

IGLAIR TEREZINHA MARQUETTO CHIAMULERA

**O ESTUDO DO DIREITO
- ATRAVÉS DO CASO CONCRETO**

Dissertação apresentada como requisito
parcial à obtenção do grau de Mestre,
Curso de Pós-Graduação em Direito,
Setor de Ciências Jurídicas,
Universidade Federal do Paraná.
Orientador: Professor Doutor Aloísio Surgik.

**CURITIBA
1994**

DEDICATÓRIA:
Aos espíritos livres

Agradecimentos:

À professora Maria Augusta Bolsanello

Ao professor Helio Bahia Corradini

ATITUDES ORIGINANTES

*A vontade de saber da juventude**

*A restauração do espírito romano
na sua pureza.*

* FOUCAULT. Michel. *Histoire de la sexualité, t. I, La volonté de savoir.*

SUMÁRIO

Resumo	6
Abstract	8
Introdução	10
Capítulo I – A perspectiva metodológica	13
Capítulo II – Atitudes originantes do estudo do direito através do caso concreto	24
2.1 Do ponto de vista ético: <i>ius est ars</i>	24
2.2 Do ponto de vista psicológico: a intuição e as imagens	27
Capítulo III – Vínculos filosóficos da questão jurisprudencial	31
3.1 A possibilidade de definir uma problemática	31
3.2 O comportamento dogmático	32
3.3 O espírito crítico na atividade jurídica	34
3.4 O valor pedagógico do erro para impulsionar a aprendizagem do direito	35
Capítulo IV – Genealogia das formas jurídicas	36
4.1 A questão do metadiscurso jurídico	36
4.2 As palavras	38
4.3 A actio	40
4.4 A culpa	41
4.5 A bona fides	42
4.6 A eqüidade	46
4.7 Crítica ao direito jurisprudencial	48
Capítulo V – Teoria do estudo do direito através da jurisprudência	51
5.1 A comunicação jurídica através do caso concreto	51
5.2 A elucidação do direito como discurso jurídico prático	59
5.2.1 A indução e a dialética	62
5.3 Confronto entre o raciocínio lógico-normativo e a racionalidade dialógico-consensual	64
5.4 O método problemático e a interpretação sistemática do caso concreto	68
5.4.1 A pesquisa	68
5.4.2 O exame sistemático	70
Capítulo VI – O estudo do direito através da jurisprudência	72
5.1 O papel limitativo da dogmática em relação à interpretação jurídica	79
5.2 Uma nova perspectiva jurídica	83
Conclusão	87
Referências bibliográficas	91

RESUMO

A implementação do discurso jurídico integral é uma das finalidades deste estudo. Tal tarefa está condicionada à aceitação de alguns padrões de pensamento. Esses padrões emergem, conjuntamente, da antiguidade clássica, na gênese das especulações sobre a justiça e da visão crítico-comunicativa do direito, que, na modernidade, está associada ao projeto ético da responsabilidade. Tal projeto, supera o acolhimento ingênuo do poder jurídico consistente e busca as convicções filosóficas e os atos de consciência.

A tradução destas exigências no contexto dos estudos jurídicos tem como conseqüência a articulação lógico-formal com outras áreas de conhecimento. A abordagem integral, corajosa e inovadora, certamente provoca o afastamento dos domínios seguros da lei e da doutrina, para construir o conhecimento jurídico, buscando significações esquecidas na virtualidade do real, na sua estética e nas dimensões do psiquismo moderno.

A base conceitual e epistemológica é constituída por um racionalismo ativo, pelo pensamento problemático e pela tópica, como atitude espiritual que desencadeia o processo de conhecimento. É um conhecimento integrativo que enseja a interpretação jurídica por meio de conexões vitais, entre os indivíduos concretos. Busca-se elucidar o direito através de um discurso jurídico prático que retoma as regularidades empíricas da realidade social.

A postura crítica, ínsita neste trabalho, busca a conciliação da experiência humana com a experiência jurídica, ocupando-se dos conjuntos simbólicos.

A indução associada à dialética mostra que o saber só se organiza em princípios e generalizações, se compreendido na sua problemática material. Para tanto, a doutrina não deve ser um dogma, mas induzir ao reconhecimento das dificuldades e oscilações.

A problemática situacional articula-se com a questão básica da justiça, como desafio ético da modernidade, que é a de inventar significações jurídicas que harmonizem a vida social.

Na fenomenologia, o estudo concreto do direito busca a identidade das regras jurídicas com os interesses jurídicos específicos.

Como perspectiva cultural, rompe-se com a visão metodológica tradicional, enquadrando o direito no domínio das disciplinas histórico-hermenêuticas. Dentro dessa perspectiva, a ontologia jurídica se alimenta das forças que cada um identifica na sua própria realidade. O jurídico material encontra a experiência relacional entre os homens.

O estudo do direito pelo caso concreto dá origem a uma pedagogia que reconhece a utilidade e a precedência das imagens, como formas realistas anteriores às racionais. Há, entretanto, uma razão científica para tal precedência: segundo Gaston de BACHELARD* é impossível compreender questões conceituais, sem explicar o seu perfil epistemológico. Além disso, a verificação concreta do justo oferece uma base antropológico-existencial que suplanta o idealismo jurídico.

A natureza do esforço científico, no estudo do direito, envolve um «estilo mental» que estabelece a verdade através do diálogo.

* Cf. BACHELARD, Gaston. A Poética do devaneio. Tradução de Antonio de Pádua Davesi. São Paulo: Martins Fontes, 1988, p. 16.

ABSTRACT

The implementation of the integral juridical discourse is one of the goals of this work. Such task depends upon the acceptance of some thought patterns. These patterns emerge simultaneously from the classic antiquity, in the genesis of the theories about justice and the critic-communicative view point of law. In modernity this view point is linked to the ethic project of responsibility. This project surpasses the naive approval of the consistent juridical knowledge and pursues philosophical convictions and the acts of conscience.

The comprehension of these requirements in the context of the juridical studies leads to the logical - formal articulation with other areas of knowledge. The integral bold and innovative approach will certainly promote the derivation from the safe domains of law and doctrine, in order to build up the juridical knowledge searching for the forgotten meanings in the virtuality of reality, in its aesthetics and the measuring of the modern psychism.

The conceptual and epistemologic base is constituted by the active rationalism, by the problematic thought and by the topic as a spiritual attitude that unchains the process of knowledge. This is an integral knowledge that gives opportunity to the juridic interpretation through vital connections among concrete individuals. One tries to elucidate what is law by means of a practical juridic discourse that recovers the empirical regularities of the social reality.

The critic attitude inside of this work pursues the conciliation of human experience, with juridic experience, considering the simbolic assemblages.

The induction associated to the dialectic proves that learning can only be organized in principles and generalizations if it's understood in its material problematic. Therefore, the doctrine thought not be a dogma but should lead to the acknowledgement of the difficulties and oscilations.

The problematic of situations links itsself with the basic subject of justice - as an ethic challenge of modernity - that is to create juridic meanings to conform with social life.

In phenomenology, the basic study of law pursues the identity of the juridic rules with the specific juridic concerns.

As a cultural perspective the traditional methodological vision is disrupted to fit law in the domain of the historic - hermeneutic subjects.

In accordance to this perspective the juridic ontology nourishes itself with the strength each one identifies in his own reality. The material juridic faces the relational experience among men.

The study of law through a concrete case originates a pedagogy that acknowledges the utility and images precedence as realistic forms, proceeding the rational ones.

There is, notwithstanding, a scientific reason for such a precedence: according to Gaston de BACHELARD it is impossible to understand conceptual questions without explaining their epistemological profile. In addition to it, the ascertainment of the just offers an existential - anthropological base that surpasses the juridic idealism.

The nature of the scientific effort in the study of law involves a "mental style" that settles the truth, by means of the dialogue.

INTRODUÇÃO

I. O significado do estudo do direito através do caso concreto

O significado fundamental do caso concreto está no entendimento de que só a jurisprudência é capaz de concretizar o direito através de meios científicos¹. Isto porque a ciência jurídica não se constitui de tudo o que sabemos intuitivamente mas, também “no contexto global do mundo da vida”² proporcionando um acesso ao seu mundo interno, simbolicamente estruturado.

A percepção de que o estudo do direito é signatário, cada vez mais, de concepções meramente formais, faz com que se busque elucidá-lo através de situações, fortemente ligadas as verdadeiras questões jurídicas. Tal percepção reclama uma racionalidade que predominou no direito romano e que revela identidade com o pensar situacional e com a tópica. Modernamente tal estudo filia-se a cibernética, ao idealismo do conceito e as teorias crítico-linguísticas: na questão da autoconstituição do direito a partir da sua linguagem; na orientação semântica e pragmática dos proferimentos jurídicos; na concepção do discurso jurídico compartilhado subjetivamente através da lei e do sentido do fato jurídico³.

A subjetividade é abordada de modo a valorizar o caso concreto como um contexto interativo e que da origem a auto-referência do sujeito

(1) Cf. HABERMAS. Ob. cit.; p. 31.

(2) HABERMAS, Jürgen. Ob. cit.; p. 31.

(3) Cf. HABERMAS, Jürgen. *Pensamento Pós-metafísico*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1990, p. 19-43.

jurídico. Ela não é fruto da coerção individualizadora e inflexível mas da capacidade de falar e agir⁴. Inaugura-se assim um modelo conceitual novo. O jogo da discussão como um ato de reflexão estabelece entre os sujeitos relação de tipo cognitivo, mas também paradigmática, porque as proposições estão dentro de um sistema de convicções que se mostram incorporadas no mundo das instituições e dos hábitos de uma comunidade humana.

A valorização da intuição natural pelo justo e a utilização sistemática dos julgados constitui a base teórica e representa, de modo substancial, as preocupações éticas, psicológicas e sistemáticas.

O direito não pode permanecer isolado das modernas teorias comunicativas. É no âmbito da jurisprudência que se encontram os requisitos essenciais para desenvolver um projeto de contextualização dos conteúdos jurídicos, buscando o sentido das suas expressões e a direção para o processo de tomar decisões. Nesse percurso, abre-se espaço para a reflexão crítica e para a teoria e a técnica da argumentação e da discussão, indispensáveis como meio de interação estratégica.

Não há uma única direção para o pensamento mas várias fontes de inspiração que associadas representam os objetivos da pesquisa: a reconciliação do caráter pragmático, flexível e situacional do direito romano com as novas concepções sobre a comunicação e a linguagem.

2. METODOLOGIA ADOTADA

A certeza de que o conceito de justiça pode ser constantemente elaborado e considerado como um valor dinamicamente construído, a partir dos elementos da realidade, são os significados da orientação metodológica.

É pressuposto, também, o levantamento histórico do tema aliado às referências doutrinárias. A história dos institutos jurídicos proporciona uma perspectiva da origem, do propósito e do valor dos conceitos e das doutrinas.

Ressalte-se a apropriação livre e crítica do direito através da recuperação do sentido do discurso jurídico. A apreensão de todas as suas manifestações, sob múltiplos ângulos. Se a recusa às positivações no direito romano parece contrariar a sua própria essência, que é de construir um

(4) Cf. HABERMAS. Ob. cit., p. 31.

corpo estável de normas, ele é voltado para a ação e obtido da sabedoria prática da experiência da vida. Sua organização normativa refletia os ajustamentos, as acomodações sucessivas, a invenção vacilante no sentido de ir buscando, Tateando até que se concretizasse melhor a formulação. É a busca do direito original da jurisprudência romana atenta aos problemas humanos.

A interpretação tópica da lei inclui um padrão semântico de pensamento, ou seja, o que deve ser averiguado como justo é o que emerge da linguagem normativa, com suficiente certeza das palavras do texto legal. Esse padrão semântico coloca o estudo do direito pelo caso concreto como modelo cibernético que estuda o funcionamento e o controle do discurso jurídico, suas expressões e seus comandos. Trata-se de uma interpretação pragmática, onde os produtos do pensamento são retomados na sua origem situacional e se ligam à identificação da situação base, que torna compreensível, a partir dela, os conseqüentes pontos relevantes para o pensamento. A tópica procura mostrar que o fundamento do pensar e do falar não é a simples função sujeito-predicado⁵, reduzidos a uma mútua interação, mas o livre jogo das mútuas instruções, capazes de construir uma realidade jurídica nova.

A crítica linguística, por sua vez, põe em discussão, através de uma operação de profunda revisão, as atitudes teóricas, a problemática e os processos de argumentação da cultura filosófica tradicional. Pretende a elaboração de instrumentos analíticos destinados ao esclarecimento dos aparelhos lógico-linguísticos operantes na ciência jurídica⁶.

Essas são as decisões metodológicas que deverão dar unidade ao projeto de estudar o direito concretamente, em conexão com as suas origens clássicas, mas com um olhar para o futuro, através de uma nova linguagem, controlável e criativa.

(5) Cf. VIEWIG. Ob. cit., p. 106.

(6) Cf. GARGANI, Aldo G. Wittgenstein. Lisboa: Edições 70, 1973, p. 89.

CAPÍTULO I

A PERSPECTIVA METODOLÓGICA

O dilema entre o discurso sistemático que, ressalta a questão da inter-relação das regras com os fatos, e a jurisprudência problemática como perspectiva metodológica que se assenta na afirmação da estrutura tópica fundamental, representa permanente tensão entre a natureza cultural do direito e a estrutura científica de suas decisões.

A idéia de sistema como base do discurso científico é contrária à concepção de VIEWIG que considera a tópica uma técnica do pensamento problemático: a expressão técnica seria oposta à idéia de ciência.

A teoria kantiana de sistema é a da unidade, sob uma idéia de conhecimentos diversos ou, se se quiser, a ordenação de várias realidades em função de pontos de vista unitários.

Embora a aprendizagem do direito possa processar-se por via empírica, apesar de dotado necessariamente de um sistema interno, segue vias assistemáticas de reprodução⁷.

CANARIS, defendendo a sistematização da aprendizagem, afirma que, na exteriorização do direito, não se recorre a uma técnica empírica ou puramente casuística: os estudiosos antes procuram fórmulas redutoras que permitam exprimir grandes categorias de casos, através da pesquisa e da ordenação do que, nelas haja de regular, de comum ou de diferente. CANARIS chama esse sistema de sistema externo de aprendizagem em oposição ao sistema interno.

(7) CANARIS, Claus Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema da ciência do direito*. Lisboa: Calouste, Gulbenkian, 1989, p. 45.

As reduções dogmáticas são resultado do desenvolvimento social. São generalizações simplificadas que facultam a transmissão de conhecimentos crescentemente complexos.

Quando fala em sistema no direito, CANARIS indica uma ordenação de realidades jurídicas tomadas nas suas conexões imanentes e nas suas fórmulas de exteriorização. Afirma, portanto, que as soluções jurídico - materiais necessitam da arrumação imprimida pelo legislador.

O que está em jogo, na verdade, é o conceito do sistema como axiomático, fechado, completo e a lógica imanente do direito⁸.

A jurisprudência problemática representa um retorno à tradição do direito romano que seguia uma lógica imanente ao direito. CANARIS chama de puros juízos de oportunidade empírica a arrumação exterior e pré-sistemática do direito romano⁹.

Outra questão fundamental é o relevo do pensamento sistemático para a evolução do direito civil através da sucessão de modelos sistemáticos externos.

O estudo do direito jurisprudencial não contraria a ordenação e o sistema externo, apenas a forma de conhecê-los. A discussão está adstrita, portanto, à articulação da natureza sistemática do direito com um adequado sistema de exposição através das súmulas da jurisprudência, ou seja, a conciliação da apresentação problemática com as bases dourinárias e conceituais da questão jurídica.

É importante analisar o pensamento sistemático comparativamente ao pensamento problemático, pois dessa análise resulta o auto-entendimento da ciência jurídica, a especificidade da argumentação¹⁰.

O estudo do direito através da jurisprudência busca na fenomenologia conhecimentos importantes sobre a forma de conhecer e suas exigências, já que há uma estreita relação entre a metodologia e as leis do entendimento humano.

(8) CANARIS afirma que o novo pensamento sistemático é aberto, móvel, heterogêneo e cibemético. p. 71.

(9) Ob. cit., p. 71.

(10) CANARIS, Ob. cit. p. 45.

A regra da adequação valorativa, retirada do princípio da igualdade, constitui a primeira indicação decisiva para a aplicação do pensamento sistemático¹¹.

A idéia do sistema jurídico justifica-se a partir de um dos mais elevados valores do direito, nomeadamente do princípio de justiça, e das suas concretizações no princípio da igualdade e na tendência para a generalização.

Outra questão crucial na discussão sobre o pensamento sistemático é da segurança jurídica. A segurança está ligada a fatores como determinabilidade, previsibilidade, estabilidade e continuidade.

CANARIS considera a unidade, o fenômeno jurídico que representa o ponto de contato para a compreensão do sistema, apreendido filosoficamente. O papel do conceito de sistema é o de traduzir a adequação valorativa e a unidade interior da ordem jurídica¹².

A utilização do pensamento problemático ou da tópica no estudo do direito não pretende ser negadora da idéia da existência de uma ordem jurídica dotada de unidade interior. O que se discute é a redução dogmática. As formas de conclusão jurídica que se processam através da subsunção denotam um caráter automático: quando a premissa maior e a premissa menor se ordenam, está concluída a tarefa do jurista¹³.

Pode-se dar razão a CANARIS quando afirma que nos processos de conclusão jurídica, como a analogia, a redução teleológica, o *argumentum a contrario*, o *argumentum a fortiori* e o *argumentum ad absurdum*, o elemento decisivo não é de natureza lógica, mas antes de natureza teleológica ou axiológica e é exatamente em função dessa recondução ao valor da justiça que a tópica, como método de discussão pode promover uma ampliação da compreensão dos critérios de decisão.

Não pode ser aceita, entretanto, a afirmação de que o problema metodológico se resolve automaticamente, através da subsunção¹⁴. Se a ratio da disposição não está de acordo com o fato, não significa que a consequência jurídica não pode ser a mesma, pois a tarefa jurídica decisiva consiste na afinação das premissas, apesar de que não mais se pode pôr

(11) CANARIS, Ob. cit., p. 270.

(12) Ob. cit., p. 45.

(13) Ob. cit., p. 38.

(14) O que equivaleria afirmar a identificação da *ratio legis* com a *ratio decidendi*.

em dúvida que um sistema lógico-formal não sirva, de alguma maneira, nem à essência do direito, nem às tarefas específicas do jurista¹⁵.

As conseqüências mais importantes da distinção entre pensamento sistemático e pensamento problemático estão no que se refere à estrutura da ciência do direito¹⁶.

A crítica que CANARIS faz à tópica está exatamente no fato de que os conceitos e as proposições jurídicas só são compreendidas a partir do problema.

O que distingue a tópica do pensamento sistemático é o espírito, a orientação filosófica, pois a orientação pelo problema não é de nenhum modo decisiva¹⁷.

A oposição psicológica entre os dois pensamentos existe, e o cientista, o estudioso, interessa - se muito mais pelas soluções perante problemas concretos do que, quando deve, pela via dedutiva, estabelecer as correlações entre os princípios e as questões vitais. Ao menos quando se trata de ensino jurídico o interesse é muito maior quando os temas são suscitados pela força do caso concreto.

O direito é problemático e dialógico. Tais características fazem parte de sua natureza, só assim poderá ser considerado aberto, móvel, heterogêneo e cibernético, como quer CANARIS.

As premissas, no pensamento problemático só podem ser obtidas após serem fundamentadas, mas não necessitam comprovação. A decisão do problema se faz através do *sensus communis* ou do *common sense*.

No estudo do direito, principalmente para os iniciados, a discussão baseada no *sensus communis* pode ser muito útil pois os estudantes apesar de não disporem de conhecimentos jurídicos, já são capazes de formular de modo ordenado suas opiniões e justificá-las através de argumentos correlatos.

Não há dúvida de que o treinamento retórico, através das discussões é valioso para o estudante de direito. A técnica da tópica os auxilia na identificação e enumeração dos principais problemas que integram a deci-

(15) CANARIS. Ob.cit., p.38.

(16) Ob. cit., p. 248.

(17) Ob. cit., p. 45.

são e auxilia na verbalização sobre eles. Não se trata apenas de sucesso retórico puramente exterior, como afirma CANARIS, mas da possibilidade de estabelecer uma verdadeira discussão, uma verdadeira disputa. Embora seja procedente afirmar que a busca pelo justo não pode ficar restrita à retórica, o exercício dialético auxilia enormemente na medida em que a seleção de argumentos constitui um exercício de lógica jurídica.

Quanto à questão de que as premissas na tópica não necessitam estar legitimadas, pode-se afirmar que este fato não desmerece a técnica, pois, no âmbito das discussões acadêmicas, cabe ao professor orientar e corrigir toda vez que os argumentos contrariem as teses e os conceitos fundamentais da ciência jurídica.

Cabe aqui, entretanto, esclarecer que a técnica da tópica não é definida como sendo exclusiva para o estudo do direito; mas como ponto de partida metodológico, capaz de promover um engajamento muito mais eficaz do aluno com as questões teóricas e formais. Até mesmo do ponto de vista ético - filosófico, o método problemático é importante, pois, sendo ampliativo, vai além das discussões meramente técnicas.

A tópica, como uma proposta de decisão, desencadeia o processo racional do direito. Didaticamente, o estudo do caso concreto promove uma ordenação do pensamento.

Precisamente neste ponto reside o mérito do método tópico para o estudo do direito: na possibilidade de desvendar o sistema lógico - conceitual da decisão. Se tomarmos como exemplo uma decisão que envolve o direito de vizinhança numerosos pontos de vista poderão ser levantados: como caracterizar o uso nocivo da propriedade de acordo com a legislação vigente? O conceito de vizinhança no código civil abrange só os vizinhos contíguos? Como provar que a obra nova prejudica o prédio, suas servidões ou os fins a que é destinado? quais os interesses aqui tutelados? Apenas do poder público, por se tratar de uma rua projetada? E quanto ao direito subjetivo do particular que por ela tem acesso?

Vê-se que os pontos de vista não estão ligados exclusivamente a um nonsense jurídico, mas as questões estão adstritas aos aspectos jurídicos que devem ser debatidos e a discussão, como a tópica pura, não é a única instância de controle¹⁸. Assim o *comon sense* é utilizado apenas para encorajar os estudantes a ingressar no complexo e sistemático uni-

(18) CANARIS, ob.cit., p. 260.

verso da ciência do direito. As valorações são feitas em torno de aspectos jurídicos claros e definidos e não em torno de meras opiniões.

A grande contribuição do método problemático para o estudo do direito está na possibilidade de concretizar conceitos teóricos e abstratos. O estudante, ao preencher o conceito com a realidade do direito sumular, realiza muito mais facilmente as conexões que o levam à aprendizagem.

