

Considerações sobre novos rumos para o Direito

*Aristides Cimadon**

Resumo

Neste artigo polemiza-se a prática judiciária e jurídica fundamentada no positivismo. Aborda-se uma crítica sobre as ações dos operadores jurídicos que se fundamentam na razão ornamental e no jeito. Reclama-se por uma produção jurídica ligada ao Direito Justo a serviço da cidadania e da sociedade. Mostra-se que a uma crise sintomática na produção das leis que, em geral, não tem preocupação com o bem-estar coletivo. Identifica-se a globaliza-

ção de valores e relações econômicas que definem um conjunto de princípios reguladores da produção normativa. Por outro lado, questiona-se a ética e a moral como inspiração da operação jurídica e a necessidade de que a formação jurídica se pautem por novos rumos que vislumbrem a Justiça como objetivo essencial do Direito.

Palavras-chave: Direito. Justiça. Ética. Moral. Cidadania.

* Doutor em Direito; Mestre em Educação e Direito; Reitor e professor da Universidade do Oeste de Santa Catarina; advogado; Rua Getúlio Vargas, 2125, Bairro Flor da Serra; CEP 89600-000; Joaçaba, SC; aristides.cimadon@unoesc.edu.br

1 INTRODUÇÃO

Por que falar em várias categorias e ramos do Direito? O Direito, como objeto da Ciência Jurídica, pode ser visto por ângulos diversos. O objeto da Ciência Jurídica é o Direito, e o objeto do Direito são as normas; porém, sejam os ângulos dos velhos, sejam dos novos direitos, seu objetivo e propósito está, precipuamente, voltado à Justiça. Por outro lado, se a finalidade é a Justiça, não há como compartimentá-lo, posto que se trata de um sistema, de um ordenamento complexo de princípios e regras. Por isso, é complicado distribuí-lo em diversos ramos. Por exemplo, parece difícil falar em Direito Privado, Direito Público, Novos Direitos e outros, já que todo sistema normativo emana da sociedade e é legitimado pelo Estado. Fala-se, pois, que não há Direito fora da normativa do Estado. Então, há um só Direito, embora os adeptos da compartimentalização científica possam não concordar com tal proposição. O Direito, como preleciona Motta (2003, p. 170), é uma criação da razão humana. Assim descreve:

O Direito como sistema de criação humana e para o humano envolve um elemento de racionalidade. É nesse dado de racionalidade que flutua o seu elemento de mutação, entre o elemento estático, Direito em regras, e a sociedade, sua destinatária.

Assim, a sociedade, como destinatária, deve construir o Direito de maneira que, racionalmente, aponte um conjunto normativo capaz de dar condições a uma vida digna. Portanto, a fonte normativa não pode estar fundamentada apenas em ideologias de grupos, mas a Ciência, na sua diversidade, deve ser parâmetro para ditar, também, a normatização jurídica. Temas como “células-tronco, internet, comunicação, biodiversidade, transgênicos” ou outros tantos, como “Reparação civil dos danos ambientais ante a hipossuficiência do degradador”, discutido por Damini e Henkes (2005, p. 55) ou “Direitos de Personalidade” (GOMES, 2005, p. 45) podem ser tratados a partir do princípio da “dignidade humana” ou de uma visão unitária do Direito.

Vive-se, hoje, uma brutal transformação globalizada. Não é possível pensar e construir um Direito isolado de uma avaliação crítica das relações de produção ou das relações sociais e culturais. Esse processo de globalização provoca resultados objetivos distintos: o primeiro é a transformação de cadeias de atividade econômica, social e política que ganham dimensões intercontinentais; o segundo é decorrente desse que, de modo quase irracional, faz mudar os níveis de interação e conexão de culturas e valores, interferindo nas regras e nos sistemas jurídicos dos povos. Nesse sentido, Baez e Barreto (2007, p. 28) assim escrevem:

[...] Precisamente porque o estado nacional soberano encontra-se submetido a diferentes influências culturais, políticas e econômicas, o Direito que dele emana, como manifestação de sua vontade política, sofre no processo de uma mudança radical. A legislação do comércio internacional, da exploração e ocupação do espaço, da exploração dos oceanos e das reservas silvícolas são exemplos de como a outrora autônoma vontade estatal encontra-se hoje limitada por acordos e organizações internacionais.

Parece que Wolkmer (2006), quando faz uma síntese histórica das idéias jurídicas desde a antiguidade à modernidade, aponta que o Direito não pode ser o resultado do pensamento solitário de um ou de um grupo de juristas, mas uma tentativa permanente de soluções práticas e estratégias adequadas pela convivência dos homens em sociedade. Quem, também, alerta para tais circunstâncias é Pinheiro (2008, p. 3), quando descreve:

O Direito não é e nem deve ser complexo. Deve ser simples e com alto grau de compreensão das relações sociais, estas sim complexas. Quando a sociedade muda, o Direito também deve mudar. Convido a todos a um novo olhar, um novo pensamento, a perceber as transformações que o Direito está vivendo e aceitar o desafio de começar uma nova era, a era do Direito Digital.

Diante das profundas mudanças que ocorrem na sociedade cibernética, que aprofundam complexas e globalizadas relações econômicas e de valores, a idéia, neste artigo, é promover tópicos de reflexão para que os Operadores do Direito, estudantes, professores de Direito e, sobretudo, os construtores do arcabouço e renovação da Política Jurídica vislumbrem a possibilidade concreta de um Direito simples, compreensivo, cuja finalidade precípua seja a Justiça.

