

**XXV ENCONTRO NACIONAL DO
CONPEDI - BRASÍLIA/DF**

**TEORIAS DA JUSTIÇA, DA DECISÃO E DA
ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA**

ILTON NORBERTO ROBL FILHO

ROBISON TRAMONTINA

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

T314

Teorias da justiça, da decisão e da argumentação jurídica [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UnB/UCB/IDP/UDF;

Coordenadores: Ilton Norberto Robl Filho, Robison Tramontina – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-205-7

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO E DESIGUALDADES: Diagnósticos e Perspectivas para um Brasil Justo.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Teorias da Justiça. 3. Teorias da Decisão. 4. Teorias da Argumentação Jurídica. I. Encontro Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Brasília, DF).

CDU: 34



CONPEDI

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito

XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF

TEORIAS DA JUSTIÇA, DA DECISÃO E DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA

Apresentação

Entre os dias 06 a 09 de Julho de 2016, ocorreu em Brasília, o XXV Encontro Nacional do CONPEDI. Entre os diversos Grupos de Trabalhos (GT), tivemos a oportunidade e a satisfação de coordenar o GT Teorias da Justiça, da Decisão e da Argumentação Jurídica I. As Teorias da Justiça e da Argumentação Jurídica encontram lugar de destaque tanto nos campos da filosofia como na prática e no pensamento jurídicos. Desse modo, os debates desenvolvidos nesse campo temático permitem uma rica construção interdisciplinar e a partir de diversas perspectivas sobre a estruturação do Estado, da sociedade civil e do conjunto de direitos. Não escapam ainda do debate das Teorias da Justiça e da Argumentação Jurídica o processo de construção das normas jurídicas e a sua aplicação no seio das sociedades complexas.

As apresentações e os debates, na ocasião, foram de altíssimo nível e instigantes.

Os artigos que constituem esta obra passaram por avaliação prévia (double-blind review), foram apresentados e discutidos no GT supracitado. São textos de alta qualidade redigidos por pesquisadores que se encontram em estágios diferentes de suas respectivas investigações. Expressam, cada um a sua maneira e no interior do seu campo investigativo, a evolução recente da pesquisa jurídica no Brasil.

Para assegurar unidade temática e organicidade à obra, os trabalhos foram organizados em três blocos temáticos, a saber: a) Teorias da Justiça, b) Teorias da argumentação Jurídica e c) Teoria da Decisão Judicial.

Prof. Dr. Ilton Norberto Robl Filho (UPF)

Prof. Dr. Robison Tramontina (UNOESC)

**CAMPO JURÍDICO E REPRESENTAÇÕES SOCIAIS: ANÁLISE SOBRE A
INSUFICIÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO DO DANO MORAL NAS DECISÕES
JUDICIAIS**

**LEGAL FIELD AND SOCIAL REPRESENTATIONS : ANALYSIS OF DAMAGE OF
THE GROUNDS OF FAILURE IN MORAL JUDGMENTS**

**Morgana Neves de Jesus
Quezia Dornellas Fialho**

Resumo

RESUMO: Propõe-se analisar o problema da insuficiência das decisões judiciais, a partir da observação da interferência das representações sociais, como elemento essencial, mas não exclusivo, da ausência de real motivação das sentenças judiciais, a partir da demonstração da desnaturação do instituto do dano moral, provocado pela reprodução internalizada de conceitos e significações ancorados e objetivados no inconsciente coletivo das diversas autoridades e atores do campo jurídico. Busca-se conhecer as representações sociais reproduzidas no campo jurídico e social sobre o instituto, que corrobora para o problema da insuficiência da fundamentação e não resolução dos conflitos sócio jurídicos de danos a moral.

