

A CONSCIÊNCIA JURÍDICA E A EQÜIDADE COMO “NOVOS” PARADIGMAS PARA A ATIVIDADE JURISDICIONAL CONTEMPORÂNEA¹

Maximiliano Losso Bunn²

Sumário

Introdução. 1 A insuficiência do normativismo de Kelsen na Pós-Modernidade. 2 “Novos” paradigmas para a atividade jurisdicional: a Consciência Jurídica e a Equidade. Considerações finais. Referências das fontes citadas.

Resumo

Através dos tempos os regramentos jurídicos sempre se lastrearam na teoria de Kelsen, por meio da qual, a par do valor Justiça, a realização do Direito se daria tão-somente pela aplicação das regras jurídicas postas pelo Estado. Nessa linha de pensamento os conceitos de Direito e Justiça, embora pareçam sinônimos, ficaram cada vez mais distantes. E assim foi até agora. Contudo, contemporaneamente, dado o nascimento de um novo tempo que os filósofos já convencionaram chamar de Pós-Modernidade, na qual os sentimentos de fraternidade e solidariedade, baseados no valor da pessoa humana, sobrelevam em contraposição ao individualismo até então reinante, essa lógica dos regramentos jurídicos não é mais aceitável, à medida que não se presta mais a resolver as lides postas perante o Poder Judiciário. É nesse contexto, portanto, que a consciência jurídica e a equidade advêm, como ferramentas postas à disposição da autoridade judiciária na busca pela realização de um Direito justo, efetivamente.

Palavras-chave: Justiça; Consciência jurídica; Equidade.

Resumen

A través de las veces el regramentos jurídico siempre si el lastrearam en la teoría de Kelsen, por medio del uno que, informo de la Justicia de valor, el logro del Derecho lo daría así-sólo para la aplicación de las reglas jurídicas puesta por el Estado. En esa línea del pensamiento los conceptos de Derecho y Justicia, aunque ellos parecen sinónimos, ellos estaban más distantes. Es que

¹ Artigo apresentado como trabalho final da disciplina Direito e Sociedade, ministrada pela professora Dra. Maria da Graça dos Santos Dias, do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI.

² Mestrando do Curso de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI, Programa de Mestrado em Ciência Jurídica, sob a orientação do professor Dr. Osvaldo Ferreira de Melo, na linha de pesquisa “Produção e Aplicação do Direito”. Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade Federal de Santa Catarina – Fundação Boiteux. Formado pela Escola Superior da Magistratura do Estado de Santa Catarina – ESMESC. Juiz de Direito Substituto no Estado de Santa Catarina – TJSC. E-mail: mlb14263@tj.sc.gov.br.

estaba ahora así. Sin embargo, hoy, dado el nacimiento de un nuevo tiempo que los filósofos ya estipularon para llamar de Polvo-modernidad, en el uno que los sentimientos de fraternidad y solidaridad, basados en el valor de la persona humana, el sobrelevam en oposición al individualismo hasta entonces eficaz, que la lógica del regramentos jurídico no es más aceptable, cuando no se da más para resolverlo trabajo ellos los cortes ante el Power Judicial. Está en ese contexto, por consiguiente, que la conciencia jurídica y la justicia traen a un acuerdo, como herramientas puestas disponible a la autoridad judicial en la búsqueda para el logro de un Derecho justo, de hecho.

Palabras-clave: Justicia; Conciencia Jurídica; Justicia.

Introdução

O presente trabalho advém da necessidade de se rever certos conceitos que a dogmática jurídica baseada no positivismo impôs e que, agora, nessa fase de transição para a dita pós-modernidade, não mais bastam para conduzir a atividade jurídica, sobretudo da autoridade judiciária, enquanto detentor de parcela da função estatal comprometida com valores como Justiça, igualdade e bem-estar social. É, em suma, um trabalho que visa explicitar a necessidade do compromisso com um Direito Justo.

Isso porque, a partir do normativismo de Hans Kelsen, expressão maior do positivismo, criou-se nos meios jurídicos em geral a verdade homérica de que um ordenamento apenas válido formalmente, ou seja, instituído, criado e mantido por um sistema constitucionalmente válido, seria o bastante para assegurar que a “justiça” fosse feita nos casos apresentados ao Poder Judiciário.

Nesse passo, sedimentou-se a prática forense de julgar conforme a lei, tão-somente, sem que os julgadores estivessem atentos, ou mesmo preocupados, com o mundo que se desenvolvia do lado de fora dos pretórios.

Bem por isso, já se pode constatar que o normativismo, a legalidade estrita, privilegia unicamente a conformidade das decisões com o direito positivo posto. Não há na lógica do normativismo, repito, qualquer relação entre Direito e Justiça. Para os normativistas, Direito é aquilo que está nos pergaminhos legais e ponto final!

A propósito, com a precisão de sempre, Maria da Graça dos Santos Dias faz uma síntese do normativismo de Kelsen, expondo que para este

nem a Ciência Jurídica, nem outra ciência qualquer pode definir o conteúdo da Justiça, pois esta é um valor absoluto com pretensão de validade universal e atemporal, eterna e imutável. Para ele, é impossível definir-se a idéia de justiça pela via da ciência, da racionalidade, pois a justiça absoluta é um ideal irracional. Por indispensável que possa ser à vontade e à ação, escapa ao conhecimento racional, e a ciência do direito só pode explorar o domínio do direito positivo³.

Todavia, cabe salientar que, contemporaneamente, esse pensamento não mais constitui verdade absoluta, eis que com o desenrolar dos tempos os juristas, assim entendidos todos aqueles que lidam com os sistemas jurídicos, ainda que não bacharéis em Direito, viram que a Lei positiva nem sempre atende o sentimento de Justiça, compreendida esta como o bem comum desenvolvido na consciência jurídica.

E o Direito Positivo não satisfaz sempre o sentimento de Justiça porque não é possível à norma, criada na solidão do Parlamento, conseguir captar, integralmente, sempre, todos os valores postos em jogo e, com isso, resolver as lides postas à resolução. Cai, assim, um dos pilares do sistema normativista, qual seja, a idéia de completude dos sistemas jurídicos, por meio da qual se imaginava que o Direito posto seria capaz de, através silogia lógica, apresentar um produto jurídico para todos os fatos que fossem submetidos ao crivo do julgador.

Ademais, ainda nesse pensar, tem-se que, por serem estáticos, os ordenamentos jurídicos em geral também não conseguem acompanhar a velocidade do desenvolver das relações sociais, cada vez mais dinâmicas, tanto mais na era da globalização, criando-se, pois, vazios de positivismo.

Nesse sentido, debatendo a impropriedade da teoria difundida por Kelsen, vale a pena ver desde já o que destaca Maria da Graça dos Santos Dias:

A realidade humano-social apresenta características plurais e dinâmicas. Assim sendo, o Direito não pode constituir-se em um sistema fechado, inflexível, rígido, pois sua razão de ser está referida à vida da sociedade. Pensar o Direito a partir de referentes do Positivismo significa privilegiar critérios de objetividade, neutralidade, universalidade desse saber, em

³ *Apud* DIAS, Maria da Graça dos Santos. **A Justiça e o Imaginário Social**. Tese apresentada ao Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina como requisito à obtenção do título de doutora em Direito. Florianópolis: 2000, p. 46.

detrimento das questões valorativas específicas de cada cultura e sociedade⁴.

Pensemos, ainda, no fato de a legalidade estrita ser criada por sistemas totalitários, tal como aqueles impostos pelo III Reich, por exemplo. Ora, grande parte das atrocidades cometidas pelo partido Nacional Socialista Alemão – os Nazistas – estava debruçada sobre o Direito lá positivado. Mas o que tinham essas regras de justas?