Têm razão os autores quando afirmam que a tópica representa uma tendência clara para a sistematização¹⁹. Especialmente no estudo do direito, ela representa a recorrência a uma ordem jurídica concreta, a um sistema. Porém o aspecto sistemático está presente na introdução de uma interpretação sistemática da jurisprudência que segue uma seqüência lógica de passos que devem ser seguidos.

O primeiro é a identificação da questão jurídica. Passa-se em seguida à análise da fundamentação que o juiz utilizou na decisão e aos fundamentos levaram à razão de decidir, que deve ficar bem clara para o estudante. O item seguinte aborda as questões secundárias à decisão e por fim os alunos são orientados a pensar numa outra forma de decidir. A reversibilidade da sentença é o último item da análise sistemática da jurisprudência. A sentença significa o termo de afirmação das questões apresentadas no caso concreto. Um bom teste para avaliar a justiça da sentença é verificar se estão presentes as condições essenciais da vida. Ou seja, como essas condições se encontram realizadas na decisão. Este tópico é especialmente importante para que o estudante realize a integração teórico - doutrinária do caso concreto. A tendência individualizadora²⁰ da tópica é neutralizada pela exigência da generalização, através da doutrina e da lei. Quando o aluno é instado a criticar os fundamentos jurídico-doutrinários, ou mesmos normativos da decisão, é necessário que ele compreenda amplamente o significado e a natureza desses fundamentos. Isto não significa que para emitir juízos de valor sobre a questão jurídica, seja necessário ter um conhecimento profundo sobre ela. O professor deve esclarecer os aspectos estritamente necessários à compreensão do caso em exame.

O despreparo dos iniciantes é discutível quanto à possibilidade de se promover um entendimento jurídico razoável. Todos os aspectos, tanto

(19) CANARIS, ob. cit., p. 262.

(20) Ob. cit., p. 272.

de caráter processual, como de caráter normativo e doutrinário, são esclarecidos **nos limites** do caso em exame. Também não é vedado ao estudante incluir aspectos extra legais ou extra doutrinários à discussão. A juridicidade não está restrita às questões formalmente enquadradas na lei.

Tecnicamente é preciso desvendar o sistema de pensamento que representa a jurisprudência, para treinar o aluno a pensar juridicamente. A combinação do conteúdo conceitual e doutrinário com o complexo lógico da decisão jurídica é a conexão que deve ser estabelecida. Quando o estudante tem acesso ao processo de elaboração que levou o juiz a decidir, é muito mais fácil realizar a integração das questões técnicas. A generalização será, então um processo individual, enriquecido por motivações e correlações subjetivas e não meramente compreensivas. As razões de decidir são claramente esclarecidas e os pontos de aplicação da lei e da doutrina são sistematicamente determinados.

Elucidativo é o exemplo de caso concreto com base na equidade²¹, onde, ao interpretar a lei, o juiz buscou maior precisão jurídico-teórica para aplicação do artigo 127 do código de processo civil, e de como preencheu com valorações, a previsão normativa. Partindo da norma, procurou estabelecer as suas positivities normativas.

A questão a enfrentar é a seguinte: pode o juiz, empregando a equidade como elemento de hermenêutica jurídica, determinar incidência de correção monetária?

Diz o acórdão que há quem sustente que o juiz, ao decidir conforme a equidade, coloca-se na posição de intérprete da consciência social, pois a exigência perene expressa pela equidade - como observa Vittorio DENTI - na contraposição entre a livre valorização moral e o julgamento *secundum ius*, ou seja, o julgamento de conformidade com a norma, e a seguir acrescenta: Exigência (de equidade) que no mundo romano se expressava pela criação de novas normas, segundo as necessidades sociais, por um particular órgão do Estado (o pretor) enquanto nos ordenamentos modernos, vigente o princípio da legalidade, encontra sua manifestação em uma autorização, dada pelo próprio legislador, para que se faça a apreciação moral pelo órgão jurisdicional²².

(21) A equidade representa uma *clausula tópica*.

(22) CURITIBA. Tribunal de Alçada do Paraná. Embargos Infringentes 2/85. Embtes. Juarez Torres Perez e sua mulher; embdo José Salgueiro Lourenço; Relator: Juiz Ivan Righi. *Revista dos Tribunais*, Paraná, outubro de 1985, nº 600, p. 197-201, voto vencido - Nasser de Melo.

Portanto a equidade, se é sempre idealmente *contra ius*, como principio de valoração moral, é sempre idealmente juridicamente *secundum ius*, como conceito no normativo, reclamado por disposição legislativa (contributos allo studio del giudizio di equita, na revista da faculdade de direito da Universidade de Pádua, vol. XXVII/4 e 39)²³.

Aludindo ao fato de que o código de processo civil brasileiro estabelece, no artigo 127, que o juiz só decidirá por equidade nos casos previstos em lei, afirma o juiz que, diversamente do art. 1º do código civil suíço, que estabelece uma escala para a aplicação da equidade, a lei brasileira só autoriza o juiz a criar a norma quando autorizado a decidir por equidade. Isto significa, diz o legislador, que a lei brasileira não deu ao juiz o mesmo poder, que na suíça, foi conferido pelo Código de 1908. Foi mais rígida e menos ampla²⁴.

Apesar da oportuna lição de Alfredo BUZAID segundo a qual, por mais minuciosas que sejam as leis, não podem regular senão casos abstratos, e assim mesmo não podem prever todos os casos possíveis, os juízes entenderam que o direito positivo brasileiro se funda no chamado princípio da legalidade, segundo o qual o juiz deve decidir, aplicando a lei, sem entrar na cogitação de sua bondade intrínseca, nem abandonar o seu rigor, sob pretexto de ser extremamente rigorosa. Afirmam que o juiz não substitui a atividade do legislador, para o efeito de revogar as normas jurídicas que repute injustas, e não lhe é lícito, *ex propria auctoritate*, deixar de julgar *secundum legem* senão quando a lei expressamente o autorize a decidir conforme a equidade²⁵.

Afirmam ainda os juízes que em casos excepcionais, prefere o direito sacrificar as garantias de certeza decorrentes da existência de normas jurídicas abstratas, pela maior possibilidade de justiça que oferece a aplicação dos princípios de equidade, mas, argumentam, esta chamada justiça do caso singular só tem lugar nas hipóteses expressamente previstas na lei, não comportando ampliação, nem perdendo jamais o seu caráter de exceção²⁶.

(23) Ac. cit., p. 196-201.

(24) Ac. cit., p. 197-201.

(25) Ac. cit., p. 197-201.

(26) Da Ação Renovatória, ed. Saraiva, 1981, vol. II/566, 567, 577 e 578.

Observam os juízes que nem mesmo a chamada eqüidade interpretativa²⁷, referida no voto de um dos julgadores, poderia ser empregada, (como espécie da eqüidade de substitutiva), para a solução de um caso concreto sem que a lei a tanto o autorize especificamente e concluem: “o fato de semelhante autorização, na espécie subjudice, leva à improcedência dos embargos infringentes”²⁸.

Outras aplicações são *aecptio doli* a exceção da *supressio*: confiança em que a pretensão não mais seja feita valer; um ater-se a isso; um certo decurso do tempo; e a imputabilidade da omissão do apelo à pretensão. Assim pode, por exemplo, uma duração particularmente longa da abstenção da pretensão punitiva, suprir as medidas necessárias para o ater-se a ela e inversamente. Ainda a exceção *venire contra factum proprium* poderia, ainda hoje, colocar-se nos limites de uma previsão móvel e uma cláusula geral topicamente aberta.

Também num aperfeiçoamento *praeter legem* do direito, que se oriente pelo sistema e em especial na concretização de princípios gerais e extra - legais, tal como, também a propósito de modificações provocadas - os meros tópicos desempenham, pelo menos, nos estádios iniciais do desenvolvimento, um papel considerável; pode-se até, de certa forma, atribuir estrutura tópica ao nascimento de novos princípio jurídicos, porque a modificação da consciência jurídica geral que lhe subjaz se realiza, de fato, no processo de discussão (ou no sentido mais amplo) entre todos ou entre a maioria dos sábios - ainda que apenas de certa forma uma vez que o apelo à consciência jurídica geral não basta, antes sendo necessária a complementação através de critérios objetivos como a idéia de direito ou a natureza das coisas²⁹. Há certas áreas do direito, segundo CANARIS, a que a tópica se aplica especialmente: é o caso do direito constitucional, por ter seu conteúdo estabelecido em grande parte através de princípios, ou em

(27) A eqüidade interpretativa tal como definida por Carlos Maria de Marini opera no momento de aplicação da norma, quando uma exegese muito rigorosa conduza no caso particular o resultado injusto; a finalidade da eqüidade, então seria a de propiciar uma interpretação mais humana, mais oportuna ou, ainda mais indulgente da norma (Il *Giudizio di Equità, nel Processo Civile*, ed. Cedam, 1959, pp. 203 - 204). Entretanto a eqüidade assim definida não constitui terceiro gênero mas em verdade, mera espécie de eqüidade substitutiva. Alias o mestre recém apontado afirma que o fato afirma que o fato de a lei autorizar a sua própria atuação eqüitativa *Sarebbe un rinnegare a se stessa* e descreve o que se observou, a esse propósito, relativamente a um projeto de refôrma do Cod. Civil Francês. Durante os trabalhos preparatórios efetuou-se a proposta de catalogar os métodos de interpretação da lei, dentre os quais a eqüidade. A proposta foi justamente repelida, porque se reconheceu que a lei, assim, não poderia ser modificada e transformada na sua aplicação judiciária, sem que ela própria pudesse impedi-lo. Atribuir ao juiz, como uma disposição geral, poder eqüitativos de interpretação, equivaleria, (diante da subjetividade da eqüidade) a debilitar perigosamente a segurança do direito, sem que isso fosse rigorosamente necessário. Devemos pois, concluir que uma eqüidade interpretativa, com características autônomas não é e nem poderá ser prevista pelo direito positivo. (Curitiba, 16 de Maio de 1985. Tribunal de Alçada do Paraná. Ac. cit., pp. 205-206).

(28) Acórdão citado. p. 197-201.

(29) CANARIS, ob. cit., p. 276,

áreas onde há necessidade de suprir lacunas e como no direito internacional privado, no direito imobiliário ou no direito financeiro³⁰.

Como exemplo de aperfeiçoamento *praeter legem* e de aplicação de princípios jurídicos gerais ou extra-legais, pode-se citar ação ordinária de restituição por locupletamento sem causa, onde a equidade representa, mais uma vez, uma cláusula tópica.

Os juízes citam POMPONIO, jurisconsulto romano: "*lure natural aequum est neminem cum alterius detrimento ut iniura fieri locuplationem*", (é de equidade, por direito, natural, que ninguém se locuplete em detrimento ou injúria de outrem). Afirmam que se é verdade que o enriquecimento injustificado, ou sem causa, não constitui fonte específica de obrigações, ao contrário do que acontece nos sistemas jurídicos dos países mais adiantados, também é verdade que o juiz não pode eximir-se de uma decisão a tal pretexto (art. 126, do Código de Processo Civil) cumprindo-lhe valer-se do chamado processo analógico, (art. 4o, da lei de introdução ao Código Civil), de tal sorte que extraia o pensamento dominante em um conjunto de normas, ou em um instituto, ou em um acervo de diplomas legislativos sob a inspiração do mesmo pressuposto (Caio Mario da Silva Pereira, Instituições do Direito Civil, Forense, 5. Ed. Vol. I, p. 77).

No caso em exame, caracterizado o enriquecimento injustificado nasce a exigência da prestação do objeto ou do valor³¹. Apesar de reconhecer a importância da ordem e da unidade para o sistema jurídico e de uma jurisprudência que utilize premissas evidentes, extraídas dos métodos tradicionais de interpretação, a tópica representa a realização da tendência individualizadora da justiça.

A crítica de que a tópica é inconciliável com a doutrina da validade das fontes do direito, já que as premissas, nesta técnica, se legitimam a partir da opinião de todos, não se aplica à sua utilização didática, pois não se nega o princípio da aplicação do direito à lei; busca-se, entretanto, uma maior compreensão. Isto é, utiliza-se a técnica da tópica, sem uma escolha tópica de premissas, ou seja, utiliza-se uma doutrina do entendimento justo e não uma doutrina da atuação justa.

(30) CANARIS, ob. cit., p. 276.

(31) Paraná. Tribunal de Justiça. Apelação Cível 581 - 82 (s.d.). Relator: Desembargador Renato Pedrosa. Centro de Documentação do Tribunal de Justiça do Paraná sistema de jurisprudência, Curitiba, 00000595, nov. 93. Dado provimento - unânime.

Com a utilização da tópicica no estudo do direito, significa um ponto de partida metodológico, a oposição entre pensamento sistemático e a tópicica não é exclusiva, permitindo até, mútua complementação³².

(32) CANARIS, ob. cit., p. 289.

CAPÍTULO II

ATITUDES ORIGINANTES DO ESTUDO DO DIREITO ATRAVÉS DO CASO CONCRETO

2.1 DO PONTO DE VISTA ÉTICO: “*IUS EST ARS*”

A conceituação do direito como arte articula-se com o problema básico da justiça que é o de inventar novas significações jurídicas harmonizadoras da vida social. Este é, sem dúvida, um dos maiores desafios éticos da modernidade. Para isso, é necessário retomar o conceito original *ars*.

Antes de tudo o direito é *ars* porque o modo de pensar do direito é sempre situacional. O jurista, seja quando seleciona os fundamentos da defesa, seja quando prepara alegações, seja quando acompanha o andamento das etapas processuais, está sempre em contato com o fenômeno jurídico cotidiano. O direito como *ars*, portanto, está fundamentalmente ligado à problemática situacional e à invenção.

Do ponto de vista ético, o estudo do direito através do caso concreto busca estabelecer que as situações jurídicas devem ser acessíveis às pessoas, porque o direito é um modo voluntário, sujeito a regras, de resolver casos concretos, e para tanto deve estar disponível para a comunicação e para a aprendizagem³³.

(33) CORDEIRO, Menezes. Ob. cit., p. 29.

É na jurisprudência que o fenômeno da comunicação jurídica se expressa de modo positivo. O processo é um procedimento executado em comum, entre as partes, procuradores e juízes. O processo deliberativo é público, porém muitas vezes a armadura teórica impede sua análise por autores e réus.

A busca da solução jurídica, através do processo, envolve entendimento mútuo e é preciso que a construção intelectual que integra a condução do caso seja compreensível também pelas partes.

O relacionamento processual, por ser dialógico, gera deveres éticos para as partes, através de obrigações processuais que devem ser cumpridas, e também para os procuradores que precisam atender adequadamente às exigências de ordem jurídica, seja quanto aos deveres de provar, de contestar, de instruir adequadamente o processo com os documentos necessários, seja no cumprimento dos prazos, seja em outros procedimentos.

Em diferentes domínios jurídicos, a problemática situacional também gera deveres ético. Entre eles, o papel decisivo que o advogado desempenha no preparo das fundamentações jurídicas é que valem para as pessoas como a possibilidade real de ver os seus problemas jurídicos concretos, corretamente enquadrados e tecnicamente bem conduzidos. A instrução competente e inventiva das questões, apesar de não recomendar o afastamento da lei e da doutrina, deve prever todas as estratégias para a vitória na batalha jurídica. A lógica dialógica se aplica à condução dos casos jurídicos ao utilizar como possibilidade de ataque e defesa, ações ligadas à situação jurídica.

Neste ponto é preciso considerar o aspecto das verbalizações jurídicas e da sua importância para a instrução dos problemas. Quer no diálogo com o cliente, quer no diálogo processual, a comunicação do advogado só será inventiva se for instruída maxime, por fundamentos rigorosamente adequados aos fatos. Não é ético que o advogado coloque em primazia a sua interpretação sobre o caso, deixando de lado aspectos que, embora não tenham sido tecnicamente enquadrados, sejam importantes. A invenção possibilita a construção de uma realidade jurídica adequada para cada caso concreto. Esse critério, do ponto de vista crítico-lingüístico, denomina-se **mútua instrução** por guiar-se antes de tudo pela situação jurídica apresentada³⁴.

(34) VIEWIG. *Tópica e Jurisprudência*. Ob. cit., p. 106.

Mas, talvez, o mais importante desdobramento ético do procedimento dialógico se deva à **reconquista** dos deveres comunicativos. Uma vez estabelecida a situação dialógica inicial, cumpre aos sujeitos atender às obrigações nascidas para todos: no patrocínio judicial, na acessoria jurídica, e também no magistério jurídico, onde o compromisso dialógico de esclarecimento desempenha um papel fundamental.

A ação jurídica teórica, de modo geral, deve considerar os valores da comunicação dialógica: o peso retórico é decisivo para qualquer construção jurídica intelectual - envolve deveres de esclarecimento, de justificação, de defesa, de afirmação e de negação.

Aos professores, especialmente, cabe o dever de proporcionar a realização de diálogos racionais, adequados à continuidade da aprendizagem.

A *ars inveniendi* aplica-se de modo pleno à investigação jurídica. As concepções sobre a realidade jurídica, que têm como fundamento modelos dogmáticos, impedem uma investigação jurídica verdadeiramente situacional (a verdade nasce do *pólemos*).

Um exame mais profundo dos fundamentos do pensamento jurídico, demonstra que sua ordenação está ligada a rigorosos critérios técnicos e científicos. Não se trata de desqualificar ou negar a autoridade do patrimônio intelectual, mas de buscar significados culturais novos, procurando compreender por intermédio de testemunhas e fatos, e não exclusivamente por meio de idéias. O procedimento tópico na investigação jurídica tem como pressuposto ético o espírito de debate, tendo como meta o esclarecimento amplo dos problemas. A investigação esta a serviço da discussão, que por sua vez oferece um repertório de pontos de vista que facilitam a invenção³⁵.

Uma das características essenciais do pensamento problemático é a constante busca de premissas, que leva à *ars inveniendi*, ao contrário da lógica demonstrativa.

Eticamente, é preciso examinar a busca das premissas, salientando que devem ser qualificadas à vista da questão que pretendem discutir, para que não ocorram discussões inúteis e superficiais. É preciso estabelecer, especialmente no domínio do ensino jurídico, alguns parâmetros de procedimento. O diálogo é livre, mas precisa manter-se nos limites da discussão

(35) VIEWIG. Ob. cit., p. 36.

específica, para que a elucidação seja a mais clara possível e assegure o esclarecimento do problema.

Quando o professor coloca o problema e pede aos estudantes que selecionem argumento, sabe que deverá servir-se de uma técnica adequada para orientá-los. Essa técnica, embora não inclua definições, explicações, proposições e distinções, deve obedecer a um **método** e a um **plano**. O professor é responsável pelos resultados da aprendizagem. O modo de trabalhar deve ser claramente exposto aos estudantes e deve ser seguido com disciplina.

Embora fale-se, aqui, em **método, plano e disciplina**, isto não contradiz o espírito do sistema aberto de investigação jurídica. Trata-se apenas de um critério sistemático a ser adotado. Este tipo de trabalho, afirma VIEWIG³⁶, permite ao jurista entender o direito não como algo que se limita a aceitar, mas sim, como algo que constrói de uma maneira responsável. Toda a sua personalidade está comprometida nisso, e, como dizia IHERING, seu orgulho não é só do tipo intelectual, se não também do tipo moral³⁷.

2.2 DO PONTO DE VISTA PSICOLÓGICO: A INTUIÇÃO E AS IMAGENS

A valorização da intuição no estudo do direito não significa o abandono dos conceitos e princípios jurídicos em favor do imaginário. Isto não quer dizer que as imagens devem ser relegadas a segundo plano, pelo contrário, constituem elemento essencial no processo criativo do estudante e do jurista de modo geral.

A insuficiência da dogmática clássica e o irrelismo metodológico denotam que é preciso buscar novas unidades de objetivação. Não há outra forma de superar esses fenômenos senão através da afirmação da natureza do direito, como modo de solucionar casos concretos. Essa afirmação constitui o cerne imprescindível do qual surge uma consciência³⁸.

Se essas referências se refletem no campo funcional, também invadem o universo da aprendizagem. No campo funcional o desenvolvimento da ciência jurídica vem apresentando de modo conjunto a previsão-

(36) VIEWIG. Ob. cit., p. 38.

(37) IHERING. Ob. cit., p. 50.

(38) SOUZA. Ob. cit., p. 35.

estatuição, a interpretação-aplicação, assim como a interpretação teleológica das normas, a superação do conceitualismo, o discurso jurídico dialógico, dirigido para o consenso³⁹. O estudo do direito através do caso concreto traz à luz a clássica questão da hermenêutica e do entendimento jurídico. A tópica posterior já previa esses temas ao ressaltar, ao lado da valorização da lógica e do pensamento situacional, a corrente **crítico-linguística**⁴⁰ que afirma que a situação pragmática geral somente poderá ser suficientemente compreendida caso se concebam as suas verbalizações como mútuas instruções para a invenção de uso linguístico⁴¹.

A jurisprudência é um discurso simbólico e que precisa ser apreendido aprioristicamente pela linguagem. Esta leitura prévia que envolve uma compreensão geral e que se exprime numa questão prática que deve ser compreendida - é o pré-entendimento⁴².

No entanto, é no campo das prefigurações que se insere o aspecto do uso ativo da intuição. O pré-entendimento é o *loci* significativo para a integração das imagens ao conteúdo material da interpretação. A intuição judicial ou *sensu jurídico* não instrumentaliza apenas o pré-entendimento. Estende-se ao campo das fundamentações e das decisões jurídicas⁴³.

Menezes CORDEIRO afirma tal tendência:

“A unidade de previsão e de estatuição normativas e a inseparabilidade das clássicas interpretações e aplicações no processo jurídico decisório, conectam-se com o relevo do caso concreto e com a temática do pré entendimento. Face a fonte, o sujeito dirige-lhe uma **interrogação real, em termos problemáticos**, visando, com consciência ou sem ela, encontrar uma resposta para o caso, ainda hipotético, interpretar e decidir **esse caso**. Tudo joga: o caso a norma, o pré-entendimento de ambos, a vontade constituinte, o círculo e a solução. A descoberta de operações diferenciadas pode ser meritória como modo de, por reduções excessivas, evitar empobrecimentos jusculturais do instrumentarium disponível. Mas a fragmentação obtida deve

(39) CORDEIRO, Menezes, ob. cit., p. 36.

(40) Para exprimir tal tendência temos a superação do idealismo do século passado, que foi do sujeito e da consciência. Os idealismos da nossa época são os da signo e da linguagem (WITTGENSTEIN). Gargani, ob. cit., p. 105.

(41) GARGANI, ob. cit., p. 105.

