

12

LIMITES DA TÉCNICA NO DIREITO

Marcelo Piragibe Magalhães

INTRODUÇÃO

Numa época em que a priorização da técnica se faz muito presente em razão dos avanços vertiginosos da informática, da engenharia genética e da globalização e domina quase todas as áreas do conhecimento, particularmente no domínio do vivo e da comunicação, a questão instigante consiste em saber até que ponto o Direito, matéria social, da classe das chamadas ciências inexatas, pode ser considerado disciplina técnica e até que ponto se submete a esses ditames.

A indagação se faz necessária, principalmente no campo das ciências humanas, da psicologia, da política e do Direito. Diferentemente de outras áreas, a utilização de técnica como conjunto de normas, meios e de procedimentos, muitas vezes, pode ser prescindível.

Em alguns setores se não houver um conjunto de procedimentos adequados e exatos não se obtém resultado algum. Veja-se, por exemplo, o que ocorre, na extração de petróleo. O desconhecimento da técnica adequada obriga que muitos países tenham que repartir suas riquezas subterrâneas por não dominarem a técnica adequada. Na mesma linha encontra-se a reprodução genética por inseminação artificial e a informática.

2. DOCTRINAS SOBRE TÉCNICA NO DIREITO

Interessante, embora minoritária, é a doutrina segundo a qual se nega a existência de qualquer ciência ou técnica¹ e sequer norma jurídica para a existência do Direito. Fundamentam essa assertiva, ao seguinte argumento: independentemente de qualquer norma gramatical, o homem se comunica; ou ainda, independentemente da técnica de partitura, a música continua a ser tocada. Assim ocorre com o Direito.² Ele independe de ciência, técnica ou norma.

De outro lado a corrente reducionista, capitaneada pelo festejado Jurista Hans Kelsen, afirma que o Direito é pura técnica. Não carece, portanto, da interferência de nenhuma outra ciência.³ Com base nesse entendimento, o Direito resume-se em técnica da aplicação da Norma Jurídica. A sanção seria a motivação indireta para alcançar tal desiderato, isto é, determinar-se a conduta que se quer impor. O Direito é apenas uma técnica de organizar a força do poder.

Em posição intermediária e prevalecente, sustenta-se, com razão, haver a conjugação de vários elementos, além da norma jurídica, para compreensão do que seja Direito. O saudoso Prof. Miguel Reale, por exemplo, com sua famosa e consagrada Teoria Tridimensional do Direito, inclui, além da norma, a sociologia (fato) e a filosofia (valor).⁴ O professor Oliveira Litrento ainda acrescenta, além das três, as variantes do tempo e do espaço.⁵

¹ Platão, citado por C.H. Porto Carreiro (1976, p. 10) associava conceitos de técnica e Direito “episteme” ao conhecimento perfeito e “technée” à arte, muitas vezes reuniu ambos os conceitos na ideia geral de “ciência”. Já Wilson de Souza Batalha (1982, p. 9) sustenta que “técnica Jurídica é matéria estranha à Ciência do Direito. Abelardo Torre, em *Introducción AL Derecho*, p. 58, sustenta a integração da técnica com a ciência do Direito.

² Kirchmann, Von, obra citada (Torre, 1957, p. 58) “bastan dos palabras correctoras rectificadoras Del legislador y bibliotecas enteras quedan convertidas em papeles sin valor.”

³ “O Direito é uma técnica social que consiste em provocar a conduta social desejada por parte dos indivíduos por meio de uma ameaça de coerção em caso de conduta contrária. (KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*, p. 72. O direito como técnica social);

⁴ REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. Ed. Forense.

⁵ LITRENTO, Oliveira. *Dialética e técnica na teoria geral do Direito*. 1. ed. Ed. Forense.