Palavras-chave: Palavras-chave: campo jurídico, Representação social, Insuficiência de fundamentação, Decisão judicial, Dano moral

Abstract/Resumen/Résumé

ABSTRACT: It is proposed to analyze the problem of the failure of judicial decisions, from the observation of the interference of social representations the lack of real motivation of judgments, from the statement of denaturation of the institute moral damage caused by internalized reproduction of concepts and meanings anchored and objectified in the collective unconscious of the various authorities and actors in the legal field. Seeks to understand the social representations reproduced in the legal and social field of the institute, which confirms the problem of inadequate statement of reasons and not resolving legal conflicts social damage morale.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Keywords: legal field, Social representation, Inadequate statement of reasons, Judicial decision, Moral damage

1 A INSUFICIÊNCIA DA FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS

Hodiernamente, vive-se em um espaço-tempo composto por organismos de reprodução dinâmica, de constante mudança dos critérios de sentido do instituto jurídicos-sociais, tais como, por exemplo, o dano moral, construído, inicialmente, a partir doutrina e de julgados judiciais, e concretizando, posteriormente, efetivação de sua feição normativa, que vem desenvolvendo uma problemática da fundamentação das decisões judiciais.

A posição central do sistema judicial no campo jurídico, enquanto processo de reprodução de práticas e de representações sociais¹ é relacionada com, o aparente, paradigma da objetividade.

Nesse sentido, a controlabilidade é questionada em função das diferentes análises e fundamentações em decisões judiciais sobre um objeto semelhante.

A dinâmica na distinção/diferenciação das decisões judiciais não se esgota no conflito simbólico pela imposição de uma dada representação social, mas prolonga-se na produção incessante de novos gostos socialmente diferenciados, novas percepções.

Os sistemas simbólicos como estruturas estruturantes de universos simbólicos (língua, arte, ciência, entre outros), enquanto instrumentos de identificação e de construção do mundo dos objetos, como formas simbólicas, reconhece ao conhecimento um aspecto ativo.

É na correspondência de estrutura a estrutura que se realiza a função propriamente ideológica do discurso dominante, intermediário estruturado e estruturante que tende a impor a apreensão da ordem estabelecida como natural, por meio da imposição mascarada de sistemas de classificação e de estruturas mentais objetivamente ajustadas às estruturas sociais.

Os sistemas simbólicos devem a sua força ao fato de as relações de força que neles se exprimem só se manifestarem em forma irreconhecível de relações de sentido, através de um poder simbólico, enquanto força transformada, transfigurada e legitimada das outras formas de poder.

Diante disso, pressupõe-se aqui uma dúvida - quais são os elementos que compõem o produto final de uma decisão judicial? – e o que se propõe a analisar, em

¹ Entende-se representação social, a partir a conceituação de Erving Goffman como “ forma de criação coletiva, em condição de modernidade, uma formulação implicando que, sob outras condições de vida social, a forma de criação coletiva pode também ser diferente (p. 16)

linhas gerais, são os fatores internos e externos que determinam as práticas e discursos do campo jurídico², que corroboram para o problema específico da insuficiência da fundamentação das decisões no judiciário, a partir da análise das justificativas do Dano moral.

Verifica-se que o processo de construção decisório sofre influência de vários fatores teóricos e práticos, tais como a disposição dos atores do jogo jurídico no campo jurídico³, por vezes, em clima de disputa, desinteressados em conciliar as demandas judiciais, duplamente condicionados, de um lado, pelos mecanismos disponíveis na estrutura jurídica vivenciada no dia-a-dia, que lhes conferem um espaço de poder, bem como, de outro lado, pela lógica interna das obras doutrinárias, que delimitam o universo de soluções jurídicas⁴.

Supõe-se que o produto final das decisões judiciais é, em sua maioria, resultado de uma reprodução de conceitos, categorias, classificações, incorporadas, consciente e inconscientemente, pelos autores sociais e jurídicos, influenciados, sobremaneira, por representações sociais⁵- substância simbólica de ancoragem e objetivação que torna cognoscível algo aparentemente desconhecido, estruturado para uma ordem naturalizada⁶- que gradualmente materializam e fossilizam imagens, valores, que transformam sistemas de significação, ao qual são ativamente praticados pelas diversas classes sociais. Esses conservam autonomia relativa para a manutenção e transformação de tais símbolos.

As decisões judiciais tendem, hoje, se visualizadas como o direito realizado na prática, a declarar, constituir, reestabelecer e compensar direitos violados. Para tanto devem possuir em seu corpo elementos obrigatórios à sua legitimação perante a ordem estruturante⁷ o que vem sendo estudado por vários teóricos da argumentação jurídica, que propõem novas formas e parâmetros de justificação e ponderação das demandas sociais.

