou não ser determinantes. Depoimentos. Testemunhas. Laudos periciais. A cobertura de determinados procedimentos realizada pela imprensa poderá descortinar elementos não constantes dos autos, que poderão interferir no *decisum*, sem ser expressamente mencionados. Pressões de lobistas. Trocas de favores. Conjunturas políticas e econômicas. Conjecturas sobre as conseqüências das decisões. É ilimitado e

imprevisível o rol de variáveis que podem ser exploradas pelos procuradores das partes para provocar decisão favorável e que podem influenciar os julgadores na inevitável prolação de acórdão ou sentença.

Aos estudantes de direito e aos juristas se revela da maior importância a consciência de que o processo interpretativo-decisório não se esgota na “verificação de fatos” e na “aplicação de normas jurídicas”. As práticas reais e os protagonistas reais da vivência jurídica devem ser levados em consideração, com suas virtudes e idiossincrasias.

Durante o processo judicial se opera a (re)construção lingüística de um fato pretérito, clamando-se por decisão presente supostamente apta a vincular eventos futuros, neutralizando-se a controvérsia. Manifesta-se o juiz sobre relatos fáticos que haverá de interpretar, não sobre os fatos mesmos, os quais não presenciou, isto é, sobre os quais não teve acesso senão indiretamente. Com frequência, as provas produzidas restam inconclusivas.³⁴³ O juiz encontra-se, muitas vezes, temporalmente distante do realmente acontecido³⁴⁴. O afazer hermenêutico, deste modo, convive com as limitações da linguagem³⁴⁵ (normativa e fática) envolvidas no processo que conduz à tomada de decisões jurídicas (há que se ter em conta que a sentença ou o acórdão não constituem as únicas decisões tomadas pelos julgadores no curso de um procedimento judicial).

Possivelmente cegados pela assunção do dogma da normatividade do direito, que não raro descamba para síndrome normativista, os juristas têm explorado pouco o tema da interpretação jurídica das versões fáticas trazidas a juízo. Mesmo muitos

³⁴³ Recentemente, juiz do Tribunal da Boa Hora, em Portugal, prolatou curiosa decisão. Ao votar pela condenação da funcionária da Procuradoria Geral da República, Teresa de Sousa, por violação de segredo de justiça, extorsão e corrupção, registrou o magistrado, na fundamentação do *decisum*, ter proferido a condenação sem sobre ela estar convencido. Afirmou, literalmente, que teria preferido jogar os dados da sorte e do azar a decidir com base nos factos provados, evocando o exemplo do juiz Bridoye, mencionado em nota acima. “Seria ouro sobre azul se o tribunal pudesse, ao menos desta vez, fazer uso dos dados do juiz Bridoye, a carinhosa personagem do romance de Rabelais”, escreveu no acórdão. Daí porque irretocáveis as palavras de Francesco Carnelutti, tão contundentes quanto sintéticas: “Il giudice decide non perché sa ma come se sapesse”. CARNELUTTI, Francesco. *Diritto e processo*. Napoli: Morano, 1958. p. 265.

³⁴⁴ For the facts of most lawsuits happened in the past, so that the trial court acts as an historian: It can learn of those facts only as an historian learns of facts - at second or third hand, through the stories of witnesses. If a witness, deliberately or unintentionally, tells a story that is significantly inaccurate, and if that witness is believed by the trial judge or jury, then a man may wrongly lose his life, liberty or fortune. FRANK, Jerome. Judicial fact-finding and Psychology. *Ohio state law journal*. n. 14, 1953, pp. 183 e ss, p. 183.

³⁴⁵ “(...) las normas jurídicas, en cuanto autorizan, prohíben o hacen obligatorias ciertas acciones humanas, y en cuanto suministran a los súbditos y a las autoridades pautas de comportamiento, están compuestas por palabras que tienen las características propias de los lenguajes naturales o son definibles en términos de ellas.” CARRIÓ, Genaro. *Notas sobre derecho y lenguaje*. 4 ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1994, p. 49.

daqueles que indubitavelmente não padecem daquela síndrome degenerativa da percepção, salientando a exaustão as equivocidades, indeterminações e incertezas que povoam as práticas reais do direito, descuidadas por dezenas de “teorizações delirantes”, preconizadoras de inalcançáveis exigências de racionalidade, parecem olvidar a “dimensão fática” das adjudicações. As diversas desmistificações operadas por tais juristas costumam se situar no âmbito da interpretação das disposições jurídicas.

A interpretação das versões fáticas trazidas aos autos não é menos problemática que a interpretação das disposições jurídicas. Com frequência os diferentes julgadores discordam visceralmente sobre a plausibilidade dos relatos fáticos. Dissonantes interpretações destes relatos podem conduzir a convencimentos distintos e, conseqüentemente, decisões divergentes. No chamado caso “Caseirogate”, em que o Supremo Tribunal Federal se pronunciou sobre o recebimento ou não de denúncia penal do Ministério Público em face de Antonio Palocci (à época dos fatos Ministro da Fazenda, acusado de ordenar a quebra ilegal de sigilo bancário do caseiro Francenildo da Costa), de Jorge Eduardo Levi Mattoso (então presidente da Caixa Econômica Federal, acusado de praticar a quebra de sigilo) e de Marcelo Amorim Netto (jornalista, àquela altura assessor-chefe de imprensa do Ministério da Fazenda, acusado de divulgar ilicitamente dados obtidos mediante violação de sigilo bancário) foram bastante divergentes as interpretações dos ministros acerca da versão fática aduzida na petição inicial. Oscilou-se entre o elogio e a desqualificação. Ao Ministro Marco Aurélio, a denúncia pareceu “acadêmica”, “exemplar”, o que cuidou de realçar a cada passo da construção de seu voto, em que mencionava os detalhes fáticos levantados pelo Ministério Público, com menção de folhas da inicial seguida da menção de horários precisos dos eventos ali narrados com o intuito de convencer os julgadores acerca da existência da materialidade do crime imputado aos acusados, bem como de indícios de autoria. Restou convencido de que “não poderia haver entrelaçamento maior em termos de acusação – simples acusação -, em termos de exame, para concluir-se pelo recebimento ou não da denúncia, considerados os atos desenvolvidos pelos acusados”. Ao ministro Ricardo Lewandowski, diversamente, os indícios de autoria relativos a Antonio Palocci Filho e Marcelo Netto pareceram ‘débeis, frágeis e tênues’, baseados em “meras presunções, meras especulações”.

Na PET 3898, o Ministério Público Federal ofereceu denúncia criminal em Face de Antonio Palocci, Jorge Mattoso e Marcelo Netto, imputando-lhes crime

tipificado no artigo 10 da lei complementar 105/2001³⁴⁶. A denúncia fora dirigida ao Supremo Tribunal Federal em virtude da prerrogativa de foro de Palocci, à época deputado federal pelo Partido dos Trabalhadores. Os três acusados teriam agido em concerto, sob liderança intelectual do então ministro da Fazenda, para quebrar o sigilo de Francenildo da Costa, com intuito de desacreditá-lo enquanto depoente na “CPI dos BINGOS”, cujo andamento poderia comprometer a reputação política de Antônio Palocci.

A denúncia, amparada em aparentemente diligente inquérito policial, em que, nos termos do voto do ministro Carlos Aires Britto, “*ouviram-se mais de 32 pessoas, entre testemunhas e indiciados, utilizou-se de câmeras de circuito fechados, comparou-se depoimentos*”, montava versão fática conducente à incriminação dos três acusados. Detalhou-se, ao longo de numerosas páginas, com indicações de horários das diversas condutas narradas, a ordem dos eventos ocorridos nos dias 16 e 17 de março de 2006, que culminaram com o efetivo e inconsteste acesso de dados bancários de Francenildo Costa e com a posterior divulgação deles em veículo de imprensa de circulação nacional (a Revista Época). Procurou-se amarrar a narrativa a partir da circunstância de que Antonio Palocci seria o maior interessado e beneficiário em desacreditar o depoimento de Francenildo da Costa à CPI dos Bingos, resultado que poderia ser alcançado mediante sugestão de que tal depoimento fora motivado por pagamento. Daí a alegada ação concertada, que se pretende descrever na inicial, para acessar os dados bancários do caseiro, bem como para emitir extratos demonstrativos de quantias reputáveis incompatíveis com seus vencimentos e de divulgá-los, ilicitamente, à mídia.

No dia 16 de março, a partir das 13 horas da tarde, Francenildo da Costa prestara depoimento na chamada CPI dos Bingos, no Congresso Nacional. Nesta mesma data, às 19 horas, Jorge Mattoso participou de reunião com Antonio Palocci no Palácio do Planalto. Por volta das 20 horas, fora do horário de expediente, solicitou a Ricardo Farhat Schumann – à época consultor da presidência da Caixa Econômica Federal - que verificasse a existência ou não, na CEF, de operações financeiras e contas bancárias no nome e CPF de Francenildo da Costa. A solicitação foi repassada a Sueli Aparecida Mascarenhas, que por sua vez a encaminhou a Jeter Ribeiro de Souza, que acessou os

³⁴⁶ **Art. 10.** A quebra de sigilo, fora das hipóteses autorizadas nesta Lei Complementar, constitui crime e sujeita os responsáveis à pena de reclusão, de um a quatro anos, e multa, aplicando-se, no que couber, o Código Penal, sem prejuízo de outras sanções cabíveis.

dados bancários correspondentes e imprimiu os extratos (às 20h58min21s, conforme consta da inicial).

De posse dos extratos bancários da conta de Francenildo, em que foram constatados montantes reputáveis incompatíveis com seus vencimentos, Ricardo Schumann se dirigiu ao Restaurante *La Torreta*. Lá encontrou Jorge Mattoso, entregando-lhe o material. Na sequência, houve contato telefônico entre dois dos acusados, Mattoso e Palocci, em que fora agendado encontro para as 23 horas do mesmo dia, na residência do então Ministro da Fazenda. Encontro este que efetiva e reconhecidamente aconteceu e do qual participaram ainda o terceiro acusado, Marcelo Netto, e Daniel Goldberg, secretário de direito econômico do Ministério da Fazenda. Nesta ocasião, os dados devassados de Francenildo foram entregues por Mattoso a Palocci, o que ambos admitem.

No dia seguinte, a Caixa Economica Federal realizou três consultas ao SERASA a respeito da situação de Francenildo da Costa (às 11h16min; às 12h40min e às 14h27min). As consultas se deram no interregno de ligações entre telefones do Ministério da Fazenda e da Revista *Época*, que no final da tarde, às 18h45min, viria a publicar, em sua página na internet, reportagem a partir de cópias dos extratos bancários do caseiro. Seriam pelo menos seis ligações telefônicas do número (061)34122501 (Ministério da Fazenda), assumidamente utilizado por Marcelo Netto, ao número (061)33169544 (Redação da Revista *Época* em Brasília). Em depoimento prestado, o chefe da sucursal da Revista *Época* em Brasília, Gustavo Krieger Barreiro, valeu-se de sigilo de fonte jornalística para recusar-se a revelar de quem teria recebido os extratos que serviram de base à publicação de reportagem que poderia colocar em xeque a credibilidade de Francenildo junto à CPI dos Bingos, na medida em que suscitava dúvidas sobre as origens de determinada quantia de dinheiro encontrada em sua conta bancária, reputável, repita-se, incompatível com seus vencimentos de caseiro.

O Supremo Tribunal Federal haveria de decidir sobre o recebimento ou não desta denúncia criminal, que, aos olhos de muitos, se afigurava minuciosa e convincente. Tratava-se de decidir, preponderantemente, sobre a existência de “materialidade do crime” de “quebra de sigilo”, que se assumiu inconteste, e de “indícios de autoria” com relação aos três acusados, para fins de seguimento ou não da persecução penal³⁴⁷.

³⁴⁷ **Código de Processo Penal (Decreto-lei 3.689/1941). Art. 41.** A denúncia ou queixa conterá a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado ou

O voto do ministro relator Gilmar Mendes se valeu de recurso a tematizações de juristas para esmiuçar e esclarecer o tipo penal em questão. Quebrar sigilo bancário seria conduta desdobrável em duas ações distintas, compreendendo a *intrusão* indevida, isto é, o acesso por quem não autorizado a dados sigilosos e a *divulgação* desses dados a terceiros aos quais não é permitido o acesso. Na faceta da *intrusão* o tipo seria configurador de crime comum, na medida em que poderia ser praticado por quaisquer pessoas diferentes daquelas autorizados, por conta de competências funcionais, a acessar dados sigilosos. Na modalidade de *divulgação*, diferentemente, ter-se-ia crime próprio, apenas praticável por aqueles que, embora na posse legítima de informações sigilosas, viessem a divulgá-las a terceiros não autorizados a acessá-las.

Utilizou-se dessas construções para se concluir pela atipicidade das condutas de Antonio Palocci, acusado ordenar a quebra de sigilo de Francenildo da Costa, tendo supostamente figurado como autor mediato, na modalidade de *intrusão*, e de autoria e participação na *divulgação* dos extratos bancários de Francenildo. Na medida em que Palocci não acessou, direta e indevidamente, os dados bancários em questão, não teria praticado conduta típica de *intrusão*.

Não poderia, ademais, funcionar partícipe na modalidade revelação, uma vez que não haveria relação de subordinação hierárquica entre o Ministério da Fazenda e a Caixa Econômica Federal, cuja relação seria de vinculação. A divulgação de dados sigilosos representaria crime próprio, capaz de ser cometido apenas por pessoas autorizadas a acessá-los, quando os repassam a terceiros não autorizados. Não figurando o ministro da fazenda no rol dos habilitados a acessar os dados em questão, tampouco figurando como autoridade competente a ordenar acesso a extratos bancários de correntistas da Caixa Econômica Federal, Antonio Palocci não poderia ter cometido conduta típica de quebra de sigilo na forma de *divulgação*. Ao constatar irregularidades em movimentações financeiras, a Caixa Econômica Federal haveria de comunicá-las ao Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF), instituído pela lei 9613/98, não ao Ministério da Fazenda. O ministro da Fazenda não teria competência ou prerrogativa que legitimasse o acesso a dados bancários de correntistas da CEF ou de qualquer outra instituição financeira. Não seria, portanto, detentor legal dessas

esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo, a classificação do crime e, quando necessário, o rol das testemunhas.

Art. 395. A denúncia ou queixa será rejeitada quando: **I** - for manifestamente inepta; **II** - faltar pressuposto processual ou condição para o exercício da ação penal; ou **III** - faltar justa causa para o exercício da ação penal.

informações, tampouco destinatário delas, de tal modo que não poderia praticar conduta típica de divulgação de dados sigilosos (*crime próprio*).

Buscou-se em tematizações e legislações jurídicos-administrativas elementos para construir tese no sentido de que, por não ser detentor nem destinatário legal dos dados bancários de Francenildo da Costa, em virtude da inexistência de subordinação hierárquica entre Minsitério Público e CEF, não se poderia receber denúncia em face de Antonio Palocci por crime de divulgação de dados sigilosos, em virtude de atipicidade quanto à possibilidade de co-autoria³⁴⁸. Nada disso está enunciado na disposição legal do artigo 10 da lei complementar 105/2001. Daiane dos Santos se sentiria encabulada perante a desenvoltura deste salto mortal carpado hermenêutico, que não é exceção na vivência do direito.

Também quanto à possibilidade de se receber a denúncia em função de participação no crime de quebra de sigilo, na modalidade de *divulgação*, em virtude de Palocci ter supostamente instigado ou determinado o extravasamento dos dados sigilosos, construiu-se argumentação no sentido da insuficiência de elementos de prova que demonstrassem qualquer concerto de ações entre o Ministro da Fazenda, Jorge Mattoso e Marcelo Natto para o fornecimento dos extratos bancários à Revista Época. Embora seja certo que em algum momento os dados foram entregues a imprensa, concluiu-se não haver elementos suficientes para afirmar que essa ação tenha sido *idealizado* ou *perpetrada* pelo por Antonio Palocci, ou mesmo que dela tenha *participado*. Não teria sido demonstrado o desígnio – nexos psicológico – de Palocci na obtenção dos dados sigilosos, tampouco na revelação deles para si por parte de Jorge Mattoso, que, ademais, em seu depoimento alegou ter agido por iniciativa própria na pesquisa dos dados bancários de Francenildo.

Gilmar Mendes ainda conjectura que mesmo que tivesse restado provada a participação de Palocci na transmissão à Revista Época dos dados bancários a ele entregues por Jorge Mattoso, não poderia lhe ser imputado o crime de divulgação de

³⁴⁸ “Subordinação e vinculação resultam em consequências distintas. O objetivo da vinculação, que advém da atividade de tutela, é a verificação dos resultados das atividades que exercem as entidades da Administração Indireta, a conformidade com a política governamental, a fiscalização, nos limites da lei, para a garantia da legalidade, do cumprimento de suas funções institucionais, bem como a manutenção da sua autonomia financeira, administrativa e operacional. A doutrina do Direito Administrativo é uníssona em afirmar que a atividade de tutela é exercida nos limites da lei, de forma que não compete nem ao Presidente da CEF apresentar, nem ao Ministro da Fazenda solicitar, informações sobre a atividade de rotina da Caixa Econômica Federal, como se houvesse entre eles um dever de subordinação hierárquica. A lei e os normativos que disciplinam as atividades de ambos não incluem semelhante competência”. (Ministro Gilmar Mendes)

dados sigilosos, já consumado no repasse daqueles dados por parte do presidente da Caixa Econômica Federal ao Ministro da Fazenda. A conduta de Palocci, nessa hipótese, haveria de ser interpretada como simples exaurimento do tipo de divulgação e, portanto, não se afiguraria como punível.

No confronto da versão fática da denúncia criminal do Ministério Público Federal com as versões dos advogados de defesa dos acusados, preponderou, no pleno do Supremo Tribunal Federal, a interpretação a elas atribuída pelo ministro relator Gilmar Mendes, no sentido da insuficiência de “indícios de autoria” autorizadores do recebimento da ação em face de Antonio Palocci. Concluiu-se que *“a circunstância de ser o denunciado ANTONIO PALOCCI FILHO o maior beneficiado no descrédito do depoimento de Francenildo à CPI dos Bingos, desacompanhada de qualquer elemento concreto que indique ação antijurídica e culpável do então Ministro da Fazenda voltada à quebra do sigilo do caseiro, não pode conduzir à responsabilização penal”*. Entre a versão da acusação, que sustentava não haver dúvidas quanto à autoria dos delitos, concluindo, nas palavras do então Procurador Geral da República, Roberto Gurgel, proferidas da tribuna em sustentação oral, que *“os dados bancários de Francenildo foram efetivamente obtidos pelos denunciados e por eles divulgados nos meios de comunicação”*, e a versão da defesa de Antonio Palocci, que, nas palavras do advogado José Roberto Batocchio, qualificava de *“surrealista”* a denúncia criminal, insistente em *“presumir condutas criminosas”*, prevaleceu, na reconstrução operada no pleno do Supremo Tribunal Federal, algo mais próximo da segunda delas, na interpretação que lhe foi atribuída por uma maioria de cinco ministros, decidindo-se pelo não recebimento da denúncia em face de Antonio Palocci Filho: *“o que existe é um conjunto de ilações que, embora tenham aspiração de serem verdadeiras, como é o caso do benefício, não estão suficientemente concatenadas de forma a constituírem elementos de prova”*, lê-se no desfecho do voto de Gilmar Mendes, acompanhado pela maioria.

É difícil passar despercebido que, em casos como o da PET 3898, envolvendo figurões do cenário político nacional, versões fáticas constantes dos autos e disposições pretensamente normativas encontráveis nas publicações oficiais não são os únicos fatores aptos a interferir na tomada de decisão judicial. Pode-se imaginar a intensidade das pressões políticas, de diferentes jaezes partidários, a esmagar os ministros nos bastidores do procedimento judicial. Os holofotes midiáticos não podem ser desconsiderados. Diversas variáveis, muitas das quais sequer mencionadas nos autos

processuais, podem intervir no convencimento dos julgadores. Não é despropositado conjecturar que, ao avaliar a denúncia do Ministério Público Federal, cada ministro enxergou ali o que quis enxergar, em conformidade com suas concepções e visões políticas. A mesma peça acusatória, afinal, foi interpretada como demonstrativa de robustos indícios de autoria, por alguns ministros, e como pauta em ilações indemonstradas, por outros. Embora isso se torne bastante evidente em casos de grande repercussão como este, não se pode imaginar que se trata de excepcionalidade ou de prerrogativa de determinado grupo de casos jurídicos. O dogma da normatividade do direito por vezes conduz ao obscurecimento de inevitável imbricação entre as vivências jurídica e política.

Sem preterir outras variáveis, não se pode ignorar, em casos como esse, o papel da interpretação de versões fáticas discrepantes. A realização do direito não envolve apenas a interpretação de disposições pretensamente normativas, que muitas vezes se revelarão insuficientes e outras tantas inexistentes. Impõe-se, ademais, reconhecer que, a despeito do convencimento de multidões sobre a ocorrência de determinados fatos, fatos jurídicos são apenas aqueles assentados pelas autoridades competentes nas decisões judiciais. Ainda que houvesse, na opinião de terceiros não investidos da incumbência de julgar, fortes indícios e mesmo elementos de provas suficientes para o recebimento da denúncia criminal em Face de Palocci, entendendo-se restar mais que demonstrado sua atuação como mandante na intrusão e partícipe na divulgação de dados sigilosos de Francenildo, juridicamente determinante é a interpretação realizada pelos julgadores sobre as versões fáticas trazidas aos autos. Fatos juridicamente relevantes são aqueles assim determinados no curso de procedimentos judiciais³⁴⁹.

³⁴⁹ “Denn alle Tasachen sind *rechtserhebliche* Tatsachen nicht in bezug auf *beliebige* Urteilsstandpunkte, auf *konstante* logische Koordinaten, sondern lediglich in bezug auf *bestimmte* Urteilsstandpunkte (der ‘berufenen Organe’), auf *variable* rechtliche Koordinaten, in bezug auf *Rechtsverfahren*. Die ‘Tatbestände’ sind *ausschließlich* das intentionale Korrelat von bestimmten Akten, den *Rechtsakten*, welche nur im *Rechtsverfahren* (von ‘Organen’, nicht von jedem beliebigen ‘Menschen’) vollzogen werden können: nur in *Rechtsverfahren* tritt originär gebende Anschauung *rechtserheblicher* Tatsachen auf. Mit dieser Erwägung, welche die herrschende Konstantsetzung des ‘formellen’ Rechts und die Logisierung des ‘materiellen’ Rechtes beseitigt, vielmehr *alles Recht* als Verfahrensrecht (...) erkennt, ist bereits ein wichtiger Einblick in das Wesen der Rechtserfahrung gewonnen: *alle* rechtlichen Tatbestände sind *rechtliche* Tatbestände lediglich in Korrelation zu dem bestimmten (...) *Rechtsverfahren* (...)”. SANDER, Fritz. Der Begriff der Rechtserfahrung. *Logos*, 11, 1922-1923, pp. 299-300.

Os fatos não adentram sozinhos às salas dos tribunais em sessão³⁵⁰. São trazidos a juízo sob a forma de versões articuladas pelos procuradores dos interesses em disputa, em conformidade com estratégias processuais. Eventualmente, tenta-se persuadir os julgadores mediante recurso a depoimentos, testemunhas, laudos periciais e outros elementos de prova, como gravações, imagens de vídeo, impressões de conteúdos de e-mails ou páginas de internet. Os juízes não se manifestam sobre fatos, mas sim sobre versões fáticas, não raro divergentes e contraditórias. As dificuldades envolvidas na interpretação jurídica das distintas versões fáticas não são menores que aquelas encontráveis na interpretação de disposições pretensamente normativas. Tampouco o seu resultado se afigurando como menos relevante. Os fatos assentados no *decisum* são produto da interpretação judicial dessas versões, não necessariamente correspondendo ao efetivamente ocorrido no desdobrar dos eventos discutidos em juízo. Assim, não é excepcional, ainda que lamentável, a condenação de inocentes ou a absolvição de acusados que realmente praticaram as condutas criminosas que lhes são imputadas. Também assim, a condenação ao adimplemento de dívidas já adimplidas ou mesmo de débitos que jamais foram contraídos não é desfecho incogitável para casos jurídicos.

Daí a grande lucidez constatável na, à época bastante criticada, fala de Luís Inácio da Silva, então presidente da República Federativa do Brasil, quando solicitado pelos jornalistas a comentar os desdobramentos da Operação Caixa de Pandora, deflagrada pela Polícia Federal no dia 27 de novembro de 2009. Na esteira daquela operação, foram divulgados na mídia imagens de vídeo datadas de 2006, em que o ex-governador do Distrito Federal, José Roberto Arruda (então filiado ao Partido Democratas e candidato ao governo do DF), recebia de Durval Barbosa quantia de 50 mil reais, supostamente levantado junto a empresas privadas ilegalmente favorecidas nos certames licitatórios conduzidos naquela unidade da federação.

Lula afirmara, no dia 01 de dezembro de 2009, quando estava em Portugal, que “o Presidente da República não dá palpite, espera a apuração para depois falar

³⁵⁰ “The facts themselves do not walk into court. The court has to guess what actually happened, basing its own fallible guess on fallible inferences made while listening to and watching fallible witnesses—sometimes lying, often mistaken, who frequently disagree with one another about what actually occurred outside the court-room—what happened, mind you, weeks or months or years before the case began. It is therefore by no means certain that the court will learn the truth even about cases involving the simplest facts. And unless *that* is certain, then you cannot be at all sure, before the court has heard the case, what the decision will be. Not even if the rules were clear, definite and precise”. FRANK, Jerome. What Courts do in Fact? Part one. *Illinois Law Review*. N. 26, 1931-1932, pp. 645 e ss., p. 650.

alguma coisa”. Logo em seguida, arrematou: “*a imagem não fala por si. O que fala por si é todo o processo de apuração e investigação*”. É efetivamente de se perguntar se, nesse particular, Lula não se revelava apenas como *filho*, mas também como um dos grandes juristas *do Brasil*. A perspicácia do comentário do ex-presidente tem faltado às tematizações jurídicas, que ou olvidam completamente da sujeição das versões fáticas à interpretação judicial, ao cuidar da hermenêutica jurídica, ou tratam as questões fáticas como dados mais ou menos objetivos, suscetíveis de verificação por parte dos julgadores. Como se os fatos assentados no *decisum* fossem apurados de forma semelhante às investigações empírico-científicas.

Não se está, ao se chamar atenção para diferentes variáveis e para as frequentemente negligenciadas versões fáticas, negando relevância às chamadas “regras” e “princípios” no desfecho dos casos jurídicos. Contudo, deve-se ter presente que a solução dos diferentes casos jurídicos não se encontra dada de antemão em supostos “conjuntos de normas jurídicas”. Os juízes interpretam as disposições jurídicas [*przepis prawny*] (quando) existentes, eventualmente escolhendo algumas para fundamentar argumentativamente suas decisões³⁵¹. As disposições compreendem uma série de critérios ofertados aos juízes no exercício da judicatura. Funcionam como diretivas, que podem servir de ponto de apoio à tomada de decisão, bem como à justificação dela. Compreendem textos/proposições emanados de autoridades legislativas e administrativas, mas não só. Decisões judiciais passadas, de caráter vinculante para os casos nelas desfechados podem figurar como disposições a orientar os julgadores em casos jurídicos futuros. Súmulas e orientações jurisprudenciais também oferecem critérios aos julgadores. Pactuações interpretadas, a exemplo de cláusulas contratuais, constituem-se igualmente como disposições sujeitas à interpretação. Mesmo as tematizações dos juristas, em que se discutem situações e casos

³⁵¹ Nesse particular, é de se acatar, com algum reparo, a distinção proposta pelo jurista polonês Zygmunt Ziembinski entre disposição jurídica [*przepis prawny*] e norma jurídica [*norma prawna*]. Por disposição jurídica Ziembinski entende um ‘fragmento de texto jurídico’ [*fragment tekstu prawnego*]. A norma jurídica é, por sua vez, compreendida como ‘conteúdo da disposição’ [*tresc przepisow*]. Normas jurídicas são produto de interpretação de disposições jurídicas. “A norma de conduta deve ser (...) construída a partir de disposições ou reconstruída sobre normas previamente construídas a partir de disposições” [*Norma postepowania musi zostac (...) odkodowana z przepisow, zazwyczaj nie z jednego, lecz z calego zespolu przepisow, albo delug pewnych regul wynioskowana z norm poprzednio w tem sposob zrekonstruowanych na podstawie przepisow*] ZIEMBINSKI, Zygmunt. **Przepis prawny a norma prawna**, 1960, 2007, p. 33. Embora alargamento seja operado quando se admite a construção de normas jurídicas não apenas a partir de “fragmentos de textos jurídicos”, representados pelas disposições, assumindo a construção de normas a partir de normas anteriormente produzido no curso de processos hermenêuticos (decisões judiciais passadas, por exemplo), parece conveniente conferir maior amplitude à noção de disposição jurídica, a fim de não circunscrevê-las aos “textos oficiais”.

jurídicos ou são comentadas, comunicando-se interpretações, outras disposições jurídicas, podem servir de substrato à construção interpretativa da norma de decisão, figurando, portanto como disposições jurídicas.

Não parece adequado, portanto, reduzi-las aos textos legais/regulamentares vigentes. Poder-se-ia cogitar, ademais, de disposições não textualizadas, a exemplo dos chamados costumes. Práticas sociais reiteradas também se oferecem como disposições à interpretação judicial, não sendo rara a sua invocação pelos procuradores dos interesses em jogo, para que operem como critérios a orientar a construção hermenêutica de norma jurídica vinculante, na decisão apta a desfechar o caso. Assim, sob a etiqueta de *adequação social*, pleiteia-se a determinação de atipicidade de conduta reconduzível ao tipo penal de “exploração de casa de prostituição”. Nessas hipóteses, elementos textuais e não textuais se imbricam na conformação de disposições jurídicas. Os julgadores têm acesso a descrições/narrativas de condutas humanas apresentadas como socialmente adequadas nas peças processuais trazidas aos autos. Podem, contudo, não se limitar a eles. Inexiste possibilidade de se evitar que lancem olhares próprios à dinâmica da vida social.

Em síntese, as disposições jurídicas constituem critérios/diretivas de caráter preponderantemente textual passíveis de serem utilizadas como substratos para a construção da inevitável decisão, em que se emana norma jurídica vinculante, desfechando-se o caso adjudicado. Ademais, tem-se nelas pontos de apoio à articulação de argumentos hábeis a figurar na fundamentação da interpretação realizada. Muitas delas funcionarão, cotidianamente, como pautas de condutas para os jurisdicionados, que poderão acatá-las ou não na condução de seus comportamentos, inclusive sob a instrução de advogados, como vistas às possíveis intervenções judiciais, em hipótese de emergência de desacertos aptos a ensejar adjudicação.

A complexidade e variabilidade das situações existenciais humanas não cessam de fazer emergir problemas para os quais não se esboçou solução nas disposições jurídicas existentes. Normas jurídicas distintas são construídas por interpretes diversos para um mesmo caso trazido a juízo. A interpretação especificamente jurídica, desempenhada pelos interpretes autênticos, é interpretação de casos jurídicos, não se restringindo a tautológicas explicitações de sentido de disposições pretensamente normativas tomadas em abstrato, à distância de problemas vivenciados pelos jurisdicionados. No deslinde de casos adjudicados, disposições jurídicas cuja interpretação está aparentemente sedimentada podem se revelar insuficientes.

No dia 13 de setembro de 2003, Márcia Regina da Silva fora atropelada por veículo automotor, enquanto andava de bicicleta, no município de Chapecó, em Santa Catarina. Num país em que as estatísticas acerca de mortos e feridos em acidentes de trânsito são alarmantes, poder-se-ia imaginar mais uma questão rotineira de solicitação de pagamento de indenização de seguro obrigatório por danos pessoais, para fazer frente às despesas médicas imediatas. Contudo, a situação Márcia Regina revelava circunstância peculiar e desafiadora, desde a perspectiva da hermenêutica jurídica. À época do acidente, Márcia estava grávida, contando com 35 semanas de gestação. Em decorrência do sinistro, veio a perder a criança, quatro dias depois, de setembro.

Juntamente com seu marido e pai do nascituro, Nivaldo da Silva, Márcia moveu ação de indenização em face da Liberty Paulista Seguros S/A, junto à justiça cível da comarca de Chapecó-SC, pleiteando indenização de seguro obrigatório por Danos Pessoais Causados por Veículos Automotores em Via Terrestre (DPVAT) em virtude de *morte* do filho que carregava no ventre.

Instaurou-se celeuma no sentido de saber se nascituro poderia figurar como vítima de acidente de trânsito para efeitos de indenização por danos pessoais, nos termos do artigo 3 da lei 6.194/1974, que institui o chamado seguro DPVAT³⁵². Estavam em jogo o sentido e o alcance da expressão “*indenizações por morte*”, naquele caso concreto.

Em primeiro grau, o Juiz de Direito Rogério Carlos Demarchi julgou improcedente a ação, sob o fundamento de que por não ter a criança nascido com vida, não adquiriu personalidade civil, restando desconfigurada a hipótese de indenização por *morte*. Interposta apelação, a sentença fora confirmada pelo TJ-SC, em acórdão de relatoria do desembargador Henry Petry Junior, em que se recusou a possibilidade de considerar o nascituro como vítima do acidente, decidindo-se pelo descabimento da indenização, sob o fundamento de que “*ainda que tenha o nascituro resguardado a*

³⁵² **Art. 3o** Os danos pessoais cobertos pelo seguro estabelecido no art. 2o desta Lei compreendem as indenizações por morte, por invalidez permanente, total ou parcial, e por despesas de assistência médica e suplementares, nos valores e conforme as regras que se seguem, por pessoa vitimada: (Redação dada pela Lei nº 11.945, de 2009).
(Produção de efeitos).