2 PRODUÇÃO JURÍDICA A SERVIÇO DA CIDADANIA E DA SOCIEDADE¹

Não há como negar que, no Brasil, o Positivismo, que historicamente exerceu grande influência, atrelou o Direito a uma função conservadora das estruturas sociais, transformando o Direito em um instrumento mantenedor da ordem que sacraliza a lei e coloca o jurista em defesa da norma positiva. A única reação teórica a essa concepção conservadora do Direito advém do pensamento jusnaturalista que sempre se opôs ao Direito posto, mas também numa postura conservadora, defendeu a referência do Direito preexistente, atrelando-se a dogmas, fora do movimento dialético da história, cujo conjunto principiológico e prático referendou, absolveu e recomendou as maiores barbáries da humanidade. Assim, por que discutir se o positivismo ou jusnaturalismo jurídico é o mais viável ou contém as razões mais prudentes sobre o regramento dos comportamentos humanos, é como discutir sobre o ovo e a galinha. Hoje, parece mais eficaz contribuir acerca de como fazer do Direito uma força de transformação social. Como encontrar fundamentação científica para uma prática do Direito endereçada à construção de um mundo do qual se extirpe toda forma de corrupção e de manipulação da consciência humana?

Aliás, a corrupção é uma praga que, como a ferrugem, destrói a comunidade humana. O conjunto normativo, sobre isso, não pode tolerar que se consolide um arcabouço de valores que torne a corrupção em uma espécie de virtude que se alastra perigosamente na América Latina. Assim descreve Woff (1998, p. 1):

Para os latino-americanos a corrupção integra a lógica do cotidiano. Ela é estrutura social, norma de comportamento, forma de consciência ‘não há vida sem *mordida*’. Diz-se no México, e no Paraguai: ‘Também quem não aceita *coima* é corrupto, porque precisa pagá-la’. A corrupção sempre reclama a sua parte, reza a experiência venezuelana: ‘Todos querem sua *tajada*, de policiais aos ministros, dos empregados ao patrão’. E no Brasil sabe-se que ‘sem *propina* nada anda, a corruptolândia está em toda parte’.

Há uma relação intrínseca entre corrupção e Direito. Essa relação não meramente política, mas ética. No Brasil, a corrupção é uma estrutura cotidiana da economia, dos negócios e do Direito. Como peculiaridade nacional, pode-se considerar um alto grau de interpenetração da administração pública com as redes de corrupção. O próprio Poder Judiciário é afetado: somente no ano de 1993 houve no Brasil mais de cinquenta casos em que juizes foram demitidos, em virtude da corrupção ou “sentenças de favor” (CARVALHOSA, 1995, p. 3).

Poder-se-ia discutir, especificamente, sobre a questão da relação do Direito com a corrupção, mas como merece um estudo particularizado, apenas menciona-se nesse propósito com a preocupação de um Direito comprometido com uma nova ordem justa. Wolkmer (1994, p. 107) alerta para a necessidade de uma nova cultura jurídica mostrando que os movimentos sociais são fonte e agentes importantes para criar uma mudança de cultura político-jurídica. Há exigência de ruptura com o velho Direito, com a velha organização estatal e com o nascimento de novos direitos fundamentados em princípios de bem-estar social da coletividade e da Justiça. Os movimentos sociais que surgiram no final do século XX e despontam no início deste século rebelam-se no sentido de uma construção social emancipatória e de alteridade.

Os estudiosos do Direito, muitos com relativo consenso, apontam para rupturas dos velhos conceitos, motivadas, inicialmente, pela crise cultural do progresso do capital neoliberal que levam à desestabilização e à individualização da sociedade e, ao mesmo tempo, para a descentralização e desestatização. Daí

porque se fala em privatização de aspectos do Direito, como é o caso do aparato prisional. Em segundo lugar, chega-se ao esgotamento do modelo de Estado: tanto o Estado intervencionista quanto o populista refletem ineficiência administrativa, incapacidade de prestar serviços essenciais ao povo e deterioração de legitimidade política. Um terceiro aspecto indica novos rumos para o Direito, é o modelo de bem-estar social criado pelo Estado moderno que se esgota. Assim, as velhas tecnologias de produção poluidoras terão que ser substituídas por tecnologias limpas, ecologicamente equilibradas, cujo valor essencial está na direção da melhor qualidade de vida. A informação eletrônica, a biogenética, a pureza da água, as formas de convivência em grandes aglomerados populacionais e outros temas fazem nascer novos modos de buscar direitos e novas formas de construir o Direito.

Para o autor, tanto fatores conjunturais, não necessariamente econômicos, como os problemas estruturais levam as pessoas a se organizarem para buscar novos direitos. Diz Wolkmer (1994, p. 113) que “Diante das carências materiais e do aumento das demandas por direitos, os movimentos reivindicatórios se colocam como resposta para uma nova organização da sociedade.”

Vê-se, portanto, de acordo com o autor citado, que novos direitos e novos modos de buscar direitos estão surgindo dos movimentos sociais que assumem, basicamente, três tipos de posturas:

- a) reivindicatória – visa pressionar o Estado para obter melhores condições de vida, isto é, a proteção do Estado para uma busca da vida digna e o atendimento das elementares e fundamentais necessidades básicas, como saúde, educação, transporte, alimentação e segurança;
- b) contestatória – é a opção que se utiliza das grandes carências como forma de mobilizar massas para realizar uma oposição sistemática ao poder estatal instituído. Essa postura pretende denunciar a ausência de respostas que o governo não atende para solução dos problemas;
- c) participativa – busca de nova cidadania. Esses movimentos querem participar na discussão das soluções para sua qualidade de vida. Como resposta do Estado, vemos os orçamentos participativos, as audiências públicas, os planos plurianuais participativos e outros movimentos decisórios na vida da coletividade.

De acordo com Herkenhoff (2001, p. 27), um dos caminhos futuros do Direito é o de se constituir um instrumento das classes subalternas da sociedade. O Direito vem popularizando, assim como a Medicina e outras ciências. Essa politização do Direito está levando à coletivização dos conflitos e, em consequência, muitos efeitos sentidos na desformalização do processo e das controvérsias e na exigência da utilização de novas técnicas e posições doutrinárias e decisórias baseadas em princípios ou da cibernética jurídica que fazem surgir um novo jeito de operar o Direito e uma nova postura diante dos conflitos.