Prima-se, essencialmente, pela verificação de interferência das representações estruturantes da estrutura sociocultural ao processo de elaboração do

² BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. 8. ed. - Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2005, p.212 seq.

³ *Ibidem*, p. 229 seq.

⁴ *Ibidem*.

⁵ MOSCOVICI, Serge. *Representações sociais: investigações em psicologia social*. 6. ed. Petrópolis: Vozes, 2009, p. 10.

⁶ *Ibidem*.

⁷ *Ibidem*, p. 2010-212.

direito aos quais os autores do campo jurídico estão incorporados, habituados, e, de certa forma, condicionados a uma finalidade pré-estabelecida. Propondo-se um repensar dos quadrantes, aos quais estão aprisionados os sistemas de conceitos de toda uma consciência coletiva.

Hodiernamente, diante de um pano de fundo complexo, por vezes de natural desordem, discutisse métodos interpretativos que garantam ao processo de criação do direito uma adequação, coesão, coerência, para uma mediação judicativo-decisória de dizer o direito. Vê-se, contudo, um constante abandono da busca pelo conhecimento científico, primando-se pelo alargamento de instrumentos e técnicas de manutenção do poder de dominação do campo jurídico⁸.

Há tempos, supõe-se, que o problema da fundamentação das decisões jurídicas perpassa por exterioridades construtivas no qual a aplicação do direito encerra-se em procedimentos pré-estabelecidos, em um segundo momento por “relação de imanência constitutiva”, em que há uma intencional unidade de razão e prática, por fim, alternativamente aquelas se propõe uma “relação de reconstrução crítico-reflexiva”, em que a prática não se sustenta por uma prescrição a priori, nem descritivo, mas em um caminho suficiente a resolução da complexidade dos problemas que se apresentam atualmente.⁹ Contudo, entende-se, aqui, que o problema não se limita só a forma e método, mas abrange os autores responsáveis pela abertura de uma ação judicial e todos os símbolos reproduzidos durante os procedimentos que compõem o processo, sendo esses, em sua maioria, conformadores das fases do veredito final.

Apregoa-se grande inovação aos novos mecanismos hermenêuticos, ao sistema aberto, às regras indeterminadas e cláusulas abertas, à fragmentação do ordenamento, assim como a existência de princípios e valores horizontalizados pela Constituição Federal, presentes em todo o tecido normativo, que tutelam a amplitude do princípio da motivação (art. 93, IX). Não se pode negar uma maior flexibilidade da ordem jurídica, todavia, são estruturados em conformidade com ilusões naturalizadas ao mundo jurídico, por vezes, e que, por conseguinte, contamina todo um meio, culturaliza conceitos, circunda toda uma sociedade.

⁸ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 38.

⁹ NEVES, Antonio Castanheira. *Metodologia jurídica: problemas fundamentais*. Coimbra: Coimbra, 1993 p. 10-12.

As inovações na seara processual proclamadas por um novo Código de Processo Civil, de caráter efetivo, célere, híbrido, circular, para organizar o processo de concreção dos conflitos sociais trazidos ao judiciário, provocam várias expectativas a grande parte dos autores do campo jurídico. Entretanto, entende-se que, muito embora mudanças nas formas e métodos possibilitem uma renovação, que afeta, sobremaneira, a toda uma comunidade jurídico-social, o problema processual de construção e legitimação do direito aloca-se em representações, muitas das vezes, invisíveis aos seus reprodutores, que não serão solucionados apenas com a transmutação de uma ordem legal, mas, essencialmente, com a transformação da realidade desconcertada de significações convencionadas, preconceituadas, que não são inerentes a pessoas e objetos, sendo, senão, ferramentas que corroboram para acentuar uma disjunção entre problema concreto e o direito aplicado.

Para elucidar o problema posto, analisar-se-á como o campo jurídico e as representações sociais são elementares para a problemática da má fundamentação das decisões judiciais, restringindo a análise à temática do Dano Moral.