(42) O pré-entendimento é apresentado pelos doutrinadores, segundo Menezes CORDEIRO como pré-compreensão (Canotilho, constituição dirigente). Deve-se a HEIDEGGER a descoberta da pré-estrutura do entender.

(43) GADAMER explica a unidade entre o entender, o interpretar e o aplicar. (Menezes CORDEIRO p. 38.).

ser destruída por nova síntese no processo de conhecimento, que assumido, das operações analíticas-prévias, os aspectos relevantes, exprima, no final, uma realidade diferente, mais rica, do que os elementos antecedentes⁴⁴.”

GADAMER afirma que a tarefa de interpretação é a da concretização da lei em cada caso, portanto, a tarefa de aplicação⁴⁵.

Nada impede, que no estudo do direito se parta da seleção prévia de pontos de vista, valorizados pelo senso jurídico dos sujeitos e até mesmo pelas representações psicológicas, em que coloquem como protagonistas do conjunto apreciado.

Há, ainda, a exigência da valorização das questões sociais e que levam a pensar nas conseqüências jurídicas de um modo unitário: as regras do direito com regras da vida.

O problema da controlabilidade da interpretação, em confronto com a valorização da intuição e do senso jurídico, deve ser interpretado como necessidade de harmonização entre o jurídico e o social. A racionalidade jurídica não está submetida a nenhum critério de autoridade, ou lógica formal, mas de lógica dialógica, consensual. A ampliação do universo na compreensão dos enunciados jurídicos, para além dos limites da interpretação utilitária, tem no estudo do direito através do caso concreto uma vasta possibilidade de desenvolvimento. O estudante goza da liberdade e da isenção de quem não está sujeito à operacionalidade da prática jurídica. Liberto, pode, livre da inquietação do bem interpretar para aplicar, contemplar todos os aspectos do problema, com os estímulos que a discussão proporciona.

O perigo de uma análise difusa, presa a detalhes, é compensado pela possibilidade da multiplicidade dos pontos de vista, enriquecidos pela diferenciação. A possibilidade de manifestar-se livremente, encoraja o estudante a criar soluções novas - a problemática jurídica é acolhida plenamente.

A repetição desse processo aumenta a familiaridade com os objetos jurídicos. A unidade e a fidelidade entre a lei e o caso concreto vão sendo construídos através da atividade e da convivência com os problemas.

(44) CORDEIRO Menezes, ob. cit., p. 38.

(45) Ob. cit., p. 38.

Cada caso novo determina uma nova compreensão, mais integrada, mais profunda.

O pensamento difuso do estudante vai encontrando, por si mesmo, as confirmações de que necessita. A correlação que resulta é uma **correlação forte** e não meramente teórica ou conceitual. As questões jurídicas jurisprudenciais estão carregadas de **imagens**, de vivências, de identidades. O mundo jurídico e a vida se aproximam.

Aos poucos pode-se concentrar a tarefa pedagógica em aprimorar a linguagem, coordenar as noções, para que o estudante analise os benefícios do método.

Será necessário esclarecer, contudo, que o erro ocorrerá, pois ao ligar-se imediatamente ao caso concreto, buscando interpretá-lo, esperam-se enganos, impressões. Esses fatos, porém, não invalidam os resultados obtidos, necessários até para a escolha e a seleção do entendimento jurídico mais adequado. O importante é que o estudante sinta-se no centro da atividade e responsável pelo seu movimento.

A reconstituição dos casos concretos numa linguagem mais acessível é talvez a atividade mais importante. Aqui, mais uma vez devem estar presentes as imagens e a absoluta liberdade de conhecer, em carne e osso o fenômeno jurídico. Se essa tentativa de individualização tiver sucesso, as sutilezas poderão ser formulados num sentido mais verdadeiro. O estudante coloca o seu eu no problema e esse fato ajuda-o a concentrar-se nas dificuldades.

O privilégio de uma aprendizagem não limitativa, ampliada por imagens e valorizada pela intuição singular, é seguramente uma experiência que deve ser considerada pelos estudiosos do direito.

CAPÍTULO III

VÍNCULOS FILOSÓFICOS DA QUESTÃO JURISPRUDENCIAL

3.1 A POSSIBILIDADE DE DEFINIR UMA PROBLEMÁTICA PARA ESTUDAR O DIREITO

A definição de uma problemática para estudar o direito envolve preocupações lógicas, ontológicas e gnoseológicas.

A atitude que leva o homem a buscar a justiça é o sentimento de insatisfação ou o conflito que se vai traduzir na ação judicial. Da vivência da injustiça até o ajuizamento da ação competente há um processo que dever ser percorrido.

Em primeiro lugar, cada situação jurídica envolve uma história, uma série de fatos, com os quais partes e procuradores assumem uma responsabilidade comum, um compromisso. O julgamento das questões jurídicas não pode ser arbitrário, deve atender aos aspectos existenciais.

A consciência jurídica implica um compromisso com o real e com a verdade. Qual é a verdade do direito? Para compreender sua problemática é preciso realizar uma biografia espiritual que, por sua vez, reflete a unidade cultural de uma determinada época. A tipologia jurídica é fundamental para que se possa identificar o direito válido: se se deseja afirmar sua validade, é preciso reconhecer a densidade existencial que o caracteriza.⁴⁶

(46) BORNHEIM, Gerd A. *Introdução ao Filosofar*. Rio de Janeiro: GLOBO, 1986, p. 5.

Quando se fala em biografia espiritual do direito, ultrapassam-se os limites de uma análise histórica, externa, cultural. Deve-se realizar uma investigação antropológico-existencial. Sua densidade existencial exige um método para estudá-lo. A jurisprudência expressa o lado humano e possibilita desenvolver uma atitude original diante das questões jurídicas.

3.2 O COMPORTAMENTO DOGMÁTICO

Os filósofos, entre eles HUSSERL, consideram que o comportamento dogmático corresponde a uma postura natural, isto é, a concepção da realidade própria ao viver natural, metafisicamente ingênuo, desprovido de um sentido mais profundo de problematização⁴⁷.

Para esclarecer tal afirmação BORNHEIM traz um exemplo apresentado pelo filósofo SARTRE em que analisa a cosmovisão da criança:

“A criança toma seus pais por Deuses. Seus atos como seus juízos absolutos, encarnam a Razão Universal, a lei, o sentido e a finalidade do mundo. Quando seres divinos descansam seu olhar sobre ela, este olhar a justifica imediatamente até o próprio coração de sua existência; confere-lhe um caráter definido e sagrado: posto que eles não se podem enganar, ela é como eles o vêem. Nenhuma hesitação, nenhuma dúvida encontra lugar em sua alma; sem dúvida ela só apreende de si mesma a sucessão vaga de seus humores, mas Deuses fizeram-se guardiães de sua essência eterna (...) essência verdadeira entre essências verdadeiras, ela tem seu lugar no mundo - um lugar absoluto em um mundo absoluto”⁴⁸.

Afirma Bornheim que, segundo HUSSERL⁴⁹ esta compreensão implícita do mundo é chamada de Generalthesis ou tese geral. A tese geral pode ser dimensionada em três aspectos, tal como a tese geral filosófica. Em primeiro lugar, no aspecto gnoseológico. Ou seja, para que se possa conhecer o direito deve-se pressupor a realidade jurídica como existente e aceitá-la exatamente como se mostra. Não há qualquer contradição nessa realidade e o jurista tem pleno acesso a ela. A afirmação da realidade jurídica não ocorre no sentido lógico, mas através do sentido reconhecido como verdadeiro e dos juízos formulados sobre ela. A atitude dogmática

(47) BORNHEIM, ob. cit., p. 5.

(48) BORNHEIM. Ob. cit. p. 35. cf Jean Paul Sartre. BAUDELAIRE. Paris, Gallimard, 1947. p. 59-60.

(49) Característica axiológica do comportamento dogmático, como tese filosófica geral. Cf. BORNHEIM, p. 38.

consiste em acreditar que a ciência jurídica, tal como a conhecemos é algo natural, dado e que, portanto, não deve ser julgado, apenas conhecido.

O segundo aspecto é de ordem ontológica. Ou seja, o direito é aceito como algo real e objetivo e nunca podemos pôr em dúvida a sua existência. O direito é transcendental ao homem e lhe é acessível porque realmente existe. O homem deve ter uma fé fundamental no que é jurídico.

Em terceiro lugar, o direito afirma-se como uma realidade dotada de valor objetivo: se o direito é uma realidade que tem um valor próprio, independente das valorações dos indivíduos, eu o aceito como existência objetiva.

Tal como na postura dogmática, tida como tese geral filosófica, no direito a tese jurídica nunca é posta em dúvida. Isto não impede, porém, que possamos duvidar da validade de determinadas regras jurídicas, mas não podemos duvidar da inserção dessas regras no sistema jurídico. Isto é, aceitamos a possibilidade de rever alguns aspectos para poder inserí-las harmonicamente no sistema e, mais uma vez, afirmar a tese geral.

A existência de uma atitude dogmática condiciona a **atividade jurídica**, o **conhecimento jurídico** e o **fazer técnico jurídico**.

Do ponto de vista dogmático a tese geral afirma a existência de um sistema de normas, de validade absoluta e que se manifesta através de uma estrutura que nunca pode ser posta em dúvida, isto é, que é evidente por si mesma. É uma certeza que se afirma pela crença no poder do Estado de elaborar normas válidas, inseridas num sistema formalmente constituído.

É possível pensar numa problematização radical da realidade jurídica? Como enfrentar a questão da certeza e da segurança, pressupostos para a continuidade da ciência jurídica? Tal postura nos leva a uma **aporia** já que o direito tem a sua existência condicionada a tais pressupostos.

A atitude crítica no direito não consiste em abalar fundamentalmente a tese jurídica geral, mas questionar os fundamentos da ciência jurídica. O que se espera então do professor, que através de sua atividade deve promover a compreensão dos fundamentos do direito e que precisa afirmar aos estudantes aquilo que os juristas práticos desconsideram?

O que se espera é que o professor faça incidir suas análises no fato de que a atividade jurídica, não é um mero fazer técnico que tem com produto um resultado, em um mundo de objetos já existentes⁵⁰.

3.3 O ESPÍRITO CRÍTICO NA ATIVIDADE JURÍDICA

O jurista, portanto, não pode pôr em dúvida a existência de um sistema jurídico que se exterioriza através de uma ordenação constituída pela certeza e pela segurança. Mas pode questionar aspectos do conhecimento do direito, do método e da ação jurídica.

De tal forma, o jurista não pode duvidar do caráter normativo do direito, sua importância para a realização prática da justiça, mas pode criticar o conteúdo das normas, o processo de sua elaboração como uma tarefa meramente técnica.

A postura dogmática é responsável pela exagerada valorização do princípio da certeza e da segurança jurídica o jurista dogmático infere essa certeza e segurança de um sistema que está solidamente constituído. Todo o seu comportamento está enraizado naquilo que ORTEGA y GASSET chama de crença⁵¹. Não se questionam os fundamentos ou a legitimidade do direito.

Como romper a dogmaticidade no âmbito do ensino jurídico? Em primeiro lugar é preciso admitir que o direito, apesar de exteriorizar-se em normas absolutas, convive com muitas contradições.

A experiência da negatividade, como pressuposto para a ruptura da dogmaticidade no direito, encontra o problema da eficiência jurídica. O direito é eficaz (dogmático), porém, muitas vezes, injusto. Admitir que a injustiça existe e que é difícil eliminá-la é o único meio de promover o progresso da ciência jurídica. A negação, diz BORNHEIM, tem certamente, em nosso pensamento, um valor metodológico. Ela corresponde a um momento de parada sem o qual a conquista da verdade seria, sem dúvida, impossível. Da mesma forma, cita KARL JASPER segundo o qual partir do negativo é a única força que faz progredir a explicação esclarecedora da realidade⁵².

(50) Apesar que o direito deve guardar uma conexão com a realidade e com as convenções jurídicas, e até porque a idéia de questionar a realidade jurídica, a afirma.

(51) BORNHEIM. Ob. cit., p. 44.

(52) Ob. cit., p. 44.

3.4 O VALOR PEDAGÓGICO DO ERRO PARA IMPULSIONAR A APRENDIZAGEM DO DIREITO

O aspecto sistemático, que informa toda a atividade jurídica, denota uma perfeição aparente que não resiste ao processo dialético. Por outro lado, historicamente, desde a mitologia grega, prospera a idéia de que é do caótico que nasce a ordem, assim também Heráclito não fosse a injustiça, não conheceríamos nem o nome justiça.⁵³

É com HEGEL que a experiência negativa se traduz em termos racionais, adquirindo uma feição filosófica, tomando o nome de contradição e passando a constituir uma das peças do processo dialético. O erro instaura a ruptura e possibilita a atitude da dúvida.

No universo do ensino jurídico, quando o aluno erra, toma consciência da própria ignorância e rompe as barreiras da dogmaticidade. A principal aplicação didática da ruptura na postura dogmática é a suspensão do comportamento usual e a definição da atitude crítica. Destrói-se momentaneamente a tese e passa-se ao perguntar crítico.

Juridicamente, essa ruptura possibilita um retorno aos fundamentos subjetivos do direito: a natureza, a vontade, a razão, o sujeito, que são essenciais para a instauração do processo de reflexão da realidade jurídica.

(53) BORNHEIM, Ob. cit., p. 52.

CAPÍTULO IV GENEALOGIA DAS FORMAS JURÍDICAS

“As antigas legitimações e a ordem normativa tradicional, vão gradualmente desaparecendo, dando lugar a novas formas de organização político - jurídicas, adaptadas e reconciliadas com a penetração e a dominação totalizadora de técnica e da ciência⁵⁴.”

4.1 A QUESTÃO DO METADISCURSO JURÍDICO

O direito é um modo de resolver casos concretos. Assim sendo, ele sempre teve uma particular aptidão para aderir à realidade: mesmo quando desamparado pela reflexão dos juristas, o direito foi, ao longo da história, procurando as soluções possíveis. A preocupação harmonizadora dos jurisprudentes romanos permitiu um passo da maior importância, que não mais se perderia: a procura incessante de regras pré-determinadas ou pré-determináveis para a resolução dos problemas. Assim, do direito se fez uma ciência⁵⁵.

O formalismo e o positivismo, ao lado do metadiscurso, geraram um distanciamento do direito. O resgate se dá pela busca das fontes clássicas, do direito romano. Promover uma verdadeira arqueologia e examinar essas peças com olhos de cientista: isenção e obsessão pela verdade.

(54) WOLKMER, Antonio Carlos. *in* Lições de direito alternativo. São Paulo: Acadêmica, 1991. p. 33.

(55) CORDEIRO, Manoel da Rocha e Menezes. *Da boa fé no direito civil*. Coimbra: Livraria Almedina, 1964, p. 24.

As características culturais da era em que vivemos devem ser claramente identificáveis, principalmente no âmbito do ensino jurídico.⁵⁶

Por outro lado, a multiplicação das demandas sociais, a polêmica dos modelos positivistas e do metadiscurso jurídico, exigem a utilização do pensamento problemático, que é multidimensional.

O abandono dos grandes sistemas filosóficos deu origem ao chamado ecletismo redutor⁵⁷.

A valorização da jurisprudência e a utilização da informática para implementação do exame das súmulas não significa uma especialização dos estudos jurídicos. Pelo contrário, o direito jurisprudencial⁵⁸ ao possibilitar a análise de questões contraditórias, para as quais, embora a lógica normativa seja importante, exige conhecimentos diferenciados da história, da sociologia, da economia e de muitas outras ciências.

A insuficiência dos modelos teórico-normativos é comprovada pela ineficiência das soluções jurídicas e pelo descrédito no poder da justiça.

Muitos poderão ver nessa valorização o perigo do arbítrio do subjetivo. A implementação de um discurso jurídico integral exige equilíbrio para que a qualificação das questões não resulte numa formação intuitiva de conceitos. Este fato, no que se refere ao ensino jurídico, deve ser agudamente observado para que não se confunda a aptidão natural do direito para buscar soluções criativas e ampliativas, com a simplificação e a falta de rigor científico.

O importante é aproximar, quanto mais possível o estudo do direito da realidade e essa aproximação com o seu verdadeiro objeto, não se faz através de formulações abstratas, mas da resolução de casos concretos.

Não se trata, entretanto, de isolar o ensino jurídico de suas bases teóricas e conceituais⁵⁹, mas de integrar as questões teóricas, complexas, às situações da vida.

(56) Embora os grandes sistemas jus filosóficos tenham sofrido grande desgaste com a ascensão do relativismo, do positivismo, principalmente do ceticismo que dominam as civilizações contemporâneas, no domínio jurídico, a filosofia e a ética têm sido muito prestigiadas, principalmente por aqueles que se iniciam no estudo da ciência jurídica, desejosos de abandonar os velhos modelos jurídicos funcionais.

(57) 3. HABERMAS. Jürgen. Conhecimento e interesse. Tradução de Joés N. Heck., Rio de Janeiro: Guanabara, 1987, p. 130.

(58) O direito jurisprudencial surgiu no Brasil com a primeira edição da Súmula de Jurisprudência Predominante do STF, em 28 de agosto de 1963. Tal direito abrange o estudo sistemático da jurisprudência como direito vivo, dinâmico, contraditório e fundamental para a aprendizagem jurídica. Cf. HORÁCIO WANDERLEY RODRIGUES. *Por um ensino alternativo do direito. Manifesto preliminar*. São Paulo: Acadêmica, 1991, p. 152.

(59) O hábito reflexivo está ligado ao conteúdo informativo, cf. Jürgen Habermas, *Conhecimento e interesse*, p. 132 e 133.

CANARIS⁶⁰ referindo-se à evolução do direito afirma que o seu dilema no século vinte é que perante problemas novos, ou se intensifica um metadiscorso irreal, inaplicável a questões concretas e logo indiferente ao direito, ou se pratica um formalismo ou um positivismo de recurso. Em qualquer dos casos, as soluções são inadequadas, ora assentes em fundamentações aparentes, ora escapado ao controle da ciência do direito.

Uma visão global do direito oferece direções para algumas atitudes originantes: o racionalismo que traz as bases para um novo pensar, ativo, militante nos moldes da epistemologia de Gaston de Bachelard, integrativo, buscando significações esquecidas nas virtualidades do real⁶¹, na estética, na dimensão do psiquismo moderno. Um novo ethos, baseado na responsabilidade dos que desejam aprofundar as investigações jurídico-consistentes, mas na pendência de convicções filosóficas, de atos de consciência.

Os fenômenos jurídicos só podem ser estudados e relatados através de observações objetivas, exteriores, revividas por imagens.

Num primeiro momento pode parecer imprudente afastar-se dos domínios seguros da lei e da doutrina para apreender, através de novas possibilidades, o caráter construtivo do ensino jurídico⁶². A jurisprudência é uma realidade virtual, pois, quando analisamos o caso jurídico concreto somos transportados para uma dimensão que impulsiona nossos sentimentos. É preciso participar do plano normativo e do plano da realidade, para que se possa ter uma visão estética integrativa da vida.

4.2 AS PALAVRAS

Os romanos distinguiam no direito antigo o sistema religioso *fas* do sistema jurídico *ius*. Etimologicamente *fas* provém do verbo *fari* que significa falar e segundo os doutrinadores, há um paralelismo curioso e instrutivo entre a expressão da vontade divina, *fari* e a expressão da lei civil para o magistrado. A palavra tem um poder misterioso e divino que os antigos

(60) CANARIS, ob. cit., p. XX.

(61) A formação do espírito científico, segundo Gaston de Bachelard, se dá pela tomada de consciência (A poética do devaneio, p. 2).

(62) Cf. BACHELARD, Gaston. A poética do devaneio. Tradução de Antonio de Pádua Davesi. São Paulo: Martins Fontes, 1988. p. 10.

denominavam *verba certa* e que se manifesta tanto no domínio religioso como no jurídico⁶³.

Há no direito uma dualidade místico-religiosa. As instituições romanas apresentam o contraste entre o caráter religioso, místico e o caráter profano. Por exemplo, ao lado de um casamento tipicamente religioso (*confarreatio*), um casamento a que Gaio chama de *imaginária venditio* (*coemptio*); contratos em que há sempre um lado místico, religioso, sacral, como no *foedus*, na *sponsio* e outros eminentemente laicos com a *mancipatio* e *nexum*⁶⁴; ações judiciais de que a religião participa como a ação da lei pelo sacramento e outras secularizadas, como a *vindicatio* e a *manus injectio*. Mesmo no direito criminal, a figura do *homo sacer* sagrado é execrado, proscrito, devotado aos deuses infernais, ao lado da *vindicta pública*. A própria pena, ora é meio de purificação, de essência mística, ora surge como meio de reparação⁶⁵.

No estudo do direito, a busca da precedência das formas jurídicas significa retomar elementos jurídicos originários que as interpretações históricas, muitas vezes, desconsideram. São significações justificadas do ponto de vista teórico - abstrato, mas que se distinguem como fontes do conhecimento jurídico, na dimensão antropológico - filosófica.

Convém esclarecer que uma genealogia das formas jurídicas não vincula o seu conteúdo à precedência das formas no sentido da posição filosófica ou científica que sustenta a anterioridade da forma em relação à matéria, principalmente do ponto de vista lógico. Pressupõe, antes, um retorno às questões primitivas e que se distinguem como fontes relevantes do conhecimento jurídico. Representa, como atitude espiritual, a busca arqueológica de fragmentos com liberdade de avaliação.

O direito romano emprega uma linguagem natural que o constitui. As palavras desempenham um papel ontogenético.

Por exemplo, a palavra *sententia*: o particular (*iudex*) que apurava a veracidade ou não dos fatos sobre os quais versasse a demanda, com base na apuração feita, dispondo da mais ampla liberdade na apreciação das provas, declarava, ao final, o que sentia, proferindo a *sententia* (do verbo *sentire*)⁶⁶.

(63) MEIRA, Silvio A. B. *Instituições de direito romano*. São Paulo: Limonad [19-] p. 36 e 39.

(64) *Mancipatio* e *nexum* significam *garantia popular* e correspondem no sistema religioso, ao juramento.

(65) Cf. MEIRA, S., ob. cit., p. 36.

4.3 A ACTIO

No processo romano as *actiones* (designavam cenas publicamente recitadas) deram origem às *legis actiones* que constituem declarações solenes perante o magistrado (*in iure*) ou em outro lugar (*ex iure, extra ius*)⁶⁷.

Do ponto de vista filosófico (grego) a ação é a fonte do significado da vida humana: é com palavras e atos que nos inserimos no mundo humano e esta inserção é como um segundo nascimento, no qual confirmamos e assumimos o fato original e singular do nosso aparecimento⁶⁸.

