

# Certeza e segurança jurídica: reflexões em torno do processo de execução

Artur Stamford

## Sumário

1. Pretensão deste texto. 2. Os vocábulos *certeza* e *segurança*. 3. Instituições à segurança social. Relação entre certeza e segurança. 4. A diversidade de decisões judiciais na aplicação dos dispositivos do Código de Processo Civil brasileiro. Questionando a certeza jurídica. 5. O princípio da verdade processual, reflexões em torno da segurança social. 6. Enfim.

### 1. Pretensão deste texto

Pretende-se, aqui, propiciar reflexões em torno das limitações ao conhecimento dos agentes jurídicos – aqueles profissionais cujo exercício de sua atividade interfere, direta ou indiretamente, no funcionamento e andamento dos processos judiciais, ou seja, seus atos integram os autos processuais –, o que conduz à relação verdade real e verdade processual.

Iniciando pelos termos *certeza* e *segurança*, em seguida serão abordadas as instituições jurídicas previstas no direito estatal, para, então, tratar-se das referidas verdades.

Antes, porém, esclarecer-se-á o sentido do termo direito. Independente de se aceitar ou não a teoria do pluralismo jurídico, é unânime se concordar com a ambigüidade do termo *direito*. Entre as várias acepções jurídicas, temos: direito como sinônimo de *destro*; no sentido de o certo, a maneira correta de fazer algo; como oposição de deveres, “isso é um direito meu ...”; como normas emanadas do poder competente, direito positivo, legislado, posto pelo Estado; e

Artur Stamford é Doutorando em Direito pela UFPE, Professor da Faculdade de Direito de Olinda (FADO-AESO) da Escola Superior de Magistratura Trabalhista da 6ª Região (ESMA-TRA VI) e da Escola Superior de Magistratura de Pernambuco (ESMAPE).

como a ciência que estuda o fenômeno jurídico, também chamada de Jurisprudência. Neste último significado, há divergências quanto ao objeto desta ciência: para uns, direito é o sistema de normas emanadas do poder competente, o Estado, estes são os “dogmáticos jurídicos”; para outros, ditos não-dogmáticos, toda e qualquer forma de controle social, coercitiva ou não, é manifestação do fenômeno social jurídico, direito, portanto, é todo mecanismo de solução dos conflitos sociais, capaz de manter o convívio social com conflitos controláveis, como é o caso dos estudos jurídicos desenvolvidos por sociólogos, filósofos, antropólogos, etnólogos, historiadores, psicólogos, criminólogos etc.

Devido à referida ambigüidade, uma forma de se evitar que o leitor ou ouvinte não compreenda o sentido em que se está empregando a palavra *direito*, aconselha-se não expô-lo sozinho, isolado; antes dotando-o de adjetivo. Assim, eliminam-se, ao menos em parte, confusões das idéias que se pretende transmitir. A saída palpável é, pois, trabalhar com expressões como: direito estatal, direito para-estatal, direito oficial, direito inoficial. Outra solução é evidenciar em qual sentido o termo *direito* será exposto. Para efeito deste texto, *direito* terá o sentido de direito estatal, o positivado porque posto pelo Estado. Assim será porque a idéia de certeza jurídica e segurança social está atrelada à crescente importância da forma estatal do fenômeno social jurídico, a qual enseja a promessa de previsibilidade das decisões judiciais, o que conduz à segurança de um convívio social cujos conflitos são controláveis, porque todos têm como saber e conhecer seus direitos e deveres.

## 2. Os vocábulos certeza e segurança

O termo certeza provém do latim *certitudo*, *certitudinis*. Em português, há apenas o termo certeza; em italiano, *certezza*; e em francês, *certitude*; porém a língua inglesa e a espanhola detêm dois vocábulos: em inglês

tem-se *certainty* e *certitude*, em espanhol, *certeza* e *certidumbre*.

Certeza, por se enquadrar entre os temas da teoria do conhecimento, é objeto da gnoseologia. Daí se diz ter certeza quando se sabe sobre o algo.

Certeza, todavia, comporta dois significados: um objetivo e outro subjetivo<sup>1</sup>. No primeiro sentido, prima a razão, a certeza objetiva oferece uma verdade convencional, pois conectar uma palavra a um objeto é convencional. Como exemplo, tem-se que a conexão da palavra ao objeto realiza certa certeza, pois, p. ex., não se discute se “abacaxi” é a palavra apropriada para a fruta que se convencionou chamar de abacaxi. Outro problema é como transmitir o conhecimento de qual fruta é o abacaxi. Por meio dos cinco sentidos (tato, olfato, visão, paladar e audição), conhecem-se os objetos. Assim, conhece-se o abacaxi por meio da visão, olfato, tato e paladar. Corresponde a esse sentido o inglês *certainty* e o espanhol *certeza*.

No sentido subjetivo, certeza assume a conotação de fé, representa o conhecimento obtido pela crença, pela causa. “Quando o conhecimento se dá em nós e nos apropriamos de uma verdade, adquirimos uma segurança subjetiva”<sup>2</sup>. Nesse caso, certeza depende da vontade, está ligada ao crer ou não crer. Em dito popular, tem-se: “religião, futebol e política não se discute”. Corresponde a esse sentido os termos inglês *certitude* e o espanhol *certidumbre*.

Como nos idiomas italiano, francês e português só há um termo para exprimir a idéia de certeza, este comporta os dois significados: o de certeza objetiva, conhecer por meio da razão; e o de certeza subjetiva, conhecimento mediante a fé.

Acontece que o conhecimento pode-se dar pela razão sem passar pelo crivo dos cinco sentidos e nem por isso trata-se de uma crença. É o que se dá, p. ex., com a pretensão de se transmitir idéias racionais sobre entes inanimados como direito, sociedade, instituições, normas jurídicas. É a dificuldade que se tem quando se pretende responder à

questão: a que objeto esses termos se referem? Não se nega a existência do fenômeno jurídico, nem a existência das normas, inclusive porque, no cotidiano, elas constantemente interferem nas relações sociais. A questão, então, é: pode-se falar em certeza jurídica?

Essa questão envolve o problema da forma como as normas e instituições jurídicas são compreendidas, conhecidas, bem como se pode-se falar em verdade jurídica. Preocupa-nos apenas a primeira idéia, como se conhecer que certas manifestações podem ser classificadas como expressão do fenômeno jurídico.