I - R\$ 13.500,00 (treze mil e quinhentos reais) - no caso de morte; (Incluído pela Lei nº 11.482, de 2007)

II - até R\$ 13.500,00 (treze mil e quinhentos reais) - no caso de invalidez permanente; e (Incluído pela Lei nº 11.482, de 2007)

III - até R\$ 2.700,00 (dois mil e setecentos reais) - como reembolso à vítima - no caso de despesas de assistência médica e suplementares devidamente comprovadas. (Incluído pela Lei nº 11.482, de 2007)

Art. 4o A indenização no caso de morte será paga de acordo com o disposto no art. 792 da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil. (Redação dada pela Lei nº 11.482, de 2007)

proteção dos direitos fundamentais, como o direito à vida e à integridade física, se o ato do nascimento com vida não operou e se não houve vida fora do útero materno, a indenização securitária, DPVAT, não é devida”.

O Superior Tribunal de Justiça foi chamado a desfechar o caso, no Recurso Especial 1.120.676-SC, sob relatoria do Ministro Massami Uyeda. O voto do relator concluiu pela não configuração de hipótese de indenização por morte. Sustentou-se que a indenização por seguro obrigatório (DPVAT) é devida à *vítima do acidente automobilístico*, nas hipóteses de invalidez permanente e de despesas médicas por ela suportadas, ou a seus *parentes*, na ordem estabelecida pelo Código Civil, em hipótese de morte. Segurado é a vítima do sinistro. No presente caso, toda a questão residiria em saber se o nascituro – natimorto – poderia ser considerado como tal para efeitos de pagamento de indenização a seus parentes.

Interpretando-se o fato gerador da indenização devida – *morte* – a partir do artigo 6 do Código Civil de 2002, concluiu-se que apenas pode morrer quem tenha nascido com vida, na medida em que a lei civil define como morte a extinção da pessoa natural. Apenas adquire personalidade civil, figurando como pessoa natural, aquele que nasce com vida, nos termos no artigo 2 do mesmo diploma legislativo³⁵³. Logo, não tendo a criança vindo a nascer, não há que se cogitar de que tenha morrido, uma vez que jamais se aperfeiçoou como pessoa natural, sendo, portanto, indevida a indenização. Afirmando-se vinculado pela legislação vigente, o relator se recusou a reconhecer a possibilidade de se considerar o nascituro como vítima do sinistro, insistindo no impeditivo representado pela ausência de personalidade jurídica³⁵⁴.

Diferente foi a interpretação vencedora do Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, acompanhado pela maioria da 3 Turma do Superior Tribunal de Justiça. Foi diversa e divergente a interpretação que lhe pareceu “*mais razoável e consentânea com*

³⁵³ **Art. 2** A personalidade civil começa do nascimento com vida, mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.

³⁵⁴ “De fato, é de se reconhecer que se afiguraria salutar que a Lei que disciplina o seguro DPVAT previsse uma faixa de indenização própria para a hipótese de a gestante vir a abortar em razão de acidente automobilístico.

Entretanto, mesmo se a Lei assim preceituasse, a vítima do sinistro continuaria sendo a então gestante, e não o feto, natimorto, que, pelo todo já exposto, carece de personalidade jurídica. Tal consideração, é certo, só reforça a conclusão de que, nos termos da legislação posta, cuja aplicação o magistrado encontra-se vinculado, o alargamento das hipóteses legais, sem a correspondente lei aditiva, consubstanciaria, na compreensão deste Relator, descabido ativismo judicial.

Como bem ponderado pelas Instâncias ordinárias, indiscutível a dor e o sofrimento suportados pelos autores, em especial pela autora, que, em razão do acidente automobilístico, teve a sua gestação, em estado já avançado, interrompida. Entretanto, os fatos delineados nos presentes autos, tal como postulados (morte do nascituro), não dão ensejo, a indenização do seguro DPVAT” (Ministro Massami Uyeda).

a (...) *ordem jurídica constitucional*". Sustentou que a noção de "*dano-morte, como modalidade de danos pessoais, não se restringe ao âmbito da pessoa natural, dotada de personalidade jurídica*", reputando por ela alcançada também "*a pessoa já formada, plenamente apta à vida extra-uterina, embora ainda não nascida*", recusando-se ao "*nominalismo*" daqueles que insistem em identificar "pessoa" a "*sujeito de direitos*".

Salientou a peculiaridade de que, no caso, a criança vitimada contava com 35 semanas de vida, estando a mãe já no nono mês de gravidez, o que permitiria afirmar ser, àquela altura, o nascituro "*plenamente hábil à vida pós-uterina, autônoma no seu desenvolvimento, apenas não independente, porque necessitava, por mais alguns dias, da 'alimentação' que lhe provia sua mãe*". Por fim, concluiu-se que, "*no presente caso, sonegar-se o direito à cobertura pelo seguro obrigatório de danos pessoais consubstanciados no fato "morte do nascituro" entoaria, ao fim e ao cabo - especialmente aos pais já combalidos com a incomensurável perda - a sua **não existência**, malogrando-se o respeito e a dignidade que o ordenamento deve reconhecer e reconhece inclusive àquele que ainda não nasceu*)".

Num mesmo caso jurídico, em que foram reputadas pertinentes as mesmas disposições jurídicas, julgadores de sucessivas instâncias terminaram por interpretar de modo diverso a mesma expressão – *indenizações por morte* – contida no artigo 3 da lei 6194/1974, construindo a partir dela (mas não só) *normas de decisão distintas*. Acaso estivessem invertidas as posições ocupadas pelos julgadores que se ocuparam do caso, nas diferentes instâncias, no interior da organização judiciária, poderia ter sido outro o resultado final desta adjudicação. Fosse o Ministro Paulo Sanseverino juiz de primeiro grau da segunda vara cível de Chapecó e o juiz de direito Rogério Carlos Demarchi, ministro do Superior Tribunal de Justiça, talvez não tivesse sido a mesma a sorte de Nivaldo e Mária Regina da Silva, que terminaram por obter a indenização pleiteada. As disposições jurídicas oferecem diretivas à interpretação e à decisão dos casos jurídicos, jamais prontas soluções.

Os estudos jurídicos precisam romper com as amarras do *dogma da normatividade do direito*, conducente à percepção do direito como "conjunto ou sistema de normas", evitando circunstâncias propícias ao desenvolvimento da *síndrome do normativismo*, insistente em imaginar a existência de um "direito válido" pronto, anteriormente à tomada de decisão, hoje reverberada sob a forma da *falácia da única*

*interpretação correta*³⁵⁵. É disparatado imaginar que o STJ corrigiu interpretação equivocada das instâncias inferiores, no caso do RE 1.120.676. Simplesmente é chegado um momento em que se consubstancia norma jurídica vinculante, revestindo-se o *decisum* da força de coisa julgada. A resposta do direito a cada caso é a resposta da última instância decisória, que se mantém em função do reconhecimento/não questionamento de sua autoridade e não em virtude de adequação ou correção, sendo ilusório imaginar-lhe como produto de verificação de direito válido e de fatos efetivamente ocorridos.

Interpretação jurídica é interpretação de situações e de casos jurídicos. Disposições jurídicas podem jogar papel, mas não necessariamente entram em jogo na tomada de decisão. É injustificado que ocupem a quase totalidade da atenção dos estudos jurídicos contemporâneos, fadados, nesse passo, a não ultrapassar os marcos de tentativa de “*ciência da legislação*”³⁵⁶. Ao abordar o direito como vivência há que se esforçar por perceber-lhe a variabilidade na medida da variação dos protagonistas das práticas reais, reconhecendo a pluralidade dos modos como o direito é vivenciado, a cada adjudicação.

4.7 Vinculação jurídica e decisões contra legem

Direito não se identifica a um conjunto de normas jurídicas válidas, vinculantes anteriormente à tomada de decisão judicial, em que se desfecham os casos adjudicados. As disposições jurídicas não vinculam os julgadores, oferecendo-se antes como diretrizes para as diferentes decisões a serem tomadas no curso do processo de realização do direito, culminando com a exarcação da norma de decisão.³⁵⁷ Tais diretrizes podem ou não ser adotadas pelas autoridades competentes, que não raro decidem em sentido contrário ao construível a partir de expressas disposições legais,

³⁵⁵ “Die Norm ist nicht (wie das Urteil) richtig oder war, weil nur das Urteil die zu erkennende Beziehung richtig oder wahr erkennt. Die Norm erkennt nichts, weder eine Wahrheit noch eine Richtigkeit. Sie kann sich in Augen des normsetzenden (Willens-)Subjektes bewähren oder nicht bewähren. Sein in der Norm verkörpertes Postulat wird erreicht oder nicht erreicht. Das normsetzende Subjekte kann seine Norm durch einen anderen Willensakt außer Kraft setzen, widerrufen, aufheben, verändern, und zwar entweder selbst oder durch denjenigen, den es dazu ermächtigt hat. Das Urteil kann von jedem erkennenden Subjekt negiert werden”. ENGLIS, Karel. Die Norm ist kein Urteil. **Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie**. Tomo 3, 1964, pp. 305-316, p. 306.

³⁵⁶ “Ces chercheurs sont mal partis; les règles ne peuvent pas servir de point de départ”. HAESAERT, J. **Théorie générale du droit**, 1948, p. 130.

³⁵⁷ “Es ist noch kein geltendes Recht, es ist nur ein Plan, nur der Entwurf einer zukünftigen, erwünschten Rechtsordnung, was der Gesetzgeber von sich aus fertig zu bringen vermag”. BÜLOW, Oskar. **Gesetz und Richteramt**. Leipzig: Verlag von Duncker & Humblot, p. 3.

súmulas (inclusive as ditas vinculantes), decisões judiciais passadas e volumosas tematizações jurídicas. Apenas na decisão judicial de última instância, tendencialmente definitiva, apta a se revestir da força de coisa julgada, é que se pode avistar vinculação plenamente jurídica, embora as decisões das diferentes instâncias se revelem capazes de produzir efeitos enquanto não impugnadas. Os jurisdicionados, destinatários das decisões judiciais transitadas em julgado, estão vinculados à norma de decisão de maneira irresistível, sujeitando-se ao direito desde o momento em que acionada a jurisdição, chamando-se terceiro a decidir sobre o caso adjudicado. Sujeitando-se ao procedimento judicial, muitas vezes involuntariamente (sendo acionados pela parte contrária), restam os jurisdicionados vinculados ao resultado expresso nas sentenças e acórdãos prolatados pelas autoridades competentes.

Procuradores e julgadores não se mostram estritamente vinculados às disposições jurídicas existentes. Contudo, é comum que recorram a elas para fundamentar/justificar demandas, no caso dos primeiros, e decisões, no caso dos últimos. Frequentemente a provocação de decisões judiciais mediante exercício de ação processual, bem como as diversas manifestações de defesa processual, que visam a influenciar no *decisum*, acorrem a disposições jurídicas para articular pretensões. Argumenta-se com base em disposições jurídicas a fim de conferir força ao pleito. Também assim, julgadores parecem buscar em leis, súmulas, precedentes judiciais e tematizações jurídicas pontos de apoio para a justificação do *decisum*. As disposições jurídicas se integram à linguagem corrente entre os juristas. Dificilmente, hoje, poder-se-ia obter êxito em pleito judicial litigando-se declaradamente com amparo na autoridade de pôneis encantados. Procura-se, geralmente, alicerçar as demandas em manifestações humanas cuja associação ao direito é difundida na linguagem e nos imaginários jurídicos.

Decisões prolatadas contra disposições jurídicas expressas, entretanto, não têm comprometida a sua juridicidade. Permanecem direito até o momento de sua superação por outra decisão judicial. Revestem-se de caráter vinculante, sobretudo quando da conformação de coisa julgada. Não é excepcional que sejam prolatadas decisões em que se aperfeiçoa norma de decisão não reconduzível às disposições jurídicas existentes. Tampouco é raro que decisões judiciais contrariem critérios reputados pertinentes ao caso por terceiros não competentes. Direito não esgota sua realização na emanação de disposições jurídicas. Assim fosse, teriam de ser anuladas as contratações de servidores temporários para a área de saúde, no Estado do Espírito Santo, efetuadas de modo

incompatível com as disposições constitucionais, bem como haveria de ser exigida a devolução ao erário dos valores remuneratórios percebidos. Haveria de ser desconstituída a incorporação do município de Água Azul do Norte ao município de Ourilândia do Norte, no Estado do Pará, em desatenção às exigências do documento constitucional brasileiro de 1988 (incluídas as emendas). Do mesmo modo, aos cidadãos brasileiros haveria de ser exigida a apresentação de dois documentos – cédula de identidade e título eleitoral – no momento da votação, nas eleições de 2010. Os processos de realização do direito podem conglobar, a cada caso, manifestações legislativas e outras disposições jurídicas, não se circunscrevendo a elas, tampouco restando os julgadores vinculados aos seus teores.

Nessa temática, uma vez mais, as diferentes experiências jurídicas contam estória semelhante: disposições jurídicas podem e efetivamente são ultrapassadas no exercício da judicatura.³⁵⁸

No julgamento do Recurso Especial 1.083.061-RS,³⁵⁹ a segunda seção do Superior Tribunal de Justiça proferiu decisão escancaradamente *contra legem*. Trata-se de julgado acerca do qual seria interessante ver se manifestarem alguns fautores de distinção entre “princípios” e “regras”, que costumam afirmar a impossibilidade de “sopesamento” ou “ponderação” destas últimas, as quais expressariam “deveres definitivos” e se “aplicariam” por subsunção.

A despeito da categórica vedação do artigo 2, parágrafo 2 da lei 8.036/1990,³⁶⁰ em que se dispõe serem *absolutamente* impenhoráveis os valores contas vinculadas do trabalhador, decidiu-se pela possibilidade de penhora de valores do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS) em sede de execução alimentar. A fundamentação do acórdão não enfrenta esta vedação legal. Concentra-se em afastar alegado caráter taxativo das hipóteses de levantamento do FGTS, constantes do artigo 20 da referida lei, utilizado como eixo argumentativo das decisões das instâncias inferiores, em que o judiciário havia se manifestado pela impenhorabilidade dos valores do Fundo de Garantia.

³⁵⁸ Nesse particular, vale conferir o testemunho do advogado francês Jean Cruet, no começo do século XX: **A vida do direito e a inutilidade das leis**. Leme: Cedijur, 2003 (originalmente publicado em 1908).

³⁵⁹ STJ – **Recurso Especial 1.083.061/RS**. Relator Ministro Massumi Uyeda. DJU

³⁶⁰ **Art. 2º** O FGTS é constituído pelos saldos das contas vinculadas a que se refere esta lei e outros recursos a ele incorporados, devendo ser aplicados com atualização monetária e juros, de modo a assegurar a cobertura de suas obrigações. (...) **§ 2º** As contas vinculadas em nome dos trabalhadores são absolutamente impenhoráveis.

O voto do ministro relator Massumi Uyeda, que contou com adesão unânime dos demais ministros da segunda seção, insistiu no caráter meramente exemplificativos das hipóteses de levantamento do FGTS, “*na medida em que não se afigura razoável compreender que o rol legal abarque todas as situações fáticas, com a mesma razão de ser, qual seja, a proteção do trabalhador e de seus dependentes em determinadas e urgentes circunstâncias da vida que demandem maior apoio financeiro*”. Assim, decidiu-se por ser penhorável numerário constante do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço em nome do trabalhador/alimentante, fazer frente a débito alimentar.

Mediante fórmula quase mágica, sem maior ônus argumentativo, afirma-se ser *razoável* (poder-se-ia ter dito *proporcional*, *plausível* ou mesmo *em conformidade com o princípio da dignidade da pessoa humana*)³⁶¹ a penhora de FGTS em hipótese de dívidas alimentares, não obstante expressa disposição legal no sentido da *absoluta* impenhorabilidade dos valores de contas vinculadas do trabalhador. A legislação pertinente, insista-se, expressa-se no sentido da *absoluta* impenhorabilidade, não apenas da impenhorabilidade. A decisão ultrapassa nitidamente os limites da literalidade das

³⁶¹ Aliás, estes – proporcionalidade e dignidade da pessoa humana – os dois truques hermenêuticos utilizados pela Ministra Eliana Calmon para fundamentar decisão sobre penhorabilidade das legalmente absolutamente impenhoráveis contas vinculadas do trabalhador no Recurso em Mandado de Segurança n. 26-540/SP, interposto pela Caixa Econômica Federal, na condição de terceiro interessado, em face de decisão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que indeferiu o mandamos originariamente impetrado em face de ato do juízo de direito da Comarca de Martinópolis, que determinou a penhora da FGTS de trabalhador submetido à execução alimentar, em virtude da inexistência de outros bens suficientes ao adimplemento da obrigação. “Quanto à questão de fundo – impenhorabilidade dos depósitos nas contas vinculadas do trabalhador, observo que há colisão de princípios, tendendo o conflito a se resolver pelo princípio que preza a *dignidade e subsistência da pessoa humana*. Com efeito, de um lado está a finalidade do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço e do Programa de Integração Social; de outro a necessidade de se manter a sobrevivência de pessoas humanas, dependentes de trabalhador e por estes abandonadas, já que se tornou devedor de alimentos anteriormente acordados. Pelo cotejo dos elementos probatórios, observo que o trabalhador é devedor de pensão alimentícia, não havendo notícia de que seus dependentes possuam outra fonte de rendimentos. A penhora das contas vinculadas foi medida drástica ultimada após a realização de inúmeras outras tentativas de obtenção de bens penhoráveis, diante da inexistência de bens passíveis de penhora. Saliente-se que a Carta Magna elencou a dívida de alimentos como a única (ao lado da controvertida hipótese da prisão do depositário infiel) forma de prisão civil por dívida, de modo que os alimentos são bens especiais para nossa Constituição da República e devem ser satisfeitos sem restrições de ordem infraconstitucional. Some-se a isso que a medida se mostra menos drástica do ponto de vista da *proporcionalidade*, pois a um só tempo se evita a prisão do devedor e se satisfaz, ainda que momentaneamente, a prestação dos alimentos, perpetuando a sobrevivência dos dependentes do trabalhador, devedor dos alimentos aos dependentes necessitados”. (STJ – **RMS 26-540/RS**. Relatora Ministra Eliana Calmon. Publicado a 05/09/2008) (grifou-se). Optou-se por enxergar conflito de imaginários princípios (*finalidade do FGTS*) em caso para o qual se poderia reputar pertinente expressa disposição legal, vedando de forma absoluta a penhora de contas vinculadas do trabalhador. Do ponto de vista da proporcionalidade, é de se reconhecer que foi oferecida ao menos justificativa quanto à necessidade da medida adotada: seria ela menos gravosa que outras alternativas possíveis.

disposições legais. Nem por isso deixa de ser jurídica, aperfeiçoando-se como norma vinculante para aquele caso, conferindo-lhe desfecho.

Em 07 de maio de 2010, no auge daquela que ficou conhecida como “crise das bibliotecas”, no Largo de São Francisco, a juíza federal substituta Fernanda Soraia da Costa Pacheco, provocada pelo Ministério Público Federal, em sede de ação cautelar preparatório para ação civil pública, proferiu decisão ordenando que os livros do acervo da biblioteca da Faculdade de Direito que haviam sido transferidos para o prédio-anexo número IV, situado na Rua Senador Feijó n. 205, em janeiro daquele ano, restando desde então encaixotados, fossem trazidos novamente ao prédio histórico, num prazo de 72 horas, determinando, ademais, prazo de 30 dias para que fossem retirados das caixas e recolocados nas prateleiras, de modo a poderem ser consultados pelo público³⁶².

Há meses os estudantes da Faculdade de Direito do Largo do São Francisco, bem como toda a comunidade, estavam sem acesso ao acervo das chamadas Bibliotecas Departamentais. Entre os dias 23 e 25 de janeiro de 2010, cerca de 160 mil livros foram encaixotados e transferidos ao Anexo IV, por força da portaria número 04/2010, publicada no dia 22 de janeiro, em processo de transparência questionável. A transferência fora operada sob justificativa da necessidade de liberar as salas do prédio histórico até então ocupadas pelas bibliotecas departamentais, que haveriam de ser utilizadas como salas de aula. Vistorias realizadas posteriormente por comissões de alunos e também pelo Ministério Público Federal indicavam a precariedade das condições do edifício destinado a acomodar o acervo, acerca do qual não havia sido elaborado laudo pericial. Significa dizer que a mudança fora realmente realizada sem que se tivesse certeza sobre a situação da estrutura do edifício: não se sabia se estava ou não apto a suportar o peso de livros e prateleiras.

O Ministério Público Federal chegou a expedir recomendação endereçada ao diretor da Faculdade de Direito, em 25 de março de 2010, a fim de que 1) procedesse imediatamente ao desempilhamento e abertura de todas as caixas então abandonadas no novo prédio; 2) na falta de espaço para o desempilhamento naquele local, providenciasse que as caixas excedentes retornassem imediatamente às salas de onde foram retiradas e que continuavam vazias; 3) fosse dado o mesmo regime de urgência à desembalagem e organização dos livros que fora conferido à sua mudança, de forma a

³⁶² **Justiça Federal. 23 Vara Federal de São Paulo.** Autos n: 0010233-21.2010.403.610.0

fazer cessar o estado de periclitção dos livros transferidos e a impossibilidade de sua consulta pelo público, no prazo máximo de 30 dias

No dia 03 de maio de 2010, ultrapassado o prazo de 30 dias estipulado pela recomendação do Ministério Público Federal, um vazamento no Anexo IV colocou em risco o acervo que lá ainda se encontrava encaixotado. Tinha-se ali, literalmente, a gota d'água que faltava. Fora, então, movida a já referida ação cautelar preparatória de ação civil pública, provocando-se a Justiça Federal a se manifestar sobre o caso.

Acontece que, em conformidade com as disposições legais existentes, a Justiça Federal não seria competente para apreciar feito em que figura no pólo passivo a Universidade de São Paulo, autarquia estadual. A Biblioteca da Faculdade de Direito não fora tombada pelo Instituto do Patrimônio Artístico e Histórico Nacional (IPHAN), de modo que não haveria razões para que se afastasse a competência da justiça estadual. A despeito da reconhecida relevância do acervo do Largo do São Francisco, em conformidade com as disposições do decreto lei n. 25 de 1937, em virtude de não terem as bibliotecas sido inscritas nos chamados *livros de tomo*, não constituam os livros parte do patrimônio histórico e artístico nacional³⁶³. Desse modo, poder-se-ia considerar, a princípio, inexistência de interesse da União, não se tratando de hipótese alcançada pelo artigo 109, I do documento constitucional. Na fundamentação da decisão, a própria juíza reconhece a possível determinação posterior de sua incompetência, em eventual conflito, mas não se excusa de oferecer deslinde inicial para o caso, tampouco se declara incompetente.

Tem-se, aí, decisão jurídica tomada por autoridade que se admite, em tese, incompetente para o caso trazido a juízo. Decisão interpretável como incompatível com as chamadas leis processuais disciplinadoras de competência, portanto. Nem por isso, enquanto não impugnada legitimados e derrubada por autoridade competente, decisão menos jurídica. As disposições jurídicas não atam a realização judicativa do direito.

No dia 20 de dezembro de 2007, numa quinta-feira, os quadros “*O lavrador de café*”, de Cândido Portinari, e “*O retrato de Suzanne Block*”, de Pablo Picasso, foram furtados do Museu de Arte de São Paulo Assis Chateaubriand (MASP). Os suspeitos de

³⁶³ **Art. 1º** Constitue o patrimônio histórico e artístico nacional o conjunto dos bens móveis e imóveis existentes no país e cuja conservação seja de interesse público, quer por sua vinculação a fatos memoráveis da história do Brasil, quer por seu excepcional valor arqueológico ou etnográfico, bibliográfico ou artístico.

§ 1º Os bens a que se refere o presente artigo só serão considerados parte integrante do patrimônio histórico o artístico nacional, depois de inscritos separada ou agrupadamente num dos quatro Livros do Tombo, de que trata o art. 4º desta lei.

prática da conduta criminosa foram capturados, sete dias depois, no município de Ferraz Vasconcelos, na grande São Paulo. Foram todos presos em janeiro de 2008. Acionada a justiça estadual, foram submetidos a julgamento e condenado a penas que oscilaram entre 3 anos e 9 anos e seis meses de prisão: Robson de Jesus Jordão (9 anos e seis meses); Francisco Laerton Lopes de Lima (8 anos e um mês); Moisés Manoel de Lima Sobrinho (6 anos e 5 meses) e Alexsandro Bezerra da Silva (3 anos, em regime semiaberto). O procedimento judicial tramitou perante juízo de direito da décima oitava vara criminal da justiça do Estado de São Paulo.

Diversamente do que se passa com o acervo das bibliotecas da Faculdade de Direito do Largo de São Francisco, os dois quadros furtados haviam sido tombados pelo IPHAN e devidamente inscritos no livro de tombos – livro de belas artes. À época de investigação e apuração do crime, foram abertos inquéritos na polícia federal e na polícia estadual. O último deles avançou a passos mais acelerados, culminando com oferecimento de denúncia pelo Ministério Público, instauração de processo perante a justiça estadual e prolação de sentença condenatória.

O juízo federal, reputando-se competente para o feito, solicitou a remessa dos autos pelo juízo estadual, que respondeu à solicitação afirmando que os autos haveriam de permanecer sob sua competência, na medida em que o procedimento já se encontrava em fase de razões finais e sentença. Na sequência dos eventos, o Ministério Público Federal, por meio do Subprocurador Geral da República, Francisco Dias Texeira, suscitou conflito de competência perante o STJ, alegando ser da justiça federal a competência para apreciação do caso, em razão da existência de interesse da União, por intermédio do IPHAN, já que estavam tombados os quadros furtados.

A Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça decidiu,³⁶⁴ de modo unânime e na esteira do voto do Relator, ministro Arnaldo Esteves Lima, pela competência da Justiça Federal. Assentou-se que embora as obras de arte em questão estivessem sob a guarda do MASP (associação privada e sem fins lucrativos), a responsabilidade por sua vigilância e manutenção caberia ao IPHAN. Ademais, entendeu haver interesse da União na preservação e manutenção de patrimônio histórico e artístico nacional, resguardando os bens de excepcional valor cultural e artístico. Cuidou-se de registrar que, nos termos do artigo 21 do decreto-lei 25/1937, atentados cometidos contra bens tombados pelo IPHAN são equiparados a atentados ao patrimônio nacional, de tal modo

³⁶⁴ STJ – **Conflito de Competência 106.413/SP**. Relator Ministro Arnaldo Esteves de Lima. DJ 09/11/2009.

que se estaria efetivamente perante hipótese de competência da Justiça Federal, na forma do artigo 109, IV do documento constitucional de 1988. Concedeu-se, então, *habeas corpus* de ofício para anular a sentença condenatória proferida por juiz de direito da justiça estadual, determinando a remessa dos autos a justiça federal e facultando-lhe a ratificação dos atos processuais anteriormente praticados.

Processo jurídico já em etapa de execução conheceu reviravolta, mediante anulação de decisão judicial condenatória, que se entendeu proferida por autoridade não competente. A vivência jurídica deve ser abordada de modo a se perceber o seu não esgotamento nas disposições existente, que apenas oferecem diretivas às autoridades competentes. No confronto de tais disposições com o individual e com o devir a realização do direito não raro assume contornos imprevistos, não surpreendendo que haja incontáveis decisões proferidas em desatenção ou mesmo em contradição com disposições jurídicas existentes, cuja interpretação costuma ser disputada.

Neste caso de furto do MASP, decisão reputável por muitos incompatível com a legislação foi anulada em conflito de competência suscitado pelos legitimados. Poderia não ter sido. As decisões judiciais não deixam de ser jurídicas simplesmente por serem interpretadas como ilegais (*contra legem*) por terceiros não investidos nas funções de judicatura. A realização do direito ultrapassa, com frequência, supostos limites veiculados pelas disposições legais. Anteriormente à tomada de decisão judicial, não se tem certeza nem mesmo quanto à autoridade competente para desfechar caso adjudicado.

Ainda na intersecção direito e arte, o julgamento de Caroline Pivetta da Mota e Rafael Vieira Camargo Martins, envolvidos em episódio conhecido como “pichação da Bienal”, em 2008, revela a possibilidade de decisões *contra legem* no chamado direito criminal, que comumente é varrida para debaixo dos tapetes das obras da designada dogmática jurídica, que muitas vezes se mostram aglomerados de “retóricas vazias”, construídas em torno da noção de legalidade e destituídas de qualquer “vivo contato” com a realidade dos fóruns criminais Brasil adentro.

No dia 26 de outubro de 2008, um grupo de aproximadamente 40 pessoas invadiu as instalações da vigésima oitava Bienal e pichou paredes e tapumes divisórios situados no segundo piso do prédio, intencionalmente deixado vazio, a fim de se enfatizar a arquitetura do prédio, projetado por Oscar Niemeyer. A situação deste segundo piso é que rendeu àquela Bienal o apelido de “Bienal do Vazio”, não obstante

seu moto fosse “em vivo contato”. Nessa ocasião, acionada a polícia militar, os pichadores teriam quebrado um dos vidros da lateral do edifício e empreendido fuga.

Caroline Pivetta foi a única pessoa apanhada pela polícia, dentre os cerca de 40 pichadores envolvidos naquele episódio, tendo confessado participação no ato. Rafael Martins fora identificado por um dos seguranças da Bienal, Mário Rodrigues da Silva que prestava depoimento na delegacia, quanto até lá se dirigiu, a pedido de Caroline, para entregar-lhe documentos. Márcio afirmou ter sido agredido por duas vezes com golpes de voadora no peito. Também alegou ter levado diversos chutes enquanto estava caído no chão, quando teve suas roupas e rosto pichados por membros do grupo de pichadores. Em nenhum momento afirmou terem Caroline ou Rafael participado dessas específicas agressões. A testemunha Bruno Lima, por sua vez, relatou ter sido agredida por Caroline com tapas no rosto, quando tentou tomar-lhe da mão um “canetão” com que pichava uma das paredes da Bienal. Quanto a Rafael, teria sido visto pela testemunha Maycon com uma lata de spray na mão.

Ambos foram condenados a quatro anos e vintes dias de prisão, em regime semiaberto, por prática de *crime contra o ordenamento urbano e o patrimônio cultural*, previsto no artigo 62, I, da lei 9.605 de 1998 e pelo *crime de formação de quadrilha*, previsto no artigo 288 do Código Penal.

O artigo 62, I da lei 9.605 tipifica como crime *destruir, inutilizar ou deteriorar bem especialmente protegido por lei*, ato administrativo ou decisão judicial. Não há qualquer prova, nos autos, nem mesmo argumentação na sentença, no sentido de que Rafael ou Caroline tenham efetivamente destruído, inutilizado ou deteriorado bem especificamente protegido por lei (na sentença é mencionado o tombamento do parque da Bienal, bem como do edifício projeto por Oscar Niemeyer), apenas sendo certo que Caroline pichou paredes e colunas brancas do edifício da Bienal. A quebra de vidro das laterais do edifício, utilizada para a fuga dos pichadores, não foi empreendida por qualquer dos condenados. Assim sendo, haveria elementos suficientes para alegar, como de fato fez a defesa dos réus, erro de tipificação. O artigo 65 da mesma lei estabelece como crime *pichar, grafitar ou por outro meio conspurcar edificação ou monumento urbano*, interpretável como mais ajustado às condutas narradas nos autos.

Quanto ao crime de formação de quadrilha, o código penal brasileiro exige *associação de três ou mais pessoas*, em quirlha ou bando, para cometerem crimes. Ao fundamentar a condenação, neste particular, a juíza de direito Márcia Tessitore afirmou ser ser “*nítida a associação entre Caroline e Rafael, tanto que a ré solicitou a ele que*

levasse seus documentos na delegacia de polícia”. Entendeu não haver “*dúvidas, também, de que ambos integram o grupo ‘Sustos’*” que teria atuado “*juntamente com outros grupos no lastimável evento*”. A partir de entrevistas concedidas por integrantes do grupo, asseverou que “*outros acontecimentos dessa mesma natureza estão programados, a demonstrar a estabilidade na prática de crimes*”.

A sentença, na prática, condena por crime de formação de quadrilha duas pessoas, a despeito da exigência legal de três ou mais, cujo vínculo para prática de crimes é presumido e declarado como nítido pelo fato de Caroline ter solicitado a Rafael que levasse documentos à delegacia. Nenhum outro integrante do grupo Sustos que tenha participado do ato foi acusado ou sequer identificado. Membros do grupo teriam declarado haver programação para realização de outras pichações. Rafael e Caroline não foram condenados por pichação, mas sim por destruição, inutilização ou deterioração de bens protegidos por lei. Foram condenados, numa possível interpretação, por formar quadrilhas com membros desconhecidos de um grupo que se reúne supostamente para praticar crimes diversos daquele pelo qual foram condenados e para a prática do qual se reuniriam periodicamente.

Ainda que aos olhos de grande parte da comunidade jurídica a sentença seja interpretável como *contra legem*, mantém-se como jurídica, produzindo efeitos, enquanto não for reformada ou anulada por autoridade competente, provocada pelos legitimados. As leis não vinculam os julgadores. Nem mesmo as leis penais. Não importa o quanto bradem em sentido contrário os chamados “doutrinadores” do direito.