Ao longo do tempo, o Sistema Judiciário tornou-se um labirinto de difícil acesso, altamente moroso, embora os mais tradicionalistas acreditem que ele dá segurança no julgamento e não precipita decisões. Todavia, não respeita a organização político-administrativa do Estado Federal que reclama autonomia dos Estados-membros.² Conforme descreve Pinto (2001, p. 71), há uma permanente invasão de competências, sobretudo da União, nos Estados Federados.

A permanente crise federativa brasileira decorre de um conflito jurídico insolúvel, porquanto, a par de uma autêntica federação territorial, política e administrativa, o Brasil é um Estado unitário no âmbito da lei e do direito civil, comercial e penal, ou seja, no âmbito do direito forense, ou melhor ainda, no âmbito do Direito Codificado; vale dizer que o Brasil é um Estado unificado em termos de legislação ordinária material e processual, civil e penal; com isto, quase toda a matéria judicial, processual ou substantiva, converte-se em direito federal e, por consequência, sempre será uma questão federal para efeito dos recursos superiores, subvertendo a concepção recursal federativa, ins-

pirada na competência da suprema corte norte americana (somente por um curto período o Brasil foi uma verdadeira federação de Direito Processual Civil, com códigos estaduais, federação liquidada com o advento do Código de Processo Civil de 1939).

Compreendido no conceito de Kelsen (2000), o Direito deve dar ênfase aos direitos coletivos, isto é, aos direitos coletivamente reclamados. Isso não significa abandonar os direitos individuais, nem dizer que eles não sejam a expressão da cidadania. Todavia, o que se vê é o surgimento de uma sociedade nova, que reclama um Estado voltado para o atendimento das condições básicas da melhoria de vida. No caso do Direito e da Ciência Jurídica, exige-se uma ruptura dos velhos modelos estruturais, cuja ênfase está no individual.

Não é preciso fazer grande esforço para verificar como há uma coletivização dos conflitos. Alguns pequenos exemplos que podem ser arrolados:

- a) aumento das taxas de impostos que interferem em determinadas classes sociais;
- b) reformas que mantêm privilégios (o caso da Previdência Social);
- c) agudo processo de urbanização, cuja convivência exige um Direito baseado no contrato;
- d) aumento de grupos marginalizados do trabalho: sem terra, sem teto, sem família, sem escritório, sem consultório, sem tantas coisas importantes para o exercício da profissão;
- e) o problema da violência, que deixa todos perplexos;
- f) o congestionamento do sistema prisional ou do trânsito que exige soluções radicais.

Todas essas questões estão diariamente nos jornais e revistas ou nas telas da TV e nas ondas de rádio.

O problema prisional e o de trânsito estão centrados na infra-estrutura. Portanto, não são medidas paliativas como a tal Medida Provisória, que proíbe bebida de álcool às margens de rodovias, que diminuirá o índice da mortalidade em acidentes rodoviários. Tampouco resolvem campanhas publicitárias

que atribuem aos motoristas a imprudência como causa principal de acidentes. A causa é mais profunda: infra-estrutura, estradas construídas para circulação de veículos numa sociedade pacata dos anos 1970. Por outro lado, faltam presídios e uma política de vida e trabalho para os presos. Preso não pode ser um homem ocioso, mas produtivo, seja construindo pontes, estradas, seja realizando trabalhos sociais.

Nota-se, hoje, um crescimento da consciência política e de capacidade de organização do povo. Todavia, a globalização oferece uma série de sofisticadas formas de consumo e, por outro lado, vê-se um Direito Processual, cuja imagem é o velho casarão, que precisa ser reformado. Nesse sentido, faz-se necessário relembrar pequenos aspectos dos escritos de Kafka (1995, p. 230-232):

[...] Diante da lei está um porteiro. Um homem do campo dirige-se a este porteiro e pede para entrar na lei. Mas o porteiro diz que agora não pode permitir-lhe a entrada. O homem do campo reflete e depois pergunta se então não pode entrar mais tarde. 'É possível', diz o porteiro, 'mas agora não'. Uma vez que a porta da lei continua como sempre aberta, e o porteiro se posta ao lado, o homem se inclina para olhar o interior através da porta. Quando nota isso, o porteiro ri e diz: 'Se o atraí tanto, tente entrar apesar da minha proibição. Mas veja bem: eu sou poderoso. E sou apenas o último dos porteiros. De sala para sala, porém, existem porteiros cada um mais poderoso que o outro. Nem sempre eu posso suportar a visão do terceiro?'

O simples agricultor, que acreditava na lei tendo nela a esperança de solução dos problemas seus, não imaginava que a lei tivesse tantas portas e com tantos austeros porteiros impedindo a sua entrada. Aliás, os porteiros sequer conhecem as funções uns dos outros, porque estão determinados a cumprir as ordens restritas à sua porta, mas o pobre agricultor insiste em se plantar e esperar e vê que a única saída é subornar o porteiro. Estuda o porteiro anos a fio. Envelhece e fica cego. Quando se irrompe a luz da lei, já não havia mais tempo, tinha se entregado à epidemia da normose³ e jamais conseguiu entrar na lei.

Está o Direito, em seus múltiplos ramos, nos limites de sua atual mais freqüente elaboração teórica, preparado para auxiliar na equação dos conflitos resultantes dessas novas realidades sociais? De acordo com Herkenhoff (2001, p. 34), o Direito, nos seus diversos ramos, não está preparado para responder aos reclamos das novas realidades sociais. O Direito Civil, apesar dos avanços do novo Código, trata as reações de direito como sendo sempre individuais. Como exemplo, podem-se citar os conflitos relativos à posse da propriedade urbana ou rural. No caso desta, apesar do esforço de alguns juízes e tribunais de conceituar a função social da propriedade, de modo geral, esses conflitos são sempre considerados à luz da doutrina liberal.

