

# REGRAS LEGAIS OU REGRAS PRÓ-FORMA? A NECESSIDADE DE UM DIÁLOGO ENTRE ANTROPOLOGIA E DIREITO

**Roberta R. Font, Gabriel N. Lins de Oliveira, Prof. Denis de Castro Halis.**

Faculdade de Direito Evandro Lins e Silva, Núcleo de Pesquisas sobre Teoria Social e Judiciário, Rua do Ouvidor 88, Centro, Rio de Janeiro – RJ.

[roberta\\_font@yahoo.com.br](mailto:roberta_font@yahoo.com.br); [gabriel.fdels@gmail.com](mailto:gabriel.fdels@gmail.com); [halis@gb.com.br](mailto:halis@gb.com.br).

Resumo: Tendo em vista os movimentos “realistas” no campo do direito que buscaram revelar a dicotomia existente entre a forma prescrita e a realidade, o estudo permite visualizar a existência de fatores “extra-legais” que influenciam na elaboração das decisões proferidas pelos desembargadores atuantes no Órgão Especial do TJRJ. A pesquisa visa contrastar a dogmática existente no Judiciário à realidade revelada pela observação participante, que permite perceber o elevado grau de discricionariedade dos desembargadores do Órgão Especial do TJ.

**Palavras-chave:** discricionariedade, Órgão Especial, Poder Judiciário, fatores extra-legais, realismo jurídico.

**Área do Conhecimento:** VI Ciências Sociais Aplicadas.

## I INTRODUÇÃO

### I.1. Justificativa

Esta pesquisa tem por objetivo avaliar o “real” poder dos juizes na elaboração das decisões e melhor dimensionar o papel desempenhado pela subjetividade dos juizes e como ela interfere no processo decisório.

A pesquisa realizada, que sustenta este trabalho, tenta esclarecer alguns dos fatores “não-jurídicos” que influenciam a formação da opinião e da decisão dos julgadores - fatores que “fogem” do conjunto de leis e normas formais que se diz compor o direito e orientar as condutas dos membros do Poder Judiciário.

### I.2. Metodologia

A opção por um estudo antropológico na área da ciência jurídica, mais precisamente no Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, fundamentou-se principalmente, no que concerne à possibilidade que a antropologia social oferece para a coleta de dados novos de uma “realidade” que ultrapassa os códigos legais, possibilitando uma comparação com o arcabouço jurídico-teórico predominante.<sup>1</sup>

O recurso à antropologia permite um estudo amplo, que não se restringe somente à dogmática prescrita, uma vez que utiliza métodos, como a observação participante, para observar o

dia-a-dia e a realidade daquele agrupamento social.

A observação participante - método de pesquisa usado neste trabalho - baseia-se na “mudança” do pesquisador que vai se inserir no meio social a ser estudado, tentar incorporar “novas ideologias”, valores e tudo o mais que for necessário para que ele se adapte, e melhor entenda tal ambiente.<sup>2</sup>

Esse tipo de pesquisa se torna importante por conseguir adicionar novas formas de se entender o Judiciário uma vez que analisa a realidade do “dia-a-dia” e a compara à teoria formal. Tal cotejamento tem como principal meta proporcionar uma “evolução” no campo teórico do direito para que, cada vez mais, ele possa refletir os valores máximos de uma determinada sociedade. Para que isso aconteça, o campo jurídico deve incorporar as mudanças sociais. Os profissionais do direito, que nos relatos dos manuais propõe-se a manter “a paz social”, têm a obrigação de acompanhar todo e qualquer tipo de modificação para estar sempre se atualizando, se renovando.

A observação participante, juntamente com o método etnográfico, permite que novas informações sejam conquistadas sem o intermédio de “explicações oficiais” ou de “falas prontas”.

Os autores ditos “pragmatistas” tentam entender o “*law in action*” – o direito em funcionamento – ao invés do “*law in books*” – direito formal, dos códigos, dos livros. Tais

<sup>1</sup> Pode-se sustentar que a cultura jurídica nacional é formada, sobretudo e ao menos formalmente, por idéias e práticas “positivistas”. Sobre o positivismo no direito, cf. BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ícone, 1995.