Com a concepção moderna de direito, pretende-se reduzir a forma de manifestação do fenômeno jurídico às normas estatais. Certeza do direito, portanto, absorve uma conotação valorativa: poder confiar no direito. Dentro da concepção dogmática do direito, essa confiança se dá porque, tendo validade, as normas jurídicas estatais guiam os comportamentos sociais. Essa é a magna entre as promessas do estado moderno. Com o Estado de Direito há a certeza jurídica, pois todos conhecem seus direitos, porque positivados, postos pelo Estado. Assim, constrói-se a expectativa do comportamento alheio, ao possibilitar certo cálculo de probabilidade do agir social, o que significa poder-se prever as ações alheias. A tese, portanto, divulgada é: conhecer o conteúdo das normas jurídicas corresponde a ter uma certeza de como agir, atuar e se comportar.

Passando agora para o vocábulo *segurança*, vê-se que este envolve uma idéia de “garantia contra o acaso. Tranquilidade psicológica que resulta da certeza de que não há qualquer perigo a temer ou de que se está protegido contra as ameaças”<sup>3</sup>. Tendo por segurança social o “conjunto das medidas coletivas e legais que têm por objetivo garantir os indivíduos contra riscos”<sup>4</sup>, pode-se concluir que a segurança jurídica provém do fenômeno da positivação do direito, com elaboração de normas jurídicas escritas, postas pelo poder competente<sup>5</sup>. A segurança é,

portanto, resultado das normas e instituições jurídicas<sup>6</sup>, ou seja, resultado da forma como vêm funcionando essas normas por meio das instituições.

Segurança e certeza, portanto, não se opõem, antes são interdependentes. Essa correlação conduz à idéia de que, por existirem as normas jurídicas estatais, pode-se guiar o como-agir, bem como prever e exigir comportamentos sociais alheios, ou seja, objetivam-se expectativas de comportamentos, forma-se uma padronização social e edifica-se um ideal mínimo de ética. Diz-se, então, assegurados os direitos porque positivados pelo Estado. Daí constroem-se inúmeras teorias, se não explicativas, legitimadoras do discurso dogmático.

A visão sistêmica da teoria da decisão, para a qual as expectativas são estruturas<sup>7</sup>, permite-nos averiguar que o sistema jurídico reduz, porque controlada, a perspectiva de frustração, significa dizer que o direito posto pelo Estado imprime uma pauta ordenadora de comportamentos. Os destinatários das normas e instituições jurídicas, por isso, adquirem uma certeza, ao escolher o como-agir, na medida em que conhecem os conteúdos dos textos legais estatais. E segurança, garantia contra a imprevisão dos atos sociais, obtém-se na medida em que o sistema jurídico funciona com eficiência. Evidencia-se, portanto, a relação entre a certeza e a segurança. Enfim, não basta haver leis, indispensável é a certeza de que elas serão aplicadas, pois assim se formará a segurança. Daí Maquiavel aconselhar: “quando vou a um país, não me preocupo quais são suas leis, mas como elas são aplicadas”.

### *3. Instituições à segurança social.*

#### *Relação entre certeza e segurança.*

O debate travado entre Flávio Lopes de Oñate e Francesco Carnelutti revela os debates em torno da atribuição de uma certeza ao direito, inclusive em face da relação entre ela e a segurança.

Para Oñate, certeza é a garantia certa e inequívoca da ação, nasce da lei, a qual faz

cada um saber o que pode querer. A objetividade da certeza advém da objetividade da lei, pois nesta última a relação entre sujeitos realiza-se objetivamente<sup>8</sup>.

Carnelutti defende que essa certeza, tal como defende Oñate, não existe. É que, em face das inúmeras leis, as pessoas não chegam a conhecer o que podem e têm de querer, bem como não têm como prever os comportamentos sociais, principalmente devido às mutações das leis. A certeza, caso se insista em acordar com sua existência, impõe um custo: sacrificar a justiça<sup>9</sup>.

Conceber o direito como sistema de normas capazes de controlar as ações sociais implica falar em expectativas de comportamentos sociais, ou seja, tornar o agir de outrem previsível. Respalhada nessa idéia, a visão dogmática do direito encontra argumentos para sustentar suas teorias e refutar quaisquer perspectivas críticas<sup>10</sup>. Para isso, estabelece-se como base para sustentar suas argumentações a redução do mundo jurídico ao direito estatal e, assim, fundamenta-se o chavão de que apenas essa forma de manifestação jurídica é mecanismo hábil à contenção dos conflitos sociais, por isso, estabelecido da ordem social. Os adeptos dessa visão formulam inúmeros conceitos, porém despreocupados em atrelá-los a conteúdos objetivos – transmissíveis a terceiros com um mínimo de precisão, de forma a não permitir interpretações díspares –, elaboram, então, discursos vazios de conteúdo, contudo funcionais, por concretizarem a legitimidade de institutos jurídicos estatais, assumindo a qualidade de última palavra ao convencimento num discurso da verdade intangível. Sob a égide do direito estatal, edificam-se teorias com aparência de “única saída” à construção do que se convencionou chamar “ordem social”, para e em nome da qual justifica-se o emprego da violência institucionalizada – o “monopólio da violência legítima por meio da associação política”<sup>11</sup> – e divulga-se a ideologia de que só aumentando o emprego dessa forma de violência – na qual quanto maior o nível

de brutalidade melhor – inibem-se os deturpadores da ordem social. Em nome dessa ordem, constrói-se uma rede ideológica (no sentido de idéias referentes a ...) pró-violência e instiga-se a população a clamar por sua aplicação. Daí, a população suplica e vibra, p. ex., pela institucionalização da pena de morte imbuída no ânimo da ignorância (da falta de informação) dos vários fatores intervenientes ao emprego da violência oficial, a estatal.

Trata-se do fenômeno da positivação do direito, quando o Estado vai consolidando seu poder, fins do século XVIII e início do XIX, passando a prevalecer a prévia fixação das regras do jogo, pois “o Estado *positiva* as alternativas que lhe parecem importantes, ou seja, *decide* quais as relevantes entre as infinitas possibilidades”, daí que, “uma vez estabelecidas estas regras, é de menor importância se a base é a Vontade Geral ou os designios do soberano”<sup>12</sup>.

Nesse contexto, consegue-se inibir a crítica – discordância entre idéias –, tachando de anarquista todo aquele que se propõe a travar discussões mais elaboradas sobre os problemas jurídicos. É o que se dá com aqueles que não acatam as idéias “endeusando” quem as elabora, como os que se propõem a “verificar se o sistema opera ou não no marco da programação normativa e dogmática e, em especial, se as decisões judiciais são de fato dogmaticamente pautadas e, por extensão, igualitárias, seguras e justas”<sup>13</sup>.

Essa falta de abertura à dimensão crítica provoca a ilusão da segurança, ilusão essa edificada devido à postura de “donos da verdade”, própria da maioria dos juristas, culminando na exclusão de inúmeros fatores aos raciocínios jurídicos.