3. EVOLUÇÃO

De qualquer forma, assim como em outras atividades, mister se faz o cruzamento dos campos do Direito e da técnica, pelo menos para o fim de aperfeiçoamento. Essa preocupação não é recente e existe desde a Antiguidade. Já se encontrava nos escritos de Platão, Aristóteles e Sófocles, época em que deu origem a palavra Técnica significando o mesmo que arte.⁶ De lá surgiu a máxima *Jus et ars bona et aequi*, segundo a qual o Direito é técnica do bom e do equitativo. Tais vocábulos se distanciaram do sentido então empregado. O termo técnica guarda diversos outros significados e *arte* ganha novos contornos, tornando vago o seu significado.⁷

Historicamente, interessa-nos neste artigo, a segunda fase do Direito romano. Nessa fase, a palavra *ars* (no sentido de técnica) se aprimorou deixando um legado enorme para a modernidade. Os ensinamentos dos romanos trouxeram grandes subsídios técnicos que ainda vigoram nos modelos jurídicos dos povos ditos civilizados. Tanto o *common law*, como o nosso sistema que prioriza as leis têm sua origem naquele Direito.

A doutrina atual, seguindo esses ensinamentos, consagra três espécies básicas de Técnica Jurídica⁸: 1) *de elaboração*: aquela graças à qual se cria o Direito que deve vigorar. O Brasil foi contemplado com lei específica sobre técnica de elaboração, de redação, de estruturação, de articulação, de consolidação e de alteração das leis⁹; 2) *de aplicação*: também denominada Técnica Judicial, se aplica aos Juízes na

⁶ O temo grego “*téchne*”, traduzido pelo latino “*ars*”, mostra uma indistinção originária. Técnica e arte não se diferenciariam, etimologicamente, tudo repousando no “fazer”, ou melhor, no “saber fazer”. (MACEDO, Silvio de. *Das Dimensões da ciência Jurídica Atual*)

⁷ O artístico se caracteriza pelo domínio do detalhe, das fragrâncias, do sutil. O técnico por si só conduz ao artesanato, ao fazer bruto, ao fazer ou construir em geral, enquanto o artístico leva ao requinte, à formalização, à pureza do artesanato. (MACEDO, Silvio de. *Das Dimensões da ciência Jurídica Atual*)

⁸ Nesta classificação cita-se Pontes de Miranda (2000) Paulo Nader (2005) Wilson de Souza Campos (1982), entre outros.

⁹ Lei Complementar n. 95 de 1998. Tecnicamente tal diploma legal se trata mais de ato administrativo do que propriamente lei, posto que não prevê sanção em caso de descumprimento.

tarefa de julgar. Afirmar-se que a sentença consiste em um silogismo, cuja premissa maior é a norma jurídica e a premissa menor é o fato e a conclusão¹⁰ (atividade de subsunção); 3) de interpretação: que busca revelar o sentido e o alcance da norma Jurídica por meio de vários elementos: gramatical, lógico, histórico, teleológico, entre outros.¹¹

4. FUTURO

O aprimoramento de outras vertentes de técnicas ampliou o rol dessas influências e outras certamente virão. O futuro está em aberto, com alternativas concorrentes. A cada etapa, novos meios de filtragem podem ser acrescentados do exterior ao processo de interação Direito-técnica.¹² A Cibernética Jurídica, ou juscibernética,¹³ por exemplo, tem papel importante na técnica Jurídica, pois auxilia no estudo do caso, colocando a ciência da informática a serviço do Direito.

Muitos chegam mesmo a afirmar que um bom programa de computador reproduz grande parte das decisões. O juiz passa a ter um papel secundário na “máquina de julgar”. Lança-se o nome das partes atribui-se um peso a cada prova, em programa já definido anteriormente, e pronto: a justiça foi feita e o direito realizado. A publicação é automática pela internet. Os advogados tomam conhecimento pela própria internet e recorrem por assinatura digital.