2 AS INSUFICIÊNCIAS DAS DECISÕES JUDICIAIS EM MATÉRIA DE DANO MORAL

A proposta de análise do processo de insuficiência de fundamentação das decisões judiciais, a partir de elementos concernentes ao campo jurídico e as representações sociais, visa elucidar que tais elementos são essenciais para a produção do direito, e, em sendo inadequados, disjuntores da natureza dos objetos e pessoas que compõem o meio jurídico, como vem se verificando nos julgados sobre o instituto do Dano Moral, corrompe forma e método interpretativo de dizer o direito.

Na prática judicial, o Dano Moral é analisado e justificado, em tese, seguindo critérios objetivos tais como: reprovação da conduta; repercussão social do dano; as condições socioeconômicas da vítima e ofensor. Tendo, em contrapartida, a extensão da indenização um limite, posto que não pode gerar enriquecimento ilícito ao ofendido. Na realidade, os juízos decisórios justificam-se com base em uma lógica interna, fundamentada por uma doutrina majoritária, seguida pela jurisprudência dos superiores tribunais, que define o dano moral como vexame, tristeza, dor e humilhação, conceito que pouco individualiza o dano sofrido, modelando-o a uma mesma justificativa, por vezes, sem levar em consideração aspectos morais, individuais,

humanos, conformando as sentenças ao ideário estruturante que domina o campo jurídico, que condiciona e justifica a conduta dos autores jurídicos e sociais, conforme vê-se a partir de conceito doutrinário assente, in verbis:

"Nessa linha de princípio, só deve ser reputado como dano moral a dor, vexame, sofrimento ou humilhação que, fugindo à normalidade, interfira intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, causando-lhe aflições, angústia e desequilíbrio em seu bem-estar. Mero dissabor, aborrecimento, mágoa, irritação ou sensibilidade exacerbada estão fora da órbita do dano moral, porquanto, além de fazerem parte da normalidade do nosso dia-a-dia, no trabalho, no trânsito, entre os amigos e até no ambiente familiar, tais situações não são intensas e duradouras, a ponto de romper o equilíbrio psicológico do indivíduo. Se assim não se entender, acabaremos por banalizar o dano moral, ensejando ações judiciais em busca de indenizações pelos mais triviais aborrecimentos."(CAVALIERI, 2008, p. 78)

Em um devir, não muito distante, a regra era que aquilo que não se podia medir não se podia indenizar. Com o tempo, esses e outros argumentos, se tornaram completamente irrelevantes. A quem diga que a definição de conceito do dano moral, por vezes, é uma violação a um direito da personalidade. De outro vértice, a quem defenda que é uma violação a tutela da dignidade da pessoa humana.

Wilson Melo da Silva em obra escrita em 1967 conceituava o dano moral da seguinte forma:

“[...] são lesões sofridas pelo sujeito físico ou pessoa natural de direito em seu patrimônio ideal, entendendo-se por patrimônio ideal, em contraposição a patrimônio material, o conjunto de tudo aquilo que não seja suscetível de valor econômico. Seriam os decorrentes da honra, decoro, paz interior, crenças íntimas, sentimentos afetivos, à liberdade, à vida, à integridade física. [adendo – irreparabilidade de lesão moral que não tenha repercussão apreciável sobre o patrimônio do lesado, posto que

impossível, nesse caso, estabelecer equação sobre eles e o dinheiro[...].”

E o que mudou, nesse caso, foi exatamente a consciência coletiva, pois reconhece ao instituto, outrora, tido como inconcebível, aceitação, evidencia, e assim por diante.

A questão utópica do controle externo tem importante sentido, quando direciona o jurisdicionado para a utilização de premissas fundadas num genérico “bom senso”, fugindo, assim, a uma arbitrariedade. Há uma tentativa frustrada de assegurar ao jurisdicionado a ausência de escolhas intuitivas e das conseqüentes decisões arbitrárias

Em verdade, vê-se no jogo jurídico, que os atores legitimados e competentes, em seu quadrante, interiorizam os sistemas de classificação e reproduzem as estruturas objetivas do campo, de forma substancial, tendo o Dano Moral uma finalidade econômica, um conceito distorcido, pouco individual ao caso colocado em sua análise, que pouco ou nada tem de preventivo ou punitivo, que banaliza a moral, tornando-a imoral, por vezes, mercantiliza-a, não atingindo o fim de desestimular condutas danosas à pessoa humana, servindo a uma equação puramente mercadológica, uma verdadeira precificação da moral humana, corrompendo a sua natureza, através de convenções que acabam por ser naturalizadas, embasada em um histórico contextual burguês-liberal.