Na perspectiva, portanto, de o direito estatal ser o único instrumento capaz de fornecer a almejada segurança social, por deter uma certeza, defende-se que as previsões do sistema jurídico são impostas como único meio de eliminar o subjetivismo nas decisões judiciais, pois contêm critérios rígidos, objetivos e não-valorativos capazes de ofe-

recer o caminho seguro à escolha da solução do caso concreto. Refiro-me ao denominado “ciclo dogmático”, com o “duplo grau de abstração” da dogmática jurídica, ou seja, só é aceito por jurídica a argumentação que tiver por ponto de partida as normas emanadas pelo Estado<sup>14</sup>.

Parece, todavia, ignorar-se aí que à segurança faz-se necessária a eficácia das normas estatais, ou seja, seu funcionamento diante dos conflitos sociais, como meio de inibi-los. Só cumprindo esse papel é que se pode atribuir ao direito estatal a função de guia de comportamento e previsão das expectativas<sup>15</sup>. A segurança, então, não está nas fontes, na estrutura normativa, nas condições de validade da norma jurídica, está antes nos modelos, no conteúdo material das fontes, no procedimento, no plano da eficácia<sup>16</sup>. Daí realistas jurídicos, como Alf Ross, atribuírem a construção da segurança social às decisões judiciais<sup>17</sup>.

Para que haja segurança social, os casos concretos semelhantes devem ser decididos de forma semelhante, pois só assim a sociedade pode objetivar suas expectativas de comportamento e agir segundo um certo cálculo de probabilidade das ações alheias.

A certeza, entretanto, promana do conhecimento e a segurança advém da experiência, porque, baseado no que se conhece, obtém-se garantia na escolha do como-agir, o que envolve a experiência, a vivência de uma prática empírica.

Max Weber conceitua ação social como aquela que detém um sentido, e assim distingui-a das ações simplesmente reativas. Estas últimas estão calcadas em impulsos sentimentais, por isso desprovidas de reflexões anteriores à sua realização; seriam as ações irracionais. É assim porque, na concepção weberiana, uma ação só é social se tem um sentido, ou seja, é orientada pela ação dos outros<sup>18</sup>. Weber aponta quatro tipos ideais de ação social: a *ação estritamente tradicional*, quando reage-se segundo os estímulos habituais, da tradição cultural; a *ação estritamente afetiva*, quando orienta-se

pela racionalidade axiológica, ou seja, age-se emotivamente condicionado mediante uma descarga consciente em um estado sentimental, como se dá quando se externa uma raiva, um rancor, imediatamente ao senti-la; a *ação racionalmente orientada com respeito a valores*, quando a ação é orientada por convicções pessoais sobre o que deve ser, todavia sem considerar as suas conseqüências; elabora-se a ação buscando satisfazer afetivamente necessidades atuais; tem-se esse tipo de ação quando planeja-se a forma de agir, mas não se põe nesse cálculo a reação, a ação alheia, como ocorre na vingança, com a beatitude contemplativa, com o querer dar vasão às paixões; por fim, a *ação racionalmente orientada com respeito a fins*, aquela planejada racionalmente visando atingir fins; nesta calculam-se os meios e as conseqüências da ação, preocupa-se com possíveis formas de reações alheias<sup>19</sup>.

A ação irracional não apresenta conexão com o tema da certeza. Ela resulta de impulsos irrefletidos, não tem sentido, não se orienta pelas ações dos outros. Também não se confunde com a ação dramaturgica, quando pretende-se transmitir às outras pessoas imagens de sua personalidade, de seus sentimentos e desejos<sup>20</sup>.

Acontece que os agentes jurídicos, como advogados, promotores e magistrados, estão, ao menos dogmaticamente, impedidos de lançar mão de seus sentimentos, procedendo seus juízos restritos ao conteúdo das normas jurídicas; discurso esse que parece ignorar a interferência de fatores outros durante o processo de interpretação dos textos jurídicos. Este estudo conduz-nos aos limites da verdade processual como guia à ação desses agentes jurídicos.

Ora, sendo a certeza proveniente do conhecimento, pode-se concluir que: quanto mais fatores forem inseridos na ponderação, maior conhecimento se adquire, logo, maior a certeza, conseqüentemente mais seguro quanto à decisão a ser proferida.

Em suma, da certeza forma-se a segurança. No âmbito jurídico: da certeza do

direito resulta a segurança social. Para tanto, é de se considerar não só as previsões normativas estatais, mas todos os elementos imbuídos no processo decisório.

O denominado “ciclo dogmático”, por meio do duplo grau de abstração da dogmática jurídica, como já apresentamos, implica aceitarem-se apenas as normas jurídicas por objeto da ciência do direito; reduz-se o conhecimento dos juristas aos preceitos legais. Nesta ideologia, divulga-se ao senso comum a noção de que apenas os agentes jurídicos, porque conhecedores do conteúdo das normas jurídicas, são aptos a tomar as decisões justas, porque jurídicas. Assim, pretende-se legitimar as decisões judiciais e sustentar a tese da eliminação do arbítrio nas decisões jurídicas. Esse ciclo resulta numa disparidade, no afastamento entre direito e sociedade, pois o conhecimento do conteúdo das normas jurídicas restrito a esses agentes impede a formação de uma certeza, na população, em sua escolha do como-agir. Esse corte traz ao funcionamento do direito estatal, por meio do processo judicial, inúmeras conseqüências sociais, entre elas o fato de que à sociedade resta perceber a aparência, um imaginário jurídico, culminando na desmoralização do direito estatal.

Assim, para o direito estatal servir à segurança social, faz-se imprescindível a existência e o funcionamento eficaz das instituições jurídicas. Perceba-se que a aporia não está na instituição do direito estatal, mas nas organizações responsáveis pelo funcionamento dessa forma de manifestação do fenômeno jurídico social.

Entre os dogmas jurídicos reconhecidos no direito brasileiro que garantem a segurança social, temos: o princípio de que a ignorância do conteúdo da norma não exime de seu cumprimento (art. 3º da LICC); a irretroatividade da lei (art. 6º da LICC); a coisa julgada (art. 6º, § 3º, da LICC e arts. 467 e ss. do CPC); o direito adquirido (art. 5º, XXXVI, da CF c/c art. 6º, § 2º, da LICC); o ato jurídico perfeito (art. 5º, XXXVI, da CF). A esses acrescenta-se: a fundamentação da

sentença (art. 458, II, do CPC e arts. 381, 386 e 387 do CPP), o livre convencimento do juiz (art. 131 do CPC) e a obrigatoriedade de proferir julgamentos (art. 126 do CPC).