Poder-se-ia até visualizar o Direito que se pretende no futuro: as pessoas trabalhando em suas casas; os interrogatórios e as audiências à distância, via *webcam*. As provas colhidas muito mais por sistema

¹⁰ A maior parte da doutrina contesta este método de silogismo ao afirmar que julgar não é mera operação matemática.

¹¹ *Hermenêutica e aplicação do Direito* de Carlos Maximiliano é obra clássica neste sentido.

¹² É o entendimento de Norberto Bobbio no verbete sobre *Técnica Jurídica* página 778 no *Dicionário de Política*.

¹³ “Cibernética Jurídica, ou Juscibernética, é a disciplina que procura compreender a conduta humana, em termos de comportamento das máquinas, colocando à disposição do jurista e do aplicador os recursos dos computadores na classificação e na comparação de provas, na seleção de normas aplicáveis ao caso, na atualização de dados bibliográficos e jurisprudenciais etc. (DINIZ, Maria Helena. *Introdução ciência do Direito*, Saraiva, p. 231).

de imagens, haja vista a era *bigbrother*¹⁴. Inexistência de digitadores pois já existem programas¹⁵ que digitam sem necessidade de teclado, e reconhecem a voz da pessoa que fala.

Na máquina jurídica do futuro, o Direito será elaborado de acordo com as estatísticas apresentadas pela sociologia. Nos países do sistema *commom law*¹⁶, bastará um precedente com as mesmas características que o computador apresentará a decisão, aplicando lógica implacável e interpretando à luz dos axiomas previamente definidos pelos técnicos de informática. Nos países de tradição codicista, a lógica da subsunção aplicável às sentenças terá eficácia plena¹⁷. “Tudo digno de ficção, bem ao estilo de George Lucas, do “Guerra nas Estrelas” ou de Alvim Tofler, do Livro futurístico” A Terceira Onda”.

5. SENTIMENTO E TÉCNICA

No entanto, a indagação ainda persiste. Até que ponto o Direito se submeterá à técnica? Não obstante o avanço da técnica, seja em razão do raciocínio lógico, seja em razão da juscibernética, há uma essência irrenunciável e insubstituível no Direito: o sentimento humano.

O principal ato Jurisdicional, a sentença, consistente em dizer o Direito, sugere essa afirmação. A origem etimológica vem do latim *sentire*¹⁸ indicando algo que foi sentido. Alguns chegam a afirmar que o Juiz sente o Direito por meio do caso posto em exame e depois busca a lei para fundamentar o que sentiu. No plano extremo, há os que

¹⁴ O Jornal O Globo em edição de 27 de julho de 2006 noticiou que a capital de São Paulo é monitorada por mais de 200 mil câmeras.

¹⁵ ViaVoice da IBM em sua 11ª edição para o português.

¹⁶ “Nos países de língua inglesa têm-se desenvolvido maior contato com a experiência sociológica, obedecendo a exigências metódicas postas mais pelas conjunturas da pesquisa positiva do que à luz de pressupostos filosóficos”. *Filosofia do Direito Miguel Reale*, p. 534.

¹⁷ Embora hipótese um tanto utópica e bastante generalizada, nem por isso deixa de merecer consideração.

¹⁸ COUTURE, Eduardo. *Introdução ao Estudo do Processo Civil*. 3 edição. Ed José Konfino, p. 75, e *Dicionário Jurídico Piragibe*. 9 edição. Ed. Lumen Juris, 2006 verbete sentença: *sentido* Do latim *SENTENTIA*, *AE* = opinião de *SINTO, IRE* = sentir+(E)NÇA (suf.que ligado a temas verbais indica ação ou efeito.” *É algo que foi sentido e daí o nome de sentença.*”

defendem até mesmo o direito criado pelos Juízes, tendo o poder judicial de construir normas, além e acima das que estão nas leis¹⁹, o *Judge made law*, e no Brasil a doutrina do *direito alternativo*²⁰, que sustenta a não aplicação da lei quando esta for injusta. Nesses termos o Juiz exerce Jurisdição, no sentido de dizer o direito (*juris dicere*), primeiramente por meio do que sente e a técnica pode ficar em segundo plano, ou ser colocada completamente de lado. Evidentemente, o exagero implica insegurança jurídica, pois o Direito não deve ficar à mercê de subjetivismo demasiadamente amplo.

