

**O EXAURIMENTO DO LEGALISMO E A
PRÁTICA JURÍDICA CONTEMPORÂNEA**



Napoleão Nunes Maia Filho
Ministro do Superior Tribunal de Justiça

O EXAURIMENTO DO LEGALISMO E A PRÁTICA JURÍDICA CONTEMPORÂNEA
Ministro Napoleão Nunes Maia Filho

SUMÁRIO: 1. *Introdução: breve referência às crises históricas do Legalismo.* 2. *O advento da força normativa dos chamados princípios jurídicos.* 3. *O descompasso axiológico das leis com as exigências sociais emergentes.* 4. *As resistências ideológicas contra as mudanças jurídicas. Bibliografia.*

**1. INTRODUÇÃO: BREVE REFERÊNCIA ÀS CRISES
HISTÓRICAS DO LEGALISMO**

É uma constatação empírica que nem precisa ser demonstrada essa de que os sistemas sociais surgem mediante tensões e guerras, desenvolvem-se por meio de práticas repressivas e violentas e realizam os seus progressos aglutinando, em torno de concepções monísticas e centralizadas, os vários recursos naturais, humanos e tecnológicos que lhes estão disponíveis, ou são tomados pela força dos seus vizinhos; essa é a marcha evolutiva natural dos sistemas sociais consumados em formas estatais antigas e modernas.

Porém, dado que, desde a sua gênese, esses sistemas dependem da prática constante da violência, trazem eles, no próprio interior, *como se fosse um pecado original*, uma espécie de germe que os corrói por dentro e que termina, em prazos variáveis, provocando o seu ocaso e mesmo a

sua destruição, embora a maioria dos historiadores assegure – com razão – que as histórias institucionais são histórias de continuidade; isso quer dizer que, de alguma forma, as coisas do passado sobrevivem nas coisas do presente e essa linha inexplicável e misteriosa prolonga-se muitas vezes por séculos a fio.

Essa continuidade (que se poderia dizer institucional) serve para fundar a asserção, que com tanto equívoco se repete, segundo a qual os sistemas sociais – os estatais, por extensão – *realmente não definham e, muito menos, chegam a desaparecer por completo*, porquanto a observação da sua evolução parece confirmar que se adaptam, constantemente, às condições emergentes nos grupos humanos e se ajustam, conseqüentemente, às variações históricas que as próprias dinâmicas da vida coletiva vão continuamente gerando.

Essa visão coincide com aquela que advoga *uma espécie de manutenção* das instituições sociais e estatais, mas sem fazer-lhes qualquer crítica, quanto ao seu *compromisso classista*; tal modo de ver as coisas, *além de ocultar esse relevantíssimo aspecto da Teoria do Estado*, serve também para consolidar a noção – *equivocada noção* – que a ordem jurídica é algo somente técnico, situada que estaria *fora do sistema social* e, mais ainda, com capacidade ou aptidão para controlar os seus processos e induzir as suas elaborações intelectuais.

Nesse sentido, o papel dos juristas, principalmente os juristas aplicados ao Direito Público, parece reduzido à interpretação de textos, sem a possibilidade de extrair deles algo inédito ou propectivo, limitados (esses juristas) a afirmar e reafirmar a *prevalência dos poderes do Estado*, como se neles (nos poderes estatais) estivesse a própria soberania do Direito, e não nas manifestações sociais e populares; é esse viés que conduz à conclusão de que esses mesmos poderes (estatais) são *adversos à sociedade* e que é preciso *lutar contra eles*.

Talvez fosse mais compreensível dizer que essa noção de adversidade objetiva dos poderes estatais em relação à sociedade sobre a qual se exercem deve procurar o seu fundamento naquele prefalado *compromisso*

classista do Estado, porquanto é esse elemento (o compromisso classista) que desfaz o *mito da neutralidade* desses poderes estatais e tolda a decantada limpidez do pensamento liberal que apregoa a liberdade dentro da legalidade.

Essa dita visão continuísta das instituições sociais e estatais deixa de considerar o papel das revoluções como ambientes de violentas transformações (sociais e institucionais), sacudindo as estruturas formais do Estado consoante explana VLADIMIR ILITCH LENIN (1870-1924), pondo em movimento o mecanismo de sua gradual extinção (O Estado e a Revolução, tradução de Aristides Lobo, São Paulo, Expressão Popular, 2010, p. 35), pela constatação de sua *desnecessidade política*.

O Professor FERNAND BRAUDEL (1902-1985) explana, contudo, que *as civilizações são continuidades estruturais e as instituições que criam também seguem a sua marcha* (Gramática das Civilizações, tradução de Telma Costa, Lisboa, 2004, pp. 39 e segs.), ou seja, a história é uma corrente que caminha constantemente, encadeando interpretações pragmáticas e científicas dos acontecimentos e dos fatos, que são as matrizes fundamentais das coisas do tempo presente e do tempo futuro.

A identificação das instituições jurídicas – *mormente do Direito e das leis* – com as demais instituições do poder estatal, isso que é a grande *usina ideológica* geradora dos legalismos, faz com que essas mesmas instituições sigam a sorte (feliz ou infeliz) das próprias estruturas do Estado; assim, as *crises do Estado* são também *crises dos legalismos*: quando se faz o acompanhamento da história do Estado, faz-se também, ao mesmo tempo e na mesma medida, o acompanhamento das crises dos legalismos, como estudos dos mesmos fenômenos e das mesmas crises.

Assim, quando se fala em *crises do Legalismo*, está-se aludindo, na verdade, a crises das estruturas estatais em que elas (as crises) ocorreram e se traduzem (essas crises) em rearranjos institucionais que confirmam a *inevitável associação histórica* entre os sistemas normativos e os correlatos sistemas de poder, sistemas de poder que correspondem à

compreensão de *todo o aparato* do Estado, e não apenas o aparato das instâncias elaboradoras das normas (as leis escritas) e da sua aplicação pelos agentes dos órgãos administrativos ou executivos, *mas também o complexo e vasto aparato estatal das instâncias judiciais*.

Alguns renomados autores, como o Professor SABINO CASSESE, sugerem a ideia de que as estruturas estatais estão submetidas a constantes (ou sucessivas) mudanças e isso se dá, segundo explica esse mestre, por um processo de absorção e dispersão de direitos *no Estado*, o que permite falar em *uma nova ordem sequencial dos poderes públicos*; eis a síntese desse pensamento:

O primeiro aspecto do ordenamento em vários níveis dos poderes públicos refere-se à concentração dos direitos nos Estados. Como se sabe, uma das características da formação dos Estados, do século XV ao XIX, foi a progressiva concentração dos direitos nos Estados, com a respectiva redução da possibilidade de que fossem geridos por outras autoridades. Agora esse processo de absorção no Estado terminou e teve início o processo oposto, de dispersão dos direitos para outras entidades. (...) A história dos poderes públicos, a partir da Idade Média, assistiu a um movimento pendular de dispersão e concentração, mas não em torno dos mesmos poderes. A fase atual assiste à prevalência da dispersão e da fragmentação (A Crise do Estado, tradução de Ilse Paschoal Moreira e Fernanda Landucci Otale, Campinas, Saberes, 2010, p. 72).

Mas esse movimento pendular se faz com velocidades variáveis e momentos distintos, sendo essa irregularidade uma das razões pelas quais as evoluções das sociedades são, de certa forma, rebeldes a tratamentos e controles e, muitas vezes, insusceptíveis de previsões, ou de acertos quanto aos seus rumos.

As crises do Legalismo portanto, aceitando-se que as suas ocorrências possam ser vistas e consideradas como crises maiores e mais profundas das próprias estruturas do Estado – ou de certa concepção estrutural de Estado – somente seriam explicáveis dentro de um quadro de apreciações que fosse tão vasto quanto a própria vastidão de *todos*

os aparatos do Estado que servem de suporte ao desenvolvimento dos vários processos sociais.

A concepção legalista, porém, espalha-se *naturalmente* sobre todas as maneiras pelas quais as outras concepções jurídicas – *todas as outras* – expressam as demais concepções do Mundo, dada a sua cativante e mítica explicação lógica para os fenômenos e as manifestações do poder firmada, sobretudo, na sua contraposição à temida ideia de *caos social*; por isso se diz que o Legalismo é um *padrão* de explicação e de compreensão do Direito.

Talvez seja aquela contraposição, que serve de base à noção de ordem, segurança e certeza, tão própria do Legalismo, o principal ponto de apoio dos *simbolismos jurídicos*, apropriados mais para explicações funcionais do que para explicações de natureza ontológica; uma das operações simbólicas mais caras do Legalismo é, precisamente, a *confusão conceitual* que amiúde se faz dele (do Legalismo) com a ideia de Direito, isto é, reduzir o *jurídico* à sua expressão formal (as leis escritas).

Apoiando a tese da conexão entre o Legalismo e o poder – as várias formas do poder estatal – embora a tratando sob o ângulo da sua *culturalidade social*, o Professor PIERRE BOURDIEU (1930-2002) explica a sua adequação aos propósitos da dominação social, envolvendo também as questões das artes e da informação, da literatura e da linguística, da política e da religião:

É certo que a prática dos agentes encarregados de produzir o Direito ou de o aplicar deve muito às afinidades que unem os detentores por excelência da forma do poder simbólico aos detentores do poder temporal, político ou econômico, e isso não obstante os conflitos que os podem opor. A proximidade dos interesses e, sobretudo, a afinidade dos hábitos, ligada a formações familiares e escolares semelhantes, favorecem o parentesco das visões do mundo. Segue-se daqui que as escolhas que a classe dos agentes deve fazer, em cada momento, entre interesses, valores e visões do mundo diferentes ou antagonistas têm poucas possibilidades de desfavorecer os dominantes, de tal modo o etos dos agentes jurídicos que está na sua origem e a lógica imanente dos textos jurídicos que são invocados, tanto

para os justificar como para os inspirar, estão adequados aos interesses, aos valores e à visão do mundo dos dominantes (O Poder Simbólico, tradução de Fernando Tomaz, Rio de Janeiro, Bertrand, 2007, pp. 241/242).