Todavia, quando se parte para uma perspectiva empírica, detecta-se que inúmeros fatores interferem à construção de uma certeza jurídica, como é o caso dos problemas provenientes da interpretação dos textos legais, como são evidenciados por meio dos estudos de lingüística jurídica. Para abordar a questão da certeza jurídica, reportamo-nos à aplicação do art. 267, III, do Código de Processo Civil, como possível fundamento da extinção dos processos de execução.

#### *4. A diversidade de decisões judiciais na aplicação dos dispositivos do Código de Processo Civil brasileiro. Questionando a certeza jurídica*

Com esse ponto, pretendemos enfatizar que, na prática judicial, juízes diferentes proferem decisões diferentes para casos análogos. Assim é porque o próprio direito estatal deixa aos intérpretes e aplicadores a função de decidir, ao que se chama “situação de tomada de decisão” ou, simplesmente, “situação de decisão”.

Diante da situação de decisão, outra saída não há que a construção subjetiva do intérprete ou aplicador, porém baseada em argumentação plausível. Essa é a exigência: uma argumentação convincente e não o reconhecimento de direitos preestabelecidos pelo Estado. Essa subjetividade, todavia, não se confunde com arbítrio, decisão baseada em mera especulação de opinião pessoal, como se dá com o “achismo”.

Numa pesquisa empírica, levantamos dados sobre o andamento de processos de execução de títulos de crédito; foram cadastrados 300 processos já arquivados em três varas cíveis da capital de Pernambuco. Confrontados os dados, verificaram-se divergências na aplicação de diversos dispositivos processuais. Entre elas, limitar-nos-emos à questão da extinção do processo de execução.

A constatação de que, mesmo quando se trata de definir questões processuais corriqueiras, há a interferência de um poder de escolha entre alternativas na tomada de decisão reporta-nos ao tema da certeza do direito.

A questão fática é: cabe ou não extinguir um processo de execução baseado no abandono da causa pelo autor, nos termos do art. 267, III, do CPC<sup>21</sup>? Fique evidente que não comporta discutir se há a decisão correta; preocupa-nos verificar que essa situação processual não é um *hard case* (caso difícil), contudo comporta decisões distintas. Mais intrigante foi detectar que um mesmo magistrado extinguiu um processo aplicando o art. 267, III, do CPC e, noutra ação de execução, sentenciou proferindo a inadmissibilidade da extinção do processo de execução pelo abandono da parte autora, quando citou o art. 794 desse mesmo diploma legal. Não se trata de discriminar mudanças de opiniões nos magistrados, mas é de se estranhar que um mesmo juiz aplique o art. 267, III, do CPC, meses depois recorra ao art. 794, do CPC, mais tarde retorne a utilizar o 267, III, depois o 794, e assim sucessivamente.

A situação concreta foi: de um lado sustenta-se a impossibilidade de extinção do processo de execução com base no art. 267, III, do CPC, fundamentando seu ponto de vista no art. 794 do mesmo diploma legal, o qual dispõe, taxativamente, as formas admitidas para a extinção do processo de execução; outra tese defende a admissibilidade da extinção da execução pelo abandono da parte autora, fundamentando-se no art. 598 do CPC: “aplicam-se subsidiariamente à execução as disposições que regem o processo de conhecimento”. A diferença está em que: enquanto o primeiro interpreta restritivamente o artigo 794 do CPC, o outro o interpreta extensivamente.

Quanto à sistemática do Código de Processo Civil, tanto o artigo 598 como o 794 pertencem ao Livro II, “Do Processo de Execução”, do mesmo diploma legal; porém, o art. 598 está no Título I, “Da Execução em

Geral”, Capítulo V, “Das Disposições Gerais”; e o art. 794, no Título VI, “Da Suspensão e da Extinção do Processo de Execução”, Capítulo II, “Da Extinção”.

Avançando as alegações: no primeiro caso, o magistrado afirma que o dispositivo legal 794 do CPC é específico do processo de execução; assim, não há como detectar outra forma de extinção desses processos senão aquelas previstas neste artigo; na prática, o processo deve simplesmente ficar encostado. No segundo caso, o juiz defende sua posição com base no fato de que se deve tomar a precaução de intimar o autor por três vezes seguidas, inicialmente intimando-o para dar andamento ao processo; na segunda, além desse conteúdo, acrescentando-se “sob pena de extinção. Prazo 5 dias”; e a terceira, nos mesmos moldes da segunda, porém diminuindo o prazo para 48 horas. Após o que outra providência não resta se não lançar mão do art. 267, III, situação não prevista no art. 794, todavia aplicando o previsto no art. 598<sup>22</sup>.

Não é nosso objetivo apontar qual dos dois detém a melhor posição, se é que esta existe, antes preocupa-nos evidenciar a possibilidade de uma mesma situação processual comportar mais de uma solução. Isso nos leva a duvidar não só da abertura cognitiva, como do próprio fechamento estrutural do sistema jurídico, como divulga a visão funcional-estruturalista<sup>23</sup> de Luhmann, ao sustentar a estrutura fechada e a abertura cognitiva do sistema jurídico<sup>24</sup>. É essa abertura que se pretende enfatizar aqui.

Esse sistema, por meio de sua estrutura normativa – “limitação das relações admitidas no sistema”<sup>25</sup> –, seleciona elementos da complexidade social – infinidade de alternativas oferecidas pelo mundo social – quando reduz os argumentos admissíveis ao âmbito do direito. Todavia, essa redução, conforme pesquisado empiricamente, não é suficiente para eliminar escolhas entre as alternativas de qual norma aplicar.

Pode-se atribuir essa falta de fechamento à falta de identidade do sistema jurídico,

a qual é função da dogmática jurídica<sup>26</sup>. Contudo, depositar tal grau de confiança na redução do direito ao direito estatal não esgota as vias de manifestação jurídica, inclusive porque abertura cognitiva implica aceitar diversidade entre interpretações e, conseqüentemente, de decisões judiciais. No entanto, tratando da indeterminação do conteúdo das normas jurídicas, Luhmann afirma que os juristas sempre encontram um modo de determinar-lhes um conteúdo<sup>27</sup>. Assim, esse autor aponta como função do sistema jurídico a de redução da complexidade social e defende que a certeza do direito não está na forma como a decisão foi alcançada, qual seu conteúdo, mas em não haver dúvida de que uma decisão será tomada.

O que legitima a aplicação do direito estatal - faz com que as pessoas acatem a decisão final - não é a decisão em si, mas o processo decisório, o procedimento, e, assim, a preocupação não é formar um consenso entre as partes, mas imunizar a decisão final contra as decepções inevitáveis<sup>28</sup>.