Os gregos acentuavam a **ação** e o **discurso**, em oposição ao conformismo, o behaviorismo e ao automatismo dos negócios humanos. Na *actio*, a presença dos litigantes perante o magistrado significa a possibilidade de agir e manifestar o seu inconformismo, publicamente, através da palavra, revelando sua identidade, sua originalidade. Os litigantes, ou seja (*is qui agit*) e o que hoje chamamos de réu (*is cum quo agere vult*) ficam vinculados por uma relação processual que nasce a partir do início do litígio e se mantém durante todo ele, com independência inclusive da relação material subjacente⁶⁹.

Sob o aspecto jurídico, portanto é através da *actio* que representava a **ação** e o **discurso**, que o sujeito ingressava no mundo jurídico, dando origem à relação material e esta relação corresponde à inserção filosófica: quando o homem litiga, se enraíza no próprio processo da vida, na medida em que, se ajusta à realidade, apropria-se dela e a submete a um rigoroso processo de cognição⁷⁰.

O vínculo processual dá início a uma **atividade** que se exterioriza através das alegações. Como afirma o prof. Aloísio SURGIK há uma intervenção ativa dos cidadãos nos julgamentos⁷¹.

(66) SURGIK, Aloísio. *Lineamentos do processo civil romano*. Curitiba: Cultura, 1990., p. 18.

(67) SURGIK, Aloísio. *ob.cit.*, p. 14.

(68) ARENDT, Hannah. *A condição humana*; tradução de Roberto Raposo, 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993, p. 16-22.

(69) SURGIK, Aloísio. *Ob. cit.*, p. 14.

(70) ARENDT, Hannah. *Ob. cit.* p. 22.

(71) SURGIK, Aloísio. *Ob. cit.*, p. 20.

4.4 A CULPA

O sentimento da **culpa**, da obrigação pessoal, teve sua origem na mais antiga e mais originária relação pessoal que há, na relação entre comprador e vendedor, credor e devedor. Aqui entra pela primeira vez, pessoa contra pessoa. Ainda não se encontrou nenhum grau de civilização tão baixo em que já não se notasse algo dessa relação. Fazer preços, medir valores, inventar equivalentes, trocar...⁷².

À culpa corresponde o sentido de responder por si que se prende à noção de responsabilidade e de consciência, **responder por si** como GEWISSEN e que se refere etimologicamente ao verbo *gutsagen*, formado das palavras *gut* (bom) e *sagen* (dizer): oferecer garantia, dar a palavra de que algo é bom⁷³, ou seja, a responsabilidade nasce da consciência e a consciência se estabelece através da memória⁷⁴. O capítulo da responsabilidade civil, da reparação do dano, é o mais importante do direito privado, não só pela possibilidade de resguardar os interesses privados, **mas pelo fundamento subjetivo que representa**.

No fragmento sobre o espírito do cristianismo, Hegel dá exemplo de como o dano pode ser interpretado através da eliminação da base ética. O criminoso que elimina a base ética, a saber, a complementariedade de uma comunicação sem coação e a recíproca satisfação de interesses, ao pôr-se a si mesmo como particular no lugar da totalidade, inicia o processo de um destino que também o há de ferir. O criminoso confronta-se com o poder da vida que falta. A reparação do dano representa o estabelecimento da vantagem vital⁷⁵.

Em Roma, os interditos proibitórios e as **ações arbitrárias** eram as **instituições processuais** mais importantes e que possibilitavam ao réu, ou renunciar a qualquer ação contrária à lei, ou sofrer as punições pelos atos praticados. O objetivo de todas as penalidades era, por um lado, resguardar os interesses privados e por outro, tinham uma finalidade **estética**⁷⁶, qual seja, a de obter a reparação para o sentimento de justiça⁷⁷.

(72) NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm, *Obras incompletas*. São Paulo: Abril Cultural, 1983. P.305. Os pensadores.

(73) VIEWIG, David. *Tópica e Jurisprudência*, Brasília. UNB. [...] p. 51.

(74) VIEWIG, Ob cit., p. 51

(75) HABERMAS, Jürgen. *Técnica e ciência como ideologia*. Tradução de Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 1968. p. 18.

(76) A reparação do dano não pode distanciar-se dessa finalidade estética sob pena de a doutrina da responsabilidade civil ficar reduzida à mera contabilidade de perdas e danos.

(77) IHERING, Rudolf Von. *A luta pelo direito* 4ª ed., tradução de Richard Paul Neto. Rio de Janeiro: Rio, 1983, p. 50.

No direito antigo, a violação à lei tinha fundamentos subjetivos que exteriorizavam a valorização do sentimento de justiça. As significações subjetivas atuais, na busca de compensações pecuniárias, cada vez maiores, esquecem esses fundamentos e os valores que os representam. As ações de indenização perderam o caráter de uma comunicação ética. A complementariedade é apenas material⁷⁸.

4.5 A BONA FIDES

A *bona fides*, instituto emblemático para o direito teve o seu reconhecimento jurídico a partir da *fides*, nas origens do direito romano e que a partir dos elementos históricos conhecidos dão, da fides primitiva prismas semânticos diversificados e que se referem à *fides - sacra*, à *fides - facto* e a *fides - ética*⁷⁹.

Os *bonae fidei iudicia* como afirma Menezes Cordeiro trouxeram uma nova problemática, de base processual, já que o sistema jurídico romano, com base na atribuição concreta das ações, não se assentava no reconhecimento abstrato de posições subjetivas⁸⁰. Mormente após o advento do processo formulário através da *lex aebutia*. Cordeiro, analisando as enumerações e os elencos apresentados pelos jurisconsultos romanos, afirma não serem sempre coincidentes, orientando-se, contudo, para os dois contratos que representam a gênese das ações civis: compra e venda e locação e projetando-se, alargando sua atuação e incluindo a tutela, a sociedade, a fidúcia e o mandato. Segundo ele, em qualquer dessas quatro figuras jurídicas, é patente a ligação pessoal dos intervenientes, em vez da mera permuta econômica⁸¹.

Outro instituto, a *exceptio doli*, teria importância determinante a partir dos chamados *bonae fidei iudicia*, pois de acordo com as regras do processo formulário, a parte interessada tinha de conseguir, do pretor, a inserção, na fórmula, da referência expressa ao dolo, para que dele o juiz indagasse. Nos *bonae fidei iudicia*, a inserção não era necessária: a *exceptio doli* seria inerente, no sentido de dever sempre ser indagada pelo juiz, desde que lhe deparasse um *oportet ex fide bona*⁸².

(78) CORDEIRO, ob. cit., pp. 53, 54.

(79) Ob. cit., p. 53/54.

(80) Ob. cit., p. 71

(81) Ob. cit., p. 76.

(82) Ob. cit., p. 85.

O exame da boa fé conduz-nos à análise da atuação do pretor, destacadamente na prática jurídica privada. O pretor consagrou a boa fé e inseriu-a na sua competência para *ius dicere*, não através de uma interpretação moral das normas oriundas da *fides*, mas como utilidade jurídica⁸³.

A fórmula, como o mais importante dos elementos estruturais do processo formulário romano é destacada aqui como elemento novo e de grande importância por estar ligada aos novos poderes do magistrado.

A fórmula é, por assim dizer, o fulcro sobre o qual todo o processo gira e, como diz GIRARD, toda a fase da instância que se passa *in iure* não tem outro fim e outro termo que não seja a concessão da fórmula pelo magistrado⁸⁴.

Destaca-se neste período a atuação do pretor, ao conceder por exemplo, ao autor contra o réu, que não se dispunha a obedecer à citação, nem fornecia um vindex, uma ação pretória destinada a impor-lhe uma multa. Subsiste o direito do autor de recorrer à força para trazer o réu a juízo, reforçado por uma ação penal *in factum*, dirigida contra aquele que, *in ius vocatus neque venerit neque vindicem dederit*. E houve também uma ação contra aquele que libertava pela força o réu arrastado a juízo pelo autor, *qui vi exemerit cum qui ius vocatur*⁸⁵.

Referindo-se ao processo *per fórmulas* o prof. Aloísio SURGIK assim se expressa:

“Informa-nos Gaio que a sanções da lei, aos poucos vieram a tornar-se odiosas. Pois, pela excessiva sutileza dos antigos fundadores do direito, chegou-se a tal extremo que perderia a demanda quem cometesse um erro, por mínimo que fosse. Assim pela lei ebúcia (século II antes de nossa era), tais ações foram supressas, passando - se a proceder nos litígios por meio de um conjunto de palavras, isto é, por fórmulas, somente sendo permitido agir pela lei em dois casos: no de dano iminente (*dammi enfecti*) e no caso em que o julgamento tivesse que se desenrolar diante dos centúvirov.⁸⁶”

(83) A *fides* teria sido incorporada antes mesmo da atuação pretoriana, através dos *arbitrati privati*. Menezes Cordeiro, ob. cit., p. 99.

(84) MONCADA, Luis Cabral de. *Elementos de história do direito romano*. Coimbra, 1923, p. 380.

(85) Ob. cit p. 380.

(86) Surgik. Ob. cit., p. 47.

Segundo o prof. SURGIK as ações da lei vieram a se tornar odiosas porque o processo formulário já vinha sendo introduzido nas províncias, com bons resultados, pois atenuava o rigorismo daquelas. Gaio não era romano, mas natural da Ásia Menor. Foi à Roma afim de estudar direito, mas depois voltou para a Ásia Menor, onde desenvolveu funções de professor de direito. Eis a razão porque, para as províncias, as reações da lei eram verdadeiramente odiosas.

Cabral de Moncada referindo-se à fórmula e às suas expressões, alude ao fato de que imprimiram a mais delicada compreensão do direito, tidas pelo magistrado *in iure*. Uma maior quantidade de justiça e um maior espírito de equidade nas decisões do juiz, como nas ações *bonae fidei*, nas ações arbitrárias e nas ações *in bonum et aequum concepta*, refletiram os benefícios do processo por fórmulas.

A fórmula era um pequeno relatório ou instrução escrita e elaborada pelo magistrado, na qual este fixava, de uma maneira sintética e em poucas palavras termos essenciais da controvérsia⁸⁷. Era na fórmula que o magistrado expressava sua opinião jurídica depois de ter ouvido as partes e procurado os fundamentos da questão. A entrega da fórmula pelo magistrado encerrava a fase *in iuri* do processo e tinha início a *litis contestatio*.

A fórmula atestava que entre as partes havia um pleito, sobre um certo objeto, e em certos termos, sobre o qual delas fixavam desde este momento o direito de obter uma sentença. Como se vê, no processo por fórmula o dever do magistrado ou do pretor era atender, não só diretamente às pretensões das partes e ao seu fundamento, em si mesmos considerados, mas aos preceitos do direito civil, aos do direito pretório ou, por último à justiça intrínseca das situações.

O magistrado podia conceder uma fórmula denominada *in ius concepta*, se o pedido tivesse caráter legal e estivesse em harmonia com o *ius civile*. Se a pretensão, porém não tivesse apoio no *ius civile*, mas no edito do pretor, através de uma cláusula que a garantisse, o magistrado tinha de dar ao autor uma ação pretória, e uma fórmula *in factum concepta*.

Se, porém, a pretensão não tivesse apoio nem no *ius civile*, nem no edito do pretor, representando um caso inteiramente novo, se o magistrado entendesse que era um dos casos em que se impunha, em nome da equidade, dar a ação ao autor, ele dar-lha-ia por sua própria autoridade

(87) MONCADA. Ob. cit., p. 386.

e redigiria para ela também uma fórmula que se chamava neste caso *concepta in factum*. Moncada cita Gaio, IV 46 e 47:

*“ceteras vero in factum conceptas vocamus, id est, in quibus nulla talis intentio concepta est, sed iníitio formulae nominato eo quod factum est adjiciuntur ea verba per quae judici damnandi absolvedive e potestas datur”*⁸⁸

Como se vê, a fórmula, além de atender ao direito invocado pelo autor, procura realizar a justiça em referência a um fato não referido no *ius civile* ou no edito do pretor.

Além dessas partes essenciais, o processo por fórmulas aumentou as possibilidades de aplicação da justiça através da *exceptio* e da *praescriptio*.

A *exceptio* é uma fórmula de defesa do réu, que consiste em contrapor ao pedido do autor, não uma negação do seu direito, mas um certo fato ou um certo outro direito que se provarem, hão de paralisar a eficácia do pedido. O juiz só pode condenar o réu se se provar a *intentio* e se não se provar a *exceptio*.

A *praescriptio* podia ser no interesse do autor (*ex parte auctoris*) a fim de limitar e precisar o seu pedido, por exemplo, quando o comprador deseja determinar os limites do cumprimento da obrigação ao comprar um prédio, dizendo o modo pelo qual lhe convém seja a *transferência*: *ea res agatur de fundo manipondo*, para que mais tarde ficasse privado de pedir a tradição do prédio⁸⁹.

A *praescriptio* no interesse do réu (*ex parte rei*) é uma espécie de exceção que tem apenas de particular o lugar que ocupa na fórmula.

Cabral de MONCADA assegura que o exemplo mais importante das *ex parte rei* é fornecido pelos *praejudicia* que são questões prévias e cuja alegação tem por fim e efeito afastar o pedido do autor sob pretexto de que a decisão do juiz na questão controvertida poderia dar como resolvida uma questão mais importante e que importava resolver primeiro. Se, por exemplo, alguém reivindicava um prédio que fazia parte de uma sucessão, da qual o reivindicante se pretendia herdeiro, o réu podia repeli-lo com uma

(88) MONCADA, ob. cit., p. 388.: “realmente invocamos estas coisas concebidas no fato, isto é, nas quais nada é concebido intencionalmente, mas, o princípio da sentença fundamenta-se a si mesmo no fato, ao qual é juntada a palavra, pela qual o Juiz, pode ordenar ou absolver a partir do seu poder.”

(89) MONCADA, Cabral de. cf. GAIO, IV, 132 (a) p. 394.

prescriptio ou *praejudicium*, contestando-lhe essa qualidade; pois, sem se resolver se o autor era herdeiro ou não, a questão da reivindicação devia considerar-se prejudicada. E neste caso o magistrado inseria na fórmula a *praescriptio* (*ea res agatur si in ea re praejudicium heredari nom fiat*) a fim de advertir o juiz de que ele não deveria julgar sobre a reivindicação, a não ser que a sentença não considerasse como resolvida a questão da sucessão⁹⁰.

O prof. Aloísio SURGIK afirma que graças ao processo formulário, construído, segundo ele, sobre os ditames do bom senso e da honradez mútua, podiam alegar-se sempre, sob a forma de exceções, todas as razões que pudessem favorecer ao réu. Esta defesa era realmente muito eficaz, já que se o réu conseguisse provar sua alegação, não só poderia ser absolvido totalmente da condenação, como anularia para sempre o direito do autor, tendo em vista o princípio de não se poder litigar mais que uma vez sobre o mesmo objeto e entre as mesmas partes⁹¹.

4.6 A EQÜIDADE

A eqüidade representa ao lado da *bona fides* o espírito subjacente ao processo formulário, como um novo processo, que ao contrário do antigo, se despia de todo o formalismo arcaico e materialista, do seu ritualismo simbólico⁹². E dava oportunidade ao povo de exteriorizar seu direito, de maneira livre.

Já Aristóteles na *Ética a Nicômaco* trata do dilema entre a justiça e a eqüidade e sugere a solução ao afirmar que ambos não são valores diferentes, mas caminhos diferentes para chegar ao mesmo valor jurídico. A eqüidade é a busca do justo, mas pela via indutiva, conquistado e extraído da *natura rerum*, ao contrário de um direito justo ao qual se chega pela dedução de princípios jurídicos gerais. A valorização da eqüidade como um princípio geral de interpretação harmoniza-se com o conceito de direito: realidade que tem o sentido de se achar ao serviço da justiça⁹³.

(90) MONCADA, Cabral de. cf. GAIO, IV, 132 (a) p. 134.

(91) Cf. SURGIK. Ob. cit., p. 62.

(92) MONCADA, ob. cit., p. 380.

(93) RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do direito*. tradução do prof. L. Cabral de Moncada. 6ª ed. Coimbra: Armenio Amado, 1979, p. 91.

A *natura rerum*, na doutrina jurídica de Cícero, significa o único critério legítimo para a justiça, numa ordem especulativa de caráter prático, comandado pela razão (*ratio*).

A eficácia social do direito deve à sabedoria jurídica dos romanos, o mérito de terem transformado o rígido direito primitivo num sistema flexível, capaz de se converter no direito comum de um império multinacional, e, para além do seu limite temporal, no de todo universo cultural⁹⁴.

De acordo com TRUYOL SERRA a fundamentação do direito através da natureza racional dos homens, de acordo com o princípio da *humanitas*, proporcionou a determinação de um novo critério valorativo. Esse critério valorativo introduziu modificações à legislação, humanizou a aplicação do direito, através de uma interpretação mais ampla, orientada pelo direito natural. De acordo com a equidade o jurisconsulto já não era escravo da lei mas um sacerdote da justiça na visão de ULPIANO⁹⁵.

A doutrina do direito natural compartilha dos princípios do *aequum ac bonum*. Na doutrina clássica a equidade é o juízo do *bonus*.

A mesma noção de equidade passou de Aristóteles a Santo Tomás de Aquino quando afirma que é impossível que as leis possam regular as questões particulares e contingentes. A lei, por isso, não pode abranger todos os casos. De acordo com São Tomás, se a lei determina que os depósitos sejam restituídos, porque é justo, mas em outros casos pode ser nocivo. Por exemplo, se um louco, que deu em depósito uma espada, a exige em acesso de loucura, ou se alguém exige um depósito para lutar contra a pátria. Nesses e em outros casos semelhantes, seria um mal observar o que reclamam à idéia de justiça e à utilidade comum. E com isto se harmoniza a *epieiqueia*, que nós chamamos de equidade (*Summa Theol.*, II parte, 2a., *qua est.*, CXX)⁹⁶.

“STROUX chama a atenção para o fato de, na Grécia, como em Roma, o direito resultar, primeiro, da tradição oral. O progresso esteve pois na sua fixação em lei... que o eleva acima do arbítrio e da deturpação, e também, acima do tempo. O direito fica ligado acima do arbítrio, enquanto a vida não pára no seu desenvolvimento: a linguagem humana não permite arranjar

(94) SERRA, A. Truyol. *História da filosofia do direito e do Estado*. 3ª ed. Lisboa: Novas Profissões, 1990, p. 162.

(95) Ob. cit., p. 164.

(96) RÁO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*. 3ª ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 1991, p. 65.

expressões perpetuamente. Em Roma, junto do ultraformalismo da lei das XII Tábuas, aparece também a eqüidade, corporizada no edicto do pretor; a quebra das pretensões de validade geral das normas jurídicas fornecem a via por onde entra a eqüidade. A tensão entre a norma de formulação geral e a eqüidade - manifestação as singularidades da vida - surge em todos os direitos. Entre os romanos, a *interpretatio iuris*, tem um papel relevante.⁹⁷

4.7 CRÍTICA AO DIREITO JURISPRUDENCIAL

O estudo das concepções doutrinárias sobre o papel da jurisprudência como fonte do direito demonstra que evoluímos do rigorismo da interpretação exegética para concepções que cada vez mais valorizam a realidade social e o papel criador do juiz, seja para elaborar as decisões, seja para suprir as lacunas do direito.

Na verdade, se buscarmos a etimologia da palavra jurisprudência veremos que indica (juris+prudência) as manifestações dos jurisconsultos romanos diante de problemas concretos e que as grandes codificações, a partir do código de Napoleão⁹⁸ deturparam esse sentido original.

A aplicação do direito como arte não significa que não se possa elaborar cientificamente uma teoria da aplicação da lei, mas, antes, visa retomar as origens da jurisprudência romana quanto à valorização da experiência social. Neste sentido o direito é arte porque se renova constantemente, buscando ajustar-se às exigências da vida.

A jurisprudência de segundo grau desempenha um papel muito importante, pois pode ser considerada verdade provisória de ordenamento, porque, mudando as condições sociais, emergirá nova jurisprudência, que se contraporá dialeticamente à primeira, em novos casos⁹⁹.

No Brasil, a força vinculativa da jurisprudência, como fonte do direito, está submetida ao processo de uniformização, previsto no código de processo civil brasileiro. Só constitui, portanto, jurisprudência, o conjunto de decisões do poder judiciário, referente a determinado assunto, num mesmo sentido uniforme e reiterado¹⁰⁰.

(97) CORDEIRO, Menezes. Ob. cit., p. 141.

(98) Já com Justiano este processo teve início (483-563) ao dar força de lei às decisões dos antigos jurconsultos (*CORPUS JURIS CIVILIS*).

A sistematização e a limitação do poder do juiz, principalmente de primeiro grau, de buscar livremente nas manifestações judiciais, motivação e embasamento para novas decisões, são fatores impeditivos da justiça.

O prof. Aloísio SURGIK afirma que “no processo romano a missão do juiz, apesar de respaldada pela *iurisdictio* pretoriana com a ratificação da nomeação, supõe uma atuação livre, não submetida a qualquer tipo de limitação. Sua missão de conhecer e decidir tem somente os limites que se lhe impõe em cada caso a própria estrutura da fórmula, base jurídica final onde radica sua competência. O dever estritamente jurídico e processual vincula o *iudex*, obrigando-o simplesmente a não sair dos limites exatos que lhe marca a fórmula. Contudo, manifestando-se dentro desse marco, seus atos concretos ficam, ao menos em princípio, sem nenhuma vinculação com a magistratura, mas tão somente sujeitos às regras da moral, da honra, da boa fama, etc, que atuariam geralmente como contrapeso de uma atuação judicial com tal liberdade.

É este curioso dever, que não chega a ser jurisdicional, nem puramente jurídico e que, de alguma forma, fica salvaguardado somente pela própria honradez do julgador, que as fontes qualificam de *officium iudicis*¹⁰¹.”

O trecho citado mostra que a atuação do juiz, mais do que significar um exercício de aplicação da lei, expressa o elevado dever de comparecer como árbitro das questões humanas.

José Guilherme de SOUZA considera que “,tendo o juiz jurisdição e competência, suas decisões virão carregadas de conteúdo atributivo de direitos (...). Ora, se o juiz diz o direito ele o está dizendo num esquema lógico em que se transpõe a decisão e seus efeitos do plano do direito objetivo, para o plano do direito subjetivo. Ao dizer o direito o juiz está, portanto, criando o direito, porque dele, como de uma fonte, brota um ato atributivo(...) componente de um processo que gera a norma como relação de aproximação entre o indivíduo e o meio social de um lado, e entre o direito vigente e a justiça - como seu único valor, imanente e permanente¹⁰².” O encanto peculiar da jurisprudência romana ressaltado por SAVIGNY, está em constituir-se *an eternal dialectical research and open system*

(99) SOUZA, José Guilherme de. *A criação Judicial do direito*. Porto Alegre: Fabris, 1989, p. 30.