Esse raciocínio que desvenda aquela precitada conexão revela que as crises do Legalismo (ou melhor, dos legalismos) são *também crises de certas conformações dos poderes do Estado*, porque a essência dos legalismos é *instrumentar*, como se pode claramente entender, a ação das potestades estatais, de modo que as suas alterações (dos legalismos) são geralmente adaptações bem sucedidas à finalidade desse macro-objetivo instrumentador.

Consideradas as duas formações estatais ocidentais mais recentes e exemplares – *o que não significa que se afirme a inexistência ou a desimportância de outras formações* – a saber, o Estado Absolutista e o Estado Liberal, vê-se que as suas rupturas se deram ao mesmo tempo em que houve a superação de suas respectivas ordens jurídicas internas.

Essa coincidência não é aleatória e por certo pode ser enunciada com a inversão dos seus termos, embora se constate que os *absolutismos operacionais (executivos) ou normatizadores (legais)* se insinuaram nas práticas dos liberalismos que pretendiam aboli-los, por isso que tanto se alude (e com razão) a *continuidades históricas* quando se trata da biografia do Estado Moderno.

Do ponto de vista operacional, a ideologia do Legalismo é simplesmente a ideologia da exaltação do *pragmatismo*, vertido em programa político, entregue a sua efetivação aos agentes jurídicos do Estado, tanto os formuladores das leis escritas quanto os seus aplicadores.

O Professor PAULO BONAVIDES, identifica no pragmatismo jurídico o abandono da preocupação com os valores da justiça e da equidade, que deveriam ser o norte da atuação jurídica, máxime quando investida de propósitos limitadores do poder e dos poderes; diz o mestre o seguinte:

A derrocada da consciência dos juristas quanto ao sentido dos valores expurga dos atos da Administração e mesmo das decisões judiciais os

escrúpulos com a equidade, assim legitimando quaisquer atos do poder, até mesmo os mais inconcebíveis (Ciência Política, Rio de Janeiro, FGV, 1992, p. 173).

Na raiz do *problema do poder*, nas suas diversas manifestações, está a *dicotomia ideológica* entre os juristas que se esforçam por justificar a sua força pela força, apenas *explicando* os seus mecanismos, e os que pugnam pela sua limitação — *tarefa sisifíca ou ingrátíssima* — em trabalho interminável e que sempre deve recomeçar.

Com expressões de marcante atualidade, o Professor NORBERTO BOBBIO (1909-2004) observa o fenômeno da aludida dicotomia, destacando a complexidade da análise no nível da própria gênese e, depois, do exercício e desenvolvimento do poder, assim:

O alfa e o ômega da teoria política é o problema do poder: como o poder é adquirido, como é conservado e perdido, como é exercido, como é defendido e como é possível defender-se contra ele. Mas o mesmo problema pode ser considerado de dois pontos de vista diferentes, ou mesmo opostos: ex parte principis ou ex parte populi. Maquiavel ou Rousseau, para indicar dois símbolos. A teoria da razão de Estado ou a teoria dos direitos naturais e o constitucionalismo. [...]. O primeiro ponto de vista é o de quem se posiciona como conselheiro do príncipe, presume-se ou finge ser o porta-voz dos interesses nacionais, falar em nome do Estado-presente; o segundo ponto é o de quem se erige em defensor do povo, ou da massa, seja ela concebida como uma nação oprimida ou como uma classe explorada, de que fala em nome do anti-Estado ou do Estado que será. Toda história do pensamento político pode ser distinguida conforme se tenha posto o assento, como os primeiros, no dever da obediência, ou como os segundos, no direito à resistência ou à revolução (A Era dos Direitos, tradução de Carlos Nelson Coutinho, Rio de Janeiro, Elsevier, Campus, p. 151).

As *razões de Estado* de um lado e o *constitucionalismo* de outro são a síntese completa daquela referida dicotomia, mas há um elemento perturbador de notável importância, qual seja, a *força magnífica do poder estatal*, estigmatizando com pechas terríveis os que se opõem aos

seus propósitos e, em contrapartida, enaltecendo com louvores os que se mostram afinados com as suas pretensões; esse é o caminho pelo qual transitou e transita livremente o Legalismo, apoiado na *força de suas formas* e nas invencíveis estratégias do poder estatal, que não mostra complacência alguma com os vários ceticismos a respeito da validade e da justiça de suas leis escritas.

Esse dilema — que nada tem de abstrato — frequenta assiduamente as instâncias decisórias, tanto as administrativas (ou executivas) como as judiciais, inculcando a noção de que *o interesse administrativo coincide com o interesse público ou com o interesse social geral, sendo o Estado o seu único intérprete autorizado*; não se deve imaginar, porém, que se esteja assistindo aos últimos dias ou ao funeral das preocupações jusfilosóficas, mas sim aos primeiros dias da *reformulação consciente* de valores que foram pouco a pouco ficando no tempo do passado.

Tratando especificamente do *Legalismo como fenômeno prolongado* na história do Direito – e, portanto, como indispensavelmente se nota, na história *cultural* – observa o Professor NELSON SALDANHA que a sua ocorrência somente dá sinais de ajustar-se aos chamados *novos tempos ou tempos modernos* com o surgimento dos ideais democráticos (ou seja, na fase *liberal* do Estado Moderno), embora, mesmo nesse ambiente, certas noções políticas pretéritas – *mas não todas* – de algum modo permaneçam e se conservem ainda eficazes:

Dada, porém, a continuidade da história ocidental, o problema (do Legalismo) deve ser colocado a partir de elementos da própria fase pré-democrática. O Legalismo ocidental se desenvolveu por certo dentro de um processo cujo ponto maior de referência é a transformação democrática; mas não poderia estar em contradição total com as realidades anteriores. Considerando-se o regime legalista como uma espécie de vocação jurídica da cultura ocidental, todas as épocas da história do Ocidente vão interessar ao estudo. E se, em face das diferenciações histórico-sociológicas, se considera que ele corresponde apenas à sua época, esta deverá ser igualmente compreendida em contraste com a anterior, da qual sai (Legalismo e Ciência do Direito, São Paulo, Atlas, 1977, p. 43).

Repita-se que, na fase histórica imediatamente anterior (ou seja, na fase dita *autoritária* do Estado Moderno, ainda não superada), o Legalismo se expandira praticamente sem empecilhos, *graças, sobretudo, ao seu próprio autoritarismo*, quando então a identificação das leis escritas com o poder estatal alcançou o seu nível mais alto.

Como, naquela fase, a expansão estatal foi vertiginosa, a noção legalista da compreensão jurídica que lhe foi correspondente seguiu essa mesma expansão e terá sido nesse mesmo período que atingiu as dimensões que alguns consideram *ocidentais*, isto é, expandida ou alargada por todos os espaços cobertos pelos Estados dessa metade do Mundo.

Com a derrocada do autoritarismo estatal – ou, mais precisamente, com a emersão das ideias antiabsolutistas burguesas e as revoluções demoliberais – inaugura-se a *fase liberal do Estado Moderno* e, na sua evolução, passa-se a falar na *primeira crise do Legalismo*, aludindo-se à fratura (ou quase ruptura) que se dá nas suas principais instituições; essa é a sequência evolutiva da ordem jurídica pré-democrática, que irá se disseminar, depois – *apesar de isso só ganhar aceitação generalizada com a consolidação do Estado Liberal (pós-despotismo)* – como ideia *revolucionária ainda essencialmente burguesa* de que o poder do Estado se submeteria a controles.

Porém, esses controles dos poderes estatais seriam *controles legais formais*, e o modo consumado de seu exercício seria a *jurisdição*, imaginadas as leis, nesse contexto, como *limites* para a atuação das autoridades e também como *instrumentos* de contenção dos seus eventuais excessos.

Esse esquema político realiza, sem dúvida e em abstrato, o ideal burguês de *manter as estruturas estatais a serviço dos seus interesses e as coisas na situação em que se acham*; o grande dogma que então se formou (e ainda perdura) é o de excluir da apreciação judicial o chamado *mérito administrativo* das decisões das instâncias estatais administrativas, exclusão que o ramo judicial aceitou em nome de outro dogma burguês, o da separação dos poderes do Estado.

Nesse sistema tão *cuidadosamente organizado*, o poder judicial é considerado (mas só formalmente) o *ponto de equilíbrio institucional*, porquanto, mesmo sendo a jurisdição uma *função* integrada na estrutura estatal, portanto por ele *macrodirigida*, por meio da sua submissão às leis escritas, ela (a jurisdição) se sobreporia (em tese) aos demais poderes do Estado, por intermédio de processos que de algum modo neutralizariam as suas potestades incontrastáveis, ou as nivelariam às pressões dos *demais atores* das relações jurídicas.

Mas resulta claro que a efetivação dessa mudança fundamental passaria (repita-se) pela instituição de magistraturas que, pouco a pouco, se desligariam das determinações principescas e adquiririam *certa autonomia e independência*.

