

# OS NOVOS PARADIGMAS DO DIREITO E O PODER TRANSFORMADOR DA JURISDIÇÃO

Emília Simeão Albino Sako \*

**SUMÁRIO:** 1. Introdução. 2. O direito positivo. 3. A argumentação jurídica. 4. Teorias da argumentação jurídica. 5. Conceitos vagos, indeterminados ou cláusulas gerais. 6. Judicialização política da vida social. 7. O juiz cria o direito? 8. A decisão judicial é discricionária? 9. A crise da capacidade reguladora do direito positivo. 10. As teorias autopoiética, estrutural funcional e sistêmica. 11. Interpretação criativa do direito. 12. Conclusão. 13. Bibliografia.

**SUMMARY:** 1. Introduction. 2. Positive law. 3. The juridical argumentation. 4. Theories on juridical argumentation. 5. Vague, undetermined concepts or general clauses. 6. The political judicialization of social life. 7. Does the judge create law? 8. Is the judicial decision discretionary? 9. The crisis in the regulating capacity of positive law. 10. Auto-poietic, structural, functional, and systemic theories. 11. The creative interpretation of law. 12. Conclusion. 13. Bibliography.

**SUMARIO:** 1. Introducción. 2. El Derecho Positivo. 3. La argumentación jurídica. 4. Teorías de la argumentación jurídica. 5. Conceptos vagos, indeterminados o cláusulas generales. 6. Judicialización política de la vida social. 7. El juez crea el derecho? 8. La decisión judicial es discrecional? 9. La crisis de la capacidad reguladora del derecho positivo. 10. Las teorías autopoiética, estructural funcional y sistémica. 11. Interpretación creativa del derecho. 12. Conclusión. 13. Bibliografía.

\* Mestranda em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina. Professora de Legislação Tributária e Trabalhista da Faculdade Metropolitana Londrinense.

**RESUMO:** *O domínio da informação e os avanços da ciência e da tecnologia implicaram transformações sociais e ensejaram uma das maiores crises da capacidade reguladora do direito. Na pós-modernidade, o direito positivo depara-se com um contexto social marcado pela miséria, insatisfação, insegurança e exclusão, mazelas causadas principalmente pelas práticas econômicas desumanas, centradas na idéia de lucro, e pelas pesquisas, realizadas em seres humanos vulneráveis, em animais e vegetais. Os novos rumos da economia, política, ciência e tecnologia exigem do intérprete, principalmente do juiz, um novo modo de pensar e aplicar o direito. O juiz tem de suprir as faltas e imperfeições do direito positivo e, na solução dos casos problemáticos, muitas vezes, tem de ir além de sua genética tradicional, ou seja, além do direito tradicionalmente criado pelo Estado. Quando o direito positivo não apresentar pelo menos uma resposta ao problema, o juiz terá de recorrer ao sistema jurídico, amoldando os fatos ao direito ou o direito aos fatos para que a solução se apresente.*

**ABSTRACT:** *The domain of information and technology implied social transformations and caused one of the major crisis of Law's regulating capacity. In cross-modernity, Positive Law faces a social context marked by misery, dissatisfaction, insecurity, and exclusion, problems caused mostly by inhumane economic practices, centered in the idea of profit and, by means of research, carried out in vulnerable human beings, animals, and vegetables. The new courses of economy, politics, science, and technology demand a new way of thinking and of applying Law. The judge has to fill the gaps and imperfections of Positive Law and, in the solution of troublesome cases, often times he/she will have to go beyond its traditional genetics, that is, beyond the right traditionally created by the State. When Positive Law does not present at least one answer to the problem, the judge will have to make use of the legal system, to mould the facts to the Law or the Law to the facts so that a solution is provided.*

**RESUMEN:** *El dominio de la información y los avances de la ciencia y de la tecnología han implicado transformaciones sociales y provocado una de las mayores crisis de la capacidad reguladora del derecho. En la postmodernidad el derecho positivo se enfrenta con un contexto social marcado por la miseria, insatisfacción, inseguridad y exclusión, males causados principalmente por las prácticas económicas inhumanas, centradas en la idea del lucro y por las investigaciones realizadas en seres humanos vulnerables, en animales y vegetales. Los nuevos rumbos de la economía, política, ciencia y tecnología exigen que el intérprete tenga un nuevo modo de pensar y de aplicar el derecho. Tiene que suplir las faltas e imperfecciones del derecho positivo y, para solucionar los casos problemáticos, muchas veces tiene que ir más allá de su proceder tradicional, o sea, más allá del derecho tradicionalmente creado por el Estado. Cuando el derecho positivo no presenta por lo menos una respuesta para el problema, el juez tendrá que recurrir al sistema jurídico, amoldando los hechos al derecho o el derecho a los hechos, para que sea posible encontrar una solución.*

**PALAVRAS-CHAVES:** *Direito. Sistema jurídico. Jurisdição. Juiz. Mutações.*

**KEY-WORDS:** *Law. Legal system. Jurisdiction. Judge. Mutations.*

**PALABRAS-LLAVES:** *Derecho. Sistema jurídico. Jurisdicción. Juez. Mutaciones.*

## **1. Introdução**

Os avanços da ciência e da tecnologia implicaram transformações sociais e ensejaram uma das maiores crises da capacidade reguladora do direito. A globalização, o monopólio do poder econômico, dos meios de comunicação e das pesquisas têm servido como instrumento de dominação, geram e acentuam conflitos sociais, políticos, econômicos etc. O homem a cada dia é mais explorado pelo sistema global, passa a conviver com o volátil, o descartável, é submetido a práticas éticas, imo-

rais e desumanas. A realidade atual é de acumulação de bens materiais, de desemprego em massa, de perda de referenciais e dos valores concebidos pela Revolução Francesa. A democracia, o Estado e o Direito passam por uma profunda e prolongada crise de fundamentos, gerando sentimento de exaustão do pensamento filosófico tradicional, de angústia, de fim da história. O direito positivo e as doutrinas neoliberais não apontam solução para os grandes problemas sociais, não conseguem respostas à profunda crise de valores que se instalou em todas as dimensões do saber. Novas descobertas, como o projeto genoma, a reprodução assistida e a clonagem suscitam discussões éticas e morais. A formação de banco de órgãos, o comércio de estruturas humanas, os efeitos dos agrotóxicos no organismo humano e no meio ambiente, a exploração econômica etc., são alguns exemplos de questões que não foram ainda reguladas pelo direito positivo, embora condenadas pela ética e pela moral. Essas questões, quando chegam aos tribunais, não permitem prever qual será a solução que o juiz dará ao caso concreto, colocando em discussão princípios fundantes da ordem jurídica, tais como segurança jurídica, legalidade, liberdade e justiça. Qual deve prevalecer?