No julgamento do Recurso de Revista n. 53.2008.5.04.0571, a sexta turma do Tribunal Superior do Trabalho confirmou acórdão do TRT da quarta região, condenando a Comphania Rio Grandense de Saneamento (CORSAN) a pagar as diferenças entre adicional de insalubridade em grau mínimo e em grau máximo a funcionário encarregado do recolhimento de lixo e da higienização de banheiros do escritório da empresa. Decidindo desta maneira, a sexta turma contrariou de forma frontal a Orientação Jurisprudencial SDI1-4, II,³⁶⁵ em que determina descabimento de

³⁶⁵ **OJ-SDI1-4 ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. LIXO URBANO.** (nova redação em decorrência da incorporação da Orientação Jurisprudencial nº 170 da SBDI-1) - DJ 20.04.2005

I - Não basta a constatação da insalubridade por meio de laudo pericial para que o empregado tenha direito ao respectivo adicional, sendo necessária a classificação da atividade insalubre na relação oficial elaborada pelo Ministério do Trabalho.

II - A limpeza em residências e escritórios e a respectiva coleta de lixo não podem ser consideradas atividades insalubres, ainda que constatadas por laudo pericial, porque não se encontram dentre as classificadas como lixo urbano na Portaria do Ministério do Trabalho. (ex-OJ nº 170 da SBDI-1 - inserida em 08.11.2000)

adicional de insalubridade em atividades de recolhimento de lixo e higienização de banheiros e escritórios, independentemente de laudo pericial em sentido contrário.

A CORSAN se valia do recurso de revista para tentar reverter decisão do TRT da quarta região em que havia sido determinado o pagamento de diferença entre adicional de insalubridade em grau médio e máximo. O empregado já percebia adicional em grau médio, tendo pleiteado perante a justiça do trabalho alteração do enquadramento. O TRT havia se orientado por laudo pericial em que o engenheiro conluia que *“as atividades do reclamante eram insalubres em grau médio em razão do contato com agentes químicos (álcalis cáusticos) e em grau máximo em decorrência do contato com agentes biológicos quando da realização da limpeza dos banheiros”*. Confirmando a condenação do tribunal *ad quo*, a sexta turma do TST entendeu que *“a própria reclamada, ao efetuar o pagamento do referido adicional em grau médio, já reconhece o trabalho em condições insalubres”*, de tal modo que *“O Eg. TRT apenas enquadrou em grau máximo as atividades insalubres exercidas pelo reclamante, entendendo que o adicional de insalubridade para a atividade de limpeza de banheiros deve ser o de grau máximo”*. Sob esse fundamento, isto é, sob entendimento de que porque já pagava adicional de insalubridade em grau médio, haveria de continuar pagando, não havendo qualquer problema na alteração judicial de grau médio para grau máximo, afastou orientação jurisprudencial do próprio TST.

Enquanto inúmeros empregados incumbidos de recolhimento de lixo e da limpeza de banheiros em diversos cantos do país, por força de Orientação Jurisprudencial, em tese não estariam aptos a pleitear percepção de adicional de insalubridade, Mateus de Assis Gonçalves, funcionário da CORSAN, obteve decisão judicial favorável que não apenas confirmou o pagamento de adicional de insalubridade que já vinha recebendo, por liberalidade da empregadora, como lhe determinou o aumento de grau médio para grau máximo. Não é difícil imaginar a existência de banheiros muito mais insalubres, nas rodoviárias, terminais públicos e baladas, do que os banheiros do escritório da Companhia de Saneamento Riograndense.

Superação de orientações jurisprudenciais diante de “peculiaridades do caso concreto” não é privilégio da justiça do trabalho, tampouco se constitui em fato isolado na vivência do direito. No julgamento do Habeas Corpus 95.443/SC, a segunda turma do Supremo Tribunal Federal proferiu decisão em que foi afastada a Súmula Vinculante

número 24³⁶⁶. Admitiu-se possibilidade de instauração de inquérito policial para apuração de crimes materiais contra a ordem tributária, tipificados no artigo 1, I-IV da lei 8.137/1990, anteriormente ao encerramento do correspondente procedimento administrativo-fiscal, desde que se trate de medida necessária a viabilizar a fiscalização tributária. Casos semelhantes já haviam sido enfrentados pelo Supremo Tribunal Federal, prevalecendo orientação no sentido da impossibilidade de instauração de inquérito anteriormente à conclusão do procedimento administrativo-fiscal³⁶⁷.

Neste específico caso, entendeu-se haver pecualiridade a justificar a instauração do inquérito policial independentemente do efetivo lançamento tributário. A empresa MC JU Indústria e Comércio de Confecções LTDA, da qual eram sócios os pacientes, Marcelo Kohler e Fabrício Schumacher, sofreu fiscalização por parte da fazenda estadual de Santa Catarina, sob suspeita de sonegação fiscal. Tendo sido devidamente intimados, os representantes legais da empresa não prestaram informações solicitadas a respeito da conta corrente 0052132-9, da agência 337-9, do banco Bradesco. Tais informações seriam imprescindíveis, pois somente no confronto da movimentação financeira da conta em questão com os valores lançados nos livros comerciais e fiscais da empresa é que se poderia apurar a existência de operações de vendas que não tivessem sido acompanhadas de emissão de notas fiscais.

Os fiscais da fazenda solicitaram ao Ministério Público Estadual que encamihasse solicitação de quebra de sigilo bancário, a fim de que pudessem ser acessadas as informações protegidas por esta garantia. Tal pedido fora encaminhado à justiça estadual, sem que tivesse sido formalizado no interior de inquérito policial ou procedimento judicial, razão pela qual veio a decisão que o deferiu a ser posteriormente anulada em sede de Habeas Corpus movido perante o Tribunal de Justiça de Santa Catarina, que a reputou manifestamente ilegal.

Na sequência dos eventos, o Ministério Público solicitou instauração de inquérito policial, a fim de que pudesse ser formalizado novo pedido de quebra de sigilo bancário, reputada imprescindível ao seguimento da fiscalização. Autorizada judicialmente a quebra de sigilo, foram identificados, no curso da fiscalização, depósitos realizados pela empresa Têxtil Texto Ltda na conta bancária investigada, aos quais não

³⁶⁶ **Súmula vinculante número 24.** *"Não se tipifica crime material contra a ordem tributária, previsto no artigo 1º incisos I a IV da lei 8.137/90, antes do lançamento definitivo do tributo".*

³⁶⁷ Vejam-se, exemplificativamente: **STF – HC 85.501/MG**. Relator Ministro Carlos Velloso. DJ 01/07/2005. **STF HC 90.957/RJ**. Relator Ministro Celso de Mello. DJ 19/10/2007 e **HC 84.423/RJ**. Relator Ministro Carlos Ayres Britto. DJ 24/09/2004.

correspondiam os devidos registros nos livros fiscais e contábeis da empresa dos pacientes. Configuravam-se, assim, fortes indícios de ausência de recolhimento de Imposto sobre Circulação de Mercadorias (ICMS). Ao final da fiscalização, apurou-se a existência de débito no valor de 23 milhões de reais, correspondente ao não pagamento de ICMS.

No voto da reatora, ministra Ellen Gracie, assentou-se que *“esta significativa quantia, que poderia destinada para a construção de hospitais e escola públicas no Estado de Santa Catarina, teria ficado escondida do Fisco estadual, caso não tivesse sido requerida e deferida a quebra de sigilo bancário da empresa dos pacientes”*. A ministra sentia que *“considerar ilegal (...) a instauração de inquérito policial, que era imprescindível para possibilitar uma completa fiscalização da empresa, equivale[ria] a assegurar a impunidade da sonegação fiscal”*. Deste modo, entendeu que seria possível a instauração de inquérito policial para apuração de crime contra a ordem tributária anteriormente ao encerramento de processo administrativo-fiscal correspondente, quando tal medida for imprescindível para viabilizar a fiscalização, no que foi acompanhado pelos demais ministros da segunda turma.

A interpretação jurídica se realiza, na vivência do direito, sobre casos jurídicos trazidos a juízo e clamando por decisão. Não sobre disposições pretensamente normativas, tomadas em descolamento da realidade para perquirição do sentido e alcance de enunciados lingüísticos. Os casos jurídicos não se resolvem mediante pura e simples leitura de textos legais, súmulas (ainda que ditas vinculantes), decisões judiciais passadas ou tematizações de juristas. As disposições jurídicas, quando existentes, podem figurar como variável relevante na resolução de concretas demandas. Não deixam de ser, contudo, variáveis, colocadas ao lado de tantas outras, cuja relevância para uma concreta adjudicação não se pode prever. Componentes necessárias dos casos jurídicos são as pessoas envolvidas no processo de realização do direito que conduzirá ao seu desfecho: julgadores, demandantes, demandados e procuradores de ambas as partes em litígio (bem como eventuais amigos da corte, assistentes processuais, peritos e assim por diante).

4.8. Sujeição ao direito pelos diferentes protagonistas dos processos jurídicos: autoridade e normatividade

No foco das atenções devem estar os processos de realização do direito. Deve-se cuidar de abordar a travessia do direito, rumando para o desfecho dos casos adjudicados, em concreto procedimento judicial. É disparatado discutir direito em desatenção aos diferentes modos como é vivenciado, a cada situação e caso, com suas diferentes variáveis. Na vivência do direito, constantemente se ultrapassam disposições jurídicas reputadas como claras por terceiros não incumbidos do afazer judicativo-decisório.³⁶⁸ Ainda que se admita alguma normatividade ao direito, por certo ela não poderá ser identificada com suposta vinculação de procuradores e julgadores às disposições jurídicas existentes. Isso não significa, contudo, que não se vão encontrar, nos foros e tribunais, advogados e juízes que piamente acreditam, em ato de fé, que estão vinculados às disposições jurídicas e que peticionam e decidem em conformidade com “o” direito.

Entre os jurisdicionados parece ser mais comum o sentimento de vinculação às disposições jurídicas existentes. Os imaginários jurídicos individuais comumente representam leis, súmulas e decisões judiciais passadas como representativas do direito e, dessa forma, como revestidas de caráter vinculante. Tais representações, entretanto, afetadas por crenças, interesses e valores, são tão variáveis quantos são os indivíduos que as conformam para si. Não se pode olvidar que muitos dentre os jurisdicionados sequer têm vaga noção acerca do conteúdo das disposições jurídicas existentes. Nem por isso, todavia, deixam de representar, no mais das vezes, alguma noção do direito, que costumam imaginar como vinculante, não apenas para si, mas também para os outros. Percebem-se como sujeitos à juridicidade.

Em direito, determinante parece ser o reconhecimento da autoridade das manifestações jurídicas. A despeito do efetivo conteúdo das decisões judiciais, tendem elas a ser acatadas e permanecerão como direito enquanto não forem derrubadas por outras decisões ou, em situações limite, enquanto não forem desconstituídas por insurreições populares ou assaltos de determinados grupos ao poder. O caráter vinculante das decisões judiciais prolatadas se mantém, encontrando em revoluções e golpes o seu possível limite. É pouco plausível imaginar que decisões judiciais permaneçam revestidas de caráter normativo/vinculante perante sucessivos processos de

³⁶⁸ “Im Gegensatz zu einer in der Rechtslehre verbreiteten Theorie gehen die Gerichte von der Existenz eindeutiger Gesetzschriften aus”. VOIGT, Liselotte. **Entscheidungen gegen den klaren Wortlaut des Gesetzes**. Gottingen, 1967, p. 69. Para estudo aprofundado na temática da decisões *contra legem*, veja-se REICHEL, Hans. **Gesetz und Richterspruch**: zur Orientierung über Rechtsquellen- und Rechtsanwendungslehre der Gegenwart Zürich: Orell Füssli, 1915.

desconfirmação. Autoridades não costumam resistir a dias e dias de povo se manifestando nas ruas e praças. Não raro, contudo, recorrem às disposições jurídicas na tentativa de legitimar perante os jurisdicionados decisões e atitudes percebidas como desmandos.

Difícil oferecer explicação sobre causas e razões da vinculação e sujeição dos jurisdicionados ao direito. É fato, contudo, que problemas emergidos no interior da convivência grupal seguem sendo trazidos a juízo, sob a forma de casos jurídicos. Também assim, prolatada decisão judicial apta a se revestir de coisa julgada, tolera-se, a despeito de inquietações e descontentamentos pontuais, sobretudo da parte daqueles que tiveram frustradas suas expectativas em concreto processo jurídico, que seja eventualmente exercida a força, mediante recurso a aparato policial, para que se faça cumprir o *decisum*. A despeito da conexão do direito com o possível exercício institucional de força física, a força do direito perante os jurisdicionados se revela simbólica. Acredita-se, por heterogêneos motivos, na autoridade dos julgadores e de suas decisões.

Mesmo anteriormente e fora de quaisquer procedimentos judiciais, muitas pessoas seguem orientando sua conduta em conformidade com interpretações mais ou menos difundidas das disposições existentes, ou em assonância com representações acerca da juridicidade, construídas a partir de diversos elementos. A maioria dos indivíduos jamais leu o Código de Trânsito (lei 9503/97), mas imagina-se vinculada a disposições cujo exato teor desconhece, sendo-lhes suficiente saber que a determinadas infrações, como excesso de velocidade, podem se seguir multas e outras consequências indesejadas. Também assim, poucos serão aqueles que já folhearam ou acessaram na internet qualquer lei tributária. Entretanto, anualmente, mesmo que com auxílio de contadores e/ou advogados, costuma-se “declarar imposto de renda” – ainda que parcela significativa da população brasileira possua vencimentos inferiores à faixa mínima de tributação.

Olhar para a vivência jurídica permitirá perceber, portanto, a pluralidade de modos pelos quais o direito é vivenciado por jurisdicionados, procuradores, julgadores e outros profissionais das carreiras jurídicas. É inócuo seguir tomando o direito como espécie de normatividade, em atitudes que conduzem a identificá-lo com as disposições jurídicas existentes.

Não é preciso, entretanto, abandonar qualquer noção de normatividade jurídica. A manutenção (continuidade/permanência) do direito como modo de vida

especificado pela inevitabilidade da tomada de decisão parece estar relacionada à crença no caráter vinculante das manifestações jurídicas. Contudo, a vivência jurídica oferece incontáveis e diários exemplos do caráter não vinculativo das disposições pretensamente normativas, sobretudo para os julgadores, que constantemente ultrapassam-nas na decisão dos casos trazidos a juízo.

Mister reconhecer, contudo, que a assunção de alguma normatividade do direito não implica e não exige o deslocamento de seu modo de existência para outro plano, diverso do da realidade. É despicienda a postulação de uma dicotomia entre ser e dever ser. O sentimento de sujeição e vinculação ao direito, que confere autoridade às suas manifestações, não decorre de uma sua validade metafísica, antes devendo encontrar explicações em diferentes aspectos da vivência humana, em que não é raro que os homens se orientem por crenças e mesmos ilusões. O direito se revela atrelado às demais facetas da vivência dos homens, imbricando-se com os jogos da política e do poder de modo inarredável.³⁶⁹ Não se pode admitir a singeleza de abordagens conducentes a pensar que o exercício político do poder se dobrará ante algumas formulações impressas e expressas em tinta preta sobre o papel, o que não significa dizer que tal exercício é ilimitado, mas impõe perceber que as suas contenções envolvem outras variáveis diversas daquelas representadas pelas disposições jurídicas. Estas, sempre dependentes de interpretação, poderão ser utilizadas na defesa de interesses contrapostos uns aos outros. Por meio do direito se exerce poder, mas o próprio poder ou autoridade do direito depende da aceitação ou ao menos da passividade daqueles que se acreditam sujeitos e vinculados a ele.

Pouco ou nada compreenderá sobre a vivência do direito aquele que insistir em abordá-lo exclusiva ou mesmo preponderantemente como um conjunto ou sistema de normas jurídicas, identificadas às disposições jurídicas existentes ou mesmo avistadas como tendo neles os seus limites, conforme formulação corrente que as distingue do que chamam de textos normativos. Interessa atentar para o que se passa na vivência do direito. Não apenas o que se dá nas salas dos tribunais em sessão, mas também nos bastidores da adjudicação, nos gabinetes de ministros, desembargadores e juízes, e na escrivanina dos assessores.

Àquele que quiser minimamente compreender a vivência do direito não bastará adentrar as salas dos tribunais em sessão, pois o direito não se realiza apenas no

³⁶⁹ “Politische Betätigung ist nicht anderes als Teilnahme an der Rechtsbildung”. HECK, Philipp. **Das Problem der Rechtsgewinnung**. Tübingen, 1912, p. 10.

palco, sob as luzes, com as cortinas escancaradas e aos olhos do público. É preciso esforçar-se por perceber o que se passa nos bastidores de cada adjudicação, sem que com isso se esteja a insinuar desonestidades e trapaçarias de qualquer gênero. Nada há de muito inovador em deslocar o foco de abordagem da legislação para a decisão judicial, se se olvida da travessia que conduz à sua tomada, à prolação de sentença ou de acórdão aptos a desfechar os casos jurídicos. Na interpretação e no acerto/desfecho de casos jurídicos não atuam apenas juízes, mas também assessores.

No exercício da advocacia não apenas se elaboram peças processuais, mas também se escolhem pareceristas de renome para assinar teses favoráveis, aguarda-se pelo momento mais adequado ao protocolo da petição, com vistas às possibilidades de distribuição e “despacha-se” com julgadores e assessores. Na base da propositura ou não de uma denúncia ou ação civil pública pelo ministério público não radica um “princípio de obrigatoriedade” fincado na legislação, mas interesses, barganhas, jogos políticos, crenças e paixões. É despidendo dizer que ninguém conseguirá “ler” quaisquer dessas práticas na letra das disposições pretensamente normativas.

Ainda que em flagrante dissonância com a vivência jurídica, os autodesignados acadêmicos do direito, remanescendo às voltas com a confecção de um corpo de saber pretensamente científico, seguem se empenhando na construção, com base no arenoso dogma da normatividade - não raro articulado sob a forma de verdadeira síndrome normativista -, de edifícios conceituais batizadores de sistemas, incapazes de resistir aos atritos da realidade. Aquele que, orientado por esses endereços dogmáticos, se dirigir a esta rua dos juristas, procurando por juristas e pelo direito nesses arranha-céus (de conceitos?) sistemáticos, invariavelmente irá se decepcionar ou se deixar enganar. Lá não moram juristas. Ali não vive o direito.

Enquanto no *battlefield of action* jurisdicionados, procuradores e julgadores vinvenciam o direito e(m) suas complexas circunstâncias, de diferentes modos, às voltas com incontáveis variáveis, boa parte dos acadêmicos, em que pese uma série de eufemismos e malabarismos discursivos em contrário, ainda vive na lei.³⁷⁰ Passada a hora de dizer *não mais*.

³⁷⁰ Remanescem atuais a mais que centenárias palavras de Oskar von Bülow, que denunciava à curiosa simpatia dos juristas - sobretudo dos chamados Doutores Professores - de seu tempo às leis (às disposições pretensamente normativas). “Wir leben in einer gesetzesreichen und gesetzfreundigen Zeit”. Esta a frase de abertura do já citado **Gesetz und Richteramt** (1885). Insuperável, contudo, a ironia do mesmo Bülow, em breve poesia que escreveu em *laudatio* ao BGB, por força da comemoração de um de

seus aniversários, na qual satiriza a suposição dos juristas de que para vivenciar o direito basta conhecer as leis:

“Erlöst sind wir von schwerem Weh
Durch unser liebes BGB,
Zu Ende ist der Dank und Streit,
Wir leben froh in einigkeit.

Doch lebe das Gesetzwort,
All unser Heil und sichrer Hort!
Das Denken macht uns nicht mehr Pein!
Ha! Welche Lust, Jurist zu sein!”

BÜLOW, Oskar von. **Heitere und Ernst Betrachtungen über die Rechtswissenschaft**, 1901, p. 16.

V. NÃO MAIS SISTEMA

Em 2008, a Parmalat, empresa italiana de produtos alimentícios, apostou numa campanha publicitária espirituosa para lançar no mercado brasileiro o leite *natura premium*. Em diferentes anúncios, apareciam personagens-tipo narrando situações ideais. Compartilhando aspirações e desejos. Num deles, um empregado falava sobre o patrão dos sonhos. Ele deveria perceber as angústias dos empregados, dispensando-lhes compreensivamente em caso de problemas pessoais: “- *Você tá bem? Você tá legal? Quer ir pra casa? Pô. Emenda a semana.*”. No arremate, o empregado ainda reclamava sobre a absurda jornada de trabalho de seis horas diárias.

Noutras tomadas, uma mulher descrevia o namorado perfeito, que deveria ser “*lindo, inteligente, falar todo dia que me ama*” e “*não ter vergonha de falar que me ama na frente dos amigos*”, bem como havia aquela que sonhava com um carro que dispensasse revisão de água e óleo (*jamais!*), liberasse sonífero para que as crianças pegassem no sono rapidamente durante as viagens e fosse autossuficiente, dirigindo-se mediante simples comandos de voz para os lugares desejados. Não faltava também a mãe e esposa sonhadora, que desejava que as crianças acordassem sorrindo e já vestidas para o colégio e que nunca faltassem cuecas na gaveta do marido. Havia ainda o menino que embora fosse tratado no colégio por “mosquito”, em virtude de seu tamanho, queria mesmo era ser “*fortão, bonitão*” e “*ter o poder de voar, ficar invisível... pra poder entrar no banheiro das meninas*”. Todos os anúncios eram concluídos com um mesmo bordão: “*nem tudo pode ser como você sonha, mas o leite já pode (...) Parmalat natura Premium, o leite perfeito*”.

Ao ler os escritos de muitos juristas em que se tematiza o chamado *sistema jurídico* pode-se muito bem ter a impressão de estar assistindo a um comercial da Parmalat. O sistema jurídico é *unitário*, estruturado *hierarquicamente*, constituído por *normas* supra e infraordenadas, a um só tempo *pleno* (completo) e *consistente* (coerente ou não contraditório), oferecendo *respostas corretas* a todas situações da vida e casos adjudicados, bastando ao interprete habilidade para encontrá-las latentes em harmonizáveis repertórios de *princípios e regras*. Tal sistema, pensado como normativo, ainda é capaz de propiciar *segurança e estabilidade*.

À diferença do que se passa nas propagandas da Parmalat, contudo, nas tematizações (pretensamente) jurídicas não se revela o caráter de *wishful thinking* das

idéias lançadas. Frequentemente as narrativas seguem seu rumo como se estivessem tratando de realidade, isto é, acreditando e querendo fazer crer que o direito em realização nos escritórios de advocacia, nas assessorias jurídicas populares, nos gabinetes de procuradores da república ou nas atividades de estagiários e assessores, bem como o direito realizado nos fóruns e nas sessões dos tribunais, se aperfeiçoa como *totalidade ordenada*. Direito vai ficcionalmente apresentado como se sistema fosse. Entretanto, o caráter de ficção não é admitido. Os *best-sellers* sistemáticos entre os juristas se autorresenham como baseados em fatos reais.

Nessa *Wonderland* das tematizações jurídicas, pinta-se um “paraíso em que todas as palavras possuem um sentido fixo, precisamente assentado; onde os homens expressam seus propósitos não apenas de modo acurado, mas também de modo pleno e não lacônico; e no qual, se o escritor foi cuidadoso, então um jurista, tendo um documento diante dele, pode sentar em sua cadeira, inspecionar o texto e responder a todas questões sem sequer levantar os olhos”.³⁷¹ Com mais acerto, é de se perceber que “homens” não habitam este paraíso das tematizações jurídicas. Nelas os homens sequer são mencionados. Não são eles os chamados a solucionar problemas ou a acertar/desfechar casos jurídicos trazidos a juízo. Tudo fica por conta do sistema.

Recentemente, uma reportagem do Fantástico, programa de domingo da Rede Globo de Televisão, procurava denunciar o *caos nas delegacias do Brasil*, procurando oferecer imagens do descaso, da falta de estrutura e do tratamento desumano avistáveis na malha carcerária brasileira. Em uma das situações apresentadas, a equipe de reportagem tenta fazer um boletim de ocorrência por furto de documentos, numa delegacia da grande São Paulo cujo expediente devia se encerrar às 20:00 horas. Tendo chegado lá depois das 19:30, os jornalistas receberam a seguinte resposta de um funcionário: “*Aqui, a delegacia fecha às oito horas da noite. Só que o sistema fecha um pouquinho antes*”. Nas páginas dos escritos dos juristas, bem como nas palestras dos conferencistas e nos sermões dos ministrantes de aulas se dá algo parecido. Ali “o sistema” ganha corpo e alma, pernas e vontade, funcionando aparentemente sozinho. As “normas” jurídicas resolvem. São “aplicadas” aos casos adjudicados por homens tornados invisíveis nas tematizações dos juristas. Nessas *prosopopéias jurídicas*, é-se forçado a fazer coro às palavras do Capitão Nascimento, em *Tropa de Elite*, com a devida vênia: “*o sistema é foda, parceiro*”.

³⁷¹ THAYER, J. B. *A preliminary treatise on evidence*. 1898, pp. 428-429.

Já é passada a hora de perceber e assumir que o tal “sistema jurídico” só existe nos delírios de alguns designados juristas.³⁷² Direito não é sistema de enunciados: de regras ou de regras e princípios. É vivência humana e se realiza nas ações e omissões dos homens, por meio da e na linguagem, muito aquém dos níveis de perfectibilidade postulados por teorias bastante em voga na atualidade. Como na bela composição de Caetano Veloso, a despeito de alguns acadêmicos seguirem tentando “*encontrar a mais justa adequação*” fazendo de “*tudo métrica e rima e nunca dor*”, há que se reconhecer que “*a vida é real e é de viés*”.

5.1 Retórica do sistema: unidade do direito

Muitos acadêmicos de direito se demonstram perdidos em meio a ciclótinas temáticas: abordagens repetidas à exaustão, não raro de modo irrefletido. Eterno retorno dos mesmos temas, articulados de maneiras muito semelhantes. Presentemente, acumulam-se volumes de obras supostamente jurídicas em que o direito é tratado *como* sistema. Sem maiores esclarecimentos ou desenvolvimentos, refere-se ao direito como sistema ou ordenamento (tomados como sinônimos), designando-se as diferentes experiências jurídicas nacionais pela alcunha de sistema (brasileiro, egípcio, hondurenho, líbio ou norte-americano).

Anseia-se por divisar limites. Procura-se por critérios capazes de distinguir o direito, pensado como normatividade, de outras manifestações normativas,³⁷³ bem como as diferentes experiências jurídicas entre si. Acorre-se à noção de sistema, tornado lugar comum no discurso dos juristas, a fim de se poder, mediante uns quantos artifícios conceituais, divisar direito de não direito. Buscam-se traçar linhas precisas.³⁷⁴

³⁷² “*El sistema existe, pero solamente en la mente de los que enseñan. (...) es imposible que exista un sistema salvo en los libros de los autores o em sus clases teóricas de la Universidad, que es lo mismo*”. GORDILLO, Agustín e NIETO, Alejandro. **Las limitaciones del conocimiento jurídico**. Madrid: Editorial Trotta, 2003, pp.75 e 86.

³⁷³ “So long as we allow that it is possible for a population not to be governed by law, there must be a difference between legal standards and those which are not legal, not part of the law”. RAZ, Joseph. Incorporation by Law. **Legal Theory**. N. 10, 2004, 1, pp. 15–16.

³⁷⁴ Nesse particular parece ser o espírito de muitos juristas acometidos por aquela “incapacidade de suportar a relatividade das coisas humanas” de que falava Milan Kundera: O homem deseja um mundo onde o bem e o mal sejam nitidamente discerníveis, pois existe nele a vontade inata e indomável de julgar antes de compreender. Sobre essa vontade estão fundadas as religiões e as ideologias. Elas não podem se conciliar com o romance a não ser que traduzam sua linguagem de relatividade e de ambiguidade no próprio discurso apodíctico e dogmático. Elas exigem que alguém tenha razão; ou Anna Kariênina é vítima de um déspota obtuso, ou então Karenin é vítima de uma mulher imoral; ou K., inocente, é esmagado pelo tribunal injusto, ou então por trás do tribunal se esconde a justiça divina e K. é culpado. Nesse “ou — ou então” está contida a incapacidade de suportar a relatividade essencial das coisas

Anteriormente à vivência de concretos processos jurídicos, ambiciona-se estabelecer linhas divisórias aptas a delimitar o direito, imaginando-se com isso poder oferecer critérios mais ou menos precisos para a tomada de decisão judicial, que haveria de se amparar num suposto sistema/ordenamento, fazendo-se por ele controlada e limitada. O direito é, então, visto como conjunto ordenado de variáveis elementos, comumente referidos por “normas”.

Postula-se a existência de escalonamento hierárquico entre as “normas jurídicas”. “Normas superiores” condicionam a existência de “normas inferiores”, que não podem derogá-las. A realização do direito é descrita como processo de concretização, apresentando-se-a como passagem do geral ao individual, do abstrato ao concreto. Afirma-se a pertinência das diferentes normas jurídicas a um mesmo sistema com recurso a fabulações consistentes na representação de um ponto de partida comum para a emanção de todas elas. O sistema jurídico é construído como totalidade ordenada e unitária: há nexos específicos entre seus elementos (estrutura hierárquica), determinados por um princípio ou critério unificador sob o qual se encontram reunidos (e aí pipocam as variações terminológicas, falando-se em *norma fundamental*, *norma originária*, *regra de reconhecimento* e uns quantos outros termos sem correspondência na realidade, tomados como fundamento da sistematicidade jurídica).³⁷⁵

Obras inteiras são dedicadas a tentativas de fundamentação desta suposta unidade sistêmica do direito, bem como à denúncia das insuficiências das tentativas alheias. Prateleiras de bibliotecas e gigabytes de memória virtual são ocupados com as polêmicas acadêmicas em torno do fechamento do designado sistema jurídico. Escreve-se e discute-se apaixonadamente como se houvesse mesmo possibilidade de identificar um princípio ou critério último da juridicidade dos diferentes elementos pensados com integrantes do reverenciado sistema, mediante o qual se representa o direito. Assimilando-se, com frequência, normas jurídicas a disposições pretensamente normativas e tomando-se o somatório (devidamente estruturado) de todas aquelas como idênticas ao direito, assume-se a sua configuração sistemática, consistente na derivação

humanas, a incapacidade de encarar a ausência do Juiz supremo”. KUNDERA, Milan. **A arte do romance**. Tradução de Teresa Bulhões de Carvalho Fonseca. Cia das Letras, 1986, pp. 14-15.

³⁷⁵ “Orden es el sometimiento de un conjunto de objetos a una regla o sistema de reglas cuya aplicación hace surgir, entre dichos objetos, las relaciones que permiten realizar las finalidades del ordinante (...) el sistema jurídico tiene su propia estructura y (...) entre las normas que lo integran existen nexos que permiten considerarlo como totalidad ordenada”. MAYNEZ, Eduardo García. **Filosofía del derecho**. México: Editorial Porrúa, 2005, pp. 23 e 184. Cumpre precisar que Maynez opera distinção terminológica entre sistema jurídico (regulação normativa) e ordem jurídica (conformidade concreta dos comportamentos humanos ao sistema normativo).

de todos os elementos a partir de uma supraentidade comum. Acaba-se por perder o discernimento entre construções conceituais e realidade, olvidando-se, muitas vezes, que normas fundamentais e quejandos são apenas abstrações sistemáticas, que se encontram nas aulas ou nos livros, mas não na vida.³⁷⁶

A perspectiva sistemática frequentemente se associa à assunção do dogma da normatividade do direito, imprimindo aos discursos dos acadêmicos uma feição etérea e tediosa. Discutem-se problemas de um direito que parcamente lembram aqueles vivenciados por jurisdicionados e pelos profissionais às voltas com realização jurídico-judicativa.³⁷⁷ Esboça-se um direito que regula sua “criação” e “aplicação” de modo concatenado. Não raro, linguagem formal e toda uma cadeia de símbolos hieroglíficos são utilizados nas exposições desse sistema jurídico, a fim de assegurar precisão. Trata-se-o como pré-existente aos concretos processos jurídicos, enquanto bloco de normas associado a diferentes formas geométricas (pirâmides, círculos, funis) representativas de sua estrutura, na variabilidade da imaginação dos “teóricos” do sistema. Ao longo de desenfreadas verborragias perde-se o contato com a vivência jurídica. Edificam-se modelos conceituais que se substituem à realidade, na medida em que se a pensa como idêntica a ela (ou ao menos não se cuida de avisar sobre a consciência de que toda aquela energia despendida em formulações sistematizantes não ultrapassa os limites do divertimento de cátedra). Afirma-se a existência de um sistema interno ao direito, tomando-se a sistematicidade como *dado ontológico*.³⁷⁸

³⁷⁶ “(...) systematische Abstraktion, die bloß im Lehrvotrage oder in juristischen Büchern, nicht aber im Leben vorkommt”. ERLICH, Eugen. **Die juristische Logik**. Scientia Verlag, 1966 (reimpressão da 2 edição de 1925), p. 269.

³⁷⁷ Diferentes elaborações em que direito aparece como sistema parecem partir de algumas assunções comuns, que conduzem à ocupação com os sempre mesmos “problemas”: “(1) Law is something identical with itself, consequently it is something defined/definable in and by itself; hence (2) it has some definite bordering lines making a clearly-cut distinction between the spheres ‘within the law’ and ‘outside’ the law”; therefore (3) the only question to be answered is how to enlarge the very notion and/or the texts of the law in order to be able to bridge the gap between the officially fed in-put and the practically realized out-put of legal process”. VARGA, Csaba. Is law a system of enactments? In: PECZENIK, Alexandre. LINDHAL, Lars e ROERMUND, Bert van. **Theory of legal science**. Dordrecht: Doc. Reidel Publishing Company, 1983, pp. 175-182, pp. 178-179

³⁷⁸ Aqui, cumpre ter presente a possível distinção entre *sistema externo* e *sistema interno*, embora ambas se encontrem frequentemente fundidas e confundidas nas tematizações realizadas pelos acadêmicos de direito: “O sistema pode ser o ponto de chegada ou o ponto de partida da atividade do estudioso e, em particular, do jurista. O sistema como ponto de chegada é uma construção intelectual que coloca ordem numa realidade caótica; é uma rede cognoscitiva que se superpõe ao seu objeto: é o *terminus ad quem*, ou seja, o fim a que tende a atividade do estudioso; é um *sistema externo* ao objeto estudado. Ao contrário, o sistema como ponto de partida é uma estrutura ínsita no objeto estudado; a tarefa do estudioso consiste em descobri-la e em descrevê-la; o sistema é o *terminus a quo*, o ponto de partida da atividade de pesquisa; o sistema é um *sistema interno* ao objeto estudado”. LOSANO, Mario. **Sistema e estrutura no direito**. V. 2. O século XX. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 2.

