

# COTIDIANO, CONFLITO E CONSENSO: A PESQUISA E PRODUÇÃO JURÍDICAS SOB UM ENFOQUE MULTIDISCIPLINAR

Paulo Henriques da Fonseca<sup>1</sup>

## 1 Introdução

A temática desafiadora da reestruturação dos cursos jurídicos passa por várias considerações, cada realidade demandando as necessárias acentuações ora nos currículos (explícito e oculto), ora nas estruturas-meio dos cursos, no *input* e no *output* (colocado aí o fato da necessidade e finalidade do exame de ordem), dentre outras tantas questões. A reforma e melhoria dos cursos jurídicos passa também por um inafastável foco (incômodo, muitas vezes) da gestão de processos decisórios no âmbito interno das Instituições de ensino, certamente muito renitentes à mudanças, à tomada de decisões que impliquem melhoramentos *radicais* ou mesmo meramente *incrementais*<sup>2</sup>.

Uma nota de especificidade nos cursos jurídicos é que a docência, em tais cursos, é, em geral, exercida por profissionais militantes da área jurídica, aos quais se costumam imputar a pecha de desconhecimento ou distanciamento do saber pedagógico sistematizado. Assim, reproduzem na sala de aula o seu fazer “cotidiano”, tomada essa expressão numa primeira significação mais próxima da *praxe* do que na direção semântica que vamos propor. E nesse fazer habitual do operador jurídico ainda não está plenamente incorporada a alternativa negocial e consensual do direito. Predomina ainda o caráter litigioso ou pré-litigioso em que o profissional opera sempre com o foco na possível e potencial demanda judicial ou contenciosa. A cotidianidade, dimensão fundante das práticas que topológica e juridicamente integra de modo dinâmico as sub-dimensões da *conflitividade* e da *consensualidade*, resta esquecida. O mero fazer profissional traduzido sem adaptações para a sala de aula tem sido motivo de preocupação da academia.

Nesse ponto é que propomos a distinção útil entre *praxe* e *cotidianidade* do direito. A primeira como o fazer apenas instrumentalmente refletido, exercitado num contínuo de hábitos

<sup>1</sup> Bacharel em Direito, é Mestrando no CCJ-UFPB.

<sup>2</sup> Interessante seqüência de textos de Hélio Gomes, na Revista “Linha Direta”, especialmente a de n° 8 de julho de 2005.

mais incorporados e de certo modo inautenticamente sedimentados<sup>3</sup>. A segunda, como o ambiente ampliado e criativo em que as possibilidades do fazer são escandidas pela ultrapassagem do mero fazer pelo fazer refletido. No direito a cotidianidade se liga a riqueza das relações humanas e sociais, de interesse, conflito e consenso que tendem a satisfação dos resultados e menos às sofisticções e formalizações dos processos. Distingue-se ainda da *positividade* do direito<sup>4</sup>, pois este se vincula de modo mais visível à ação tutelar do estado na declaração do direito, unindo nessa ação estatal o poder, o direito e a responsabilidade na composição de conflitos. Na técnica processual, mesmo essa responsabilidade do Estado vem ganhando investimentos recentes, com a entrada de elementos de cotidianidade: é a justiça conciliatória, negocial, a arbitragem e o aumento dos espaços de decisão e apropriação do processo pela discricionariedade do julgador e responsabilidades das partes. O novo profissional do direito que se quer e a pesquisa jurídica devem mirar nesses movimentos.

A mera reprodução do fazer profissional em sala de aula termina por limitar o aprendizado à repetição de condutas muitas vezes estereotipadas e que acaba por gerar uma atrofia profissional especialmente quando o egresso se vê diante das novas construções do direito ditadas pela dinâmica das relações de poder, como o caso da legislação social, dos meios não judiciais de solução de conflitos de interesse e mesmo as práticas calcadas numa perspectiva jurídica mais ampla da nova jurisdição constitucional.

A *praxe* corporificada na experiência profissional não traduz por si só o treino para o exercício eficaz e criativo da prática jurídica. A presença de docentes oriundos de outras áreas específicas do saber em cursos jurídicos, se traz um maior incremento na dimensão dos procedimentos pedagogicamente mais sistematizados, pela mera coexistência curricular não logra criar o ambiente de interdisciplinaridade que certamente enriqueceria o curso jurídico.

Creemos que a passagem qualitativa do direito enquanto *praxe* (naquele sentido um tanto esclerosado) para uma *práxis* profissional e teórica criativa, socialmente incidente e produtora, passa pela pesquisa e produção gerada nas Pós-graduações em ciências jurídicas, espaço científico apropriado para uma elaboração interdisciplinar. A conquista de uma teoria geral do direito, de um campo científico e epistemologicamente bem delimitado é garantia, não obstáculo, para que os

<sup>3</sup> Ver que as constantes atualizações do direito legislado no Brasil exigem uma concomitante atualização do profissional e condena à obsolescência certos instrumentos e procedimentos. Os Juizados Especiais e arbitragem são exemplos disso, alteraram a rotina de alguns profissionais do direito que era mais ‘despachantes’ perante órgãos do Estado.

<sup>4</sup> Cf. o trabalho de Paulo César Santos Bezerra, as soluções negociais e extrajudiciais são verdadeiros acessos à justiça e nesse sentido o autor traça um interessante percurso em que os custos, os prestígios, as alternativas para o acesso.

saberes jurídicos disseminados em outras áreas<sup>5</sup> e focados sob outros olhares, sejam subsumidos e sistematizados pela pesquisa e produção em pós-graduação e ingresse a partir dela, na reestruturação das graduações em direito.

Esse passo procedimental e curricular não se esgota em si mesmo, visto ser o direito uma ciência social aplicada: a formação do pesquisador e do profissional é que deve está no foco de qualquer mudança.

A reestruturação do Estado e sua re-situação em meio a um conjunto de atores jurídicos cada vez mais importantes, põem em crise a compreensão do direito como sendo algo estatizado, judicializado, para ser mais preciso. A sociedade civil organizada, os ONG's, as relações internacionalizadas tanto de interesses individuais quanto coletivos, põem em xeque o direito como braço e mão do Estado Leviatã. Um certo cosmopolitismo do direito que cresce após as Declarações de Direito da contemporaneidade, produzem noutro extremo a cotidianização do direito (ou pelo menos uma acentuada tendência) como instrumento para busca de soluções.

A litigiosidade enquanto dimensão do direito estatizado está em crise, em franco desprestígio, embora seja iconográfica a realidade dos tribunais e das demandas que ali se processam. No real comum das coisas e das relações, a busca de soluções e acomodações predomina rotundamente, malgrado o perigo das manipulações ideológicas disso, de um modo conservador. A importância do direito estatizado cresce exatamente no contexto histórico da luta de classes. Marx e Hobbes colaboraram, mesmo anacronicamente, para a compreensão das relações jurídicas como algo litigioso, negativo em que o assimétrico decompõe-se no conflituoso.

Por outro lado, a identificação do consenso com a alienação e as concepções funcionalistas de sociedade, com o acirrar dos enfrentamentos históricos nos séculos XIX e XX, na nova expansão do capital e o neo-imperialismo, fez com que se perdesse um importante material de estudos jurídicos, a consensualidade como valor cotidiano e criativo, transformador.

Não há que se negar esse fato da assimetria. Mas re-situá-lo no amplexo mais abrangente ou pelo menos, alternativo, da cotidianidade é dever que se impõe dado a agenda cada vez mais predominante de confluências de interesses do que as divergências, tanto no aspecto jurídico quanto político ou nas duas dimensões tomadas de modo indissociado. Exemplo disso a questão ambiental planetária, a ampliação das possibilidades de trocas e relações globais com o

---

<sup>5</sup> Segundo Giuseppe Lumia (2003, p.4) “A multiplicidade dos aspectos que o fenômeno jurídico apresenta ao observador explica porque ele não constitui objeto de estudo por parte de uma única disciplina e por que, conseqüentemente não existe uma única ciência jurídica, mas uma pluralidade de ciências que têm por objeto o direito...” Nesse sentido, uma interdisciplinaridade nos estudos jurídicos aparece como mais necessária.

solidarismo e ao mesmo tempo a busca de soluções locais para questões como a violência e a miséria que vão envolver atores jurídicos em relações negociais e criativas em que a necessidade de empoderamento se impõe. O Estado, por seus agentes, deixa de ter o monopólio da razão jurídica<sup>6</sup>.

Os efeitos disso devem ecoar na academia, pois toca o ponto nevrálgico da inserção social e profissional do egresso, a empregabilidade do jurista nas suas diversas funções estereotipadas. A prevenção e solução de conflitos, se bem que tenham *status* bem diferentes, propõem uma nova configuração de profissional que melhor se insira na *sociedade do conhecimento*. Nesta, o mero fazer profissional resulta desprestigiado. A dimensão educativa da prática profissional do jurista vai se revelando necessária a medida em que a clientela quer se inteirar dos fatos, entender os processos e participar das soluções. È a *cotidianidade* do direito que traz entre seus traços característicos a convivialidade, busca de soluções negociadas e consensuais, a desafiar a formação do novo profissional. O espaço da *cotidianidade* harmoniza o direito e a vida vivida.