Desse modo, diante desses fenômenos, e considerando que a sociedade não mais reflete a paz social que o sistema jurídico busca justamente infligir, foi a partir da discussão iniciada na filosofia, dentro do período que já se vem denominando Pós-Modernidade, que se verificou a necessidade de alterar os paradigmas que até então guiavam a atividade jurisdicional, a fim de entender e, portanto, considerar o Direito como ferramenta para o alcance da Justiça, sobretudo.

Entram em cena, então, nesse desenrolar da tragédia da vida, a consciência jurídica e a equidade como carros-chefe, pois que a primeira reflete o sentimento de justiça de uma sociedade, enquanto a segunda fornece, justamente, os mecanismos de proporção e igualdade indispensáveis à correção da regra legal quando se pretende estabelecer um Direito Justo.

Por fim, acrescente-se que os conceitos utilizados no presente trabalho serão apresentados durante seu desenrolar, visando não deixar o estudioso sem a necessária base conceitual e, tampouco, tornar maçante a leitura.

1 A Insuficiência do Normativismo de Kelsen na Pós-Modernidade

Como já mencionado, a expressão máxima do Positivismo Jurídico⁵ foi o normativismo de Kelsen, cuja doutrina, como ressalta Maria da Graça dos Santos Dias,

tem a manifesta intenção de libertar o Direito de todo juízo de valor ético e político, desvinculando-o de um fundamento moral. Afirma a Ciência Jurídica enquanto uma ciência dogmática, excluindo a Justiça do

⁴ DIAS, Maria da Graça Santos. **A Justiça e o Imaginário Social**. p. 61.

⁵ Positivismo Jurídico: "1. Escola que reduz o Direito à sua função técnica, distinguindo-o rigorosamente da Metafísica, como o que se opõe frontalmente ao Jusnaturalismo. 2. Posicionamento que repele a idéia de um Direito Natural anterior e superior à positividade jurídica, vendo nesta última a fonte de todo o conhecimento do Direito" (MELO, Osvaldo Ferreira de. **Dicionário de Política Jurídica**. Florianópolis: OAB-SC, 2000, p. 78).

estatuto epistemológico do Direito, ou seja, esta deixa de constituir-se em instrumento de avaliação ética e de legitimação do Direito⁶.

Ou seja, na lógica de Kelsen, o Direito enquanto tradução, tão-somente, das regras impostas em determinado ordenamento jurídico, não tem a necessidade de guardar qualquer relação com a realização da Justiça⁷, sendo o sistema positivista tido como algo suficiente a si próprio, perfeito e acabado⁸.

E foi essa lógica fria que os sistemas jurídicos contemporâneos desenvolvidos na racionalidade da Modernidade adotaram como modelo para o desenvolvimento de seus ordenamentos jurídicos, incluindo-se, aí, inclusive, o ordenamento jurídico pátrio.

De maneira singular, aliás, Osvaldo Ferreira de Melo bem expõe o raciocínio positivista:

A construção do Direito Positivo se fazia então através de uma metodologia própria. As regras seriam deduzidas de alguns princípios pré-fixados. O raciocínio que guiaria esse procedimento estaria subordinado aos princípios da lógica geral e teria, num silogismo paradigmático, como premissa maior, o preceito, ou seja, a diretiva genérica e, como premissa menor, a decisão ou a norma concreta. Essa abstração que se convencionou chamar de princípio da subsunção, transformou-se em verdadeiro dogma que viria orientar o normativismo lógico até nossos dias⁹.

E, em particular, quanto ao raciocínio de Kelsen, Osvaldo Ferreira de Melo comenta:

Ao expor uma idéia de Ciência Jurídica como sendo uma ciência formal e hipotético-dedutiva, Kelsen diferenciou seus pressupostos daqueles do positivismo tradicional que, sob vários aspectos, se confundia com a Sociologia Jurídica. A concepção de que só a norma formalmente válida faz algo ser jurídico, é essencial na dogmática Kelseniana e assim, fora

⁶ DIAS, Maria da Graça Santos. *A Justiça e o Imaginário Social*. p. 4.

⁷ Justiça: “Significante notavelmente polissêmico, cujos principais significados, no uso corrente, são: 1. A ordem nas relações humanas; 2. Conformidade da conduta a um sistema de normas morais e jurídicas; 3. Valor fundamental do Direito e por isso objetivo permanente de toda ação político-jurídica; 4. Virtude da norma jurídica ao estabelecer equilíbrio no conflito de interesses (...)” (MELO, Osvaldo Ferreira de. **Dicionário de Política Jurídica**. p. 56).

⁸ MELO, Osvaldo Ferreira de. **Fundamentos da Política Jurídica**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1994, p. 72.

⁹ MELO, Osvaldo Ferreira de. **Fundamentos da Política Jurídica**. p. 72.

do exame das normas, nada mais poderia importar ao renomado juscientista.

Tal concepção, todavia, além de afastar da Ciência Jurídica o estudo dos fatos geradores das normas, vai mais além, colocando sob olhar cético a importância do conteúdo moral da norma. Kelsen pretendia superar tudo isso ensinando que o conceito de Justiça deveria ser distinguido do conceito de Direito e que portanto a norma de justiça tem vida à parte da norma jurídica. "A norma de justiça indica como deve ser elaborado o direito quanto ao seu conteúdo' mas 'o direito positivo não vale pelo fato de ser justo ou pelo fato de sua prescrição corresponder a uma norma de justiça" "Os atos do legislador , suas escolhas e decisões podem ser medidos por normas de justiça mas o valor justiça do ato normativo deve ser claramente distinguido do valor jurídico que as normas de direito positivo constituem"¹⁰.

Assim, conforme destaca Aurélio Wander Bastos¹¹, o que se viu é que, a partir da doutrina de Kelsen,

A lei escrita transmutou-se de instrumento de construção de nova lei social em instrumento de sua conservação. A posituação do racionalismo jusnaturalista provocou o desenvolvimento do mais sólido movimento jurídico da história do pensamento jurídico contemporâneo. A legalidade, a ordem escrita se sobrepõe a todos os padrões de legitimidade e justiça: o justo e o legítimo são valores que a lei transcreve e prescreve, e aquilo que a lei não alcança não é Direito.

E, bem ou mal, foi essa a visão tecnicista do Direito que até há pouco se entendeu como verdade absoluta, sendo que aqueles que a muito custo tentavam demonstrar que as regras nem sempre refletem a Justiça enquanto valor ficaram com o título ou de alternativistas ou de julgadores arbitrários, afastados da legalidade, pois que decidiam conforme o sentimento de justiça, ainda que *contra legem*.

Contudo, com o passar do tempo o próprio sistema jurídico foi percebendo, ainda que à custa de muitas injustiças, que essa visão não podia mais ser tida como correta, pena de afronta a um Direito justo, um Direito que, efetivamente, trouxesse de volta a estabilidade social. E isso ocorreu unicamente porque em sua brilhante concepção Kelsen esqueceu que o Direito não disciplina coisas mas, "tão-somente", interações humanas¹². Disciplina,

¹⁰ MELO, Osvaldo Ferreira de. **Fundamentos da Política Jurídica**. p. 29-30.

¹¹ *Apud* MELO, Osvaldo Ferreira de. **Fundamentos da Política Jurídica**. p. 73.

¹² MELO, Osvaldo Ferreira de. **Fundamentos da Política Jurídica**. p. 31.

portanto, as relações do mundo dos vivos, planeta no qual os fatos se passam dia após dia, em um efervescente da própria sociedade enquanto organização dinâmica e não estática como a realidade dos códigos e dos pergaminhos legais.