Mas, como adverte o Professor DALMO DE ABREU DALLARI, focando a sua atenção na fase contemporânea dessa mudança, *para que haja a efetiva independência da magistratura, não basta a existência de normas que consagrem tal independência, nem se pode esperar passivamente que todos se disponham a respeitá-la*, acrescentando o seguinte:

É indispensável que a própria magistratura seja a primeira defensora de sua independência, jamais se atemorizando ou aceitando soluções de conveniência, afirmando, desassombadamente, a supremacia da ordem jurídica e, o que é ainda mais importante, jamais solicitando ou admitindo os favores de um poder arbitrário (op. cit., pp. 92/93).

O quadro institucional liberal foi o sobrepasso estatal que fez surgir o *império legalista da burguesia*, superando o monolitismo político, que vigorou na *fase despótica* do Estado Moderno e deu amplas asas aos mais exaltados formalismos – *os formalismos jurídicos* – fomentando a absorção da vida social e econômica pelos vários processos estatais ou estatizados.

Essa reviravolta realmente *eliminou a precedente afetação teológica* que servira para explicar as estruturas sociopolíticas anteriores (feudais e absolutistas) e reduziu a importância da Igreja Católica na condução das

coisas públicas, mas fez emergir, em contrapartida, um eficiente sistema de dominação que se nutria diretamente dos *pensamentos precedentes*, conforme sinteticamente expuseram FRIEDRICH ENGELS (1820-1895) e KARL KAUSTKY (1854-1938):

Tratava-se da secularização da visão teológica. O dogma e o direito divino eram substituídos pelo direito humano, e a Igreja pelo Estado. As relações econômicas e sociais, anteriormente representadas como criações do dogma e da Igreja, porque esta as sancionava, agora se representam fundadas no direito e criadas pelo Estado. Visto que o desenvolvimento pleno do intercâmbio de mercadorias em escala social – isto é, por meio da concessão de incentivos e créditos – engendra complicadas relações contratuais e recíprocas e exige regras universalmente válidas, que só poderiam ser estabelecidas pela comunidade – normas jurídicas estabelecidas pelo Estado – imaginou-se que tais normas não proviessem dos fatos econômicos, mas dos decretos formais do Estado (O Socialismo Jurídico, tradução de Livia Cotrim e Márcio Bilharinho Naves, São Paulo, Boitempo, 2012, pp. 18/19).

Nesse contexto legalista, estabelece-se *a priori* a prevalência das pretensões estatais no que concerne à disciplina e ao controle da vida social e econômica, sobretudo por meio da tributação, que incorpora, progressivamente, o poder de impedir ou mesmo de destruir certas atividades produtivas; o Estado, no ambiente legalista, torna-se o *parceiro exigente e imperdoável* dos resultados positivos da produção econômica, *mas sem assumir os riscos e os custos que lhe são inerentes e indispensáveis*.

O poder de tributar se converte, dessa forma, no poder de sufocar, já que a tributação abstrai todas as contingências que o processo econômico exige e envolve: para o Estado Liberal, *todas as atividades produtivas são igualmente rentáveis e geradoras de excedentes crescentes, daí a uniformidade de algumas exigências tributárias*; esse é o pensamento que domina a ideologia judicial quando os seus agentes tratam da arrecadação de tributos.

Ademais, impôs-se – na fase liberal – a implantação da igualdade jurídica entre todos (igualdade formal), já que a livre concorrência (ou

o livre mercado) era o ambiente propício ou fundamental ao veloz incremento das trocas econômicas, *por isso a isonomia foi a principal bandeira burguesa nesses tempos*; mas como a igualdade jurídica não correspondia à igualdade social e econômica, alargou-se e aprofundou-se o fosso que separava as classes burguesas das classes proletárias trabalhadoras, daí surgindo os embates entre elas, com algumas semelhanças com os embates que a própria burguesia antes sustentara (com sucesso, aliás) contra as nobrezas absolutistas.

A desigualdade *efetiva* (social e econômica) era um evidente entrave ao estabelecimento de relações sociais e produtivas isonômicas, por isso a *famosa liberdade de contratar*, tão enaltecida no ideário liberal burguês, quando incidia sobre o trabalho, agudizava ao máximo o apontado desnível social e econômico, tornando *impossível* a conciliação dos interesses em confronto, ou estabelecendo a inconciliação entre eles.

É assim que se abre a *primeira grande crise* no monolitismo legalista do Estado Liberal, mediante a constatação de que *as leis não expressam os interesses de todos, senão somente os interesses de uma minoria, precisamente a classe dirigente do Estado*.

Essas estruturas moldavam completamente os *direitos essenciais da burguesia*, o direito de propriedade e posse dos bens de produção, a possibilidade de contratar livremente e o de participação política, com a exclusão das demais classes sociais da fruição desses mesmos direitos.

Justamente por isso, essa estrutura estatal liberal burguesa veio a ser denominada *a ordem política dos proprietários*, ou *a ordem política do Estado, na sociedade capitalista*; no plano dos interesses dos proletários, via-se o alastramento da exploração da sua força de trabalho, submetida a contratos regidos por leis elaboradas pela burguesia com a intermediação dos seus representantes.

Relembre-se que, como o poder judicial se achava limitado pelas leis, eram essas – e somente essas, as leis – que fixavam as diretrizes jurídicas das relações sociais de produção e das relações de troca, *inclusive*

os termos contratuais da força de trabalho, reproduzindo-se nas decisões judiciais as diretrizes já postas nas leis: esse é o resumo do Legalismo, na sua fase liberal; o envolvimento das funções do Estado – de todas as suas funções, portanto – nesse *programa liberal* fará da ordem jurídica do liberalismo (e o Legalismo é a sua síntese) uma espécie de *modelo estatal por excelência*.

Essa ordem *política* e a sua conseqüente ordem *jurídica* expandem-se, contínua e paralelamente, no *ambiente social do capitalismo* (desenvolvido ou tardio), cujas marcantes influências na conformação institucional do Estado e na formação do pensamento jurídico e judicial desafiarão, ainda, análises e estudos de feito mais vertical e crítico.

Uma referência essencial nesses estudos é sem dúvida o livro que o Professor RALPH MILIBAND (1924-1994) publicou em 1970, no qual, abordando o tema do *conservadorismo judicial*, observa:

Ao interpretar e executar a lei, os Juizes não podem deixar de ser profundamente afetados por sua concepção do mundo, a qual, por sua vez, determina a sua atitude em face dos conflitos que ocorrem dentro dele. Poderão julgar que são guiados exclusivamente por valores e conceitos que pairam acima das considerações mundanas de interesses de classe ou especiais. Mas, em sua aplicação concreta, tais conceitos oferecerão no entanto muitas vezes uma posição e uma tendência preconceituosa ideológicas diferentes e identificáveis, na maioria dos casos, de tipo fortemente conservador (O Estado na Sociedade Capitalista, tradução de Fanny Tabak, Rio de Janeiro, Zahar, 1972, p. 172).

O jurista inglês DENNIS LLOYD (1915-1992) participa dessa conclusão, ensinando que a criação do que chama de *legislação judicial* tem o seu ponto de apoio na ineliminável percepção dos valores sociais que aos Juizes incumbe fazer quando da *aplicação* das normas (legais) geradas pelo órgão legislativo:

Os Juizes, como outros seres humanos, não podem se dissociar dos padrões de valor que estão implícitos na sociedade ou grupo a que pertencem e nenhuma soma de imparcialidade conscienciosamente

aplicada ou ausência de passionalismo judicial conseguirá eliminar a influência de fatores desse gênero (A Ideia de Lei, tradução de Álvaro Cabral, São Paulo, Martins Fontes, 1998, p. 228).

É por isso que o sistema político e jurídico liberal é, também e ao mesmo tempo, um sistema *cultural* tendente a se reproduzir segundo as suas próprias dinâmicas, inclusive – ou sobretudo – no que diz respeito ao *ensino* do Direito, que é a principal *matriz* da elaboração das suas pautas fundamentais.

Na verdade, os formuladores desses pensamentos são – em muitos casos – os próprios professores das novas gerações de *juristas formalistas*, de maneira que as ideias legalistas *circulam do ambiente acadêmico para as instâncias administrativas e decisórias e vice versa, no percurso contrário*, não deixando, assim, margem alguma para o desenvolvimento de proposições adversas que de logo são vistas como *contestações condenáveis*.

Na verdade, tanto os professores de Direito como os administradores jurídicos em geral e os Juízes em particular contribuem – *consciente ou inconscientemente* – para a consolidação desse modo de pensar e de sentir cujo efeito mais importante é certamente o de *eliminar a crítica interna e externa do sistema jurídico legalista, sob o entendimento de que nas leis (universais) encontram-se contidas as soluções dos casos (particulares)*.

As leis escritas são tratadas como dados prioritários da solução das disputas, à maneira de um juízo apenas *determinante* (calcado na autoridade e no poder), em detrimento de um juízo *reflexionante* (calcado na observação empírica), segundo explana o filósofo IMMANUEL KANT (1724-1804) a propósito da *faculdade de julgar como faculdade legislativa a priori* (Crítica da Faculdade de Julgar, tradução de Daniela Botelho G. Guedes, São Paulo, Ícone, 2009, p. 24).

O método de aplicação judicial das leis escritas mediante o emprego ou o uso das formulações legais apriorísticas (ou o método do Legalismo judicial) chamou-se apropriadamente de *subsunção* e consiste, em palavras resumidas, em fazer a simples e imediata (ou automática)

incidência das disposições das leis na solução dos casos concretos de conflito de interesses entre indivíduos e grupos sociais.