Pode-se até, num assomo de ousadia apenas que venha pontuar esse trabalho, pois proposta de modo gratuito, sem as devidas comprovações empíricas, denunciar que o medo e a fuga desse “admirável mundo novo” do direito como prática criativa e cotidiana, motiva a irrefreável ânsia dos egressos das academias em se inserir na burocracia judiciária e estatal. Nesses ambientes laborais, pela sua própria configuração e finalidade, a necessidade da abordagem criativa e convivial do direito está mitigada, constituindo-se um reduto de “não direito” por assim dizer. Mesmo que cresça a margem de decisões discricionárias, que é a expressão da *cotidianidade* na Administração, sempre haverá uma segurança burocrática a desculpar a falta de criatividade e a fixação nos meios, nos procedimentos, para evitar as decisões e soluções de problemas.

Mas um valor fundante do próprio fenômeno jurídico, como a *cotidianidade* não pode ser expulsa definitivamente do seio do direito, mesmo estatizado a ponto do anaeróbico: é que o próprio ordenamento jurídico reclama, para sua sobrevivência, o retorno da *cotidianidade* sob alguns de seus muitos aspectos, como a conciliação, a transação, a arbitragem, a decisão pelo Júri, a composição, a iniciativa das partes, o recurso aos costumes e equidade, os juízos com base no

---

<sup>6</sup> É do pensamento de Boaventura Santos (2004, p. 171) que “na realidade, o Estado nunca deteve o monopólio do direito...” fala das ordens jurídicas que sempre existiram ao lado e eventualmente interagindo com o direito estatal. Giuseppe Lumia (2003, p. 31), por sua vez fala do deslocamento de opinião dos que concebiam o direito como um conjunto de normas reforçado pela ameaça de uso da força para uma compreensão de direito como regulação da força, uma limitação no uso desta pelo Estado. São posições teóricas que apontam para uma *cotidianização* do direito.

bom senso comum, são todos aspectos do cotidiano a ingressar ou sobreviver em meio ao ambiente hobbesiano de um direito pensado tão somente como racionalidade insólita pela modernidade, violentando as inclinações mais naturais das pessoas. Estas elegem a solução, o consenso final e a continuidade como valores axiais, sendo o litígio, o conflito instrumentalizado um meio apenas para alcançar os desideratos.

A interdisciplinaridade na formação do profissional do direito a partir dessas necessidades novas vai se impor mais fortemente. E esta não poderá se limitar a pontos do currículo apenas, currículo explícito, mas perpassar as atividades de pesquisa (e extensão, mais imediatamente) especialmente aquelas em que buscam estabelecer novas técnicas jurídicas de prevenção e solução de conflitos. A cooperação multidisciplinar na formação do operador jurídico urge por responder também à demanda de complexidade e sofisticação nas relações sociais, institucionais, e outras tantas em que resultem questões de natureza jurídica. As contribuições de Gurvitch, Roscoe Pound, Hart, Giuseppe Lumia e outros juristas no sentido de um direito aberto em sua textura à dimensão sociológica, histórica e antropológica, e a uma formação mais abrangente dos juristas, de Boaventura Santos (2004) se impõem cada vez mais no horizonte da formação jurídica.

Mas a interdisciplinaridade que se postula vai além dessa interface mais ou menos tópica sobre diversos saberes e discurso: a teoria jurídica, acenando para sua dimensão humanística e prudencial, é chamada a elaborar-se também sobre o não discurso, sobre as práticas não discursivas e não verbalizadas. A *Praxe*, que é elemento encontrado e comum no cotidiano do direito, está a merecer um discurso, uma formulação teórica, que a faça transcender em direção a um discurso do cotidiano.

O método de abordagem e construção do presente trabalho é o de Boaventura Santos<sup>7</sup> em que a suspeição e a recuperação se conectam para juntas delimitarem o conhecimento. A suspeição crítica encontra mais facilmente o foco, o dado da negação da cotidianidade, no caso do presente trabalho. A recuperação é etapa mais rica e sincrética e aponta para uma gama de dados em que a cotidianidade é reproposta ao direito. A negação opera metodologicamente no campo da consciência (daí fazendo efeito na sociedade, pois é consciência ativa) ao passo que as recuperações são dados e elementos, produto das interações e relações sociais e do mundo que vão rompendo a circularidade das teorias com a riqueza da intersubjetividade e justificações.

---

<sup>7</sup> No seu livro “Introdução a uma ciência pós-moderna” o sociólogo português propõe esse método.

A fenomenologia aparece e possibilita que uma teoria da ação social, ao recuperar o sentido e a cotidianidade da vida social nos quatro ambientes do mesmo Boaventura Santos.

## **2 A negação da cotidianidade**

Desviando-se inicialmente de uma posição em que a negação da cotidianidade se dá na história e sistemática jurídicas pelo julgamento ‘moral’ de seu caráter transgressor ou pela compreensão oposta de uma cotidianidade como acomodação conservadora e mantenedora dos hábitos e práticas. O que certamente poderia aparecer num trabalho de mais alento, fixar-nos em duas posições básicas.

A primeira, a de um certo darwinismo jurídico de uma compreensão etnocêntrica e preconceituosa do evoluir das sociedades. Esta se organiza como método e discurso, em etapas evolutivas das formas de organização do poder, do mais primitivo para o mais ‘civilizado’ e evoluído. Junto com uma racionalização do poder e do Estado, a segunda posição, em uma síntese sistêmica (o projeto da modernidade) está na origem mais provável do déficit de cotidianidade no direito. A totalidade explicativa autoritária resolve a confluência entre as duas posições. O direito, as leis, o jurídico, são assim lançados foras do horizonte comum da vida cotidiana.

O darwinismo evolucionista traz o inconveniente, ou equívoco científico inclusive, de situar dentro de um evoluir histórico linear as sociedades ditas primitivas ou ágrafas e as trata numa linearidade histórica pressuposta e forçada. A cotidianidade das relações nas sociedades ditas “primitivas” fica sob a suspeita de uma ciência marcada pelo evolucionismo historicista. A formalidade e seus artifícios passa a ser sinal de ‘evolução’.

Tem sido comum no ensino jurídico uma solene desconsideração da ciência histórica e suas exigências, perdendo-se assim, em muito, um componente da cotidianidade que é a compreensão histórica do direito. Colocam-se todos os fenômenos jurídicos (ou juridicizados) em etapas contínuas e sucessivas, desde o Código de Hamurabi, passando pela Grécia de Sófocles e Roma de Justiniano, desembocando no Código de Napoleão... Deixa de ser história para degradar-se num historicismo em que contextos e situações tão distintas e singulares, são forçadamente inseridos num discurso sistêmico, abstracionista de um fenômeno jurídico “naturalizado” e “normatizado” em uma categoria universal. Todos os microssistemas jurídicos passam a ser explicados como irrupções pontuais desse fenômeno jurídico chamado direito.

Uma concepção ambiente de cunho hobbesiano, elegeu o *leitmotiv* de uma convivência social e política calcada na litigiosidade e conflitividade, aguçada pela busca de uma

racionalidade formalista e insólita que se constitui no que se convencionou chamar de *modernidade*<sup>8</sup>. Isso é proclamado na academia com amplos efeitos na compreensão de Política e Direito, e pode ser eleita como a matriz de pensamento e ação hostil a uma abordagem e tradução das práticas do cotidiano para dentro das ciências., mormente a arena em que se transformou o direito e a política.

O discurso veladamente justificador do autoritarismo e formalismo, decorrentes de uma visão de direito e política distanciada do cotidiano, se desconstrói ante o coeficiente desta cotidianidade a desmascarar preconceitos etnocêntricos de posições como esta:

As atitudes humanas dentro do grupo social, em princípio são realizadas em consonância como as normas de conduta fundamentais do grupo, em consequência de vários fatores, tais como a convicção moral, o medo de Deus, a economia ou o esforço (vol. II, cap. V). Todavia, os controles sociais existentes em muitos casos não têm os meios de orientar todos os participantes do grupo, uma vez que os indivíduos vivem forçados a atitudes competitivas com outros membros da mesma comunidade. (REIS, 1975, p. 15)

Visões como esta naturalizam o estado de competição original, trazem o incômodo de junto com a naturalização, promoverem uma abstração a-histórica de condutas que só poderiam ser explicadas ou descritas no necessário contexto histórico. Desconsideram a possibilidade da cooperação como fonte e fundamento da vida social. É' uma das bases do discurso autoritário e preconceituoso. O controle, a coação são naturalizados e elevados à fundamento da própria civilização política: “existem fases [segundo Burdeau] básicas da evolução do poder que são sucessivamente, a do poder anônimo, a do poder individualizado e a do poder institucionalizado” (REIS, p. 16)<sup>9</sup>. Um exercício da vida social, considerado o caráter da cotidianidade em que estratégias criativas e comuns e práticas solucionando conflitos, desmentiriam essas abstrações anti-democráticas ou pelo menos as re-situariam no plano dos esquemas didáticos ou postulados a embasar outras construções teóricas. Estas ‘fases’ podem servir, certamente, para problematizar as relações sincrônicas do poder, mas nunca para explicar uma diacronia do poder em evolução.