## ***2. O direito positivo***

O positivismo jurídico foi concebido no século XIX, época em que não existiam tantos e tão diversificados conflitos de interesses como na atualidade. O soberano delegava aos funcionários a função de administrar e julgar, que era exercida segundo os propósitos do próprio soberano. Na tentativa de conter a arbitrariedade do governante a sociedade e o Estado buscaram, por meio de normas rígidas, estabelecer uma segurança jurídica absoluta, com o objetivo de dotar de univocidade todas as decisões judiciais, impondo rigorosas proibições de interpretar e comentar a lei. Os positivistas estruturaram o direito de maneira lógica e racional e, agir contrariamente a ele implicava punição. Defendem que nenhum direito há além da ordem jurídica criada pelo Estado e, portanto, a argumentação jurídica é dispensável. Julgar significa aplicar a lei. Essa doutrina ainda hoje é questionada. A adoção da razão pura permite a formação de reiteradas decisões judiciais fundadas em conceitos legais, garantindo a segurança jurídica, já que é possível prever como a autoridade irá decidir. Porém, quando se aplica os conceitos jurídicos de

maneira racional e lógica, sem atentar para os conflitos de leis e às circunstâncias particulares de cada caso concreto, as soluções podem ser trágicas, como mostrou a experiência alemã do Governo do III Reich. Após as atrocidades praticadas pelo criminoso Estado nacional-socialista alemão, legitimadas pela ordem jurídica vigente na sociedade, ninguém mais ousou afirmar que lei é lei e que o juiz deve, em qualquer caso, conformar-se a ela. Nas últimas décadas as concepções do raciocínio judiciário passaram por profundas transformações apresentando-se como reação ao positivismo, e outros elementos passaram a orientar o direito na busca pela justiça. A sociedade percebe que é absolutamente impraticável a estrita vinculação à lei.

### *3. A argumentação jurídica*

A argumentação jurídica é um autêntico instrumento de interpretação, produção e aplicação da norma jurídica nas diversas esferas institucionais, e tem a função de sistematizar e harmonizar o ordenamento jurídico. Argumentar juridicamente significa construir argumentos e manejá-los com habilidade, o que requer prévia assimilação de conceitos básicos de argumentação jurídica e uma certa noção de argumento dedutivo. O filósofo Chaïm Perelman, com a colaboração de Olbrechts-Tyteca, elaborou um tratado da argumentação onde pretendeu, por meio do discurso, obter uma ação eficaz sobre os espíritos a partir dos conhecimentos utilizados pela lógica formal. Utilizando os meios de prova empregados pelas ciências humanas – direito e filosofia –, procurou encontrar o sentido da interpretação das normas. Distinguiu as diferenças de critérios e argumentos empregados pelo juiz e pelo legislador: o juiz interpreta a lei para resolver os casos concretos, estabelece limites e prioridades, fixa indenizações, absolve ou condena; o legislador interpreta os fatos sociais, se ocupa de casos puramente abstratos e, a partir deles, cria a norma jurídica que irá regê-los.

As teorias da argumentação jurídica tentam encontrar um ideal de universalidade, numa dimensão que se traduz na pretensão de correção das decisões judiciais. A moral popular considera direito ideal aquele que fornece para cada pergunta uma só resposta, ou seja, para cada conflito de interesse, uma só solução. Mas, diante de um caso difícil, complexo ou de grande indagação, como identificar o direito e, como saber se aquele

que pede algo realmente tem razão? Quais são os critérios para identificar o direito de uma pessoa? Muitas fórmulas foram propostas, todas apresentam dificuldades, muitas falharam. A combinação de critérios ou métodos também não tem apresentado resultados satisfatórios, já que não permite saber quando a lista de critérios está completa. A certeza de correção das respostas somente seria possível se houvesse uma unidade de critérios, organizados de maneira hierárquica e sem contradição. Porém, de início, surge a seguinte questão: o que é organizar algo? Toda organização pressupõe uma classificação a partir de conhecimentos implícitos ou explícitos e um objeto para distingui-lo, capaz de gerar uma classe. Conforme observaram os biólogos Humberto Maturana e Francisco Varela, organizar objetos para formar algo, como por exemplo, uma mesa, não é tarefa complexa, mas descrever com exatidão todos os critérios que levaram a formá-la, de modo explícito, relacionar as relações entre as ações e suas conseqüências, é extremamente difícil. Na prática jurídica a complexidade não diminui. Desvendar a organização de conceitos, como “boas ações”, “interesse público”, “decisão justa”, é impraticável e até mesmo inviável, a menos que se tenha uma imensa base cultural compartilhada de idéias e conhecimentos e, ainda assim, nada poderia garantir que a conclusão tida como única correta seria universalmente aceita. Portanto, a argumentação jurídica não é capaz de possibilitar respostas únicas, muitos menos, que possam ser consideradas corretas. A contextualização da argumentação em duas perspectivas - contexto de descoberta e de justificação - torna complexa a atividade do intérprete. No contexto de descoberta revela-se como ciência que explica o processo de tomada de decisões pelo uso de argumentos: reúne os valores informação e impressão inicial, acumula as unidades de prova, avalia, valoriza os fatos segundo uma escala específica utilizada no desenvolvimento do raciocínio, atribui um peso para cada informação, que depois de sopesada, é integrada na decisão. No contexto da justificação, após encontrar a norma aplicável ao caso, escolhe-se um sentido dentre tantos que lhe são oferecidos pela interpretação. Assim, a aplicação de uma norma à situação de fato exige pelo menos três operações: busca do significado da norma, análise do fato concreto, e verificação do encaixe do fato à norma, o que evidencia a complexidade da tomada de decisão.