Esse método assegurava a plenitude do ordenamento legalista, submetendo as decisões judiciais aos ditames das leis escritas, assim fomentando aquele citado monolitismo legal; contudo, *não se pode ocultar que a subsunção tinha o efeito de impedir variações de entendimentos jurídicos no momento da incidência das leis nos dissídios concretos – inevitáveis dissídios – ocorrentes na sociedade.*

Inegável, porém, que as soluções autenticamente jurídicas dos casos problemáticos somente poderiam se originar da observação criteriosa dos fatos, rejeitando-se os apriorismos legalistas e o método da subsunção do *particular* (o caso concreto) no *universal* (o sistema jurídico), o qual produz resultados postiços de soluções de justiça sob o fetichismo das leis escritas que impede a ponderação dos elementos de relevo que se encartam na situação analisada em concreto.

Em outra vertente, igualmente relevantíssima, criou-se a *teoria liberal da submissão do poder estatal à jurisdição*; do ponto de vista ideal ou formalista, talvez seja essa teoria, naquele momento histórico, a *mais importante conquista política da modernidade*, mesmo que ainda permaneçam alguns traços da época em que essa submissão era *incogitável*.

Esses resquícios se manifestam, ainda hoje, por meio de privilégios processuais das pessoas políticas e da tendência dos corpos administrativos e judiciais de operar segundo as suas conveniências, sob a invocação de razões públicas de ordem superior, ou seja, a posição conspícua que o Estado ocupava, na sua fase despótica insinua-se nas estruturas da sua fase liberal, embora, naturalmente, revestido de outros adereços.

Naquela conjuntura liberal, porém, começaram a manifestar-se as pressões em favor de expandir as *formas primárias das garantias formais dos interesses das pessoas*, passando-se, lentamente, mas progressivamente, em verdade, de concepções estreitas e marcadas pelo espírito corporativo

ou de *estamentos sociais privilegiados* para concepções mais alargadas e mais abrangentes de novos (e de outros) destinatários, vindo à cena, ainda, os *procedimentos indispensáveis à efetivação dessas mesmas garantias*.

Esse quadro institucional e essas reivindicações sugerem a *associação* que depois se veio a fazer entre os chamados *direitos subjetivos* (ou individuais) e as *formas processuais ou processualizadas da jurisdição*, que estabelecem, com inevitável autonomia, a importância daqueles direitos e dos modos de torná-los efetivos.

Mas as reações contra esse movimento de expansão dos direitos subjetivos são várias e possantes, inclusive contaminando as instâncias acadêmicas e judiciais; a ideologia legalista se incrustara de tal forma no pensamento jurídico que se tornou praticamente incogitável discutir-se soluções jurídicas *ultrapassando os limites dos ordenamentos, ou seja, indo além das disposições normatizadas*.

O advento do *procedimento*, a grande e notável novidade desses tempos, de certa maneira torna *anônimo* o exercício do poder ou dos poderes estatais; é muito comum ouvir-se, como explicação de alguma decisão, a escusa de que *o sistema não permite* ou então de que *essas são as normas aplicáveis*, servindo como escudo do agente, que assim se esquiva de ser apontado como o responsável por aquela decisão, ainda que seja eivada de abuso, ou precisamente quando eivada de abuso.

Em outras palavras, o procedimento *indica o caminho da concreção das leis escritas*, mas não enseja que o ônus ou a responsabilidade por alguma solução, *mesmo que seja injusta ou lesiva*, possam ser imputados diretamente a um agente estatal, desde que ele tenha operado dentro dos limites do sistema, *essa entidade sem rosto e sem alma a quem se atribuem todas as coisas*: isso resulta, como se vê, da imaginação jurídica de que o conjunto das leis (o sistema) contém em si as soluções que se buscam.

É claro que os juristas liberais minimamente reflexivos perceberam, muito cedo e sem nenhuma sombra ou dúvida, que essa alegada suficiência – ou completude – do ordenamento era algo ficcional e

irrealístico, *mas souberam impor-lhe uma coerência lógica tão refinada que disponibilizavam teorias praticamente infundáveis para explicar as suas demasias e as suas contradições.*

Nesse sentido, as explanações jurídicas passaram a conter fortes elementos da ficção histórica, *lembrando que os livros de História são, em grande medida, recuperações mais ou menos imaginosas das interpretações das coisas do passado e do tempo em que surgiram e se desenvolveram, para depois darem lugar a outros modos e arranjos da vida, muitas vezes invocando elaborações literárias de conteúdos marcadamente estéticos, como nos romances.*

É por essa razão fundamental que as explanações jurídicas recorrem frequentemente a clichês e os comentadores das leis escritas quase nunca – ou mesmo nunca – avançam na crítica aos seus conteúdos, geralmente lhes bastando demonstrar que as instituições jurídicas e judiciais recebem as suas unções de validade com o selo da oficialidade que trazem desde a sua gênese e que as mudanças – *ainda que sejam de manifesta necessidade* – devem ser programadas na linha de produção dos provimentos legais, elaborados pelos órgãos estatais incumbidos precisamente desse afazer normatizador, tudo isso estruturado com um certo viés elitista e açambarcador das várias realidades – *duríssimas realidades* – da vida social.

O principal motor dos argumentos de sustentação das posições liberais foi o alardear das garantias jurídicas, tanto mais certas e mais seguras quando *escritas* e entregues à aplicação de um *poder de julgar isento das injunções políticas externas*; mas, por se achar esse mesmo poder submetido aos ditames e aos preceitos do ordenamento (ou aos limites das leis escritas editadas pelo órgão estatal), torna-se também um mecanismo ou um instrumento de simples efetivação daquelas mesmas disposições legais escritas *por meio de raciocínios que se dizem quase-matemáticos.*

Nessas circunstâncias, o poder judicial é um poder despojado de potestades inovadoras, desprovido de funções que lhe permitam criar, à

luz dos conflitos emergentes e das contradições entre as teorias jurídicas e as práticas, as soluções originais ou inéditas requeridas pelas situações analisadas; entretanto, os desafios das práticas viriam a demonstrar que as teorias, mesmo as mais elaboradas, tendem a fracassar quando contrapostas às dificuldades concretas dos desafios humanos.

2. O ADVENTO DA FORÇA NORMATIVA DOS CHAMADOS PRINCÍPIOS JURÍDICOS

Pode-se afirmar que a *segunda crise do Legalismo* ocorre, já na fase dita liberal das instituições estatais, com a progressiva afirmação da chamada *força normativa dos princípios jurídicos*, tradicionalmente excluídos, *sob a alegação de serem difusos e imprecisos*, de invocação nas soluções das demandas – *tanto nas atividades administrativas como nas judiciais* – o que significou (aquela afirmação) o reconhecimento da insuficiência das leis escritas *para dar conta do universo do Direito*.

Na verdade, o *racionalismo geometrizar* que presidira a elaboração teórica burguesa do Estado Liberal não cogitou das indomáveis realidades sociais e econômicas infraestruturais existentes, por isso os seus esquemas doutrinários, de refinada elaboração filosófica, estavam fadados a rápido desmoronamento justamente em razão de ser uma doutrina guiada pelos interesses classistas da burguesia, portanto *oposta pelo vértice* aos sentimentos generalizados na sociedade.

A respeito dessa falta de compatibilidade do Estado Liberal com as bases sociais, o Professor PAULO BONAVIDES assim se manifesta:

Daí o desespero e a violência das objeções que mais tarde suscitou, notadamente no século XIX, quando os seus esquemas de Estado Jurídico puro se evidenciaram inócuos, e de logicismo exageradamente abstrato, em face de realidades sociais imprevistas e amargas, que rompiam os contornos de seu lineamento tradicional. Era a vida por demais caprichosa, dilatada e rica de expressões para conter-se nos estreitos lindes daquele leito de Procusto ou nas quatro paredes onde a doutrina da razão cuidava poder encarcerá-la. Começa daí a obra de dinamitação da primeira fase do constitucionalismo burguês. O curso das ideias pede um novo leito.

Da liberdade do homem perante o Estado, avança-se para a ideia mais democrática da participação total e indiscriminada desse mesmo homem na formação da vontade estatal (Do Estado Liberal ao Estado Social, São Paulo, Malheiros, 2013, p. 43).

Mas o sistema ou o ordenamento jurídico positivo liberal (as leis escritas e os seus códigos) continuaram, apesar disso, com a sua proeminente característica mística que se resume – do ponto de vista da atividade judicial – na assertiva de que *as leis contêm as soluções que as demandas sociais exigem ou comportam e aos agentes da jurisdição cabe apenas desvendá-las.*

Essa concepção ficou nas magistraturas legalistas como uma marca indelével que as várias mudanças posteriores, tantos as filosóficas como as políticas e as institucionais, *ainda não conseguiram remover por completo*; portanto, o utopismo político prossegue praticamente incólume e as visões positivistas ganham sobrevivência e continuidade, mesmo adotando – em alguns casos – certas atitudes *puramente superficiais ou cosméticas*, já que preservam as matrizes e as bases do pensamento jurídico histórico.

A verdade da insuficiência das leis escritas, para dar conta da complexidade da vida social, somente o tempo veio a demonstrá-la, mais uma vez se confirmando que ela (a verdade) *não é produzida pela autoridade*, mas somente brota dos fatos e dos sentimentos mais humanos das pessoas e das suas reivindicações mais poderosas. Todas as teorias que não passam no *teste da verdade* devem ser abandonadas e esse teste da verdade consiste em constatar que *a solução dos desafios sociais não cabe nas leis escritas*, por isso elas (as leis escritas) assumem perfis impositivos e autoritários.