Nesse mesmo sentido a observação crítica de Osvaldo Ferreira de Melo:

As normas nascem, perecem, às vezes renascem, têm vida e morte, refletindo os dramas existenciais de seus criadores. A natureza humana é incompadecente com um direito rígido, cristalizado, insuscetível de ser valorado ou submetido a estratégias de aperfeiçoamento.

A redução científica proposta por Kelsen na sua Teoria Pura do Direito e confirmada na Teoria Geral das Normas pode nos oferecer, no máximo, uma noção de justiça formal que se confundirá com um rigoroso e frio conceito de legalidade¹³.

O normativismo de Kelsen, então, trilhou sozinho seu próprio caminho em direção à morte à medida que as relações sociais se desenvolviam em um ritmo tão acelerado e ele, estático e senhor de si, permanecia fechado, como uma bolha de vidro no meio do universo.

A partir daí o que se vê é que o Direito, acorrentado pela doutrina Kelseniana, passou cada vez mais a se distanciar do sentimento de Justiça, transmudando-se, pois, muitas vezes, em abstração normativa existente, tão-somente, para assegurar a manutenção de ideologias de elites mantenedoras do próprio sistema jurídico.

Por sua vez, os Tribunais e julgadores, outrossim, também envolvidos pelas amarras dos conceitos de Kelsen, infligidos aos operadores jurídicos desde a tenra idade profissional, trilhavam o mesmo caminho, subjugando, com isso, os verdadeiros conceitos do Direito e da Justiça, sinônimos perfeitos segundo uma lógica comprometida com a realização do bem-comum.

— É bem verdade que nas últimas décadas a jurisprudência, sobretudo, tal como um guerreiro solitário, libertou-se das amarras e, ainda que por vezes golpeada, vem construindo seu próprio papel dentre as fontes do Direito, passando a se constituir, assim, em imprescindível elemento a corrigir a distorção da regra legal que, como produto do legislador, isolado no Parlamento e muitas vezes contaminado por ideologias advindas sabe-se lá de onde, acaba por criar verdadeiras aberrações legiferantes.

¹³ MELO, Osvaldo Ferreira de. **Fundamentos da Política Jurídica**. p. 31.

Porém, tanto mais diante da globalização, que torna as relações sociais muito mais intensas e velozes, por vezes a distância entre a regra posta e a consciência jurídica¹⁴ é tão grande que, ainda que faça o julgador uso da hermenêutica, não consegue ele vencer o abismo que se posta diante delas. Por esse motivo, como destaca Osvaldo Ferreira de Melo, hoje

os desafios são muito mais complexos e com a sustentação dessas fontes únicas, o monismo hegemônico não mais consegue sobreviver, porque não atende a essa ebulição social, gerado de contestações que se desenham em representações jurídicas e em novos paradigmas. É inglório pretender que a totalidade das situações possa ser abrangida pela abstração da norma positivada¹⁵.

— Aliás, nada obstante, quando se usou o adjetivo “novos” no título do presente trabalho, assim foi feito porque a constatação de que o normativismo não atende aos reclamos sociais não tem nada de recente. Pelo contrário, sua primeira “aparição” já se deu, como comenta Carlos Maximiliano¹⁶, por ocasião da Escola do Direito Livre, naquela época condenada porque, segundo seus críticos, ao julgador não eram impostos limites legais – as tais amarram do positivismo, lembram-se?

De todo modo, o que realmente se percebeu no “frigor dos ovos” é que a lógica da doutrina Kelseniana não era suficiente para absorver integralmente toda uma gama de situações que nasciam no meio social e que reclamavam, obviamente, tutela jurídica Estatal. Criavam-se, na ausência de dispositivos legais a respeito das situações havidas, vazio de legalidade, geradores, por sua vez, de uma verdadeira crise de legitimidade¹⁷.

Se ao estudioso aqui parece difícil imaginar uma hipótese na qual a distância entre o ordenamento jurídico e o sentimento de Justiça seja gritante, relembro, por exemplo, hipótese recente e bastante debatida nos Tribunais

¹⁴ Consciência Jurídica: “1. Aspecto da Consciência Coletiva que se apresenta como produto cultural de um amplo processo de experiências sociais e de influências de discursos éticos, religiosos, etc., assimilados e compartilhados. Manifesta-se através de Representação Jurídicas e de Juízos de Valor. 2. Capacidade individual ou coletiva de arbitramento dos valores jurídicos. 3. Conjunto de sentimentos éticos e de ideais aplicados à vida jurídica” (MELO, Osvaldo Ferreira de. **Dicionário de Política Jurídica**. p. 22-23).

¹⁵ MELO, Osvaldo Ferreira de. **Fundamentos da Política Jurídica**. p. 76-77.

¹⁶ **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1988.

¹⁷ Para Osvaldo Ferreira de Melo (**Fundamentos da Política Jurídica**. p. 74), crise de legitimidade corresponde “aos processos de ruptura do instituído, pela presença, no campo jurídico, de novos paradigmas, portanto de uma nova perspectiva a partir de um pluralismo normativo colocado como forma transgressora ao monismo estatal”.

nacionais, inclusive superiores. Tratava-se da questão envolvendo demandas cujo pedido era declarar a paternidade e que foram julgadas improcedentes, com as respectivas sentenças transitadas em julgado, sendo que, depois, com o desenvolvimento do denominado “exame de DNA”, constatou-se que os então autores das lides eram mesmo filhos dos indicados réus.

Ora, então, qual valor deveria prevalecer? Aquele da segurança jurídica, traduzido no instituto da coisa julgada, ou aquele relativo à Justiça, pois que comprovado com mais do que razoável certeza de que a filiação era mesmo certa.

— Lembre-se que a situação era muito mais complicada do que, à primeira vista, possa parecer, eis que um dos pilares do ordenamento jurídico pátrio é, justamente, o respeito à imutabilidade da coisa julgada, visando, com isso, conferir certeza jurídica ao sistema. Afastar simplesmente uma decisão já coberta pelo manto da coisa julgada seria, assim, colocar em risco todo o ordenamento jurídico, uma vez que teríamos lides sem fim, causadoras de inegável inquietude social.

Mas apesar disso tudo os Tribunais, ainda que com natural e compreensível reticência, dado o caminho delicado que estavam a desbravar, acabaram admitindo a tese da “inconstitucionalidade da coisa julgada”, ou “coisa julgada inconstitucional”, como dizem outros, para com fundamento na ausência de Justiça da decisão tecnicamente perfeita afastar a regra processual e assegurar um Direito reconhecido pelo mundo dos fatos¹⁸.

Começava aí, no plano da prática, notadamente, através a ação da jurisprudência, a libertação do Direito e da Justiça das correntes que a regra jurídica posta impunha, calcada na abstração normativista de Hans Kelsen. Foi, sem dúvida, ainda que tratado de forma discreta e com bastante prudência – como havia mesmo de ser –, momento de singular importância na construção de um sistema jurídico – não somente normativo – a bem do desenvolvimento de uma sociedade mais justa em todos os seus aspectos.

¹⁸ Nesse sentido, por exemplo, dentre outros, conferir os acórdãos do Superior Tribunal de Justiça nos Recursos Especiais n. 226436/PR, em que foi relator o Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, e n. 427117/MS, em que foi relator o Min. Castro Filho. Em sentido contrário, dando prevalência sobre a segurança jurídica, o acórdão no Resp. n.107248/GO, relator o Min. Carlos Alberto Menezes Direito.

É certo que, mesmo pela característica de ciência humana do Direito, há respeitáveis opiniões em contrário¹⁹. Mas, *data venia*, considerando toda uma gama de novos conceitos e de situações que exigem resposta à altura do Estado, visando, justamente, restabelecer a paz social, parece pouco razoável a posição conservadora a fim, tão-somente, de manter íntegro um sistema processual que foi criado, justamente, vejamos, para atender o Direito material que rege a sociedade. Essa é a única razão da existência do Direito. De que nos adiantaria um Direito sem Sociedade? Qual a utilidade de um ordenamento jurídico que não se presta a resolver as situações que lhe são endereçadas?