Um mandado de reintegração de posse que implica na remoção de um único litigante equipara-se a um mandado de reintegração que subtraia o chão e retire teto de centenas de famílias? Está o Direito Processual munido de instrumentos que lhe possibilitem cumprir, efetivamente, a garantia constitucional da ubiqüidade da Justiça? Também achamos que não. O Direito Processual, com exceção de alguns poucos institutos, volta-se, predominantemente para uma concepção de processo, mais como direito individual do que como direito coletivo. (HERKENHOFF, 2001, p. 34).

Nunes (2004, p. 338-342), ao discorrer essa relação entre o Direito e Justiça, narra, inconformadamente, uma série de “infelizes” casos que, ironicamente, não convivem com a dignidade humana e a equidade, necessárias aos novos tempos. Cita, por exemplo, o caso de um indivíduo preso que pagou ingresso num baile, com um cheque de R\$ 60,00 reais, supostamente furtado. Nesse caso, o Promotor pediu ao Juiz do feito prisão preventiva. Em outro caso, uma pessoa foi presa preventivamente sob a acusação de ter furtado uma garrafa de vinho, alguns metros de mangueira e um facão. O pior é que esse homem ficou recolhido no xadrez por mais de seis meses, quando foi absolvido por falta de provas. Alta periculosidade! É estarrecedor que um governador

do Rio de Janeiro, em visita a uma Delegacia do Estado, flagrou um indivíduo preso sob a acusação de ter tentado roubar um aparelho de barbear descartável. No Rio Grande do Sul, dois cidadãos foram condenados a dois anos de reclusão por terem subtraído, de um pequeno açude, nove peixes do tipo traíra, no valor de R\$ 7,50 reais. Uma pessoa foi condenada em Tubarão, num período de sessenta dias, pela acusação de ter furtado uma cédula de R\$ 10,00 reais, que nunca foi encontrada.

São inúmeros os casos como esses que encham nossas cadeias, enquanto aqueles que desviam milhões e se locupletam com cartões corporativos e outras tantas falcatruas passam impunes. Esses casos narrados, além de refletirem o despreparo, traduzem condutas ilegais diante dos propósitos e princípios da Constituição.

Que resposta dá o Direito ao problema de importe numa vida mais digna das pessoas? Em relação à passagem dos pedestres, por exemplo? Das empresas poluidoras que arruinam a vida de centenas de pessoas? Quais as respostas aos problemas das anomalias genéticas, da biogenética, da engenharia genética, da clonagem, da melhoria da qualidade de vida dos seres humanos que vivem coletivamente nas grandes concentrações urbanas? E o problema dos direitos autorais, da comunicação e outros?

O Sistema Judiciário não está equipado para receber crescentes demandas resultantes dos conflitos coletivos, que tendem a se avolumar em nosso país. Mal e morosamente o judiciário dá conta dos conflitos individuais. Aliás, grande parte dos operadores do Direito, no judiciário, nem distingue conflito coletivo de individual. Os regimentos dos tribunais são complexos e permitem dezenas de recursos. Juristas ou Operadores do Direito mais tradicionais argumentam que a complexidade dá garantia de cometimento da Justiça. Nem se quer mencionar o poder discricionário de juízes e promotores, que no topo de sua *sapientia*, limitam o acesso à Justiça e valoram tudo a partir dos seus conceitos “teóricos” de formação que, na maioria, se ajustam apenas aos códigos.

3 CIÊNCIA JURÍDICA E AS COLETIVIDADES HUMANAS

É impossível pensar o Direito e, conseqüentemente, a Ciência Jurídica, sem analisar as grandes mudanças da coletividade humana. Por muito tempo o Direito manteve-se atrelado às grandes construções da Dogmática Jurídica. O Direito brasileiro passou a se espelhar muito na influência do positivismo jurídico. A formação jurídica dos operadores jurídicos, na maioria dos cursos de Direito, orienta-se por um ensino cuja predominância de orientação pedagógica possui visão estática das decisões dos tribunais.

Nesse sentido, o Direito exerce uma função conservadora de controle e adestramento do comportamento social, manifestada por comportamentos específicos dos operadores que demonstram um conservadorismo contraposto com a utopia. Pode-se considerar que, subjacente ao aparato judiciário, encontra-se uma ideologia que:

- a) evita a utopia e promove o conservadorismo;
- b) racionaliza a técnica para a manutenção de uma ordem estatuída;
- c) a lei se tornou dogma e instrumento do binômio poder *versus* repressão;
- d) o Direito, no sentido mais kelseniano possível, é acessível aos que possuem bens, dinheiro, bons advogados e, portanto, patrimônio;
- e) a Justiça é um valor político, comprometida com a manutenção da ordem;
- f) o Judiciário reflete as contingências políticas porque é uma instância.

De outro modo, conforme escreve Wolkmer⁴, encontram-se as instituições, formando juristas para manutenção dessa realidade, cujos professores, em sua maioria, aplaudidos pelos estudantes, são aqueles que se apresentam para formar um profissional com as seguintes características:

- a) proselitismo acrítico e formalismo teórico;
- b) palavreado pomposo, ritualizado e sofisticado;
- c) conhecimento superficial, baseado nos manuais, mas com cultivo da erudição linguística, valorizando a aparência;
- d) divórcio entre os reclamos das camadas populares e ação para os bem-dotados financeiramente;
- e) ensino codificado;
- f) militância política.

O excessivo fechamento do Sistema Judiciário dentro de si mesmo tem dificultado seu arejamento, levando até o Presidente Lula a fazer-lhe críticas públicas graves: “A caixa preta do judiciário precisa ser aberta.” Ora, o pensamento jurídico brasileiro sofreu, demasiadamente, a influência do positivismo e ainda sofre a nefasta influência da preponderância da concepção dogmática alicerçada nas decisões (jurisprudência) dos tribunais. Essas concepções fazem do Direito uma mera tecnologia de controle.