#### 4. Teorias da argumentação jurídica

A pretensão de racionalidade das decisões judiciais inspirou filósofos e jusfilósofos do direito a elaborarem teorias com o objetivo de atingir o ideal de correção. A primeira tentativa foi empreendida pela lógica, por meio dos raciocínios analíticos e dialéticos concebidos por Aristóteles. Logo constatou-se, porém, que os casos práticos nem sempre podiam ser resolvidos com o auxílio da lógica tradicional. A lógica não conseguia apresentar solução aos novos e complexos problemas da vida e, a partir dessa percepção, diferentes propostas foram apresentadas na tentativa de obter decisões judiciais dotadas de racionalidade. Teodor Vihweg propõe o recurso aos tópicos jurídicos – os *topoi* –, que permitem a construção de argumentos que solucionam as controvérsias, e em consequência, propiciam decisões ponderadas e satisfatórias. Jürgen Habermas aponta uma solução discursiva para o direito, onde todos os afetados por uma norma jurídica podem discuti-la. A atividade do juiz é uma atividade de discurso pela qual reconstrói uma situação por meio das provas e argumentos e, como os fatos não são independentes das normas jurídicas, porque delas dependem, é possível uma decisão coerente e satisfatória, por meio do discurso. Robert Alexy transportou as concepções do discurso prático geral, de Jürgen Habermas, para a prática jurídica. Reconstruiu a lógica do argumento jurídico segundo o modelo do discurso de fundamentação, e extraiu a tese de que a argumentação jurídica é um caso especial do discurso prático racional. Em oposição à busca de paradigmas de certeza dos enunciados, Chaïm Perelman desenvolveu a retórica da discussão ou do caso prático. Adotou como ponto de partida a situação problemática para desenvolver um raciocínio argumentativo segundo as concepções de retórica de Aristóteles, fundada nos silogismos. Construiu afirmações de verossimilhança e fundamentou suas idéias num sistema aberto onde os critérios para alcançar uma decisão correta são ilimitados: lei, natureza das coisas, equidade, vontade do legislador, segurança jurídica etc. Ronald Dworkin elaborou a teoria funcional do Juiz Hércules, e concebeu o direito como integridade. Afirma que na solução dos casos concretos, principalmente, nos *hard cases*, quando a ordem jurídica não apresentar uma solução, o juiz deve reconstruir o direito a partir dos princípios. Herbert Hart propõe padrões da lógica analítica para auxiliar a interpretação. Defende que quando o juiz se deparar com lacunas na lei, deve criar o direito que irá aplicar ao caso concreto.

A argumentação jurídica apresenta técnicas de raciocínio com função de sistematizar e harmonizar o ordenamento jurídico. Mas, como as técnicas gerais de argumentação jurídica têm de ser aliadas à atividade intelectual particular do intérprete, do processo de interpretação pode resultar conclusões iguais, diferentes, ou até opostas, embora o intérprete tenha partido de um mesmo ponto. Isso lembra o “dilema de Münchhausen”, citado por Manuel Atienza: ao pretender fundamentar uma proposição por meio de outra proposição, o homem se vê próximo a um retorno ao infinito. Nesse caso, é necessário renunciar a fundamentar e a fundamentação é substituída por uma decisão, caso contrário, se torna circular: os fundamentos últimos dão origem a fundamentos derivados e assim sucessivamente.

A pesquisa científica revela que o ideal de racionalidade das decisões judiciais buscada pelas teorias argumentativas é uma pretensão utópica. Nenhuma fórmula ou critério objetivo conseguiu proporcionar decisões únicas e racionais, seja porque o ordenamento jurídico não é completo, ou ainda porque não é constituído de normas que permitem uma única interpretação, totalmente desprovidas de valoração. O próprio legislador ao editar conceitos vagos, indeterminados ou cláusulas gerais assegura ao intérprete o poder de adaptar a norma jurídica às situações concretas, presentes e futuras, para que o direito possa acompanhar o dinamismo da vida. O conteúdo teleológico e axiológico dos conceitos vagos, indeterminados e das cláusulas gerais permite o enquadramento dos fatos aos valores ditados pelas regras, e assim, inúmeros fatos podem se subsumir a uma mesma norma jurídica.

### *5. Conceitos vagos, indeterminados ou cláusulas gerais*

A jurisdição tem de dar solução a todos os casos concretos, antigos ou novos, regulados ou não regulados, fáceis ou difíceis. No intuito de contribuir com a jurisdição, o legislador, nas mais recentes codificações, como o novo Código Civil Brasileiro, tem procurado deixar ao juiz um amplo poder de apreciação e decisão no momento de interpretar e aplicar a norma jurídica. O emprego de expressões como “segundo as circunstâncias do caso”, “conforme a natureza da situação”, “conforme os usos do lugar” etc., possuem extensão incerta e possibilitam diferentes respostas. O legislador desenha a moldura dentro da qual é possível



construir a solução de cada caso concreto pela incorporação de princípios e máximas de experiência, o que possibilita uma constante reformulação dos conceitos, afasta o imobilismo das normas jurídicas, tornando-as sempre atuais. A moldura da norma vai sendo progressivamente construída pelos tribunais, segundo os usos e costumes dominantes no meio social em que a norma é aplicada, e pelo encaixe de outras normas, de valores e padrões do sistema. Definições descritivas como “consumidor” e “publicidade” demandam operações mentais de interpretação e subsunção; expressões como “indigno”, “casamento”, “funcionário público” exigem diferenciação entre a normatividade e coerência; são indeterminados num grau elevado porque não são perceptíveis pelos sentidos, só adquirindo significado em conexão com o mundo.