Contudo, na *quieta e persistente visão positivista e legalista* das coisas do Direito, os conflitos se resolveriam com as leis escritas e a sua aplicação fiel. Sendo assim, para que se atormentar o jurista com os problemas metanormativos que a sua reflexão produz, se as normas postas e a sua aplicação rigorosa, nos limites do som das suas palavras, são suficientes e bastantes para enfrentar e solucionar aqueles dissensos?

A *jurisprudência positivista*, vinculada à ordem preestabelecida e mantida pela força do poder estatal, realmente não demanda grandes dispêndios de reflexão na sua elaboração e difusão, de sorte que *permanecerá como está* se não for contraposta aos problemas que a circundam; aliás, a invocação dos precedentes decisórios (ou dos paradigmas) tem precisamente a função de dispensar a reflexão, imaginando que os problemas suscitados pelo evento atual (ou o caso presente) já está pré-eliminada pela resolução normativa que o antecedeu: *esse é o papel essencial da jurisprudência positivista que pode ser resumido em manter as coisas como se acham, evitando problematizá-las.*

Repita-se que essa postura se nutre, ainda, da velha crença na *suficiência das normas escritas para manter (ou conter) em equilíbrio as desavenças sociais*: essa é a síntese da teoria do pensamento juspositivista e legalista, associando a formulação das leis e a sua interpretação fiel ou conservadora; mas essa crença somente se mostra defensável enquanto *não é testada ou confrontada com a realidade*, isto é, *enquanto não é oposta aos problemas que cria e aos que não soluciona*; é nesse teste que se mostra a necessidade de *recorrer a elementos metanormativos, ou seja, aos princípios jurídicos informativos da justiça e da equidade.*

O filósofo austríaco KARL POPPER (1902-1994) chama a atenção dos cientistas sociais para as dificuldades que surgem quando as teorias conduzem à frustração das expectativas, evidenciando (em outras palavras) que as elaborações teóricas são como alienações da realidade:

Admite-se que as expectativas – e, portanto, as teorias – podem preceder, historicamente, até mesmo os problemas. A ciência, contudo, origina-se unicamente dos problemas. Os problemas só aparecem quando as expectativas malogram ou quando as teorias trazem dificuldades e contradições — que podem surgir dentro de uma teoria, entre duas teorias diferentes ou como resultado de um conflito entre elas e nossas observações. Além disso, só nos tornamos conscientes de que sustentamos uma teoria a partir do momento em que enfrentamos um problema. O problema suscita o desafio de aprender, avançar o nosso conhecimento, experimentar e observar (Conjecturas e Refutações, tradução de Sérgio Bath, Brasília, UnB, 2008, p. 247).

Estão na categoria de *expectativas teóricas* os dogmas do Legalismo positivista, porque se trata de propostas de exacerbado idealismo e rude desprezo às realidades sociais díspares e muitas vezes cruéis; faz tempo, muito tempo, que os parlamentos são conduzidos pelas classes burguesas, que as administrações são vinculadas aos interesses econômicos dessas mesmas classes e que o poder judicial se esmera em produzir ou elaborar *soluções jurídicas* consonantes ou afinadas com esses mesmos e iguais propósitos.

Mas essa vinculação do Juiz aos *ditames normativos* é outra manifestação do *fenômeno do Legalismo*, que aferra a solução das questões *aos termos exatos da lei*, tal qual soam as suas palavras (literalismo), não se admitindo, nesse instante, cogitar de valorações ou finalismos jurisdicionais ou, ainda, perquirições sobre os conteúdos de justiça ou de equidade das normas positivas, *eis que a lei escrita não se presta a essas reflexões, pois serve ao escopo da segurança e da certeza, inclusive por meio do processo.*

Sobre o princípio da legalidade e essa sua versão, diga-se que foram, pelo menos nos primórdios do Estado de Direito (*ou Estado Jurídico ou, ainda, Estado Legalitário*), a expressão pura e simples das normas escritas, até mesmo sem referências ao quadro mais amplo do *ordenamento jurídico*, esgotando-se a sua compreensão nos próprios limites autônomos, por assim dizer, das normas.

Seria até mesmo o caso de questionar a legalidade como um *princípio jurídico*, passando-se a vê-la somente como uma *técnica jurídica*, já que a noção de princípio remete, queira-se ou não, às inevitáveis *indagações transnormativas*, ainda que dentro do universo do Direito, mesmo do Direito Positivo (escrito), envolvendo necessariamente análises transnormativas ou metanormativas.

Aqui se descolam e se apartam um do outro, por assim dizer, o universo *legal* e o universo *jurídico*, dando-se àquele (o universo legal) o limite do empírico normativo-positivado (ou positivo) e a est'outro (o universo jurídico) um mais amplo espaço compreensivo; a visão

legalista, porém, interdita ou desautoriza as ilações abstratas que se afastam do ordenamento e, assim, retorna-se, dessa forma, àquela velha ideia de que os próprios princípios *seriam decorrentes do ordenamento ou por ele induzidos, seriam aceitáveis somente quando previstos nas regras do sistema.*

Talvez a mais sintética e completa demonstração sistemática da inadequação do Legalismo para orientar as decisões jurídicas esteja nesta passagem do Professor LUÍS RECASÉNS SICHES (1903-1977), que merece transcrição integral:

Las fallas de la lógica tradicional empleada para la interpretación jurídica son de varios tipos. Uno de los tipos de fracaso de la lógica tradicional ao servicio de la interpretación jurídica, y a la vez uno de los estragos teóricos y prácticos que ella produce, consiste en que, como se ha mostrado anteriormente, la manía o fetichismo de lo general impide ponderar los elementos relevantes de cada caso concreto e impide también, por lo tanto, crear la norma individualizada que sea la pertinente y la debida para dicho caso concreto. Otro de los tipos de fracaso y de desaguado a que lleva la aplicación de la lógica tradicional al tratamiento de los contenidos jurídicos consiste en que la lógica de tipo matemático es, según ya expuse antes, la condición y el instrumento para el conocimiento de ideas y de los fenómenos de la naturaleza. Por lo tanto, la lógica tradicional no contiene puntos de vista axiológicos, ni contiene tampoco las armazones adecuadas para la conexión en que se da la experiencia vital e histórica (Nueva Filosofía de la Interpretación del Derecho, México, Editorial Porrúa, 1980, p. 163).

Mas a realização desse ideal axiológico somente será possível quando a *separação de poderes estatais* deixar de ser um dogma abstrato e se converter numa prática política efetiva; somente nas sociedades em que a estrutura judicial se afirma como poder é que a ideia de jurisdição controladora dos poderes estatais instrumenta-se como mecanismo da efetivação dos direitos subjetivos, *em especial os que adquirem formulação escrita.*

Todo o arsenal jurídico do Direito em geral, e do Direito Público em particular tem a vocação de manter o Leviatã preso nas correntes de sua jaula, embora essa tarefa venha perdendo, dia a dia, os seus adeptos.

Nessa ordem de ideias, pode-se afirmar, com base histórica consistente, que os *movimentos constitucionalizantes* se fizeram precisamente *contra os poderes do Estado*, com o claro intuito de limitá-los por meio de sua submissão a normas prévias – *imaginando-se que estas seriam a expressão das harmonias da justiça* – disciplinando o seu exercício, para *moderar as vocações autoritárias* que se expandem sem freios, quando deixadas ao sabor do vento de suas próprias dinâmicas, *seguindo a experiência universal e eterna*.

Mas à ideia de Estado e aos seus poderes liga-se, talvez inconscientemente, ou talvez mesmo inadvertidamente, a ideia de totalidade ou de totalismo ou de *soma final* portanto, na expressão política consagrada, a *totalitarismo*, como o denunciam os autores que se detiveram na análise desse fenômeno (totalitarismo).

A filósofa HANNAH ARENDT (1906-1975), por exemplo – *para citar a autora mais frisante* – estima que a ascensão do totalitarismo estatal expressa uma *ideologia do terror e engendra uma nova forma de governo* (Origens do Totalitarismo, tradução de Roberto Raposo, São Paulo, Companhia das Letras, 2012, pp. 611 e segs.); os governos, portanto, teriam a vocação de *totalizar* a sua influência sobre as pessoas.

Em contraposição à ideia de totalismos, calçada na atuação generalista dos agentes da potestade administrativa, tem-se a atuação judicial individualizada que importa, antes de tudo, na visão integral do Direito, ou seja, a sua macrocompreensão sob a luz intensa dos princípios da justiça e da equidade – *e não apenas da leitura de suas palavras* – promovendo o que se pode chamar de *aplicação integrativa*, envolvendo, ao mesmo tempo e no mesmo processo cognitivo, as palavras da lei, os princípios de justiça e de equidade e os fatos sobre os quais a solução irá futuramente incidir.

Essa ideia já se encontra no pensamento do Professor SANTIAGO SANTÍS MELENDO (1900-1979), quando afirma que *a união entre o conhecimento jurídico, como dever do Juiz, e o conhecimento dos fatos, como possibilidades judiciais, fazem com que nunca – ou pelo menos raríssimas*

vezes – a lei impeça a realização da justiça (El Juez y el Derecho, Buenos Aires, Espósito, 1957, p. 11).

Quando se afastam dos julgamentos as preocupações com os valores da justiça e da equidade – *em benefício dos juízos legalistas ou imediatistas* – o que resta é apenas a *técnica meramente administrativa* de solucionar casos e dissídios do ponto de vista das leis escritas, portanto do poder, recalçando-se as realidades da vida social mediante o emprego das *categorias conceituais e abstratas das leis*.