(100) SOUZA, JOSÉ. *Ob. cit.*, p. 39.

(101) SURGIK, Aloísio. *Lineamentos do processo civil romano*. cf. José Luiz MURGA. p. 22.

(102) Souza, *ob. cit.*, p. 38-39.

onde o juiz exercita sua própria *dicaiosine*, por meio de considerações medidas e vinculadas¹⁰³.

David VIEWYG utiliza a expressão busca pelo direito afirmando que esse modo de trabalhar permite aos juristas entenderem o direito não como algo que se limitasse a aceitar, mas como algo que eles constroem de uma maneira responsável. Toda sua responsabilidade está comprometida nisso, e como afirma IHERING seu orgulho não é só do tipo intelectual, senão também do tipo moral. Segundo ele, as instituições processuais mais importantes que colocavam o réu diante da alternativa de renunciar à sua atitude temerária, para livrar-se de quaisquer conseqüências desfavoráveis ou ser declarado culpado duma violação consciente da lei e sofrer a punição correspondente, eram duas: os interditos proibitórios do pretor ou as *actiones arbitrariae*. Se não cumprisse o preceito formulado pelo magistrado ou pelo juiz, cometia um ato de desobediência, de insubordinação. Com isso punha em jogo não somente o direito do autor, mas a própria lei corporificada na autoridade de seus representantes. E o desrespeito à lei impunha resguardar não só os interesses privados, mas tinham uma finalidade estética, qual seja de obter uma reparação para o sentimento de justiça, de restaurar a majestade da lei menosprezada. Vê-se que o dinheiro não representa um fim em si, mas apenas um meio de atingir uma finalidade¹⁰⁴.

O cientificismo jurídico, na busca de construir teorias sobre os métodos de interpretação do direito, não supera em sabedoria e praticidade a jurisprudência romana clássica e nem a suave força de sua linguagem natural¹⁰⁵.

A jurisprudência hoje, como um conjunto de decisões uniformes de segundo grau, é muito limitada, pois, como afirma José Guilherme de SOUZA, tais decisões emitidas pela segunda instância, não são, na verdade, materialmente produzidas na primeira instância, salvo raríssimas exceções. A criação do direito se processa em nível de recurso.

Por que as sentenças de primeiro grau não formam jurisprudência? Segundo Carlos Maximiliano na obra, **Hermenêutica e aplicação do direito**, o julgado, para constituir precedente, vale sobretudo pela motivação respectiva. O argumento científico tem mais peso que a autoridade¹⁰⁶.

(103) VIEWYG, ob. cit., p. 60.

(104) IHERING, ob. cit., p. 103.

(105) Os romanos definiam jurisprudência como a ciência do justo e dos injustos, portanto num sentido bastante amplo e abrangente.

(106) SOUZA, ob. cit., p. 39.

CAPÍTULO V

TEORIA DO ESTUDO DO DIREITO ATRAVÉS DA JURISPRUDÊNCIA

5.1 A COMUNICAÇÃO JURÍDICA ATRAVÉS DO CASO CONCRETO

O direito pertence ao conjunto de ciências, como a história, a economia, a literatura, a arquitetura que tem a mesma realidade: a espécie humana. Tais ciências refletem o complexo natural, constituído através de intersubjetividade.

O sistema jurídico faz parte de um complexo vital que é o domínio das ciências do espírito e que requerem uma atitude especial face aos objetos de conhecimento.

O acesso à realidade jurídica não pode ser limitado por condições experimentais, pois o sujeito que a examina carrega consigo um conjunto de experiências, sendo, portanto, o expectador e o ator ao mesmo tempo. O sujeito cognitivo, no domínio do direito tem como substrato, sempre determinada realidade, vivida efetivamente por alguém, em condições concretas e não hipotéticas. Portanto a comunicação jurídica se realiza através da compreensão de situações que são reproduzidas. Sua compreensão combina sempre a experiência com a apreensão abstrata.

Nas ciências do espírito, o conhecimento se faz através de uma articulação global¹⁰⁷ e as experiências surgem como dados originários.

(107) Habermas, Jürgen. *Conhecimento e interesse*. Rio de Janeiro, 1987, p. 158.

Afirma HABERMAS que, segundo Dilthey, a lógica das ciências do espírito está circunscrita à inter-relação entre vivência, objetivação e compreensão¹⁰⁸.

A jurisprudência é um conjunto de significações que manifesta, de modo intenso, uma série de expressões vitais e é muito mais concreto imaginá-las através da reciprocidade, da transposição, da compreensão. Essa compreensão reproduz, não só as experiências exteriores, mas os sentimentos, os estados psíquicos das pessoas.

Quando os problemas jurídicos são apresentados para exame, o estudante deve objetivá-los através de suas finalidades simbólicas, atribuindo-lhes um sentido.

O processo reflexivo possibilita a interpretação vivenciada, ou seja: a comunicação pressupõe a integração do conjunto de objetivações anteriores.

No estudo do direito, o sujeito que conhece precisa também produzir o conhecimento para que possa entendê-lo.

A apreensão e a interpretação da jurisprudência deve ser realizada de modo que o estudante imagine estar vivendo situações de sua própria vida. Quando examina um caso concreto, ele agrega um conjunto de relações, de dados, de significados que refletem o universo histórico que o circunscribe. Como as situações jurídicas são situações da vida, elas se tornam compreensíveis porque são apreendidas numa relação de totalidade. A realidade jurídica deixa de ser exterior, para integrar o processo vital que envolve a espécie humana, em sentido global.

Na interpretação da jurisprudência a compreensão vital é o ponto de partida. O conhecimento jurídico não é pré-requisito, e o que se apresenta como ponto de partida é, apenas a interpretação da linguagem, do significado das expressões jurídicas, para que se chegue ao sentido do caso.

Após essa compreensão primeira, o estudante faz generalizações e correlações com os princípios jurídicos gerais. Através de um processo indutivo, os conhecimentos gerais são transmitidos por meio de uma situação individual, dentro de conexões concretas¹⁰⁹.

(108) Cf. HABERMAS, ob. cit., p. 160.

(109) ob. cit., p. 174.

A comunicação da jurisprudência se torna mais efetiva quando o estudante formula hipóteses para a solução dos problemas jurídicos.

A explicação da linguagem deve ser associada às vivências que o sujeito já possuía, e a compreensão depende dos elementos fáticos já existentes. Essa compreensão se apóia num conjunto comunicativo que reúne não apenas elementos lingüísticos, mas ações e vivências que refletem a sociedade.

Na interpretação da jurisprudência, através da compreensão do sentido do texto, a experiência vital é comunicada indiretamente.

Ao estudar o direito através do caso concreto, a experiência da aprendizagem se constitui na comunicação do estudante com os outros sujeitos. Isto é, os conhecimentos válidos só podem ser entendidos por meio de intersubjetividade.

A linguagem objetiva da jurisprudência é o meio pelo qual se realiza a interação entre os sujeitos que aprendem numa espécie de comunidade lingüística. Há um ser-comum em todas as concepções jurídicas, pela unidade e pelas semelhanças que apresentam.

O exame do caso concreto ultrapassa a interpretação de proposições teóricas e possui o status dos fatos que estão empiricamente disponíveis. Associa-se a experiência à interpretação gramatical. A lógica dos conceitos universais não se adapta à compreensão das questões humanas, que deve ser articulada às experiências individuais.

Apesar de refletir as relações humanas concretas, a jurisprudência se exterioriza através de uma linguagem organizada sobre conceitos universais. Para que se alcance sua compreensão é preciso operar com as chamadas formas elementares da compreensão hermenêutica, a saber: expressões vitais, ações e expressões vivenciais¹¹⁰.

Da mesma forma que as expressões verbais na comunicação das ciências do espírito podem ser dissociadas das conexões com a vida concreta, também, na linguagem jurídica, as interpretações verbais revelam o conteúdo racional, os juízos daqueles que o elaboram, numa espécie de linguagem formal, absoluta.

(110) HABERMAS, ob. cit., p. 175.

Porém, na verdadeira interpretação, as significações individuais têm o papel de suprir um vácuo gerado pela expressão meramente verbal.

A jurisprudência¹¹¹. se expressa através de uma linguagem que precisa ser apropriada pelos sujeitos: da mesma forma que a comunicação semântica não basta para que se alcance a compreensão do caso concreto, há um sentido individual, que expressa as relações vitais e que gera uma tensão entre o sentido geral e a expressão vivencial¹¹².

As ações jurídicas concretas, por mais evidentes que possam parecer, também necessitam de uma interpretação. Mesmo que o sujeito, ao defrontar-se com uma questão jurídica, identifique-se plenamente com ela, é necessário uma certa neutralidade para que possa ser examinada objetivamente e não se confunda com o próprio sujeito.

Além das expressões verbais e das ações, a hermenêutica deve ocupar-se também das manifestações vitais, ou seja, das expressões humanas, fenômenos psicológicos de expressão e que, no contexto amplo da avaliação jurídica, desempenha um papel importante.

A compreensão hermenêutica, como um conhecimento que não pode prescindir da experiência, apóia-se na relação dialógica¹¹³.

A reflexão jurídica, através do caso concreto, reproduz de certo modo, as experiências e vivências particulares dos sujeitos. A compreensão de uma situação jurídica determinada precisa de uma visão retrospectiva, tal como, a história de um determinado conceito ou categoria jurídica, as concepções que historicamente foram sendo construídas através da atividade jurídica.

Talvez a consequência mais importante da aplicação de uma teoria da comunicação à interpretação jurídica, porém esteja presente na necessidade de uma conexão vital objetiva. A interpretação jurídica, neste sentido, está ligada ao contexto da aplicação do direito, num determinado momento histórico e afirmaria as características dos indivíduos concretos que se relacionam. A essa conexão vital HABERMAS chama de “unidade de razão e emprego interessado na mesma”¹¹⁴. O emprego interessado da razão

(111) A expressão jurisprudência é utilizada ao longo deste trabalho no sentido subjetivo, tal como os romanos a definiam significando a noção científica das leis, ligada à capacidade de aplicação aos casos concretos. Cf. DE PLÁCIDO E SILVA, *Vocabulário jurídico*, vol. III, p. 34.

(112) HABERMAS, *ob. cit.*, p. 177.

(113) *Ob. cit.*, p. 191.

(114) HABERMAS, *ob. cit.* p., 229.

significa que os interesses adquirem um peso valorativo **capaz de orientar** o conhecimento.

No plano jurídico, a articulação entre conhecimento e interesse tem como finalidade orientar o conhecer das questões jurídicas para conjuntos vitais determinados social e antropologicamente.

Quando situamos o direito numa dimensão estética, a comunicação jurídica e a interpretação desempenham um papel decisivo, não só como método de conhecimento, mas como para a difusão de uma consciência jurídica.

O estudo das decisões jurídicas, ou direito jurisprudencial, é uma forma de conhecimento jurídico. Como tal, não pode prescindir das premissas de uma teoria do conhecimento.

A crítica do conhecimento jurídico através da jurisprudência discute o problema do saber - no caso, do saber jurídico.

A posição de Jürgen HABERMAS de que o saber não pode ser isolado de suas conseqüências, leva a uma abordagem dialética: Não é pela contemplação de algo, na suposta apropriação conceitual daquilo que as coisas são num determinado instante, que os homens aprendem, mas pela transformação desta coisa, pelas conseqüências que sem saber operam no real¹¹⁵.

A jurisprudência, como discurso prático, abre caminho para a reflexão jurídica e abala as estruturas do cientificismo que atingiu também a ciência jurídica, instaurando uma postura segundo a qual o direito não é uma forma de conhecimento, mas identifica-se com ele. O direito, dentro dessa perspectiva, justifica-se não pela sua estrutura, mas pela sua validade. O pensamento positivista absolutizou a metodologia pura em detrimento de uma crítica do conhecimento.

Na teoria crítica recente, o ceticismo e a dúvida metódica dão lugar a uma postura crítica comprometida com os princípios fundamentais do racionalismo¹¹⁶. O racionalismo jurídico percorre os caminhos da formação da consciência jurídica. Essa consciência parte de dois elementos já dados: a existência dos sujeitos da relação jurídica e o sistema normativo. A reflexão sobre o conhecimento jurídico, sua possibilidade e outras questões

(115) HABERMAS, ob. cit., p. 15.

(116) Ob. cit., p. 36.

acontecem no interior da experiência jurídica: isto é, procede-se a uma crítica fenomenológica pressupondo a existência de um saber jurídico produzido fenomenologicamente pela experiência jurídica. Substitui-se a crítica abstrata, pela crítica fenomenológica.

A experiência fenomenológica, no âmbito do conhecimento jurídico, especialmente no direito jurisprudencial, traz à luz a discussão da auto-crítica através da reflexão. Só a reflexão permite a auto-constituição da consciência jurídica. Tal consciência nasce da observação sistemática do fenômeno jurídico e da identidade do sujeito que observa com as identificações apresentadas pela jurisprudência. O saber jurídico é resultado de um processo de formação da consciência e na verdade há uma unidade entre experiência jurídica e experiência humana.

A auto-reflexão como processo científico foi introduzida por Freud. A psicanálise reivindicou, metodicamente, o exercício auto-reflexivo. Como forma especial de interpretação, libera os pontos de vista teóricos e regras técnicas para ocupar-se de conjuntos simbólicos.

A atividade interpretativa do domínio jurídico, apesar de não levar em conta conjuntos simbólicos (apenas expressões vitais), não se reduz, entretanto, a uma dimensão exclusivamente objetiva. A interpretação do caso concreto produz uma recomposição crítica. Decorre naturalmente da interpretação.

A crítica jurídica realiza uma compreensão das configurações intelectuais, porém ultrapassa os limites de uma interpretação do sentido, para ingressar no domínio valorativo, (apesar de que se exige uma conexão objetiva de sentido, o jurista defronta -se com ações e expressões vivenciais). Além de examinar gramaticalmente a linguagem, o jurista analisa, através das expressões da juridicidade, a ação jurídica propriamente dita e suas manifestações. Na interpretação jurídica, ao contrário do que acontece na interpretação psicanalítica, valoriza-se o que está expresso «nas palavras»¹¹⁷.

Não há dúvida, entretanto, de que tal como no domínio da psicanálise, o sujeito muitas vezes é desmascarado pelas expressões extra-verbais e pelos fatos. O sistema de informações que integra o processo jurídico nem sempre guarda identidade com a verdade dos fatos. As expressões extra-verbais são as provas materiais, os depoimentos de testemunhas e

(117) Cf. HABERMAS, ob. cit., p. 37.

até mesmo as informações indiretas que revelam as contradições entre o que o sujeito diz e o que se provará através da investigação jurídica (indícios). Na psicanálise o conteúdo intencional não vem à tona, no direito esse conteúdo é propositalmente oculto, muitas vezes.

A jurisprudência, como um modo de expressão de uma linguagem peculiar, possui níveis e dimensões: a dimensão estritamente verbal, a dimensão ativa, ou seja, a reprodução do fato nas reconstituições, nas perícias, nas provas materiais, nas avaliações técnicas e a dimensão vital, na observação das expressões exteriores das partes: manifestações emocionais, perturbações, exteriorização de tendências, depoimentos pessoais.

A concepção hermenêutica enfrenta na área jurídica as mesmas dificuldades das outras áreas: ou seja, a veracidade dos textos, dos depoimentos. O juiz, tal como o psicanalista, é obrigado muitas vezes a recuar para aquém do que está registrado nos autos para poder apreender, com mais profundidade o texto jurídico.

A hermenêutica é uma arte que percorre os caminhos da análise, das associações. É, na sua total expressão, uma atividade racionalizadora que procura sistematizar os conteúdos e aplainar as contradições.

Há, na linguagem da jurisprudência, uma peculiaridade outorgada pela experiência: são as associações de elementos que integram uma determinada situação jurídica e que permitem fazer distinções e identificar classes de fenômenos. Por exemplo, quando se analisa, numa situação concreta, o conceito de autoridade, ligado à figura paterna, a estrutura da questão, revelada pelo sistema de comunicações, depende não só dos conceitos e símbolos jurídicos, mas também daquilo que as pessoas revelam, como informações referenciais acerca do caso. O conceito de pátrio poder, expressão na linguagem da norma, é reelaborado por uma interpretação psicológica do exercício do pátrio poder e nela ações por ele representadas. Essa elaboração permite esclarecer questões importantes e que exigem um trabalho secundário de interpretação, pelas manifestações particulares. O verdadeiro enquadramento jurídico, ou subsunção não é exercício de silogismo, mas o resultado da atividade jurídica (atividade como ação sobre os objetos jurídicos concretos).

A limitação dogmática de uma interpretação jurídica que não dá acesso a fatores ampliativos da questão, impede o processo de comunicação.

O trabalho do jurista, tal como o do analista, do historiador ou do arqueólogo consiste na reconstrução dos elementos históricos de um determinado caso jurídico; a descrição dos acontecimentos importantes, significativos para história das questões jurídicas¹¹⁸.

Tal como na psicanálise, o trabalho intelectual é dividido entre o juiz, as partes e os procuradores, que reconstroem o caso, de forma hipotética. A interpretação dá-lhe uma nova significação jurídica.

Do ponto de vista ético, o estudo da jurisprudência representa uma experiência de responsabilidade pelo conteúdo (jurídico) do problema - o estudante se reconhece no conflito jurídico e tal atitude promove o exercício auto-reflexivo. As questões teóricas se ligam às questões práticas da vida.

A experiência da comunicação jurídica, especialmente no estudo do direito, remete-nos às dificuldades interpretativas: a lei representa o modelo a partir do qual se afere a situação jurídica. Muitas vezes a linguagem da norma não comporta determinadas expressões e realizações específicas, exige-se um discurso metajurídico, um esforço emancipatório que é intrínseco à crítica jurídica. Somente a crítica possibilita, por outro lado, generalizações apropriadas, acima das formulações particulares e entendidas num contexto mais amplo.

A interpretação crítica libera o sujeito para o conhecimento e o torna objeto da própria interpretação: ou seja, restabelece uma linguagem comum ao intérprete e a seu objeto¹¹⁹.

Do ponto de vista sistemático, o estudo do direito através da jurisprudência articula a racionalidade militante de Gaston de BACHELARD ao projeto epistemológico de conhecê-lo, examinando como o juiz decide, em concreto.

Se inscrevermos o estudo do direito no quadro comum das pesquisas científicas, o estudo sistemático da jurisprudência, especialmente compartilha do pensamento de BACHELARD quando defende a dialética do contraditório e sugere que o racionalismo absoluto seja substituído pelo racionalismo militante¹²⁰.

(118) HABERMAS, ob. cit., p. 258.

(119) HABERMAS, ob. cit., p. 277.

(120) BACHELARD, Gaston. *A poética do devaneio*. Tradução de Antônio de Pádua Danesi. São Paulo: Martins Fontes, 1988, p. 16.

No estudo do direito, o esforço científico, especialmente nos cursos jurídicos de graduação, não privilegia a contradição, a audácia, os riscos. Os estudantes não se arriscam a criticar as decisões judiciais e a inteligência já não trabalha mais. O estudante de direito fica restrito às interpretações jurídicas e a estabelecer a legitimidade, a legalidade ou constitucionalidade. A lei significa um modelo rígido e os juristas orgulham-se de ter sobre ela um domínio completo.

Sem negar a importância dos princípios, o estudo da realidade jurídica significa uma ampliação do conhecimento, tornado mais sólido. Ao estudá-la através da jurisprudência, faz-se uma mobilização e liberação da inteligência. Preferem-se as questões reais à representação abstrata da lei e da doutrina.

Elege-se assim um objeto científico que se fundamenta em **imagens**, na correlação, nos fatos.

A valorização do poder criativo não elimina o aspecto conceitual, cujo papel está em estabelecer medidas para o conhecimento.

No plano científico, quando o estudante conhece a jurisprudência é como se ele abandonasse momentaneamente os conceitos, os princípios, as normas que subordinam o pensamento, materializando novas idéias. Se a aprendizagem, no dizer de BACHELARD, só surge através de uma problemática definida, a aprendizagem jurídica reencontra, nas decisões judiciais, o universo da problematização.

Problematizar, no contexto jurídico, significa ir além da ilusão da justiça e da legalidade e fundamentar a análise jurídica na realidade. A realidade possui uma força incomparável a suplantar o tradicional idealismo jurídico.

Ninguém ignora que não se pode afastar a razão da experiência, mas o dogmatismo jurídico impede que o processo de conhecimento se torne interconceitual.

5.2 A ELUCIDAÇÃO DO DIREITO COMO DISCURSO JURÍDICO PRÁTICO

A formação do hábito de refletir sobre as questões jurídicas precisa ser ilustrada por idéias. As idéias nascem das teorias e da discussão. Jürgen

Habermas referindo-se à atitude teórica¹²¹ afirma que só as idéias proporcionam, ao agir, força e significação moral.

A separação entre teoria e prática, que tem marcado a tradição científica, verifica-se também no âmbito das ciências jurídicas. Os estudantes não conseguem estabelecer conexões válidas entre as idéias, a pura teoria e a prática vital¹²². Essa conexão é essencial para que se possa aperfeiçoar a atividade crítica. O hábito reflexivo está ligado ao conteúdo informativo. Infelizmente as disciplinas jurídicas têm se afastado da simultaneidade da teoria com os interesses naturais da vida.

O que realmente acontece, é não haver, ao menos, uma verdadeira atitude teórica nos estudos jurídicos, mas um falso dogmatismo que impede o nascimento de uma consciência de caráter científico. A teoria, mediante o ajustamento da alma ao movimento ordenado do cosmos, penetra na práxis vital - a teoria impregna a vida com a sua forma, reflete-se na atitude daquele que se submete à sua forma, reflete-se na atitude daquele que se submete à sua disciplina, no *ethos*¹²³. A busca da eticidade é um grande movimento universal.

Edmundo Lima de ARRUDA JUNIOR no trabalho **Direito Alternativo - Notas sobre as condições e possibilidades**, afirma que um novo *ethos* jurídico deve ser negador da racionalidade instrumental e afirmador de uma nova razão jurídica¹²⁴.

A teoria crítica do direito opõe-se a uma ciência construída sobre os princípios dogmaticamente aceitos pelo senso comum teórico dos juristas e problematiza o saber jurídico tradicional, questionando a própria situação social em que elas incidem¹²⁵.

O positivismo jurídico sob a exigência da neutralidade axiológica, teve uma poderosa influência nas concepções sobre o pensamento teórico do direito, ao admitir que sua estrutura é lógica e objetiva e tem como fundamento a norma.

O normativismo destruiu a tradição teórica e substituiu a eficácia prática da teoria pelas prescrições metodológicas, pela interiorização das

(121) HABERMAS, ob. cit., pp. 132/133.

(122) Ob. cit., p. 133.