A operação de subsunção ou qualificação pressupõe prova prévia dos fatos que são submetidos à apreciação. A escolha de regras de prova depende das exigências da natureza da norma que regula o fato, e pode variar conforme a matéria, o tempo, o espaço ou a natureza da jurisdição. Os métodos de provas são múltiplos, alguns submetidos ao rigor da experimentação científica, como a amostra de sangue, outros pertencem ao passado e exigem uma reconstrução histórica, como declaração de testemunhas e, às vezes, dadas as particularidades do fato, o juiz recorre aos indícios, às circunstâncias de fato ou às regras ou máximas da experiência. Os fatos são em número indefinidos, e subsumi-los à lei ou convenção ou qualificá-los significa estabelecer uma descrição de qualificação para deles extrair as conseqüências jurídicas. Quando o texto de lei contém todos os elementos qualitativos, a passagem da descrição à qualificação é direta, como no caso do conceito “maioridade”. Mas quando a passagem não é óbvia, as noções são vagas e imprecisas e a qualificação depende da determinação de um conceito, como na qualificação do conceito “noite”, podem surgir divergências de interpretação a partir da prova se a lei não fixar exatamente qual o período de tempo que é considerado noite. Assim também são as noções de “eqüidade”, “interesse público”, “urgência”, “bons costumes”, que se definem por meio de critérios e padrões que o legislador não definiu e deixou ao juiz o poder de apreciação e decisão. O juiz possui ampla liberdade para motivar sua decisão num ou noutro sentido, com base nas provas postas à sua apreciação. Mas a complexidade da situação de fato pode dificultar a escolha da regra de direito aplicável. Um exemplo

típico é a dificuldade em se identificar a responsabilidade entre a falta e o dano quando uma multiplicidade de fatores, ou às vezes falta deles, deixa de se apresentar na cadeia causal. Quando vários acontecimentos inserem-se sucessiva ou simultaneamente, podem se anular mutuamente ou um anular o outro. Quando uma conduta implica múltiplos acontecimentos, o concurso deles suscita um conflito: alguns podem, outros não podem ser tratados separadamente; uns se inserem num concurso único e é preciso eliminar os que não merecem ser juridicamente qualificados. Os elementos de um conjunto de fatos nem sempre são apreendidos da mesma forma, e pela mesma norma. Quando o caso concreto não se enquadra em nenhum dispositivo legal, até mesmo os tribunais mais conservadores recorrem aos princípios gerais do direito e às máximas da experiência, também chamadas de “adágios” ou “brocardos”. Por tais motivo, o legislador tem procurado conceber normas jurídicas menos formalistas, interessando-se mais pelo modo como a legislação funciona na sociedade, sendo por isso impossível identificar o direito positivo como conjunto de leis votadas e promulgadas conforme critérios de validade formal e material. A conscientização de que um sistema legalista oprime a sociedade e força a criação de mais e mais leis para adequar as antigas e regular os novos fatos sociais, leva a revisão de conceitos. Em muitos casos, a elaboração de normas é absolutamente dispensável porque a Constituição e seus princípios estruturantes fornecem solução para a quase totalidade de casos, antigos ou novos, simples ou complexos, pois dispensa proteção especial aos direitos fundamentais indisponíveis e inalienáveis do ser humano. A criação ilimitada de leis representa sérios riscos à ordem jurídica, principalmente quando os tribunais passam a venerar apenas as leis que normatizam os fatos sociais, esquecendo-se das diretrizes e dos valores fundamentais traçados na Constituição ou nas normas supralegais. A interpretação fechada, restrita e legalista, sem uma visão completa e ampla do sistema jurídico e dos princípios constitucionais, apenas contribui para manter o interesse de uma classe privilegiada, colocando em risco os ideais democráticos.

## *6. Judicialização política da vida social*

A realidade social atual exige uma nova capacidade de adaptação e reflexão, um novo ordenamento da razão jurídica. Questões como saúde, assistência social, meio ambiente, relações de consumo, reajustes de tarifas, impostos, transportes, distribuição de energia elétrica, educação, funcionamento das instituições financeiras, habitação, direito ambiental, direitos coletivos, difusos, privatização etc., são alguns exemplos de que a dinâmica da vida não é acompanhada pelo direito positivo. O Estado prescreve programas de desenvolvimento futuro, cria direitos subjetivos e sociais, sem contudo atentar para o fato de que a efetivação desses direitos exige ação permanente, como por exemplo, subsídios e remoção de barreiras. Em muitos casos, a ausência e/ou insuficiência legislativa para dar vida às disposições constitucionais, as tutelas diferenciadas, os novos direitos sociais, os chamados interesses difusos, fragmentados e coletivos, são alguns fatores que acentuam o dinamismo e a criatividade interpretativa. Os Tribunais passam a atuar como controladores não apenas dos ramos políticos; assumem novas responsabilidades e adquirem novos poderes, sobretudo, processuais. A essa atividade dinâmica da atuação jurisdicional convencionou-se, no Brasil, intitular-se de judicialização política da vida social, fenômeno já existente em países como Alemanha, Itália, Espanha, França, Inglaterra e Estados Unidos.

## *7. O juiz cria o direito?*

Os conceitos legais permitem inúmeras combinações, valorações e formulações, e assim, o resultado da interpretação pode ser diferente em cada caso. A solução do caso concreto pode ser encontrada num setor específico do Código, em outros compartimentos do mesmo Código, em outros Códigos ou a outros elementos do sistema jurídico, como os princípios gerais do direito, costumes etc.. O intérprete deve manter uma comunicação com a realidade para sentir o que a sociedade espera e exige naquele dado momento. Essa atividade dinâmica em busca da melhor solução pode permitir inúmeros resultados ainda que idênticos sejam os casos interpretados.

A liberdade de apreciação e decisão conferida pela ordem jurídica ao juiz para que possa encontrar a melhor solução não significa autorização

para criar o direito. O juiz tem liberdade para decidir, mas não para criar novos direitos. Nos casos complexos, embora a solução encontrada seja única, inédita, faça lei entre as partes e eventualmente em relação a terceiros, ela não integra o ordenamento jurídico como norma abstrata e de caráter geral. Quando o juiz não encontra no direito positivo a solução justa para o caso, tem de recorrer aos demais elementos do sistema, como costumes, princípios gerais do direito etc.; pode ainda ter de preencher o sentido das cláusulas gerais ou decidir por equidade. Mesmo nesses casos a solução que encontrar não significa novo direito. A sentença não cria direitos. A declaração de certeza tem caráter declarativo, e não, criativo do direito. O juiz interpreta de maneira criativa e construtiva as normas jurídicas em busca da solução mais razoável, aceitável, nem subjetiva, nem arbitrária. Interpretação criativa não significa direito livre, no sentido de ser criado pelo juiz, como pregou a escola do direito livre. Segundo afirma Mauro Cappelletti, a interpretação jurídica não é inequívoca, mecânica e predeterminada, mas a liberdade criativa não significa “direito livre”, no sentido de ser livremente criado pelo juiz; em grau maior ou menor os limites substanciais vinculam o juiz, mesmo que nunca possam vinculá-lo de forma completa e absoluta. O juiz não está autorizado a ignorar o sistema jurídico e fundamentar a solução do conflito em elementos estranhos à ordem jurídica, ou decidir com base apenas em sua convicção pessoal, pois nesse caso sua decisão não passará pelo teste da legitimidade. Portanto, o juiz não cria o direito, porque sua decisão: 1) tem de estar fundamentada no direito positivo ou em outros elementos do sistema jurídico; 2) deve satisfazer a três auditórios diferentes: as partes em litígio, os profissionais do direito e a opinião pública; 3) deve atingir um objetivo, uma finalidade; o juiz terá de atribuir aos fatos e aos elementos do sistema interpretação que melhor atenda aos ideais sociais; 4) deve ser justa e razoável; 6) não integra o ordenamento jurídico como norma geral, abstrata e vinculante, mas apenas como norma individual.