---

<sup>8</sup> Boaventura Santos (2004) compreende esse processo chamado modernidade como uma série de oscilações em vários períodos, embora todos eles dentro do mesmo espaço capitalista: emancipação – regulação, representação-realidade...

<sup>9</sup> Octávio Ianni (2004), na contra corrente desse etapismo que faz fluir entre saltos a história, proclama, no caso brasileiro, mas aplicável a outros países, que o que existe é uma continuidade. Os “cortes” aparentes como o abolicionismo, militarismo anti-monárquico são momentos que se enquadram logo nessa linha de continuidade legitimadora do *Status*.

A sedução autoritária a expulsar a hipótese de economia de relações sociais, políticas e jurídicas baseadas na cotidianidade (que pode ser tomada como a versão sócio-temporal da democracia assim como o cosmopolitismo pode ser a versão sócio-espacial desta), permite ainda abstrações do tipo

O poder institucionalizado resulta de um mecanismo previamente estabelecido que, pelo fato de ser de difícil modificação, além de impessoal, muitas vezes se torna um conjunto de ficções divorciadas da realidade. Então, o mecanismo do poder se opera através de convenções laterais mais ou menos aceitas por governantes e governados. (REIS, p. 21)

Acerta o autor citado a relacionar pessoalidade e realidade: a proximidade se insere numa linha de cotidianidade, mas não lhe permite dizer, a partir daí que

A fraqueza das instituições políticas reside no fato de que o governante é chamado a tomar atitudes impessoais. Desaparece completamente, ou quase, atrás do mecanismo complexo da instituição estatal. Dependendo da realidade social [...] se ela é estável, o mecanismo político pode funcionar desprovido de uma carga pessoal marcante. (REIS, p. 21)

Chamamos atenção para formulações como essa, em que a força das instituições se liga mais ao traço pessoal e carismático do exercício do poder do que à co-participação legitimadora do poder, em vista da inevitável conexão que entendemos existir entre cotidianidade, direito e democracia. Se uma feição desta é o Estado Democrático de Direito e se este se rege, enquanto administração, por exemplo, pela impessoalidade como princípio, esse mesmo não há que ser fundamento do Estado (administração) e ao mesmo tempo causa, motivo de sua fraqueza.

Essa postura jurídico-política de uma negatividade conflituosa, só sanada por um exercício ‘personalizado’ do poder e que veio desembocar numa percepção de estado e direito como relação de poder e positividade das leis, vai aparecendo em diversos ramos do direito:

Na vida em sociedade, diante das múltiplas relações do homem, surgem conflitos de interesse que, na maioria das vezes são resolvidas pelas próprias partes. Havendo porém uma resistência de uma das partes à pretensão da outra,, vedada que está a autotutela, surge a necessidade de que o Estado...(MIRABETE, 2002. p. 162)

Interessante é que na seqüência do pensamento do autor citado, o conflito aparece antes da resistência. O discurso trai a realidade que quer ocultar: que o conflito é uma coisa e a resistência é outra. Parece lapso banal, mas não é: deve-se à teoria geral de sociedade e estado em que a



“lupinização” de pessoa humana e suas relações é a regra, a guerra de todos contra todos de Hobbes, certamente tomada numa perspectiva rebaixada e deslocada daquela postulada pelo pensador saxão<sup>10</sup>. A cotidianidade é negada como *locus* natural de convivência e por isso que posições como a de Tourinho Filho (1999, p. 57) se apresentam como irretorquíveis:

Já vimos que seria temeridade deixar aos próprios interessados a incumbência de resolverem, por si sós, os conflitos, os litígios, porquanto ficaria excluída a possibilidade de uma solução imparcial [...] para tanto, era indispensável que semelhante tarefa ficasse a cargo de um terceiro. Não bastava ser um simples terceiro, ou um simples árbitro. Era preciso, antes de mais nada, se tratasse de um terceiro forte demais [...] como facilmente se percebe, somente o Estado é que poderia ser esse terceiro.

Não podendo deixar de fazer justiça ao grande mestre do direito penal, cumpre registrar que na mesma obra, à página 198 ele pontua de modo brilhante a tendência (inclusive) no direito penal sancionador, em nível mundial, da adoção de soluções negociadas. Grande novidade numa área em que a legitimidade da força coercitiva e do monopólio da violência institucionalizada aparece como muita força. Tourinho Filho fala da substituição do princípio da instrução pelo da negociação, aí incluindo a despenalização e descriminalização de condutas.

O efeito social, político e jurídico de um Estado e das relações jurídicas e sociais pensadas assim, com base na conflitividade, é a perda da cotidianidade<sup>11</sup> e da possibilidade do sujeito cidadão se responsabilizar, conforme Castoriadis (2001, p. 27)

[...] enquanto as pessoas deveriam habituar-se a exercitar todas as espécies de responsabilidades e a tomar iniciativas, habituam-se a seguir opções que outros lhe apresentam ou a votar por elas. Como as pessoas estão longe de ser idiotas, o resultado é que elas crêem cada vez menos e se tornam cínicas, numa espécie de apatia política.

A cotidianidade como dinâmica institucional tem que admitir novos arranjos institucionais e não ser tomada apenas como a conformação estática de padrões sociais e comportamentais, individuais ou coletivos. A democracia e a sua feição nas instituições jurídicas e políticas não

<sup>10</sup> Norberto Bobbio (1992) por exemplo, compreende e ‘salva’ a idoneidade de muitos discursos ‘naturalizantes’ como oportunismos históricos manejados contra as imposições das crenças e dos Estados. Assim, mesmo o discurso naturalizante não opera num vácuo da História, mas é condicionado por ela.

<sup>11</sup> Boaventura Santos (2005), afirma que “O direito administrativo organizava o distanciamento cotidiano dos aparelhos do Estado relativamente aos cidadãos e concentrava-se nos mecanismos que reproduziam esse distanciamento, sobretudo através de uma nítida demarcação dos limites de intervenção do Estado” (SANTOS, Boaventura. **A Crítica da razão indolente**. Contra o desperdício da experiência. 5 ed. São Paulo: Cortez, 2005, p.146).

pode ter seus valores excepcionados na dependência da realidade social, pois ela mesma é valor fundante dessa realidade social e não produto dela.

Para N. Luhmann, a ascensão do conflito como a base de tudo faz com que o direito desapareça junto com o consenso cotidiano. É a apoteose de uma compreensão e conseqüências (corretas, a nosso ver, por se situar numa linha de coerência) em que se a realidade fundamental é o conflito: o direito não tem lugar. Para o conflito em seu estado de naturalização ou mesmo como realidade histórica recorrente, basta o poder e violência contratada e monopolizada do Estado, não há necessidade do direito.

Essa persistente e mesmo crível posição teórica de alicerçar o direito (e com ele o Estado e a sociedade) num contexto genético de conflito é onde se fundam as teses autoritárias do exercício do Poder. Este, na sua fase de institucionalização (e uma delas é a burocratização), avoca para sua legitimação um conjunto de leis. Poderíamos, assumindo a simplificação da tese, dizer que a Lei não é o direito positivado, mas na lógica do poder autoritário, vem regular coercitiva e impositivamente na lacuna do direito. Este é tanto mais consensual quanto mais próximo de suas fontes mais legítimas. Quanto mais afastado delas, tanto mais necessita do revestimento legal. Tal movimento, a banir o consenso e a cotidianidade, sempre tem encontrado reações:

Quando é que práticas e uso sociais são considerados costumes e, por isso, abrangidos pelo direito? [...] Consabidamente direito e costume não se diferenciavam nas sociedades primitivas [...] as obrigações eram cumpridas, não por ação decisiva da autoridade, porém pelas imposições das pessoas a si mesmas, espontaneamente, já que os homens necessitam da boa vontade e dos serviços dos seus semelhantes [...] A aprovação pela opinião pública bastava. Não são os litígios que originaram a observância das normas jurídicas, mas as práticas do dia-a-dia. ( SARLET, 1999, p. 51-52).

Epistemologicamente a reflexão acima nasce da análise sobre a relação costume e direito mas representa mais que um esboço de reação à posição teórica que parecia imbatível de um direito afastado do consenso cotidiano e muito próximo da violência e da força tão somente.