A retórica do sistema, no direito, costuma trazer consigo também a exigência de consistência (coerência) e plenitude (completude) dos conjuntos de “normas” ou “disposições jurídicas”. Direito seria consistente, na medida em que não haveria, para um mesmo caso, soluções incompatíveis, existindo mecanismos para extirpar eventuais incompatibilidades. A plenitude, por sua vez, se manifestaria na existência de (prévia) solução para todos os casos, que haveria de ser buscada no sistema (que a oferece ao julgador). Esquemas mais ou menos sofisticados abundam nas páginas dos livros em que se procura convencer o leitor da suficiência do sistema, capaz de eliminar incompatibilidade e de fazer frente a eventuais imprevistos com recurso aos seus próprios critérios.

Se não uma homogênea noção, ao menos a palavra *sistema* parece impregnada na mentalidade dos professores, pesquisadores e mesmo dos profissionais das diferentes carreiras jurídicas. Pode-se falar numa autêntica obsessão sistemática, na medida em que o direito não é percebido como vivência, mas como “ordenamento”.³⁷⁹ Imagina-se a existência de uma entidade normativa a qual acorrem os juristas para o desfecho dos casos jurídicos. “Vai-se”, supostamente, “ao ordenamento para buscar a solução”, ainda que até hoje não tenha ficado claro por quais vias e mediante quais meios de transporte. Pensa-se como se os juristas efetivamente tivessem em mente algo como um sistema ou uma totalidade normativa ordenada a cada adjudicação.³⁸⁰

Os autores de obras editadas como jurídicas não cessam de fazer reparos às concepções sistêmicas apresentadas pelos outros. Com frequência, esses reparos são meras alterações no rol de elementos, mantendo-se intocado o rótulo sistêmico, bem

³⁷⁹ “En realidad, la totalidad del ordenamiento jurídico (y la palabra es altamente representativa) no es más que una especie de proto-paradigma de la aspiración básica de todo jurista: domesticar las fuerzas incontrolables de su entorno social, domeñar a esa criatura cuya alma es ‘mitad bestia y mitad ángel’. Este es, quierase o no, el ‘Mito Básico del Derecho’, que consiste en la Idea de que el ordenamiento jurídico es estable y seguro”. SALAS, Minor. VADE RETRO FORTUNA. O de la expulsión del ‘Satanás’ – el Azar – del mundo de las Ciencias Sociales (con especial énfasis en la ‘ciencia’ jurídica). **Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho**. N. 27, 2004, pp. 377-391, p. 388.

³⁸⁰ Aqui têm pertinência as anotações de Eugenio Bulygin e Carlos Alchourrón, em extensa obra dedicada aos Sistemas Jurídicas, com a qual, na perspectiva dessa dissertação, em geral não se pode concordar, na medida em que se presta a reabilitar a noção de sistema no interior da chamada ciência jurídica: “(...) la noción de sistema u orden jurídico como conjunto de todas las normas válidas, cuya validez puede derivarse de alguna face común, como ele soberano (Austin), la norma básica (Kelsen) o la regla de reconocimiento (Hart), es de relativamente poca utilidad para la ciencia jurídica. Los juristas nunca analizan los problemas de completitud (lagunas) o coherencia (contradicciones) en relación a todo el orden jurídico. Se preguntan a menudo si tal o cual ley o código, o algún conjunto definido de normas, es completo en relación a algún problema específico, pero sólo los filósofos del derecho hablan acerca de la completitud de todo el orden. Así, pues, para dar cuenta de la actividad de los abogados y de los juristas se requiere un concepto más general de sistema normativo; la noción de orden jurídico es tan sólo un caso especial de aquél”. ALCHOURRÓN, Carlos e BULYGIN, Eugenio. **Introducción a la metodología de las ciencias sociales**. 5 edição. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2006, p. 23.

como a correspondente estrutura (corriqueiramente apresentada como hierárquica). Assim, bate-se o pé diante da estreiteza de abordagens que afirmam o direito como sistema *de normas*, porque em direito, avistado num amontoado supostamente ordenado de publicações oficiais (códigos, leis, portarias e assim por diante) haveria enunciados não normativos, razão pela qual se deveria falar em disposições em detrimento de normas – para poder contemplar a variabilidade de manifestações comumente referidas por jurídicas.³⁸¹ Acrescentam-se novos elementos ao repertório sistemático, aglutinando-se entidades bastante heterogêneas que, a rigor, dificilmente poderiam ser descritas como conformadoras de sistema. Outros abdicam da identificação de princípios únicos estabelecedores de específicas relações entre as partes do todo, assimilando sistematicidade à dedutibilidade como nexos entre as partes de um conjunto (enunciados e conseqüências) ou procurando identificar outras específicas conexões entre elas. Também não faltam aqueles que reconhecem expressamente a incompletude e mesmo a incoerência das disposições jurídicas, mas não renunciam à noção de sistema jurídico (como espécie de conjunto normativo). As sucessivas noções apresentadas tendem a tal elástico que virtualmente quaisquer realidades passam a poder ser descritas como sistemas,³⁸² sendo mesmo de se perguntar pelos ganhos na insistência em se pensar o direito nesses marcos.

As variadas articulações teóricas conducentes a afirmação da sistematicidade do direito, em que pese a pluralidade dos elementos enxertados nos repertórios do sistema, encontram-se com frequência radicadas no dogma da normatividade e não raro padecem da síndrome normativista. Direito é reduzido a uns quantos textos ou proposições dos quais se imagina poder deduzir conseqüências normativas. Conjugam-se as formulações sistemáticas com a percepção do direito como espécie de

³⁸¹ Exemplificativamente, RAZ, Joseph. **El concepto de sistema jurídico**. Universidade Nacional Autónoma de México, 1986, pp. 203-225.

³⁸² “Se mediante la calificación de ‘sistema’ para unas dinámicas sociales se quisiera venir simplemente señalar que ahí se dan unos conjuntos de aspectos relacionados entre sí, que entonces ciertos elementos influyen en ciertos otros y viceversa, que muchas veces ello se cumple sujeto a regularidades y permanencias... quién querrá poner en tela juicio semejante trivialidad? Si utilizamos esa palabra para calificar así a cualquier suerte de relaciones o similitudes, entonces nada de lo existente en el mundo real, ni tampoco en el de lo que pueda construir nuestra imaginación, es ni menos ni más ‘sistémico’ que cualquier otra cosa, pues siempre es posible señalar *alguna* relación o similitud entre lo que queramos tomar en consideración. Por ejemplo: todo escrito, digamos el presente libro, vendría a ser un sistema, pues ciertamente ahí tienen que ver unos párrafos con otros; habría ‘sistema’ también entre lo que almuerza el Papa y sus Encíclicas (no podría dictarlas si él no comiera de vez en cuando), o entre el vocabulario de un loro y la jaula en que habita (si no estuviera encerrado, tal vez se hubiera escapado antes de aprenderlo), o entre cualquiera otros aspectos – sean reales o imaginarios – hacia los cuales a uno le plazca volcar la mirada”. HABA, Enrique Pedro. **Metodología Jurídica Irreverente**. Madrid: Editorail Dyckinson, 2005, p. 231-232.

normatividade na pintura de quadro fosco que não dá conta do esplendor de cores da vivência jurídica.³⁸³ Se se levanta os olhos dos textos de doutrinadores e mesmo das publicações oficiais, veiculadoras de disposições pretensamente normativas, percebe-se a inocuidade de tentativas de esboçar uma estrutura para o direito, em exercício que requer abstração e destemporalização: escolha de unidades básicas (normas ou disposições jurídicas) de análise e renúncia à abordagem do direito no interior dos processos temporais que conduzem à sua realização judicativa no desfecho dos diferentes casos. Constróem-se esqueletos “normativos” tão bem intrincados quanto frágeis, que jamais poderão ser encarnados. Esforça-se por demonstrar correlações entre as diversas partes da ossatura e mesmo se a apresenta como capaz de caminhar (funcionar) sozinha (autorreferenciabilidade). Faltam, contudo, nervos, sangue e músculos. Esquece-se do componente humano. Ignora-se que o direito se realiza nas decisões dos julgadores e nas práticas reais de sujeitos reais e, com isso, termina-se por tematizar sobre idealidades que não correspondem à vivência jurídica.

Direito não possui estrutura fixa, constituindo-se em constante estruturação, conglobando as decisões dos particulares casos adjudicados. Nos processos de realização jurídica, que rumam para conformação da coisa julgada, atuam diferentes profissionais integrantes das variadas carreiras jurídicas, bem como participam homens, na condição de jurisdicionados, cujos interesses estão em jogo. É ilusório e mesmo despropositado imaginar que todos aqueles às voltas com a realização do direito atuam orientados por um só e mesmo princípio unificador (qualquer espécie de *regra de reconhecimento*), representando como direito um mesmo sistema de normas ou disposições normativas, com base no qual uma decisão haverá de ser tomada³⁸⁴. Nesse passo, não haveria um sistema normativo jurídico aferível e compartilhável intersubjetivamente, mas variáveis séries de disposições pretensamente normativas passíveis de serem levadas em conta a cada caso, em conformidade com os diferentes

³⁸³ “Cinza, meu caro, é toda a teoria. E verde a árvore dourada da vida”. GOETHE, Johann Wolfgang von. **Fausto Zero**. São Paulo: Cosac & Naif, 2001, p. 50.

³⁸⁴ Nesse ponto, Agustín Gordillo se expressa com clareza lapidar: “Según valores de cada persona habrá o no un principio fundante: para alguns la razoabilidad de la decisión, para otros la aquiescencia al poder político, y así hasta el infinito; lo más probable es que cada persona use un principio o conjunto de principios que resultan distintos en cada caso. Lo que cuentan son los principios, y basándose en ellos no se deduce, pues, necesariamente un sistema, porque varían según las personas y el caso. En una cantidad tan importante de personas que estudian expedientes y preparan sentencias es acaso concebible que puedan todos funcionar como autómatas del Derecho, yendo de lo general a lo particular, hasta encontrar la solución que las normas prevén para el caso singular y concreto? En verdad, las personas siempre, inevitablemente, ven la realidad con distintos prismas según sus propios valores”. NIETO, Alejandro e GORDILLO, Agustín. **Las limitaciones del conocimiento jurídico**. Madrid: Editorial Trotta, 2003, p. 78.

modos de atuar de jurisdicionados, assessores, estagiários, advogados, promotores e julgadores. Ademais, variáveis não textuais, diversas das disposições jurídicas existentes, podem interferir na tomada de decisão, revelando-se inadequado pensar o direito como sistema de textos ou proposições, tal qual se dá em grande parte das abordagens sistemáticas, quer se fale em sistema de normas ou de disposições.

Finalmente, por mais que se deseje, a postulação teórica de um princípio unificador/fundante não tem o condão de converter a vivência do direito num todo sistemático. As diferentes representações do direito como sistema não encontram correspondência nas práticas dos escritórios de advocacia, das repartições públicas, de fóruns ou tribunais e muito menos nos modos como o direito é vivenciado no cotidiano dos jurisdicionados. Direito antes se afigura como “mescla indissolúvel de elementos teóricos e práticos, cognoscitivos e criativos, científicos e supracientíficos, objetivos e subjetivos”.³⁸⁵ É vivência, não se esgotando em conjuntos ordenados de disposições pretensamente normativas, cuja configuração real dificilmente poderia ser descrita com recurso à noção de sistema, na medida em que a elaboração legislativa, bem como a de outros critérios de decisão, se aproxima mais de uma profusão em mixórdia, tendencialmente desordenada. Não se realiza, ademais, em atenção a rígidas demarcações conceituais, em atenção à específica racionalidade ou em conformidade com qualificado corpo de saberes, entrelaçando-se com outras formas de vivência humana, de maneira que não se pode pretender delimitar, anteriormente aos concretos processos de realização do direito, o jurídico do não jurídico. O direito se arranja e dessaranja, assumindo contornos provisórios a cada caso trazido a juízo.

Deve-se abandonar sem maiores receios a representação do direito como sistema (interno),³⁸⁶ tanto mais quando, em muitos casos, trata-se apenas de recurso à determinada etiqueta semântica com a qual se termina por induzir certas aproximações,

³⁸⁵ “(...) ein unlösbares Gemisch theoretischer und praktischer, erkennender und schöpferischer, reproductive und productive, wissenschaftlicher und überwissenschaftlicher, objektiver und subjektiver Elemente”. RADBRUCH, Gustav. **Rechtsphilosophie**. 7 ed. Stuttgart, 1970, p. 211.

³⁸⁶ “Hay que confesar, me parece, que la consideración de un ordenamiento jurídico como una urdimbre plenamente trabada através de un conjunto de estrictas conexiones lógicas, que permitan considerarlo como un sistema total, no pasa de ser una quimera (...) El derecho (...) no es espontáneo como una selva virgen, aunque tampoco es geométrico y racional como un versallesco jardín francés. Si quiséramos compararlo con algo, el objeto de la comparación tendría que ser una ciudad en la que hay vestígios de un acueducto o de una muralla romana, viejos barrios medievales de calles estrechas que se levantaron así por las necesidades de la defensa y del mercado, paseos y zonas decimonónicas inspirados, como dice Mumford, en la conveniencia de obtener una imagen continua viajando ya en coche de caballos, de presenciar una parada militar o de impedir las barricadas en las luchas callejeras, y calles y avenidas pensadas para que circulen vehículos de motor. Há habido planeamientos parciales y hay entre todas las partes puntos de conexión, **pero su sentido último es fundamentalmente vital.**” DIEZ-PICAZO, Luis. **Experiencias jurídicas y teoría del derecho**. 3 ed. Barcelona: Ariel, 1999, pp. 190, 194 e 195.

sugestionando-se os interlocutores, na medida em que sistema é termo frequentemente associado ao imaginário de ordem, razão e cientificidade.³⁸⁷

5.2 Sistemática e cientificidade no direito

Sistematicidade e cientificidade costumam aparecer irmanadas nos discursos e nos imaginários dos acadêmicos de direito.³⁸⁸ Atribui-se a uma almejada “ciência jurídica” a tarefa sistematização e interpretação do “direito válido”³⁸⁹. A construção de

³⁸⁷ “Algunos autores hablan (...), bastante alegremente, de sistemas jurídicos. Los ‘sistemas’, sin embargo, en el entendimiento corriente del concepto, requieren un grado de consistencia interna del que carecen los conjuntos normativos a poco complejos que resulten. (...) Con todo, incluso en el supuesto de cuerpos jurídicos ‘monistas’, es preciso rechazar enérgicamente la idea de que constituyan *sistemas jurídicos*. Tras el entendimiento de los cuerpos u ordenamientos jurídicos como un *sistema* (esto es: no sólo conjunto más o meno ordenado e interrelacionado de normas, sino además coherente y acabado), se esconde la pretensión de representar el derecho como un artefacto normativo que tiene una respuesta *previsible* para todos los conflictos posibles y imaginables. Eso, en realidad, es una versión nueva de la pretensión de regularlo todo para realizar la aspiración burguesa a la seguridad *jurídica*. Este tipo de presentación intelectual del derecho tiene la pésima consecuencia cognitiva de empequeñecer hasta límites inverosímiles el alcance del momento hermenéutico, de interpretación institucional de las normas jurídicas y de reconstrucción ‘autoritaria’ de los hechos”. CAPELLA, Juan Ramón. **Elementos de análisis jurídico**. 4 ed. Madrid: Editorial Trotta, 2006, p. 107.

³⁸⁸ “Desde as origens, a sistematicidade de uma exposição coincidia com a sua cientificidade”. LOSANO, Mario. **Sistema e estrutura no direito**. V. 2. O século XX. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. XXX. Aqui parece se fazer sentir o peso da herança kantiana, no interior da qual ciência coincide com sistema, pois somente a unidade sistemática pode converter um aglomerado de noções em conhecimento científico. “Ora, por sistema, entendo a unidade de conhecimentos diversos sob uma ideia. O conceito científico da razão contém assim o fim e a forma do todo que é correspondente a um tal fim. A unidade do fim a que se reportam todas as partes, ao mesmo tempo que se reportam umas às outras nas ideias desse fim, faz com que cada parte não possa faltar no conhecimento das restantes e que não possa ter lugar nenhuma adição accidental, ou nenhuma grandeza indeterminada da perfeição, que não tenha os seus limites determinados *a priori*. O todo é, portanto, um sistema organizado (*articulado*) e não um conjunto desordenado (*coacervatio*); pode crescer internamente (*per intussusceptionem*), mas não externamente (*per oppositionem*), tal como o corpo de um animal, cujo crescimento não acrescenta nenhum membro, mas sem alterar a proporção, torna cada um deles mais forte e mais apropriado aos seus fins.” KANT, Immanuel. *Crítica da razão pura*. 5 ed. Lisboa: Calouste Gulbekian, 2001, p. 657.

³⁸⁹ “(...) its core consists in the interpretation and systematization of valid law. More precisely, it consists in a description of the literal sense of statutes, precedents, etc., intertwined with many moral and other substantive reasons. One may call this kind of exposition of the law ‘legal doctrine’.” PECKZENIK, Alexandre. **A treatise on legal philosophy and general philosophy**. Scientia Juris. Legal Doctrine as Knowledge of Law and as a Source of Law. Springer, 2005, p. 01. Também assim, Alchourrón e Buligyn: “Los filósofos del derecho parecen estar de acuerdo en que la tarea o, por lo menos, la más importante tarea de la ciencia jurídica consiste en la *descripción* del derecho positivo y su *presentación* en forma ordenada o ‘sistemática’, mediante lo cual se tiende a facilitar el conocimiento del derecho y su manejo por parte de los individuos sometidos al orden jurídico y, en especial, por quienes deben hacerlo por razones profesionales (abogados, jueces, funcionarios, etcétera)”. BULIGYN, Eugenio e ALCHOURRÓN, Carlos. **Introducción a la metodología de las ciencias sociales**. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2006, p. 113. É curioso que mesmo nos espíritos mais intuitivos e menos afeitos à geometrização se encontram registros semelhantes (ainda que não na perspectiva de uma ciência do direito), apresentando-se a sistematização com “técnica jurídica propriamente dita”: “cual será, entonces, la técnica jurídica propriamente dicha, es decir, la que permite separar lo jurídico de lo lógico o de lo sociológico? A mi entender, dos notas. La primera, de carácter operativo, consiste en el manejo de ‘materiales jurídicos’ (sentencias, doctrinas) que los demás especialistas no están en condiciones de dominar con soltura (igual que le sucede al jurista cuando se mete a gramático o a lógico). La segunda y

sistemas garantiria o aperfeiçoamento do saber dos juristas como científico. Nesse passo, parece implícita a aceitação de alguma caoticidade das experiências jurídicas, tal qual vivenciadas por seus diferentes protagonistas. O sistema é, então, pensado como resultado da atividade dos pesquisadores, professores e acadêmicos, que se imaginam, neste afazer, como cientistas. Logo, não há sistematicidade na realidade do direito, nas práticas dos juristas, devendo ser ela construída intelectualmente pelos juristas (sistema externo).

Em que pese apresentação corrente da sistematização como direcionada a finalidades não apenas didáticas, mas também práticas ou operativas, no sentido de possibilitar maior agilidade no manejo das disposições jurídicas pelos profissionais de direito, parece que os diferentes esforços sistematizantes não têm conduzido à simplificação, mas sim ao simplismo. Não tem facilitado a realização, mas feito surgir plêiades de dispensáveis problemas e distraído a atenção de desafios efetivamente existentes. Simplismo consistente em apresentar como reconstrução racional do direito-todo apenas determinadas variáveis da vivência jurídica (ora apresentados como normas, ora como disposições ou mesmo enunciados normativos). Dispensáveis problemas configurados por uma série de exigências decorrentes direta ou indiretamente de certas noções de sistema, a exigir empenhos no sentido de elaborar um todo conceitual concatenado, tendencialmente coerente e pleno, bem como composto por elementos reconduzíveis à unidade. Procuram-se identificar estruturas permanentes em uma vivência que se afigura marcada pela contingência e em que heterogêneas variáveis se aglutinam de modos não planejados a cada adjudicação. Dedica-se considerável energia no alinhavamento conceitual de discurso reputado digno da alcunha de científico, em que se busca ordenar o que na realidade é mais próximo caos.

Reconhecida a complexidade do direito, que, como vivência humana, envolve condutas e discursos não reconduzíveis às ordenações sistemáticas das páginas dos livros produzidas pela ambição de espíritos geométricos, afigura-se como mero divertimento acadêmico a elaboração de sistemas que se deseja adjetivar por jurídicos. Trata-se de passatempo, talvez compreensível diante da assunção de faceta lúdica da condição humana, mas que dificilmente pode-se justificar como útil ou adequado à

más importante es de carácter finalista. Lo que el jurista actualmente pretende es amalgamar en una unidad superior (que hoy se llama 'Ordenamiento Jurídico') los distintos referentes normativos (leyes, Constitución, reglamentos, jurisprudência, costumbre), a los que añade otros creados o elaborados por su propia cuenta. El jurista no trabaja directamente con la ley sino con el Ordenamiento Jurídico (...) que su estamento ha elaborado. Y en esto se distingue cabalmente el jurista del lego (...)" NIETO, Alejandro. **Crítica de la razón jurídica**. Madrid: Editorial Trotta, 2007, p. 16.

vivência do direito. Realizando-se no curso de processos deflagrados pela emergência de atritos e pendengas no interior da convivência em grupamentos humanos, o direito congloba variáveis que não se deixam apreender pelos ímpetus sistematizantes. Revela-se, assim, tão assistemático, destituído de unitariedade e não amarrado a planificações supostamente constantes de um ordenamento normativo, quanto as sociedades em que se realiza.³⁹⁰

Tempo precioso é dedicado a elocubração de artifícios para aproximar minimamente as várias construções sistemáticas da vivência jurídica que as afronta ou ignora.³⁹¹ Uma série de eufemismos são manejados pelos acadêmicos, de modo a destacar suposta abertura do sistema jurídico ao entorno social, realçando sua capacidade de absover informações de uma suposta externalidade sistêmica e de articulá-las em conformidade com os próprios critérios. Fala-se no sistema jurídica como aberto ou móvel. Reluta-se teimosamente em descartar a ambição sistemática, da qual resultam conceitos e classificações de duvidosa relevância prática e que pouco ou nada esclarecem sobre os modos como o direito é vivenciado. Modelos utilizados para “ensinar” sobre o direito, mas que, por dele se distanciarem enormemente, apenas conduzem a retardamento da aprendizagem por parte dos estudantes, que passam a vivenciar o direito contaminados por perspectivas fabulares que aos poucos haverão de ser desconstruídas pelas experiências pessoais.

A vivência jurídica não conhece, tampouco demanda normas fundamentais ou regras de reconhecimento que amparem qualquer unitariedade, soluções idênticas a casos interpretáveis por alguns como semelhantes ou respostas prévias a todas e quaisquer situações e casos jurídicos. No curso de processos que conduzem à tomada de decisões suscetíveis de se revestir da força de coisa julgada, o direito é vivenciado de modo inafastavelmente singular, confrontado pela individualidade e pelo devir dos problemas trazidos a juízo. Na inafastável e confusa condição de seres humanos, os profissionais de direito não operam em conformidade com sistemas conceituais,

³⁹⁰ “*Societies are constituted of multiple overlapping and intersecting sociospatial networks of power. (...) Societies are not unitary. They are not social systems (closed or open); they are not totalities. We can never find a single bounded society in geographical or social space. Because there is no system, no totality, there cannot be ‘sub-systems’, ‘dimensions’, or levels of such a totality*”. MANN, Michael. **The sources of social power**. V. 1. Cambridge University Press, 1986, p. 1.

³⁹¹ “Hay algo que me llamaba mucho la atención cuando era estudiante de Derecho: dos artículos de un Código resultaban estar en contradicción, y el comentarista procuraba explicar esos artículos; forzar de una manera violentísima el sentido de los términos e inventar *sistemas* diferentes para explicar la contradicción... el único ‘sistema’ que no les ocurría nunca, era sencillamente que el legislador hubiera se contradicho”. VAZ FERREIRA, Carlos Vaz. *Lógica Viva* (1910). In: **Obras de Carlos Vaz Ferreira**. Vol IV, 1963, p. 70.

construídos mediante abstrações de peculiaridades não raro tornadas relevantes para o deslinde de procedimentos judiciais, nos diferentes casos, e que não sobrevivem ao teste do *battlefield of action*³⁹². Ainda que seja perfeitamente possível imaginar, desde o sossego das poltronas dos escritórios acadêmicos, implicações dedutivas entre determinadas disposições jurídicas e certas conseqüências normativas, conectando-se a um *domínio* de casos hipotéticos, conformados por propriedades que a eles atribui o sistematizador, a um *contradomínio* de soluções, este procedimento não é respaldado pela vivência jurídica, em que paixões, crenças e interesses se entrecrocavam em turbilhões no interior dos casos que clamam por decisão.

Que os diferentes acadêmicos possam construir, com recurso a mais ou menos sofisticadas jeringonças conceituais, variadas representações sistemáticas das disposições jurídicas, não significa, contudo, que o direito realmente se realize sistematicamente ou mesmo que estas teorizações possam comunicar algo de relevante sobre os modos como é vivenciado. As diferentes tentativas de sistematização permanecem como algo de semelhante a enxergar desenhos em nuvens, cada um nelas vendo o que está predisposto a e o que deseja ver.

Na perspectiva da vivência jurídica, é recomendável assumir a ausência de estruturas jurídicas rígidas, percebendo-se o direito em constante estruturação, em movimentos não lineares, mas mediante indas e vindas, variações e mutabilidades. Afigura-se aconselhável reconhecer a contingência dos arranjos jurídicos, bem como a inultrapassável insuficiência das disposições jurídicas ante o freqüente ineditismo das situações e casos adjudicados. Deve-se assumir a existência não apenas de disposições, mas também de decisões judiciais interpretáveis como divergentes ou incompatíveis, não procurando camuflá-las ou ocultá-las em meio à retórica da consistência de um sistema jurídico. Impõe-se esforço por perceber o direito com a retina, vivenciando-se nas suas diversas manifestações, e não a partir das palavras e das promessas de *wishful thinkers*, que apresentam produtos de seu labor conceitual como representativos do direito vivenciado nos diferentes grupamentos humanos. Não é preciso ter medo em reconhecer a inexistência de um *ordenamento jurídico*, estruturado escalonadamente (de modo hierárquico), mostrando-se intelectualmente mais honesto admitir o caráter de *barafunda* da articulação entre as diferentes disposições pretensamente normativas.

³⁹² “The final test (...) is battle. (...) It is one thing to utter a happy phrase from a protected cloister; another to think under fire – to think for action upon which great interests depend”. HOLMES, Oliver Wendell. George Otis Shattuck. Answer to resolutions of the Bar. Boston, May, 29, 1897. In: HOLMES, Oliver Wendell. **Speeches**. New Jersey: The Lawbook Exchange, 2006, p. 73.

5.3 Identidade e ineditismo: consistência e plenitude no direito

Direito não é *entidade* suscetível de predicacões generalizantes. Nada há que se possa apontar com o dedo e indicar como sendo *o direito*, apenas se fazendo possível identificar qual o direito para um específico caso. Existindo em constante deviniência, constituindo-se de modo interpretativo-decisório nas sentenças e acórdãos que desfecham casos adjudicados, congloba manifestações dissonantes. Variável (sincronicamente) e mutável (diacronicamente), permanece em realização diante da inevitabilidade de decisão para os casos trazidos a juízo, porém não remanesce idêntico a si mesmo. Manifestando-se nas decisões de distintas autoridades competentes, oferece, não raro, respostas dissonantes para casos semelhantes e para problemas jurídicos formulados de maneira idêntica.

Em 2010, no Brasil, interpretou-se simultaneamente – ignoradas variações de tempo físico que interessariam ao discurso lógico do princípio de identidade – como justiciáveis e não justiciáveis, no curso do processo eleitoral corrente, as disposições constantes da chamada lei da Ficha Limpa que estabeleciam novo rol de inelegibilidades. Diferentes tribunais se manifestaram em sentido diverso sobre a possibilidade ou não de impugnação de registros de candidatura mediante recurso a dispositivos daquela lei (LC n. 135/2010), publicada naquele ano, em função da exigência constitucional de anterioridade (anualidade eleitoral) com relação às disposições jurídicas que viessem a alterar o processo eleitoral, construível a partir do artigo 16 do documento constitucional de 1988.

Em casos bastante semelhantes quanto às circunstâncias, bem como à fundamentação e aos pedidos jurídicos, isto é, quanto aos problemas em discussão e às teses em disputa, diferentes tribunais ofereceram decisões divergentes. Por algum tempo, no Brasil, a lei da ficha limpa *era* e *não era* justiciável, no processo eleitoral de 2010. Poderia e não poderia amparar decisões de impugnação de registro de candidatura, já naquele ano. O direito contemplava ambas as respostas. Em nome do direito se impugnava a candidatura de Joaquim Roriz ao governo do Distrito Federal e se autoriza Jader Barbalho a disputar o cargo de senador pelo Estado do Pará. No primeiro caso, o TRE regional entendeu que utilização da lei da ficha limpa para fundamentar decisões de impugnação de registro de candidatura já no processo eleitoral de 2010 não feria a exigência constitucional da anualidade eleitoral. No segundo, o TRE-PA manifestou-se contundentemente em sentido oposto, deferindo o registro de

candidatura em função da referida exigência de anualidade, afastando a possibilidade de impugnação de registro, naquele processo eleitoral, com base no rol de inelegibilidades estabelecido pela lei complementar n. 135/2010.

Jader Fontanelle Barbalho havia renunciado ao cargo de Senador em 04.10.2001, posteriormente ao oferecimento de representação (denúncias número 07 e 08) junto ao Conselho de Ética e Decoro Parlamentar por alegada incorrência nas condutas previstas no art. 55, II, parágrafos 2 e 3 do documento constitucional de 1988 e nos artigos 4, I, IV e V e 14, parágrafo 3 do Código de Ética e Decoro Parlamentar, da qual, em conformidade com possível interpretação, poderia resultar-lhe a cassação do mandato de Senador. Dessa forma, em conformidade com possível interpretação do art. 1º, I, *k*, da Lei Complementar n. 64/90, na redação conferida pela Lei Complementar n. 135/2010,³⁹³ deveria ser determinado inelegível para o pleito eleitoral de 2010. Sua candidatura ao Senado da República, em 2010, contudo, foi inicialmente deferida pelo TRE-PA. Em decisão tomada por maioria de 4x2, entendeu o Tribunal Regional que “*A LC 135/2010 introduziu nova causa de inelegibilidade, até então inédita no sistema legislativo brasileiro. Subsumir essa nova penalidade, ou sanção como alguns defendem, aos fatos havidos anteriormente à sua vigência, implica em ofensa à garantia constitucional da irretroatividade*”. Tendo a renúncia de Jader Barbalho ocorrido anteriormente à publicação da lei da ficha limpa, não seria ela alcançável pelo rol de ineligibilidades ali estabelecido, em virtude da garantia constitucional da irretroatividade. Também assim, decidiu-se que fundamentar impugnação de candidatura naquela lei representaria desatender à exigência constitucional de anualidade eleitoral (art. 16 do documento constitucional de 1988).

Joaquim Domingues Roriz renunciou ao mandato de Senador da República, para o qual havia sido eleito em 2006, no dia 04 de junho de 2007, após recebimento, pela Mesa do Senado, de representação movida pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) e endereçada ao Conselho de Ética e Decoro Parlamentar, a fim de iniciar procedimento disciplinar destinado a apurar a ocorrência ou não de quebra de decoro, da qual, segundo possível interpretação, poderia resultar-lhe a cassação do mandato. A

³⁹³ **Art. 1.** São inelegíveis. **I.** Para qualquer cargo: (...)

k) o Presidente da República, o Governador de Estado e do Distrito Federal, o Prefeito, os membros do Congresso Nacional, das Assembleias Legislativas, da Câmara Legislativa, das Câmaras Municipais, que renunciarem a seus mandatos desde o oferecimento de representação ou petição capaz de autorizar a abertura de processo por infringência a dispositivo da Constituição Federal, da Constituição Estadual, da Lei Orgânica do Distrito Federal ou da Lei Orgânica do Município, para as eleições que se realizarem durante o período remanescente do mandato para o qual foram eleitos e nos 8 (oito) anos subsequentes ao término da legislatura;

carta de renúncia foi entregue à Mesa do Senado às 20:48 horas da noite. A denúncia, por sua vez, havia sido recebida em reunião realizada pela manhã, a partir das 10:50 horas. O TRE-DF julgou procedentes três ações de impugnação à candidatura de Joaquim Roriz, por incorrência na hipótese de inelegibilidade tipificada no art. 1, I, k da lei complementar 64/1990, com a redação conferida pela lei da ficha limpa. Diversamente do que se passou no TER-PA e pelo mesmo placar (4x2), os desembargadores do distrito federal entenderam que *não fere o artigo 16 da Constituição Federal lei que entra em vigor antes da realização de convenções partidárias, porque são elas que marcam o termo inicial do processo eleitoral*.