Essa técnica parece pressupor que é possível – *ainda que no plano apenas lógico* – aceitar que as complexas realidades sociais foram completamente apreendidas ou capturadas pelos *juízos apriorísticos* dos legisladores; a verdade das coisas humanas, porém, é sempre contextual e dependente da sua observação sob o *logos* da ponderação e da razoabilidade.

3. O DESCOMPASSO AXIOLÓGICO DAS LEIS COM AS EXIGÊNCIAS SOCIAIS EMERGENTES

O descompasso das leis escritas com as exigências da sociedade emerge, em primeiro lugar, da pretensão à *permanência* que aquelas (as leis escritas) absorvem e da velocidade das *mudanças* a que se acham estas (as exigências sociais) submetidas, tangidas (as mudanças) por eventos de diversas ordens, entre os quais se destacam, pela força e pela extensão de suas conseqüências, os *vendavais ideológicos* que sacodem as coletividades humanas de tempos em tempos.

As leis escritas e as suas exegeses conservadoras pretendem conter os futuros, imprevisíveis e rebeldes, nas suas cláusulas positivadas, mas a dura *realidade das coisas da vida e do Direito* dinamita as suas paredes; bem por isso, encontram-se dentro do sistema jurídico pontos de vista coincidentes em tudo por tudo com as dicções normativas (são as decisões silogísticas, legalistas e literalistas) e outros afinados com os seus princípios, *não se podendo fazer entre eles juízos de certeza, mas somente juízos de valor*; não há, nessa seara, lugar para o certo e o errado ou para o verdadeiro e o falso, *mas somente para o razoável e o irrazoável*.

Os limites do que seja razoável ou irrazoável não são, contudo, meramente *conceituais*, mas são sobretudo *experimentais ou contextuais*, não comportando uma definição *a priori*, como são as definições gerais das leis escritas; por outro lado, não fica a apreensão desses limites no cediço terreno da percepção subjetiva de cada um, como se fosse algo plástico a se amoldar a qualquer concepção.

O ser razoável e o ser irrazoável pertencem à harmonia ou desarmonia de uma resolução com as grandes linhas sistemáticas do ordenamento *jurídico* – e não apenas do conjunto das leis escritas – o que é apreensível, em primeiro lugar, pela análise do *texto* de suas normas; em segundo lugar, pelo *contexto* em que se dá (ou não) a sua inserção na realidade cultural da sociedade e no que ela (a sociedade) admite ou aceita, mas sobretudo pelo *pretexto* sob o qual se ocultam ou se exibem as razões finais de uma decisão.

Fora desse contexto, as leis se revelam o que realmente são no ambiente do Legalismo, ou seja, instrumentos do poder estatal, compreendido este como a forma organizada de defesa dos interesses das classes sociais dominantes, voltada para a compressão da realidade social, isto é, a sua submissão aos roteiros pré-definidos pelas mesmas instâncias da dominação.

Sobre a força *sempre vitoriosa* da realidade, impulsionada pelas adaptações impostas pelas mudanças sociais e pelas transformações políticas – *inclusive as ideológicas e as derivadas das revoluções científicas* – o Professor PAULO BONAVIDES escreveu estas palavras da mais alta definição:

A poderosa realidade, de ordem objetiva e pragmática, deriva doutra, não menos palpável e relevante, porque a explica, e que reside na teorização dos princípios, cuja importância mudou já os rumos e o eixo da Ciência Jurídica. Fez estremecer toda a escala de valores hegemônicos, de raízes romanistas, imperante na civilização do Ocidente durante mais de dez séculos. (...). A meu ver, a primeira revolução na Ciência do Direito se fez no começo do século XIX. Foi a revolução do Direito Natural,

positivado nos códigos. A segunda ocorre debaixo das nossas vistas, desde a derradeira década do século XX. É a revolução dos princípios que se positivaram nas Constituições. Aquela veio reger, impulsionada por uma nova inspiração de valores, as relações cíveis da sociedade emergente do racionalismo filosófico, esta vem coroar, concretizar e universalizar os direitos fundamentais de três gerações subseqüentes à primeira, a saber, a geração dos direitos civis e políticos. (Constituição e Normatividade dos Princípios, São Paulo, Malheiros, 2012, pp. 447/448).

A visão desses descompassos se manifesta quando é feito o cotejo entre as propostas contidas nas leis e as urgências das exigências dos conflitos sociais reais, isto é, quando se realiza o *teste popperiano* da eficácia das teorias; é nesse momento que os desníveis entre as teorias *explicativas* do Direito e as suas práticas efetivas – *ou a sua aberta e radical inconciliação* – mostram claramente o alto *deficit* de coerência entre os discursos normativos ou legais (explicados nas decisões administrativas e nas judiciais) e as desafiadoras e insubmissas realidades sociais a cuja justa regulação seriam aqueles discursos destinados.

Talvez seja pertinente assinalar que a ideia de supremacia das leis escritas, *envolvendo também da ideia de sua permanência*, repousa sobre a noção – *possivelmente inconsciente* – de que as disposições legais poderão sobreviver aos vendavais mudancistas, ou – *quem sabe* – poderão contê-los ou (pelo menos) mantê-los afastados das instituições que recebem delas (das leis escritas) a sua própria conformação e inserção na estrutura do Estado.

Mas não se deve esquecer que as leis escritas *podem ser alteradas por outras leis escritas*, desencadeando uma sequência de alterações legais nocivas à segurança das pessoas; por isso que os magistrados se opunham à *tiranía das leis escritas*, porque os indivíduos devem ser protegidos das prepotências do poder.

Sobre esse ponto (a proteção contra as inovações legais supervenientes), vale lembrar a *antológica passagem* do Discurso Fúnebre que PÉRICLES (495 a. C. – 429 a. C.), o *Inventor da Democracia*

Ateniense, como o chama o historiador CLAUDE MOSSÉ (Péricles, tradução de Luciano Vieira Machado, São Paulo, Estação Liberdade, 2008), pronunciou em homenagem aos soldados e marinheiros mortos na Guerra do Peloponeso.

Segundo as palavras que o historiador TUCÍDIDES (460 a. C. - 395 a. C.) atribui à fala do orador, naquela ocasião disse o estadista (a propósito das mudanças das leis escritas em detrimento dos direitos dos cidadãos), que *contra isso, o temor é nossa principal defesa, ensinando-nos a obedecer aos magistrados e às leis, particularmente às que dizem respeito à proteção dos acusados, quer às que estão nos estatutos ou às que pertencem àquele código que, apesar de não escrito, não pode ser violado sem reconhecida desgraça* (História da Guerra do Peloponeso, tradução de Mário da Gama Kury, Brasília, UnB, 1982).

Esse *código não escrito que não pode ser violado sem reconhecida desgraça* a que alude o político e orador ateniense é precisamente a consciência de que o poder estatal, que tem a força de fazer as leis, *não tem, contudo, a força de mudar as percepções da justiça*, por isso elas – as percepções da justiça – são confiadas à virtude dos magistrados, e não à autoridade dos governantes.

O poder pode muito, diriam mais tarde os seus críticos, *mas não pode tudo*, assim abrindo espaço para a atuação do princípio da equidade, cuja percepção não se realiza pelo mesmo processo de reconhecimento que se emprega na apreensão das leis escritas e dos precedentes de sua exegese.

O Professor GENARO RUBEN CARRIÓ (1922-1997) expôs, com grande clareza, essa necessária distinção, do seguinte modo:

El test del origen o pedigree no sirve para identificar a los principios. La regla de reconocimiento solo sirve para identificar reglas que, como las leyes o los precedentes son el producto de un acto deliberado de creación jurídica. El concepto de validez, que funciona respecto de las reglas así creadas, no funciona respecto de los principios. Es un concepto que, como el de regla, opera a la manera todo o nada; esta manera de operar

es incompatible con la dimensión de peso o importancia que tienen los principios. La afirmación de que éste o aquel principio es un principio de nuestro Derecho no se sustenta en una verificación tan simple (o simplista) como la que propone la teoría de la regla de reconocimiento. Se sustenta en una compleja argumentación que exige apreciar una rica variedad de standards, prácticas, creencias y actitudes. (Princípios Jurídicos y Positivismo Jurídico, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1970, p. 54).

O jurista italiano BRUNO LEONI (1913-1967), apreciando criticamente a questão da efetividade das leis escritas, assinala a sua contraposição à celeridade com que podem (as leis) ser mudadas – *e frequentemente mudam* – identificando que a enunciação oficial de seus conteúdos, dada essa *inegável mobilidade*, não se mostra um elemento dotado de insuficiente estabilidade para dar-lhes a almejada permanência:

A efetividade da lei, no sentido de uma fórmula escrita, refere-se a um estado das coisas inevitavelmente condicionado pela possibilidade de a lei presente ser substituída, a qualquer momento, por uma lei subsequente. Quanto mais intenso e acelerado é o processo da formulação das leis, mais incerto é que a presente legislação vá durar por qualquer extensão de tempo. Mais do que isso, não há nada que evite que uma lei efetiva, no sentido antes mencionado, seja imprevisivelmente trocada por uma outra lei não menos efetiva do que a anterior (Liberdade e a Lei, tradução de Rosélis Maria Pereira e Diana Nogueira, São Paulo, MisesBrasil, 2010, p. 88).

Subentende-se nessa observação que a *mística das leis escritas* é diretamente afetada pelo processo de sua produção e da sua súbita alteração ou revogação, daí se extraindo que a sua efetividade *não pode, na verdade, resultar dos seus simples enunciados ou repousar tranquilamente sobre eles, nem da mera identificação de sua gênese estatal*, porquanto todos esses elementos são matrizes de mudanças inesperadas que incidem sobre o pensamento jurídico consolidado sob a égide da legislação proscrita.