— Talvez para afastar o ranço do conservadorismo seja necessário e oportuno invocar as palavras de André-Jean Arnaud, quando afirma que "a vida sócio-jurídica do século é constituída pela intersecção das diferentes linhas de fronteiras e o respeito de umas implica necessariamente a violação de outras"²⁰. É, em última análise, fazer prevalecer o valor Justiça em detrimento do valor Segurança Jurídica.

Ainda nessa linha de pensamento, porque importante aqui a bem da demonstração da propriedade do tema agora trabalhado, dada a necessidade de o estudioso se despir de conceitos pré-formulados – e há muito sedimentados –, transcreve-se integralmente as palavras de Osvaldo Ferreira de Melo:

As hipóteses que nos propusemos examinar pressupõem ainda o entendimento de que estamos vivendo um período de transição, o que significa a ruptura dos paradigmas da modernidade e da passagem para uma fase subsequente que, à falta do batismo que só deverá ocorrer num futuro impreciso, chamaremos precariamente de pós-modernidade, para usar de expressão genérica já corrente nos meios acadêmicos.

A modernidade, convencionou-se, é o período que nasceu do Iluminismo setecentista e que, após uma história muito rica e tumultuada, passou a desenhar-se num caleidoscópio formado por modelos específicos, cada qual formalizando seus dogmas, suas certezas, suas uniformizações, exaltar a lógica de cada um, mesmo que isto estivesse, muitas vezes, em descompasso com as reais prioridades humanas. A transição a que nos referimos não é apenas mais uma das mudanças setoriais. É a transição global de um sistema cultural complexo, de padrões

¹⁹ Veja-se, por exemplo, a posição de Luiz Guilherme Marinoni (*in Manual do Processo de Conhecimento*. 4ª. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 664).

²⁰ *Apud* MELO, Osvaldo Ferreira de. **Fundamentos da Política Jurídica**. p. 76.

civilizatórios que se foram caracterizando ao longo do tempo, eles mesmos formados por transições contínuas de sistemas particulares, como o político, o social, o econômico, o tecnológico, o jurídico e outros, para uma fase em que novos paradigmas começam a formar-se com o desprestígio de alguns valores e o privilégio de outros.

Ora, toda transição se caracteriza pela presença simultânea de elementos da fase em declínio e de outros que emergem. Da convivência conflituosa entre esses elementos, surgem, a partir de inevitáveis rupturas, as crises. Assim os fundamentos de uma teoria concebida nestes tempos devem estar marcados por conflitos e todo resultado teórico deve levar em conta a necessidade de administrá-los, a partir da consciência de que muitos conceitos do passado têm que ser reformulados para possibilitar a compreensão dos fatos novos.

(...).

A Filosofia do Direito e da Política muito breve não serão mais as mesmas. Pelos indícios que já podem ser observados, parece que elas estão finalmente refletindo prioritariamente sobre o imanente em seus objetivos universais, que é, numa expressão simples, a felicidade humana compartilhada. Isso deve oferecer outros caminhos para novas interações entre as pessoas e destas com a Natureza. “Fazer Filosofia na condição pós-moderna – ensina Warat – implica em renunciar a toda uma tradição de fixar pautas... para passar a ocupar-se das coisas que estão em circulação no mundo”. Assim, “é na praça o lugar do filósofo”, porque ali se dará “o encontro da Filosofia com a cidadania”. Tal Filosofia terá que oferecer aberturas para a regulação dos dramas contemporâneos e por isso ela terá que ser “criação permanente de novos conceitos... para fazer do acontecimento cotidiano um aforismo do pensamento e deste uma nova perspectiva de vida”²¹.

De todo modo, feita essa breve incursão sobre a teoria normativista de Hans Kelsen, seus desdobramentos, bem como suas falhas e quais implicações isso tem criado para a vida do Direito enquanto ciência humana, sigamos à análise das citadas consciência jurídica e equidade²², uma vez que ambas são institutos fundamentais quando se quer pensar em um Direito justo, efetivamente.

²¹ MELO, Osvaldo Ferreira de. **Fundamentos da Política Jurídica**. p. 18-19.

²² Equidade: “Adequação da norma geral e abstrata à realidade fática, constituindo-se em fundamento de equilíbrio, proporção, correção e moderação na construção da norma concreta. O Positivo Jurídico, comprometido com o *Jus Strictum*, ao reduzir o papel do julgador ao de simples intérprete ou aplicador da norma vigente, deixa pouca margem para a aplicação da Equidade nas decisões dos feitos. O mesmo que *Jus Aequum* e Epiquéia” (MELO, Osvaldo Ferreira de. **Dicionário de Política Jurídica**. p. 37).

2 “Novos” Paradigmas para a Atividade Jurisdicional: a Consciência Jurídica e a Equidade

Como até agora foi possível demonstrar, a teoria de Hans Kelsen, embora merecedora de elogios, sucumbe na Pós-Modernidade, à medida que uma série de novos relacionamentos humanos está surgindo e ficando verdadeiramente à margem das regras jurídicas postas, pois que as mesmas não foram capazes de lhe acobertar, fazendo cair por terra, portanto, o mito da completude do sistema legal, baseado e sustentado na lógica Kelseniana.

Isso ocorre porque, como visto,

o grau de autonomia que ganham as sociedades contemporâneas e a avançada experiência universal com as práticas democráticas e pluralistas não mais admitem a vigência de um direito positivo que seja impermeável às mudanças culturais e às conquistas sociais, ou seja, se um direito que reflita apenas o voluntarismo do legislador e do juiz²³.

Nada obstante, não é possível à autoridade judiciária, dentro da teoria da tripartição dos poderes, constitucionalmente adotada, como da lógica da motivação das decisões também estabelecida a nível constitucional, simplesmente se afastar da regra imposta conforme os ditames do processo legislativo. Necessita a autoridade judiciária, pena de afronta ao próprio sistema democrático, ao atenuar o rigor da regra, e mais ainda quando lhe afasta por completo, estar calcada em fundamentos deveras pertinentes, garantidores de um valor maior que a Segurança Jurídica²⁴. E esse valor é, justamente, a Justiça, contra a qual tudo o mais deve sucumbir e se curvar.

E é aí que a Consciência Jurídica e a Equidade se apresentam como ferramentas úteis à autoridade judiciária na busca por soluções que a regra fria e criada na solidão do Parlamento não alcança.

— Nesse ponto, aliás, a discussão também não é nova, pois que, como ressalta Osvaldo Ferreira de Melo, o embate entre Justiça e Segurança Jurídica não significa mais do que o já tão debatido dilema entre o *Jus Aequum*²⁵ e o

²³ MELO, Osvaldo Ferreira de. **Fundamentos da Política Jurídica**. p. 17.

²⁴ Segurança Jurídica: “1. Estado de garantia legal assegurado ao titular de um direito cujo exercício fica protegido. 2. Fundamento do Estado de Direito. 3. Objetivo imediato da Dogmática Jurídica” (MELO, Osvaldo Ferreira de. **Dicionário de Política Jurídica**. p. 87).

²⁵ “É o Direito comprometido com Critérios Objetivos de Justiça e a Equidade. Opõe-se a *Jus Strictum*” (MELO, Osvaldo Ferreira de. **Dicionário de Política Jurídica**. p. 56).

*Jus Strictum*²⁶, termos que adiante, a propósito, quando for o caso, serão utilizados para tratar desse paradoxo, pois que constitui exatamente o objeto maior do presente trabalho.