Ambas as decisões, proferidas com fundamento nas mesmas disposições legais (além de outras variáveis), foram pronunciadas na mesma quarta-feira, quatro de agosto de 2010. Os casos eram interpretáveis como semelhantes. As teses quanto à impossibilidade de se impugnar registro de candidatura com base em dispositivos da lei da ficha limpa, já no processo eleitoral de 2010, em virtude da exigência constitucional de anualidade eleitoral, foram formuladas de forma idêntica pelos procuradores de Roriz e Barbalho. Nos dois procedimentos jurídicos se alegou, nos mesmos moldes, a ofensa, por parte do artigo 1, I, k da lei complementar 64/90, com a redação dada pela lei da ficha limpa, à garantia constitucional de irretroatividade das leis. O Tribunal Superior Eleitoral já havia se manifestado, em 10 de junho, na consulta 1120-26/DF, sobre as questões debatidas nos acórdãos do TRE-PA e do TRE-DF, tendo se manifestado pela inexistência de óbice a “aplicabilidade” da lei complementar 135/2010 ao processo eleitoral daquele ano, o qual não teria sido alterado pelas disposições da referida legislação. O desfecho dos dois casos, contudo, foi diferente e mesmo incompatível.

Não há critérios encontráveis num suposto sistema jurídico, imaginável como totalidade ordenada das disposições pretensamente normativas, para se aferir a correção ou incorreção de qualquer um dos acórdãos. Enquanto não reformados pelo Tribunal Superior Eleitoral, ambos integraram processos de realização do direito. Ambos se constituíram como direito, ainda que em formação, não definitivamente conformado, vez que ainda pendente possibilidade de recursos e de decisão de última instância apta a se revestir da força de coisa julgada. O direito se manifestou, ainda que provisoriamente, de maneiras divergentes em casos reputáveis semelhantes, a despeito de quaisquer tentativas de redescrição destes processos jurídicos em assonância com modelos sistemáticos. A vivência jurídica comporta manifestações divergentes, não lhes sendo negada a autoridade do direito: no Brasil, por um momento, em 2010, a lei da

ficha limpa alterou e não alterou o processo eleitoral já em curso; poderia e não poderia ser utilizada para impugnação de candidaturas no curso daquele processo; aviltava e não aviltava a garantia constitucional de irretroatividade.

O direito não se configura como sistema. Manifesta-se singularmente a cada caso, sendo descabido apresentá-lo como bloco sistemático de normas ou disposições supostamente unitárias. *É e não é* ao mesmo tempo, ou melhor, *foi e não foi*, na medida em que não *é* senão *sendo*, realizando-se em *devir*. Não se configurando como ente, mas sim como vivência humana, comporta pluralidades de manifestações em diversos sentidos, todas elas vivenciadas como direito no curso de processos que rumam para a tomada de decisões aptas a desfechar os casos trazidos a juízo.

A imaginação dos sistematizadores não dá conta de prever a diversidade das interpretações a serem realizadas pelos protagonistas de cada caso jurídico real. Os agentes humanos costumam ser excluídos das construções acadêmicas sistematizantes³⁹⁴. A elaboração de modelos sistemáticos em que se procura descrever o direito como um todo consistente, de modo que, em conformidade com as disposições jurídicas existentes, casos semelhantes (com assemelhadas propriedades) encontrariam uma só e mesma solução, é contraditada pela vivência jurídica. Tanto a solução, quanto as propriedades dos casos e mesmo o sentido e o alcance das disposições jurídicas registrados no interior das fabulações sistemáticas revelam apenas a interpretação que deles fazem os próprios sistematizadores. As soluções jurídicas dependem da tomada de decisões. A modificação das partes, de procuradores e de julgadores (cumulativamente ou apenas de alguma dessas variáveis) é suficiente para oferecer deslindes imprevistos aos casos jurídicos, por semelhantes que possam ser as teses em disputa e as disposições jurídicas invocadas. Direito não é sistema de textos ou de proposições, afigurando-se como vivência humana.

No dia 08 de maio de 2009, o ministro (relator para o caso) Marco Aurélio, do Supremo Tribunal Federal, indeferiu pedido de liminar, no Habeas Corpus 98.944/MG, para determinação de suspensão dos efeitos de decisão penal condenatória proferida por Juízo da Segunda Vara Criminal de Sete Lagoas (MG), em face de Valdete Cardoso Anunciação. A ré havia sido condenada em primeira instância por furto, sob o tipo do

³⁹⁴ “Aunque parezca a primera vista una simpleza, tengo en consecuencia que afirmar una proposición que para muchos há de sonar herética: de la misma que el Derecho legal es inseparable de la sociedad y de la política puesto que de ellas sale, *el Derecho judicial no puede entenderse sin la persona física del juez*, que es quien lo pronuncia”. NIETO, Alejandro. Sobre los jueces y sobre la posibilidad de varias sentencias contradictorias jurídicamente correctas. NIETO, Alejandro e FERNANDEZ, Tomás-Ramón. **El derecho y el revés**. Barcelona: Ariel, 1998, pp. 97-98.

artigo 155 do Código Penal, porque, no dia 12 de junho de 2007, teria subtraído caixas de gomas de mascar avaliadas, à época, em R\$ 98,80 (noventa e oito reais e oitenta centavos). A decisão de primeiro grau fora reformada parcialmente pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais, apenas quanto à dosimetria da pena. Habeas Corpus impetrado em face do acórdão do TJ-MG junto ao Superior Tribunal de Justiça fora indeferido, rejeitando-se a tese da Defensoria Pública de que se tratava de conduta atípica, albergável pelo chamado *princípio da insignificância*. Em decisão monocrática, o Ministro Marco Aurélio reconheceu que “o prejuízo advindo do furto foi de pequena monta – caixas de goma de mascar avaliadas em R\$ 98,80”. Todavia, atribui relevância à circunstância de não se tratar, na sua interpretação, de “furto famélico”, bem como ao fato de que “a paciente já havia incursionado em tal campo, surgindo condenação penal”, chamando atenção, portanto, aos antecedentes de Valdete. No mérito, a primeira turma do STF, sob a presidência do ministro Ricardo Lewandowski, viria a acompanhar o voto do relator, restando indeferido o Habeas Corpus 04 de maio de 2010.

Em 13 de maio do mesmo, o ministro (relator para o caso) Ricardo Lewandowski concederia liminar no Habeas Corpus 99.054/RS, a fim de suspender, até o julgamento de mérito, ação penal em face de Gilson Sandro Jansen. O réu havia sido acusado de furtar água potável mediante ligação clandestina, em conduta que teria resultado num prejuízo de R\$ 96,33 (noventa e seis reais e trinta e três centavos) para a Companhia Rio Grandense de Saneamento (CORSAN). Absolvido em primeira instância sob argumento de atipicidade da conduta, por força do designado *princípio da insignificância*, e tendo a absolvição confirmada pelo TJ-RS sob os mesmos fundamentos, Gilson obteve decisão desforável em sede de Recurso Especial interposto pelo Ministério Público Estadual junto ao STJ. No julgamento do RE, o tribunal da cidadania entendeu que se tratava de crime de pequeno valor, mas não de valor insignificante, não restando atípica a conduta. Apreciando o Habeas Corpus impetrado pela Defensoria Pública em face do acórdão do STJ, o ministro Ricardo Lewandoski entendeu, em sede liminar, que “o furto de água no valor reconhecido de R\$ 96,33 (noventa e seis reais e trinta e três centavos), nas condições narradas na denúncia do Ministério Público gaúcho, não se mostra, em tese, capaz de atingir de modo relevante a esfera de proteção do Direito Penal”, determinando o trancamento da ação penal até o julgamento do mérito do writ pelo Supremo.

Têm-se dois casos interpretáveis como semelhantes nas circunstâncias (subtração de coisas de valor aproximado) e envolvendo a mesma tipificação (furto, sob o artigo 155 do Código Penal). As decisões proferidas por (um mesmo) Tribunal de última instância, contudo, foram diferentes em e em outro. Não obstante o valor aproximado do prejuízo causado pelas condutas narradas nas versões fáticas contidas nos autos processuais, no HC 98.944/MG o Ministro Marco Aurélio decidiu por atribuir relevância ao caráter não famélico do furto e aos antecedentes da paciente, denegando a liminar mediante afastamento da tese de que se tratava de crime de bagatela. No HC 99.054/RS, o ministro Ricardo Lewandowski se limitou a apreciação do valor do prejuízo causado pela conduta que se imputava ao paciente, concedendo a liminar sob o fundamento do tal *princípio da insignificância*.

Os casos jurídicos não são idênticos. O direito convive com ineditismos, não apenas no sentido de freqüente adjudicação de situações imprevistas e surpreendentes, mas no sentido da irrepetibilidade das situações humanas vertidas em casos jurídicos³⁹⁵. A despeito de identificáveis semelhanças, sempre resta possível aos julgadores se deixar orientar por diferenças que terminam por enxergar nos casos adjudicados e às quais decidam atribuir relevância ou mesmo às quais terminam por influenciar de modo não refletido na tomada de decisão. A rigor, as decisões judiciais não são contraditórias ou incompatíveis do ponto de vista lógico, na medida em que não se referem aos mesmos casos a um só tempo, mas tendem a ser assim interpretadas diante de certos anseios por tratamento isonômico de casos reputáveis similares. Podem, contudo, alicerçar-se em justificativas/fundamentos contraditórios ou incompatíveis: um tribunal poderá entender que utilização da ficha limpa para a impugnação de quaisquer candidaturas em 2010 avilta a garantia constitucional da igualdade, enquanto outro poderá sustentar que a lei da ficha limpa não altera o processo eleitoral. Nessas hipótese, uma justificativa exclui a outra, não podendo ambas serem afirmadas ao mesmo tempo, já que se refém aos mesmos aspectos de um problema.

As reconstruções sistemáticas, de todo modo, não conseguem abarcar a variabilidade das interpretações dos julgadores, a cada caso. Lá onde esboços sistemáticos sugeririam decisões no mesmo sentido (casos com as mesmas propriedades e submetidos às mesmas disposições jurídicas), a vivência registra decisões divergentes.

³⁹⁵ “... o vivo é complicado. Ante à inesgotável diversidade da vida aparece o direito legislado como pobre, desbotado e sem padrão”. FUCHS, Ernst. **Was will die Freirechtsschule?** Rudolfstadt, Greifenverlag, 1929, 55 pp., p. 16.

Diferentes julgadores poderão decidir casos reputáveis semelhantes de maneiras bastante diversas, sob fundamentos inconciliáveis. O mesmo julgador poderá manifestar interpretações oscilantes em relação a determinadas questões, decidindo de maneiras divergentes casos reputáveis similares. Os supostos sistemas jurídicos, construídos pelos pretensos cientistas do direito, não determinam os contornos da vivência jurídica, tampouco lhe servem de descrição aproximada.

A ninguém é dado prever a miríade de respostas que podem ser oferecidas aos casos adjudicados (mesmo aos interpretáveis como semelhantes) sob o manejo das *razoabilidades, proporcionalidades, dignidades da pessoa humana* e outras varas de apoio para saltos hermenêuticos.

A quarta turma do Tribunal Superior do Trabalho indeferiu recurso de revista interposto por ex-empregada da empresa Teleperformance CRM, que trabalhava no serviço de *call center*, atendendo clientes da Brasil Telecom, em face de acórdão do TRT da 18 região.³⁹⁶ A reclamante se insurgia quanto à exclusão de valor correspondente à indenização por danos morais decorrentes de controle das idas e vindas dos empregados ao banheiro, durante o expediente. No dia 10 de novembro de 2010, os ministros da quarta turma, sob relatoria de Fernando Eizo Nono, decidiram, por unanimidade, pela inexistência de comprovação de fato gerador de danos morais. A simples fiscalização de idas ao banheiro não seria suficiente para configurar hipótese de danos morais, fazendo-se necessária prova de efetiva intromissão na privacidade dos empregados. Confirmou-se o acórdão regional no sentido de que a “*circunstância de ter de aguardar alguns instantes antes de ser liberada do seu posto de trabalho não constitui constrangimento capaz de gerar dano moral, o qual não provém in abstracto*”. Ademais, cuidou-se de enfatizar “*que, diante da natureza das atividades desenvolvidas pela reclamada, é razoável que existam regras quanto aos afastamentos dos empregados (...) afinal, os postos de atendimento não poderiam ficar totalmente desguarnecidos*”. Não tendo sido demonstrado *abalo psicológico* resultante do controle do uso dos sanitários, haveria de ser indeferido o recurso de revista quanto à pretensão de reparação por danos morais.

Já a sexta turma do TST manteve condenação de indenização no valor de 5 mil reais imposta à empresa Atento Brasil S.A em face de empregada que atuava no serviço de telemarketing e que sofria restrições quanto ao uso de banheiro durante a jornada de

³⁹⁶ TST - RR-28000-70.2008.5.18.0012. Relator Ministro Fernando Enzi Nono.

trabalho.³⁹⁷ Trabalhando sete horas diárias, a empregada dispunha de cinco minutos internos ao expediente para usar o banheiro, sujeitando-se a punições em hipóteses de excessos injustificados. As eventuais demoras deveriam ser justificadas ao supervisor. Sob a relatoria do Ministro Maurício Delgado Godinho, a sexta turma entendeu “*que a Reclamada, ao adotar um sistema de fiscalização que englobava inclusive o controle dos empregados quando faziam uso do banheiro, ultrapassou os limites de atuação do seu poder diretivo para atingir, inclusive, a liberdade do empregado de satisfazer suas necessidades fisiológicas, afrontando normas de proteção à saúde e impondo-lhe uma situação degradante e vexatória*”. Decidiu-se, portanto, que a adoção de política de fiscalização do tempo de uso de banheiro pelos empregados configuraria, diante da versão fática que logrou convencer os julgadores, fato gerador de indenização por danos morais, em atenção à “*dignidade da pessoa humana*” cuja “*afirmação não mais podem se restringir à sua liberdade e intangibilidade física e psíquica, envolvendo, naturalmente, também a conquista e afirmação de sua individualidade no meio econômico e social, com repercussões positivas conexas no plano cultural - o que se faz, de maneira geral, considerado o conjunto mais amplo e diversificado das pessoas, mediante o trabalho e, particularmente, o emprego*”.

Aos olhos de uns julgadores a prática de submissão de empregados ao controle do tempo utilizado para ir ao banheiro, bem como de exigência de autorização correspondente, afigura-se como *razoável* diante das peculiaridades das funções desempenhadas em *call centers*. Ao sentir de outros, integrantes do mesmo tribunal, sujeitar os funcionários à mesma espécie de fiscalização consubstancia-se como incompatível com as determinações da *dignidade da pessoa humana*. Os modos como o direito é vivenciado a cada adjudicação não são dedutíveis a partir dos mais perfeitos sistemas de proposições mediante os quais se pretende representar como jurídicos conjuntos ordenados de normas ou disposições pretensamente normativas. Casos reconstruíveis como revestidos das mesmas “propriedades” poderão ser desfechados mediante divergentes decisões e efetivamente são, dia após dia, nas sentenças dos juízes e acórdãos dos tribunais.

Entre dezembro e fevereiro, no Brasil, por força de decisões da justiça eleitoral, conviveram, na prática, dois modelos distintos de computabilização de votos em eleições proporcionais. Nos estados do Ceará, Mato Grosso, Santa Catarina, São Paulo,

³⁹⁷ TST - RR 6740-31.2006.5.01.0027. Relator Ministro Maurício Delgado Godinho.

Rio de Janeiro e Rondônia, os TREs deveriam, por força de liminares em mandados de segurança concedidas pelo ministro Marco Aurélio, do Tribunal Superior Eleitoral, computar para o partido os votos atribuídos a candidatos cujo registro fora indeferido. Nas demais unidades da federação, os votos dos inelegíveis vinham sendo determinados nulos, não sendo computados para a legenda. Duas regras distintas e divergentes estavam sendo utilizadas para a mesma matéria, produzindo-se efeitos também distintos e interferindo na composição das bancadas do Congresso e das Assembléias Legislativas estaduais. O ministro Marco Aurélio divergia da maioria dos ministros do TSE, que pendia pela nulidade dos votos atribuídos a inelegíveis. A loteria da distribuição processual terminou por acarretar a concessão de liminares em mandados de segurança impetrados pelo Partido Progressista e no indeferimento de tantas outras distribuídas a diferentes ministros daquele Tribunal, cujo pleno já havia se manifestado, no mandado de segurança 403.463, no sentido da impossibilidade de computar votos de inelegíveis para o partido, em apertado placar de 4x3, vencido o ministro Marco Aurélio.

Ponto relevante comum a esses diferentes casos jurídicos é a interpretação acerca da constitucionalidade ou não do artigo 16-A da lei 9504/97, introduzido pela lei 12.034/2009,³⁹⁸ como da recepção ou não do artigo 175, parágrafo quarto do código eleitoral pelo documento constitucional de 1988. No referido mandado de segurança 403.463, o pleno do TSE se orientou no sentido de que o *“objetivo do artigo 16-A (...) foi dar mais responsabilidade aos partidos e coligações para que escolhessem candidatos realmente não atingidos por inelegibilidades”*. Seria uma forma de precaução em face dos *“chamados candidatos puxadores de votos, que posteriormente podem ser declarados inelegíveis, mas que beneficiam as legendas com a quantidade de votos que recebem”* (Ministro Arnaldo Versiani). Tratava-se de mandado de segurança impetrado pelo PTB e por Antonio Paulo Oliveira Furlan em face de ato normativo do Tribunal Regional Eleitoral do Amapá em que se proclamava o resultado das eleições para a Assembléia Legislativa daquele Estado, tendo se procedido à contagem dos votos reputando-se nulos aqueles que haviam sido atribuídos pelos eleitores a candidatos

³⁹⁸ **Art. 16-A.** O candidato cujo registro esteja sub judice poderá efetuar todos os atos relativos à campanha eleitoral, inclusive utilizar o horário eleitoral gratuito no rádio e na televisão e ter seu nome mantido na urna eletrônica enquanto estiver sob essa condição, ficando a validade dos votos a ele atribuídos condicionada ao deferimento de seu registro por instância superior. (Incluído pela Lei nº 12.034, de 2009) **Parágrafo único.** O cômputo, para o respectivo partido ou coligação, dos votos atribuídos ao candidato cujo registro esteja sub judice no dia da eleição fica condicionado ao deferimento do registro do candidato. (Incluído pela Lei nº 12.034, de 2009)

inelegíveis, os quais não foram computados para os respectivos partidos. Era requerida a determinação do cômputo destes votos para a legenda, de modo que Antonio Furlan haveria de ser diplomado deputado estadual diante do indeferimento do registro de Ocivaldo Serique Gato, bembém do PTB. Os ministros Arnaldo Versiani, Carmen Lúcia Antunes Rocha, Marcelo Ribeiro e Aldir Passarinho Júnior inclinaram-se pela literalidade do disposto nos artigos 16-A da lei de eleições e 175, parágrafo 4 do Código Eleitoral, denegando a segurança e determinando a nulidade dos votos atribuídos a candidatos com registro indeferido, ainda que pendente decisão judicial de última instância.

Em pelo menos seis mandados de segurança, contudo, o Ministro Marco Aurélio concedeu liminares para determinar o cômputo dos votos dos inelegíveis para a legenda, insistindo em seu posicionamento minoritário.³⁹⁹ No dia 06 de dezembro de 2010, ao conceder liminar no mandado de segurança 410820-RJ, impetrado em face de ato do Tribunal Regional Eleitoral do Rio de Janeiro, consubstanciado no Acórdão nº 52407, publicado em 22 de outubro de 2010, pelo qual se proclamou o resultado da eleição proporcional de 2010 para os cargos de Deputado Federal reservados àquela unidade da Federação, Marco Aurélio consignou entendimento que viria a reiterar em sucessivos mandados de segurança. A interpretação do ministro fora sintetizada em fórmula segundo a qual a *“organicidade do Direito (...) consagrou, sob o ângulo da definição dos votos - que, necessariamente, antecede o início da legislatura - e considerada a nulidade, a separação entre a legenda e o candidato”*. Desse modo, *“a nulidade prevista na Sessão IV do Código Eleitoral, mais precisamente nos artigos 175 e seguintes, fulmina, é certo, a eleição do candidato, mas não afasta a atribuição dos votos à legenda, pois o eleitor - repita-se à exaustão -, ao digitar o número do primeiro, o faz presente a circunstância de os dois algarismos iniciais revelarem o Partido que endossa a candidatura”*.

Logo, decisões divergentes e com efeitos contraditórios, reciprocamente excludentes, foram proferidas por um mesmo Tribunal, ainda que por julgadores distintos, no âmbito da mesma matéria. Os diferentes enfoques sistematizantes do

³⁹⁹ Vejam-se as decisões monocráticas em: **MS 418796/CE; MS 417837 /MT; MS 418189/SP; MS 418007/SC e MS 422693/RO**. Em face da liminar coneedida neste último mandado de segurança foi interposta pelo Partido Democrático Trabalhista (PDT) a Reclamação n. 139-60/RO, a qual não foi recebida pela ministra Cármen Lúcia, sob o fundamento de que “não se revela admissível o ajuizamento de reclamação no Tribunal Superior Eleitoral contra decisões de membros do próprio Tribunal, pois representam a mesma instituição. Eventual incompatibilidade entre uma decisão singular proferida por membro do Tribunal e o entendimento majoritário sufragado pelo Plenário deve ser examinada na via recursal própria, uma vez que a reclamação não é sucedânea de recurso”.

direito pecam por deslize primário, consistente em restringir a vivência jurídica às disposições existentes, que não são senão variáveis aptas a interferir na tomada de decisão dos diferentes casos adjudicados. Apesar dos eufemismos, das formalizações lógicas e das sofisticações lingüísticas e mesmo de expressas afirmações em contrário, parecem continuar imaginando que as decisões judiciais são “encontradas”/“descobertas” num sistema pronto e acabado, para além de concatenado e harmônico, existente anteriormente aos concretos processos de realização do direito, sendo possível aferir-se a correção, justeza ou melhor adequação de cada “resposta” oferecida pelos julgadores. Eliminam da vivência do direito aqueles que o vivenciam. Com isso se vêem esvaziados de juridicidade. Não tematizam o direito, ainda que se autointitulem jurídicas.

Não há autoridade humana que possa prever, mediante exatidão de disposições pretensamente normativas, toda a complexidade e variabilidade da vivência social.⁴⁰⁰ O tema da plenitude do direito tem sido mal colocado. As abordagens sistemáticas, alicerçadas no dogma da normatividade, procuram pela completude jurídica nos emaranhados de disposições. Diante da inevitável insuficiência, elastecem, ora mais, ora menos, o seu repertório, para nele incluir *princípios, standards políticos, valores* e outras entidades tendencialmente mágicas, com o intuito de rejeitar o reconhecimento da inexistência de respostas jurídicas preconcebidas para os mais variados casos adjudicados. Acontece que na vivência do direito as decisões são tomadas por julgadores, no curso dos processos de realização jurídica, em procedimento judicial provocados pelos interessados, sob influência de amor e consciência, quer haja, quer não haja disposições ajustáveis aos casos jurídicos. Quem decide é o julgador, eventualmente e mesmo frequentemente se valendo de disposições jurídicas que lhe servem de justificativa à decisão. As disposições não resolvem os problemas,⁴⁰¹

⁴⁰⁰ “(...) no human authority can set rules which are able to take into account all the varieties and complexities of social life. Often for a lawgiver it is enough to have one or few facts as the condition set for an enforcement of the relevant rule which disregards all other possible related facts. It is a natural defect of every legal rule that it fails to foresee all possible sets of facts”. SHYTOV, Alexander Nikolaevich. **Conscience and Love in Making Judicial Decisions**. Kluwer Academic Publishers, 2010, p. XI.

⁴⁰¹ “(...) the theory that rules decide cases seems for a century to have fooled not only library-ridden recluses, but judges. More, to have fooled even those skilful and hard-bitten first-hand observers of judicial work: the practitioners. This fact amazes. For the theory flew in the face of common sense and professional experience. If rules decided cases, one judge would be as good as another, provided only the rules had been adduced before him. Yet who knew better than the lawmen that judges, one by one, had earned their reputations as great, or run-of-the-mine, or rather awful? If rules decided cases, law stood still (and as we remember, the theory was at its blindest drawn out to that conclusion). Whereas growth and change of law were as striking in nineteenth- and twentieth-century America as they have ever been.

funcionando como diretivas que podem ou não ser acatadas pelas autoridades competentes⁴⁰².

A decisão judicial é sempre tomada em situação de insuficiência. A despeito do estabelecimento de determinadas rotinas, de práticas reiteradas quanto ao desfecho de determinados grupos de casos, reunidos a partir de características reputáveis comuns, mediante recurso a específicas disposições jurídicas que parecem pertinentes para justificar as decisões alcançadas, resta sempre a possibilidade de enfocar distintas peculiaridades de cada caso, a fim de se justificar desfecho diverso. Não há ponte conectando as disposições jurídicas às situações da vida e aos problemas vertidos em casos adjudicados. Invariavelmente será necessário ao interprete “saltar”, ajustando as disposições ao caso e conformando-o, na fundamentação do *decisum*. Sob as mesmas disposições, decisões divergentes podem e são tomadas, diariamente, bastando se observar as sentenças e acórdão das sucessivas instâncias nos procedimentos judiciais para perceber que direito não é sistema de regras ou princípios, mas vivência articulada em torno da inevitabilidade da tomada de uma decisão. Por vezes, a insuficiência dispositiva se revela mais acentuada, inexistindo expressa disposição a oferecer diretriz para caso trazido a juízo. O direito convive com ineditismos e com o inusitado.

Em 18 de fevereiro de 2010, a segunda câmara do segundo senado do Tribunal Constitucional alemão teve de se pronunciar sobre o “fim do mundo”.⁴⁰³ Uma cidadã alemã, residente em Zurique, na Suíça, moveu reclamação constitucional para exigir do governo alemão, com sede em Berlim, que empenhasse esforços no sentido de impedir a continuação dos experimentos com o *Grande Colisor de Hádrons* realizados pelo CERN, na fronteira alpina daquele país com a França. Alegava-se que o experimento em realização, ao lidar com quantidades de energia superiores às já manejadas por quaisquer cientistas, poderia, em conformidade com discutíveis interpretações de teorias gravitacionais, acarretar a formação de pequenos buracos negros com potencial para

If rules decided cases, able lawyers would be unable to disagree, nor could there be dissenting votes save by incompetents, nor could an honest and informed judge ever face reversal”. LLEWELLYN, Karl. Constitution as institution. **Columbia Law Review**. Vol. XXXIV, Janeiro, 1934, pp. 2-40, p. 7.

⁴⁰² “Porque no debemos dejarnos engañar: no es la mano la que se ajusta el guante, sino el guante a los dedos, o, lo que es lo mismo, no es la solución la que se deriva de las leyes sino que son éstas las que tienen que amoldarse – de grado o de fuerza, con lógica natural o con retorcimientos sutiles – a la solución”. NIETO, Alejandro. **Crítica de la razón jurídica**. Madrid: Editorial Trotta, 2007, p. 117.

⁴⁰³ **BVerfG, 2 BvR 2502/08** vom 18.2.2010, Absatz-Nr. (1 - 30), http://www.bverfg.de/entscheidungen/rk20100218_2bvr250208.html

engolir a Terra inteira. Assim sendo, restariam ameaçados os direitos fundamentais à vida e à integridade física,⁴⁰⁴ diante da iminência da destruição do globo terrestre.

Havia disposições jurídicas oferecendo diretivas sobre o procedimento a ser adotado no julgamento de reclamação constitucional (*Verfassungsbeschwerde*). Também assim, a reclamação se amparava na ameaça à lesão de direitos fundamentais assegurados pelo documento constitucional alemão. Contudo, em nenhum sistema de regras ou princípios seria encontrada resposta correta, justa ou adequada à questão de saber se os experimentos realizados pelo CERN com o intuito de testar as previsões teóricas de modelo padrão da física de partículas, especialmente quanto ao chamado *bóson de higgs*, efetivamente representariam um risco à vida na Terra, podendo conduzir ao fim do mundo tal qual o conhecemos. Nesse particular, os juízes do Tribunal Constitucional estavam desamparados, pesando sobre seus ombros a necessidade de tomada de decisão sobre o desconhecido.

Subjaziam à demanda incontáveis disputas entre diferentes teorias físicas, travandas num nível complexidade dificilmente acessível aos julgadores, dos quais se costuma exigir “notório saber jurídico”. O mais completo saber referente às disposições jurídicas existentes não permitiria algo como uma decisão acertada. O tribunal acorreu a estudos físicos, pendendo pela vertente que reputou dominante – exatamente aquela contraditada na reclamação ajuizada -, segundo a qual o experimento da CERN não representava perigo substancial, não havendo plausibilidade na tese de possível formação de mini-buracos negros.⁴⁰⁵ Assim, decidiu-se por não conhecer da reclamação constitucional ajuizada, uma vez que não havia sido demonstrado, com suficiência empírica, efetivo risco aos direitos fundamentais à vida e à integridade física, já quem em conformidade com o estado atual da ciência e da técnica não haveria possibilidade

⁴⁰⁴ Art. 2. (2) Jeder hat das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit. Die Freiheit der Person ist unverletzlich. In diese Rechte darf nur auf Grund eines Gesetzes eingegriffen werden (Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland).

⁴⁰⁵ “Nach überwiegender wissenschaftlicher Meinung birgt jedoch der Versuchsaufbau am CERN kein Gefahrenpotential. Einschlägige Fachpublikationen schließen insbesondere die Möglichkeit unkontrolliert wachsender Miniatur-Schwarze-Löcher aus. Bereits deren Erzeugung während der Versuchsreihen sei wegen der im LHC verwendeten Energiemenge nicht sicher, wenn auch erwünscht. Jedenfalls würden etwaig entstehende Miniatur-Schwarze-Löcher nach den Gesetzen des sogenannten Hawking’schen Strahlungstheorems sofort wieder verdampfen. Selbst wenn sie stabil wären, das Hawking’sche Theorem also widerlegt würde, zeitige dies keine nachteiligen Auswirkungen auf die Umwelt, weil der Teilchenbeschleuniger lediglich unter Laborbedingungen natürliche Prozesse reproduziere, die seit jeher unkontrolliert in der Erdatmosphäre abläufen, wenn kosmische Strahlung dort auf Luftmoleküle treffe. Diese natürlichen Prozesse hätten bislang keinerlei negativen Auswirkungen auf die Umwelt gehabt, was Rückschlüsse auf den Versuchsaufbau zulasse. Von alledem abgesehen, gebe es jedenfalls stellare Objekte, sogenannte Weiße Zwerge und Neutronensterne, die nicht existieren könnten, falls Miniatur-Schwarze-Löcher in der Lage wären, Himmelskörper zu zerstören“.

da produção de danos de dimensão apocalíptica como consequência dos experimentos da CERN, em contradição com o afirmado pela reclamante.⁴⁰⁶

No Brasil, os Tribunais já foram chamados a decidir sobre a composição do *chopp*. A empresa JFT COM/ DE ALIMENTOS LTDA, com sede em Blumenau/SC, foi multada pelo INMETRO, no exercício de suas competências,⁴⁰⁷ por venda de produto a menor, isto é, em quantidade inferior à anunciada. Isso porque a empresa levava em consideração a espuma do *chopp*, ao comercializá-lo. Em conformidade com os autos de infração do INMETRO, a espuma não poderia ser computada no volume da bebida. Assim, apenas o líquido poderia ser cobrado, excluindo-se do *chopp* o colarinho. Em apelação, a empresa recorreu da sentença do juízo de primeiro grau, que havia mantido a multa nos termos em que fora exarada pelo INMETRO.

A terceira turma do TRF da quarta região decidiu, por unanimidade, pelo provimento da apelação, considerando haver desvio na interpretação realizada pelo fiscal do INMETRO.⁴⁰⁸ A questão fora resolvida mediante interpretação acerca da

⁴⁰⁶ „Ein Schadensereignis apokalyptischen Ausmaßes - wie vorliegend von der Beschwerdeführerin befürchtet - muss als mögliche Konsequenz eines wissenschaftlichen Vorhabens nach dem Stand von Wissenschaft und Technik praktisch ausgeschlossen (...). Soweit im Rahmen der derzeit als gesichert geltenden wissenschaftlichen Prämissen vernünftige Zweifel darüber möglich sind, ob Schäden an Rechtsgütern eintreten oder ausbleiben werden, verlangt die verfassungsrechtliche Schutzpflicht, dass staatliche Organe alle Anstrengungen unternehmen, um mögliche Gefahren jedenfalls möglichst frühzeitig zu erkennen, um diesen mit den erforderlichen Mitteln begegnen zu können. Soweit bei Schäden mit katastrophalen oder gar apokalyptischen Ausmaßen nachvollziehbare, wissenschaftlich entweder diskutierte oder jedenfalls fachlich nicht vollständig ausschließbare Möglichkeiten des Eintritts bestehen, ist die öffentliche Gewalt zu geeigneten Vorkehrungen oder bei eigener Beteiligung am risikosetzenden Verhalten zum Unterlassen verpflichtet. Demgegenüber begründet der bloße Verweis auf hypothetische Kausalverläufe jenseits derartiger vernünftiger Zweifel lediglich Restrisiken in dem Sinne, dass der Eintritt künftiger Schadensereignisse nie mit absoluter Sicherheit ausschließbar ist, weil hier Grenzen der empirisch überprüfbaren und theoretischer Argumentation zugänglichen Erkenntnisfähigkeit bestehen (...). Denn letzte Ungewissheiten jenseits der gegenwärtigen Erkenntnisfähigkeit sind in einer wissenschaftlich-technisch orientierten Gesellschaft grundsätzlich unentrinnbar und insofern als sozialadäquate Lasten von allen Bürgern zu tragen (...) Die aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG herzuleitende Schutzpflicht hindert die öffentliche Gewalt nicht, mit der Förderung wissenschaftlicher Forschungstätigkeit (Art. 5 Abs. 3 GG) insofern unentrinnbare Restrisiken in Kauf zu nehmen. Ansonsten wäre großexperimentelle Grundlagenforschung kaum möglich, weil sich im zu erforschenden Grenzbereich überraschende physikalische Wirkungen auslösende Ergebnisse nicht völlig ausschließen lassen“.