É quando nos reportamos ao tema da segurança social para tratar da necessidade de se ampliar as fontes cognitivas dos agentes jurídicos, entendendo que, assim, não se trata de “flexibilizar as leis”, mas de trabalhar mecanismos à formação de maior convicção ao se tomar decisões. Referimo-nos ao tema da verdade real *versus* a verdade processual.

##### *5. O princípio da verdade processual, reflexões em torno da segurança social*

Não ampliaremos a discussão ao ponto de trazer à tona o problema de qual o conteúdo do termo *verdade*. Não nos deteremos, aqui, em verificar se há que se falar em verdade jurídica ou se, no direito estatal, apenas cabe falar em validade dos preceitos legais<sup>29</sup>. Interessa-nos evidenciar que, mesmo limitada aos autos processuais dos casos concretos, a atividade cognitiva dos magistrados não se restringe aos textos legais – tais como as normas jurídicas, as doutrinas e as jurisprudências.

Não há como ignorar a impossibilidade empírica de o magistrado conhecer todas as nuances envolvidas nos casos concretos, nem como tecer as minúcias de cada um desses casos. Não só devido à falta de tempo – ante os inúmeros processos judiciais – e ao fator espaço – impossibilidade física de estar em todo lugar, onipresença –, incluem-se também fatores como a filtragem de informações realizada deliberadamente pelas partes processuais. É o que ocorre diante da impossibilidade de se aferir se a testemunha está dizendo a verdade – no sentido de exprimir o que realmente vivenciou – ou se se trata de uma falsidade deliberada, como em Hannah Arendt<sup>30</sup>; essas situações levam os magistrados a inferências baseadas em experiências passadas, prejudgando, pois nem sempre há como detectar se o depoimento está baseado em preparos prévios da testemunha, cujos ensaios tanto servem para definir o que dizer e o que omitir, quanto para formular a criação de dados fáticos.

Não se pode deixar de considerar a experiência cotidiana, o senso comum teórico dos juristas<sup>31</sup>, como elaboradores de uma visão de mundo jurídico diversa das prescrições normativas, principalmente ao conduzirem à construção de modelos de perguntas às testemunhas e às partes processuais (depoimentos pessoais), ou seja, elaboram-se perguntas cujas respostas ensejam deduções e julgamentos pré-concebidos. Há, inclusive, a orientação, ao advogado, para não fazer perguntas cuja resposta lhe seja imprevisível. Esses fatores, muitas vezes ignorados pelo senso comum, levam à indignação daquele que assiste à total deturpação dos fatos sem ter como se defender, o que resulta, muitas vezes, nas acusações de os magistrados julgarem injustamente. É o tipo de acusação proveniente antes da falta de conhecimento de como funciona o processo judicial que de uma insatisfação de interesses pessoais. Convém, então, admitir a dificuldade de explicar e convencer diversas pessoas do porquê de seu caso concreto ter sido julgado improcedente, enquanto seu

vizinho ou colega de trabalho, em caso semelhante, teve sentença favorável.

Entre os institutos jurídicos à limitação do conhecimento dos magistrados no exercício da profissão jurisdicional, tem-se: “nenhum juiz prestará a tutela jurisdicional senão quando a parte ou o interessado a requerer, nos casos e forma legais”, art. 2º do CPC; “O juiz decidirá a lide nos limites em que foi proposta, sendo-lhe defeso conhecer de questões, não suscitadas, a cujo respeito a lei exige a iniciativa da parte”, art. 128, CPC.

Daí o chavão dogmático: “aos magistrados compete conhecer fatos e reconhecer direitos”<sup>32</sup>; em oposição àqueles que defendem a interferência de uma dimensão política nas decisões judiciais, quando “a interpretação das leis, como é pacificamente aceito, não é mais uma atividade apenas de reconhecimento, mas é sempre o fruto de uma escolha prática referente às alternativas das hipóteses interpretativas. E esta escolha, mais ou menos opinável segundo o grau de indeterminação das previsões legais, recorre-se inevitavelmente ao exercício de um poder na denotação ou qualificação jurídica dos fatos jurídicos”<sup>33</sup>.

Uma conclusão sustentável é que o processo judicial é um jogo em que não interessa trazer à tona a verdade real, elucidar as questões fáticas, esclarecer a situação tal qual ocorreu; antes, a moral jurídica, em pauta na ideologia jurídica dominante, repousa em proteger os interesses do cliente, não importando como, nem os meios utilizados. Isto é, saliente-se, reflexo da expectativa dos clientes, na qual o bom advogado é aquele que consegue livrá-los das acusações, das suspeitas, pouco interessando-lhes por meio de que recurso for.

Por essa referência: quanto maior o grau de marginalidade, o ato corrupto, quanto mais grave, ilegalmente falando, e mais envolvido criminalmente estiver o cliente, maior o mérito da defesa quando se consegue a absolvição. Esse é o ambiente do sistema jurídico em que se desenvolvem as vias de argumentação, as diversas possibilidades de interpretações, ensejando escolhas,

entre as variadas alternativas legais, de qual artigo lançar mão, em qual norma basear a tese que se pretende sustentar. Note-se que não incluímos os meios fraudulentos, como a corrupção, antes limitamo-nos aos institutos legais preestabelecidos pelas normas estatais.

Esse ambiente não se confunde com o princípio processual da ampla defesa. Espantoso é reconhecer que essa ideologia não está em baixa, antes vem tomando uma dimensão incomensurável, principalmente com a globalização, processo que vem demonstrando alto grau de disjunção, afastamento, dissociação social, porque reduz aqueles que estão qualificados à sobrevivência nessa nova forma de concorrência econômica, o que não deixa de interferir no funcionamento do mundo jurídico.

Não se pense, inocentemente, que sempre se recorre à dimensão jurídica paraestatal – paralela, à margem do direito estatal – nem que esta significa apenas lançar mão de meios ilegais. Da forma como a organização jurídica estatal está funcionando, até para agir licitamente, é indispensável recorrer ao direito inoficial (ou paraestatal), como ocorre quando o advogado se dirige ao foro para conseguir que o andamento de seu processo tenha os prazos processuais legalmente cumpridos, pois, se deixar ao impulso oficial, provavelmente, jamais o processo sofrerá continuidade no andamento.

Não se pense, também, elaborar uma formulação niilista ao problema. Há perspectiva de mudanças e aposta-se nela, principalmente quando se assiste aos vários agentes jurídicos (advogados, promotores, procuradores, magistrados) revisitando conceitos dogmáticos e agindo em oposição à forma acima exposta de trabalhar juridicamente.