O Prof. Roberto Lyra Filho denomina esta última corrente puramente sentimental de “positivismos psicologista”²¹ e critica essa forma de exercício do direito ao afirmar que: O “sentimento do direito”, procurado numa intuição livre, acaba descobrindo, e não por mera coincidência, na “alma” dos pesquisadores, a ideologia jurídica peculiar à sua classe e seu grupo, isto é, os princípios perfeitamente compatíveis com a ordem estabelecida. Começando nas “belas almas”, em que a ideologia brota como uma flor, e idealizando romanticamente, a dominação, o “sentimento do direito” acaba amadurecendo nos mesmos frutos repressivos.

6. TÉCNICA DE CONCILIAÇÃO

No entanto, apesar das teses e das doutrinas esposadas pendularmente a favor da técnica, como, por exemplo, as que defendem a intuição e o sentimento, ou ainda as que propagam a juscibernética, o que se observa empiricamente é a tendência, iniciada a partir do final do século passado, notadamente com o advento dos Juizados Especiais na década de 90, em minimizar cada vez mais a técnica *stritto sensu* em detrimento de algo mais ágil, mais célere, abrindo margem

¹⁹ LYRA FILHO, Roberto. *O que é o Direito*, Ed. Brasiliense, p. 35.

²⁰ *O Direito alternativo deve ser efetivado desde que resuma conquistas democráticas e busque a construção de sociedade mais justa*. In CARVALHO, Amilton Bueno de. *Magistratura e Direito Alternativo*. 6 edição. Ed. Lumen Juris, p. 129.

²¹ LYRA FILHO, Roberto. *O que é o Direito*. Ed. Brasiliense, p. 36.

a uma discricionariedade por parte do Juiz e das partes e priorizando a conciliação, a oralidade, o imediatismo e a informalidade.²²

Nota-se, nesse sentido, que novo paradigma de expressão do Direito vem ocupando gradativo lugar da técnica jurídica em busca da Justiça. Em vez do rigor da remota definição do Direito da busca pela verdade e “dar a cada um o que é seu” ou da velha máxima *Fiat justitia et pereat mundus*, surge a busca pela conciliação, pela transação, introduzindo uma minimização dos procedimentos. O usual chavão forense “Mais vale um bom acordo que uma boa demanda” tornou-se a tônica do Direito na atualidade, “como forma de um ajustamento, de um ceder em determinados pontos da incompatibilidade, para contorná-las”. (FERRAZ JUNIOR, 2003). Pode-se dizer que boa técnica do Direito, em última análise, é a priorização da conciliação.

Tal tendência tem-se mostrado muito acentuada e irreversível, não só no que se refere ao modelo legal adotado visando a conciliação, como também meta a ser alcançada e incentivada por todos os Tribunais do país.²³

O CNJ criou o movimento pela Conciliação que teve início em agosto de 2006. Nesse ano, o dia 8 de dezembro foi dedicado à mobilização do Dia Nacional pela Conciliação. A partir de então todos os Tribunais criam campanhas, prêmios, concursos neste sentido. No dia 10 de julho 2009, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais promoveu o concurso “Uma foto e uma história de conciliação”, com objetivo de divulgar a conciliação como a forma mais rápida e eficaz para a solução de conflitos.

7. CONCLUSÃO

No Brasil de tradição codicista, a necessidade de conhecimento técnico para o manejo das leis e dos códigos torna-se inevitável²⁴.