É preciso ultrapassar esse estágio, conceber um Estado em que, ao invés de centrar ações nos poderes, centrem nas suas funções sociais mais prementes. Não há mais como suportar o Estado concebido pelo modernismo iluminista. O Estado Democrático de Direito brasileiro está concebido de forma federativa, mas funciona como um Estado Unitário. Há necessidade de fazer cumprir as prerrogativas de autonomia dos entes federados para alargar as facilidades de resolução dos problemas locais. O Brasil é muito amplo de diversidades continentais e, por isso, leis específicas tornam-se ineficazes para solucionar problemas regionais.

Parece que as novas teorias, debatidas nos cursos de mestrado e doutorado em Direito, estão possibilitando aos juízes vislumbrar uma missão de, na aplicação da lei, apreciar a sua finalidade social e as exigências do bem comum. Os tribunais, a partir das proposições teóricas de Dwordin (2000), Reale (1998), Alexy (2001), Hart (1994), Rawls (2002), Habermas (1997), Atienza (2000), Bobbio (1999) e outros tantos juristas brasileiros de renome, têm acenado, para interpretações a partir de princípios e, portanto, menos

dogmáticas. No entanto, essa tímida postura está longe de demonstrar que o direito marcha a favor das novas realidades, de modo a permitir que o Sistema Jurídico se organize de tal forma a proporcionar um judiciário que atende aos grandes interesses das maiorias.

Há necessidade de fazer com que os juristas estejam a serviço de um projeto de transformação social. Nesse sentido, não há Direito público ou privado. Haverá o Direito, com seus diversos ramos de atuação. Por isso, há que se lutar por um Direito situado dentro de uma visão de sociedade em que se plantam direitos antagônicos. Nessa situação, não há Direito neutro, nem juízes neutros. A ética que pede do juiz neutralidade em face das partes não pede neutralidade quanto aos valores. Decidir moralmente é decidir pelas normas, pura e simplesmente. Decidir pela ética é dar prioridade a certos valores.

Nesse modesto modo de entender, parece competir aos cursos de Direito a formação de juristas comprometidos com novos valores que possibilitem, por intermédio da operacionalidade jurídica, minimizar a injustiça social brasileira. Onde não há igualdade, não há Justiça, nem liberdade. Precisa-se de um Direito inovador, que não seja nem público, nem privado, mas que seja Direito, oriundo dos debates da Ciência Jurídica, dos reclamos sociais, com a finalidade do Direito Justo. Segundo Deuteronômio, capítulo 16, versículo 20, “Buscarás a Justiça, unicamente a Justiça, para que possas viver.” Ora, buscar a Justiça não significa simplesmente aplaudi-la ou aprová-la, mas uma situação de luta, de construção, pois somente as sociedades justas podem sobreviver.

Parece que há uma crise no Direito e na Ciência Jurídica da qual decorre a formação do jurista. A crise decorre da falta de clareza e de uma visão conservadora, divorciada da realidade histórica, acrítica do saber jurídico. Por outro lado, o conjunto da sociedade brasileira, os graves problemas sociais e econômicos criam uma situação de caos, cujas causas não podem ser atribuídas à dívida externa, nem ao Satã, mas é fruto da má gestão do governo que delapidou o Estado.

A crise também está relacionada ao conjunto da educação brasileira que, por consequência, interfere no ensino jurídico. Além disso, a Ciência Jurídica

transformou-se numa espécie de Dogmática Jurídica, e o Direito, como seu objeto, no quadro das ciências sociais sofre um descompasso. O Direito não pode se isolar, mas deve apreender, holisticamente, das demais ciências sociais.

4 ÉTICA E MORAL NOS PROCEDIMENTOS DO JUDICIÁRIO

Rudbruch (1979), após a guerra de 1945, dirigiu aos estudantes uma aula inaugural, cujo texto é intitulado “Cinco Minutos de Filosofia do Direito”, no qual expressa: no primeiro minuto, aponta para a lei. A lei pela lei é força e, portanto, arbitrária. A lei positivista não está ao lado do povo, nem do jurista. No segundo minuto, diz que o direito é tudo aquilo que for útil ao povo. Não é ao contrário, só o que for Direito será útil ao povo. Assim, o jurista deve estar próximo do povo para auscultar seus reclamos e fazer do direito um instrumento de melhor qualidade de vida. No terceiro minuto, alerta para o direito como sentido de Justiça. Direito é desejo de Justiça. No quarto minuto, alerta para o modo como o jurista pode fazer do Direito um instrumento de Justiça. Nesse sentido, a Justiça está ao lado do bem comum. Por isso, os juristas devem se pautar pela ética, e não pela moral. O quinto minuto é um alerta para os princípios fundamentais do direito, “[...] que são mais fortes do que todo e qualquer preceito jurídico positivo, de tal modo que toda a lei que os contrarie não poderá deixar de ser privada de validade.” (RUDBRUCH, 1979, p. 417). Assim, todo Direito que não promova a vida, não pode ser Direito, muito menos Ciência Jurídica e, portanto, é necessário apelar para a consciência no instante da aplicação do Direito.

O Direito é um apelo de Justiça. O problema é o sentido que se dá à Justiça. Dar a cada um o que merece? E o quê merece? Em geral, o povo associa a Justiça à generosidade, à compreensão. Justiça é, pois, uma virtude; a maior das virtudes sociais. Adodato (2002) faz uma distinção clara entre ética e moral. Toma como moral o entendimento de Kant, isto é, tudo aquilo que fazemos por dever. Nesse sen-

tido, o juiz, o promotor, o advogado, enfim, o operador jurídico que toma a norma escrita e a vive como coação ou mandamento está decidindo pela moral. Ética, entretanto, está tomada no conceito de Spinoza: tudo aquilo que fazemos por um desejo de vida, de amor e que se adapta à melhor forma ao real. Moral ordena, e a ética aconselha. A moral responde a pergunta: diante dessas circunstâncias, o que devo fazer? A ética questiona: como devo viver?