Por meio da perspectiva empírica da prática forense, evidencia-se que os advogados, p. ex., funcionam como filtros ao efetuarem cortes nos dados a serem revelados no processo, quando não são os próprios clientes quem omitem dados. A elaboração das petições envolve a indispensável necessidade de focar aqueles elementos considerados relevantes à defesa dos clientes e

excluir os entendidos como irrelevantes, ou que possam vir a comprometer sua argumentação pró-defesa do cliente. Elaboram-se e ingressam-se recursos processuais para ganhar tempo, mesmo convictos de que um dia, após alguns anos, seu cliente arcará, p. ex., com o pagamento da dívida, se processo civil, ou “esfria-se o clamor social”, quando se trata de processo crime. Nesse cálculo de ação, não entra a preocupação em elucidar os fatos, trazer à tona uma possível verdade real, antes, equacionam-se as estratégias preocupados em excluir o cliente das implicações legais, ou seja, de sua inclusão no rol dos juridicamente qualificados por criminosos.

Curioso é perceber que isso é acordado e aplaudido entre os juristas, cujo respeito é conquistado quanto melhor aprendem a manipular o “jogo” jurídico. Aqueles que resolvem agir em busca de elucidar a verdade dos fatos tendem a ser rotulados de incompetentes, despreparados, quando muito, inocentes. Se é que se pode falar em uma verdade fática.

Nesse jogo, o povo clama o aumento de penalidade, a inclusão da pena de morte para todo e qualquer brasileiro e não só para militares. Trata-se do senso comum de o aumento da violência legalmente institucionalizada servir para conter a violência privada, ignorando-se, assim, os fatores reais que provocam as atitudes violentas.

Dessa forma, pode-se dizer que os agentes jurídicos estão inseridos num sistema em que, para funcionar segundo seus padrões, a única fórmula é limitá-los a conhecer a “verdade” processual e não a “verdade” real, situação que muitas vezes não é compreendida pelos leigos.

Entendendo por verdade processual os elementos que formam os autos do processo judicial e por verdade real os fatos sociais, defrontamo-nos com um dilema e uma dificuldade. O dilema é como aproximar o sistema jurídico da vida social, ou seja, como evitar que o direito estatal se limite a servir ao formalismo, à burocracia que obstaculiza, ao invés de garantir, direitos.

Não se trata, fique evidente, de apelo ao discurso exaltador de sentimentalismo, o qual deixa ao arbítrio dos julgadores o conteúdo da decisão, antes a proposta é revisitar o direito escrito, as leituras dogmáticas e, fazendo uso das normas jurídicas estatais, pensar o direito, e não limitar-se a repetir, reproduzir noções jurídicas pré-fabricadas. Ora, se os magistrados estão, pelos arts. 128 c/c 460, ambos do CPC, limitados ao requerido pelas partes, também lhes compete a livre apreciação das provas (art. 131 do CPC), além do poder para, de ofício, determinar provas que entendam necessárias à instrução do processo (art. 130 do CPC). O conteúdo desses artigos do Código de Processo Civil é ambíguo, comporta mais de uma interpretação. Conforme seja a visão de mundo jurídico do jurista, a aplicação desses dispositivos legais diverge.

A leitura da expressão *livre apreciação das provas* tem apenas aparência de restrição ao constante nos autos, pois o art. 131 contém a frase: “ainda que não alegado pelas partes”. Quem, então estabelece o conteúdo para essa frase quando se parte para uma interpretação sistêmica do referido diploma legal? Por que aceitar “religiosamente” as leituras tradicionais desses textos legais, o que impede que sejam revisitados?

A pretensão não é de lançar o eterno retorno ao direito natural, fique evidenciado, antes se trata de trabalhar o funcionamento do direito estatal. A dificuldade é convencer os juristas que suas decisões serão mais seguras quanto mais ampliem as fontes de conhecimento, como pretende Cláudio Souto ao propor a inclusão de dados científicos, oriundos da observação controlada dos fatos, como elementos à formação da livre convicção do juiz<sup>34</sup>.

Para uma argumentação ser vista como jurídica, exige-se seja fundamentada numa norma jurídica estatal; assim, uma demanda judicial deve conter um fundamento normativo<sup>35</sup> para o direito pleiteado ser reconhecido (art. 282, III, CPC). Contudo, a sentença judicial, para ser válida, tem por requisito

sua fundamentação num dispositivo legal estatal (art. 458, II, CPC). Isso reforça a leitura do art. 131 em favor da livre apreciação da prova.

Parece que, nessa hora, a visão dogmática ignora as influências sofridas pelos juristas no processo de inteligência. A busca de compreender o conteúdo dos textos – tanto o das normas estatais, como o dos autos processuais, das petições e das atas de audiências, dos depoimentos reduzidos a termo pelo escrivão, após ditado do juiz – envolve interpretação, o que impõe estudos constantes ao aprofundamento de seu conteúdo e refletidos, voltados à perspectiva crítica, postura de dúvida.

Quando dissemos que a visão dos operadores jurídicos não se limita aos preceitos legais, não nos referimos à idéia de que cada caso é um caso porque elementos peculiares a cada situação fática social os distinguem; antes a pretensão é verificar que o ato de interpretação comporta uma análise dos fatos, da situação, das circunstâncias do caso. Trata-se de enfatizar a perspectiva empírica, alguns elementos da prática forense. Não se pode negar que o direito estatal serve de redutor da complexidade social, o que se constata pelo fato, p. ex., de existirem modelos de petições iniciais, de contestação, como há modelos de despachos iniciais e de sentenças, ou seja, juridicamente vários casos concretos são tratados como semelhantes.

### 6. *Enfim*

Não há, entretanto, que se falar em certeza do direito, pois nem mesmo os juristas, educados para conhecer o direito estatal, conhecem todas as normas jurídicas vigentes, muito menos têm decifrados seus conteúdos. A segurança que a sociedade pode ter não provém, portanto, das previsões normativas, antes repousa – se é que se pode falar em segurança social obtida por meio do direito estatal – na forma como funciona o aparelho jurídico, a organização chamada Poder Judiciário. É desta última que provém a

construção da estabilização de expectativas de comportamento e de guia de comportamento<sup>36</sup>.

Enfim, fica evidenciado que o conhecimento capaz de conduzir os agentes jurídicos às suas decisões não se esgota nas normas jurídicas. A restrição dos elementos a serem conhecidos pelo magistrado, ao constante nos autos, não impede uma leitura desses textos guiada pelo “norte” teórico com que trabalha esse agente jurídico. Sobejam, então, elementos lícitos à busca da verdade real, não só no Código de Processo Civil como também no Código de Processo Penal, devido à previsão da iniciativa, de ofício, de se mandar produzir provas sob alegação da formação da livre convicção. Contudo, não há como evitar a filtragem de informações realizada pelas partes processuais, mas há como reduzir a supremacia da ideologia dominante, desde que se passe a assumir a responsabilidade pela decisão, em detrimento do discurso em favor da omissão, quando se transfere às normas jurídicas tal responsabilidade.