(123) Ob. cit., p. 133.

(124) ARRUDA JÚNIOR. *Lições de Direito Alternativo*. São paulo: Acadêmica, 1991, p. 71.

(125) COELHO, ob. cit., p. 316.

normas. A conexão dos fatos jurídicos com os seus significados subjetivos, perdeu o sentido. Segundo Hans Kelsen não há nenhuma razão científica pela qual o conceito de direito deva ter conexões morais. Ele designa uma técnica específica de organização social, não um problema moral. Segundo Kelsen a afirmação: certa ordem social tem caráter de direito. é uma ordem jurídica, não implica o julgamento moral de qualificar essa ordem como boa ou justa¹²⁶.

A evolução do direito, como discurso prático, deve ser mediatizada pela análise dos fatos jurídicos que HABERMAS chama de significação vital e que valoriza o caráter subjetivo, contrapondo valores, ao puro ser de um abstrato dever ser¹²⁷.

A contribuição da fenomenologia neste plano é decisiva. Seu objetivo científico é conhecer a essência dos fenômenos. No âmbito das ciências jurídicas a fenomenologia desvincula o fato jurídico de uma estruturação meramente normativa, pretensamente purificada de interesses subjetivos. A ordem normativa é um sistema de regras que se identifica com leis abstratas.

Se a fenomenologia, na concepção de HABERMAS, emancipa a ciência dos poderes originários das leis abstratas das forças pseudo-normativas¹²⁸, a atitude fenomenológica no direito, busca a identidade das regras jurídicas com os interesses jurídicos específicos.

O estudo compreensivo do direito através da jurisprudência compartilha das mesmas regras lógico-metódicas que guiam o pensamento de Jürgen HABERMAS. Quando critica o objetivismo ingênuo que relaciona os enunciados teóricos com o estado das coisas, HABERMAS traz à luz a questão do interesse meramente técnico, meramente prático e que vincula determinadas conexões hipotético-dedutivas(normas) aos prognósticos jurídicos possíveis, condicionados à realidade.

A atitude metodológica do empirismo, como leitura constante da realidade, do acontecer, dos fatos, das experiências, presta importante contribuição para negar o dogmatismo limitativo das verdades jurídicas absolutas já que ao direito cabe retomar, de acordo com a melhor tradição do direito natural dos romanos, a essência daquelas regularidades empiri-

(126) KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do Estado*. São Paulo: Martins Fontes, 1990, p. 13.

(127) HABERMAS, ob. cit., p. 133.

(128) Ob. cit., p. 135.

camente conhecidas da existência social que se apresentam por necessidade objetiva de dados, como um esquema de ordenação, constantemente reproduzidos.

Como perspectiva cultural o empirismo jurídico rompe com a transcendência, valoriza os fatos jurídicos imanentes que, através da racionalidade militante, constituem a realidade, sob o ponto de vista da multiplicidade e da descontinuidade. O empirismo não se opõe à razão - concebe-a de maneira diversa¹²⁹.

O empirismo jurídico no estudo do direito tem como pressuposto a organização da aprendizagem através da experiência. Não é tarefa fácil já que as ciências jurídicas enquadram-se no âmbito das ciências histórico-hermenêuticas e que obtêm os seus conhecimentos num outro enquadramento metodológico¹³⁰.

A experiência aqui, porém, consiste numa compreensão guiada pela confrontação do conteúdo objetivo do direito, representado pela teoria jurídica, com o sentido transmitido pela jurisprudência. Assim, quando o estudante analisa e discute um determinado caso jurídico representado por uma súmula, estabelece-se uma relação intersubjetiva que possibilita a autocompreensão.

5.2.1 A INDUÇÃO E A DIALÉTICA

O ensino dedutivo é discursivo e a priori. O estudo da jurisprudência valoriza a indução e a construção cooperativa do conhecimento jurídico. Filia-se a uma epistemologia jurídica na qual o priori da norma não pode sobrepor-se à realidade.

A experiência nos mostra que o saber só se organiza em princípios e generalizações se o percebemos na sua problemática material. A doutrina não deve ser um dogma, mas induzir ao reconhecimento das dificuldades e das oscilações jurídicas. A doutrina é o centro do conhecimento jurídico, através do qual são buscadas e incorporadas as informações oriundas da experiência.

BACHELARD chama a atenção para um aspecto da interpsicologia do ensino. Na aprendizagem baseada na interpretação das súmulas, o

(129) HABERMAS, ob. cit. p. 138.

(130) LARA, Tiago Adão. *Caminhos da razão do ocidente*. Petrópolis: Ed. Vozes, 1986. p. 40.

professor participa da reconstrução do conhecimento. A dialética do ensinador e do ensinado promove uma metamorfose de espíritos, uns pelos outros.

No estudo do direito através da jurisprudência, a dialética se realiza pelo diálogo, no confronto das idéias. A verdade é filha da discussão e a discussão dá origem à mobilidade e à diversidade na relação professor-aluno¹³¹.

O pensamento de BACHELARD harmoniza-se com o estudo do direito por meio da jurisprudência porque defende o pluralismo das instâncias de pensamento.

Outra questão importante é que a ontologia jurídica se alimenta das forças que cada um identifica na sua própria realidade. Ou seja, o **jurídico material** é aquele que encontra as coisas e as pessoas. O direito é um discurso ontológico: precisa ser verdadeiro na sua metáfora e na sua dinâmica de produzir a experiência relacional dos homens e das coisas. Essa idéia se fortifica numa pedagogia jurídica que reconhece a utilidade das imagens como formas realistas que precedem formas racionais e ratificam os conceitos.

Além do fundamento pedagógico há um fundamento científico para a precedência das imagens: é impossível compreender as questões conceituais, sem explicar o seu perfil epistemológico.

A história das instituições é fundamental para o conhecimento verdadeiro. E a história enseja polêmica e, finalmente, uma verdadeira objetivação. A apropriação verdadeira do conhecimento só ocorre nas relações com as imagens e com a sua crítica. Ao apropriar-se, o sujeito descobre as leis, os princípios jurídicos.

As críticas à aplicação do método indutivo ao estudo do direito, são no sentido de que o aluno precisa preparar-se para se aproximar dos objetos jurídicos, especialmente das decisões judiciais. Porém as relações como os objetos jurídicos exigem método. É o método de aproximação que interessa. A aproximação com decisões judiciais é uma necessidade metodológica. Importa a graduação dessa metodologia de aproximação. A sensibilidade que deve ser criada para a apreciação dos objetos só poderá ocorrer nas relações diretas, nas quais o senso jurídico dos estudantes é

(131) BACHELARD, ob. cit., p. 17.

valorizado como um instrumento de individualidade. A intuição só se desenvolve se colocada em contato direto com o objeto e é fundamental para a formação científica do estudante. Os impasses e as dificuldades com as quais os profissionais do direito se defrontam na atividade profissional, mostram que não houve ênfase para a compreensão do caráter individual das questões jurídicas: o caráter específico das instituições, os tribunais responsáveis pelos julgamentos, sua organização, a escolha da melhor doutrina, os poderes específicos das partes, e as condições processuais.

A racionalidade da jurisprudência abre a oportunidade de um pensar intersubjetivo. Quando ocorre a interpretação nasce uma compreensão solidária, uma discussão objetiva, uma constatação entre os sujeitos que os obriga à indução. Estarão todos ligados pelo problema porque todos o têm bem claro. O pensamento acontece em dois movimentos e o estudante aprende a pensar operativamente. As vantagens pedagógicas são inúmeras. Quando o aluno erra, é através da discussão que chega à verdade e integra-se numa dinâmica única que incorpora o erro à verdade.

Há na jurisprudência uma atividade humana que fala por si mesma. Os fatos relatados têm uma força própria de significação, que movimenta a imaginação e facilita a compreensão prática.

As imagens produzidas pela jurisprudência têm uma dupla função: a função de proporcionar análises fáceis sobre conceitos e princípios, e de suscitar novos entendimentos jurídicos.

É preciso reificar as relações jurídicas. Alimentá-las com imagens, com as forças dos fatos, em vez do excesso de metáforas obscuras. As imagens, segundo BACHELARD são mais imperiosas do que as idéias¹³².

5.3 CONFRONTO ENTRE O RACIOCÍNIO LÓGICO-NORMATIVO E A RACIONALIDADE DIALÓGICO - CONSENSUAL

O raciocínio dialético, embora contrarie de certo modo o particular procedimento de interpretação da lei, da doutrina e da jurisprudência e que utiliza raciocínios apodícticos, isto é, de conhecimentos e proposições tidas como aprioristicamente verdadeiras, insere-se no universo jurídico, especialmente quando os estudantes são encorajados a compreender as decisões jurídicas. Como pressuposto para compreensão, os casos jurídicos

(132) BACHELARD, ob. cit., p. 18.

são relatados sem preocupação doutrinária, apenas com o objetivo de ativar o senso jurídico dos estudantes, iniciados no estudo do direito¹³³.

Especialmente no exame das súmulas de jurisprudência, os procedimentos instrumentais da dialética se aplicam na descoberta e apreensão das premissas de uma determinada *ratio decidendi*, na discriminação das diversas questões jurídicas contidas nas decisões, nas semelhanças e diferenças entre os diferentes gêneros jurídicos.

A identificação dos *topoi juridicos* é indispensável para que se possa realizar raciocínios dialéticos nas diferentes áreas de problemas jurídicos.

A técnica da tópica, que é a da discussão, adapta-se à técnica da discussão dos casos jurídicos, já que existe a ordenação dos *topos*, isto é, do ponto de vista do objeto jurídico que se quer debater e em seguida, a correta elaboração das perguntas que deverão ser formuladas aos estudantes¹³⁴.

Depois de compreender o problema expresso na súmula, os alunos são encorajados a discorrer sobre a questão, analisando todos os aspectos do caso.

A dissertação oral compõe-se de duas partes: a **invenção** e a **formação do juízo**. Na fase inventiva estimula-se o aluno a fazer todas as correlações possíveis com os fatos da vida, com o conteúdo vital do assunto que está sendo debatido. A orientação aqui é a de que os alunos sejam ouvidos sem que se receie cometer erro de interpretação. O relacionamento técnico-jurídico irá sendo feito naturalmente à medida que o aluno vai conhecendo as diferentes áreas do direito.

A invenção dá origem a um jogo de suscitações como afirma David VIEWIG. O modo de agir surge como resultante penosamente brotada da luta, a favor ou contra, dos móveis em debate: no lugar do reflexo entra a reflexão¹³⁵.

(133) Assim as questões jurídicas são colocadas como problemas e as categorias de Aristóteles mostram como os procedimentos fundamentais da dialética aristotélica podem ser utilizadas na descoberta do direito, na pluralidade das expressões jurídicas, na discriminação das diferentes teorias jurídicas, nos gêneros e espécies contidos na ciência jurídica.

(134) Este tema é apresentado por David Viewig no livro *tópica e jurisprudência*. Aqui, embora o termo *Jurisprudência* seja equivalente à ciência jurídica, também se relaciona ao direito sumular, na medida em que *Jurisprudenz* é constituída de teorias como função social. (cf. nota da 2ª edição da obra).

(135) VIEWIG, David. *Tópica e jurisprudência*. Ob. cit., p. 24.

A natureza do direito propicia fundamentar a razão na discussão e nas questões vitais. Como afirma ENGLISH, no domínio do direito e do conhecimento, há uma série de fenômenos que fazem do próprio princípio da investigação da verdade, um problema que faz com que os limites de um conhecimento puramente científico apareçam aos nossos olhos como uma linha de penumbra¹³⁶.

Neste ponto cabe analisar se os fatos jurídicos podem ser metodologicamente examinados através do pensamento problemático, pois até hoje só foram estudados dentro de sistemas jurídicos implícitos e através do pensamento jurídico - normativo¹³⁷. Apesar de que a natureza do direito desaconselha que as questões jurídicas sejam interpretadas em vários sentidos, pois o ordenamento jurídico é um todo homogêneo onde todos os fatos concretos devem guardar a conexão com as premissas jurídicas, há instituições às quais a técnica do pensamento problemático pode ser aplicada. Na interpretação teleológica que como tal se constitui um método pluridimensional, o conceito de fim é elástico. Ele estende-se, segundo o seu conteúdo, desde o efeito real e concreto, como, por exemplo, a criação de um contra - motivo duma conduta indesejável, até escopos tão abstratos e ideais como: a manutenção da segurança jurídica, a instauração da paz, a conservação da ordem pública, o bem - estar social, as precauções com a existência, a humanidade, a proteção da boa fé no tráfico jurídico, a satisfação do sentimento de justiça, a rapidez na aplicação do direito e outros semelhantes¹³⁸. Também no direito penal a tópica pode ser utilizada para o exame das inquirições, no procedimento de prova¹³⁹, na renúncia à pena de morte, no caso julgado quando se discute sua força jurídica, ao regime do erro nos negócios jurídicos, aos limites jurídicos da boa fé nas transações, no reconhecimento da aquisição da boa fé *a non domino*.

Aqui são tomados em consideração interesses singulares e até princípios éticos que buscam interpretação de fundamento e uma razão mais compreensiva.

A aplicação da tópica como pensamento que se orienta para um problema envolve um estilo mental que Aristóteles descreve como pertencente ao trabalho filosófico dos sofistas.

(136) ENGLISH, Karl. Introdução ao pensamento jurídico. Ob. cit., p. 205.

(137) ENGLISH, Karl. Ob. cit., p. 117.

(138) Ob. cit., p. 142.

(139) A teoria do Status (do grego stasis) - tem grande importância no procedimento de prova do processo penal romano.

A formação do juízo é a segunda fase do processo de discussão do caso concreto. Os juízos jurídicos são de vários tipos. Os juízos condenatórios por exemplo, envolvem, de um modo geral apenas a verificação da culpa e a fixação da pena correspondente.

As proposições jurídicas que decorrem da subsunção, resultam de um complicado processo e que dá origem à fundamentação da sentença através da lei. De um modo geral a conclusão jurídica é obtida por via dedutiva, a partir de um juízo normativo: um assassino deve de acordo com o artigo 121 do código penal brasileiro ser punido com a pena correspondente.

A descoberta do direito através da indução, a partir do exame das decisões judiciais, ao contrário do processo de elaboração de juízos através da dedução, vai além do rígido silogismo pelo qual a subsunção integra a premissa maior, extraída da lei, com uma menor, extraída do caso concreto.

Não há dúvida de que a lei é que em primeira linha nos informa completamente sobre o concreto dever ser jurídico¹⁴⁰.

Porém a formação de juízos sobre o preceito legal envolve processos muito mais amplos que o mecanismo da subsunção é insuficiente para explicar. As operações lógicas que integram o pensamento jurídico e que vão determinar a aplicação da lei em concreto, não ficam restritas à subsunção propriamente dita. Muitas vezes a realidade coloca o jurista diante de situações que ultrapassam os limites da regra jurídica. Como por exemplo num processo civil onde se discute o direito de visitas de tio a sobrinha, orfã de pai e mãe, confiada à tutela de terceiro, por força da disposição testamentária.

O direito de visitas a filho não estava previsto no código civil. Foi a lei 4.121/62, que, dando nova redação ao parágrafo 2o do artigo 326 do citado código, introduziu em nossa legislação esse direito - que pode ser considerado direito natural, resultante da paternidade e da maternidade - reconhecido anteriormente pela jurisprudência. Todavia, a lei 6.515/77 revogou o citado dispositivo legal, estabelecendo, em seu artigo 15, o direito dos pais que não tiverem a guarda do filho menor a tê-lo em sua companhia. Assim, seja por construção jurisprudencial, seja por disposição legislativa, foi reconhecido o direito de visitas ao ascendente. A jurisprudência avançou, antecipando-se ao legislador, que até a presente data não dispôs

(140) ENGLISH, Ob. cit., p. 77.

sobre tal matéria, ao reconhecer aos avós o mesmo direito. Mas reconheceu aos avós como ascendentes.

O direito de visitas não foi ainda reconhecido a tio, principalmente no caso de sobrinha órfã de pai e mãe, circunstância que deve ser levada em conta no deslinde da questão.

Como deve proceder o juiz em tal situação? Reconhece-se que o direito em causa decorre da consagüidade, mas que por essa via não se pode estabelecer quais os parentes têm direito de visitas. Diz o juiz ser inegável terem-no os pais e como ascendentes, os avós, que eram os chefes da família em Roma. Assim servindo-se do argumento histórico chegar-se-á ao direito do avô.

Segundo o juiz, porém, por tal argumento não se chega ao do tio. Para reconhecê-lo tem-se que partir da noção e da função da família. Destarte, é no argumento sociológico que se poderá encontrar a solução.

Depois de analisar o papel da família na formação social e na constituição da personalidade da criança, o julgador conclui que, segundo a psicologia social e a sociologia, é impossível isolar a criança dos demais membros da família, principalmente quando órfã da pai e mãe. Por isso, afirma, inegável é o direito de visita dos tios na falta dos pais, por exigências sociais, culturais, que o direito não pode desconhecer, bem como por ser necessária a convivência com os mesmos para a formação sadia da personalidade do menor.

No caso em exame, apesar do ponto de vista da norma jurídica, chegou-se a uma decisão objetivamente justa, embora o juiz, do ponto de vista lógico-normativo, não tenha realizado a subsunção apropriada¹⁴¹.

5.4 O MÉTODO PROBLEMÁTICO E A INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA DO CASO CONCRETO

5.4.1 A PESQUISA

O exame sistemático da jurisprudência deve ser precedido sempre da apresentação informal das questões jurídicas. Os casos são expostos aos alunos como situações- problema, sem a utilização de linguagem

(141) RIO DE JANEIRO. TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Apelação cível. 22.164. Relator: Dourado de Gusmão. *Revista dos Tribunals*, Agosto de 1982. (Segredo de Justiça).

técnica. O que importa é a análise das circunstâncias, das situações, das causas, dos fenômenos psicológicos¹⁴².

A *communis opinio* é valorizada para compelir os alunos a pensar sobre o conjunto de fatos, formular hipóteses, discuti-las, manifestar seu entendimento. Em seguida orienta-se o aluno a realizar a pesquisa jurídica, sempre após a discussão¹⁴³.

Pode-se dar como exemplo a questão envolvendo obrigação imposta por preceito legal. Autora e réu desquitaram-se amigavelmente e o cônjuge varão assumiu espontaneamente a obrigação, no caso de suas condições econômicas o permitirem, ou receber herança, a adquirir um imóvel, casa ou apartamento, em nome de sua esposa.

Destaca-se no caso em exame, o conceito de obrigação de dar coisa incerta, sob o princípio da determinação pela qualidade média.

A base legal é o artigo 875 do Código Civil, mas merece destaque a obrigação moral, nascida do vínculo preexistente. Presente também a questão da meação, neste caso, promessa de meação.

O aluno deverá investigar inicialmente as origens históricas do instituto das obrigações e sua evolução jurídica, até chegar à situação atual, no direito brasileiro¹⁴⁴.

Em seguida os estudantes devem buscar julgados que envolvam a questão jurídica em destaque, ou seja, obrigação de dar coisa incerta, por preceito legal. Não importa se na investigação da jurisprudência o aluno depara-se com dificuldades de linguagem ou mesmo de compreensão de aspectos jurídicos específicos. Essas dificuldades serão superadas, cooperativamente, através de explicações, de leituras, de preleções.

Após ampla pesquisa individual sobre os aspectos conceituais doutrinários e jurisprudenciais, o caso concreto é apresentado aos alunos, na forma de um julgado, para ser estudado de forma sistemática.

(142) HECK, Philipp. *Interpretação da lei e jurisprudência dos interesses*. São Paulo: Saraiva 1947, p. 41.

(143) O escopo da jurisprudência e, em particular, da decisão judicial dos casos concretos é a satisfação das necessidades da vida, despejos e aspirações, tanto de ordem material, como ideal existentes na sociedade.

(144) A interpretação objetiva é precedida da investigação das circunstâncias históricas que condicionarão o instituto jurídico que está sendo estudado. Valoriza-se também os fatores de ordem espiritual, e não apenas de ordem material.

5.4.2 O EXAME SISTEMÁTICO

A primeira etapa do processo de interpretação sistemática da jurisprudência é a identificação da questão jurídica que está sendo decidida. Parece tarefa simples porém, exige a conexão entre os fatos da vida e a hipótese legal. Impõe-se utilizar a linguagem do direito. Assim, se o exame é sobre obrigação de dar a coisa incerta, é muito importante saber que na legislação brasileira, o direito das obrigações exprime o velho adágio jurídico: *ius et obligatio sunt correlata*. Eis a razão por que se abre o código civil brasileiro com a seguinte disposição: Este código regula os direitos e obrigações de ordem privada concernentes às pessoas, aos bens e as suas relações. (art. 1º)¹⁴⁵.

As obrigações vinculam uma pessoa à outra através das declarações de vontade e da lei e têm por objetivo determinada prestação.

A segunda etapa é o exame da base legal. Examina-se, no plano da legislação, a escolha da hipótese normativa. No caso, o juiz utilizou sua discricionariedade por entender que a forma de compelir o ex-consorte a adquirir um imóvel, para a ex-exposa e filhos, seria através da obrigação de dar coisa incerta, pois a respeito de tal obrigação recomenda a *communis opinio* e a equidade, que a coisa deve ser de qualidade média, como se infere do artigo. 875 do código civil brasileiro. Assim, a aplicação da hipótese normativa não é resultado de um processo automático, mas de uma análise racional dos fatos.

Convém esclarecer que a base legal não apresenta apenas a hipótese normativa expressa no preceito legal, mas pode ser um princípio jurídico, uma interpretação analógica.

O exame da legislação nos remete ao âmbito dos níveis de normatização, à estrutura e ao sentido das normas, à elaboração dos juízos jurídicos concretos, à interpretação e compreensão destas regras. Essas questões são introduzidas de modo informal, procurando estimular os estudantes a prosseguir na pesquisa.

Após o exame da base legal, procede-se à análise das razões de decisão, ou seja, ao conjunto de argumentos que o juiz utiliza para estabelecer a relação entre a hipótese e o caso concreto. Nesse ponto, de um modo geral, o juiz apresenta um resumo (conjunto da doutrina e da juris-

(145) MONTEIRO, Washington de Barros. Curso de Direito Civil. 2º volume. São Paulo: Saraiva, 1985, p. 3.

prudência) dos fatos, uma panorâmica das circunstâncias do caso, em todos os seus detalhes. Não raro os juizes comentam as diferentes concepções doutrinárias sobre a questão. Articulam-se os diferentes pontos de vista aos conceitos normativos e decide-se, em concreto.

Nesta etapa, tudo o que é individual no caso torna-se relevante para decisão. Muitas vezes a interpretação e a subsunção se apresentam como atos espirituais criadores¹⁴⁶.