### ***8. A decisão judicial é discricionária?***

A liberdade de escolha conferida ao juiz para formação dos juízos de conveniência, oportunidade ou conteúdo, necessária à construção da solução dos casos concretos, não significa liberdade ampla e irrestrita de ação, pois encontra limites formais e substanciais dentro da própria ordem

jurídica. A liberdade do juiz é sempre relativa e parcial, porque quanto à forma, finalidade e conteúdo da decisão, está vinculado ao que a lei dispõe. Conforme ressalta Teresa Arruda Alvim Wambier, o poder judiciário não tem discricionariedade quando interpreta norma que tenha conceito vago, seja proferindo liminares, seja prolatando sentenças, porque isso implicaria que essas decisões ficassem fora do controle das partes. Liberdade de interpretação e decisão não significa o exercício do poder discricionário pelo juiz, pois sua interpretação está constrangida pelo princípio da coerência normativa. A decisão que o juiz profere, além de situar-se dentro do sistema jurídico, deve ser adequada, justa, razoável e aceitável.

Portanto, a liberdade conferida ao juiz para formar sua convicção pessoal não significa discricionariedade, embora seja decisiva para determinar qual das alternativas que se oferecem como possíveis é a melhor e a mais justa diante das provas produzidas. O juiz possui um certo grau de liberdade para interpretar a lei, qualificar a prova, decidir sobre a lei aplicável e, à decisão proferida na instância final não se contrapõe outra como sendo melhor, mais justa, ou mais correta. Isso não significa que tenha ampla e irrestrita liberdade de ação. Liberdade para interpretar não pressupõe o exercício de um poder discricionário, fora do controle social e legal. Até mesmo nos casos trágicos em que o juiz tem plena autonomia para decidir em favor de um ou outro interesse em conflito, sua decisão não é discricionária. Se o juiz tiver de fazer uma escolha entre dois interesses igualmente protegidos pela ordem jurídica, como a vida e a liberdade religiosa de uma pessoa, não poderá decidir com base apenas em sua convicção pessoal, já que não lhe é permitido ignorar o sistema jurídico, os fatos e os interesses envolvidos no litígio, bem como o que é relevante para as partes do litígio e para a sociedade naquele dado momento. Sempre que o caso concreto implicar alternativas de escolha, o juiz terá de recorrer às regras e aos princípios que melhor se adaptem ao caso concreto, adequando-os aos anseios da sociedade, para que sua decisão seja defensável e legítima. Liberdade de interpretação, qualificação da prova, escolha da lei não significa discricionariedade, porque a decisão deve, necessariamente, graduar-se na moldura legal, ou seja, tem de estar fundamentada nos elementos do sistema jurídico e manter a coerência que a sociedade exige, ou seja, tem de ser adequada, justa e racional, segundo padrões razoáveis; deve atender as finalidades do direito, com vistas a obter uma uniformidade. Além disso, estará sempre sujeita a controle, pelas partes do processo e pela sociedade.

## 9. A crise da capacidade reguladora do direito positivo

Segundo Luiz Fernando Coelho, a transmodernidade, período compreendido entre o final do século XX e o início do século XXI, caracteriza-se pelo domínio da produção, pela reinvenção dos modos de produzir, horizontalização das fábricas, automatização, organização em rede, adoção de parcerias. Fritjof Capra aponta o surgimento de uma organização mundial segundo padrões e princípios básicos: o padrão em rede. A globalização, impulsionada pela internacionalização e transnacionalização, difunde idéias, valores, preferencias, tecnologia, formas de produção, informação, ciência e tecnologia. O domínio dos meios de comunicação e dos instrumentos que a veiculam possibilita a dominação da sociedade pela via cibernética. Com o desenvolvimento da microeletrônica e o aperfeiçoamento dos computadores máquinas passaram a controlar máquinas, que controlam outras máquinas e também comportamentos individuais e coletivos. A informação passa a ser usada como instrumento pós-moderno de controle das condutas humanas ao lado das normas jurídicas. Acentua-se o individualismo consumista, a defesa do Estado mínimo, a desregulamentação da economia e a flexibilização de normas. A exploração do homem pelo homem torna-se legítima por mecanismos ideológicos que a disfarça sob a forma de princípios, valores, conquistas, benefícios e outros mitos.

O avanço nas pesquisas permitiu a conclusão do projeto genoma, desvendou o código genético humano e suas alterações. A reprodução assistida, a diagnose genética, a terapia gênica e a clonagem vêm modificando o patrimônio hereditário da humanidade. A saúde da humanidade é ameaçada pela água e pelos alimentos e o envenenamento passa a fazer parte da vida, ameaça a saúde. Formam-se monopólios de medicamentos, combustíveis, distribuição e venda de alimentos, finanças etc.. A globalização, o domínio da informação, o neoliberalismo, o desenvolvimento da genética, da biotecnologia vegetal, têm causado transformações e mutações na vida social. Ao lado do desenvolvimento econômico, cibernético e científico eleva-se a crise do meio ambiente, a exclusão social, a violação e manipulação do patrimônio genético. A falta de controle das pesquisas pode possibilitar criação de novos vírus, capazes de dizimar o gênero humano e a vida na terra. O risco de produção de armas biológicas, de surgimento de pragas que podem destruir a alimentação básica é grande e real.