### *Bibliografia*

- ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*. São Paulo : Mestre Jou, 1984. p. 123-125: Certeza.
- ADEODATO, João Maurício. *O problema da legitimidade, no rastro do pensamento de Hannah Arendt*. Rio de Janeiro : Forense, 1989.
- ANDRADE, Vera de. *A ilusão de segurança jurídica do controle da violência à violência do controle penal*. Porto Alegre : Livraria do Advogado: 1997.
- ANDRADE, Vera de. *Dogmática jurídica : esboço de sua configuração e identidade*. Porto Alegre : Livraria do Advogado: 1996.
- ARENDT, Hannah. *Entre o passado e o futuro*. São Paulo : Perspectiva, 1992.
- BIROU, Alain. *Dicionário das Ciências Sociais*. Lisboa : Dom Quixote, 1982. p. 367-368: Segurança.
- BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico : lições de filosofia do Direito*. São Paulo : Ícone, 1995.
- CARNELUTTI, Francesco. La certezza del Diritto. *Rivista di Diritto Processuale Civile*, v. 20, p.81-91, 1943.
- FERRAJOLI, Luigi. *Diritto e ragione : teoria del garantismo penale*. Roma;Bari : Laterza, 1996.

- FERRAS JR., Tércio S. Existe um espaço, no saber atual, para uma teoria crítica?. In: PLASTINO, Carlos Alberto (org.). *Crítica do Direito e do Estado*. Rio de Janeiro : Graal, 1984.
- GIORGI, Raffaele di, LUHMANN, Niklas. *Teoria della società*. Milano : Franco Angeli, 1995.
- GOFFMAN, Ervin. *A representação do eu na vida cotidiana*. Petrópolis : Vozes, 1995.
- \_\_\_\_\_. *Il rituale dell'interazione*. Bologna : Il Mulino, 1988.
- HABERMAS, Jürgen: *Teoria de la acción comunicativa : racionalidad de la acción y racionalización social*. Buenos Aires : Taurus, 1989.
- KELSEN, Hans. *Teoria geral das normas*. Porto Alegre : Fabris, 1986.
- LOSANO, Mário. *Teoria pura del Derecho : evolución e puntos cruciales* : Santa Fé de Bogotá : Temis, 1992.
- LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Brasília : UnB, 1980.
- \_\_\_\_\_. *La differenziazione del Diritto : contributi alla sociologia e alla teoria del Diritto*. Bologna : Il Mulino, 1990.
- \_\_\_\_\_. *Sistemi sociali : fondamenti di una teoria generale* : Bologna : Il Mulino, 1990.
- \_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_.
- NEVES, Marcelo da Costa Pinto. Do pluralismo jurídico à miselânea social : o problema da falta de identidade da(s) esfera(s) de juridicidade na modernidade periférica e suas implicações na América Latina. *Anuário do Mestrado em Direito*, Recife, v. 6. p. 313, 357, 1993.
- OLIVEIRA, Juarez de. *Código de Processo Civil Brasileiro*. São Paulo : Saraiva, 1998.
- LOPES DE OÑATE, Flávio. *La Certeza del Derecho*. Buenos Aires : Ediciones Jurídicas Europa-América, 1953.
- REALE, Miguel. *Fontes e modelos do Direito, para um novo paradigma hermenêutico*. São Paulo : Saraiva, 1994.
- ROSS, Alf. *Crítica del Diritto e analisi del linguaggio*. Bologna : Il Mulino, 1982.
- SOUTO, Cláudio. Direito alternativo : em busca de uma teoria sociológica. *Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado de Pernambuco*, Recife, v.1, n. 1, jun. 1997.
- \_\_\_\_\_. Pós-modernidade científica e Ciência do Direito. *Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado de Pernambuco*, Recife, v.1, n. 2, nov. 1997.
- \_\_\_\_\_. *Ciência e ética no Direito : uma alternativa de modernidade*. Porto Alegre : SAFE, 1992.
- \_\_\_\_\_. *Tempo de Direito alternativo: uma fundamentação substantiva*. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 1997.
- \_\_\_\_\_. *A explicação sociológica : uma introdução à sociologia*. São Paulo : EPU, 1985.
- SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. *Segurança jurídica e jurisprudência : um enfoque filosófico-jurídico : súmulas vinculantes, Direito alternativo, auctoritas ou potestas?*. São Paulo : LTR, 1996.
- TREVES, Renato. *Sociologia del Diritto : origini, ricerche, problemi*. Torino : Einaudi, 1993.
- VILANOVA, Lourival. *As estruturas lógicas e o sistema do Direito Positivo*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1997. p. 20-28.
- WARAT, Luiz Alberto. *O senso comum teórico dos juristas : introdução crítica ao Direito*. Brasília : UnB, 1993. p. 101-104. Série direito Achado na Rua, v. 1.
- WARAT, Luiz Alberto. *Introdução geral ao Direito : interpretação da lei, temas para uma reformulação*. Porto Alegre : Fabris, 1994.
- WEBER, Max. *Economia y sociedade*. México : Fondo de Cultura Económica, 1996.

### Notas

<sup>1</sup> ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*. São Paulo : Mestre Jou, 1984. p. 123-125: Certeza.

<sup>2</sup> SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. *Segurança jurídica e jurisprudência : um enfoque filosófico-jurídico*. São Paulo : LTR, 1996. p. 27-30. Capa : Súmulas vinculantes, Direito alternativo, auctoritas ou potestas?.

<sup>3</sup> BIROU, Alain. *Dicionário das Ciências Sociais*. Lisboa : Dom Quixote, 1982. p. 367-368 : Segurança.

<sup>4</sup> Ibid. p. 367.

<sup>5</sup> ADEODATO, João Maurício. *O problema da legitimidade, no rastro do pensamento de Hanna Arendt*. Rio de Janeiro : Forense, 1989. p. 53, 76; BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico : lições de filosofia do Direito*. São Paulo : Ícone, 1995. p. 19.

<sup>6</sup> SOUZA, op. cit., p. 25-27, nota 2.

<sup>7</sup> LUHMANN, Niklas. *Sistemi sociali : fondamenti di una teoria generale*. Bologna : Il Mulino, 1990. p. 17-32; DI GIORGI, Raffaele. LUHMANN, Niklas. *Teoria della Società*. Milano : Franco Angeli, 1995. p. 21.