### 3 - A cotidianidade, a estratégias e táticas do fazer “transgressor” do homem comum

O homem comum vai escapando das imposições técnicas, dos processos e papéis nela gestados graças a uma resistência silenciosa. Na sua obra recente e instigante, Michel de Certeau trata desse homem comum, o ‘herói do cotidiano’. Ele, por vias criativas, vai alterando os objetos, os códigos, pela ação de uma contínua re-invenção do fazer que o tornam fora do alcance dos controles estritos e das dominações (pelo menos as não consentidas). Em prefácio, Luce Giard (2004, p. 18) sobre essas resistências e táticas, afirma

Certeau sempre discerne um movimento browniano de micro-resistências, as quais fundam por sua vez, micro-liberdades, mobilizam recursos insuspeitos, e assim deslocam as fronteiras verdadeiras da dominação dos poderes sobre a multidão anônima.

Certeau desmascarando a ascendência das organizações sobre indivíduos ou grupos supostamente disciplinados e passivos põe a nu práticas e processos que desafiam a racionalidade das instituições. A reapropriação do espaço e do tempo controlados e disciplinados se opera por meio de uma infundável teia de estratégias e táticas cotidianas de fazer. É uma ação marginal que tem por sujeito uma maioria e que se exerce por uma série de manobras que incluem a cultura o consumo, o direito.

Como o direito (que é um modelo de cultura), a cultura articula conflitos e volta e meia legítima, desloca ou controla a razão do mais forte. Ela se desenvolve no elemento de tensões e muitas vezes de violências a quem fornece equilíbrios simbólicos, contratos de compatibilidade e compromissos mais ou menos temporários. As táticas do consumo, engenhosidades do fraco para tirar proveito do forte, vão desembocar então em uma politização das práticas cotidianas. (CERTEAU, 2004, p. 45)

Para Certeau, o direito dentro dessa função de legitimação e controle, não se afigura mais como dado cotidiano. À sua racionalidade, vai opor a engenhosidade do fazer cotidiano do novo ator que segundo ele “sem cessar, o fraco deve tirar partido das forças que lhe são estranhas [...] a sua síntese intelectual tem por forma não um discurso, mas a própria decisão, ato e maneira de aproveitar a *ocasião*” (CERTEAU, 2004, p. 47).

Tendo em vista o homem ordinário, o “herói comum”, Certeau chama atenção para a visualização dos novos atores no cenário das relações cada vez mais multifacetadas em que se vai

decompondo a modernidade. O superado mito epistemológico de que uma ciência se constrói, em seu discurso, por uma adequação entre *imaginário* e a *racionalidade* não se sustenta sem dificuldades. A emergência do ‘desconhecido’ é uma realidade a ser considerada pela ciência, para cuja descrição Certeau se vale de um empréstimo das artes cênicas;

Os projetores abandonaram os atores donos de nomes próprios e brasões sociais para voltar-se para o coro dos figurantes amontoados dos lados, e depois fixar-se enfim na multidão do público. Sociologização e antropologização da pesquisa privilegiam o anônimo e o cotidiano onde zooms destacam detalhes metonímicos – partes tomadas pelo todo. (CERTEAU, 2004, p. 57).

É o “homem comum” de Freud, o “homem sem qualidade” de Robert Musil, apegado à providência e verdades banais que vai desenhando o cotidiano. Este se configura em várias “insularidades” que vão rompendo o esquema da modernidade. No direito, os microsistemas são uma expressão disciplinada disso e cada vez mais importantes no desenho final da ciência e da técnica jurídicas. Os discursos complexivos e sistemas explicativos generalizantes, que tinham no direito e na ciência sua quintessência, se devem renovar.

O poder disciplinar e multifário que segundo Foucault é a razão e realidade a dar suporte ao poder jurídico, mero legitimador daquele, parece que se vai organizando e ganhando corpo. É questão de acomodar, mesmo as transgressões do cotidiano, dentro dos esquemas de convivência que tornam visível a sociedade organizada, numa série de compromissos de legitimação a *hibrys* de uma sociedade plural. Nesta, o coeficiente de poder não só pressupõe mas se afirma sobre a assimetria e toda uma racionalidade discursiva (o direito como importante nisso) em que “De um lado, o espaço sócio-econômico, organizado por uma luta imemorial entre ‘poderosos’ e ‘pobres’, apresentava-se como campo das perpétuas vitórias dos ricos e da polícia, mas também como o reinado da mentira” (Id. p. 76). O outro lado da moeda, o do espaço do cotidiano, da contínua e criativa reinvenção dos fazeres, como microsistema marginal, de composição com a macrosociedade. A *Hibrys* é a junção desses dois lados num mesmo discurso organizador, regulatório e normativo da lei, da arte, da ciência, da política etc.

Os espaços dessa cotidianidade de resistência, defraudados que foram seus atores dos bens do espaço e do tempo, seja pela divisão geográfica do trabalho e da moradia, seja pela monetarização do tempo, como um último avanço do capitalismo. Há um apelo para o utópico, o religioso, um tempo diferenciado ( a destoar como o tempo marcado e ominoso da macrosociedade) em que

uma formalidade das práticas cotidianas vem á tona nessa história, que reinventam freqüentemente as relações de força e, como as histórias de milagres, garantem ao oprimido a vitória num espaço maravilhoso, utópico. Este espaço protege as armas do fraco contra a realidade da ordem estabelecida. (ib. p. 85)

Esse refúgio do cotidiano no mítico, no utópico, está relacionado causal e operativamente à alienação do tempo e do espaço reais pelas relações dominantes e assimétricas. David Harvey (2005, p. 207), tratando o tempo e o espaço como fontes do poder social diz que “devemos a idéia de que o domínio do espaço é uma fonte fundamental e pervasiva de poder social na e sobre a vida cotidiana”. Os espaços em que se pratica o direito ficando cada vez mais confinados e especializados. Os processos, jurídicos inclusive, caem na malha do ônus. Continua nesse sentido Harvey (2005, p. 207): “Vou explorar o argumento geral de que nas economias monetarizadas em geral e na sociedade capitalista em particular, a intersecção do domínio sobre o dinheiro, o tempo e o espaço forma um nexos substancial de poder que não podemos nos dar o luxo de ignorar”.

O resgate do espaço e do tempo para a malha da cotidianidade, na esfera do jurídico, é tarefa urgente para a sociedade plural sob o Estado Democrático de Direito. Os processos e procedimentos nos espaços e tempos (os custos estão na intersecção dos dois), dos prazos, preclusões, prescrições e decadências, devem ser analisados à luz do fato de que, alienados dos espaços e tempos reais, o refúgio das pessoas comuns passa a ser o utópico (com toda a carga de positividade e negatividade disso decorrente). Afastada dos ritmos naturais, inclusive e mais fortemente nas dimensões do espaço e tempo – categorias básicas da cotidianidade – o processo de monetarização da vida afetou a sociedade em transição para a modernidade, segundo Le Goff (1988). O “preço do tempo” foi uma mudança basilar. Sobre isso, Harvey (2005, p. 208)

[...] simbolizados pelos negócios e sinos, que chamavam os trabalhadores para trabalhar e os mercadores a comerciar, afastados os ritmos ‘naturais’ da vida agrária e divorciados das significações religiosas, os mercadores e mestres criaram uma nova ‘rede cronológica’ em que a vida cotidiana foi aprisionada.

As práticas cotidianas incluem estratégias e táticas do homem comum. Também as astúcias e criatividades. Para Certeau (2004), a generalização das astúcias em um discurso é o que constituiu a cientificidade enquanto discurso<sup>12</sup>. Para Certeau, os termos discurso e procedimento podem englobar todas as práticas cotidianas, com especial preferência pelo segundo termo, pois para ele “as práticas cotidianas estão na dependência de um grande conjunto, difícil de delimitar e

<sup>12</sup> É o que ele afirma na nota de fim n. 17 do capítulo II, na página 325.

que, a título provisório, pode ser designado como o dos procedimentos. São esquemas de operações e manipulações técnicas”(CERTEAU, 2004, p. 109).

### 3.1- O fazer transgressor e o direito diante das alternativas das ciências

Nesse ponto da abordagem, os próprios indicadores textuais e terminológicos – procedimentos, técnicas, - demonstram a proximidade que o tema da cotidianidade tem liminarmente com a ciência jurídica especialmente enquanto técnica de solução, prevenção e composição dos litígios. Foucault, ao trilhar o cipoal de conceitos com os quais procura detalhar o funcionamento das estruturas disciplinares racionais, inspiradas pelas “Luzes”, traça uma dicotomia entre *procedimentos* (cotidianidade) e *ideologia*, esta acabando por deixar de ser uma teoria ou razão geral e complexiva (garantida no aparelho judiciário criado pelos iluministas para racionalizar as penas e as relações jurídicas outras) e se deixa vencer pelos procedimentos dos microsistemas disciplinares das prisões, manicômios, hospitais e quartéis.

As pesquisas de Pierre Legendre (1974) sobre as formas de prevenção, solução e composição dos conflitos na idade medieval, já acentuavam a importância e o lugar próprio dos fazeres e práticas “menores” e cotidianas. Estas estão mais sintonizadas com o perfil de uma sociedade plural, feita na coexistência de um conjunto de ordens e estamentos justapostos em que se rejeita uma imposição de um padrão hegemônico único de solução de lides para todo o conjunto social em seus jogos múltiplos.