Essas são apenas algumas entre milhões de outras questões que dificultam a apreensão dos fatos pelo direito positivo e vice-versa, deixando imensos vazios, sem codificação. Isso tem levado o legislador a fazer opção pela criação de normas genéricas que permitem adaptação a uma diversidade de casos concretos, após concluir que a inflação legislativa para atender os imperativos econômicos, tecnológicos e políticos pode ser ineficaz, além de ensejar a falência de suas funções. As novas e complexas situações da vida moderna, aliadas ao pluralismo de sujeitos a proteger, às vezes difusos, como os consumidores, o meio ambiente, as cadeias de fornecedores totalmente despersonalizadas etc., explicam por que as decisões dos tribunais são tão diversificadas, não permitindo à sociedade prever qual será a solução do caso concreto, particularmente, os casos difíceis e trágicos. Como o direito positivo não responde a todas as complexidades da vida transmoderna, a jurisdição tem de desempenhar uma atividade complementar, aplicar princípios gerais do direito, costumes, etc., decidir com equidade. A visão das coisas do mundo tem de incluir, além do conhecimento, da moral e da ética, também a solidariedade e o respeito pelo outro. No momento atual, para se descobrir o que é o direito de uma pessoa ou de um grupo, o intérprete precisa ter uma visão não-linear não só do direito, como também de todas as coisas do mundo. Os novos rumos da economia, política, ciência e tecnologia exigem um novo modo de compreender o direito.

### ***10. As teorias autopoietica, funcional estrutural e sistêmica***

As teorias organicistas procuram compreender a evolução dos seres vivos a partir da análise do sistema social. Estudam os seres vivos não como seres dotados de alma e sim como partes diferenciadas do sistema de adaptação, integrados ao cosmos, e que realizam a autopoiese. Os cientistas Maturana e Varela utilizaram o termo autopoiese para definir os seres vivos como sistemas que produzem continuamente a si mesmos, recompondo continuamente os seus componentes desgastados. Autopoiese deriva do grego *poiesis* e significa produção; autopoiese significa autoprodução. Um sistema autopoietico é ao mesmo tempo produtor e produto; é o centro da dinâmica constitutiva dos seres vivos, autônomo e dependente. Sistemas autopoieticos são espécies de máquinas que produzem a si próprias; são a um só tempo produtores e produtos

que atuam numa circularidade produtiva, realizando uma atividade que nenhuma outra espécie de máquina é capaz de fazer, já que todas elas produzem sempre algo diferente de si mesmas. O homem, como ser cultural, sofre influência do meio ao mesmo tempo em que o influencia, realizando a autopoiese; intui com o meio e nele produz mudanças, ao mesmo tempo em que o meio age sobre o homem, alterando sua forma de pensar e agir, num vaivém e numa circularidade constante. A esse movimento Maturana e Varela deram o nome de acoplamento estrutural: quando um organismo influencia outro, este replica influenciando sobre o primeiro, desenvolvendo uma compensação; o primeiro dá a tréplica, influencia o segundo, este reage, e assim sucessivamente. O modelo autopoietico tenta explicar a evolução da vida.

O modelo funcional descrito na teoria funcional estrutural de Luhmann situa o sistema jurídico dentro do sistema social global, como um subsistema deste. A unidade do sistema jurídico que produz e reproduz o sistema social é a comunicação dotada de sentido; embora fechado, o sistema jurídico produz operações, remete-as à rede de suas próprias operações e nesse sentido se reproduz, trocando energia com o ambiente social para não se tornar estéril. Na concepção de Luhmann a sociedade funciona como uma máquina, construída com um mecanismo autorregulador que reage às informações do meio de acordo com um programa pré-ajustado e realiza os fins abstratamente concebidos pelo direito. Essa máquina se assemelha a um grande computador que codifica determinadas relações, que podem ser tanto relações sociais quanto combinações de informações do próprio subsistema de dados.

As teorias sistêmicas, por outro lado, situam a norma jurídica dentro de um círculo onde as informações são operadas e processadas para orientar as decisões jurídicas. A legitimidade do sistema jurídico depende do reconhecimento e aceitação social e sua estabilidade decorre de um processo contínuo de reações denominadas *output* e *input*. As respostas do sistema ao ambiente – *output* – se transformam em estímulos ao próprio sistema – *input* – fazendo com que o sistema se produza e auto-produza por ele mesmo.

Os paradigmas autopoietico, funcional e sistêmico permitem uma melhor compreensão do direito. O direito, sistema vivo, interage com o meio social – ambiente onde se vive e se desenvolve sob influência das leis – e, nessa interação, a conduta de um é sempre fonte de respostas compensatórias por parte do outro; sempre que o meio influencia o



direito, este muda sua estrutura e, ao responder, dá ao meio uma interpretação de como percebeu a informação. Estabelece-se um diálogo consensual no qual os organismos acoplados – direito e meio - interagem. Esse interagir é realizado pelo domínio lingüístico, onde o comportamento de cada um corresponde a uma descrição do comportamento do outro; cada um conta ao outro como recebeu e interpretou a sua ação. O direito recebe influência do meio social e, ao mesmo tempo em que recebe, transmite influências ao meio, e vice-versa. Essa interação contínua causa modificações tanto no direito como no meio social: ao mesmo tempo em que o direito influencia o meio, por ele é influenciado e modificado, num movimento constante e reflexivo.

Dois exemplos ilustram como o direito recebe, ao mesmo tempo em que sofre influência do meio social. O primeiro é o caso da mãe belga que com a ajuda de um médico provocou a morte do filho que havia nascido monstruoso em razão dos efeitos de um medicamento que na época não eram conhecidos. Essa mãe foi declarada inocente pelo júri popular, embora a lei belga não distinguisse os casos de eutanásia de um assassinato puro e simples. O segundo ocorreu nos EUA, onde o Dr. Jack Kevorkian conduziu a morte de 130 pacientes terminais e irreversíveis com a utilização de um aparelho de eletro-cardiograma, acionado pelo próprio paciente, com dosagem de salina neutra e cloreto de potássio, que paralisava o coração. Surgiu uma polêmica jurídica: no local onde ocorreu o fato colaborar com o suicida não constitui crime, uma vez que o suicídio não configura delito. Contudo, o médico foi condenado por homicídio a 25 anos de prisão, sob o fundamento de que foi o principal agente causador das mortes.