Necessário, aqui, sublinhe-se, abrir espaço para trazer à colação a definição de consciência jurídica dada pelo empirista Alf Ross:

A consciência jurídica, como o senso moral é uma atitude desinteressada de aprovação ou reprovação frente a uma norma social. Difere do senso moral em que, distintamente deste, não aponta a relação direta entre ser humano e ser humano, mas sim o regramento social, organizado, da vida da comunidade. A consciência jurídica se dirige à ordem social. Decide com base em atitudes em questões do tipo das seguintes: se os criminosos devem ser punidos em relação a sua culpa, se o aborto deve ser permitido, se as mulheres devem ter o mesmo status jurídico dos homens, se os trabalhadores devem ter direito de se reunirem em sindicatos, se o casamento pode ser dissolvido pelo divórcio e sob que condições, etc. Em certa medida, a consciência jurídica é determinada pelo próprio ordenamento jurídico existente e, por sua vez, exerce influência sobre este último²⁷.

Voltando ao tema, então, no que toca à atividade da autoridade judiciária, tem-se que a consciência jurídica exerce papel fundamental na construção de um Direito justo, à medida que somente quando decidir conforme o sentimento de Justiça reinante na sociedade é que o magistrado estará atendendo, plenamente, sua função de agente transformador e de responsável pelo restabelecimento da paz social.

Em apertada síntese, pois, pode-se dizer que se decidir a autoridade judiciária de acordo com o sentimento de Justiça que impera naquele momento e local do corpo social para o qual se dirige, considerando que o Direito nasceu para servir a sociedade e não o contrário, estará o magistrado garantindo a aplicação do Direito Justo, ainda que negue vigência à alguma regra positivada.

Em resumo, nenhuma afronta ao Direito enquanto realização do sentimento de Justiça estará cometendo o magistrado, mesmo porque

²⁶ "É o Direito direcionado exclusivamente para obtenção da Segurança Jurídica, mesmo em detrimento da realização da Justiça. Opõe-se ao *Jus Aequum*" (MELO, Osvaldo Ferreira de. **Dicionário de Política Jurídica**. p. 56-57).

²⁷ **Direito e Justiça**. trad. Edson Bini. Baurú: EDIPRO, 2003, p. 421.

para uma norma ser justa (e a sentença judicial é a norma individual, para o caso concreto), deverá ela corresponder aos legítimos anseios sociais; à verdade dos discursos decorrentes da análise da realidade; ser comprometida com os princípios da liberdade e da igualdade e ainda ser respaldada pela ética²⁸.

Ou seja, estando a regra positivada em desacordo com a consciência jurídica que impera em determinado meio social, e sendo o Direito expressão necessária da Justiça, não há dúvida alguma de que a autoridade judiciária, em se deparando com essa desconexão, deverá optar pela realização do justo em detrimento do *Jus Strictum*.

— E nem se invoque o *Jus Strictum*, sozinho, para proteger os institutos constitucionais do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada, eis que, como alerta Osvaldo Ferreira de Melo, esse argumento é deveras simplista, uma vez que o *Jus Strictum* “é moeda de duas faces”²⁹, merecendo ser analisado com apurada parcimônia, já que, além de visar assegurar aos cidadãos que os direitos que são reconhecidos pela ordem jurídica serão efetivamente realizados, objetiva, ainda, através análises mais políticas que jurídicas, manter a paz social como forma de se assegurar a própria manutenção do governo.

Mais: lembremos que não se pode querer impor o Direito Positivo por si mesmo, como um fim único. Ele nasceu unicamente para servir à Sociedade. Não se pode, então, querer levantar a bandeira do *Jus Strictum* sem atenção ao mundo dos vivos, eis que, como bem destaca Osvaldo Ferreira de Melo:

o objetivo de atender à segurança jurídica não poderá ser perseguido como algo bastante em si mesmo. Por mais importante que seja assegurar a ordem social e o Estado de Direito, não é possível aprisionar o Direito na forma e na abstração da norma, esta concedida *erga omnes* (relativamente a pessoas e casos) e muitas vezes para amparar tão-somente interesses dos governantes e não os dos cidadãos³⁰.

Desse modo, contemporaneamente, insista-se, é ponto pacífico que a segurança jurídica, em hipóteses em que demonstrado que a Justiça não é

²⁸ MELO, Osvaldo Ferreira de. **Jus Strictum x Jus Aequum: Um Dilema a Ser Resolvido**. Itajaí: Novos Estudos Jurídicos, ano V, n. 09, 1999, p. 09.

²⁹ MELO, Osvaldo Ferreira de. **Temas Atuais de Política do Direito**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1998, p. 38.

³⁰ FERREIRA, Osvaldo Ferreira de. **Jus Strictum x Jus Aequum: Um Dilema a Ser Resolvido**. p. 09-10.

atendida, deve ceder em favor desta, a fim de que a consciência jurídica não seja agredida, pois que, em última análise, se esta restar ferida de nada adiantará o esforço do magistrado para recompor a paz social.

Nessa seara, oportuna novamente a colocação de Alf Ross:

A consciência jurídica predominante na comunidade só pode ser levada em consideração como um fator espiritual de que depende a viabilidade prática de uma reforma jurídica.

São essencialmente aplicáveis a essa questão os comentários feitos no capítulo sobre as possibilidades da política jurídica. O legislador não pode moldar a evolução arbitrariamente; suas possibilidades estão limitadas (entre outras coisas) pela consciência jurídica predominante na comunidade. Essa restrição aos esforços dos legisladores na direção da conduta dos seres humanos deve ser levada em conta por este em seu cálculo jurídico-sociológico do efeito factual de um projeto de lei. Tal é o cerne da doutrina da escola histórica.

A consciência jurídica, segundo essa idéia, é considerada como uma circunstância factual e não como um motivo, isto é, figura entre as crenças operativas que descrevem fatos e correlações sociológico-jurídicos e não entre as premissas de atitude motivadora. Em consonância com isto, não se leva em conta a consciência jurídica em si mesma, mas sim seus efeitos, quer dizer, a conduta que ela presumivelmente condiciona.

Ainda quando uma consciência jurídica popular existente não tenha, talvez, força suficiente para frustrar uma medida legislativa proposta, pode fundar um argumento contra o projeto, pois não se deve esquecer que uma lei adotada que seja contrária à consciência jurídica popular provavelmente causará má vontade, insatisfação e atrito e isto pode ter um efeito indesejável sobre o acatamento geral à lei³¹.

Note-se que todo o tempo Consciência Jurídica e Justiça como expressão do Direito são conceitos que andam juntos, em uma caminhada inseparável mesmo, pois que impossível querer realizar esta sem atender aquela, sobretudo porque ante a ausência de critérios objetivos não há um conceito rígido de Justiça, razão por que o que guia e delimita esse sentimento é a Consciência Jurídica.

E o que acontece, como visto acima, é que a Consciência Jurídica é construída pela Sociedade, nem sempre estando ligada ao Direito Positivo. Ou seja, não

³¹ **Direito e Justiça**. p. 424.

há como querer se alcançar Justiça com base apenas neste. Na verdade, o Direito Positivo sequer é fundamental para tanto.

Veja-se, nesse norte, a lição de Maria da Graça dos Santos Dias:

A Justiça é compreendida por CALERA como uma produção cultural da sociedade. Por isso, a Justiça, como valor que referenda o Direito, que o legitima socialmente, apresenta significados que se transformam no tempo e espaço. A compreensão e o sentido da Justiça, desse modo, revelam-se como relativos, pois, nas distintas sociedades e em diferentes momentos históricos expressam-se necessidades, interesses, sentimentos e valores também diferenciados. É de fundamental importância que o ato de criação e de avaliação do Direito instituído considere essas necessidades, valores e interesses da sociedade³².