Na descrição das razões de decidir estão os tópicos, ou os diferentes pontos de vista, normativos doutrinários, jurisprudenciais. O juiz pode utilizar valorações de ordem moral, sociológica, psicológica. Consulta também o seu senso jurídico, isto é, seu sentimento ético para chegar à decisão mais justa possível

Após o exame das razões de decisão, identifica-se a fundamentação essencial. Ou seja, após exame dos fatos, das circunstâncias, das concepções doutrinárias, aspectos éticos, o juiz declara o seu entendimento pessoal, particular sobre a questão. Finalmente chega-se à sentença e procura-se analisar todas as hipóteses de decisão que o caso jurídico pode ensejar.

(146) HECK, ob. cit., p. 236.

CAPÍTULO VI

O ESTUDO DO DIREITO ATRAVÉS DA JURISPRUDÊNCIA

A descoberta do direito no caso concreto proporciona um conhecimento universal do pensamento jurídico, sem limitações espaciais e temporais. A jurisprudência permite realizar uma verdadeira arqueologia do direito, remontando suas origens, desde o direito romano, até os nossos dias. Tal procedimento valoriza a intuição natural do homem pelo justo e utiliza sistematicamente o exame dos julgados para aplicação e compreensão dos princípios e conceitos jurídicos. Pode-se dar como exemplo a influência das normas morais nas relações jurídicas que envolvem obrigação.

O estudo do direito através da jurisprudência relaciona-se à tradição romana do direito natural. O direito romano é objetivo, ôntico. Os romanos, assim como os estóicos não querem guiar sua vida apenas pela lei positiva, pelos preceitos da autoridade. O grego sente-se honesto porque obedece às leis do Estado¹⁴⁷.

O sistema ético dos romanos e seu realismo, concretismo e objetividade estão na essência da fundamentação do estudo do direito através da jurisprudência. O direito natural dos romanos é a justiça das coisas, a adequação à objetividade.

(147) Os romanos receberam da filosofia grega o conceito de direito natural, mas não o apresentaram de modo uniforme, pois ora o distinguiam em tríplice divisão: *ius naturale*, *ius civile* e *ius gentium*, ora bipartiam o direito em *ius civile* e *ius gentium*, tão somente incluindo o conceito de direito natural no do direito das gentes. O *ius civile romanorum* designava o direito próprio dos cidadãos romanos, o seu direito nacional em contra posição ao *ius gentium* que indicava o direito comum a todos os homens.

Estudar o direito através da jurisprudência representa sua identificação não apenas por meio de conceitos e da lei, mas através dos fatores que interferem na sua formação ou seja: os interesses, os fatores causais, os fatos da vida. A jurisprudência revela a essência do direito, pois só ela reúne resultados lógicos, sociológicos, psicológicos e jurídicos capazes de oferecer apreciação jurídica que compreende a *quaestio facti*, isto é, como os juízes procedem de fato e a *quaestio juris*, o entendimento dos pressupostos formais que levam à determinação de resultados especiais. Não se pode estudar o direito apenas pela análise de como os juízes procedem de direito, mas como procedem de fato. A jurisprudência mostra como pode ser valorizada essa *quaestio facti*.

Trata-se de direito à indenização pela elaboração de projeto arquitetônico, elaborado e não contratado. A empresa construtora utilizou, sem a autorização do arquiteto, do autor, o projeto, com pequenas alterações para adaptação a lei local de zoneamento. Esse fato, segundo os juízes, não desmerece a originalidade do trabalho intelectual prestado, assim como, também, o de ter o arquiteto seguido diretrizes enunciadas pelo proprietário da obra para elaboração do projeto.

Os julgadores, ao entenderem procedente a ação de indenização, consideraram que a prova oral e a prova pericial não deixam dúvida quanto à autoria do requerente relativamente ao projeto do edifício, pois há semelhança entre o projeto elaborado pelo autor e aquele que foi utilizado, com pequenas alterações, com o reconhecimento de que o autor é o autor intelectual da obra edificada. Os próprios apelantes reconhecem a participação do autor nos estudos preliminares, pretendendo tão apenas que não se trata de obra exclusiva, de autor singular, mas de parceria, em dupla; ora, se isto aconteceu, seria o caso de dimensionar adequadamente o quantum indenizatório do trabalho intelectual efetivamente prestado pelo autor, e não de se lhe negar qualquer direito à remuneração. No caso, portanto, a questão é simplesmente de fato e aquilo que restou provado nos autos não se adapta às lições doutrinárias trazidas pelos apelantes.

Esse exemplo mostra como os juízes reconheceram o direito à indenização através do convencimento oriundo das questões fáticas, admitindo, como pressuposto para o julgamento, a idéia nascida na mesa, na prancha do autor.

O principal expediente de prova foi o confronto das plantas juntadas com a inicial e daquelas juntadas para a construção do edifício, que, segundo eles, mesmo aos olhos do leigo, apresentam-se com semelhanças tais que permitem o reconhecimento de ter sido efetivamente aproveitada

a idéia concebida originariamente pelo autor. Afirmam que a planta aprovada foi calculada no projeto elaborado pelo autor, ainda que para a sua adaptação às restrições edílicas locais, e não com o propósito acenado na inicial de descaracterização ou de usurpação de autoria.

O resultado desse confronto, segundo os juízes, dispensa qualquer consideração a respeito do pretense estilo inconfundível do arquiteto autor, pois trata-se de trabalho técnico idealizado e planejado, ainda que sem a marca de excepcionalidade identificável.

A questão fática condiciona também a necessidade da prova tornando *despicienda*, como afirmam os juízes, a prova documental¹⁴⁸.

A análise detalhada do julgado permite concluir que os fundamentos jurídicos não se originam na doutrina ou na lei, mas no legítimo direito reconhecido ao autor ao qual deve ser garantido o ressarcimento pelo trabalho original, realizado não como resultado de mera abstração, mas como um projeto que seguiu as diretrizes enunciadas pelo proprietário da obra.

Não resta dúvida de que o jurista deve orientar-se antes de tudo pela lei. Porém a descoberta das manifestações existenciais do direito só pode acontecer no estudo da jurisprudência.

É impossível determinar um método único para estudar o direito. E por que razão? Desde os romanos, aos quais se deve o mérito de terem sido os criadores do direito, sabe-se que por ser uma disciplina essencialmente ligada aos fatos e acontecimentos da vida, as leis que regem o seu conteúdo são historicamente condicionadas.

A metodologia tradicional tem seu fundamento na heurística jurídica, isto é, na pesquisa dos documentos jurídicos do passado, estudando a história dos institutos e dos conceitos.

É indispensável esse olhar para o passado a fim de se compreender o significado do presente. Porém há necessidade de interpretar e procurar explicações para as questões jurídicas tal como ocorrem na realidade. E a realidade é complexa, múltipla, mutável.

Ao jurista cabe a difícil tarefa de procurar o justo e o justo, implica a descoberta de todas as relações que envolvem as pessoas. Todas as relações. Exemplo do que se afirma são os problemas jurídicos oriundos

(148) São Paulo, tribunal de Justiça. Acórdão. Ap. 120. 637 - 1. Apelantes: Comercia I e construtora ABV, ltda. Gustav Luiz. Filho. Apelado: Paulo César Pereira. Rel. Des. Yussef Cahali RT-656, junho de 1990. TJSP (cível).

da prática médica, notadamente de disciplinas médicas novas como as cirurgias plásticas que envolvem explicações especializadas e questões éticas renovadas. As raízes de um conflito jurídico envolvendo uma cirurgia plástica devem levar em conta dados biológicos, psicológicos e morais.

Em relação a método, há, portanto, uma certeza: o melhor será aquele que permitir o abandono do positivismo estreito e legalista e favorecer a compreensão mais ampla possível do fenômeno jurídico. Muitos dirão, então, que nessa visão ultrapassam-se os limites da elucidação teórica e técnica para adentrar os domínios da filosofia.

É inegável a influência que os métodos de conhecimento da realidade utilizados pela filosofia exercem nos modos de conhecimento e análise das questões jurídicas. É apropriado o exemplo de questões humanas que possuem valores pré-estabelecidos e superiores como a noção de casamento, obrigação, família, relações de trabalho e outras nas quais a explicação legalista não é suficiente, impondo-se uma abordagem que leve em conta a natureza das coisas como pano de fundo para a reflexão.

E como a filosofia explica a realidade? Antes de tudo problematizando-a. Problematizar significa definir um ponto de partida para o estudo da realidade. Significa pensar por problemas¹⁴⁹.

Como aplicar essa atitude ao estudo do direito? É importante valorizar as questões da vida, as questões condicionantes, as exigências existenciais do labor jurídico. Significa estabelecer uma nova ordem para o pensamento jurídico que tenha um ponto de partida, não apenas conceitual, mas oriundo de um amplo exame das questões do mundo e do homem.

Quando Descartes decide dedicar sua juventude a viajar, a ver cortes e exércitos, a freqüentar pessoas de diversos humores e condições, a recolher diversas experiências, a experimentar-se nos encontros que a sorte lhe propunha e em tudo fazer tal reflexão sobre as coisas que se apresentavam (...) assim procede porque diz que lhe parecia encontrar muito mais verdade nos raciocínios que cada um faz sobre aquilo que lhe importa e não sobre especulações e raciocínio que um homem de letras faz em seu gabinete, sobre especulações que não produzem efeito algum: “E tive sempre um extremo desejo de aprender a distinguir o verdadeiro

(149) ENGLISH. Ob. cit., p. 382.

do falso, para ver claro em minhas ações e caminhar com segurança nesta vida”¹⁵⁰.

Esse desejo de busca da verdade, próprio da juventude, inclui o desejo de busca do justo. É essa esperança na verdade e no justo como resultado de um empreendimento pessoal, aliado ao sentimento de insatisfação da juventude, que nos estimula a descobrir o direito através da jurisprudência.

A jurisprudência oferece ao estudante uma contribuição essencial no sentido de demonstrar, dialeticamente, a unidade jurídica e a diversidade das decisões, condicionadas historicamente. Isto é, a compilação, o estudo e o exame sistemático, com uma preocupação crítica, permite identificar os valores jurídicos vigentes.

Outro fato que trabalha a favor desta técnica é que só a jurisprudência oferece densidade humana e existencial para compreender verdadeira e profundamente os problemas jurídicos.

Dentro desta perspectiva o que deve predominar no estudo do direito é uma investigação dos problemas jurídicos além da objetividade, que é insuficiente e alienadora.

A técnica de pensar por problemas, apresentada pela tópica, tem o mérito de possibilitar uma amplitude maior que a oferecida pela metodologia jurídica tradicional.

Quando se analisa a jurisprudência como meio para tornar inteligível o direito através da identificação das razões e dos princípios jurídicos aplicados aos casos concretos, vai-se além dos critérios estritamente jurídicos e ingressa-se no terreno ético, político e social. Isto é, ingressa-se numa ordem social mais ampla onde as questões sociais, os costumes, as tradições desempenham um papel fundamental.

A jurisprudência traz um exemplo do que se afirma através do exame de um caso concreto com base na justiça distributiva em relação à função fiscal do Estado.

A questão que se discutiu é por que a imunidade tributária que é estabelecida constitucionalmente no capítulo do sistema tributário nacional,

(150) DESCARTES, René. Discurso sobre o método. Tradução de Mário Pugliesi. São Paulo: Hemus: 1990., p. 130.

na seção que trata das limitações ao poder de tributar, pode ser considerada uma vantagem distributiva.

Antes de tudo é preciso dizer que a justiça distributiva realiza o benefício distributivo promovendo a estabilização das relações sociais e são vários os princípios que seguem essa estabilização: o princípio da necessidade, o princípio da causalidade, o princípio da igualdade, o princípio da capacidade. Princípio importante aqui, no direito tributário, é o da capacidade tributária. Isto é, cada um paga impostos de acordo com os seus lucros, sendo que o poder de tributar é limitado quanto à instituição de impostos quando o patrimônio sobre o qual deveria ser instituído o imposto pertence a instituições de educação e assistência social.

Numa análise pragmática ou utilitarista em que se coloque a questão do custo e do benefício, poderíamos dizer que os custos de instalações e funcionamento da instituição estariam parcialmente compensados pela imunidade tributária (e aqui se faz presente outro princípio da justiça distributiva que é o princípio da reciprocidade). Isto é, a vantagem dos idosos e das crianças abrigadas, se de início significam custos sociais, a longo prazo se transformam em benefício à medida em que gradualmente os pedintes, os menores desocupados, são retirados das ruas. Isto significa que a estabilização social na forma de custo e benefício nem sempre se realiza instantaneamente, mas segue uma graduação, e que aos poucos o bonum da vantagem distributiva faz com que as relações sociais se estabilizem.

Numa perspectiva normativista, poderíamos dizer que a justiça distributiva define a imunidade tributária, torna efetiva a sua atuação e a justifica através do texto legal.

Sob o ponto de vista moral, poderíamos dizer que os princípios de estabilização custo-benefício ou a perspectiva normativista são insuficientes do ponto de vista da justiça e é necessário compreender que instituições de assistência social têm como objetivo o **auxílio do mais fraco** em face do mais forte. Anuncia-se a possibilidade de uma interpretação moral da justiça, a saber, uma reciprocidade do auxílio.

Outra questão importante é que, para gozar do benefício da justiça distributiva é imprescindível a institucionalização e o reconhecimento de que a instituição age sob um interesse coletivo - isto é, ajuda a produzir a reciprocidade em face da realidade e ajuda a diminuir a injustiça.

A questão jurídica que está sendo discutida é se a declaração de usucapião interfere na imunidade tributária e sobre a existência ou inexistência de relação jurídico - tributária entre o poder municipal e a instituição de ensino.

A fundamentação essencial que o juiz utilizou para a sua apreciação, demonstra que a imunidade tributária resiste e é superior juridicamente à declaração de usucapião, pois, se o imóvel usucapido estava na posse mansa e pacífica do apelado, independentemente do título, encontrava-se incorporado ao patrimônio dele e, portanto, imune à tributação imobiliária antes mesmo da declaração da usucapião em favor do apelado.

Além do mais, os efeitos da usucapião são retroativos, o que anula a alegação da autora de que os imóveis só passaram à propriedade da ré com a transcrição ocorrida em razão do reconhecimento da usucapião em seu favor. O juiz reconhece que a posse mansa e pacífica é presunção de que o imóvel está incorporado ao patrimônio e que a ré possuía o domínio apesar de não ter sido transcrita a sentença declaratória da usucapião.

Pouco importa se a natureza jurídica da sentença de usucapião seja declaratória ou constitutiva de relação jurídico- tributária, estando o imóvel no patrimônio do apelado não pode ser tributado por ser integrante do patrimônio da entidade de assistência social.

Como poderia o caso ter sido decidido? O juiz poderia considerar a transcrição da usucapião como condição imprescindível para reconhecimento de que os imóveis efetivamente passaram à propriedade do autor e que só a partir da data da transcrição poderiam ser tributados e, portanto, reconhecer a existência da relação jurídico-tributária entre a entidade e a prefeitura nos exercícios citados, sendo devidos, portanto, os tributos a esses anos de exercício fiscal.

Tal como no direito romano, observamos que a lei é colocada em um contexto em que os elementos sociais, econômicos e culturais são considerados como indispensáveis para tornar inteligível sua função jurídica ordenadora¹⁵¹.

(151) ENGLISH, ob. cit., p. 364.

6.1 O PAPEL LIMITATIVO DA DOGMÁTICA EM RELAÇÃO A INTERPRETAÇÃO JURÍDICA

Uma das questões mais importantes e que integra o contexto das relações entre a jurisprudência e a atividade interpretativa é a do papel ampliativo da interpretação jurisprudencial. Têm razão os historicistas quando defendem a influência dos fatores internos e imanentes ao direito: segundo eles há um movimento de transformação, no próprio coração da existência que impõe curvar-se aos significados humanos. O sentido das questões jurídicas não pode ser alcançado por uma interpretação puramente objetiva.

É verdade, porém, que muitas formas devem ser aplicadas restritivamente. Quando o legislador dá ao proprietário de um imóvel o direito de demolição por ter edificado de má fé, sem respeitar o direito de vizinhança, age restritivamente de acordo com o art. 934 do CPC, que dá ação ao proprietário ou possuidor, a fim de impedir que a edificação da nova obra, em imóvel vizinho, lhe prejudique o prédio, suas servidões ou fins a que é destinado.

Alberto G. SPOTA em, **O juiz, o advogado e a formação do direito através da jurisprudência**, ao analisar a jurisprudência restritiva, alude ao fato de que, mesmo nestes casos, em que o direito está claramente estabelecido, a cobiça, o propósito de obter um legítimo proveito, a exploração da situação desfavorável pelo autor da ação, “encontrariam, numa interpretação restritiva, terreno fácil para germinar”¹⁵².

Como resolver tal questão? A sabedoria do direito romano oferece sempre valiosas contribuições: é a aplicação do princípio da bona fides. Isto é, se o vizinho construiu de boa fé, poderá haver composição na defesa do interesse social. O exame das questões subjetivas impede o abuso de direito.

Karl ENGLISH dá exemplo de como a combinação da lei (premissa maior) com o caso concreto (premissa menor) pode ser influenciada pelas fundamentações jurídicas: um soldado vendeu um cavalo inapto para a marcha a um camponês pelo preço de 165 marcos. Este alimentou o cavalo com rações caras e após um ano, vendeu-o pelo preço de 6.000 marcos. O fisco do reich exigiu do camponês uma indenização de 4.100 marcos

(152) SPOTA, Alberto G. *O juiz, o advogado e a formação do direito através da jurisprudência*. Tradução de Jorge Trindade, Porto Alegre, Fabris, 1985, p. 54.

como enriquecimento sem causa. O tribunal do reich, **aferrado à lei**, condenou o camponês ao pagamento da quantia reclamada. A pretensão do autor foi declarada conforme o direito. O código civil alemão prescreve que se alguém, sem título legítimo dispõe de um objeto (disposição representada pela venda) e esta disposição é eficaz em relação a pessoa legitimamente titulada, será obrigado a restituir o que obteve através da disposição¹⁵³.

O código civil brasileiro no artigo 622 afirma que: feita por quem não seja proprietário, a tradição não alheia a propriedade. Mas, se o adquirente estiver de boa fé, e o alienante adquirir depois o domínio, considera-se revalidada a transferência e operado o efeito da tradição, desde o momento do seu ato.

No caso em exame, a aquisição do domínio poderia ocorrer quando a venda se tornasse eficaz, quando o detentor do título legítimo a confirmasse. A confirmação foi dada pelo fisco ao propor contra o dito camponês uma ação: ao pretender, através da ação, o preço de venda, ele confirma o ato de disposição.

O exemplo traz uma discussão juridicamente importante: a relevância das fundamentações na interpretação. Porém, mais do que isso, demonstra como só um jurista inventino poderá chegar a tal solução.

A confirmação do ato de disposição pode dar origem ao domínio superveniente, de acordo com o art. 756, p. único do código civil: “o domínio superveniente revalida, desde a inscrição, as garantias reais estabelecidas por quem possuía a coisa a título de proprietário”.

Vê-se que o jurista precisa, muitas vezes, para fazer uma boa interpretação servir-se de dispositivos dispersos, que, reunidos num todo unitário, dão origem à premissa maior. Sua elaboração necessita de múltiplas relações e conexões materialmente fundamentadas.

Do ponto de vista lógico a interpretação tem como tarefa fornecer ao jurista o conteúdo e o alcance (extensão) dos conceitos jurídicos. A indicação do conteúdo é feita por meio de uma definição, ou seja, pela indicação das conotações conceituais. A indicação do alcance (extensão)

(153) ENGLISH, Karl. Introdução ao pensamento jurídico. 6ª ed., Lisboa: Colouste, 1983, pp. 118-122.

é feita pela apresentação de grupos de casos individuais que são de subordinar, quer dizer, subsumir, ao conceito jurídico¹⁵⁴.

ENGLISH dá exemplo de como o conceito jurídico de documento que é toda declaração firmemente ligada a uma coisa corpórea, compreensível a toda gente ou pelo menos pelo interessado a quem se destinará é apropriada para, no tráfico jurídico, provar um fato que lhe é extrínseco, e que ao tempo designa ou permite conhecer o seu autor¹⁵⁵.

A interpretação jurídica promove a apreensão do sentido e do compreender jurídicos, contrariando o “pressuposto ínsito na concepção exergética da função judicial de que cada caso concreto pode ser reduzido a simples expressões livres de quaisquer ambigüidades, formulando-se assim a premissa menor do silogismo judicial”¹⁵⁶.

Sobre os conceitos problemáticos, sujeitos a ambigüidades, ENGLISH dá como exemplo a interpretação do código penal alemão, no artigo e no parágrafo que trata da receptação: aquele que, com mira num projeto pessoal, esconda, compre, tome de penhor ou por qualquer outra forma, chame ao seu poder coisas que sabe, ou, dadas as circunstâncias deve presumir, terem sido obtidas por meio de uma ação punível... será punido com prisão como receptador¹⁵⁷. A expressão que enseja ambigüidade é: “obtidas por meio duma ação punível”. O exame do alcance e do conteúdo da norma, leva à dificuldade de saber se a obtenção ocorreu diretamente, por meio de uma ação punível, ou se basta uma obtenção indireta ou mediata. Em referência ao alcance da norma, a questão é a de saber que não só as coisas furtadas ou de qualquer forma criminosamente adquiridas, mas também aquelas coisas que como estas foram adquiridas e por elas trocadas, consideram-se obtidas através de uma ação punível.

O código penal brasileiro resolve a questão do conteúdo da norma ao incluir no tipo objetivo do crime (artigo 180) a aquisição que abriga o ato de esconder ou tornar irreconhecível coisa que sabe ser produto de crime.

(154) ENGLISH, ob.cit., p. 126.

(155) Estas generalizações têm a função dos *topoi* que orientam as organizações sistemáticas que remontam a *ars combinatoria* que denota o estilo de pensamento da Idade Média, resgatando a tópica aristotélica (*efficiens materialis, formalis, finalis*); sucessão de ulteriores observações onde se desenvolvem também regras gerais chamadas *brocardia, regulae, loci communes, axiomata*. Cf. David ViEWG. *Tópica e jurisprudência*, pp. 67-68.

(156) COELHO, Luiz Fernando. *Lógica e Interpretação das leis*. Rio de Janeiro: Forense, 1961, p. 230.

(157) Cf. ENGLISH. Ob. cit., p. 127.

Na receptação imprópria (2a parte do caput) o comportamento é influir (sugerir, inspirar) para que terceiro de boa fé, pratique aquelas ações (adquirir, receba ou oculte).