O problema que se busca ressaltar, a partir da análise do Dano moral é o de que a insuficiência da fundamentação das decisões judiciais guarda relação não apenas de forma, nem de método, mas essencialmente, influenciada pelas representações assentes no campo jurídico, reproduzidas inconscientemente pelos autores em disputa, o que deve ser transformado, a fim de garantir uma efetiva justificação e aplicação do direito, para além de uma operação arbitrária e condicionada a parâmetros matemáticos, mas que leve em consideração uma representação das peculiaridades existências da pessoa humana. Uma representação que não distorça a natureza essencial da pessoa, que tutele e puna as lesões causadas, através de autores conscientes, que de forma democrática e autônoma, deem a cada conflito jurídico uma resolução fundamentalmente adequada.

Torna-se importante investigar a arbitrariedade com que se produz o direito, retirando o véu de desconhecimento ou de inconsciência jurídico-social de seu funcionamento, com vistas a uma consciência dos elementos simbólicos que compõem o processo de elaboração dos veredictos judiciais, com fins de aguçar a busca pela

transmutação dos signos naturalizados e fossilizados que produzem efeitos judiciais negativos, que tem sido internalizado por toda uma coletividade do campo jurídico e social.

Propõe-se analisar o processo de elaboração do direito, enquanto instrumento de transformação das relações sociais, com base em precedentes sobre o instituto do dano moral, que encontrasse aparentemente fundamentado na realidade, porém, de natureza constantemente desnaturada, o que é um problema para a efetiva função de justiça das práticas judiciais.¹⁰

3 A INTERFERENCIA DO CAMPO JURIDICO E DAS REPRESENTAÇÕES SOCIAIS PARA O PRODUTO DA INSUFICIENCIA DAS DECISÕES JUDICIAIS SOBRE DANOS MORAIS

Os novos horizontes do processo constitucionalizado, legal e procedimental, a ser experimentada com o novo Código de Processo Civil, especificamente, no tocante a fundamentação (art. 499, NCPC), em contexto de centralidade da jurisdição ante a mera normativa, têm, por intuito, extirpar problemas de fundamentação com caráter de reprodução normativa ou jurisprudencial, desconectados dos fatos da demanda que se deve prestar a jurisdição, bem como de modelo-padrões de decisões que sirvam a justificar a qualquer outra decisão, e visa uma motivação adequada e obrigatória dos conceitos jurídicos indeterminados dispostos na sentença, de maneira a atender à demanda trazida a lume, sofrem interferências do campo jurídico e das representações sociais ínsitas nesse meio. Entende-se que esses comandos normativos são importantes ao processo de fundamentação das decisões, mas não são suficientes para adequada motivação que garanta decisões justas ao processo de criação do Direito.

Obrigatoriedade da motivação dos atos decisórios, diante das novas tendências da processualística contemporânea, tem sido entendida como princípio garantidor dos direitos fundamentais dos litigantes contra atos arbitrários e injustificados da ordem jurisdicional, em observância a forma democrática, ínsita no Estado de Direito, enquanto modelo que assegurar o devido processo legal, como imperativo da sistemática jurisdicional de resolução de conflitos de interesses.

¹⁰ NEVES, Antonio Castanheira. *Metodologia jurídica: problemas fundamentais*. Coimbra: Coimbra, 1993 p. 247.

A formação da decisão judicial perpassa por uma lógica operativa complexa, integrada por questionamentos de ordem histórica, racional e crítica, principiológicas, que norteiam a consciência do Juiz que, através do entrelaçamento desses elementos, realiza a decisão judicial.