Concluindo: a Justiça como valor ou, então, o sentimento de Justiça, pode ser definido justamente como aquele que atende à consciência jurídica, dando a cada um dos indivíduos o que é seu. Como definiu o saudoso Miguel Reale, a Justiça deve ser entendida “como realização do bem comum segundo a proporção exigida pelos valores da pessoa e pela conservação e o desenvolvimento da cultura (...)”³³.

E assim também está disposta a Justiça para Osvaldo Ferreira de Melo, pois que afirma o professor que esta deve ser entendida como “valor que a consciência jurídica da sociedade atribui à norma posta ou à norma proposta pois, afinal, todo valor designa o grau de aptidão de um objeto para satisfazer necessidades”³⁴.

Tanto é assim, que quando Osvaldo Ferreira de Melo formula quatro concepções que melhor destrincham o conceito de Justiça, deixa claro o professor que

a Justiça como resultado da relação entre as legítimas aspirações da sociedade e a resposta a isso que lhes dá a norma jurídica: se faltar adequação nessa relação, o sentimento resultante da sociedade será de que a norma é injusta” e que a norma cujo sentido não corresponda à

³² DIAS, Maria da Graça Santos. **A Justiça e o Imaginário Social**. p. 5.

³³ **Fundamentos do Direito**. 3ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 311.

³⁴ MELO, Osvaldo Ferreira de. **Fundamentos da Política Jurídica**. p. 108.

verdade cientificamente demonstrada e aceita e recepcionada pela sociedade, será tida como norma injusta³⁵.

E na seqüência dessa incessante luta pela realização do Direito como expressão da Justiça é que ganha importância o instituto da equidade, uma vez que, já conceitualmente, funciona justamente como ferramenta para ajustar a lei fria ao mundo dos fatos vivos, o mundo no qual se desenvolve a sociedade.

Cabe, portanto, à autoridade judiciária, a fim de garantir um Direito Justo, captar os valores que se desenvolvem no seio da sociedade e que são expressão da Consciência Jurídica e os cotejar com o Direito positivo, chegando a um produto que atenda o valor Justiça, fazendo uso, se necessário, justamente da correção fornecida pela proporcionalidade da epiquéia, pois que, como já destacado por Carlos Maximiliano, “fora da equidade há somente o rigor do Direito, o Direito duro, excessivo maldoso, a fórmula estreitíssima, a mais alta cruz. A equidade é o Direito benigno, moderado, a justiça natural, a razão humana (isto é, inclinada à benevolência)³⁶.

Essa faceta da epiquéia, diga-se, exsurge do seu próprio conceito, colocado que está à disposição para fornecer Justiça. Veja-se o significado de Aurélio Buarque de Holanda para equidade (o *Jus Aequum*):

equidade. [Do lat. *aequitate*] S. f. 1. Disposição de reconhecer igualmente o direito de cada um. 2. Conjunto de princípios imutáveis de justiça que induzem o juiz a um critério de moderação e de igualdade, ainda que em detrimento do direito objetivo. 3. Sentimento de justiça avesso a um critério de julgamento ou tratamento rigoroso e estritamente legal. 4. Igualdade, retidão, equanimidade³⁷.

Também no dizer de Carlos Maximiliano, “Desempenha a Equidade o duplo papel de suprir as lacunas dos repositórios de normas, e auxiliar a obter o sentido e alcance das disposições legais. Serve, portanto, à Hermenêutica e à Aplicação do Direito”³⁸.

³⁵ MELO, Osvaldo Ferreira de. **Fundamentos da Política Jurídica**. p. 108-109.

³⁶ **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. p. 172.

³⁷ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Editora Nova Fronteira, 1975, pág. 544.

³⁸ MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 10ª. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1988, p. 172.

E no mesmo sentido está a lição de Aristóteles em "Ética a Nicômaco", quando o filósofo afirma que

o eqüitativo, embora seja melhor que uma simples espécie de justiça, é em si mesmo justo, e não é por ser especificamente diferente da justiça que ele é melhor do que o justo. A justiça e a eqüidade são portanto a mesma coisa, embora a eqüidade seja melhor. O que cria o problema é o fato de o eqüitativo ser justo, mas não o justo segundo a lei, e sim um corretivo da justiça legal. A razão é que toda lei é de ordem geral, mas não é possível fazer uma afirmação universal que seja correta em relação a certos casos particulares. Nestes casos, então, em que é necessário estabelecer regras gerais, mas não é possível fazê-lo completamente, a lei leva em consideração a maioria dos casos, embora não ignore a possibilidade de falha decorrente desta circunstância. E nem por isto a lei é menos correta, pois a falha não é da lei nem do legislador, e sim da natureza do caso particular, pois a natureza da conduta é essencialmente irregular. Quando a lei estabelece uma regra geral, e aparece em sua aplicação um caso não previsto por esta regra, então é correto, onde o legislador é omissor e falhou por excesso de simplificação, suprir a omissão, dizendo o que o próprio legislador diria se estivesse presente, e o que teria incluído em sua lei se houvesse previsto o caso em questão. Por isso o eqüitativo é justo, e melhor que uma simples espécie de justiça, embora não seja melhor que a justiça irrestrita (mas é melhor que o erro oriundo da natureza irrestrita de seus ditames). Então o eqüitativo é, por sua natureza, uma correção da lei onde esta é omissa devido à sua generalidade. De fato, a lei não prevê todas as situações porque é impossível estabelecer uma lei a propósito de algumas delas, de tal forma que às vezes se torna necessário recorrer a um decreto. Com efeito, quando uma situação é indefinida a regra também tem de ser indefinida, como acontece com a régua de chumbo usada pelos construtores em Lesbos; a régua se adapta à forma da pedra e não é rígida, e o decreto se adapta aos fatos de maneira idêntica³⁹.

Destarte, como já bastante debatido, o que ocorre é que o Direito, criado pelo Poder Legiferante, não pode atender todas as situações criadas no seio da sociedade e, igualmente, não consegue acompanhar a evolução também dos valores reinantes nela. Então, para fazer frente a essa desconexão entre ordenamento jurídico e realidade social entra em campo também a eqüidade, visando justamente moldar as regras positivadas segundo a consciência jurídica vigente. É que, como destaca Aristóteles, atua a eqüidade em

39 ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. in Coleção Os Pensadores, vol. 3, São Paulo: Editora Nova Cultural, 1996, p. 212-213.

"mitigação da lei escrita por circunstâncias que ocorrem em relação às pessoas, às coisas, ao lugar ou aos tempos"⁴⁰, ou, ainda, como diz o jurista holandês Hugo Grócio, como "uma virtude corretiva do silêncio da lei por causa da generalidade das suas palavras"⁴¹.

E isso se dá, da mesma forma, pelo agora já conhecido descompasso entre o Direito Positivo e a Justiça, conceitos que ao leitor menos atento até então pareciam sinônimos perfeitos. Válidas novamente, aliás, nesse particular, as palavras de Maria da Graça dos Santos Dias:

O Direito para ser efetivamente justo, democrático, ético, supõe uma atitude de presença, de atenção, de cuidado com a vida (da natureza, do homem e da sociedade). Necessita compreender os desafios próprios da vida cotidiana, perscrutando o imaginário social para aí identificar as carências, sonhos, utopias, desejos, esperanças e desesperanças que portam as pessoas, as comunidades e a sociedade como um todo⁴².

De todo modo, o que se pode perceber quando expostos os novos paradigmas da Pós-Modernidade na construção um Direito Justo, quais sejam, a Consciência Jurídica e a equidade, é que ambas são imprescindíveis à realização da Justiça. Verdadeiramente, o que isso implica,

Em termos práticos, (...) (é) que deve haver contínua preocupação com o fundamento da norma, pois esta deve ser justificada, sempre. Significa também que é muito importante para caracterizar a validade material da norma, o conhecimento das fontes não convencionais do Direito, tais como os movimentos sociais e suas conseqüentes representações jurídicas que devem ser captadas pela sensibilidade do legislador e do juiz⁴³.