<sup>2</sup> Sobre o método da observação participante e sobre a etnografia, cf.: DAMATTA, Roberto. *Relativizando: uma introdução à antropologia social*. 5.ed. Rio de Janeiro: Rocco, 1987. p. 143-150.

autores, que forjaram o quadro teórico “realista”, inspiraram a ida à província do saber antropológico.<sup>3</sup>

Com relação ao funcionamento do tribunal foi utilizada uma percepção externa, tal qual a de leigos que observam um cenário já construído e a atuação dos atores “jurídicos”. Ao mesmo tempo, porém, foi feito um estudo do regimento e das normas utilizadas ou recorrentemente mencionadas pelos julgadores. Esse embate entre o “visto” e o “declarado” serviu para detectar uma relação de retroalimentação entre interpretações, contextos e normas.

### **I.3. Caracterização do problema.**

Tendo em vista os movimentos “realistas” no campo do direito<sup>4</sup> que buscaram revelar a dicotomia existente entre a forma prescrita e a realidade, o estudo permite visualizar a existência de fatores “extra-legais” que influenciam na elaboração das sentenças proferidas pelos desembargadores atuantes no Órgão especial do TJ. Percebeu-se, portanto, a formação de “grupos” no Órgão Especial, argumentos e posturas mais formalistas e posturas mais consequencialistas e a preocupação com como as decisões daquele órgão seriam vistas. Dados os limites impostos, só alguns resultados iniciais são, aqui, apresentados.

### **I.4. Objetivos e Metas.**

Busca, com isso, compreender como se dá e o que interfere de fato, na elaboração de uma sentença; entender, ou pelo menos descrever as “forças” que norteiam e modificam as decisões. Pretende-se provar a existência de um alto grau de discricionariedade dentro do Órgão Especial.

Esse desafio proposto fica mais perto do seu objetivo a cada vez que os próprios desembargadores confundem seus discursos:

---

<sup>3</sup> Sobre o pragmatismo, cf. HALIS Denis de Castro. O pioneirismo de Oliver Wendell Holmes Jr.: “o grande dissidente molda a América”. 2003. Dissertação (mestrado). Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito (PPGSD), Universidade Federal Fluminense (UFF) Niterói. Do mesmo autor, cf. *Benjamin N. Cardozo: contexto e críticas à ortodoxia jurídica norte-americana*. In: *Revista Brasileira de Direito*. Ano I. n. I. Passo Fundo: Méritos, 2005, p. 43-65. HALIS Denis de Castro. O pioneirismo de Oliver Wendell Holmes Jr.: “o grande dissidente molda a América”. 2003. Dissertação (mestrado). Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito (PPGSD), Universidade Federal Fluminense (UFF) Niterói.

<sup>4</sup> Vd. nota 2 – supra.

Esta confusão se dá na medida em que o grupo, ao assistir as sessões do órgão especial, pode observar que o funcionamento deste na prática muito se difere do funcionamento prescrito no regimento interno deste órgão. Ao constatar estas diferenças o grupo teve embasamento prático para poder comprovar a tese desenvolvida neste trabalho. Este estudo envolve não só questões meramente técnicas, mas também questões éticas e de conduta que muitas vezes não são consideradas pelos desembargadores na formulação de suas decisões.

A questão da ética, levantada pelos próprios desembargadores é abordada por Hans Kelsen quando este afirma que ética e direito são coisas distintas já que sua teoria busca uma ciência do direito e para isso se faz necessário um objeto rígido:

Com efeito, a ciência jurídica não tem de legitimar o Direito, não tem por forma alguma de justificar – quer através de uma Moral absoluta, quer através de uma Moral relativa – a ordem normativa que lhe compete – tão-somente – conhecer e descrever. (Kelsen, 1998, p. 78)

Com o auxílio da observação participante e com os resultados iniciais obtidos, torna-se possível modificar as atuais visões sobre o judiciário para que estas estejam de acordo com o que realmente acontece dentro deste,

### **Resultados iniciais do trabalho:**

Toda essa pesquisa nos permitiu ter como conclusões iniciais a constatação de como é grande a discricionariedade com a qual os juizes têm agido na formulação de decisões.