Busca-se compreender que para além dos novos mecanismos de efetivação de dizer o direito, na seara processual, para além de mecanismos que permitem uma abertura da sistemática e sua horizontalização junto a princípios e valores humanísticos de uma constituição jurídico-social, para além de novos métodos interpretativos, há na fundamentação das decisões judiciais, em específico, no tocante ao instituto do dano moral, um problema de má representação de objetos e sujeitos, que circunda toda uma comunidade, e deve ser transmutada, a fim de garantir uma decisão-solução que represente positivamente o objeto analisado, sem distorções, de forma comunicada, para um dizer direito dos conflitos sociais.

O pano de fundo democrático do estado de direito coopera para um cenário cada vez mais arraigado de mecanismos legais e valorativos, que visam medir, de forma certa, a resolução dos conflitos sociais. Sua pacificação.¹¹

Na construção de justificação das decisões em casos difíceis, a base argumentativa é permeada por critérios principiológicos e analógicos, de forma a garantir uma solução adequada ao caso.

A estrutura jurídica processual, impregnada de princípios constitucionais, de uma lógica sistêmica, permite, diante da amplitude interpretativa, discursiva, a existência de escolha, pelo juiz, da decisão que acha conveniente para o problema.¹²

O processo de fundamentação é reticular, alinear, dedutivo e indutivo.

A lógica dedutiva implementada pela teoria padrão da argumentação jurídica que influencia grande parte da doutrina sobre teoria da decisão, não comporta, de forma adequada critérios que expresse como o jurisdicionado fundamenta de fato suas decisões.¹³

Diante da insuficiência da racionalidade puramente teórica dedutiva, apresenta-se uma razão prática, de viés comunitário de integração, que visa uma concreta-situacional ponderação da normativa, que não se fecha em uma absoluta transitividade

¹¹ DUARTE, Antônio Aurélio Abi Ramia. Os princípios no projeto do novo código de processo civil: visão panorâmica. Revista EMERJ. Rio de Janeiro, v. 16, n. 61, p. 47-71, jan.-fev.-mar. 2013, p. 8.

¹² DERRIDA, Jacques. Força de lei: o fundamento místico da autoridade. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 51.

¹³ *Ibidem*, p. 216.

formal, mas se realize validamente referenciado no contexto integrante em que se desenvolva seu sentido, a sua correlata preferência, os seus limites de justificação, com respeito ao limite epocal, sociocultural, de constante metamorfose vital, inerente a sua humanidade.

Desta forma, prima-se por um paradigma judicativo-decisório ante um paradigma de mera aplicação silogística do direito, em busca de uma mediação normativa constitutiva do direito¹⁶, partindo-se do concreto, valorando-o com princípios horizontalizados pela nova tendência constitucional do processo, bem como normas que direcionam as regras de julgamento, busca-se construir uma solução aos casos particulares, bem como difíceis, a fim de cumprir o papel de tutelar os conflitos de interesse social, resultando, assim, na retomada de legitimação, através da pacificação social.

A crise de legitimação do direito não se aloca na insuficiência do direito enquanto dogma jurídico, mas sim na incapacidade desse sistema ser reflexivo das demandas sociais. Há ausência de sentido no direito, e esse não se exprime da lei nua, sem significado, estática, mas sim dentro de um processo prático de criação, que lhe permita um caráter de justeza.

O contexto de aprimorização que está inscrito na lógica do campo jurídico, inclusive centrado numa jurisdição que de resposta rápidas e efetivas aos conflitos sociais, volvida por um processo cada vez mais constitucionalizado, deve analisar problemas essenciais, que fogem ao controle meramente legal, senão, condiciona-o, retardando uma devida transmutação do real em favor de uma eficácia simbólica ínsita na linguagem e comportamento jurídico.

Nesse cenário há uma verdadeira luta simbólica entre os profissionais dotados de competência técnica e social¹⁴, que na exploração do regramento disponível a confrontação vivenciada, visa triunfar a sua causa, em uma relação de força, trabalhando por fazer acender na decisão final todo o seu trabalho de racionalização, com todos os recursos jurídicos disponíveis, que, por vezes, está impregnado de atitudes éticas ante as normas de direito, e acabam sendo legitimadas, produzindo-se um direito dependente das representações sócio jurídicas que prevalecerem em um campo de constante disputa.

¹⁴ BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. 8. ed. - Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2005, p. 224.