Enfim, é possível extrair diante disso tudo que, realmente, não há mais lugar na sociedade contemporânea para o outrora festejado Normativismo Jurídico absoluto porque, ao contrário do que queria Kelsen, restou demonstrado ser equivocada a concepção positivista baseada na perenidade dos Códigos e na fantasia da completude do sistema dogmático, uma vez que a Sociedade é organismo vivo e a Justiça representação da sua Consciência Jurídica, variável, pois, no espaço e no tempo.

⁴⁰ *Apud* MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. p. 172.

⁴¹ *Apud* MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. p. 172.

⁴² DIAS, Maria da Graça Santos. **A Justiça e o Imaginário Social**. p. 234.

⁴³ MELO, Osvaldo Ferreira de. **Fundamentos da Política Jurídica**. p. 49.

E, em sendo assim, à autoridade judiciária comprometida não somente com a regularidade dos textos legais, com a imposição de regras, mas disposta realmente a realizar o Direito Justo, cabe atentar às diretrizes que a Pós-Modernidade vem expondo para, com isso, decidir conforme os anseios da Sociedade, conforme os fenômenos que se passam ali, no cotidiano, ao nosso lado mesmo, e que sustentam a razão de ser um sistema jurídico enquanto ferramenta para desenvolvimento humano.

Pertinente, aqui, a observação de Michel Maffesoli:

Convém, portanto, restituir às diversas expressões desse senso comum seus foros de nobreza, e assumi-las intelectualmente. É isso o interesse de uma razão sensível que, sem negar fidelidade às exigências de rigor próprias ao espírito, não esquece que deve ficar enraizada naquilo que lhe serve de substrato, e que lhe dá, afinal de contas, toda a sua legitimidade. Sem pretender fazer paradoxo a qualquer preço, tal sensibilidade é bem expressa naquilo que pode ser denominado um empirismo especulativo que se mantenha o mais próximo possível da concretude dos fenômenos sociais, tomando-os pelo que são em si próprios, sem pretender fazer com que entrem num molde preestabelecido, ou providenciar para que correspondam a um sistema teórico construído⁴⁴.

É certo que mudanças sempre são causas de inquietações e geradoras de sentimentos de receio para com o até então desconhecido. Mas cabe à autoridade judiciária, chefe-de-obras da construção de uma Sociedade melhor, romper essas barreiras e encaminhar o Direito à fase que segue o racionalismo gelado da Modernidade. Esse verdadeiro corte epistemológico que os novos tempos impõem é bem retratado novamente, a propósito, pelo já citado sociólogo francês:

É cômodo, e cada vez mais freqüente, entrincheirar-se por trás de uma técnica ou método que são tanto mais rigorosos quanto sejam, *stricto sensu*, totalmente desencarnados. Tenhamos em mente aquele apólogo sobre o filósofo que tem as mãos muito puras, principalmente porque não possui mãos. Da mesma forma, é cômodo aplicar, mecanicamente, teorias, uma vez que se tenha decretado o que deve ser a sociedade, ou aquilo que é bom para os indivíduos. Tanto mais que, no quadro abstrato desses processos abstratos, a realidade é, em geral, reduzida a esse ou aquele de seus elementos, seja o econômico, o cultural, o religioso ou o político. Tal recorte, que foi, certamente, dos mais

⁴⁴ MAFFESOLI, Michel. **Elogio da Razão Sensível**. trad. Albert Christophe M. S. Petrópolis: Vozes, 1998, p. 162.

proveitosos por ocasião da modernidade, e que produziu os efeitos que conhecemos, não tem mais muito sentido a partir do momento em que se atenta para a complexidade do mundo natural e social⁴⁵.

Em arremate de pensamento, o que é necessário deixar registrado é que a Pós-Modernidade já é fenômeno corrente. E tal como em outras épocas, ela impõe uma verdadeira quebra de conceitos até então tidos como “verdades”, mas que, agora, já estão mais do que relativizados. Assim, embora aqui tenha optado por tratar da Consciência Jurídica e da Equidade como “novos paradigmas para a atividade jurisdicional contemporânea”, é certo que ambas não constituem mais do que uma pequena face desse novo momento da história que está por vir. Um novo momento no qual os ditos direitos de solidariedade, sobretudo, deverão sair das Cartas Constitucionais como meras regras programáticas e passar, efetivamente, a regular o meio social em função do qual a própria Ciência Jurídica existe. É um novo tempo no qual os homens haverão de refletir e chegar à conclusão de que o amor e o respeito do homem pelo homem, notadamente, reflete toda a existência humana. E à autoridade judiciária, portanto, cabe atenção a esses novos conceitos e paradigmas que se formam após o racionalismo gelado da Modernidade, sob pena de “deixar a caravana passar” e ficar assistindo tudo do lado de fora, posição que destoaria, em absoluto, da figura do juiz como agente principal na construção de uma Sociedade melhor.

A propósito, já nos idos de 1950 essa a lição de Carlos Maximiliano, quando o doutrinador tratava das “Amplas Atribuições do Juiz Moderno”. Veja-se:

A praxe, o ensino e a ciência não se limitam a procurar o sentido de uma regra e a aplicá-la ao fato provado; mas também, e principalmente, se esmeram em ampliar o pensamento contido em a norma legal à medida das necessidades da vida prática. Além do significado de uma frase jurídica, inquirem também do alcance da mesma.

(...).

Não pode um povo imobilizar-se dentro de uma fórmula hierática por ele próprio promulgada; ela indicará de modo geral o caminho, a senda, a diretriz; valerá como um guia, jamais como um laço que prenda, um grilhão que encadeie. Dilata-se a regra severa, com imprimir elasticidade relativa por meio de interpretação.

⁴⁵ MAFFESOLI, Michel. **Elogio da Razão Sensível**. p. 167.

Os juízes oriundos do povo, devem ficar ao lado dele, e ter inteligência e coração atentos aos seus interesses e necessidades. A atividade dos pretórios não é meramente intelectual e abstrata; deve ter um cunho prático e humano; revelar a existência de bons sentimentos, tato, conhecimento exato das realidades duras da vida⁴⁶.

E com a autoridade de sempre, esse é, igualmente, o ensinamento de Osvaldo Ferreira de Melo, que apenas em um parágrafo resume a atuação da autoridade judiciária diante dos novos paradigmas da Pós-Modernidade, e com cuja transcrição se encerra este trabalho, restando a esperança da contribuição, ainda de que forma diminuta, para os atributos que não de ser absorvidos pelos condutores da atividade jurisdicional nesses novos tempos:

O Juiz exercerá um papel político-jurídico quando, sem pôr em risco o Estado de Direito, corrigir os excessos de abstração da norma, adaptando seu preceito à realidade dos fatos, para criar a norma concreta. E um instrumento que estará à disposição daquele que é julgador do conflito e aplicador do Direito será a Epiqueia (Equidade), na formulação oriunda do excelso pensamento helênico tão bem representado por Aristóteles, quando a definiu como fundamento de equilíbrio, de proporção, de correção e de moderação⁴⁷.

Considerações Finais

A insuficiência da teoria Kelseniana salta aos olhos porque, como visto, constituiu equívoco de Hans Kelsen a crença na completude dos sistemas dogmáticos e na perenidade dos Códigos.

Essa anemia causadora de vazios de legalidade e de crises de legitimidade fica evidente, sobretudo, na nascente Pós-Modernidade, considerando principalmente o fato de que, agora, a velocidade e a diversidade das relações sociais desenvolvidas no mundo globalizado é marco dantes nunca visto na história humana.