Moretto (2003) aplica esses conceitos no ensino, mostrando que a moral se relaciona com as regras, normas, direitos/deveres. Em outros termos, são as regras e normas envoltas com a sociedade, escritas ou não que orientam o cidadão ao que deve fazer. A ética, todavia, apesar das normas, está voltada para a virtude da Justiça. A ética, no dizer de Aristóteles (2001), engloba a moral, pois ela parte do conjunto de normas e de regras para convivência, mas vai além delas porque verifica, sempre, o meio termo, a melhor forma de vida. Assim, o perfil do jurista justo é aquele que se pauta pela virtude da Justiça, mas dizem alguns que a melhor maneira de fazer Justiça é seguir as regras e normas que limitam direitos e deveres. Nessa visão, não há Justiça sem Estado de Direito. Pautar-se pelas normas é a melhor maneira de fazer Justiça. Será, certamente, mais fácil, não mais justo. Ora, esse é um princípio do Direito Positivo, já cansado de cometer inúmeras barbáries em nome da Justiça.

Ética, na relação jurídica, vai além da moral, sem negá-la. Ela questiona as regras e se orienta pela virtude da generosidade. Dessa forma, é o meio termo entre a generosidade e a severidade. Em outras palavras, questiona as conseqüências dos atos jurídicos, vendo em que medida se pode ajudar o outro no contexto em que a regra a ele se aplica.

Plutarco (1997) ensina que a regra pela regra é força que se torna fraqueza e leva à cegueira. Portanto, aquela corrente do pensamento que pretende reduzir a Ciência do Direito à Dogmática Jurídica parece estar sendo revista porque traz uma visão conservadora do Direito. A visão conservadora é maligna porque não opera em favor da Justiça. O Direito não pode ser devidamente entendido, explicado e praticado senão dentro da perspectiva global

das ciências sociais. É preciso, pois, juntar o Direito e aproximá-lo às demais ciências sociais, tais como a Sociologia, a Política, a Economia, a História, a Psicologia e outras. Não há um impulso inovador na Ciência Jurídica sem fazer essa relação.

Algumas questões norteiam os novos cenários do Direito: o juiz, o promotor de Justiça e o advogado são servos da lei? A moral judiciária oficial manda que o juiz esteja a serviço do Direito? De que Direito? O advogado peticiona por direitos, luta por direitos privados ou públicos. Que direitos? O promotor de Justiça julga-se defensor público. De que público? A lei deve servir ao Direito? A lei não é sagrada, o Direito sim é sagrado, afirma Herkenhoff (2001, p. 66).

Quando se trata de ética e moral e muitos outros temas ligados a essa questão, vêm à mente: é ético que as partes tenham contato com o juiz fora do processo? Pode o juiz adiar imotivadamente suas decisões, procrastinar a prestação jurisdicional? Pode o advogado retardar os atos que lhe competem, ser causador de atrasos no penoso itinerário da Justiça? Pode o advogado aceitar uma causa injusta ou patrocinar contra o Direito? Devem os advogados e juízes fiscalizar a Justiça, contribuir para seu aperfeiçoamento, condenar seus desvios, mesmo publicamente?

O Direito, como Ciência, é uma artesanaria inacabada. Como tal se aperfeiçoa à medida que os operadores do Direito têm formação humana e intelectual, cujos valores estão voltados para as coletividades humanas no sentido de melhoria da qualidade de vida. O Direito, mais do que uma construção pelas lutas sociais, deve ser uma aspiração de Justiça na dialética da vida. Portanto, resultante de um pensamento crítico renovador, refratário à postura dogmática, fechada em si mesma, enclausurada em preceitos e preconceitos rígidos. É perceber que a lei nem sempre está a favor do bem comum. Não estará o Direito legitimando esse *status quo* no modo como ordena os tributos, na forma como orienta, deliberadamente, a produção legislativa, as normas de eleição, as penas e a proteção à corrupção, a falta de diligência na distribuição de renda ou desleixo como se garantem os direitos à educação, em todos os níveis? Que Sistema Jurídico e Judiciário é o brasileiro, que protege um sistema econômico que

marginaliza, que condena a ética e a moral, que valoriza a esperteza da burla, da safadeza, da razão do jeito e do modo ornamental de ser?

Está certo que há ausência de ética nas relações internacionais. A injustiça no plano internacional cria um quadro generalizado de negação da cidadania, mas não pode ser inspiração na formação de juristas. No Direito, há algo de apreciável: o homem brilhante. Não causa admiração alguém que seja intelectual organizado? É comum entre nós, diz Gomes (1979), comentar que fulano é esforçado, mas lhe falta o brilho. Infelizmente, o esforçado é depreciado. Por mais que produza algo socialmente benéfico é desconsiderado, mas brilhante tem ligação com a malandragem, a pilantragem, com herói esperto. Acredita-se que bons frutos nascem de gente esperta. Por isso, somos capazes de julgar, antecipadamente, os atos do Presidente Lula e, mesmo sem realizar obras importantes, é o Presidente em que o povo tem excepcional consideração. Isso graças a uma destas alienações básicas: o deslumbrismo dos colonizados e a projeção do analfabetismo no cargo. Diz Gomes (1979, p. 66) que:

Confundimos, por outro lado, pensamento original com pensamento novidadeiro. É preciso insistir: ser novo é um acidente do original. Original é o que lida com as origens, não o último no tempo. Eis porque o rótulo de ultrapassado é puro equívoco. Faltando-nos originalidade verdadeira, agarramo-nos à novidade na ilusão de que nela se encontre a verdade. Mas não é nada disso. O que constrói uma verdade é sua perspectiva. O dito por último pode ser perfeitamente repetitivo. Este equívoco assume entre nós um caráter particularmente grave. Uma estrutura mental e social fechada e conservadora, superpomos uma ornamentalidade de novidadeiros, como se a verdade fosse, num leilão, algo a ser arrematado por quem desse o último lance.