A própria configuração multifacetada dos conflitos, a sua inafastável multiplicidade desafia com um sem número de interpretações as hipóteses legais abstratas. A tecnologia do poder, ao final, não revela sua força e pertinência no monopólio de um procedimento, mas na decisão que se mostra bem sucedida na medida em que confere coerência discursiva ao sucesso, ao resultado e não ao conjunto de procedimentos multifários que compõem o processo. Uma das expressões disso no processo judicial é a sentença homologatória em arbitragem, quando a coerência informativa e discursiva da sentença aperfeiçoa a relação jurídica.

A etnologia, perscrutando as experiências conviviais dos grupos humanos mostra a necessidade de uma teoria das práticas que vá até o campo do não discurso, daquilo que não foi verbalizado. Esse limite das práticas não discursivas, no caso do direito, desafia a teoria jurídica a ter uma teoria sobre a *praxe* no direito. È sempre fácil sobrepor um discurso, uma construção

teórica sobre outra, especialmente em se considerando que o direito (e sua teoria, por conseguinte) não é exclusivamente ‘autopoiético’. Sobre esse movimento científico que tem por escopo conferir um discurso racional às experiências e fazeres ‘tradicionais’, Boaventura Santos (2005, p. 175) faz um resgate de sua história recente das pesquisas etnológicas ao afirmar que

[...] Evans-Pritchard (1969), no Sudão, de Gulliver (1963) e Sally Moore (1970) na África Oriental, de Gluckmann (1955) e Van Velsen (1964) na África Central-austral e de Bohannan (1957) na África Ocidental tiveram um impacto decisivo no desenvolvimento da sociologia do direito. Deram a conhecer formas de direito e padrões de vida jurídica totalmente diferentes dos existentes nas sociedades ditas civilizadas; direitos com baixo grau de abstração, discerníveis apenas na solução concreta de litígios particulares, direitos com pouca ou nenhuma especialização em relação às restantes atividades [...] mecanismos de resolução de litígios caracterizados pela informalidade, rapidez, participação ativa da comunidade, conciliação ou mediação entre as partes através de um discurso jurídico retórico, persuasivo, assente na linguagem comum.

São descobertas da etnologia e da etnometodologia já presentes nas primeiras pesquisas antropológicas dos séculos XX e XIX, mas a tradução delas para o universo da ciência jurídica, com foco epistemológico diverso de um discurso cultural e civilizacional, o da antropologia, é recente. Acrescente-se para efeito de ilustração, pela riqueza teórica, a produção intelectual de Pierre Bourdieu na sua reflexão sobre as estratégias matrimoniais (e jurídicas, em muitos aspectos) das observações participantes no Béarn e na Cabila<sup>13</sup>. Habermas (1997) mostra-se descrente dessa alternativa comunitarista das tradições bem sucedidas à derruição da razão prática na moldura da filosofia do sujeito. Assim como reage ao funcionalismo de Luhmann que advoga uma autonomia e autopoiésis de cada sistema e ao discurso da pós-modernidade. Para ele, a modernidade ainda está em construção e no caso do direito, a razão comunicativa substitui com vantagem a razão prática.

#### **4 - Cotidianidade, práticas e práxis: a burocratização do direito e as reações.**

A cotidianidade no direito traz o tema da *práxis*, categoria conceitual que trata da atividade material da pessoa humana para além da mera consciência. A pesquisa e produção jurídicas no campo específico da prevenção e solução de conflitos podem iluminar-se com a abordagem da

---

<sup>13</sup> Estão os resultados presentes em várias obras de Pierre Bourdieu, livros e entrevistas. De especial relevância são as provocações epistemológicas e de metodologia da pesquisa social inovadores do estudioso francês.

*práxis* como caminho epistemológico de superação de uma racionalidade sistêmica de tipo hegeliano, não obstante a pertença do termo à literatura marxista em que a percepção sistêmica da realidade ter muito de hegelianismo.

Na concepção hegeliana a consciência abstrata está alçada acima da consciência comum gerada e gerida nos processos históricos e sociais. O jurídico é um desses processos. Mas a consciência comum, mesmo nessa proximidade dos processos acima citados, mesmo situada no campo das ações e percepções coletivas mais reais, não consegue ela mesma revelar a riqueza da *práxis*. A desconfiança das capacidades e possibilidades do homem comum passa para a racionalidade, deixando ver como a cotidianidade dos fatos e relações tem um histórico de negações no quadro da racionalidade moderna em qualquer matiz programática ou ideológica venha ela, a negação, assumir. Quanto a essa insuficiência consciência comum em revelar a *práxis* diz Vasquez (1986, p. 7) que uma proximidade gerativa em que uma gerasse o sentido da outra

]

[...] significaria erigir esta última [a consciência comum] em consciência por excelência da *práxis*. E isso só poderia ser feito, a seu turno, sobre a falsa base de que o homem comum, corrente, por viver o mundo prático-utilitário, ou no reino das necessidades imediatas e dos atos para satisfaze-las, está mais perto de uma concepção verdadeira da *práxis* do que o filósofo [...] o homem da prática cotidiana tem uma concepção mais autêntica da prática.

Essa necessidade de colocar a reflexão sobre a própria prática para além das possibilidades da consciência comum, posição de uma teoria que teme o comum, o cotidiano, como lugar da reação e do conservantismo, resvala numa teorização da prática que na experiência do socialismo real, por exemplo, resultou no incremento da burocracia. Aqui, a *práxis* abstraída do cotidiano e idealizada em teorias, por vezes degradada em procedimentos burocráticos, se afasta do jogo criativo do cotidiano negado: “A *práxis* se burocratiza onde quer que o formalismo ou formulismo dominem, ou, mais exatamente, quando o formal se converte em seu próprio conteúdo na prática burocrática o conteúdo se sacrifica à forma, o real ao ideal, o particular concreto ao universal...” (VASQUEZ, 1986, p. 261).

A experiência histórica, no caso brasileiro, do descompasso entre a necessidade de proteção jurídica e o compromisso do Estado com a lógica da acumulação, contribui para lançar o direito, a administração estatal da justiça, para fora do campo da cotidianidade. Direito, na



relação dialética população-Estado foi sempre prejudicado pelas inconfessáveis (mas reais) inclinações do Estado pela manutenção da acumulação e concentração de bens em detrimento da equidade. Esta é um dos pilares axiológicos e jurídicos de um direito cotidiano. Sobre isso, o icônico trabalho de Wanderley Santos (1987), ao traçar um histórico das políticas sociais no vacilante espectro das leis desde a independência do Brasil, revela em tons firmes como a cotidianidade da justiça e do direito foi sendo expulsa: brasileiros perplexos com a artificialidade e inefetividade das leis, muitas vezes. O recurso à codificação e à solução legiferante são traços da cultura jurídica e institucional brasileira em que a complexidade das questões nacionais se resolve na inefetividade das manipulações simbólicas.

Caso, só para ilustrar, o da Lei 4.214/63, o Estatuto do Trabalhador Rural, que para Santos (1987, p. 31) “revelou ser apenas outro exemplo de manipulação simbólica dos estatutos legais, uma vez que não lhe foram definidos os meios materiais – financeiros e outros – de operação efetiva”. A reflexão sobre a cotidianidade passa pela da efetividade das leis, criadas no ambiente insólito e artificial de um estado-provedor, mas comprometido com a acumulação, elas são infrutíferas. Emblemático é o caso do trabalhador rural: sua condição de vida, calcada na espontaneidade das relações e informalidade da vida, num quadro institucional de um Estado cujo direito desconsidera a cotidianidade, fica profundamente debilitado. Ele não pode demandar por salvaguardas jurídicas por falta de lastro documental de sua condição.

No caso da efetivação dos direitos sociais, notar que na sua demanda tanto administrativa quanto judicial, silenciada está a *cotidianidade*: ao interessado cabe, frente à complexidade das relações prestacionais sociais que “oneram” o Estado fazer prova do que é e do que pretende. Interessante, no que tange à conquista de direitos sociais, a igualar o Brasil e toda as experiências internacionais, é o que nota Wanderley Santos (1987, p. 15): “sem manifestar excessiva originalidade em relação à experiência internacional, é o comportamento da burocracia civil e militar do estado que consegue, em primeiro lugar, privilégios de proteção social”. Pode-se assim dizer, que a *cotidianidade* não foi absolutamente expurgada nas relações institucionais do Estado Moderno, mas que ela foi ‘privatizada’ e mantida sob monopólio de alguns setores, no caso a burocracia (a “nova corte”), de um modo degradado em privilégios.