Verdadeiro embate nasce então à atividade jurisdicional que fica frente a frente com o seguinte dilema: em não podendo se abster de julgar, haverá de prevalecer o que está escrito nos pergaminhos legais, as regras jurídicas, ou, então, atentar-se-á o julgador para o sentimento de Justiça que, já à primeira vista, é imanente à expressão Direito? Optará a autoridade judiciária, então, como coloca Osvaldo Ferreira de Melo, pelo *Jus Aequum* ou pelo *Jus Strictum*?

⁴⁶ **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. p. 60.

⁴⁷ **Jus Strictum x Jus Aequum**: Um Dilema a Ser Resolvido. p.10.

Pois bem. Diante da preponderância do valor Justiça, fundamento único da existência do próprio sistema jurídico, certo é que o *Jus Strictum* não pode ser relegado totalmente à bem, exclusivamente, da realização de direitos. Contudo, não se pode, igualmente, em todas as oportunidades que se apresentem, impor o Direito Positivo como se fosse um fim em si mesmo, querendo que os Códigos frios e abstratos resolvam todas as questões que lhe são postas, justamente quando visto que eles não compreendem essas relações factuais porque o normativismo não permitiu fossem atingidos pelo sopro das evoluções sociais.

Assim, ante a insuficiência normativa que até então conduzia, sozinha, a atividade jurisdicional, o que se revela na Pós-Modernidade é a necessidade de a autoridade judiciária demonstrar sensibilidade para captar os fenômenos sociais que se passam à sua volta e, assim, julgar os casos que lhe são postos com a aplicação do direito de forma humana, ética, pautado pelos valores da sociedade em tela, visando com isso atender à Consciência Jurídica.

— Se não for assim, a tarefa precípua do magistrado em tentar recompor a paz social e fazer Justiça se transformará em verdadeiro “trabalho de Sísifo”⁴⁸.

E nem se diga que com esse proceder haverá julgamento *contra legem*, uma vez que o *Jus Aequum* em nada agride o ordenamento jurídico, à medida que constitui apenas expressão da Justiça de uma Sociedade e apenas reza que o Direito Positivo tem de ser aplicado juntamente com os fatores nascidos no meio social e que se passam ao lado dos Códigos, devendo esse sentimento do justo enquanto produto social balizar, portanto, a aplicação dos Pergaminhos legais.

Pensar diferente é querer crer, repita-se, que a Sociedade nasceu para servir o Direito e não o contrário. Ou seja, é se manifestar pelo julgamento formal em detrimento do julgamento material. É colocar o valor Justiça em um plano secundário, lugar que, nem de longe, pode estar.

E nessa trama da vida humana é que a equidade exsurge como ferramenta a somar na realização de um Direito Justo. E assim se apresenta porque traduz a idéia de proporção, de razoável, corrigindo distorções da norma legal, fria, criada na solidão do Parlamento, longe do pulsar da Sociedade.

⁴⁸ Na Mitologia Grega, Sísifo era de rei de Corinto, na antiga Grécia, tendo governado com extremo despotismo e ganância. Quando desceu para o Reino das Sombras (o Inferno na cultura Cristã), foi condenado por Zeus, deus supremo, a empurrar uma enorme pedra até o cume de uma montanha. Lá chegando, a rocha sempre despencava até a base da montanha e Sísifo deveria levá-la novamente para o alto, num esforço que nunca teria fim.

Cabe registrar, ainda, que, como demonstrado, esses novos paradigmas não impõem tão-somente uma tarefa interpretativa calcada na hermenêutica jurídica. Como adverte Osvaldo Ferreira de Melo⁴⁹, isso é um começo, foi uma saída encontrada pelo julgador para fazer frente à constatada insuficiência do normativismo, como se pode ver inclusive na vida prática dos Tribunais. Mas agora é preciso ir mais longe. É preciso se despir de conceitos há muito estabelecidos e que não mais refletem os anseios de uma sociedade que adentra à Pós-Modernidade. É imprescindível adotar novos paradigmas para enfrentar novos tempos. Cada arma para sua época, diria o guerreiro.

É, enfim, um novo pensar acerca do Direito. É a compreensão de que o Direito deve ser justo, efetivamente, preocupado com a vida. Um Direito atento às transformações sociais que nascem, crescem e morrem no seio da sociedade. Um Direito, enfim, preocupado, igualmente, em realizar sua função social de restabelecer a paz social a bem do crescimento humano do homem enquanto pessoa humana e não, unicamente, em encerrar um julgamento com base em solução que não atenda o valor Justiça vigente na consciência jurídica reinante.

Mais uma vez, nesse particular, como colocação final do presente trabalho, pertinente trazer as palavras do sociólogo francês Michel Maffesoli como um verdadeiro alento às dificuldades dos novos tempos, eis que esse estudioso é um dos mais atentos aos novos rumos que a Pós-Modernidade trará à Sociedade. Vejam-se:

É para dar conta disso que o intelectual deve saber encontrar um *modus operandi* que permita passar do domínio da abstração ao da imaginação e do sentimento ou, melhor ainda, de aliar o inteligível ao sensível. Retornando uma temática já longamente desenvolvida por mim, saber unir o 'formismo', estabelecimento de grandes quadros de análise, e a descrição empática das situações concretas dadas. Assim fazendo, à imagem do poeta, ele se torna capaz de evocar aquelas idéias mobilizadoras, aqueles 'mitos encarnados' em ação na estruturação social. Haveremos, então, de encontrar aquela 'fruição pensante', ou, ainda, o que Goethe, no Fausto, denomina 'fruição acompanhada de consciência (*Genuss mit Bewusstsein*) própria a exprimir a fruição da vida em suas diversas modulações. Essa função cognitiva ligada ao prazer estético é, certamente, superior à abstração do saber conceptual que, em última análise, é coisa recente, e cuja modernidade constituiu o fundamento de todo conhecimento. Sabendo integrar, de um ponto de

⁴⁹ MELO, Osvaldo Ferreira de. **Fundamentos da Política Jurídica**. p. 105.

vista epistemológico, a experiência sensível contemporânea que é a marca da vida cotidiana, a progressão intelectual poderá, assim, reencontrar a interação da sensibilidade e da espiritualidade, própria, por exemplo, ao barroco, e assim alcançar, através da aparência, a profundidade das maneiras de ser e dos modos de vida pós-modernos que, de múltiplas maneiras, põem em jogo estados emocionais e ‘apetites’ passionais que repousam, largamente, sobre a iluminação pelos sentidos⁵⁰.

Referência das Fontes Citadas

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. In Coleção Os Pensadores, vol. 3, São Paulo: Editora Nova Cultural, 1996.

DIAS, Maria da Graça dos Santos. **A Justiça e o Imaginário Social**. Tese apresentada ao Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina como requisito à obtenção do título de doutora em Direito. Florianópolis: 2000.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Editora Nova Fronteira, 1975.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Manual do Processo de Conhecimento**. 4ª. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 10ª. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1988.

MAFFESOLI, Michel. **Elogio da Razão Sensível**. trad. Albert Christophe M. S. Petrópolis: Vozes, 1998,

MELO, Osvaldo Ferreira de. **Fundamentos da Política Jurídica**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1994.

_____. **Jus Strictum x Jus Aequum: Um Dilema a Ser Resolvido**. Itajaí: Novos Estudos Jurídicos, ano V, n. 09, 1999.

_____. **Temas Atuais de Política do Direito**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1998.

_____. **Dicionário de Política Jurídica**. Florianópolis: OAB-SC, 2000.

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

ROSS, Alf. **Direito e Justiça**. trad. Edson Bini. Baurú: EDIPRO, 2003.

⁵⁰ **Elogio da Razão Sensível**. p. 196-197.