Essa é uma breve demonstração de como às magistraturas incumbe zelar pelos direitos subjetivos, *pois as pessoas nada podem fazer contra as*

referidas mudanças normativas ou contra as compreensões exegéticas que reproduzem as diretrizes dessas mesmas mudanças, porque se trata, em todos esses casos, de elaborações promanadas das instâncias do Estado.

4. AS RESISTÊNCIAS IDEOLÓGICAS CONTRA AS MUDANÇAS JURÍDICAS

É bastante provável que uma espécie de *temor reverencial* ao poder estatal, que os juristas positivistas tanto cultivam há vários séculos, faça parte das explicações às resistências contra as mudanças jurídicas, mesmo aquelas que se revelam *manifestamente necessárias*; os juristas positivistas, em geral, não costumam aceitar de bom grado *as críticas contra as leis escritas*, mormente aquelas que as apontam (as leis escritas) como inadequadas para regular (ou prevenir e resolver) os vários e complexos conflitos entre indivíduos e grupos sociais.

Contudo, não se poderá dizer que esses juristas positivistas deixam de reconhecer a inadequação das leis à justiça e à equidade, *apenas entendem que esse problema não é do jurista, mas do legislador e dos filósofos do Direito.*

Certamente não é de modo algum uma *injustiça* com a classe dos juristas positivistas apontá-los como *mais afeitos ou propensos* ao alinhamento intelectual automático com as diretrizes positivas do sistema legal ou do ordenamento positivado do que às atitudes ou posturas críticas – *e muito menos ainda contestatórias* – sendo correto, sem dúvida, dizer que essa propensão é um dos traços mais gerais da ideologia legalista e positivista; essa premissa do Legalismo parece não poder mesmo ser negada sem que se negue, também, a realidade de suas bases teóricas.

É claro, porém, que há *graus* de maior ou de menor afinidade dos juristas positivistas com aquelas diretrizes legalistas, mas é tida como *verdadeira* a assertiva de que o dito alinhamento dos profissionais do Direito com os roteiros positivados nas leis escritas é, seguramente, uma *tendência* ou uma *inclinação* de muito fácil identificação.

Justamente por isso, as *lições* dos juristas positivistas são, na sua essência, *lições de legalidade*, ou lições – muitas vezes excelentes lições, não há como negar – sobre *aspectos do Legalismo ou sobre as suas vantagens, por promover a segurança jurídica*.

Talvez os Juízes sejam a classe de juristas que mais próxima e diretamente percebe a *inadequação* das leis escritas aos seus pretendidos propósitos de solucionar *com justiça* os problemas que a convivência social inevitavelmente produz, porque eles (os Juízes) *são intimamente vinculados às leis escritas e estas (as leis escritas) expressam e protegem os macrointeresses ou os interesses fundamentais das classes sociais que dominam ou controlam os aparelhos do Estado*. Esse *deficit* é tão evidente que se torna inegável, embora digam eles – convém repetir – que esse é um problema que não diz respeito ao jurista, mas ao legislador e ao filósofo do Direito.

O Professor RALPH MILIBAND (1924-1994), já citado neste mesmo texto, expede as seguintes considerações a respeito desse magno *problema* da postura legalista dos Juízes quanto ao enfrentamento das iniciativas do Estado, das quais não se deve excluir a potestade de elaborar as leis escritas, porquanto é por meio delas (das leis escritas) que o aparelho estatal fixa as linhas de atuação do seu poder e formaliza as restrições aos indivíduos e às classes sociais:

É um fato que os Juízes nos países capitalistas avançados têm, em geral, adotado uma posição deplorável em face da dissidência radical, e quanto mais radical a dissidência, tanto maior tem sido a hostilidade judiciária para com ela. O arbítrio judiciário, nesse sentido, tem sido, em geral, usado mais para apoiar do que para restringir as tentativas feitas em diferentes ocasiões pelos governos e pelos legislativos para conter, dominar ou suprimir as opiniões e atividades dissidentes. É verdade que os Tribunais ajudaram, algumas vezes, a limitar o zelo intolerante de outros elementos do sistema estatal, e a importância de tal fato não deveria ser certamente subestimada. Mas o mais comum, particularmente em épocas de crise social e de contestação, e nas circunstâncias de uma permanente

guerra fria, é que os Juízes tenham demonstrado uma disposição para compartilhar o zelo da autoridade repressiva e a encarar a restrição às liberdades civis que daí resulta como um mal menor ou até mesmo a não considerá-la como um mal (O Estado na Sociedade Capitalista, tradução de Fanny Tabak, Rio de Janeiro, Zahar, 1972, pp. 174/175).

Essa postura judicial parece fundar-se na *pré-compreensão* de que as leis escritas *são a única forma – ou a forma definitiva – de prevenir, administrar e resolver os conflitos que a sociedade sempre produz*, por isso as proposições lógicas (ou pré-estabelecidas) das leis escritas carregam em si uma espécie de pretensão – *augusta pretensão* – ao *monopólio das soluções possíveis dos casos controvertidos*, quando na verdade existe, diante do agente solucionador das controvérsias, um *leque vasto* de alternativas e de definições adequadas, entre as quais ele (o agente julgador ou solucionador das questões) encontrará aquela que é a legítima.

A legitimidade – e não a legalidade – passaria a ser, portanto, no contexto das reflexões jurídicas, a estrela guia da decisão.

O Professor EROS GRAU mostra que a problematização da escolha dessa solução passa, em primeiro lugar, pela aceitação de que haveria *mais de uma solução correta*; assim ele explana a sua visão sobre a *pluralidade de soluções, todas igualmente corretas*, o que evidencia a necessidade de o dito agente jurídico solucionador atentar, criteriosamente, para a escolha da solução *mais justa*, dentre as múltiplas soluções igualmente cabíveis:

A suposição da existência de apenas uma definição verdadeira – exata – é insatisfatória, no âmbito do Direito. Não há, nele, uma definição exata de qualquer termo conceitual, mas sempre um elenco de significações, de cada termo, conversível em elenco de definições corretas. Vimos já que, no Direito, para cada problema podem ser discernidas inúmeras soluções, nenhuma delas exata, porém todas corretas. O dinamismo e a complexidade da realidade social reclamam a disponibilidade de um arsenal de soluções corretas a serem adotadas pelo aplicador do Direito (Direito: Conceito e Normas Jurídicas, São Paulo, RT, 1988, p. 78).

O *problema* de como se dará a identificação da escolha da solução *mais justa*, entre as *várias possíveis*, não é um problema de escolha arbitrária ou subjetiva do julgador, como poderia, à primeira vista, parecer, *como se fosse um jogo aleatório*, porquanto, na verdade, *somente uma delas se reveste de legitimidade jurídica para a função de resolução do caso conflituoso*.

Essa é uma questão que incomodou, durante muito tempo, os juristas que se emaranharam nas reflexões sobre a *justiça das decisões judiciais*, convencidos de que é pelas decisões virtuosas dos Juízes que se poderão implantar os critérios da justiça, porque as leis escritas se dirigem por outros critérios.

A primeira *escola judicial* que se formou sobre o tema – e que veio, durante séculos, a vitoriar sobre as demais proposições – foi aquela que apregoava a *adstrição do julgador às palavras das leis*, chegando-se ao exagero – manifesto exagero – de dizer-se que *o Juiz é a boca da lei*.

Contudo, essa escola veio posteriormente a perder legitimidade e o seu prestígio declinou, à medida em que se revelou que as leis (mesmo se desprezando o processo elitista de sua formação) não podiam prover – e não proviam mesmo – as regras para o equacionamento das várias questões, isto é, *as leis não dispensavam as avaliações dos julgadores*, assim se deslocando a análise da questão da legitimidade do Direito para os critérios, os limites e os fundamentos da elaboração da decisão judicial.

A impossibilidade de previsão, nas leis escritas, das soluções dos casos ou dos problemas concretos deriva, na essencialidade de sua longa história, de que os atos humanos, as condutas das pessoas e as surpresas de suas relações sociais *são completamente rebeldes a tratamentos apriorísticos ou generalistas*, precisamente porque decorrem de manifestações subjetivas irrepetíveis e subjetivamente variáveis de uma para outra pessoa, ou seja, são sempre *contextuais*.

Por isso os *detalhes* das coisas e das relações sociais e jurídicas – que somente se percebem na atividade judicial, não nas proposições legais

– é que devem guiar as pesquisas das soluções dos seus conflitos, *vindo dessa incontornável exigência, incontornável e óbvia exigência, a clareza do sol nordestino quanto à inadequação das leis escritas para fornecer in abstracto as soluções dos problemas concretos*; essa observação parece ser algo realmente inegável.

Diante disso, ressurgiu em plenitude a necessidade de atribuir ao Juiz um papel da mais capital relevância, um papel indescartável e insubstituível, em face daquela perplexidade, a saber, a de identificar a *solução mais justa para se aplicar a determinado caso concreto*.

Foi aqui que os Juízes hesitaram em abarcar, com ousadia, a tendência que então se delineava de acolher uma quota maior de liberdade na definição da solução buscada para o caso em exame: preferiram se acostar à segurança formal das leis escritas e, assim, *fixaram-se, mais uma vez, no Legalismo, acomodaram-se à sombra confortável de suas literalidades, unguidas pela oficialidade própria das coisas do Estado*, dando novo impulso à sua ideologia positivista.