O direito recebe ao mesmo tempo em que transmite ao meio social influências, renovando-se a cada dia, tornando-se atual. A visão do ordenamento jurídico como sistema vivo e em constante evolução somente é perceptível numa dimensão circular, sistêmica, não-linear. As ações humanas são regidas por expectativas que encontram no sistema jurídico seus marcos delimitadores, sendo um deles, as regras jurídicas. Como no sistema existem apenas marcos delimitadores de conduta, nem todas as ações e expectativas nascidas do convívio social, resultado do inter-relacionamento – homem x meio - são reguladas expressamente. Assim, diante da impossibilidade da regulamentação legal completa das condutas humanas, o direito só pode ser compreendido a partir de uma dimensão circular, sistêmica, não-linear.

## 11. *Interpretação criativa do direito*

Segundo o modelo tradicional, a regra jurídica deve recair sobre as condutas humanas relevantes, e o encaixe da norma ao fato possibilita uma consequência. No modelo tridimensional proposto por Miguel Reale, o fenômeno jurídico, em quaisquer de suas formas, requer a participação do fato, valor e norma, que se relacionam à eficácia, fundamento e vigência. Fato é o acontecimento social relevante para o direito objetivo; valor equipara-se à justiça; norma é o padrão de comportamento regulado pelo Estado. A visão não-linear do direito, delineada por Miguel Reale, possibilita uma solução justa para todos os casos concretos. O intérprete atribui valor aos fatos, verifica se são relevantes para o direito e para a sociedade e, após, busca a solução no sistema jurídico.

É possível afirmar, portanto, que o paradigma de aplicação da lei mudou: o ponto de partida para descobrir um direito individual ou coletivo não é apenas um caminhar do direito positivo em direção aos fatos, e nem um caminhar dos fatos em direção ao sistema jurídico. O juiz tem de suprir as faltas e imperfeições do direito positivo e, na solução dos casos problemáticos, muitas vezes, tem de ir além de sua genética tradicional, ou seja, além do direito tradicionalmente criado pelo Estado, o que pode implicar escolhas e criatividade, principalmente nos domínios do direito constitucional, ambiental, dos direitos individuais e sociais, coletivos e difusos, e nas questões éticas. Isso não significa, contudo, que o juiz cria o direito ou que decide de forma discricionária. Quando o direito positivo não apresentar pelo menos uma resposta ao problema, o juiz terá de amoldar os fatos ao direito contido no sistema, ou o direito aos fatos, valorando-os, para que a solução se apresente. Esse contínuo movimento de interação e inferência, essa circularidade, esse vaivém entre os fatos sociais e a norma jurídica, fazem com que o direito mantenha-se íntegro e coeso, e permitem encontrar, em cada caso, uma solução. O direito, nas dimensões autopoietica, sistêmica e funcional, se auto-reproduz e se articula; tem como ponto de referência a sociedade, com ela interage e evolui.

A visão não-linear concebe o direito como unidade dinâmica que se incorpora aos fatos sociais e deles recebe influência e valoração, e a um só tempo, se transforma, gerando novas unidades e se aprimorando em relação à geração anterior. Assim, pode dar respostas às complexas e novas relações jurídicas, impedindo que inúmeras condutas humanas

questionáveis sob o ponto de vista moral e ético fiquem sem punição e continuem a ser praticadas. O pensamento racional é linear, ao passo que o ecológico, o humano, o social e o ético decorrem de intuição de sistemas e de pensamentos não-lineares. A visão não-linear propicia julgamentos mais justos e permite que o direito se realize em sua plenitude. Segundo Judith Martins-Costa, na aplicação da lei aos casos concretos é preciso observar que os Códigos – corpos normativos - têm: 1) janelas abertas para a mobilidade da vida: ligam-se a outros elementos de fora do sistema jurídico, como moral, ética e justiça; 2) são servidos de canais de ligação internos: têm paredes internas móveis que permitem que a solução prevista para determinado setor de um Código possa ser utilizada, se assim parecer útil e conveniente, em outro setor do mesmo Código, para o qual não havia sido originariamente pensada; 3) são dotados de pontes que os ligam a outros corpos normativos – outros Códigos -, e de avenidas que os veiculam diretamente aos princípios e normas constitucionais. Concluí que há uma estreita conexão entre os corpos normativos e a Constituição.

Esse novo modo de compreender o direito propicia interpretações construtivas da prática social e, por meio do instrumento que o Estado coloca à disposição das partes - o processo -, é possível conter políticas de arbítrio, preconceitos, exploração econômica, fatores contrários aos direitos humanos gerados pela globalização e pela concentração de poder nos meios de comunicação. Pode impedir que os recursos públicos sejam negligenciados, desperdiçados ou indevidamente apropriados, o trabalho escravo, desumano e infantil, as manipulações genéticas, os danos ao meio ambiente etc. Na medida em que o direito adquire um sentido e se realiza, torna-se dinâmico e apto a suprir todo tipo de carências sociais. Esse fazer acontecer está delegado principalmente à jurisdição, responsável pela interpretação da Constituição, das normas legais e supralegais, e que com suas decisões constrói o alicerce sobre o qual a sociedade fixa suas bases. Os princípios gerais do direito podem e devem ser ampliados, renovados, revestidos de novos sentidos e significados.

## *12. Conclusão*

O direito é um instrumento de transformação, destinado a realizar os fins objetivados pela Constituição, pelas normas supralegais, pelas leis

e demais elementos do sistema jurídico, com vistas a promover a justiça social. A construção de interpretações criativas, voltadas para o social, impede a formação de sociedades mórbidas e patológicas, fundadas em pretensões puramente materialistas, que começam pela negação do ser humano e acabam em destruição, desagregação, desarticulação e morte. A exclusão social, cultural, econômica, política, implica descartabilidade das pessoas. O direito reage e interage com o meio social e mantém-se sempre atual. É uma espécie de máquina que gera unidades renovadas de si mesmo, e a partir dessas novas unidades, se reproduz e se transforma, possibilitando solução justa a todos os conflitos da vida social, antigos ou novos, simples ou complexos. Assim como o direito, a jurisdição deve se dinamizar, deixando de ser mera expectadora, apegada a concepções superadas. O culto ao legalismo, desvinculado dos valores e dos princípios consagrados importa retrocessos, e é útil apenas para manter e fortalecer redutos de poder e de dominação. A formação de mentalidades críticas a partir do retorno ao estudo da filosofia do direito, do direito crítico, da sociologia, da biologia, da psicologia etc., a adoção de novos paradigmas, a percepção de que os sistemas vivos estão integrados e que para serem compreendidos é preciso ter uma visão holística do mundo – espaço, tempo e matéria -, é um horizonte a ser atingido e ultrapassado, o que ensejará o resgate do sentido do direito e transformará o processo em um instrumento de realização plena da justiça.