O Direito, no Brasil, padece da praga da erudição, do entendimento que ser culto é saber muito sobre o outro. Por isso, seguimos nosso rumo de colonizado, continuando copiando fórmulas dos colonizadores, como se com isso resolvêssemos nossos

problemas. Julgamos aqueles que se dedicam a estudar o que é profundamente nosso, como exótico, fora de moda. As delícias de citar Kelsen, Alexy, Hart, Dworkin, Kant e outros, como neste artigo, e se não for assim será menos “científico”, faz-nos sóbrios, sábios, inteligentes e preparados, mas citar os operadores mais simples é um despropósito. Citar Sebastião, Alexandre, Francio, De Marco, Guérios, Cimadon é um despropósito. Preferimos olhar para o que ocorre nos EUA, Paris, Roma, Londres e outros locais do que olhar e analisar os problemas que estão à nossa volta. Nossa leitura, então, é muito mais alienada. Basta ver o que os juristas lêem. Quando lêem, estão presos a jurisprudências, códigos, leis. Revistas, só o índice. Os clássicos são ornamentação de gabinetes e escritórios dos mais abastados. A maioria cita, mas não leu os clássicos. Quando perguntamos pela teoria que sustenta a ação, a decisão, a maioria é eclético, porque não conhece nenhuma teoria de fundo.

5 CONCLUSÃO

Herkenhoff (2001) pergunta: para onde vai o Direito? Afirma que essa é uma pergunta difícil de elucidar. Uma coisa é dizer para onde nós gostaríamos que ele fosse. Outra é para onde ele está sendo conduzido. Todavia, ele pode ir para onde nós o projetarmos. Há tensões que se debatem entre o público e o privado. O início do século XXI nos coloca frente a enormes tensões. Há um mal-estar geral e uma corrosiva desesperança existencial. Progressivamente e de modo imperceptível, o espaço de liberdade está se reduzindo. Já não temos privacidade. Vivemos ainda o Estado moderno centrado em poderes e velhos ideais. O Estado moderno é arcaico. Reclama-se por Estado fundado em funções sociais.

Dupas (2003) assinala para a ambigüidade ao se falar Direito público e privado, porque revela suas dimensões contraditórias, complexas e multidimensionais. Os romanos tiveram uma preocupação com o direito do indivíduo, do cidadão romano. Há quem diga que o império romano ruiu porque nele não existiu preocupação com um sólido Direito público. Hoje, parece-

nos que, mais do que proteger direitos individuais, o sistema jurídico dirige-se para os direitos coletivos e globais. Para analisar melhor esse aspecto, é preciso raciocinar dialeticamente entre os limites da ação do indivíduo e a estrutura coletiva da qual essa ação se inscreve. Assim, o indivíduo e as organizações não podem mais agir isoladamente. Todo agir individual pressupõe conseqüências coletivas. Estamos dando adeus ao Estado moderno, de concepção iluminista, defensor das liberdades individuais e da propriedade para dar atenção ao Estado funcional, cumpridor de ações protetoras do bem comum. É para essa realidade que o Direito começa a se construir.

Não existe mais a felicidade de um indivíduo isoladamente, nem a emancipação acontece individualmente. Todavia, o Estado deve ser o grande protetor do Direito. Para Bobbio (1999), o Estado pode renunciar ao monopólio do poder ideológico, como ocorreu entre Estado e Igreja; pode renunciar diversas coisas, todavia não pode renunciar ao monopólio da força. Como protetor do cidadão, o Estado usa a força por intermédio do Direito. Portanto, todo direito que não emana do Estado parece alheio à proteção humana, mas há inúmeros direitos feitos na rua, fora do Estado, porque este não se dirige à proteção da qualidade de vida e do bem comum.

Arendt (2001) mostra que o Direito da esfera pública é o comum, enquanto o privado defende a propriedade. O mundo, segundo a autora, como uma aldeia global, reclama por direitos societários: o homem não é nada sem a convivência social. Nesse sentido, o Direito é sempre público porque deve cuidar das ações humanas: o trabalho como atividade fundamental ligada às necessidades vitais da reprodução, do sustento à vida; a obra, como fabricação, o homem expressa seus

valores culturais, artísticos, artesanais com intuito de dar eternidade a suas ações; e a ação, esfera de espaço público. Aqui, a política torna-se o fermento e revela o homem como agente de relações criando novas realidades. Estas, sustentadas pelo Direito, não podem proteger o indivíduo, isoladamente, apenas. Dessa forma, para a autora, o Direito que não contribui para uma transitoriedade feliz da vida humana deve ser revisto.

Contrariamente a esse posicionamento, entretanto, Faraj (2003) diz que a Justiça estatal está exaurida. Reclama pela Justiça privada, afirmando que construir mais fóruns e contratar mais pessoal não resolve o monopólio estatal da Justiça que causa enormes dissonâncias e transtornos, bem como danos irreparáveis pela demora na solução dos processos. Cita a frase de Ruy Barbosa que diz: Justiça tardia não é Justiça. É injustiça qualificada e manifesta. O autor compreende que a Lei federal n. 9.307, de 23 de setembro de 1996, que regula a arbitragem, é uma forma de iniciar a privatização da Justiça. O Estado privatizou quase que completamente a Educação, a Saúde, uma porção do sistema de segurança, está a passos largos para privatizar a Previdência. Tornou-se imperioso privatizar a Justiça. Será esse o caminho?

Para concluir: qual deverá ser o foco de estudo e pesquisa da Ciência Jurídica que envolve a sociedade do Oeste de Santa Catarina? Quais os grandes problemas que nos envolvem, e como o Direito poderá contribuir para auxiliar na melhoria de vida dos cidadãos que aqui vivem? Que linhas de pesquisa são mais significativas para criar um referencial local, estadual e nacional? Essas respostas não estão claras, mas devemos buscá-las para formar juristas comprometidos com a Justiça e valores de Justiça em benefício da coletividade.

Considerations of the new routes for the right

Abstract

This article makes polemic the judiciary and the legal practical based on the positivism. It brings a critical one the legal operators actions that is based in the ornamental reason. It complains for a legal production connected to the Joust Right in service of the citizenship and the society. It shows a symptomatic crisis in the law

production that, in general, it doesn't have concern with the collective welfare. It identifies to the globalization of values and economic relations that define a set of regulating principles of the normative production. On the other hand, it questions the ethics and the moral as inspiration of the legal operation and the necessity that the legal formation is guided for new routes that glimpse justice as essential objective of the Right.