Isso porque, para esse segmento burocrático, a *cotidianidade* no trato com o poder e as benesses dele advindas, garantiam uma demanda por sua implementação. O direito positivo e formalizado permanece ainda hoje como algo mágico no cotidiano. O domínio do discurso formal

e dos processos diferencia a burocracia do resto da sociedade. Esse algo mágico e ao mesmo tempo formal se corporifica na linguagem cifrada e especializada do Foro, a tal ponto que mesmo quando o princípio da oralidade se impõe teoricamente no processo judicial, lentamente a *praxe* vai tornando vazia essa dimensão do processo, da fala e do debate vivos, e vai se recuperando os procedimentos escritos<sup>14</sup>. A oralidade é outra faceta produzida pela cotidianidade (achada ou perdida) no processo judicial, ao sabor das reformas produzidas pela Lei ou pela práxis dos julgadores. A burocracia retraduz isso em dificuldades ao acesso à justiça pela população.

Reflexo disso é a abstenção em procurar socorro na burocracia, especialmente a judiciária, quando feridos direitos. As amostragens estatísticas, malgrado toda a faculdade ampliada do acesso à justiça, o revelam. O PNAD – Pesquisa Nacional de Amostragem Domiciliar - de 1988, pela 1ª vez se incluiu elementos referentes à Justiça e conflitos levados à esfera da decisão judicial. Comentando os resultados da referida pesquisa, Sarlet (1999, p. 65) afirma que

[...] levando em conta apenas o último conflito em que as pessoas estiveram envolvidas, 45% dos entrevistados entraram com a ação judicial e 55% não fizeram apelo ao Judiciário. [...] resolveu por conta própria; Justiça não resolve e não sabiam como utilizar a Justiça são os motivos que correspondem a 60,40% dos casos. Esta desafeição em relação à Justiça não decorre, como vemos, de uma perspectiva de soluções informais, [...] mas de uma insuficiência da justiça e do direito.

As soluções informais (melhor dizer, laterais) não são buscadas, muitas vezes, por uma falta de compreensão do valor da cotidianidade e do consenso e também por insuficiência da justiça como acentuam os autores citados. “A justiça caracteriza-se como uma práxis humana, cuja pretensão é a resolução das questões próprias da vida social” (DIAS, 2003, p. 70). Mas é dever do cientista jurídico precisar melhor essas respostas reativas, pois elas podem partir de sujeitos muito distintos em seus propósitos e potencial de opção. Bem diversas são também as ordens normativas nas quais esses sujeitos se inserem no pluralismo jurídico e na infra-estatalidade dos exercícios criativos e alternativos inoficiais de solução e prevenção ou (mera expressão) dos conflitos.

---

<sup>14</sup> Na contramão disso, a lei 11.187/2005, impõe um exercício da oralidade nos processos, quando da interposição do recurso de agravo, como já dissemos na nota anterior. Mas fica a suspeita de que isso seja apenas uma técnica para dificultar o emprego de recursos contra decisões interlocutórias, especialmente os que sobem em autos apartados para os tribunais.

Os diversos atores especializados na área jurídica também passam a operar de um modo mais o menos subsidiário dos sujeitos envolvidos nessas modalidades ‘laterais’ e suas competências e expectativas. Bem distintas são esses aspectos nos dois extremos de sujeitos que estão lateralmente situados às soluções formais jurídicas: os excluídos ou socialmente incapacitados e os ultra-incluídos nas transações e negócios globais da nova economia de escala mundial.

Os sujeitos dessas práticas ‘laterais’ estão nos segmentos que cronicamente padecem de um distanciamento e estranhamento ante o Poder Judiciário e outras instâncias de decisão formais, podendo ser mesmo o “Mercado” (este também sujeito à burocratização) e a Administração. Mas também podem ser vinculados ao mundo globalizado das relações de trocas cuja dinâmica mais acelerada, não permite aos negócios a subordinação aos procedimentos judiciais morosos e tendem a fugir da territorialidade legal quando esta se mostra desfavorável. Soluções rápidas e objetivas, em certo grau ditadas pela indiferenciação de competências entre o jurídico e o econômico, abrem novas possibilidades para o profissional do direito e fornece material enriquecido para a pesquisa jurídica. Essa pluralidade de ordens normativas, encontra-se diagramada em artigo de José Eduardo Faria (Lima Jr. 2005, p. 41):

#### Tipos de ordem normativa e suas práticas judiciais

<b>Tipos de ordem e características</b>	Lex Mercatória e direito da produção	Direito inoficial	Direito positivo	Direito marginal
<b>O que está em jogo</b>	Tensões não declaradas publicamente	Conflitos materiais	Litígios jurídicos processuais	Agressões
<b>Objetivos</b>	Relações continuadas	Soluções substantivas	Soluções formais	Contestação
<b>Tipos de norma</b>	Pragmática e casuística	Soluções	<i>Ad hoc</i> Direito codificado	Lei do mais forte
<b>Racionalidade</b>	Procedimental	Material	Formal	Irracional
<b>Modo de formalização</b>	Contratual	Negociação	Aplicação	Ausência de formalização
<b>Tipo de procedimento</b>	Transação/mediação	Conciliação/arbitragem	Decisão	Punição e repressão
<b>Grau de institucionalização</b>	Organização flexível e sistemas auto regulados.	Campo social semiautônomo.	Campo normativo estatal	Marginalidade social e criminal
<b>Efetividade do Direito</b>	Por aceitação e inclusão	Por adaptação ao contexto	Pretensão aplicabilidade universal	Desafio contínuo à ordem



Percebe-se nesse quadro a “decomposição” proposta pelo autor em quatro ambientes jurídicos em que se resolvem, por linhas gerais, a pluralidade das ordens normativas. Ao lado das já citadas duas ordens, a dos segmentos sociais e defeituosamente incluídos que se utilizam do ‘direito inoficial’ e dos setores produtivos globalizados que repelem as soluções judiciais porque estas lhe afetam o precioso capital que é o tempo, existem ainda os setores que operam sob o ‘direito marginal’ e cuja relação com o conjunto social política maior pode resumir-se à mera justaposição.

Os que utilizam o espaço do ‘direito positivo’, o mais proximamente gerido pelo Judiciário ou outras instâncias decisórias formais, parece mais provável serem os setores cujos negócios jurídicos devam ser formais ou que suportem economicamente a demora das decisões judiciais, caso das demandas patrimoniais e de estado, bem como aquelas contra a Fazenda Pública.

##### **5 - A efetivação da cotidianidade no direito: aspectos e movimentos a serem considerados**

Não podia passar como normal o exílio da cotidianidade no direito, mesmo que negando uma vinculação natural entre direito e cotidiano. Basta olhar a história do evoluir dos institutos jurídicos em vista de três aspectos nos quais vemos a revalorização do cotidiano no direito: os incrementos processuais quanto às responsabilidades das partes nos atos do processo, o aumento das margens de liberdade e discricionariedade para a decisão do juiz e as novas técnicas de composição, transação, conciliação e arbitragem que representa um re-empoderamento das partes no processo, mormente o civil.

A presença dos elementos do cotidiano na positividade do direito legislado também irrompe de modo muito claro, especialmente nas produções legislativas recentes: a ação monitória, um misto de processo de conhecimento e executivo, calcado em documento escrito sem eficácia de título executivo, a antecipação de tutela e medidas cautelares, a disciplina probatória dentre outros, trazem uma mais ou menos aguda prevalescência da cotidianidade sobre a formalidade racionalizada do direito posto.

De um modo geral a presença do cotidiano no direito é tão preponderante que qualquer tentativa de enumeração dos elementos dessa presença há que ser pela via da exclusão: definindo as convenções jurídicas positivadas (ritos, presunções, prazos, por exemplo) mais formais, todo o

resto (e mais alguma coisa, pois a convenção opera sempre sobre um elemento fático bem cotidiano – o tempo, por exemplo) é do acervo da cotidianidade sob formatação jurídica<sup>15</sup>

### 5.1 - A reforma processual civil: a cotidianidade e a transgressão

Adentrando os incômodos mas necessários limites da produção legislativa e sua interface com o tema do cotidiano, iniciamos por dizer que no direito material há uma maior pertinência com o cotidiano. É que esse direito reflete mais imediatamente as necessidades humanas e jogos políticos que fazem explicitar os direitos em leis. O campo processual, mais marcado pelas convenções (embora não se possa negar, e aqui não se pretende fazê-lo, absolutamente que não haja composições políticas na disciplina processual), permanece mais afastado do cotidiano.

A reforma do processo civil, pelas leis 10.352 e 10.358 ambas de 2001 e a 10.444 de 2002, no escopo de reforma gradual será abordada como chave ilustrativa do reforço da dimensão do cotidiano no direito. Elas não destoam, mas se afinam com um movimento legislativo mais amplo em direção a uma materialidade das relações jurídicas, que inclui a nosso ver, o norte da reforma do judiciário pela Emenda 45 de 2004.

#### 5.1.1 A lealdade e responsabilidade das partes

A alteração do artigo 14 do CPC pela reforma trazida com a lei 10.358 de 27 de dezembro de 2001, impôs o “dever” o que antes apenas ‘competia’ às partes e procuradores no que tange à boa fé e lealdade processuais.