⁴⁰⁷ Lei 9993/1999. **Art. 3º** O Instituto Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial - Inmetro, autarquia vinculada ao Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior, criado pela Lei nº 5.966, de 1973, é competente para:

I - elaborar e expedir regulamentos técnicos nas áreas que lhe forem determinadas pelo Conmetro;
II - elaborar e expedir, com exclusividade, regulamentos técnicos na área de Metrologia, abrangendo o controle das quantidades com que os produtos, previamente medidos sem a presença do consumidor, são comercializados, cabendo-lhe determinar a forma de indicação das referidas quantidades, bem assim os desvios tolerados;

III - exercer, com exclusividade, o poder de polícia administrativa na área de Metrologia Legal;

⁴⁰⁸ **TRF 4 Região - APELAÇÃO CÍVEL Nº 2003.72.05.000103-2/SC.** Relatora Desembargadora Maria Lúcia Luz Leiria.

composição do *chopp*: o colarinho integra ou não a bebida? Para os desembargadores que se pronunciaram sobre o caso, “*chopp sem colarinho não é chopp*”, pois o “*colarinho integra a própria bebida e é o próprio produto no estado ‘espuma’, em função do processo de pressão a que é submetida a bebida ‘chopp’*”. Assim, entendeu-se que o produto comercializado estava em conformidade com as caracterizações necessárias, determinando-se a desconstituição da certidão de dívida ativa que fundamentava a execução fiscal subjacente.

Nesses casos, não é que inexistam disposições jurídicas aptas a fundamentar/justificar a decisão. Há disposições jurídicas oferecendo diretrizes para tomada de decisões atinentes aos chamados direitos fundamentais, bem como ao procedimento a ser adotado no julgamento de reclamação constitucional, no documento constitucional alemão. Também existem disposições oferecendo orientações sobre as competências fiscalizatórias do INMETRO. Todavia, a decisão não poderá delas ser deduzida. A resposta aos casos adjudicados não se encontra em qualquer suposto sistema de disposições jurídicas. Os problemas enfrentados na realização do direito ultrapassam a atividade de interpretação de textos ou proposições. Se os experimentos conduzidos pelo CERN com o *Grande Colisor de Hádrons* e se a espuma deve ser levada em consideração na medição do volume do *chopp* são questões que se colocam ao arbítrio do interprete. As decisões judiciais são prolatadas em condições de insuficiência. Constituem o direito para os casos adjudicados, em conformidade com as interpretações dos julgadores até o momento de manifestação do *decisum*.

Diante da insuficiência das disposições jurídicas para o desfecho de desacertos emergidos no curso da convivência em sociedade, terceiros investidos da função de julgar são chamados a decidir as controvérsias, colocando termo jurídico aos casos adjudicados. A insuficiência dispositiva se torna mais nítida em situações e casos das chamadas “lacunas legislativas”, quando, em conformidade com as interpretações das autoridades competentes, faltam disposições jurídicas a oferecer orientações à tomada de decisão. Contudo, está sempre presente, na forma da ausência de solução às situações e casos jurídicos em quaisquer emaranhados de disposições jurídicas, por mais completos ou plenos que possam ser reputados por glosadores e comentadores ao lhe submeter a vãs análises lógico-conceituais. As supostas plenitudes constatadas na calmaria das páginas dos livros se revelam insuficientes no confronto com as agruras e com o inusitado das situações e casos jurídicos efetivamente vivenciados pelos homens.

Clauderson de Paula Viana se submeteu, em 19 de maio de 2005, a procedimento cirúrgico de transsexualização, alterando sua aparência de masculina para feminina, passando a ser chamado, no convívio familiar e social, por Patrícia. No período posterior à cirurgia, por reiteradas vezes sentia-se colocado em situações constrangedoras e vexatórias em decorrência da incompatibilidade entre sua aparência sexual e os dados constantes em seu registro civil, que seguiam identificando-no como Clauderson e como indivíduo do sexo masculino. Diante dessas circunstâncias, ocorreu ao judiciário para solicitar autorização à alteração e retificação dos dados constantes no registro, esbarrando com a ausência de disposições legislativas regulando a matéria na experiência jurídica brasileira. Embora tenha obtido decisão favorável em primeiro grau, assistiu à sua subsequente reforma pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, sob o fundamento de que “*em linha de registro civil, prevalece a regra geral da imutabilidade dos dados, nome, prenome, sexo, filiação etc.*” de modo que haveria “*interesse público de manutenção da veracidade dos registros, de modo que a afirmação dos sexos (masculino ou feminino) não diz com a aparência, mas com a realidade espelhada no nascimento, que não pode ser alterada artificialmente*”.

A lei de registros públicos (6015/1975) não contempla hipótese de modificação de sexo no registro civil. Os artigos 57 e 58 apenas disciplinam as hipóteses de possibilidade de alteração de prenome.⁴⁰⁹ Apesar da insuficiência dispositiva, no julgamento do Recurso Especial 1.038.398/SP,⁴¹⁰ no dia 15 de outubro de 2009, a terceira turma do Superior Tribunal de Justiça, sob relatoria da Ministra Nancy Andrighi, deu provimento à pretensão de Clauderson, reformando o acórdão do TJ/SP para autorizar a retificação do sexo e a alteração do nome no registro civil. A argumentação da relatora se ampara no chamado *princípio da dignidade da pessoa humana*, bem como em apontamento médicos, qualificando a transsexualidade como condição geradora de transtornos de identidade, na medida em que o transsexual não seria uma pessoa que ambiciona a mudança de sexo, mas sim indivíduo que já vivencia condição existencial oposta ao sexo biológico. “*Sob a perspectiva dos princípios da Bioética – de beneficência, autonomia e justiça –, a dignidade da pessoa humana deve*

⁴⁰⁹ **Art. 57.** A alteração posterior de nome, somente por exceção e motivadamente, após audiência do Ministério Público, será permitida por sentença do juiz a que estiver sujeito o registro, arquivando-se o mandado e publicando-se a alteração pela imprensa, ressalvada a hipótese do art. 110 desta Lei. (Redação dada pela Lei nº 12.100, de 2009).

Art. 58. O prenome será definitivo, admitindo-se, todavia, a sua substituição por apelidos públicos notórios. (Redação dada pela Lei nº 9.708, de 1998)

⁴¹⁰ **STJ – RE 1.038.398/SP.** Relatora Ministra Nancy Andrighi. DJE 18/11/2009.

ser resguardada, em um âmbito de tolerância, para que a mitigação do sofrimento humano possa ser o sustentáculo de decisões judiciais, no sentido de salvaguardar o bem supremo e foco principal do Direito: o ser humano em sua integridade física, psicológica, socioambiental e ético-espiritual”, apresentando-se o deferimento do pedido de alteração do sexo no registro civil do recorrente como imposição da dignidade da pessoa humana, uma vez que “para o transexual, ter uma vida digna importa em ver reconhecida a sua identidade sexual, sob a ótica psicossocial, a refletir a verdade real por ele vivenciada e que se reflete na sociedade”.

Os ministros do STJ reconheceram expressamente a insuficiência dispositiva, registrando inexistir “*norma específica no ordenamento jurídico brasileiro regulando a alteração do assento de nascimento em casos de transexualidade*”, destacando, contudo, que “*essa constatação (...) não tem o condão de fazer com que o fato social da transexualidade fique sem solução jurídica, cumprindo “à construção pretoriana, in casu, suprir a lacuna legislativa*”. O direito será inevitavelmente tornado pleno no desfecho dos casos adjudicados, diante da inevitabilidade da decisão judicial. É equivocado predicar-lhe completude ou integralidade anteriormente à decisão de cada caso, em devaneios insistentes a representar-lhe como sistema de normas ou disposições jurídicas capazes de oferecer soluções adequadas, corretas ou justas a todas as questões trazidas a juízo.

Recentemente, na Holanda, contrariando o senso comum doutrinário insistente em propalar a vedação de analogia incriminatória no direito penal,⁴¹¹ decidiu-se pela extensão do tipo de roubo à situação envolvendo a transferência virtual de armas de um personagem a outros no interior de famoso jogo de RPG, o RunScape.⁴¹² O caso envolvia a possibilidade de se qualificar ou não como roubo a conduta de dois adolescentes que haviam ameaçado outro garoto a fim de que ele transferisse virtualmente ao avatar deles máscara e amuleto que tornavam seu personagem mais poderoso no interior do *game*.

Estava em questão a extensão ou não do conceito de *bem (goed)* contido no artigo 310 do Código Penal Holandês. A Corte de Leeuwarden decidiu pela ocorrência

⁴¹¹ Sobre o problema da analogia no direito criminal, ver por todos: SCHREIBER, Hans Ludwig. **Gesetz und Richter**. Zur geschichtlichen Entwicklung des Satzes nullum crimen, nulla poena sine legge. Frankfurt am Main: Alfred Metzner, 1976. Também recomendável a leitura de LEGROS, Robert. *Considerations sur le lacunes et l'interpretation en droit pénal*. IN: PERELMAN, Chaim. **Le problème des lacunes en droit**. Bruxelas: Établissements Emile Bruylant, 1968, pp. 363-400.

⁴¹² Trata-se do processo de número **17/676123-07 VEV**. A decisão foi proferida no dia 21 de outubro de 2008 pela Corte Holandesa de Leeuwarden.

de roubo tal qual tipificado no referido dispositivo, argumentando pela presença de *valor* atribuído ao amuleto e à máscara virtuais pelos jogadores daquele RPG. Tal valor faria da máscara e do amuleto autênticos *bens*, de modo que sua subtração mediante violência ou ameaça deveria ser reprimida nos termos do Código Penal. Na fundamentação da decisão os julgadores fazem expressa referência ao problema anteriormente enfrentado naquele país quanto à tipicidade ou não da subtração de energia elétrica, desafio também suscitado na experiência jurídica brasileira.

A solução adotada pela Corte de Leeuwarden revela interpretação operada mediante identificação de semelhança relevante. A tese de defesa fora construída no sentido da inexistência de *valor pecuniário* da máscara e do amuleto, o que não permitiria pensá-los como *bens* nos termos do Código Penal. Todavia, entendeu-se que a presença de *valor atribuído pelo possuidor*, concebido em sentido amplo, era suficiente para realizar a extensão da disposição ao caso, isto é, entendeu-se ser possível avistar semelhança relevante entre os casos comumente tratados sob o tipo do artigo 310 e o problema então adjudicado.⁴¹³

Plenitude e consistência do direito seguirão como problemas indevidamente situados enquanto se insistir na identificação do jurídico a totalidades que se pretendem

⁴¹³ Em função da dificuldade do acesso ao idioma holandês e ao interesse que desperta o caso, traduz-se livremente, adiante, pequeno excerto da decisão da Corte Holandesa: “O artigo 310 do Código Penal visa a proteger a propriedade dos cidadãos. Ao responder à questão sobre saber se bens virtuais são ou não ‘bens’ no sentido do referido artigo, tal propósito deve ser levado em consideração. Existe grande número de critérios que devem ser verificados a fim de que tais bens virtuais sejam considerados ‘bens’ no sentido daquele artigo. Antes de mais, é importante saber se o bem apresenta um valor para o possuidor. Esse valor não precisa ser expresso em dinheiro. Na sociedade contemporânea, os bens virtuais pertencentes ao jogo de computador online “RuneScape” se tornaram relevantes. Para grande número de jogadores online esses bens possuem valor. Quanto mais bens virtuais um jogador possui, mais forte ele se torna no jogo. (...) É importante realçar que um bem não precisa ser material. Determinou-se pelo direito jurisprudencial que bens não materiais, tais como a eletricidade, são catalogáveis como ‘bens’ no sentido criminal. O amuleto e a máscara virtual, no caso em questão, não são bens materiais, segundo instruído até aqui. Olhando para o direito jurisprudencial inexistente proibição quanto a declará-los como bens no sentido do artigo 310 do Código Penal.” “Artikel 310 van het Wetboek van Strafrecht heeft als doel het vermogen van de burger te beschermen. Bij de beantwoording van de vraag of virtuele goederen, goederen in de zin van dat artikel zijn, dient dit in het oog te worden gehouden. Er is een aantal criteria waaraan moet worden voldaan, wil er sprake zijn van een goed in de zin van genoemd artikel. Allereerst is van belang of een goed voor de bezitter ervan waarde heeft. Deze waarde hoeft niet in geld uitgedrukt te kunnen worden. In de huidige maatschappij zijn de virtuele goederen uit het online computerspel “RuneScape” van grote betekenis geworden. Voor grote aantallen online gamers hebben deze goederen waarde. Hoe meer virtuele goederen een speler heeft, hoe sterker hij is in het spel (...). Uit de onderhavige zaak blijkt ook dat het masker en de amulet voor zowel aangever als verdachte en medeverdachte waarde hadden. Van belang is tevens dat een goed niet stoffelijk behoeft te zijn. In de jurisprudentie is uitgemaakt dat ook niet-stoffelijke voorwerpen - zoals elektriciteit (...) - als goed in strafrechtelijke zin worden aangemerkt. De virtuele amulet en het virtueel masker als bedoeld in de onderhavige zaak zijn geen stoffelijke goederen, alhoewel ze wel waarneembaar zijn. Gelet op de bedoelde jurisprudentie is dat geen beletsel om ze als goed als bedoeld in artikel 310 van het Wetboek van Strafrecht aan te merken.”

ordenadas ou ordenáveis de disposições (regras, princípios e assimilados). O direito é vivenciados por diferentes protagonistas (jurisdicionados, procuradores, julgadores e demais profissionais das carreiras jurídicas) de modo singular a cada situação e caso jurídicos. As decisões jurídicas desfecham os casos adjudicados, constituindo-se o direito plenamente na conformação da coisa julgada. Sentenças e acórdãos divergentes são constatáveis no cotidiano do direito, manifestando interpretações diversas relativamente a idênticos dispositivos legais não apenas em casos diferentes, mas no mesmo caso, conformado no curso de procedimentos judiciais nas sucessivas manifestações decisórias das autoridades jurídicas das distintas instâncias. O direito é tornado pleno a cada caso adjudicado, nas decisões dos juízes. Por ter de oferecer decisão às demandas trazidas a juízo, constituindo-se necessariamente como pleno, não se pode esperar dele que seja consistente e nem que permaneça idêntico a si mesmo, comportando manifestações divergentes e até mesmo contraditórias e incoerentes.

Deve-se assumir-lhe a assistemática, renunciando-se às pretensões sistematizantes, que apenas fazem emergir “falsos problemas”. Preocupados com harmonizações e concatenamentos artificiais de disposições e decisões inevitavelmente díspares e dissonantes, os acadêmicos de direito desviam os focos da vivência do direito para emaranhados de proposições ordenadoras de pontuais manifestações do direito. Representam-no como estático, ao passo em que, no cotidiano forense e nas sessões dos tribunais, bem como nos gabinetes e no cafezinho dos assessores, é vivenciado em constante devir, tornando-se pleno a cada caso, não necessariamente de modo consistente com prévias disposições, sejam elas manifestações legislativas, súmulas, tematizações ou decisões judiciais passadas.

Desde perspectiva pretensamente descritiva, mais honesto e adequado seria falar em barafunda jurídica, não em ordenamento, quando se quer oferecer aproximação dos processos de estruturação do direito.

5.4 Barafunda jurídica e “teoria” do (des)ordenamento

Raros são os ministrantes de aulas em faculdades de direito que, em algum momento do curso, não irão desenhar uma *pirâmide* na lousa ou quadro negro, para ensinar aos *alunos* sobre a estrutura hierárquica do ordenamento jurídico brasileiro. Pensar o direito como ordenamento e este como pirâmide tornou-se um hábito mental entre inúmeros juristas. Costuma-se apresentar uma sucessão de “espécies normativas”

dispostas verticalmente, subordinadas umas as outras. A fim de oferecer panorama da experiência jurídica brasileira, por exemplo, elaboram-se esquemas em que o documento constitucional é aproximado ao vértice da suposta pirâmide jurídica, oferecendo fundamento de *validade* a leis complementares, leis ordinárias, decretos, medidas provisórias, regulamentos, decisões judiciais e atos administrativos. As espécies inferiores se qualificariam não apenas por dependência com relação às superiores, mas também por menor força normativa, na medida em que não as poderiam derogar⁴¹⁴.

Essa tosca caricatura amplamente difundida se produz mediante distorção e incompreensão de teorias jurídicas surgidas em determinado contexto e no interior de projetos acadêmicos de propósitos precisos, tendo sido transplantada de lá, sem mediações, para as páginas de outros livros e, não se pode negar, para o discurso dos juristas ocupados com a realização judicativa do direito. Subproduto da chamada *teoria da estrutura escalonada* do direito, a corrente imagem piramidal da estrutura hierárquica do ordenamento jurídico assume como representativa da realidade construção sistemática concebida originariamente como artifício para construção metódica de objeto a ser estudado por uma ciência jurídica específica. Elaboração conceitual é convertida, nesse passo, em realidade, imaginando muitos juristas que o direito é efetivamente vivenciado como ordenamento normativo hierárquico, constituindo-se de forma concatenado, subordinando-se as diferentes manifestações normativas umas às outras e encontrando-se todas reunidas sob fundamento normativo comum⁴¹⁵.

⁴¹⁴ Essa apresentação já é bastante benevolente com relação aos esquemas geralmente apresentados aos estudantes de graduação por muitos ministrantes de aulas. Em seus discursos se afirma a superioridade sem-mais de determinadas espécies normativas sob as outras, não se explicitando o que com isso se quer dizer ou o que isso possa significar. Tudo se passa, não raro, como se houvesse propriedades ínsitas ao documento constitucional ou as leis a torná-las mais elevadas que outras manifestações associadas ao direito no interior dos imaginários jurídicos.

⁴¹⁵ O jurista austríaco Adolf Merkl (1890-1970), considerado o gênio criativo e co-fundador da doutrina pura do direito, fora transparente na apresentação dos contornos da tese da estrutura escalonada, inserida no interior de projeto acadêmico que se propunha a pensar o objeto da ciência jurídica como um todo normativo sistemático, a fim de possibilitar a construção de uma ciência jurídica metodicamente específica, capaz de proceder mediante métodos próprios e distintos daqueles utilizados por outras formas de abordagem do direito. Logo, a doutrina da estrutura escalonada do direito (*Stufenbaulehre des Rechts*) é produto de trabalho acadêmico e se reconhece como tal, não consistindo em afirmação de que os direitos reais se organizam tal qual por ela preconizado, reconhecendo expressamente o caráter caótico dos arranjos concretos das “formas jurídicas”. “Se se quer reunir condições para apresentar o caos das formas jurídicas como uma soma de fenômenos coerentes, em uma palavra, como um sistema jurídico, como um cosmos do direito, (...) é preciso reconhecê-lo como oriundo de uma origem comum”. MERKL, Adolf. **Die Lehre von der Rechtskraft entwickelt aus dem Rechtsbegriff**, 1923, p. 210. Sobre a *Stufenbaulehre*, tal qual concebida por Merkl, conferir ainda: ‘Das doppelte Rechtsantlitz. Juristische Blätter, 1918, pp. 425 e ss. E Prolegomena einer Theorie des rechtlichen Stufenbaues’. In: VERDROSS,

Em decorrência desse transplante, inúmeros juristas pensam e escrevem sobre o direito *como se* estivessem comprometidos com a construção de uma ciência jurídica específica, ainda que isso jamais tenha passado por suas cabeças. Incorporam, desavisadamente, construções sistemáticas originariamente bastante mais sofisticadas, e vão submetendo-nas a amputações e simplificações, terminando por operar com modelos que já não serviriam aos propósitos científicos originários para os quais foram concebidos e que imaginam representativos da vivência do direito, mas que se fazem capengos diante dela e se consubstanciam em simulacros, fazendo crer que existe sistema e ordem no direito dos foros e tribunais.

A vivência jurídica, contudo, não se estrutura mediante relações de supra-infra ordenação entre manifestações normativas, estabelecendo ordens de prioridade entre os diferentes elementos de um suposto sistema jurídico, capaz de revelar a realização do direito como processo de individualização de “normas” gerais. O esquema de estruturação escalonada poderá, como arsenal oferecido pelas tematizações dos juristas, servir ao alinhavamento de determinadas teses em juízo pelos procuradores dos interesses em disputa, a fim de lograr o convencimento dos julgadores, que igualmente poderão utilizá-lo para justificar determinadas decisões. Não obstante, realizando-se o direito plenamente no desfecho judicial dos diferentes casos adjudicados, esperar-se-á em vão pela observância de uma teórica estrutura escalonada nas sucessivas manifestações decisórias, que antes representam novo embaralhamento das disposições jurídicas do que continuidade hierárquica de um processo de concretização normativa.

Ademais, a noção de uma estruturação escalonada do direito opera recortes bruscos na realidade jurídica, que embora justificados desde perspectiva orientada para a tentativa de construção de uma ciência jurídica específica, revela-se enganosa (indutora de equívocos) se o que se pretende é oferecer aproximação da vivência jurídica (o que, toma-se por suposto, haveria de ser a pretensão dos estudos levados a cabo nas faculdades de direito). Ao oferecer imagem de uma pretensa concatenação entre diferentes “espécies normativas”, que se estruturariam hierarquicamente, de modo

Alfred. *Gesellschaft, Staat und Recht. Untersuchungen zur reinen Rechtslehre. Festschrift Hans Kelsen zum 50. Geburtstag gewidmet*, 1931. A mesma clareza de propósitos se encontra em inúmeras passagens das obras de Hans Kelsen dedicadas ao projeto da doutrina pura do direito: “Em outras palavras: a doutrina pura do direito não diz que o direito *é* uma ordem objetivamente válida porque pressupõe-se a norma fundamental de acordo com a qual devemos nos comportar em conformidade com a primeira constituição histórica, mas: o direito somente pode ser descrito como ordem objetivamente válida *se é* assumido que a primeira constituição histórica deve ser aplicada, isto é, se se *pressupõe* a norma fundamental”. KELSEN, Hans. *Recht, Rechtswissenschaft und Logik. Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, 1966, p. 547

a encontrar cada uma delas nas espécies superiores a fundamentação de sua “validade” e, portanto, pertinência ao “sistema”, deixa de lado as atuações humanas (os atos de vontade) que subjazem a cada manifestação que se pretende descrever como normativa.

Os jogos políticos imiscuídos no curso dos procedimentos legislativos não são negados, sendo mesmo expressamente admitidos. Não obstante, opta-se por estudar-lhe apenas os produtos. Mesmo o procedimento é estudado apenas na medida em que se o imagina regulado por “normas jurídicas”. O processo criativo de definição de estratégias para o exercício de ação processual, mediante protocolo de petição em que são aduzidas teses favoráveis aos interesses que se há de defender em juízo, por parte de um procurador, é convertido em simples “aplicação” de “norma atribuidora de poder para que se participe da produção normativa da norma individual”. As atuações humanas são reconhecidas – ao menos nas formulações originárias da *Stufenbaulehre* –, já que as próprias “normas jurídicas” são definidas como sentidos de atos de vontade, contudo, são deixadas de fora da abordagem da “ciência jurídica”, que se pretende afirmar como forma de conhecimento específico. Não se nega a interfência de variáveis distintas das chamadas “normas” no curso dos processos interpretativo-decisórios. Todavia, renuncia-se a abordá-las. A assunção do modelo do ordenamento jurídico pode induzir à representação de um direito sem juristas, isto é, um direito que se estrutura mediante seus próprios critérios, independentemente daqueles que o vivenciam, que apenas haveriam de observar, nas suas atuações, a prévia estrutura hierárquica, dando-lhe cumprimento e aplicação. Trata-se mesmo de incorporar na tentativa de descrição do direito modelo incapaz de oferecer-lhe aproximação, na medida em que abdica de esboçar leitura sobre a intermediação constitutiva da interpretação, que culmina com as diferentes manifestações jurídicas, renunciando, no mesmo movimento, a embutir na abordagem as variabilidades decorrentes da participação de diferentes protagonistas (interpretes) nos processos de realização do direito.

Encarando-se o direito como vivência, há que se buscar aproximação condizente com os modos como é vivenciado, a fim de perceber a distância entre que a dinâmica das páginas dos livros e a dinâmica dos concretos processos de realização jurídica. Fundamentalmente, num procedimento judicial, o que se tem são tentativas de provocação de decisão judicial favorável (ou retardamente de decisão desfavorável), por parte dos procuradores dos interesses em disputa, e a necessidade de desfechar os casos adjudicados mediante inevitável decisão judicial. A decisão final, contudo, não é a única

decisión a ser tomada pelo juiz, assim como o protocolo de uma peça petitoria ou contestatória não esgota a atuação dos advogados. As disputas judiciais envolvem séries de variáveis de difícil esquematização. Aos procuradores das partes interessa vencer a demanda ou procrastiná-la tanto quanto possível. Nesse intuito, não atuarão em conformidade atenciosa à suposta estrutura hierárquica da ordem jurídica, mas procurarão esculpi-la do modo mais favorável aos interesses que representam. Também assim, os julgadores não atuarão subordinados a uma ordem prévia das disposições normativas, cuidando eventualmente de recorrer ao imaginário de uma estruturação escalonada para justificar decisões alcançadas mediante interferência de incontáveis variáveis. Fracassarão fragorosamente as tentativas de reconstruir racionalmente as atuações dos juristas como conformadas à planificação representável no modelo de ordenamento jurídico, estruturado hierarquicamente.

As disposições jurídicas existentes não se encontram concatenadas em ordem rígida pré-fixada, sendo manejadas de diversas maneiras e arranjadas de formas distintas a cada adjudicação. Inexiste algo como um ordenamento jurídico, entidade pré-existente aos concretos processos de realização do direito, a denotar situações de “controle” ou “ordenação”, afigurando-se as disposições jurídicas antes como “mistura desordenada” de elementos heterogêneos, “baralhada” ou “bagunça”.⁴¹⁶ A despeito do que sugere o modelo do ordenamento, não são excepcionais as decisões judiciais tomadas *contra legem*, as medidas provisórias editadas em desconformidade com as diretivas constantes do documento constitucional e que permanecem justificando atuações que jamais serão impugnadas, os regulamentos emanados em desatenção aos ditames legais, as contradições ou incompatibilidades entre disposições de diferentes diplomas legislativos, as atuações fora da moldura determinada pelas disposições regulamentadoras de competência (*ultra vires*).

⁴¹⁶ “Si uno no cierra los ojos ante lo que pasa en la vida cotidiana –dejándose seducir exclusivamente por las disquisiciones académicas– observará que las políticas sociales y jurídicas que se ponen en práctica en nuestra sociedad, se toman de una manera bastante caótica, desordenada y hasta oportunista. Es aquí, en el mundo del Derecho y de la política social, donde el espectáculo de las grandes promesas, del sensacionalismo televisivo, de la propaganda comercial, del llamado a las emociones irracionales y al show de los Mass-Media juegan un papel crucial. Quien afirme que detrás de todo este *mare magnum* de manifestaciones sociales y jurídicas subyace una planificación social-racional no solo se engaña a sí mismo, sino que también hace apología, quiéralo o no, de un ordenamiento jurídico cuyas bases prácticas escapan, en una enorme medida, a la racionalidad técnica postulada en el plano teórico”. SALAS, Minor. Hans Albert: el derecho como tecnología social o: el asalto del racionalismo crítico al moderno platonismo de las normas” In: ALBERT, Hans. **La ciencia del derecho como ciencia real**. Editorial Fontamara, México, 2007, pp. 7-27, p 22.

Na sessão plenária do dia primeiro de setembro de 2010, ao julgar o Habeas Corpus 97256/RS o pleno do Supremo Tribunal Federal, determinou incidentalmente a inconstitucionalidade da vedação à substituição de pena privativa de liberdade por restritiva de direitos nos crimes de tráfico de entorpecentes, construível a partir dos artigos 33, caput e parágrafo 4 e 44, caput e parágrafo único da lei 11.343/2006, chamada lei antitóxicos. Os votos dos diferentes ministros foram conduzidos pelo argumento da conformidade com o “ordenamento jurídico” ou com “sistema normativo”. O supostamente mesmo ordenamento, contudo, autorizou conclusões divergentes e opostas. Aos olhos e ao sentir de quatro ministros, a vedação à substituição de pena sob discussão se afigurava plenamente compatível com o documento constitucional brasileiro e com a garantia de individualização da pena, determinada no artigo 5, XLVI.

Ao ministro Marco Aurélio, que havia votado anteriormente, no julgamento do HC 82.958, pela inconstitucionalidade da vedação de progressão de regime em crimes hediondos, sob o argumento de que o legislador comum não poderia determinar restrições atinentes à execução da pena em crimes hediondos diversas daquelas já estatuídas no documento constitucional, pareceu difícil *“harmonizar o fato de alguém, preso em flagrante, responder ao processo sob a custódia do Estado e, vindo a ser condenado, lograr, a seguir, a substituição da pena restritiva da liberdade pela restritiva de direitos”*. Isso porque o artigo 5, XLIII do documento constitucional, ao estabelecer o caráter inafiançável do crime de tráfico de entorpecentes, determinando a impossibilidade de se responder ao processo criminal em liberdade, na hipótese de flagrante, não seria compatível com a admissão de substituição de pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. O que pareceu desarmônico a Marco Aurélio, contudo, consubstanciou-se como exigência do próprio “ordenamento jurídico”, compatível com o “sistema constitucional”, a revelar a inexistência de qualquer estrutura hierárquica prévia a determinar os resultados das demandas judiciais.

O ministro Joaquim Barbosa cuidou de destacar em seu voto a existência, na legislação penal brasileira, de inúmeras outras hipóteses de vedação de substituição de pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, com relação as quais nunca fora levantada objeção de inconstitucionalidade. Assim, também lhe pareceu difícil determinar a inconstitucionalidade dos dispositivos em questão naquele habeas corpus, uma vez que *“no (...) Direito positivo, a substituição da pena **não é cabível em qualquer crime**. Com efeito, o Código Penal traz vedações à substituição da pena em*

várias situações, como se observa no seu artigo 44". No entender do ministro, "*a menos que [se considerasse] esse dispositivo inconstitucional, [ter-se-ia] que reconhecer que o juiz, em vários casos, é impedido de substituir a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, tendo em vista, justamente, esta vedação legal*".

Enquanto na interpretação de Joaquim Barbosa "*o art. 5, XLVI, da Constituição da República, confere ampla margem de atuação ao legislador penal, determinando que a lei estabeleça as normas a serem seguidas pelo juiz na individualização da pena em cada caso concreto*", a interpretação do ministro relator Carlos Ayres Britto, acompanhada pela maioria dos ministros do pleno, se inclinou por considerar que "*no momento sentencial da dosimetria da pena, o juiz sentenciante se movimenta com ineliminável discricionariedade entre aplicar a pena de privação ou de restrição da liberdade do condenado e uma outra que já não tenha por objeto esse bem jurídico maior da liberdade física do sentenciado*" de modo que seria "*vedado subtrair da instância julgadora a possibilidade de se movimentar com certa discricionariedade nos quadrantes da alternatividade sancionatória*". Aos olhos de um, é compatível com as disposições do documento constitucional que a legislação estabeleça vedações à substituição de penas. Aos de outros, a exigência constitucional de individualização da pena impõe que não se possa retirar do julgador a discricionariedade para avaliar os diferentes casos adjudicados. Atualmente, na experiência jurídica brasileira, tem-se por inconstitucional a vedação à substituição de pena privativa de liberdade por restritiva de direitos nas hipóteses de tráfico de entorpecentes, sendo, contudo, admissível a mesma vedação nas hipóteses previstas no artigo 44 do Código Penal brasileiro, para crimes cujo gravidade é reputável menos intensa que a daqueles previstos na lei anti-tóxicos.

O arranjo das disposições jurídicas é cambiável a cada manifestação decisória das autoridades competentes, inexistindo garantia de que as orientações adotadas em uma decisão a respeito da interrelação entre elas será mantida na subsequente adjudicação. As manifestações jurídicas antes se apresentam articuladas em barafunda, não havendo possibilidade de se adotar a perspectiva do ordenamento jurídico como descritiva do que se passa na vivência do direito. Deve-se combater a idéia de que haja um escalonamento hierárquico entre as disposições jurídicas, subordinando a tomada de decisão judicial aos condicionamentos previstos em disposições para as quais algumas teses acadêmicas reivindicam superioridade.

No julgamento do Recurso Extraordinário 377.457-3/PR, o pleno do Supremo Tribunal Federal decidiu, contraditando modelo que costuma figurar estampado nos

quadros negros de ministrantes de aulas em faculdades de direito, por maioria, pela inexistência de subordinação hierárquica entre lei complementar e lei ordinária na experiência jurídica brasileira. Discutia-se acerca da ocorrência ou não de revogação do artigo 6, II, da lei complementar n. 70/1991 pelo artigo 56 da lei 9.430/1996.⁴¹⁷ Estava em jogo o caráter de devido ou não da contribuição social sobre o faturamento (COFINS) pelas sociedades civis de prestação de serviços legalmente regulamentados – as chamadas *profissões liberais*.