Em relação ao alcance da norma, o código penal brasileiro prevê a receptação culposa que no tipo objetivo insere as condutas alternativas: **adquirir ou receber** coisa presumidamente obtida por meio criminoso. A presunção se estabelece pela natureza da coisa, pela desproporção entre o valor e o preço e pela condição de quem oferece a coisa.

Será receptador, entretanto, aquele que recebe como oferta jóias que, **conforme sabe**, foram compradas com dinheiro furtado ou com produto de coisas furtadas? Neste caso fala-se de **receptação do sub-rogado** pois que a recepção não se refere à própria coisa furtada (o dinheiro, etc), mas a uma coisa que veio ocupar o seu lugar (as jóias compradas com o dinheiro furtado)¹⁵⁸.

Poderia a receptação do sub-rogado inserir-se na hipótese da receptação culposa, de acordo com o parágrafo 1º do artigo 180 do CP? A norma do parágrafo 1º é clara: adquirir ou receber coisa obtida por meio criminoso ou seja, a própria coisa e não aquela que está no lugar dela.

Da sistemática do código penal brasileiro, só integram o tipo objetivo o crime de receptação dolosa ou culposa, coisa diretamente obtida e que se sabe ser produto de crime.

ENGLISH afirma que a esta concepção estreita se opuseram muitos autores entre os quais um dos mais eminentes criminalistas do nosso século, Ernest BELING, o qual foi da opinião de que também o produto de uma coisa furtada, aquilo que foi comprado com o dinheiro furtado, **adere** ao ato punível que o condicionou¹⁵⁹.

Muitas vezes, portanto, é preciso recorrer à interpretação histórica, para, ao chegar às fontes históricas da norma ou analisar a **colocação sistemática** ou, ainda mais, utilizar o método teleológico o qual procura o fim, a ratio, o **pensamento fundamental** do preceito legal¹⁶⁰.

O professor Luis Fernando COELHO, na clássica obra **Lógica jurídica e interpretação das leis**, descreve a “atitude epistemológica da

(158) ENGLISH. Ob. cit., pp. 129-130.

(159) ENGLISH. Ob. cit., p. 130. No Código Penal Brasileiro a receptação é crime autônomo e se refere à coisa obtida como produto do crime, excluindo qualquer outra formulação. Segundo ENGLISH essa colocação sistemática autônoma pode incluir a receptação do sub-rogado.

(160) Ob. cit., p. 133.

dogmática tradicional”, afirmando que “se explica historicamente porque esta pareceu exaurir toda a ciência do direito a partir de uma circunstância de seu desenvolvimento no mundo ocidental: a racionalização da ciência, concebendo-se como objeto de elaboração teórica, o elemento que mais se prestava à universalização conceitual aspirada pela ciência, desde o hilemorfismo aristotélico e o racionalismo estóico; desta forma, a conduta humana, em sua subjetividade, e os valores do direito em sua bilateralidade ficaram relegados a segundo plano”¹⁶¹.

Ultrapassar os limites da dogmática significa aceitar que as questões do direito superam os limites puramente jurídicos e alcançam os domínios filosóficos. Como bem afirma Karl ENGISH a relação entre lei e direito, num determinado ponto se transforma num problema e num tema vincadamente filosófico-jurídico¹⁶².

6.2 UMA NOVA PERSPECTIVA JURÍDICA

Gaston de BACHELARD afirma que é de bom método, quando se termina um livro, reportar-se às esperanças que se nutriam ao começá-lo...¹⁶³

As esperanças são de que no domínio do ensino jurídico, uma era de investigação livre possa abrir-se. Como pensar a realidade jurídica do nosso tempo? Em primeiro lugar cabe considerar uma nova perspectiva dos valores jurídicos, com base no humanismo. Para compreender o que isto significa basta dizer que as relações humanas, como fatos comunicáveis, são fenomenologicamente decisivas para o estudo do direito. Tais relações, soma de todos os significados que serão interpretados juridicamente, só alcançarão sua função quando consideradas nas suas formas puras, no seu sentido humano.

Há a esperança também de que os impedimentos do formalismo e da rigidez possam ser superados, de que o dogmatismo, que nos impede de alcançar as fórmulas jurídicas, na sua original espontaneidade, dê lugar a uma atitude existencial de busca tranqüila pelo direito, em conexão com as verdadeiras exigências da justiça. É preciso apagar os vestígios, especialmente no estudo do direito, de tudo o que violenta sua evolução

(161) COELHO, ob. cit., p. 312.

(162) ENGISH, ob. cit., p. 381.

(163) BACHELARD, Gaston de. Ob. cit. (contracapa).

criativa; os significados humanos, a soma dos elementos psíquicos e sociais permanecem, muitas vezes, esquecidos, impedidos de serem conhecidos.

Espera-se que, na comunicação dialógica, diante dos problemas concretos e ultrapassando os limites do entendimento gramatical, os estudantes assumam a responsabilidade de interpretar da forma mais ampla e profunda as questões jurídicas. É extraordinária a compreensão que esses exercícios promovem no sentido de ordenar os conteúdos jurídicos dispersos.

O regresso aos problemas da vida, compostos através da orientação do direito, é obra profunda e relevante para a formação jurídica. Os elementos que ao longo dos estudos, parecem desarticulados, assumem sentido quando vistos em sínteses concretas. Para compreender melhor esta análise, basta pensar nos benefícios que a heteronegatividade das experiências trazidas pelos estudantes representa no reconhecimento da complexidade das questões jurídicas. A função do diálogo é proporcionar o reencontro do estudante com seu poder de reflexão e de expressão clara diante dos problemas propostos.

O futuro da pesquisa, portanto, pertence ao universo dos valores, das atitudes, dos procedimentos e também das idéias. O direito abre-se para novas possibilidades, inspiradas na dialética do justo. Não são sonhos, mas o regresso a hábitos simples de pensamento, seguindo a linguagem jurídica: como escolher a melhor situação diante da multiplicidade de referências normativas, jurisprudenciais, doutrinárias? Como aplicar os princípios a um número cada vez maior de problemas? Como conhecer o objeto jurídico disponível, na diversidade de informações, capaz de representar a solução para a controvérsia? As soluções estão dentro do sujeito, mais do que nos livros. Basta associá-las ao conhecimento, aos fatos e aos valores. O entregar-se, com toda a naturalidade, à matéria, ao problema, em harmonia com os elementos, devidamente ordenados, constitui atividade imprescindível para o estudo do direito.

Ao meditar sobre esses níveis da pesquisa, chegamos aos verdadeiros objetos jurídicos e concluimos que as inquições que nos levam a eles não são somente externas e formais, mas também internas e materiais. É impossível alcançar um bom entendimento teórico sem reivindicar a multiplicidade das instituições, das funções, dos hábitos e dos comportamentos. A interpretação, como ficou demonstrado no curso desse trabalho, deve romper o modelo unitário, rígido e invariável da lógica.

Ao valorizar a atividade crítico-lingüística, a pesquisa tomou lugar ao lado dos modelos ligados à linguagem, como comunicação, não mais monótono e invariável da relação biunívoca, entre palavra e coisa significada, mas como função operativa, capaz de ulteriores integrações¹⁶⁴.

O esquema metodológico tem vinculações filosóficas que permitem um enquadramento teórico que valoriza a crítica como fundamento, destituindo o dogmatismo. Neste sentido as possibilidades de compreender a problemática jurídica são consideravelmente maiores, sem romper com a tese geral do direito.

Em outras passagens do trabalho aludiu-se aos sistemas de pensamento, ressaltando a identidade do modo de pensar problemático com o estudo do direito. Os impasses de tal opção foram satisfatoriamente afastados pela elucidação dos verdadeiros objetivos da pesquisa: instaurar uma perspectiva nova para os estudos jurídicos, sem qualquer tentativa de negar suas propriedades científicas ou relegar o caráter sistemático - normativo a segundo plano.

Todo o esforço consiste em indicar a essência, a natureza dos estudos, numa perspectiva ampla ligada às imagens, à peculiaridade da comunicação jurídica e à importância do caso concreto.

Impõe-se uma observação de ordem sistemática: a preocupação com a história, enfaticamente acentuada e o princípio de origem de toda pesquisa: a vontade de saber dos estudantes.

A concepção pragmática, ao lado de uma visão filosófica harmonizadora, foram profundamente valorizadas. A densidade existencial do discurso jurídico foi exaltada. Rumos, solidamente definidos, são os que valorizam a natureza imanente da ciência jurídica, a convicção de que o estudo da jurisprudência é insubstituível e necessário para uma concepção real e progressista do direito.

A pesquisa abre caminho para o reconhecimento do direito como ciência que se ocupa dos problemas da vida e, como tal, deve ser desvendada no processo ascensional que vai da experiência imediata à consciência jurídica.

Mais do que uma proposta metodológica, busca-se uma atitude espiritual renovadora. Permanecem intocáveis os valores perenes do di-

(164) SPOTA, ob. cit., p. 83.

reito, sua vocação para a abstração, para a generalidade, para a unidade, para a integração. Porém, o pensamento tem uma nova gênese, que incide sobre os fundamentos do próprio conceito jurídico: o homem, a natureza, a linguagem, a racionalidade.

Em verdade, essa atitude espiritual pode ser interpretada de várias maneiras, se integrada à multiplicidade dos problemas: à rebeldia de determinados conteúdos jurídicos, como o direito de família, por exemplo; à flexibilidade do direito processual do trabalho, ao ecletismo do direito penal, à complexidade do processo civil, às contradições da cautelaridade, à agilidade do direito econômico e empresarial, às peculiaridades do direito internacional moderno. As especialidades jurídicas são estudadas sempre, tendo como pressuposto, o seu fundamento. Do fundamento para a realidade. Cada problemática deve ser aferível tendo o **fundamento** e a **realidade** como critérios de estudo. Vê-se que se o sistema fechado de interpretação é condenado, não se pretende uma postura radicalmente problematizadora, por ser incompatível com o direito. É uma perspectiva que consagra a adequada conjugação de princípios à diversificação da realidade.

A preocupação fundamental é dar ao estudo do direito uma dimensão ampla, que valorize a intuição natural pelo justo, especialmente em razão da superioridade do processo de conhecimento, cuja percepção dos problemas ultrapassa os limites do utilitário e do interesseiro. O grande desafio é a sua superação através de um sistema de idéias aberto à diversidade jurídica.

CONCLUSÃO

O principal objetivo deste estudo é possibilitar reflexão sobre as exigências do ensino jurídico através de um duplo movimento: um para o passado a fim de resgatar, das origens clássicas os padrões de pensamento, de discussão e de ação. Rever o que tem sido construído juridicamente, a partir do modelo romano. Outro, para o futuro buscando as conexões desse modelo com as teorias neo-retóricas e crítico-lingüísticas. Retomar os produtos do pensamento e analisá-los através de padrões semânticos e cibernéticos. Ou seja, averiguar tudo o que emerge, como justo e injusto, com suficiente certeza, do significado das palavras do texto jurídico. Identificar a situação pragmática e suas relações com a retórica como situação base, a fim de tornar compreensível, a partir dela, os conseqüentes pontos relevantes para o pensamento. Esses produtos do pensamento são retomados na sua origem situacional, em conexão com os signos e deste com seus objetos.

A emergência do justo e a sua averiguação concreta deve ser o objetivo fundamental do ensino jurídico. Este projeto vincula-se filosoficamente à atitude que leva o homem a buscar a justiça ao sentimento de insatisfação e ao conflito humano. Considera-se também, do ponto de vista filosófico, a importância da investigação antropológica-existencial. Examinam-se, em seguida, as dimensões do comportamento dogmático no âmbito jurídico através do aspecto gnoseológico, isto é, do seu conhecimento; do aspecto ontológico, ou seja da certeza da sua existência e, a partir do aspecto axiológico, o direito como dotado de valor próprio, independente das valorações dos indivíduos. Destacam-se, ainda, os limites do espírito crítico diante das exigências do ordenamento jurídico, constituído pela certeza e pela segurança e o valor pedagógico do erro para impulsionar a aprendizagem.

A implementação de um discurso jurídico integral leva à valorização da jurisprudência já que, através desta é possível ultrapassar a lógica normativa e buscar soluções para as questões contraditórias do direito. Tal tarefa exige conhecimentos diferenciados da história, da sociologia, da economia e de muitas outras ciências. A insuficiência dos modelos lógico-normativos é comprovada pelo descrédito nas instituições jurídicas e nas soluções por ela geradas. O estudo do caso concreto possibilita uma verdadeira apropriação da realidade jurídica, integrando o ensino jurídico de bases teóricas e conceituais, às situações da vida.

Como se enfatiza ao longo deste trabalho, uma visão global do direito oferece direções para algumas atitudes originantes: o racionalismo, que traz as bases para um novo pensar, ativo, militante, nos moldes da epistemologia de Gaston de BACHELARD, integrativo, buscando significações esquecidas nas virtualidades do real¹⁶⁵.

O estudo do direito através do caso concreto é um discurso da liberdade: no raciocínio ativo, na busca arqueológica, nas expressões lingüísticas, estéticas e psicológicas do discurso jurídico, no exame da genealogia das formas jurídicas.

A busca da precedência das formas jurídicas visa retomar expressões jurídicas originais e também examinar o papel ontogenético das palavras da linguagem do direito.

A perspectiva metodológica é a utilização do pensamento problemático, associado à técnica da tópica como ponto de partida e como proposta de decisão que desencadeia o processo racional de direito. Didaticamente, promove a ordenação do pensamento e a possibilidade de desvendar o sistema lógico conceitual da decisão. Tecnicamente isso significa o acesso ao processo de elaboração que leva o juiz a decidir.

A comunicação jurídica através do caso concreto utiliza os fundamentos da teoria da comunicação de Habermas, ensejando a interpretação através de conexões vitais que reproduzem o momento histórico e as características dos indivíduos concretos que se relacionam. Significa o emprego interessado da razão na orientação do conhecimento jurídico.

(165) BACHELARD, Gaston. Ob. cit., p. 2.

A articulação entre conhecimento e interesse do plano jurídico possibilita o estudo das questões, como conjuntos vitais que são determinados social e antropologicamente.

A postura crítica no domínio jurídico busca mostrar a unidade entre experiência jurídica e experiência humana. Trata-se de uma crítica fenomenológica que permite a autoconstituição da consciência. Tal consciência é resultado da observação sistemática do fenômeno jurídico e da identificação do sujeito com as questões apresentadas pela jurisprudência. O exercício reflexivo encontra interpretação. Assim como na psicanálise, que, como forma essencial da interpretação, libera os pontos de vista teóricos e regras técnicas para ocupar-se de conjuntos simbólicos, a atividade interpretativa no domínio jurídico não é absolutamente objetiva: o jurista se defronta com expressões vivenciais que emergem da ação jurídica propriamente dita e suas manifestações. A jurisprudência revela a dimensão vital da linguagem jurídica: manifestações emocionais, tendências, exteriorizações.

A crítica jurídica representa um esforço emancipatório que gera generalizações apropriadas que não podem ser alcançadas através da linguagem da norma.

As atitudes originantes do estudo do direito através do caso concreto, do ponto de vista ético, estão ligadas a problemática situacional e à invenção. Do ponto de vista psicológico as atitudes originantes são a intuição e as imagens. O uso ativo da intuição aplica-se ao pré-entendimento como *locus* significativo para a integração das imagens ao conteúdo material da interpretação. As imagens visam à reconstituição dos casos concretos e conhecimento do fenômeno jurídico.

O papel limitativo da dogmática e o papel ampliativo da interpretação jurisprudencial são temas tratados de modo integrado, porque se referem à apreensão dos problemas e dos conceitos jurídicos. Embora, muitas vezes, a interpretação, por obediência legal, deva ser restritiva, em certas circunstâncias as questões ligadas à compreensão da norma se resolvem numa dimensão que vai muito além do silogismo judicial. É importante destacar que não há conflito entre o método problemático de estudo da jurisprudência e a forma sistemática de abordá-lo, que compreende uma estratégia racional para desvendar o seu conteúdo simbólico.

Do ponto de vista sistemático, aborda-se a natureza do esforço científico aplicado no estudo do caso concreto: é um projeto epistemológico ativo que articula a racionalidade militante de Gaston de BACHELARD à indução e à dialética.

O que se pretende emplementar é um conhecimento que incorpora o abstrato ao material, o racional ao imaginário, o individual à experiência relacional, à história aos conceitos jurídicos, buscando o perfil epistemológicos das questões.

A elucidação do direito como discurso jurídico prático é a busca de conexões válidas entre a pura teoria e a prática vital. Ao direito, cabe retomar, de acordo com a melhor tradição do direito natural, a essência daquelas regularidades empiricamente conhecidas da existência social que se apresentam, por necessidade objetiva de dados, como um esquema de ordenação constantemente reproduzidos.

O confronto entre o raciocínio lógico-normativo e a racionalidade dialógica consensual nos remete ao universo da compreensão da linguagem jurídica expressa na doutrina, na lei e na jurisprudência. A jurisprudência será o lugar privilegiado para o conhecimento do direito, porque proporciona a apreciação dos fenômenos e envolve um estilo mental que estabelece a verdade através do diálogo e do reconhecimento das exigências culturais.

O estudo do direito através do caso concreto é mais do que uma proposta metodológica, é uma atitude espiritual; uma gênese que tem o fundamento e a realidade como princípios e o homem, a natureza, a linguagem, a racionalidade, como paradíguas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. ARENDT, Hannah. **A condição humana**. Tradução de Roberto Raposo; Rio de Janeiro: Forense, 1993.
2. ARRUDA JUNIOR, Edmundo Lima (organizador). **Lições de direito alternativo**. São Paulo: Acadêmica, 1991.
3. AZEVEDO, Plauto Faraco. **Crítica à dogmática e a hermenêutica jurídica**. Porto Alegre: Fabris, 1989.
4. BACHELARD, Gaston. **A poética do devaneio**. Tradução de Antonio de Pádua Davesi. São Paulo: Martins Fontes, 1988.
5. BONFANTE, Pietro. ***História del derecho romano***. tradução de José Santa Cruz Teixeira. Madrid: Editorial Revista del Derecho Privado, 1944.
6. BORNHEIM, Gerd A. **Introdução ao filosofar**. Rio de Janeiro: Globo, 1986.
7. BRUTAU, José Puig. **A jurisprudência como fonte do direito**. Porto Alegre: Azuris, 1977.
8. CANARIS, Claus Wilhelm. **Pensamento sistemático na ciência do direito**. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1989.
9. COELHO, Luiz Fernando. **Lógica jurídica e interpretação das leis**, 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

10. CORDEIRO, Manuel da Rocha e Menezes. **Da boa fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 1984.
11. CURITIBA Tribunal de Alçada do Paraná. Embargos infringentes. **Revista dos Tribunais**. Paraná, Outubro de 1985.
12. DAGOGNET, Français. **Bachelard**. Tradução de Alberto Campos. Lisboa: Edições 70, 1965.
13. DAVID, René. **Os grandes sistemas de direito contemporâneo**. Tradução de Herminio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 1986.
14. ENGLISH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. Tradução de J. Batista Machado. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1983.
15. GARGANI, Aldo G. **Wittgenstein**. Tradução de Carmem. Carvalho. Lisboa: Edições 70, 1973.
16. HABERMAS, Jurgen. **Técnica e ciência como ideologia**. Tradução de Artur Mourão. Lisboa: Edições 70, 1968.
17. _____. **Conhecimento e interesse**. Tradução de José N. Heck. Rio de Janeiro: Guanabara, 1987.
18. _____. **Dialética e Hermenêutica**. Tradução de Álvaro Valls. Porto Alegre: L & PM, 1987.
19. _____. **Pensamento pós-metafísico**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1990.
20. HECK, Philip. **Interpretação da lei e jurisprudência dos interesses**. Tradução de José Osório. São Paulo: Saraiva, 1947.
21. HEGEL, **Princípios da filosofia do direito**. Tradução e Orlando Vitorino. Lisboa: Guimarães, 1990.

22. HEIDEGGER, Martin. **A essência do fundamento**. Tradução de Artur Mourão. Lisboa: Edições 70, 1988.
23. IHERING, Rudolf. **A luta pelo direito**; 4ª ed. Tradução de Richard Paul Neto. Rio de Janeiro: Rio, 1983.
24. KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do estado**. tradução de Luiz Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 1990.
25. LARA, Tiago Adão. **Caminhos da razão no Ocidente**.
26. LIRA, Roberto Filho. **Para um direito sem dogmas**. Porto Alegre: Fabris, 1980.
27. MARTINS, Joel (organizador). **Temas Fundamentais de fenomenologia**. São Paulo: Moraes, 1984.
28. MEIRA, Sílvio Augusto de Bastos. **Instituição de direito romano**. 2. ed. São Paulo: Limonad [19--].
29. MIAILLE, Michel. **Introdução crítica ao direito**; 2ª ed. Tradução de Ana Prata. Lisboa: Estampa, 1988.
30. MONCADA, Luís Cabral. **Elementos de história do direito romano**. Coimbra,,: Coimbra, 1923.
31. MONTEIRO, Washington. **Curso de direito civil**; 2º volume. São Paulo: Saraiva, 1985.
32. NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. **Obras incompletas**. 3ª ed. Tradução e notas de Rubens Rodrigues Torres Filho. São Paulo: Abril Cultural, 983. **Os Pensadores**.
33. PARANÁ, Tribunal de justiça. **Apelação cível**. Centro de documentação do Tribunal de Justiça do Paraná, sistema de jurisprudência. Curitiba, 1993.
34. RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do direito**; 6ª ed. Tradução de Luís Cabral de Moncada. Coimbra: Armenino Amado, 1979,

-
35. RÁO, Vicente. **O direito e a vida dos direitos**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.
 36. RIO DE JANEIRO. **Apelação cível**. Tribunal de Justiça. Revista dos Tribunais 1982.
 37. SERRA, Antonio Truyol. **História da filosofia e do direito e do estado**. 3ª ed. Tradução de Henrique Barrilaro Ruas. Lisboa: Novas Profissões, 1990.
 38. SOUZA, José Guilherme. **A criação judicial do direito**; Porto Alegre: Fabris, 1988.
 39. SPOTA, Alberto. **O juiz, o advogado e a formação do direito através da jurisprudência**. Porto Alegre: Fabris, 1989.
 40. SURGIK, Aloísio. **Lineamentos do processo civil romano**. Curitiba: Cultura, 1990.
 41. VIEWIG, David. **Tópica e jurisprudência**; 2ª ed. Tradução de Tércio Sampaio Ferraz. Brasília: Min. da justiça, [-----].
 42. WARNKOENIG, L.A. **Introdução de direito romano privado**; 2ª ed. Tradução de Antomio Maria Chaves e Mello. Rio de Janeiro: Garnier, 1882.
 43. WOLKMER, Antonio Carlos. **Introdução ao pensamento jurídico crítico**. São Paulo: Acadêmica, 1991.