O próprio Hans Kelsen, em uma de suas obras, aborda a questão da tomada de decisões como algo que possui certa subjetividade por se tratar de um processo criador ao qual o juiz é influenciado por outros fatores que não a forma prescrita. Assim ele afirma:

Essa função não tem, de modo algum, como às vezes se supõe, um caráter meramente declaratório. Contrariamente ao que às vezes se afirma, o tribunal não formula apenas um Direito já existente. Ele não “busca” e “acha” apenas o Direito que existe antes da decisão, não pronuncia meramente o direito que existe, pronto e acabado, antes do pronunciamento. Tanto ao estabelecer a presença das condições quanto ao estipular a sanção, a decisão judicial tem um caráter constitutivo. A decisão, é verdade, aplica uma norma geral preexistente na qual certa consequência é vinculada a certas condições.

Mas a existência das condições concretas em conexão com as consequências concretas é, no caso concreto, estabelecida primeiro pela decisão do tribunal. Apenas o preconceito, característico da jurisprudência da Europa

Continental, de que o Direito é, por definição, apenas normas gerais, apenas a identificação errônea do direito com as regras gerais do Direito estatutário e consuetudinário, poderiam obscurecer o fato de que a decisão judicial continua o processo criador de Direito, da esfera do geral e abstrato para a esfera do individual e concreto. (Kelsen, 1995, p. 139)

É possível perceber que, nas tomadas de decisões judiciais prevalecem muito mais regras não escritas e que são desconhecidas pela maioria das pessoas, incluindo aqueles com formação jurídica, tais como: a afinidade e as diferenças entre os desembargadores, fazendo com que votem contra ou a favor de um relator, não por estarem convictos de que aquele voto seria a melhor decisão, mas porque determinado desembargador é contra ou a favor, respectivamente.<sup>5</sup> (Max, 1999, cap.VII)

### CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pode-se então sinalizar para a importância do método antropológico nos estudos sobre os tribunais, uma vez que, a presença do grupo às sessões do órgão especial permitiu constatar de forma concreta, a discricionariedade dos desembargadores, pois foram analisadas reações, gestos e opiniões desses desembargadores sobre determinados casos.<sup>6</sup>

Constatou-se que aspectos descritos na constituição, que deveriam ser fundamentais na elaboração das sentenças, como a imparcialidade, não é encontrada da forma prevista quando se observa a prática dos desembargadores. Embora seja uma pesquisa de caráter local – feita dentro do Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro – os resultados citados não são exclusivos desse órgão.

Adotando o método da observação participante, a pesquisa deixou de possuir um caráter experimental, baseando-se num caráter realístico, estando, portanto todas as análises contidas neste trabalho vinculadas a fatos que ocorreram e não a suspeitas ou opiniões do grupo.

---

<sup>5</sup> Max Weber (1999, *passim*) já escreveu sobre isso em sua sociologia do direito, criando duas modalidades de racionalidade jurídica: a material, que recorre a elementos “extra-legais” e a formal, estritamente vinculadas às disposições do próprio sistema jurídico.

<sup>6</sup> Para um panorama dos estudos mais “realistas” em torno do Judiciário e dos juízes e por uma “sociologia judiciária”, vd. SANTOS, Boaventura de Souza *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. 7. ed. São Paulo: Cortez, 2000, p. 173 e segs.

### Bibliografia:

BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ícone, 1995.

DAMATA, Roberto. *Relativizando: uma introdução a antropologia social*. 5.ed. Rio de Janeiro: Rocco, 1987.

HALIS, Denis de Castro. *Benjamin N. Cardozo: contexto e críticas à ortodoxia jurídica norte-americana*. In: *Revista Brasileira de Direito*. Ano I. n. I. Passo Fundo: Méritos, 2005, p. 43-65.

KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do estado*. 2. ed. Martins Fontes, 1992 [reimpr. 1995].

\_\_\_\_\_. *Teoria pura do direito*. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 78

SANTOS, Boaventura de Souza *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. 7. ed. São Paulo: Cortez, 2000.

WEBER, Max. *Sociologia do Direito*. In: *Economia e sociedade*. vol. 2: cap. VII. Brasília: Universidade de Brasília, 1999.