Nesse contexto, estando o Direito identificado com as leis escritas e estas identificadas, por sua vez, com a força do Estado, a sua aplicação acrítica levava, inevitavelmente, como levou, a *soluções judiciais ilegítimas*, embora possam – como é óbvio – revestir-se de legalidade; mas a manutenção desse quadro mostra-se evidentemente *precária*, não sendo possível que resista por muito tempo ainda, consoante o Professor DALMO DE ABREU DALLARI expôs com irrespondíveis argumentos de ordem jurídica (O Renascer do Direito, São Paulo, Bushatsky, 1976, pp. 15/18 e 91/93).

O jurista dinamarquês Professor ALF ROSS (1899-1979), que não pode, de modo algum, ser apontado como adepto ou mesmo sequer simpatizante de qualquer modalidade de *direito livre*, rende-se à evidência de que as decisões inspiradas na equidade (no valor da equidade) se contrapõem às leis escritas e estima que, quando houver reiteradas decisões por equidade, poderá ocorrer a mudança da norma escrita e, se não houver essa mudança, forma-se a *doutrina judicial*

sobre aquele ponto jurídico decidido por equidade e, assim, retorna-se à racionalidade formal:

O desacordo entre o direito formalizado e as exigências de equidade se torna mais aparente quando ocorre um desenvolvimento social sem que a legislação proceda a um ajuste das normas às novas condições. Sente-se, então, uma particular necessidade de decisões contrárias ao direito formal. A princípio, tais decisões terão o caráter de equidade, precisamente porque não acatam as regras dadas, surgindo, sim, de uma apreciação intuitiva da situação concreta. Porém, no decorrer do tempo, lograr-se-á novamente a racionalidade formal. Através da prática dos Tribunais, surgirá uma nova doutrina e as decisões posteriores se fundarão nela, perdendo seu caráter de equidade (Direito e Justiça, tradução de Edson Bini, São Paulo, Edipro, 2007, pp. 328/329).

Vê-se, no insuspeito magistério do Professor ALF ROSS, que o Direito, mesmo o Direito legislado ou positivado, *tem os seus momentos* – e não são raros esses momentos – *de pura irracionalidade lógica ou de descontinuidade hermenêutica*, o que significa, concretamente, a oportunidade para a atuação criativa da *doutrina judicial do Direito*, oportunidade que é (até) muito mais do que apenas uma oportunidade, porquanto revela o *dever* de exercício judicial que conduza as normas escritas à sua verdadeira função e real destino; e a função e o real destino das normas escritas se resumem em prover – *numa situação de inadequação ou num confronto entre a lei e a justiça* – a solução jurídica e justa *exigida pela equidade*.

Os demais juristas profissionais, como os doutrinadores jurídicos e os professores de Direito, também percebem a inadequação entre as leis escritas e os valores da equidade e da justiça, *mas, em geral, sentem-se mais livres do que os Juízes para exercer com mais largueza ou maior amplitude as suas críticas*, seguramente porque as suas reverências ao Estado e aos seus poderes magníficos não se constituem – *em regra, pelo menos* – em elementos axiais, centrais ou limitadores da definição da sua atuação intelectual.

A maioria dos doutrinadores jurídicos e dos professores de Direito tende realmente a desenvolver críticas fundadas (e mesmo contundentes) aos *programas estatais* que visam impor à sociedade e aos indivíduos limitações abusivas às suas liberdades pessoais, aos seus bens patrimoniais e, ainda, aos seus direitos subjetivos *in genere*, maximamente àqueles que se referem às garantias processuais.

Mas é claro que alguns argumentos podem ser desenvolvidos a favor dessas limitações, com as quais *o Estado provê os interesses gerais, sobrepondo-os aos interesses particulares*, mas esse tipo de argumentação expressa mais um desiderato estatal do que não um valor que possa ser reconhecido em si mesmo.

A única maneira de resolver esse conflito moral é esmiuçar os detalhes das situações e excluir das decisões jurídicas os conceitos prévios que invadem os juízos e os submetem.

Afirmar, por exemplo, que o famoso quadro *A Ressurreição*, do pintor italiano PIERO DELLA FRANCESCA (1415-1492) *é uma pintura mais pagã do que cristã* – compara o Professor RONALD DWORKIN (1931-2013) – expressa um juízo prévio, uma declaração que *não tem apoio na interpretação da obra do artista* (Justiça para Ouriços, tradução de Pedro Elói Duarte, Coimbra, Almedina, 2012, p. 131), portanto não é uma *assertiva justa*, embora reproduza ou repita, como se vê, um juízo generalizado ou uma apreciação que muitos manifestam.

E esse juízo ou essa apreciação não são justas porque não refletem a apreciação analítica do observador, mas a de quem viu o quadro antes e expediu essa avaliação que tende a se expandir por força da *repetição sem crítica*.

Os doutrinadores jurídicos mais independentes e os professores de Direito mais libertos das injunções estatais são, com efeito, verdadeiros diques de contenção à *circulação impetuosa* de ideias neoconservadoras e de pensamentos jurídicos matriciados nas instâncias oficiais (estatais), assim evitando a temível *endogenia intelectual* que uniformiza ou

padroniza as criações originais, ou nivela, *pela oficialidade das coisas*, o que seria mais justo, mais certo ou até mesmo mais desejável.

Os Juízes, contudo, na sua maioria, não se abalançam com frequência à crítica das leis escritas: muito pelo contrário, estimam que os *comandos legais imperativos positivados* são ordens incontrastáveis – ou são incontrastáveis, pelo menos, nas instâncias julgadoras – tudo isso conduzindo ao *reforçamento ideológico* do Legalismo e das suas tradições, cuja *vis atractiva* parece incorporar e desenvolver uma *carga de energia metafísica*.

Mas a verdade é que as leis escritas, por serem gerais e abstratas, ostentam conseqüentemente estrutura aberta – essa observação é do Professor KLAUS GÜNTHER – *da qual só será possível obter um paradigma para casos claros, enquanto os casos difíceis dependerão da avaliação do Juiz* (Teoria da Argumentação no Direito e na Moral, tradução de Cláudio Molz, Rio de Janeiro, Forense, 2011, p. 263).

BIBLIOGRAFIA

ARENDT, Hannah, *Origens do Totalitarismo*, tradução de Roberto Raposo, São Paulo, Companhia das Letras, 2012.

BOBBIO, Norberto, *A Era dos Direitos*, tradução de Carlos Nelson Coutinho, Rio de Janeiro, Elsevier/Campus, 2004.

BONAVIDES, Paulo, *Ciência Política*, Rio de Janeiro, FGV, 1992.

BONAVIDES, Paulo, *Constituição e Normatividade dos Princípios*, São Paulo, Malheiros, 2012.

BONAVIDES, Paulo, *Do Estado Liberal ao Estado Social*, São Paulo, Malheiros, 2013.

BOURDIEU, Pierre, *O Poder Simbólico*, tradução de Fernando Tomaz, Rio de Janeiro, Bertrand, 2007.

BRAUDEL, Fernand, *Gramática das Civilizações*, tradução de Telma Costa, Lisboa, 2004.



CARRIÓ, Genaro Ruben, *Princípios Jurídicos y Positivismo Jurídico*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1970.

CASSESE, Sabino, *A Crise do Estado*, tradução de Ilse Paschoal Moreira e Fernanda Landucci Otale, Campinas, Saberes, 2010.

DALLARI, Dalmo de Abreu, *O Renascer do Direito*, São Paulo, Bushatsky, 1976.

DWORKIN, Ronald, *Justiça para Ouriços*, tradução de Pedro Elói Duarte, Coimbra, Almedina, 2012.

ENGELS, Friedrich e KAUSTKY, Karl, *O Socialismo Jurídico*, tradução de Livia Cotrim e Márcio Bilharinho Naves, São Paulo, Boitempo, 2012.

GRAU, Eros, *Direito: Conceito e Normas Jurídicas*, São Paulo, RT, 1988.

GÜNTHER, Klaus, *Teoria da Argumentação no Direito e na Moral*, tradução de Cláudio Molz, Rio de Janeiro, Forense, 2011.

KANT, Immanuel, *Crítica da Faculdade de Julgar*, tradução de Daniela Botelho G. Guedes, São Paulo, Ícone, 2009.

LENIN, Vladimir Ilitch, *O Estado e a Revolução*, tradução de Aristides Lobo, São Paulo, Expressão Popular, 2010,

LEONI, Bruno, *Liberdade e a Lei*, tradução de Rosélis Maria Pereira e Diana Nogueira, São Paulo, MisesBrasil, 2010.

LLOYD, Dennis, *A Ideia de Lei*, tradução de Álvaro Cabral, São Paulo, Martins Fontes, 1998.

MILIBAND, Ralph, *O Estado na Sociedade Capitalista*, tradução de Fanny Tabak, Rio de Janeiro, Zahar, 1972.

MOSSÉ, Claude, *Péricles*, tradução de Luciano Vieira Machado, São Paulo, Estação Liberdade, 2008.

POPPER, Karl, *Conjecturas e Refutações*, tradução de Sérgio Bath, Brasília, UnB, 2008.

RECASÉNS SICHES, Luís, *Nueva Filosofía de la Interpretación del Derecho*, México, Editorial Porrúa, 1980.

ROSS, Alf, *Direito e Justiça*, tradução de Edson Bini, São Paulo, Edipro, 2007.

SALDANHA, Nelson, *Legalismo e Ciência do Direito*, São Paulo, Atlas, 1977.

SANTÍS MELENDO, Santiago, *El Juez y el Derecho*, Buenos Aires, Espósito, 1957.

TUCÍDIDES, *História da Guerra do Peloponeso*, tradução de Mário da Gama Kury, Brasília, UnB, 1982.