Art. 14. São deveres das partes e **de todos aqueles** que de qualquer forma participam do processo:

V - cumprir com exatidão os provimentos mandamentais e não criar embaraços à efetivação de provimentos judiciais, de natureza antecipatória ou final. **(grifos nossos)**

Ampliou-se o rol das pessoas obrigadas com esses valores e exigências para minorar a situação de uma justiça sinistrada por artimanhas e embustes orquestrados pelos litigantes. Ultrapassando a mera topologia da questão, a discussão mais de fundo é como fazer que o

---

<sup>15</sup> E aí a lista é extensa: a disciplina dos contratos, institutos como a boa fé, a força maior, o caso fortuito, o estado de necessidade, a conciliação, a representação, a gestão de negócios, conceitos como o de “bom pai de família”...

processo judicial, num distanciamento crescente da cotidianidade, vitimado por um sobre-investimento de fórmulas e (veremos mais adiante) de casuísmos, institutos próprios da cotidianidade como a boa fé e lealdade se re-inserem.

O processo judicial de há muito deixou de ser guiado pelo escopo da busca cooperativa de solução ( e nem se sabe se um dia foi). A tal triangulação clássica, segundo Camiña (2003, p. 26) “A imagem romântica da relação processual com o autor elaborando a tese (pretensão), o réu a antítese (defesa) e o juiz ao final a síntese (a decisão final) com todos obrando para a melhor qualidade da relação processual é, a nosso juízo, ingenuamente perigosa”. A litigiosidade do processo judicial coloca de tal modo as partes em oposição<sup>16</sup> que com razão afirma Liebman: “ *il processo civile, com la sua struttura contradditoria in cui a ciascuna parte è affidato il compito di sostenere le proprie ragioni, è essenzialmente refrattario a una rigorosa disciplina moralistica*” (Apud CAMIÑA, 2003, p. 26).

No artigo reformado indica a aplicação de uma multa aos que agem contra seu teor, mas moral<sup>17</sup> e judicialmente fica difícil impor uma sanção que resultaria perfunctória, quando o litigante na arena da lide vê-se acuado. A cotidianização do processo é que poderia trazer de volta a lealdade e a boa fé para o seu campo original e autêntico do discurso, sem o que o seu sentido fica decomposto.

As palavras dizem tudo ou nada a depender de seu *locus* discursivo e o da boa fé e lealdade processuais não é certamente o das relações formais litigiosas e judicializadas, típicas da modernidade hobbesiana. Também a criatividade ‘transgressora’, aquela da contínua reinvenção dos fazeres, é um valor nesse cenário de cotidiano, mas não o é no cenário do conflito formalizado nos processos judiciais. O conflito nessa feição de processo, aparece como o mais disciplinado e não criativo agir humano e social.

Outro aspecto da reforma processual eleita como ícone para efeito de visualização deste trabalho é o conceito ampliado de ‘partes’ no processo. Sabido é que as contendas que vão a juízo não se circunscrevem às partes litigantes e o juiz, mas desbordam para uma série de outras relações e atores. A técnica processual já acolheu tal realidade na figuras tipificadas dos ‘terceiros’, dos ‘assistentes’, ‘testemunhas’ e ‘auxiliares da justiça’. Todos relacionados com o processo. A responsabilização destes pelo ferimento dos princípios da boa fé e lealdade

<sup>16</sup> Interessante seria um estudo acerca das ‘razões’ subjetivas e objetivas nos contextos de consensualidade e naquele outro oposto da conflitividade.

<sup>17</sup> Basta lembrar o chavão processual de que o que “não está nos autos, não está no mundo”. A verdade do fato e da pessoa pouco interessa se não se pode manifestar nos limites dos critério do processo, que valoriza a verdade formal.

processuais é que é novidade, esta resultando amenizada com a ambiência conflituosa do processo.

Essa consideração da pluralidade das partes, já com propósitos sancionadores do art. 14, no parágrafo único, a imposição de multa, reaparece no art. 253, modificado pela lei em comento, a lei 10.358 de 27 de dezembro de 2001.

Art. 253. Distribuir-se-ão por dependência as causas de qualquer natureza:

I - quando se relacionarem, por conexão ou continência, com outra já ajuizada;

II - quando, tendo havido desistência, o pedido for reiterado, mesmo que em litisconsórcio com outros autores.

O inciso II é que tem a ver mais diretamente com a temática do presente trabalho, pois trata-se de um casuísmo inserido na lei par evitar a ‘escolha do juiz’ e a distribuição dirigida, a burla processual a se vincular à boa fé e lealdade processuais. Denota a dificuldade de conviver com o cotidiano a positividade das leis, mormente a lei processual, mais formal. Camiña (2003, pp. 74 e 75) explica o que a reforma do processo pretendeu evitar:

A conduta que se tentou evitar com a nova norma é verificada com certa frequência, em especial junto à Justiça Federal. A burla à distribuição pode se dar de duas formas. Tendo um cliente que necessita de uma tutela de urgência (seja uma liminar, cautelar ou tutela antecipada), o advogado elabora dez petições iniciais idênticas, distribuindo todas elas. Aguarda a análise do pedido de tutela de urgência e, ao obtê-la, desiste de todas outras ações. A outra prática é ainda mais engenhosa, e pode até mesmo ser conseqüência da primeira. Distribuem-se diversas demandas similares, cada qual com um autor. Obtendo o autor a tutela de urgência, em uma ou mais, imediatamente desiste de todos os outros processos onde a mesma foi negada e ingressa na demanda já com a tutela de urgência deferida em litisconsórcio ativo ulterior.

Entre as discussões doutrinárias resta a insólita situação de ter de se alterar uma lei para coibir uma prática. A discussão passa pelos institutos processuais da litispendência, da coisa julgada formal e das faculdades litisconsorciais que se inserem bem no cerne da economia processual e garantia de sentenças não contraditórias. Agora, pela reforma, mesmo que um autor desista da ação em que foi-lhe negada a tutela de urgência, não pode ele aderir em litisconsórcio a outra ação em que aquela tutela foi deferida e se beneficiar desse deferimento. A Justiça, que permite a flutuação política das decisões de seus órgãos, tenta coibir mediante a lei, reações legítimas e não imorais dos clientes da prestação jurisdicional.



Isso resulta da esquizofrenia no processo (e no direito positivo, em geral) que opõe direito e cotidianidade e suas estratégias alternativas à formalidade ritualizada de um processo pensado politicamente para ser *locus* do poder do Estado liberal. Tal esquizofrenia se revela em muitas outras nuances, como afirma Lorenzetti (1998, p. 232)

O liberalismo é formal e não material. Não estabelece o que é uma ‘boa vida’, mas limita-se a descrever procedimentos legítimos para que cada um decida o que quer fazer; uma ética liberal deve ser necessariamente abstrata, não metafísica. Como afirmamos, este procedimento na vida privada, e sem complementos, pode levar a uma descontinuidade com o social, a uma conduta esquizofrênica.

A lide judicial tal como se apresenta *in concreto* está longe da abstração e para ela passa a valer regra que a cada contendor compete manejar tudo que puder em socorro do seu direito, já violado quando arrancado do seu *locus amoenus* da inclusão social em forte é a demanda por cotidianidade. O legislador reformador esquece um aspecto quanto à aferição da competência do profissional do direito e da lide como uma luta simbólica e esta propõe aos cursos jurídicos um resgate da cotidianidade e politicidade dos cursos à medida em que o domínio destas é que faz o profissional competente. Corroborando essa linha de pensamento, assevera De Leon (2004, p. 41) “Com efeito o conteúdo prático da lei que se revela no veredicto é o resultado da luta simbólica entre profissionais dotados de competências técnicas e sociais desiguais”, ou seja profissionais que aproximem os dois aspectos pelos quais se manifestam as artes do fazer cotidiano: o discurso e o procedimento.

A boa fé e lealdade processual das partes, mormente de seus procuradores, nessa luta simbólica, não podem ser tomadas de modo anódino e abstrato quando a realidade do processo é recheada de parcialidades e impacto concreto na história dos litigantes, nunca mais restituídos ao *statu quo ante*.

### 5.1.2 Outros aspectos da reforma processual

A reforma processual, que pode ser tomada de modo mais abrangente se considerarmos todo um movimento em que pontuaram mais fortemente a Lei 9.099/95 dos Juizados Especiais Cíveis e Penais, passando pela Lei 9.307/96, da Arbitragem e 10.259/2001, dos Juizados Especiais na Justiça Federal, se aproxima de elementos da cotidianidade como o consenso, a

responsabilidade das partes perante o processo e o incremento da faixa de discricionariedade do julgador.

Em rápidas linhas, tracemos outros pontos da reforma no corpo específico das leis anteriormente mencionadas. A Lei 10.352, de 2001, por exemplo, ao modificar o art. 475, § 2º, usa de um expediente convencional e casuístico, a fixação de um valor de alçada de 60 salários mínimos, em cujo limite afastou no recurso *ex officio* nas condenações das Fazendas Públicas.