Valendo-se de distinção inexistente em qualquer disposição legislativa, mas constante em decisões judiciais passadas do Supremo Tribunal Federal, o ministro relator Gilmar Mendes qualificou a lei complementar 70/91 de *materialmente ordinária*. Isso porque disciplinaria matérias não reservadas pelo documento constitucional à competência de legislação complementar. No entendimento do relator, amparado por inúmeros precedentes do STF (citados no corpo do voto), em matéria de contribuições sociais não haveria obstáculo à realização de disciplina específica, isto é, de emananação de diretrizes que não se pudessem caracterizar como “*normas gerais em matéria de legislação tributária*” (art. 146, III, b do documento constitucional) pela via da legislação ordinária. Assim, diante da afirmação de que entre lei complementar e ordinária inexiste relação hierárquico-formal, mas apenas distinção material de competências, reconheceu-se a supressão, por via de lei ordinária, de isenção tributária conferida em lei complementar.

Acompanhado pela maioria dos ministros daquela corte, Gilmar Mendes não logrou convencer Eros Grau e Marco Aurélio. Para esses ministros, seria inadmissível que uma lei ordinária, de trâmites mais simplificados, pudesse revogar uma lei complementar, para cuja aprovação é requerida maioria qualificada. Traduzindo para linguagem da “estrutura escalonada do ordenamento jurídico”, entendiam ambos que uma lei ordinária (lei 9.430/96) não goza de *força derogatória* para suprimir disposições constantes em lei complementar (lei 70/91). O ministro Eros Grau fora enfático ao asseverar que “*o direito positivo não faz distinção entre lei complementar formal e lei complementar material*”, bastando para que uma lei se aperfeiçoe como complementar o atendimento ao procedimento previsto no artigo 69 do documento

⁴¹⁷ LC 70/91. **Art. 6º** São isentas de contribuição:(...) **II** - as sociedades civis de que trata o art. 1º do Decreto-Lei nº 2.397, de 21 de dezembro de 1987.

Lei 9430/96. **Art. 56.** As sociedades civis de prestação de serviços de profissão legalmente regulamentada passam a contribuir para a seguridade social com base na receita bruta da prestação de serviços, observadas as normas da Lei Complementar nº 70, de 30 de dezembro de 1991.

constitucional, insistindo não conseguir ver como seria possível “*admitir que o Legislativo, vindo contra si próprio, disponha mediante lei ordinária alteração do que fora anteriormente por ele disciplinado em lei complementar*”. Também assim, o Ministro Marco Aurélio não menos incívico ao se manifestar no de que não se poderia colar em “plano secundário o aspecto formal” para se caminhar “*no sentido de entender que há prevalência do elemento material em detrimento do formal e, uma vez aprovada a disciplina da matéria mediante lei complementar, em relação à qual se exige a maioria absoluta, possa o legislador ordinária alterar o documento normativo, fazendo-o sem apego, portanto, às formalidades observadas quando da aprovação*”. Chegou ainda a insinuar que esse caminho poderia levar a, noutras ocasiões, a reconhecer a desnecessidade de emenda aprovada em conformidade com o artigo 60 do documento constitucional para reformá-lo. Não obstante, foram vencidos no pleno, e com eles, diariamente, é vencida a tese de que possa ser afirmada uma estrutura para o direito, aferível em emaranhados de disposições jurídicas que se pretendem ordenados de antemão, anteriormente aos concretos processos de realização jurídica, segundo preestabelecidos escalonamentos hierárquicos.

Nem mesmo a difundida tese acadêmica da *supremacia constitucional*, que costuma acompanhar as discussões em torno da suposta estrutura hierárquica do “ordenamento jurídico” passa incólume às variabildiades da vivência jurídica. Muitas vezes adotam-se orientações jurisprudenciais conducentes não à “interpretação da legislação infraconstitucional à luz do documento constitucional”, mas ao exato oposto, a despeito de desejados cânones hermenêuticos doutrinários em contrário.

No conflito de competência 46.771/RJ, os ministros do Superior Tribunal de Justiça decidiram que, não obstante a previsão constitucional do artigo 109, parágrafo segundo,⁴¹⁸ a autorizar o ajuizamento de demandas em face da União não apenas na seção judiciária em que for domiciliado o autor, como também naquela em que houver ocorrido o ato ou fato que deu origem à demanda ou naquela do logcal em que estiver situada a coisa, bem como no Distrito Federal, alternativamente, a competência para julgamento de ações de desapropriação indireta, em que a União figura no pólo passivo, a competência [absoluta!] é a do lugar da coisa, por força de interpretação do disposto

⁴¹⁸ Documento constitucional de 1988. **Art. 109** (...) § 2º - As causas intentadas contra a União poderão ser aforadas na seção judiciária em que for domiciliado o autor, naquela onde houver ocorrido o ato ou fato que deu origem à demanda ou onde esteja situada a coisa, ou, ainda, no Distrito Federal.

no artigo 95 do Código de Processo Civil, bem como do artigo 11 do decreto-lei 3365/1941⁴¹⁹.

Em ação de desapropriação indireta originariamente ajuizada em face da União no Juízo Federal da 3 Vara de São José do Campos (SP), onde se encontravam domiciliados os autores, o magistrado se declarou incompetente, assentando ser a competência para julgamento daquela demanda a do foro da situação da coisa, em conformidade com interpretação conjunta dos já referidos artigos 95 do CPC e 11 da do decreto-lei 3365/41. Encaminhados os autos ao Juízo Federal da 1 Vara de Macaé (RJ), subseção judiciária correspondente ao lugar do imóvel objeto da ação de desapropriação indireta, fora suscitado conflito de competência. Apresentando o problema como questão de hermenêutica constitucional, o suscitante indagava se “*deve-se interpretar o artigo 109, § 2º, da CF/88, à luz do artigo 95 do CPC, ou, ao reverso, deve-se interpretar o artigo 95 do CPC à luz do artigo 109, § 2º, da CF/88?*”, oferecendo resposta tendente a percorrer o segundo caminho, sob o argumento da *supremacia constitucional* a sustentar a conclusão de que *se o texto constitucional confere ao jurisdicionado o direito de optar pelo foro em que demandará em face da União, a legislação infraconstitucional não deve ser interpretada de forma a restringir tal direito*.

A decisão do STJ, contudo, seguiu via oposta à apontada pelo suscitante, bem como pelas teses insistentes na existência de escalonamento hierárquico entre disposições jurídicas. Sacando da manga o lugar comum da *razoabilidade* e a existência de precedentes daquela corte no mesmo sentido, a denotar que não se tratava (e não se trata) de decisão isolada, a ministra relatora Denise Arruda argumentou que “*apesar de a orientação constitucional sobre competência permitir o ajuizamento de ações intentadas contra a União Federal, dentre outras alternativas, no foro do domicílio do autor, tal regra deve ser interpretada com razoabilidade e em consonância com as demais normas processuais de competência*”. Cuidou ainda de argumentar pela pragmaticidade da solução (entrópica?) conducente na afirmação da competência do foro do lugar da coisa naquele tipo de ação, uma vez deveria ser “considerado que o

⁴¹⁹ Código de Processo Civil. **Art. 95.** Nas ações fundadas em direito real sobre imóveis é competente o foro da situação da coisa. Pode o autor, entretanto, optar pelo foro do domicílio ou de eleição, não recaindo o litígio sobre direito de propriedade, vizinhança, servidão, posse, divisão e demarcação de terras e nunciação de obra nova.

Decreto-lei 3365/1941. **Art. 11.** A ação, quando a União for autora, será proposta no Distrito Federal ou no foro da Capital do Estado onde for domiciliado o réu, perante o juízo privativo, se houver; sendo outro o autor, no foro da situação dos bens.

andamento do processo na seção judiciária onde está situada a coisa facilitará a prestação jurisdicional, favorecendo a produção probatória e a análise das peculiaridades do caso concreto”.

Uma fórmula mágica (razoabilidade) e uma pitada de pragmaticidade foram suficientes para se decidir este conflito de competência – e tantos outros, sob semelhantes fundamentos – de forma mais favorável aos interesses da União, maior litigante nacional, e em desacordo com teses repetidas como mantras por grande parte da comunidade acadêmica, acerca da supremacia constitucional e da estruturação hierárquico de um suposto “ordenamento jurídico”.

As situações e casos poderiam ser multiplicados, bastando folhear os periódicos matinais da última semana ou mesmo acessá-los via internet para, a partir das superficiais informações que costumam veicular sobre temas jurídicos, perceber a dissonância entre o que é insistentemente repetido nas páginas dos livros de juristas e reiterado em salas de aula, com relação ao que é vivenciado pelos homens que protagonizam os processos de realização do direito.

A vivência jurídica não se conforma às tentativas de identificar-lhe uma estrutura. O direito se realiza em incessante estruturação. As disposições jurídicas carecem de concatenação ordenada, não se afigurando harmonizadas sob a égide de qualquer princípio único, tampouco podendo ser imaginadas como capazes de abarcar as sempre novas situações da convivência social a partir das quais são constituídos os casos jurídicos. A cada adjudicação, diferentes séries de disposições poderão ser articuladas do modo que parecer conveniente aos procuradores dos interesses em disputa. Assessores e julgadores cuidarão de articulá-las de maneira mais ou menos coerentes com as decisões que intentam tomar, não sendo raro que falem disposições legais, sumulares ou mesmo decisões passadas reputáveis pertinentes às formulações dadas aos casos por aqueles que provocam a jurisdição. Nessas hipóteses, não faltarão, contudo, as já institucionalizadas varas para saltos hermenêuticos representadas por uns quantos princípios sacados a toque de caixa das peças processuais e nas fundamentações decisórias. Inexiste escalonamento hierárquico entre as disposições jurídicas, suscetíveis de manejos diferenciados a cada concreto processo de realização do direito, que assumirá arranjos diversos nas diferentes decisões a desfechar os casos adjudicados.

A teimosia em dedicar quase exclusiva atenção às disposições jurídicas - e mesmo ao direito já manifestado em decisões judiciais passadas, que passam a figurar, também sob a forma de disposições, como variáveis aptas a integrar novos processos de

realização do direito – sob a pretensão de arquitetar sistemas e de elevar o “conhecimento jurídico” ao patamar de “ciência” específica, conduz à dissociação entre as tematizações realizadas pelos juristas e a vivência cotidiana do direito. Interessa é perceber como são manejadas as disposições jurídicas nos processos de realização do direito, ou seja, interessa atentar para o que fazem com elas os juristas (nomeadamente os profissionais das diferentes carreiras jurídicas), que dificilmente estarão preocupados com a unidade, plenitude ou coerência de um suposto sistema jurídico, ainda que venham a se valer dessa retórica do sistema para articular pleitos e alinhar fundamentações decisórias.

Aos acadêmicos de direito parece ter passado despercebido que a vivência jurídica prescinde de toda a certeza e segurança, coerência e plenitude, isto é, de toda a sistematicidade e unicidade que para ela não cessam de postular. As incertezas e dubiedades, as contradições e incompatibilidades, a caoticidade e a heterogeneidade das manifestações jurídicas jogam papela que não se pode ignorar no *continuum* jurídico, permitindo aos jurisdicionados dos mais diferenciados credos e interesses que se levanten e lutem por um (vivenciável como) mesmo direito (que, paradoxalmente, sequer se afigura como idêntico a si mesmo, constituindo-se em permanente mudança).⁴²⁰

A vivência jurídica comporta a contingência, revelando o direito em incessante devir. A rotina de câmbios e surpresas não impede o direito de “funcionar”. Continuam os jurisdicionados a ele se submetendo e se sentindo a ele vinculados, restando ainda

⁴²⁰ Irretocáveis, nesse particular, as palavras de Minor Salas, que bem valem a extensa transcrição: “hay que tener en cuenta que las contradicciones lógicas, las ambigüedades, la falta de rigor y hasta los absurdos *garantizan* que las distintas personas o grupos de ellas encuentren en las normas y categorías jurídicas una respuesta (muy vaga y por ello efectiva) a sus variadas pretensiones. Es decir, las inconsistencias de diverso orden presentes en los instrumentos jurídicos y su aplicación burocrática, posibilitan que cada cual vea sus expectativas real o potencialmente satisfechas. Es cierto: las contradicciones son, en la mayoría de los saberes humanos, defectos a combatir, fallas de la respectiva ciencia, vicios epistemológicos que deben ser superados mediante la consistencia y la sistematicidad. Esta es la premisa de todo el aparato conceptual que hasta este momento se expuso en el artículo. Una contradicción en una disciplina como la matemática o la lógica implica que la teoría en cuestión tiene que ser abandonada o corregida. Pero, –y este es un *pero* muy importante– en el derecho las contradicciones son *funcionales* y de una transcendencia singular. Una misma noción tiene que posibilitar la respuesta tanto a los que mantienen unos ciertos puntos de vista como a sus adversarios. De esta posibilidad depende, en buena parte, la estabilidad social. Si las distintas personas no vieran en las normas la probabilidad (aunque sea hipotética) de ver satisfechas, llegado el caso, sus demandas, entonces la legitimidad de la norma, o instrumento jurídico en general, colapsaría y con ello la existencia del ordenamiento jurídico respectivo. De allí se desprende una conclusión contundente: el absurdo y la falta de rigor tienen una enorme importancia social en el campo jurídico y no se ve, por lo tanto, que haya posibilidades reales de acabar con ellos, sea mediante la racionalidad, la razonabilidad o cualquiera otra categoría que en un futuro surja a la vida”.

por se desevidar o mistério do respeito às decisões de terceiros investidos do afazer de julgar.

Invés de dispendir energia na confecção de herméticos sistemas conceituais, contribuiriam mais os juristas para a compreensão do direito ao assumir-lhe a devenida (não estaticidade/dinamicidade), tomando-o não como espécie de normatividade, mas como vivência humana constituída em torno da inevitabilidade de decisões a desfechar os casos adjudicados, por isso mesmo marcada por variabilidade e mutabilidades que a colocam para além do alcance das tentativas de sistematização. O direito se afigura tão cambiante quanto são diversos os agentes que o vivenciam, protagonizando os ininterruptos processos de realização jurídica. *Não mais estática, não mais normatividade e não mais sistema* pretendem oferecer *idéias a ter em conta* para pensá-lo e tematizá-lo em assonância com os modos pelos quais é concretamente vivenciado.

Diante do quadro de instalação do *wishful thinking* sistemático nas faculdades de direito, impõe-se mais é vivenciá-lo.

5.5 A elegante esperança ante o livro de areia: designada ciência dos juristas e vivência do direito

O sistema jurídico não é senão uma espécie de *Dogville*⁴²¹ projetada pelos juristas, que colocam limites teóricos sobre a vivência jurídica que não apenas inexistem como sequer são visíveis e ao fluxo vivente do direito passam despercebidos: são por ele carregados como numa tormenta. Somente os teóricos abstratos, em seus empreendimentos narciso-acadêmicos, podem insistir em continuar se balizando por tais limites: enclausurando a si mesmos em jaulas não sensíveis, como naquela cidade dos cães, em que se insistia em ver muralhas onde não havia senão pó de giz por sobre o chão.

Embora já se tenha constatado que “a vida do direito tem sido experiência e não lógica” a ocupação de muitos acadêmicos e ministrantes de aula em direito tem se revelado como tentativa de ciência e não como vivência jurídica.⁴²²

⁴²¹ Referência ao filme do diretor Lars von Trier, de 2003, protagonizado por Nicole Kidman: **Dogville**.

⁴²² “The life of the law has not been logic; it has been experience”. HOLMES, Oliver Wendell. 1881. The Common Law. Reprinted in **The Collected Works of Justice Holmes: Complete Public Writings and elected Judicial Opinions of Oliver Wendell Holmes**. Ed. S. M. Novick, Chicago, IL: University of Chicago Press, 1995, 109–324., p. 115.

Discutir a possibilidade ou não de uma ciência do direito resta, aqui, fora de propósito. Ainda que haja possibilidades de amplo acesso à informação mediante leitura de obras dedicadas à filosofia da ciência, correr-se-ia risco cujo preço não se deseja pagar. Discutindo ciência livrescamente pode-se incorrer na mesma atitude que se vem denunciando com relação ao direito. Da mesma forma que muitos professores e acadêmicos tematizam o direito sem tomar-lhe a vivência por substrato, não se esforçando por vivenciar problemas identificáveis em situações e casos jurídicos, poder-se-ia descambar na apresentação de noção de ciência que apenas subsiste nas abordagens dos catedráticos das respectivas filosofias (da física, matemática, biologia e assim por diante), mas que não encontram correspondência alguma com o que efetivamente praticado pelos cientistas.⁴²³

No percurso até aqui percorrido antes se procurou dismantlar o que tem sido feito sob o rótulo de ciência jurídica, no confronto de suas assunções (dogmas) básicos com a vivência do direito. Espera ter sido evidenciada a vanidade das pretensões de uma designada ciência jurídica sem direito e de cientificidade duvidosa, na medida em que amparada em singular método bibliográfico (*blablablation*) e apartada de esforços no sentido de observação e interpretação da vivência do direito.⁴²⁴ Seguirão se iludindo os juristas a pensar que suas laboriosas sistematizações encontram respaldo nas práticas reais do direito, delas resultando maior ordenação das disposições jurídicas, material quase exclusivo do qual parecem se ocupar. Por outro lado, prosseguirão enganando os estudantes, nos cursos de graduação, ao sugerir correspondência inexistente entre os discursos de sistematização e interpretação de um suposto direito válido e o direito efetivamente vivenciado por jurisdicionados, julgadores e demais profissionais das carreiras jurídicas.

⁴²³ A esse respeito, valem os alertas de FEYERABEND, Paul. *Philosophy of Science: a subject with a great past*. In: STUEWER, Roger. **Historical and Philosophical Perspectives of Science**. **Minnesota Studies in Philosophy of Science**. V. 5. Mienápolis: University of Minnesota Press, 1970. Ademais, cumpre lembrar que mesmo Karl Popper, que se propôs a pensar a falseabilidade como critério de demarcação da atividade científica, titubeou: “Minhas dúvida aumentam quando me dou conta de que será sempre questão de decisão ou de convenção saber o que deve ser denominado ‘ciência’ e quem deve ser chamado ‘cientista’.” POPPER, Karl. **A lógica da pesquisa científica**. São Paulo: Cultrix, 2007, pp. 54-55.

⁴²⁴ “En cuanto al método, parece que el que utilizan los juristas, a diferencia de todo el resto de la fauna autoconsiderada científica o académica, se denomina “bibliográfico”, y consiste en obtener textos legales o sentencias, revisar bibliotecas y recoger opiniones de autores que ya escribieron sobre el tema elegido”. HABA, Enrique Pedro. **Métodos para la investigación jurídica: un cuentito más!** [arquivo eletrônico], p. 128.

No primeiro dos três volumes dedicados ao estudo das noções de sistema e estrutura no direito, na edição brasileira, Mario Losano se vale de conto de Jorge Luis Borges para apresentar as recorrentes tentativas de sistematização do direito e mesmo de identificar estruturas na realidade jurídica como configuradoras da *elegante esperança* dos juristas. Parece, contudo, que mais se pode aprender com *outro* Borges. Há de se tematizar o direito como vivência, percebendo-o em constante estruturação. Afigurando-se sempre em devir, o direito, tal qual vivenciado pelos homens, tende a frustrar aquela esperança de ordenação dos sistematizadores, assimilando-se antes a *livro de areia*⁴²⁵: (des)fecha-se um caso em determinada decisão judicial e quando volta-se a acorrer a juízo noutro caso adiante, o direito, agora em realização, não se confundirá com o direito anteriormente realizado, o que significa dizer que a vivência jurídica convive com os ineditismos e mesmo que repele os impulsos sistematizantes.

Toda a *tchené* ou a *ciência* com as quais Prometeu teria brindado a humanidade não são suficientes para oferecer guias aos homens na vivência jurídica. Em direito, não se controlam os resultados. Não se sabe, de antemão, quais variáveis serão tornadas relevantes para o desfecho dos casos trazidos a juízo. A despeito de sofisticadas elaborações acadêmicas, segue sendo vivenciado por jurisdicionados, julgadores e demais profissionais das carreiras jurídicas, arranjando-se e desarranjando-se, marcado pela contingência, variabilidade e mutabilidade de suas manifestações.

Homens são julgados. Muitas vezes condenados e sujeitados ao cumprimento de penas. Alguns inocentes são feitos culpados.⁴²⁶ Diante das angústias e incertezas da vivência jurídica, mostram-se irrelevantes as sistematizações de disposições jurídicas realizadas no interior de pretensa ciência jurídica. Sobre isso, elas pouco tem a dizer. Não se ocupam da vivência. Não se voltam para ela.

Os juristas não se valem de um específico saber jurídico reputável como científico ou técnico ao vivenciar situações e casos de direito. Movimentam-se

⁴²⁵ Pode-se acorrer, aqui, à edição brasileira: BORGES, Jorge Luis. **O livro de areia**. São Paulo: Editora Globo, 2001.

⁴²⁶ “Não é por nada que a secular experiência do povo ensina que para a miséria e a prisão há sempre tempo e ocasião. E um erro judicial, do modo como é administrada a justiça hoje, é bastante possível e nada excepcional. As pessoas que por razões oficiais e profissionais têm relação com o sofrimento alheio – os juízes, os policiais, os médicos, por exemplo – com o passar do tempo, devido ao hábito, acabam se endurecendo a tal ponto que assumem diante de seus clientes uma atitude meramente formal. Nesse sentido não se diferenciam do mujique que mata bezerras e carneiros no quintal e nem repara no sangue. E dessa atitude formal e impiedosa para com as pessoas até o privar um inocente de todos os seus direitos e propriedades e condená-lo aos trabalhos forçados, o juiz precisa apenas de uma coisa: tempo”. TCHEKOV, Anton. **Enfermaria n. 6**, Traduzido por Aurora Fornoni Bernardini, São Paulo: Grandes Veredas, 2005, p. 15.

buscando por soluções, uns tentando provocá-las a seu favor, outros sendo incumbidos de tomá-las e de oferecer-lhes fundamentação, sujeitando-se a elas os jurisdicionados, mediante conformação de vínculo jurídico nas diferentes decisões.

Não se irá pinçar a solução de controvérsia judicial em livro algum. Os grandes nomes da literatura jurídica poderão oferecer sacadas, bem como municiar os profissionais de direito com determinada linguagem, porém não poderão cuidar de guarnece-los com repertórios de estratégias utilizáveis de modo exitoso a cada caso. Não há algo como uma *what to do list of legal problems*, isto é, uma lista contendo indicações sobre como agir diante de cada desafio jurídico. O recurso de verificar as respostas corretas no final do livro não é aplicável ao direito, assim como não é à vida, de modo geral.⁴²⁷

Não se pode aprender a lidar com o direito senão vivenciando-o e compartilhando experiências, no que são prescindíveis arquiteturas sistêmicas e parafernalias conceituais. Requer-se dos juristas a coragem de Prometeu. Hão de se desafiar, lançando-se à vivência. Para tanto, devem restar atentos. Olhos e ouvidos abertos para finalmente olhar e enxergar, ouvir e escutar. Toda a técnica e cientificidade se revelam inertes ante as imprevisibilidades dos julgamentos jurídicos, em face das quais mesmo Prometeu se vê de mãos atadas. Acorrentado pelo direito.

Resta aos estudos jurídicos desatar as autoimpostas amarras conceituais da vazia cientificidade que vêm insistindo em tentar realizar, para fazer aparecer a vivência jurídica em sua nudez lógica, pois, em que pesem todos os sistemas, existe apenas realidade empírica, desenvolvendo-se historicamente.

Não falta “ciência”. O que se carece é de *mais vivência*.

⁴²⁷ “The recourse of looking up the answers in the back of the book is not readily applicable to law, as it is not to life”. TUR, Richard. Jurisprudence and Practice. **Society of public teachers of law**. N. 14, 1976-1979, pp. 38-46, p. 40.

VII. MAIS VIVÊNCIA JURÍDICA

*After I left all my
words, like clothes,
on the shores of the ever changing sea,
naked I enter You.*
(Drago Štambuk, poeta croata em Heart-shaped Fish)

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AARNIO, Aulis. **Rational as Reasonable**. Dordrecht, 1986
- ABRAMOVICH, Victor. El complejo de Reck Hudson. **No Hay Derecho**, s. ed., Buenos Aires, Nº 4, 1991, pp. 10 e ss.
- ACHERMANN, Franz. **Das Verhältnis von Sein und Sollen als Grundproblem des Rechts**. Keller, Winthertur, 1955
- AFTALIÓ, Enrique R.; VILANOVA, José e RAFFO, Julio. **Introducción al derecho**. 3 ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1988
- AFTALION, Enrique. **Crítica del saber de los juristas**. La Plata, 1951
- AGRIPPA von NETTESHEIM, Henry Cornellius. **De incertitudine et vanitate scientiarum**, 1527. Citado da tradução francesa **Déclamation svr la incertitvde, vanité e abvs des sciences**, 1582
- ALCHOURRÓN, Carlos e BULYGIN, Eugenio. **Introducción a la metodología de las ciencias sociales**. 5 edição. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2006
- AMADO, García. Sobre los modos de conocer el derecho. O de como contruir el objeto jurídico. **Droit et société**. N. 20-21, 1992
- AMICHAÏ, Yehuda. On Rabbi Kook's Street. In: **YEHUDA AMICHAÏ – poems**. Poemhunter.com, 2004
- AMSTERDAM, Anthony. Clinical legal education. A 21st Century Perspective. **Journal of Legal Education**, n. 34, 1984, pp. 612-618, p. 615.
- ASCARELLI, Tulio. Antigone e Porzia. **Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto**. Anno XXXII, Fasc. VI, Giuffrè, Milano, 1956
- ATIAS, Christina. Judges, Jurists and Legal Knowledge. **Archiv für Rechts und Sozialphilosophie**. vol. 74, nº3, 1988, pp. 368-393
- BENVENISTE, Émile. **O Vocabulário das Instituições Indo-européias**. II: Poder, Direito e Religião. Tradução de Denise Bottman e Eleonora Bottman. São Paulo: Editora da Unicamp, 1995
- BOEHMER, Gustav. **El derecho a través la jurisprudencia**. Su aplicación y creación. Tradução de José Puig Brutau. Barcelona: Editorial Bosch, 1959
- BRECHT, Arnold. The Myth of *is* and *ought*. **Harvard Law Review**
- BRUSIIN, Otto. **El pensamiento jurídico**. Tradução de José Puig Brutau. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1959
- BULIGYN, Eugenio e ALCHOURRÓN, Carlos. **Introducción a la metodología de las ciências sociales**. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2006
- BÜLOW, Oskar von. Dispositives Civilprozesrecht und verbindliche Kraft der Rechtsordnung. **Archiv für civilistische Praxi**. N. 64, 1881
- BÜLOW, Oskar von. “Die Rechtskraft ist stärker als die Gesetzeskraft”. **Gesetz und Richteramt**. Leipzig: Verlag von Duncker & Humblot, 1885
- BÜLOW, Oskar von. **Gesetz und Richteramt**. Leipzig: Verlag von Duncker & Humblot, 1885
- BÜLOW, Oskar von. **Heitere um ernste Betrachtungen über die Rechtswissenschaft**. Leipzig, 1901
- BÜLOW, Oskar von. **Heitere um ernste Betrachtungen über die Rechtswissenschaft**. Leipzig, 1901
- BÜLOW, Oskar von. Klage und Urteil. Zeitschrift für den deutschen Zivilprozeß, Band. XXXI, 1903.
- CANETTI, Elias. *Auto-de-fé*. Tradução de Herbert Caro. São Paulo: Cosac Nayif, 2004
- ČAPEK, Karel. Prométheův trest. **Knihapokryfů**, 1932

CAPELLA, Juan Ramón. **Elementos de análisis jurídico**. 4 ed. Madrid: Editorial Trotta, 2006

CAPOGRASSI. Il quid ius e il quid juris in uma recente sentenza. **Rivista de Diritto Processuale**, 1948

CARNELUTTI, Francesco. *Diritto e processo*. Napoli: Morano, 1958

CARRIÓ, Genaro. **Notas sobre derecho y lenguaje**. 4 ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1994

CASTANHEIRA NEVES, Antonio. **O actual problema metodológico da interpretação jurídica**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003

CHALMERS, Alan. **A Fabricação da Ciência**. Tradução de Beatriz Sidou. São Paulo: Unesp, 1994

CHOKSY, Jamsheed. To Cut off, Purify and make hole: hitoriographical and ecclesiastical conceptions of space. **Journal of the American Oriental Society**, Vol. 123, No. 1, Jan. - Mar., 2003

CICALA, F. B. **Corso de filosofia del diritto**. (fotocópia sem data)

BOVET, P. **Jean Amos Comenius: un patriote cosmopolite**, Geneva, 1943

CORBIN, Henry. **Mundus imaginabilis or the imaginary and the imaginal**

COSSIO, Carlos. **El derecho en el derecho judicial**. Buenos Aires: Librería El Foro, 2002

COSSIO, Carlos. **El derecho en el derecho judicial**. Buenos Aires: Librería El Foro, 2002

COSSIO, Carlos. Teoria egologica y teoria pura. **Mundo Hispánico**

COSTA, Joaquin. **La vida del derecho**. Madrid, 1876

COULANGES, Fustel de. **La cité antique**. Biblio Bazaar, 2008

COUTURE, Eduardo. **Fundamentos del derecho procesal Civil**. 4 ed. Buenos Aires: Euros Editores, 2007

CRUZ, Sebastião. **Direito Romano**. I. Coimbra, 1984

D'ORS, Álvaro. Principios para una Teoria Realista del Derecho. **Anuário de Filosofia del Derecho**. 1, 1953

DABIN, Jean. **Teoria Geral do Direito**. Tradução de Cláudia J. A. Rodrigues. São Paulo: Editora Ícone, 2010

DABIN, Jean. **Teoria Geral do Direito**. Tradução de Cláudia J. A. Rodrigues. São Paulo: Editora Ícone, 2010

DALHMAN, Christian. Fused Modality of Confused Modality. **Ratio Juris**, vol. 17

DIEZ-PICAZO, Luis. **Experiencias jurídicas y teoria del derecho**. 3 ed. Barcelona: Ariel, 1999

DUALDE, Joaquin. **Revolución en la lógica del derecho**. Concepto de la interpretación del derecho privado. Barcelona: Imprenta Clarasó, 1933

DÜRINGER, Adelbert. **Richter und Rechtsprechung**. 1909

EHRENBERG, Victor. **Die Rechtsidee im früheb Griechentum**, Untersuchungen zur Geschichte der werdenden Polis. Leipzig: Verlag von S. Hirzel, 1921

EHRLICH, Eugen. **Die juristische Logik**. Scientia Verlag, 1966 (reimpressão da 2 edição de 1925)

EHRLICH, Eugen. Judicial Freedom of Decision: Its Principles and Objects. Tradução de Ernest Bruncken. In: **Science of Legal Method**, 1925

EHRLICH, Stanislaw. Law as decision and process

ENG, Svein. Fused Modality. An Integral Part of Lawyers Form of Life. **Ratio Juris**. Vol. 18. No 4. December 2005

ENG, Svein. Fusion of Descriptive and Normative propositions. The Concepts of 'Descriptive Proposition' and 'Normative Proposition' as Concepts of Degree. **Ratio Juris**. Vol. 13, September 2000

ENGISCH, Karl. **Vom Weltbild des Juristen**. Heidelberg, 1960.

ENGLIS, Karel. Die Norm ist kein Urteil. **Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie**. Tomo 3, 1964

EUCKEN, Rudolph. Life and Knowledge. **The Philosophical Review**. Vol. 22, n. 1, Jan. 1913

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Concepção de Sistema Jurídico no Pensamento de Emil Lask**. Disponível em: <http://www.terciosampaioferrazjr.com.br/?q=/publicacoes-cientificas/117>

FISS, Owen. Objectivity and interpretation. **Stanford Law Review**, n. 34, 1981-1982

FORSTER, Malcolm. Prediction. In: PSILLOS, Stahin e CURD, Martin. **The Routledge Companion to Philosophy of Science**. London: Routledge, 2008

FRANK, Jerome. Are Judges Human? In: **University of Pennsylvania Law Review**. N. 80, 1931-1932

FRANK, Jerome. Judicial fact-finding and Psychology. **Ohio state law journal**. n. 14, 1953

FRANK, Jerome. **Law and Modern Mind**. New Jersey, 2009.