<sup>8</sup> CARNELUTTI, Francesco. La certezza del Diritto. *Rivista di Diritto Processuale Civile*, v. 20, p. 81-91, 1943. LOPES DE OÑATE, Flávio. *La Certezza del Diritto*. Roma : Gismondi, 1942. p. 5-8, cujo prefácio, de Giuseppe Capograssi, confronta a visão de Oñate com a de Carnelutti. Há uma versão espanhola: *la certeza del derecho*. Buenos Aires : Ediciones Jurídicas Europa-América, 1953. Nesta versão há um prólogo de Eduardo J. Couture, no qual este autor afirma que a certeza absoluta do direito nunca ocorrerá e fala em "promessa de certeza", além do vínculo da certeza a uma necessidade de educação do povo para eleger e vigiar seus governantes, aos quais é imprescindível gozarem de virtude para elaborarem as leis.

<sup>9</sup> CARNELUTTI, op. cit.

<sup>10</sup> FERRAS JR., Tércio S. *Existe um espaço, no saber atual, para uma teoria crítica?* crítica do Direito e do Estado. Rio de Janeiro : Graal, 1984. p. 9.

<sup>11</sup> WEBER, Max. *Economia y sociedad*. México : Fondo de Cultura Económica, 1996. p. 667.

<sup>12</sup> ADEODATO, op. cit., p. 54-55, nota 5.

<sup>13</sup> ANDRADE, Vera de. A ilusão de segurança jurídica do controle da violência à violência do controle penal. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 1997. p. 32-33; *Dogmática jurídica*: esboço de sua configuração e identidade. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 1996. p. 77-80.

<sup>14</sup> FERRAZ JR., op. cit., p. 69-72, nota 10.

<sup>15</sup> LUHMANN, *La differenziazione del Diritto* : contributi alla sociologia e alla teoria del Diritto. Bologna : Il Mulino, 1990. p. 40; DI GIORGI, LUHMANN, op. cit., p. 13, nota 7.

<sup>16</sup> REALE, Miguel. *Fontes e modelos do Direito, para um novo paradigma hermenêutico*. São Paulo : Saraiva, 1994. p. 3-7 e 16-18.

<sup>17</sup> ROSS, Alf. *Critica del Diritto e analisi del linguaggio*. Bologna: Il Mulino, 1982. p. 137-158.

<sup>18</sup> WEBER, op. cit., p. 5, 18-20, nota 11.

<sup>19</sup> *Ibid.* p. 20-22.

<sup>20</sup> HABERMAS, Jürgen. *Teoria de la acción comunicativa* : racionalidad de la acción y racionalización social. Buenos Aires : Taurus, 1989. GOFFMAN, Erving. *A representação do eu na vida cotidiana*. Petrópolis : Vozes, 1995. passim. *Id.* Il rituale dell'interazione. Bologna : Il Mulino, 1988. p. 7-57.

<sup>21</sup> Este artigo pertence ao Código de Processo Civil, Livro I, "Do Processo de Conhecimento", Título VI, "Da Formação, da Suspensão e da Extinção do Processo", Capítulo III, "Da Extinção do Processo". Seu conteúdo é: "Art. 267. Extingue-se o processo, sem julgamento do mérito: (...) III - quando, por não promover os atos e diligências que lhe competir, o autor abandonar a causa por mais de 30 (trinta) dias".

<sup>22</sup> "Aplicam-se subsidiariamente à execução as disposições que regem o processo de conhecimento." (art. 598, do CPC)

<sup>23</sup> TREVES, Renato. *Sociologia del Diritto*. Origini, ricerche, problemi. Torino : Einaudi, 1993. p. 308-312. SOUTO, Cláudio. *A explicação sociológica* : uma introdução à sociologia. São Paulo : EPU, 1985. p. 18-19.

<sup>24</sup> DI GIORGI, LUHAMNN. op. cit., p. 25, nota 7.

<sup>25</sup> LUHMANN, op. cit., p. 450, nota 7.

<sup>26</sup> NEVES, Marcelo. "Do pluralismo jurídico à misselânea social: o problema da falta de identidade da(s) esfera(s) de juridicidade na modernidade periférica e suas implicações na América Latina. *Anuário do Mestrado em Direito*. Recife, v. 6, p. 313, 357, 1993.

<sup>27</sup> LUHMANN, op. cit., p. 94, nota 7.

<sup>28</sup> *Id.* *Legitimação pelo procedimento*. Brasília : UnB, 1980. p. 4, 53-54.

<sup>29</sup> ARENDT. *Entre o passado e o futuro*. São Paulo : Perspectiva, 1992. p. 308.

<sup>30</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Diritto e ragione* : teoria del garantismo penale. Roma-Bari : Laterza, 1996. p. 8-10.

<sup>31</sup> *Ibid.*, p. 11. "L'interpretazione della legge, come è ormai pacificamente acquisito, non è mai un'attività solamente ricognitiva, ma è sempre il frutto di una scelta pratica rispetto ad ipotesi interpretative algrado d'indeterminatezza della previsione legale, si rivolge inevitabilmente nell'esercizio di un potere nella denotazione o qualificação jurídica dei fatti giudicati".

<sup>32</sup> SOUTO. *Tempo de Direito alternativo* : uma fundamentação substantiva. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 1997. p. 10, 32, 41 e 81; *Id.* *Ciência e ética no Direito* : uma alternativa de modernidade. Porto Alegre : SAFE, 1992. p. 49, 71; *Id.* Pós-modernidade científica e Ciência do Direito. *Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado de Pernambuco*, Recife, v. 1, n. 2, p.107-123, nov. 1997; *Id.* Direito Alternativo : em busca de uma teoria sociológica. *Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado de Pernambuco*, Recife, v. 1, n. 1, jun. 1997. p. 16-73.

<sup>33</sup> São de se destacar as seguintes jurisprudências sobre este assunto: "A invocação desta ou daquela regra jurídica é argumento, e não razão da pretensão. A decisão deve responder às razões das pretensões porque transformadas em questões, mas não necessariamente à argumentação das partes" (STJ. 4ª Turma. Ag 5.540-MG-AgRg. DJU, 11 mar. 1991; "Ao autor cumpre precisar os fatos que autorizam a concessão da providência jurídica reclamada, incumbindo ao juiz conferir-lhes o adequado enquadramento legal" (STJ. 4ª Turma. Resp 7.958-0, SP. DJU, p. 1.687, 15 fev. 1993).

<sup>34</sup> LUHMANN, op. cit., p. 40, nota 7.