No parágrafo terceiro do mesmo artigo, a reforma retirou igualmente do duplo grau de jurisdição necessário as condenações da mesma fazenda quando fundada a sentença em jurisprudência ou súmula dos tribunais superiores.

A Lei 10.358 de 2001, por sua vez, ao modificar o art. 584 do CPC os incisos III e VI, conferem mais força e valor aos atos negociais chancelados em juízo, entrando o judiciário no mérito ou não do negócio jurídico. Trata o referido artigo do rol de títulos executivos judiciais, aos quais insere a decisão judicial homologatória de ato negocial entre particulares como um título executivo judicial e o inciso IV confere tal *status* à sentença arbitral. Isso representa um salto emancipatório, apesar das reações legítimas que facultades como essa costumam suscitar<sup>18</sup>, pois o ambiente dominante do processo civil é da litigiosidade. O art. 407, alterado pela mesma lei, acrescenta na qualificação das testemunhas apresentadas em juízo o endereço de trabalho, mais uma homenagem ao aspecto de cotidianidade da vida.

A Lei 10.444 de 2002, última a ser editada até a presente data<sup>19</sup>, alterou a redação do art. 331 e inseriu um § 3º em que se ampliaram as possibilidades de transação em matéria cível. A redação anterior falava em “direitos disponíveis” e como tais os de caráter patrimonial. A alteração para “direitos que admitam transação” ampliam as hipóteses negociais, pois mesmo aspectos transacionáveis inseridos em debate judicial acerca de direitos indisponíveis, a mensuração econômica. Wambier (2002) e Farias (2001) lembram da possibilidade do objeto do acordo não ser o objeto do processo, podendo haver composição quanto a aspectos laterais dos direitos indisponíveis tratados em juízo.

## 6 - Considerações finais

---

<sup>18</sup> Claro é que sempre se pode questionar o conceito kantiano e iluminista da pessoa humana como sendo o que dotado de autonomia e livre vontade legisladora. Há um discurso aí que nega os acidentes assimétricos nas relações sociais e as redes de dependência e necessidade que justificam um estado tutelar e interventor nos negócios privados.

<sup>19</sup> Este trabalho foi escrito entre 10 de setembro de 2005 e 10 de outubro de 2005.

É ainda uma construção teórica e prática muito aberta a que trata da cotidianidade no direito, haja vista que o *standard* da racionalidade moderna, e sua irrupção no direito, é dominante. O que não exclui que uma dialética comunicativa como quer Habermas (1997) faça irromper dessa razão de uma modernidade ainda em construção, as artes e estratégias do cotidiano. No caso específico do agir do profissional do direito, na esteira de uma renovação dos cursos jurídicos, cabe muito bem para concluir este trabalho, sem pretender esgotar o diálogo entre as diversas contribuições dos estudiosos nele arrolados, evocar o sentido da ação de Hannah Arendt.

A politóloga alemã Hannah Arendt, ao tratar da condição humana, fundamenta esta na interação entre a pluralidade dos homens pela *ação*. Distingue Arendt (2004) entre a *ação*, o *labor* que é condição humana do metabolismo que garante a sobrevivência espontânea do corpo e o *trabalho* que é a conduta artificial de produzir coisas diferentes do mundo natural<sup>20</sup>. Para Arendt (2004, p. 15)

A ação, única atividade humana que se exerce diretamente entre os homens sem mediação das coisas ou da matéria, corresponde à condição humana da pluralidade, do fato de que homens e não o Homem, vivem na terra, habitam o mundo. Todos os aspectos da condição humana têm alguma relação com a política.

A cotidianidade em seu amplexo abarca a politicidade das situações, ou seja, a leitura e compreensão destas no conjunto de valores, jogos de força e convencimentos que se operam em nível simbólico no conjunto social tomado. A ações mais ainda, pois estas são a própria expressão da politicidade. A condição humana para Arendt se resolve na pluralidade e nesta a rotina é a política, a “*vita activa*”. Arendt diferencia o político do social, em sintonia com os gregos, para quem a sociabilidade também sendo dos animais, não é traço distintivo para o *zoon politicon*.

O empobrecimento da ação, e nisto acenamos para o direito, se dá, segundo Arendt, com a perda do espaço político e público, o predomínio da *gens*, do *oikos* sobre a *polis*. Esta é o espaço da ação, da política. A família tem outro valor. O resultado, conforme Arendt (2004, p. 35) é que

[...] a ação e o discurso separaram-se e tornaram-se atividades cada vez mais independentes. A ênfase passou da ação para o discurso, e para o discurso como meio de persuasão [...] o ser político, o viver numa *polis* significava que tudo era decidido mediante palavras e persuasão, e não através da força ou da violência

---

<sup>20</sup> Mais rica ainda a distinção de Arendt do que a que simplesmente opõe cotidiano e praxe.

Na senda das esquizofrenias do Ocidente, estão além do direito e cotidiano, discurso e ação, formalidade e materialidade, dentre outras tantas. Para o direito, seguindo a pista arendtiana, se o espaço da necessidade e dos desiguais é aquele privado, o da família e o espaço público é o das liberdades, o dos iguais, surge a importância da instância unificadora: a *ação* e esta amparada, alicerçada num discurso, expressão de autoconhecimento da ação. Fazer refletido, ação competente em que a pluralidade dos atores e a complexidade das situações fazer emergir a necessidade do trabalho de pesquisa multi e interdisciplinar para prover de competência e instrumental adequado o profissional jurista.

O alargamento das matrizes de referenciamento teórico do fazer jurídico-judicial amplia as possibilidades de adaptação e *aggiornamento* das práticas sempre tangidas pela dinâmica das transformações e acomodações políticas do Estado e sociedade.

## Referências

- BEZERRA, Paulo C. S. **Acesso à justiça: um problema ético-social no plano da realização do direito**. São Paulo: Renovar, 2001.
- BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. 19 reimp. Rio de Janeiro: Campus, 2004.
- BOURDIEU, Pierre. **Coisas Ditas**. Trad. Cássia R. da Silveira. Editora Brasiliense. São Paulo. 2004.
- CAMIÑA, Alberto M (e outros). **Nova reforma processual civil comentada**. 2 ed. São Paulo: Método, 2003.
- CASTORIADIS, Cornelius. **A instituição imaginária da sociedade**. 3 ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1995.
- CERTEAU, Michel de. **A invenção do cotidiano: as artes de fazer**. 10 ed. Petrópolis: Vozes, 2004.
- DE LEON, Adriano. **O cárcere das palavras: o poder simbólico da linguagem jurídica**. In **Verba Júris**. v.3 n.3. João Pessoa: Editora UFPB, 2004.
- DIAS, Maria das Graças dos S. **A justiça e o imaginário social**. Florianópolis: Momento Atual, 2003.

FARIAS, Cristiano Caves de. Audiência preliminar no processo civil moderno. *In: A segunda etapa da reforma processual civil*. Coord. Luis Guilherme Marinoni e Fredie Didier Jr São Paulo: Malheiros, 2001.

FARIA, José Eduardo. A crise do judiciário no Brasil. *In: Independência dos juizes no Brasil*. LIMA Jr, Jayme Benvenuto (Org). Recife: GAJOP; Bagaço, 2005.

HABERMAS, Jürgen. **A Inclusão do Outro**. Trad. George Sperber e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, 2002.

\_\_\_\_\_. **Direito e democracia: entre a facticidade e validade**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997

HARVEY, David. **Condição Pós-Moderna**. 13 ed. São Paulo: Loyola, 2004.

IANNI, Octávio. **Pensamento Social no Brasil**. Bauru: EDUSC/ANPOCS, 2004.

LEGENDRE, Pierre. **L' amour du Censeur: essai sur l'Ordre dogmatique**. Paris: Seuil, 1974.

LÊ GOFF, J. **Time, work and culture in the Middle ages**. Chicago: Illinois press, 1980.

LORENZETTI, Ricardo Luís. **Fundamentos do direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

LUMIA, Giuseppe. **Elementos de Teoria e Ideologia do Direito**. São Paulo: Martins Fontes. 2003.

REIS, Palhares Moreira. **O estado e seu ordenamento jurídico**. Recife: Universitária, 1975.

SALDANHA, Nelson. **Filosofia do Direito**. São Paulo – Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

SANTOS, Boaventura S. **Pela mão de Alice. O social e o político na pós-modernidade**. 10 ed. São Paulo: Cortez, 2005

\_\_\_\_\_. **A Crítica da razão indolente**. Contra o desperdício da experiência. 5 ed. São Paulo: Cortez, 2004.

SANTOS, Wanderley G dos. **Cidadania e justiça. A política social na ordem brasileira**. 2 ed. São Paulo: Campus, 1987.

SARLET, Ingo W. (Org). **Direito Público em tempos de crise**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

TOURINHO FILHO, Fernando C. **Prática de processo penal**. 21 ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

VAZQUEZ, Adolfo S. **Filosofia da Práxis**. 3 ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986.

WAMBIER, Luís Rodrigues. **A nova audiência preliminar. art. 331 do CPC**. *In: RePro 80/32*.