²² Lei n. 9.099/95, art. 2º O processo orientar-se-á pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando, sempre que possível, a conciliação ou a transação.

²³ Recomendação número 8, do Conselho, Nacional de Justiça sugere aos tribunais o planejamento e a viabilização das atividades conciliatórias

²⁴ “O Código pertence aos profissionais. O código há de ser manejado por pessoas profissionais, que tenham curso de academia, ou que de outro modo tenham

Mas o próprio Direito aplicado em determinadas áreas aponta uma inclinação para temperar essa obrigatoriedade, a fim de tornar mais acessível a justiça ao povo. A título de exemplo registre-se que em várias etapas do processo dito técnico, tanto na Justiça do Trabalho, quanto nos Juizados Especiais e no Processo Penal é dispensável a atuação de advogado.

O excesso de informalismo (prescindência de profissional especializado, imediatismo, oralidade) e o subjetivismo exagerado da Justiça alternativa colocam em risco a segurança jurídica, mas constata-se, em contrapartida, o benefício de maior facilidade e acesso à Justiça, de mais proximidade do Juiz ao caso concreto, de mais celeridade nos processos.

De outro lado, a busca por maior segurança jurídica por meio de técnica rigorosa assegurando aos jurisdicionados e operadores do Direito a ausência de injunções políticas ou de subjetivismos por parte dos julgadores encontra, como ponto negativo, a demora na prestação da Justiça em razão do custo (burocracia, perícia, custas, advogados) e do próprio processo. E, como se sabe, Justiça tardia não é Justiça.

Assim, a técnica encontra sua linha limítrofe à medida que não comprometa o valor Justiça como razão de ser do Direito. De nada adianta um Direito impregnado de técnica, sem que a justiça seja alcançada a todos; tampouco Direito pouco técnico, sentimental ou intuitivo, em que se põe em risco a segurança Jurídica.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARNAUD, Andre-Jean *et al.* *Dicionário Enciclopédico de Teoria e Sociologia do Direito*. Rio de Janeiro: Ed Renovar, 1999.

feito estudos regulares de Direito, por homens que conheçam a técnica Jurídica. Isso de Código para o vulgo é tão absurdo como pretender que um homem, sem a menor cultura, possa manejar um instrumento de engenharia, de cirurgia, de ótica, de astronomia ou mesmo de guerra” ARRUDA, João. *Filosofia do Direito*, citado por Paulo Nader in *Introdução ao Estudo do Direito*. 25. edição, p. 124, 2005.

- BATALHA, WILSON Souza Campos. *Teoria Geral do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1982.
- BUENO DE CARVALHO, Amilton. *Magistratura e Direito Alternativo*. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- CARREIRO, C. H. Porto. In: *Introdução à Ciência do Direito*. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1976.
- COUTURE, Eduardo. *Introdução ao Estudo do Processo Civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: José Konfino, 1951.
- FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Direito, retórica e comunicação*. São Paulo: Saraiva, 2003.
- GARNER, Bryan. *Black's law dictionary*. West Group Publishing Co., fifth ed., 1979.
- KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito. O direito como técnica social*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- LITRENTRO, OLIVEIRA. Dialética e Técnica na Teoria geral do Direito. *Teoria Pentadimensional* São Paulo: Forense, 1987.
- LYRA FILHO, Roberto. *O que é o Direito*. São Paulo: Brasiliense, 2003.
- MACEDO, Silvio de. *Das dimensões da Ciência Jurídica atual*. Rio de Janeiro: Forense, 1986.
- MAGALHÃES, Marcelo Piragibe; MAGALHÃES, Esthet. *Dicionário-Jurídico*. 9. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- MIRANDA, Pontes de. *Sistema de Ciência Positiva do Direito*. Campinas: Bookseller, 2000.
- NÁDER, Paulo. *Introdução ao Estudo do Direito*. 25. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- TORRÉ, Abelardo. *Introduccion al Derecho*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1959.