Keywords: Right. Justice. Ethics. Moral. Citizenship.

Notas explicativas

¹ A categoria é entendida, aqui, como o vínculo político que gera, para a pessoa, deveres e direitos não apenas políticos relativos ao Estado, mas de responsabilidade humana no sentido de construir uma história individual e coletiva mais justa, solidária, democrática e de bem-estar.

² Sobre a Autonomia dos Estados Federados, pode-se consultar: CIMADON, Aristides. *Autonomia dos Estados Federados e Direito Educacional*. Florianópolis: Conceito; Joaçaba: Ed. Unoesc, 2007. 390 p.

³ A normose talvez seja das epidemias mais devastadores do início desse século. É o estado de consciência que leva o sujeito a se conformar com tudo ao redor, entendendo todas as ações dos homens como normais. Daí a letargia, o conformismo, o medo de confrontos, o isolamento no seu mundo de valores.

⁴ Essas observações são apontamentos dos debates das aulas do professor Antônio Carlos Wolkmer, no Curso de Mestrado da Ufsc, 1996.

REFERÊNCIAS

ADEODATO, João Maurício. **Ética e Retórica** – para uma teoria da dogmática jurídica. São Paulo: Saraiva, 2002. 405 p.

ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**. Tradução Zilda Hutchison Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001. 355 p.

ARENDT, Hannah. **A condição humana**. 10. ed. Tradução Celso Lafer. Rio de Janeiro: Forense, 2001. 352 p.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômacos**. 4. ed. Tradução Mário da Gama Cury. Brasília, DF: Ed. UnB, 2001. 238 p.

ATIENZA, Manuel. **As razões do Direito** – teorias da argumentação jurídica. Tradução Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy, 2000. 352 p.

BAEZ, Narciso Leandro Xavier; BARRETO, Vicente (Org.). **Direitos Humanos em Evolução**. Joaçaba: Ed. Unoesc, 2007. 376 p.

BÍBLIA. A. T. **Deuteronômio**. São Paulo: Paulus, 2000.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 10. ed. Tradução Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Brasília, DF: Ed. UnB, 1999. 184 p.

- CARVALHOSA, Modesto. A participação dos cidadãos no controle democrático do Estado. **Folha de São Paulo**, p. 3, 2 out. 1995.
- CIMADON, Aristides. **Autonomia dos Estados Federados e Direito Educacional**. Florianópolis: Conceito; Joaçaba: Ed. Unoesc, 2007. 390 p.
- DAMIN, Daniele; HENKES, Silviana L. A reparação civil dos danos ambientais ante a hipossuficiência do degradador. **Espaço Jurídico**, Joaçaba: Ed. Unoesc, v. 6, n. 1, jan./jun. 2007.
- DUPAS, Gilberto. **Tensões contemporâneas entre o público e o privado**. São Paulo: Paz e Terra, 2003. 145 p.
- DWORDIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000. 593 p.
- GOMES, Daniela Vasconcelos. Algumas considerações sobre os direitos da personalidade. **Espaço Jurídico**, Joaçaba: Ed. Unoesc, v. 6, n. 1, jan./jun. 2007.
- GOMES, Leoberto. **Crítica da razão tupiniquim**. 3. ed. Porto Alegre: Movimento/UFRGS, 1979. 104 p.
- HABERMAS, Jurgen. **Direito e democracia** – entre a faticidade e validade. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. p. 352-354. v. 1-2.
- HART, Herbert L. A. **Conceito de Direito**. 3. ed. Tradução Armindo Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994. 348 p.
- HERKENHOFF, João Batista. **Para Onde vai o Direito?** – Reflexões sobre o papel do Direito e do Jurista. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. 168 p.
- KAFKA, Franz. **O processo**. 6. ed. São Paulo: Brasiliense, 1995.
- KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito**. Tradução João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2000. 427 p.
- MORETTO, Vasco Pedro. **5,9 não é 6,0**. Instituto de Ciências Sociais – IUCS/AEUDF, jun. 2003. (Série Orientações didático-pedagógicas).

MOTTA, Moacyr Parra. **Interpretação Constitucional sob princípios**. Belo Horizonte: Melhoramentos, 2003. p. 170.

NUNES, Rizzato. **Manual de Filosofia do Direito**. São Paulo: Saraiva, 2004. 431 p.

PINHEIRO, Patrícia Peck. **Direito Digital**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. 407 p.

PINTO, Luiz Vicente de Vargas. **Constituição Federal anotada e comentada**. Porto Alegre: Escola Superior de Geopolítica e Estratégia D. João VI Braschini Imp. Exp. Ltda.; Grafisul Gráfica e Editora Ltda., 2001. p. 71.

PLUTARCO. **Como tirar proveito de seus inimigos**. Tradução Isis Borges B. da Fonseca. São Paulo: Martins Fontes, 1997. 121 p.

RAWLS, John. **Uma teoria da Justiça**. Tradução Almiro Piseta e Lenita Maria Rímoli Esteves. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002. 708 p.

REALE, Miguel. **Fundamentos do Direito**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. 323 p.

RUDBRUCH, Gustav. **Filosofia do Direito**. 6. ed. Tradução L. Cabral de Moncada. Coimbra: Arménio Amado Editor, 1979. 426 p.

WOFF, Paul; LÜDERSSSEN, Klaus (Org.). **Política Criminal Racional ou Luta contra o mal**. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1998. p. 413-432. v. 3.

WOLKMER, Antônio Carlos. **Pluralismo Jurídico: fundamentos de uma nova cultura do Direito**. São Paulo: Alfa Omega, 1994. 349 p.

_____. **Síntese de uma História das Idéias Jurídicas: da Antiguidade Clássica à Modernidade**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006. 231 p.

Recebido em 8 de março de 2008

Aceito em 15 de abril de 2008