FRANK, Jerome. Legal thinking in three dimensions. **Syracuse Law Review**. 1949-1950

FRANK, Jerome. What Courts do in Fact? Part one. **Illinois Law Review**. N. 26, 1931-1932

FRANK, Jerome. What do courts do in fact? Part two. **Illinois Law Review**, N. 26, 1931-1932

FREZZA, Paolo. Lex e Nomos. **Bulletino dell'istituto di diritto romano**. Terza serie, vol. X. Dell'intera collezione vol. LXXI, 1968

Friedrich Carl von. **System des heutigen römischen Rechts**. Band 1, Berlin, 1840

FUCHS, Ernst. **Was will die Freirechtsschule?** Rudolfstadt, Greifenverlag, 1929

GADAMER, Hans Georg. **Verdade e Método**. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Petrópolis: Vozes, 1997

GARCIA-GALLO, Alfonso. Ius y Derecho. **Anuario de Historia del Derecho Español**. T. XXX. Madrid, 1960

GERNET, Louis. **Droit et société dans la grèce ancienne**. Paris: Recueil Sirey, 1955

GIOFFREDI, Carlo. **Contributi allo studio del processo civile romano**; note critiche e spunti ricostruttivi. Milano: Giuffrè, 1947

GIOJA, Ambrosio. Reflexiones sobre el aprender. **Estudios en homenaje al Profesor Luis Jiménez de Asúa**. Buenos Aires: Ed. Pannedille, 1970

GOETHE, Johan Wolfgang Von. Dichtung und Wahrheit. Aus meinen Leben. **Goethes Werke**. Hamburger Ausgabe in 14 Bänden. Band 9, Hamburg, 1948

GOETHE, Johann Wolfgang von. **Fausto Zero**. São Paulo: Cosac & Naif, 2001

GOLDSCHMIDT, James. **Principios generales del proceso**. Vol. 1. México: Editorial Jurídica Universitaria, 2001

GORDILLO, Agustín e NIETO, Alejandro. **Las limitaciones del conocimiento jurídico**. Madrid: Editorial Trotta, 2003

GRAY, John Chipman. **The Nature and Sources of Law**. 1909

HABA, Enrique Pedro. **Metodologia jurídica irreverente**. Elementos de profilaxis para encarar los discursos jurídicos terrenales. Madrid: Dykinson, 2006

HABA, Enrique Pedro. Uma discusión: quiénes son los <<irracionalistas>> en la teoría del derecho? (Por qué algunos no confiamos en que sean tan <<racionales>>, ni <<razonables>>, los enfoques hoy dominantes en esa Teoría). **Doxa**, n. 19, 1996

HAESAERT, J. **Théorie générale du droit**, Bruylant, 1948

HÄGERSTROM, Axel. **Inquiries into the nature of law and morals**. Uppsala: Almqvist, 1953

HANSON, Jon e CHEN, Ronald. Categorically biased: The influence of knowledge structures on Law and Legal Theory. **Southern California Review**. V. 77, pp. 1103-1254

HECK, Philipp. **Das Problem der Rechtsgewinnung**. Tübingen, 1912

HEGEL, Friedrich. **Phänomenologie des Geistes**. Stuttgart: Reclam, 1987

HEIDEGGER, Martin. **Introdução à filosofia**. Tradução de Marco Antonio Casa Nova. São Paulo: Martins Fontes, 2008

HEIDEGGER, Martin. **La proveniência del art y la determinación del pensar**. Conferência proferida em Athenas, no ano de 1967

HIGGS, Peter. Broken Symmetries and the Masses of Gauge Bosons. **Physics Review Letters**. V. 13, N. 16, 1964

HIGGS, Peter. Spontaneous Symmetry Breakdown without Massless Bosons. **Physical Review**. N. 145, 1966

HIRZEL, Rudolf. **Themis, Diké und Verwandtes**, Ein Beitrag zur Geschichte der Rechtsidee bei den Griechen. Hildesheim: Georg Olms Verlagsbuchhandlung, 1966

HOLD VON FORNECK. **Die Rechtswidrigkeit**. Jena, 1903.

HOLLANDER, Pavel. From the principle of subsidiarity to Joseph Hadyn. [arquivo eletrônico]

HOLMES, Oliver Wendel. The path of the Law. **Harvard Law Review**, n. 10, 1897, pp. 457

HOLMES, Oliver Wendel. George Otis Shattuck. Answer to resolutions of the Bar. Boston, May, 29, 1897. In: HOLMES, Oliver Wendel. **Speeches**. New Jersey: The Lawbook Exchange, 2006

HOLMES, Oliver Wendell. *Education for Competent Lawyering-Case Method in a Functional Context*, **Columbia Law Review**, 1976

HOLMES, Oliver Wendell. 1881. The Common Law. Reprinted in **The Collected Works of Justice Holmes: Complete Public Writings and elected Judicial Opinions of Oliver Wendell Holmes**. Ed. S. M. Novick, Chicago, IL: University of Chicago Press, 1995, 109–324.

HUSSERL, Edmund. **La filosofia, ciência rigurosa**. Ediciones Encuentro, 2009

HUSSERL, Gustav. **Recht und Welt**. Frankfurt am Main, 1964

IGLESIAS VILA, Marisa. **El problema de la discricionalidad judicial**. 1999

JABBARI, David. Reason, Cause and Principle in Law: the normativity of context. **Oxford Journal of Legal Studies**. V. 19, 1999

JHERING, Rudolf von. **L'esprit du droit romain**. Dans diverses phases de son développement. T. III, Paris: Librairie Maresçi Ainé [s.d]

JHERING, Rudolf von. **Scherz und Ernst in der Jurisprudenz**. Leipzig, 1884

KALLAB, J. **O novějších směrech v metodologii právní praxe**. Brno: Barvič a Novotný, 1921

KALLAB, Jaroslav. L'oggetto della scienza giuridica. **Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto**. Ano II, 1922

KALLAB, Jaroslav. **Rechtswissenschaft und Wissenschaft vom Recht. Anmerkung zu Weyrs Erkenntnistheorie**. In: WEINBERGER, Otta und KUBES, Vladimir. **Die Brünner rechtstheoretische Schule**. Wien, 1980

- KALLAB, Jaroslav. **Úvod ve studium metod právnických**. Vol. I. V Brně: Barvič & Novotný, 1920
- KANT, Immanuel. *Crítica da razão pura*. 5 ed. Lisboa: Calouste Gulbekian, 2001
- KANTOROWICZ, Hermann. La lucha por la ciencia del derecho (1906). In: **La ciencia del derecho**, 1949
- KELSEN, Hans. Dios y Estado. In: CORREAS, Oscar. **El otro Kelsen**. UNAM, 1989
- KELSEN, Hans. **Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelte aus der Lehre vom Rechtssatze**. Tübingen: J. C. B. Mohr, 1911
- KELSEN, Hans. Recht, Rechtswissenschaft und Logik. **Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie**, 1966
- KELSEN, Hans. **Rechtswissenschaft und Recht**. Erledigung eines Versuchs zur Überwindung der Rechtsdogmatik. Wien und Leipzig: Franz Deuticke, 1922
- KELSEN, Hans. **Reine Rechtslehre**. 2 ed. Wien: Verlag Österreich, 2000
- KELSEN, Hans. **Society and Nature**. A sociological inquiry. Chicago University Press, 1943
- KELSEN, Hans. Teoría General del Estado**. Tradução de Luiz Legaz y Lacambra. México: Ediciones Coyoacán, 2005
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Martins Fontes: São Paulo
- KIERULFF, Johann Friedrich Martin. *Theorie des Gemeinen Civilrechts*. Band 1. Altona, 1839
- KIRCHMANN, Julius Herman. **Die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft**. Heidelberg: Manutius Verlag, 1988
- KIRSTE, Stephan. **Die Zeitlichkeit des positiven Rechts und die Geschichtlichkeit des Rechtsbewusstseins**: Momente der Ideengeschichte und Grundzüge einer systematischen Begründung. Duncker & Humboldt, 1998.
- KLETZER, Cristoph. **The mutual inclusion of law and its science – Reflections on Hans Kelsen Positivism**. Dissertação de Mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Cambridge. Londres, 2004
- KNAPP, Viktor. Auslegung im Recht. **Archivs für Rechts- und Sozialphilosophie**
- KORNFELD, Ignatz. **Allgemeine Rechtslehre und Jurisprudenz**, 1920
- KORNFELD, Ignatz. **Soziale Machtverhältnisse**. Grundzüge einer allgemeinen Lehre vom positive Rechte auf soziologischer Grundlage. 1911
- KORSGAARD, Christine. **The Sources of Normativity**. Tanner Lectures on Human Values, 1992
- KULCSÁR, Kulmán. A szituáció jelentősége a jogalkalmazás folyamataiban [O significado da situação no processo de aplicação do direito]. **Allam- és Jogtudomány**. N XI, 1968
- KUNDERA, Milan. **A arte do romance**. Tradução de Teresa Bulhões de Carvalho Fonseca. Cia das Letras, 1986
- LADIJENSKY, A. M. La dynamique et la statique dans le droit. **Revue internationale de la théorie du droit**. N. I, 1927-1928, 110-137.
- LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 6 ed. Tradução de José Lamago. Lisboa: Calouste Gulbekian, 1991
- LAROCHE, Emmanuel. **Histoire de la racine NEM- en grec ancien**. Paris: Librairie KLINCKSIECK, 1949
- LASK, Emil. Rechtsphilosophie. In: **Fichtes Idealismus und die Geschichte. Kleine Schriften**. Jena. Schlegmann, 2002
- LAUTMANN, Rüdiger. **Sociología y jurisprudência**. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. 2 ed. 3 reimp. Buenos Aires: Editorial SUR, 2004
- LAUTMANN, Rudolph. **Justiz – Die Stille Gewalt**. Frankfurt, 1972

LEGROS, Robert. *Considerations sur le lacunes et l'interpretation em droit pénal*. IN: PERELMAN, Chaim. **Le problème des lacunes en droit**. Bruxelas: Établissements Emile Bruylant, 1968

LIPPOLD, Rainer. **Recht und Unordnung. Statik und Dynamik der Rechtsordnung**. Wien, 2000

LLEWELLYN, Karl. A realistic jurisprudence. The next step. **Columbia Law Review**. Vol. 30, n. 4, 1930-1931

LLEWELLYN, Karl. Constitution as institution. **Columbia Law Review**. Vol. XXXIV, Janeiro, 1934

LLEWELLYN, Karl. Some realism about rationalism. Responding to Dean Pound. **Harvard Law Review**, 44, 1930-1931

LOMBARDI, Luigi. **Saggio sul diritto giurisprudenziale**. Milano: Giuffrè Editore, 1975

LORD RADCLIFFE. Not in Feather Beds. **Some Collected Papers**. Hamilton, 1968

LOSANO, Mario. **Sistema e estrutura no direito**. V. 2. O século XX. São Paulo: Martins Fontes, 2010

LOSANO, Mario. **Sistema e estrutura no direito**. V. 2. O século XX. São Paulo: Martins Fontes, 2010

LUNDSTEDT, Anders Vilhelm. **Die Unwissenschaftlichkeit der Rechtswissenschaft**. Erster Band. Die falschen Vorstellungen von objektiven Recht und subjektiven Rechten. Berlin: Dr. Walther Rothschild, 1932

LUNDSTEDT, Vilhelm. **Legal Thinking Revised**. Stockholm: Almqvist & Wiksell, 1956

MAGGIORE, Giuseppe. L'Equità e il suo valore nel Diritto. **Rivista Italiana di Filosofia del Diritto**. V. III, 1929

MAN, Paul de. Resistance to theory. **Yale French Studies**, n. 63, 1982

MANN, Michael. **The sources of social power**. V. 1. Cambridge University Press, 1986

MAYNEZ, Eduardo Garcia. **Filosofia del derecho**. México: Editorial Porrúa, 2005

MERKL, Adolf Julius. Die Verordnungsgewalt im Kriege (1915). **Gesammelte Schriften**. Organizado por MAYER-MALY/ SCHAMBECK e GRUSSMANN. Vol II/1, 1999

MERKL, Adolf. Das Problem der Rechtskontinuität und die Forderung des einheitlichen rechtlichen Weltbildes. In: Kelsen, Hans. MERKL, Adolf. VERDROSS, Alfredo. **Die Wiener Rechtstheoretische Schule**. Wien: Europa Verlag, 1968

MERKL, Adolf. **Die Lehre von der Rechtskraft entwickelt aus dem Rechtsbegriff**, 1923

MITHEN, Steve. **A pré-história da mente. Uma busca das origens da arte, da religião e da ciência**. Tradução de Laura Cordelini Barbosa de Oliveira. São Paulo: Unesp, 2002

MOMMSEN, Theodor. **Histoire du Droit Romain**. V. 1. Traduzido por C. A. Alexandre. Paris: Librairie A. Franck, 1863

MURGA GENER, José Luis. **Derecho Romano Clasico II: El proceso**. Zaragoza: Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Zaragoza, 1980

NABUCO, Joaquim. **Minha Formação**. Belo Horizonte: Itatiaia, 2004

NIETO, Alejandro e GORDILLO, Agustín. **Las limitaciones del conocimiento jurídico**. Madrid: Editorial Trotta, 2003

NIETO, Alejandro. **Crítica de la razón jurídica**. Madrid: Editorial Trotta, 2007

NIETO, Alejandro. **El arbitrio judicial**. 2 ed. Barcelona: Ariel, 2007

NIETO, Alejandro. Sobre las distintas formas de entender y de utilizar el Derecho. NIETO, Alejandro. FERNANDES, Tomás-Ramón. **El derecho y el revés**. Barcelona: Ariel, 1998

NIETO, Alejandro. Sobre los abogados intentado explicar las aparentes contradicciones de su oficio. In: NIETO, Alejandro e FERNANDEZ, Tomás-Ramón. **El derecho y el revés**. Diálogo espistolar sobre leyes, abogados y jueces. Barcelona: Ariel, 1998

NIETO, Alejandro. Sobre los jueces y sobre la posibilidad de varias sentencias contradictorias jurídicamente correctas. NIETO, Alejandro e FERNANDEZ, Tomás-Ramón. **El derecho y el revés**. Barcelona: Ariel, 1998

OST, François. Pour une théorie ludique du droit. **Droit et société**. N. 20/21, 1992

PAVCNIK, Marijan. Argumentierte Rechtsentscheidung statt Ideologia der 'Rechtsanwendung'. **Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie**

PECKZENIK, Alexandre. **A treatise on legal philosophy and general philosophy**. Scientia Juris. Legal Doctrine as Knowledge of Law and as a Source of Law. Springer, 2005

PECZENIK, Aleksander e Wroblewski, Jerzy. Fuzziness and transformation: Towards explaining legal reasoning. **Theoria**. Vol 51, 1984, pp. 24-44

PECZENIK, Alexander. Non-equivalent Transformations and the Law. In: **Reasoning on Legal Reasoning** ed. Aleksander Peczenik & Jyrki Uusitalo (Vammala: Vammalan Kirjapaino Oy 1979), pp. 47–64

PECZENIK, Alexandre. Jumps and Logic in the Law. **Artificial intelligence and the Law**, v. 4, 1996

PERELMAN, Chaim. **Logique juridique – nouvelle retorique**. Paris: Dalloz, 1976

PITAMIC, Leonidas. Some aspects of the problem of interpretation. **American Bar Association Journal**, n. 19, 1933

POINCARÉ, Henri. **La valeur de la science**. 1905

POPPER, Karl. **A lógica da pesquisa científica**. Tradução de Leonidas Hegenberg e Octanny Silveira da Mota. São Paulo: Cultrix, 2007

POSNER, Richard. **The problems of jurisprudence**. Harvard University Press, 1990

POST, Albert Herman. **Der Ursprung des Rechts**

POUND, Roscoe. Law in the books and law in action. **American Law Review**. N. 44, 1910

PRIEL, Danny. Description and Evaluation in Jurisprudence. **University of Warwick School of Law. Legal Studies Research**. Paper 01-2010

PRIEL, Danny. The Boundaries of law and the purpose of legal philosophy. **Law and Philosophy**. 27, 2008

PROCHÁZKA Adolf. Základy právního procesu v pojetí normologické theorie. **Předneseno v Právnícké jednotě v Praze dne 10. prosince 1931**. Právník, 1932

PÜTTER, Johan Stephan. **Anleitung zur juristischen Praxis, wie in Deutschland sowohl gerichtliche als außergerichtliche Rechtshändel oder andere Canzley-Reichs- und Staats-Sachen schriftlich oder mündlich verhandelt und in Archiven beygelegt werden**, 5. Aufl. Band 1, Göttingen 1789

RADBRUCH, Gustav. **Rechtsphilosophie**. 7 ed. Stuttgart, 1970

RAZ, Joseph. Incorporation by Law. **Legal Theory**. N. 10, 2004, 1, pp. 15–16

REICHEL, Hans. **Gesetz und Richterspruch: zur Orientierung über Rechtsquellen- und Rechtsanwendungslehre der Gegenwart** Zürich: Orell Füssli, 1915

RNOLD, Thurman. The role of substantive law and procedure in the legal process. **Harvard Law Review**. Vol. XLV, Fevereiro de 1932

ROSA, João Guimarães. **Grande Sertão: Veredas**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986.

ROSS, Alf. Credo. In: **Ret som teknik kunst og videnskab**. Copenhagen: Juris og økonomforbundets forlag, 1999

ROSS, Alf. **Direito e Justiça**. Tradução de Edson Bini. 2 ed. Bauru: Edipro, 2007

ROSS, Alf. **Hacia una ciencia realista del derecho**. Crítica del dualismo en el derecho. Tradução de Julio Barboza. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1961

ROSS, Alf. **Teoria de las fuentes del Derecho**. Una contribución a la teoría del derecho positivo sobre la base de investigaciones histórico-dogmáticas. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007

ROTHLEUTHNER, H. Jurisprudencia y ciencias sociales. **Anales de la Cátedra Francisco Suarez**, n. 20-21, 1980-1981

RÜTHERS, Bernd. **Die unbegrenzte Auslegung**. Zum Wandel der Privatrechtsordnung im Nationalsozialismus. Mohr Siebeck, 2005

RÜTHERS, Bernd. **Rechtstheorie**. 2 Auflage. München: Verlag C. H. Beck, 2005

RÜTHERS, Bernd. **Wir denken die Begriffe um... Weltanschauung als Auslegungsprinzip**. Zurich, 1987

SALAS, Minor. **Dimensiones epistemológicas del derecho**. El problema de su legitimidad cognitiva. 48 ff. [Texto inédito - Arquivo eletrônico gentilmente encaminhado pelo autor]

SALAS, Minor. **Es el derecho una profesión imoral?** [manuscrito gentilmente enviado pelo autor]

SALAS, Minor. Hans Albert: el derecho como tecnología social o: el asalto del racionalismo crítico al moderno platonismo de las normas” In: ALBERT, Hans. **La ciencia del derecho como ciencia real**. Editorial Fontamara, México, 2007

SALAS, Minor. VADE RETRO FORTUNA. O de la expulsión del ‘Satanás’ – el Azar – del mundo de las Ciencias Sociales (con especial énfasis en la ‘ciencia’ jurídica). **Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho**. N. 27, 2004

SAMUEL, Geoffrey. Can legal reasoning be desmistified? **Legal Studies**. The society of legal scholars. V. 29, n. 2, Jun-2009

SANDER, Fritz, **Rechtsdogmatik oder Theorie der Rechtserfahrung?**

SANDER, Fritz. **Allgemeine Gesellschaftslehre**. Jena: Gustav Fischer, 1930

SANDER, Fritz. Das faktum der Revolution und die Kontinuität der Rechtsordnung. In: SANDER, Fritz. KELSEN, Hans. **Die Rolle des Neukanstismus in der Reinen Rechtslehre**. Eine Debatte zwischen Sander und Kelsen. Scientia Verlag Aalen, 1988

SANDER, Fritz. Das Recht als Sollen und das Recht als Sein. **Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie**. Band XVII, 1923-1924

SANDER, Fritz. Das Recht. In: **Zeitschrift für öffentliches Recht**. Band XII. Wien und Berlin: Verlag von Julius Springer, 1932

SANDER, Fritz. Das Rechtserlebniss. In.: **Internationale Zeitschrift für Theorie des Rechts**. Ano I, Caderno I, 1927

SANDER, Fritz. Der Begriff der Rechtserfahrung. **Logos**, 11, 1922-1923

SANDER, Fritz. **Il método trascendentale nella filosofia del diritto e il concetto di procedura giuridica**. Tradução para o italiano de Andrea Bixio

SANDER, Fritz. **Rechtsdogmatik oder Theorie der Rechtserfahrung?** Kritische Studie zur Rechtslehre Hans Kelsen. Wien und Leipzig: Franz Deuticke, 1921

SANDER, Fritz. Sui compiti di una teoria realistica del diritto. **Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto**. Ano IV, 1924

SATTA, Salvatore. Il mistero del processo. **Rivista di diritto processuale**. 1949

SAUER, Wilhelm. Le droit vivant. **Annuaire de l’Institut Internationale de philosophie du droit et de sociologie juridique**. 1935-1936

SAVIGNY, Carl Friedrich von. **Metodología Jurídica**. Buenos Aires: Valetta Ediciones, 2004

SAVIGNY, Friedrich Carl von. **System des heutigen römischen Rechts**. Berlin, Band 1 – 1840

SCHMIDT, Carl. **Der Nomos der Erde**. Im Volkrecht des Jus Publicum Europeum. Duncker & Humboldt, Berlin

SCHMIDT, Folke. Construction of Statutes. **Scandinavian Legal Studies**, 1957, pp. 157-198

SCHREIBER, Hans Ludwig. **Gesetz und Richter**. Zur geschichtlichen Entwicklung des Satzes nullum crimen, nulla poena sine legge. Frankfurt am Main: Alfred Metzner, 1976

SCHULZ, Fritz. **Historia della Giurisprudenza Romana**. Tradução de Guglielmo Nocera. Firenze: Sansoni Editore, 1968

SEBASTIÃO CRUZ. Ius – Derecuto. **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**. v. XLIV. Coimbra: Coimbra Editora, 1968

SHYTOV, Alexander Nikolaevich. **Conscience and Love in Making Judicial Decisions**. Kluwer Academic Publishers, 2010

SICHES, Luis Recaséns. La logique matérielle du raisonnement juridique. In: **Le raisonnement juridique**, 1971

SIMMEL, Georg. **Einleitung in die Moralwissenschaft**. Eine Kritik der ethischen Grundbegriff. Berlin: 1892

SJÖGREN, Wilhelm. **Tidsskrift for Rettvitenskap**, 1916

SPENGLER, Oswald. **Untergang des Abendlandes**, II, 1918.

STAMPE. Gesetz und Richtermacht. **Deutsche Juristen Zeitung**. Berlin, N. 20, ano 10, 15 de novembro de 1905

STROMHOLM, Stig. Till definitionen av begreppet rättsregel. Sv.J.T., 1969

THAYER, J. B. **A preliminary treatise on evidence**. 1898

THOMASIIUS, Christian. **Institutiones Jurisprudentiae Divinae**. Frankfurt, 1688

TUR, Richard. Jurisprudence and Practice. **Society of public teachers of law**. N. 14, 1976-1979

ULEN, Thomas. A nobel prize in legal science: theory, empirical work, and scientific method in the study of law. **University of Illinois Law Review**. 2002

Umpires vs. Judges. **The New York Times**. 11 de julho de 2009. Disponível em: http://www.nytimes.com/2009/07/12/weekinreview/12weber.html?_r=1&hp

VARGA, Csaba. An investigation into the nature of the judicial process. In: **Theory of judicial process**. 2 ed. 2010

VARGA, Csaba. Is law a system of enactments? In: PECZENIK, Alexandre. LINDHAL, Lars e ROERMUND, Bert van. **Theory of legal science**. Dordrecht: Doc. Reidel Publishing Company, 1983, pp. 175-182

VARGA, Csaba. Law and its doctrinal study. (On legal dogmatics). **Acta jurídica hungarica**. 49, n. 3, 2009

VARGA, Csaba. **The doctrinal study of Law**. (On legal dogmatics)

VARGA, Csaba. **The place of law in Luckacs world concept**. Budapeste: Akadémiai Kiadó, 1985

VARGA, Csaba. **Theory and practice in law**. On the magical role of legal technique. **Acta Juridica Hungarica**. 47, n. 4, pp. 351-372, 2006

VARGA, Csaba. Validity. **Acta Juridica Hungarica**. V. 41, ns. 3-4, 2000

VAZ FERREIRA, Carlos Vaz. Lógica Viva (1910). In: **Obras de Carlos Vaz Ferreira**. Vol IV, 1963

VAZ FERREIRA, Carlos. **Alguns conferencias sobre temas científicos, artístico y sociales**. V. XI, 1956

- VEGA, Jesús. Praxis y normatividad como criterio de cientificidad dela 'ciencia juridica'. **Doxa**, n. 23, 2000
- VERDROSS, Alfred. **Abendländische Rechtsphilosophie**. Ihre Grundlagen und Hauptprobleme in Geschichtlicher Schau. Wien: Springer Verlag, 1958
- VERDROSS, Alfred. **Gesellschaft, Staat und Recht. Untersuchungen zur reinen Rechtslehre. Festschrift Hans Kelsen zum 50. Geburtstag gewidmet**, 1931
- VOIGT, Liselotte. **Entscheidungen gegen den klaren Wortlaut des Gesetzes**. Gottingen, 1967
- WALTER, Robert. **La estructura del orden jurídico**. Madrir: Civitas, 1986
- WESEL, Uwe. **Juristische Weltkunde**. Frankfurt: Suhrkamp
- WEYR, F. K problému tz v. automatické normotvorby. Poznámky ke spisu Ad. Procházky: Tvorba práva a jeho nalézání. **Časopis pro právní a státní vědu**, 1938
- WEYR, Frantisek. Die Rechtswissenschaft als Wissenschaft von Unterschieden. In: MÉTALL, Rudolph Aladar. **33 Beiträge zur Reinen Rechtslehre**. Wien: Europaverlag, 1974
- WEYR, Frantisek. La théorie normative. **Rocenska právnické fakulty Masarykovy university**, vol. IV, n. 3, 1925
- WEYR, Frantisek. Rechtsphilosophie und Rechtswissenschaft. In: METTAL, Rudolph Alladar von. **33 Beiträge zur Reinen Rechtslehre**. Wien: Europaverlag, 1974
- WEYR, Frantisek. Zur frage der Unabänderlichkeit von Rechtssätzen. **Juristische Blätter**, XLV, 1916
- WEYR, František. La notion de 'processus juridique' dans la théorie purde du droit. In: **Studi filosofico-giuridici dedicati a Giorgio del Vecchio**. Modena, 1931
- WOLFF, Christian. *Philosophia rationalis sive lógica, methodo scientifica pertractata et ad usum scientiarum et vitae aptata. Pramittitur discursus praeliminaris de philosophia in genere*. 3 Aufgabe. Officina Libraria Rengeriana. Frankfurt und Leipzig, 1740
- WOLFF, Christina. **Philosophia Practica Universalis. Pars Prima**. Frankfurt, 1971 (reprint da edição de 1738)
- WROBLEWSKI, Jerzy. **The judicial application of law**. Dordrecht/Boston/London: Kluwer Academic Publishers, 1992
- ZIEMBINSKI, Zygmunt. **Przepis prawny a norma prawna**, 1960, 2007
- ZNAMIEROWSKI, Czeslaw. Narady nad teoria prawa. **Czasopismo Prawnicze i Ekonomiczne**. Vol. 23, 1925
- ZNAMIEROWSKI, Czeslaw. Podstawowe projekcia teorii prawa. Cz. I: Układ prawny i norma prawna. Citado da tradução para o inglês: The basic concepts of the theory of law. Introductory remarks. In: ZIEMBISNKI, Zygmunt (ed.). **Polish contributions to the theory and philosophy of law**. Amsterdã: Rodopi, 1987

RESUMO

Os estudos jurídicos devem se orientar pela *vivência do direito* e não pelas teorias e sistematizações de uma suposta *ciência jurídica*. Direito é vivência humana e como tal deve ser tematizado. Abordar o direito requer olhar para as *práticas reais* dos *protagonistas reais* da *vivência jurídica*, na provocação e tomada de decisões. Adentrar às sessões dos tribunais e atentar aos bastidores das adjudicações. As tentativas de conformação de específica *ciência do direito*, encarregada de sistematizar e interpretar o assim-chamado *direito válido* se revelam vazias de juridicidade. Tomam como realidade conjuntos de abstrações. Direito não é *ente*, devendo ser abordado em seu constante *devir*, como *continuum*, no fluxo de processos que rumam para a o desfecho de casos trazidos a juízo, clamando por decisão tendencialmente definitiva. Não se pode insistir em abordagens estáticas do direito. Cumpre assumir o desafio de encará-lo na sua processualidade e dinamicidade, tematizando-lhe a travessia, das situações conflitivas da vida em grupo às decisões judiciais de última instância aptas a se revestir de força de coisa julgada. Carece de sentido a postulação de cisão gnoseológica entre planos de ser (*Sein*) e dever ser (*Sollen*) na abordagem do direito. Afigurando-se como vivência, não se constitui como espécie de normatividade (idealidade) situada em plano diverso do da realidade, ainda que se sujeitem os jurisdicionados à autoridade das manifestações judiciais decisórias, restando vinculados a elas. O dogma da normatividade e síndrome do normativismo devem ser afastados, fazendo perceber que inexistente algo como um direito válido a ser aplicado, anteriormente à interpretação e decisão dos julgadores. A variabilidade e mutabilidade do direito deve ser assumido, rechaçando-se perspectivas sistematizantes, quer as insistentes em afirmar a sistematicidade do direito, quer as preocupadas em construir conhecimento sistemático sobre as disposições jurídicas. A aprendizagem jurídica requer vivência. Impõe-se lançar nuamente ao direito, a fim de vivenciá-lo em permanente câmbio, situando-se sempre entre o *não ainda* e o *não mais*. A partir da inspiração da poesia de Czesław Miłosz, esta dissertação, escrita sob a forma de ensaios, pretende oferecer subsídios para desbancar algumas teses bastantes difundidas no interior da designada “ciência jurídica”, negando-lhe cientificidade e juridicidade, bem como sugerir algumas *idéias a ter em conta* na tematização do direito, procurando contribuir para uma reestruturação dos estudos jurídicos.

ABSTRACT

Juridical analysis must follow *law experience* instead of theories and systematizations regarding to a hypothetical *Science of Law*. Law refers to human living and ought to be studied from this point of view. Broaching law demands looking into the real practices of the juridical experience's real protagonists, when dealing with decision making and stimulation. Entering Court sessions and observing judgment backstage. The attempts directed to shape a specific law science in charge of systematizing and interpreting the alleged *valid law* come out legally hollow. They consider as reality a collection of abstractions.. Law is not an *entity*, so that it should be tackled on its constant *becoming*, as a *continuum*, inside the flow of processes which wend to the ending of lawsuits, claiming for a tendential definitive decision. There must not be a static law analysis. It is necessary to take up the challenge of facing it on its own dynamics and procedural manner, in a way to analyse the path from conflictive situations regarding to life in group up to last instance court decisions, which are able to reach judicial estoppel. The postulation for a gnoseologic rupture between ontological (Sein) and deontological (Sollen) ambits lacks of meaning. Appearing as a experience, law is not a normativity species (ideality) located on a place disattached from reality, even when considering people submitted to judicial judgments authority, which are capable of obliging them. Normativity dogma and normativism syndrome must be repelled, in a way to show that, before judge's interpretation and decision, there is no such thing like a valid law to be applied. Law's variability and mutability must be assumed, rejecting systematic perspectives, either those which insist on defending law as a system, or those willing to build a systematic knowledge concerning to juridic dispositions. Juridic apprenticeship requires experience. It has to be totally inserted into law, in order to experience it in constant change, and always locate it between the *not yet* and the *not even more*. Based on Czesław Miłosz poetry inspiration, the present dissertation, written in essays format, intend to offer subsidies to overthrow some widespread theories localized in what they call "science of law", in a way to deny its scientificity and juridicity, as well as suggest some ideas to be considered in law thematization, planning on contributing to a reorganization of juridic studies.

ZUSAMMENFASSUNG

Die rechtlichen Untersuchungen sollen durch *Erlebnis des Rechts* und nicht durch Theorien und Systematisierungen von einer angeblichen *Rechtswissenschaft* geführt werden. Das Rechts ist ein menschliches Erlebnis und soll als solcher thematisiert werden. Die Erörterung des Rechtes verlangt einen Blick auf die tatsächlichen Praktiken der tatsächlichen Protagonisten des juristischen Erlebnisse in die Klageerhebung und Entscheidungsfindung. Die Sitzungen der Gerichte eingehen und Acht geben auf die Kulissen des Rechtsstreits. Die Versuche einer bestimmten Rechtswissenschaft Form zu geben, verantwortlich für die Systematisierung und Interpretation der sogenannten geltendes Recht zeigen sich rechtlos. Sie nehmen als Realität Sätze von Abstraktionen. Das Recht ist nicht ein *Wesen* und sollte als ein konstantes *Werden* als ein *Kontinuum* in den Ablauf der Prozessen, die vor Gericht gebrachte Fälle zu einer Schlussentscheidung führen, die nur tendenziell endgültig ist. Man soll nicht auf eine statische Erörterung des Rechts bestehen. Man muss die Herausforderung annehmen es in seiner Prozessualität und Dynamik halten, und seine Durchreise von Konfliktsituationen des Gruppenlebens zu gerichtlichen Rechtskraftfähig Entscheidungen der letzten Instanz zu thematisieren. Es ist Sinnlos den Postulat von gnoseologischer Trennung zwischen den Ebenen des Seins und Sollen in der Rechtserörterung. Als Erlebnis dargestellt, es wird nicht wie eine Art von Normativität (Idealität) gesehen, die sich von der Realität entfernt, auch wenn die Verfahrensbeteiligte unter die Autorität der gerichtliche Entscheidungsfindung stehen, und zu die verbunden sind. Das Dogma der Normativität und das Normativismus Syndrom sollen entfernt werden, damit zu Acht bringen, dass ein gültiges und anwendbares Recht nicht existiert bevor der Interpretation und Entscheidung der Richter. Die Variabilität und Veränderbarkeit des Rechts müssen wahrgenommen werden und die systematische Perspektiven verjagt, weder die die Systematik des Rechtes drängt, noch die mit der Aufbau einer systematische Kenntnisse über Rechtsvorschriften betroffene Perspektiven. Die juristische Lernen verlangt Erlebnis. Mas muss sich "nackt" auf das Recht richten, in der Absicht es in ständigen Austausch zu erleben, zwischen den *noch nicht* und *nicht mehr*. Aus der Inspiration der Poesie von Czesław Miłosz, diese Dissertation, in Form von Essays geschrieben, bietet Subventionen um einige innerhalb der benannten "Rechtswissenschaft" reichlich verbreitet Theorien zu verjagen und ihre Wissenschaftlichkeit und Rechtmäßigkeit zu verneinen, als auch ein paar Ideen in der Thematisierung des Rechtes die berücksichtigen werden sollten, damit Beiträge zu einer Neuordnung der juristischen Studien zu leisten versuchen.