### 13. BIBLIOGRAFIA

- ALEXY, R. *Teoria da argumentação jurídica*. São Paulo: Landy, 2001.
- ALKMIM, G. T. O novo direito do trabalho e o novo juiz. *Revista Cidadania e Justiça*, ano 5, n. 10, 2001.
- ALVES, J. A. L. A Declaração dos Direitos Humanos na pós-modernidade. *Revista da Associação dos Magistrados Brasileiros*, ano 2, n. 5, 1998.
- ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. São Paulo: Nova Cultural, 1987.
- ATIENZA, M. *As razões do direito*. 2. ed. São Paulo: Landy, 2002.
- BOBBIO N. *Diário de um século: autobiografia*. Rio de Janeiro: Campus, 1995.
- \_\_\_\_\_. *O positivismo jurídico*. São Paulo: Cone, 1995.
- \_\_\_\_\_. *Teoria do ordenamento jurídico*. 6. ed. Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 1995.

- CANOTILHO, J. J. G. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000.
- CAPPELETTI, M. *Juízes legisladores*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Ed., 1993.
- CAPRA, F. *As conexões ocultas: ciência para uma vida sustentável*. São Paulo: Cultrix, 2002.
- \_\_\_\_\_. *O ponto de mutação*. São Paulo: Cultrix, 2000.
- COELHO, L. F. *Saudade do futuro*. Florianópolis: Boiteux, 2001.
- \_\_\_\_\_. *Teoria crítica do direito*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- CAMPAZANO, A. de J. Notas para um debate contemporâneo sobre *la justicia*. In: OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebiades. (Org.). *O novo em direito e política*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.
- DE PLÁCITO E SILVA, *Vocabulário jurídico*, 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- DINIZ, M. H. *O estado atual do biodireito*. São Paulo: Saraiva, 2001.
- DWORKIN, R. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- \_\_\_\_\_. *O império do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- \_\_\_\_\_. *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- ENGISH, K. *Introdução ao pensamento jurídico*. 6. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1977.
- FERNANDES, E. Ética, globalização e direitos humanos. *Revista Cidadania e Justiça*, ano 5, n. 12, 2002.
- FERRAJOLI, L. O direito como sistema de garantias. In: OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebiades. (Org.). *O novo em direito e política*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.
- GUIMARÃES, S. P. Concentração de poder e direitos humanos. *Revista Cidadania e Justiça*, ano 3, n. 6, 1999.
- GUSMÃO, P. D. *Introdução ao estudo do direito*. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- HABERMAS, J. *Direito e democracia*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.
- HART, H. L. A. *O conceito de direito*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.
- KELSEN, H. *A justiça natural*. 2. ed. Coimbra: Arménio Amado Ed., 1979.
- \_\_\_\_\_. *Teoria Pura do Direito*. 4. ed. Coimbra: Arménio Amado Ed., 1979.
- LARENZ, K. *Metodologia da Ciência do Direito*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

- LASSALLE, F. *A essência da Constituição*. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.
- LYRA FILHO, R. *O que é o direito*. 18. ed. São Paulo: Brasiliense, 2001.
- LLOYD, D. *A idéia de lei*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- MACEDO, S. *História do pensamento jurídico*. Maceió: Freitas Bastos, 1982.
- MARIOTTI H. *Autopoiese, cultura e sociedade*. Disponível em: <[www.geocities.com/complexidade/autocs.html](http://www.geocities.com/complexidade/autocs.html)>. Acesso em: set. 2002.
- MARQUES, L. C. A crise científica do direito na pós-modernidade e seus reflexos na pesquisa. *Revista Cidadania e Justiça*, ano 3, n. 6, 1999.
- MARTIN, N. B. *Política y utopía democrática: los principios de libertad y de igualdad*. In: OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebiades. (org.). *O novo em direito e política*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.
- MARTINS-COSTA, J. O novo código civil brasileiro em busca da ética da situação. *Revista da Faculdade de Direito do Rio Grande do Sul*, volume 20, 2001.
- MATURANA, H. R; VARELA, F. J. *A árvore do conhecimento: as bases biológicas da compreensão humana*. 2. ed. São Paulo: Palas Athena, 2002.
- MIRANDA, P. *Sistema de ciência positiva do direito*. São Paulo: Bookseller, 2000. tomo II.
- MOREIRA DE PAULA, J. L. *A jurisdição como elemento de inclusão social*. São Paulo: Manole, 2002.
- PERELMAN, C. *Lógica jurídica*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- PERELMAN, C.; OLBRECHTS-TYTECA. *Tratado da argumentação jurídica* (traduzido por Maria Ermantina Galvão). São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- PINTO, J. A. R. O direito do trabalho no limiar do Século XXI. *Revista Ltr*. 60-08, v. II, p. 885.
- REALE, M. *Noções preliminares de direito*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1990.
- RIBEIRO, A. P. Biodiversidade e direito. *Revista da Associação dos Magistrados Brasileiros: Cidadania e Justiça*, ano 3. n. 7, p. 113, 2. sem. 1999.
- RIGAUX, F. *A lei dos juízes*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- SANTOS, B. S. *Pela mão de Alice*. 7. Ed. São Paulo: Cortez, 2000.
- \_\_\_\_\_. As tensões da modernidade. *Revista Cidadania e Justiça*, ano 5, n.10, p. 74-90, 2001.
- SILVA, J. A. *Curso de direito constitucional positivo*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- SILVEIRA, P. F. *Freios & contrapesos: checks and balances*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.
- STRECK, L.L. *Hermenêutica jurídica e (m) crise*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.
- TAVARES, J. *Teoria do injusto penal*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.
- TEIXEIRA, S. F. A formação do juiz contemporâneo. *Revista Cidadania e Justiça*, ano 2, n. 4, 1998.
- WAMBIER, T. A. A. Controle das decisões judiciais por meio de recursos de estrito direito e de ação rescisória. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2001.