A relevância de se ater a uma análise das influências dos fundamentos simbólicos que direcionam a conduta de autores e autoridades no campo jurídico, se justifica pela força que o direito, jurisdição, detém na sociedade.

Exige-se, cada vez mais, que as soluções dadas pelos órgãos jurisdicionados sejam socialmente reconhecidas, legitimadas, para isso tem-se aumentado a tecnicidade jurídica do campo, com a ideia de melhor garantir soluções adequadas aos interesses sociais de justiça judicial, como vem pretendendo o novo ordenamento processual em tramitação no senado.

Supõe-se que por detrás de toda das inovações técnicas no campo da fundamentação jurídica, sejam elas legais, que influenciam a práxis judicial e a doutrina, há uma força que impõe o reconhecimento do mundo social, representado, por vezes, de forma deteriorada, para servir a interesses das autoridades simbolicamente legitimadas.

Entende-se que a insuficiência de fundamentação do direito produz efeitos negativos em todo um tecido social. Convém, por isso, em um contexto de mudança das estruturas técnicas do processo civil, levantar questões quanto às interferências das representações sociais e do jogo jurídico no processo de fundamentação do direito prático.

Verifica-se a necessidade de se analisar os esquemas estruturantes, de categorização e objetivação de todo o processo de dizer o direito, em especial, o de elaboração da fase de fundamentação, impregnada de uma universalização oficial, que tem condicionado a realidade, gerando um problema na origem da realização do ato de criação dos fundamentos jurídicos ao caso concreto, em análise, do dano moral, cada vez mais desnaturado, sendo tal naturalização reproduzida em todo um tecido judicial e social.

Procura-se resposta quanto ao problema de elaboração dos fundamentos do direito, que tem sido produto de uma movimentação direcionada a regras e discursos jurídicos, a praticas coletivas em direção ao um corpo de normas predisposto, de formas e práxis jurídica objetivamente informada, representadas, que pouco transmuta o

problema, ao contrário, recria, repensa, uma forma de manutenção, através de uma formalização e universalização, de uma eficácia simbólica.¹⁵

Torna-se importante investigar a arbitrariedade com que se produz o direito, retirando o véu de desconhecimento ou de inconsciência jurídico-social de seu funcionamento, com vistas a uma consciência dos elementos simbólicos que compõem o processo de elaboração dos veredictos judiciais, com fins de aguçar a busca pela transmutação dos signos naturalizados e fossilizados que produzem efeitos judiciais negativos, que tem sido internalizado por toda uma coletividade do campo jurídico e social.

Vê-se que o instituto do dano moral, ínsito em uma lógica de precedente, fundamentado no modo de pensar juridicamente representado pelos atores que compõem o jogo simbólico, mesmo diante de novos processadores técnicos teóricos e práticos do processo judicial, compostos de mecanismo porvir que tendem a inovar a fundamentação serão condicionados por representações passadas, e que pouco alterará a estrutura que corrobora para a má fundamentação do direito.

Propõe-se analisar o processo de elaboração do direito, enquanto instrumento de transformação das relações sociais, com base em precedentes sobre o instituto do dano moral, que encontrasse aparentemente fundamentado na realidade, porém, de natureza constantemente desnaturada, o que é um problema para a efetiva função de justiça das práticas judiciais.¹⁶

4 CONCLUSÃO

Verificou-se que conceitos e teorias sobre o campo jurídico e a influência de seus autores e autoridades, que constantemente reproduzem no processo de elaboração dos fundamentos do direito, hábitos jurídicos e morais, que são legitimados, apesar de desconhecidos, muita das vezes, por uma coletividade social.

¹⁵ BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. 8. ed. - Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2005, p. 238-241

¹⁶ *Ibidem*, p. 247.

Observou-se que o poder do direito através de uma eficácia simbólica, representada, que gera uma universalização e falsa neutralização, provoca uma violência simbólica que tem sido digna de reprodução de toda uma coletividade.

Viu-se que a internalização de processos de ancoragem e objetivação do sistema de conceitos que compõe toda uma estrutura jurídico-social, inclusive do Dano moral, que em um dado momento era comunicado por todo um coletivo como algo imensurável, possuindo argumentos coerentes, relevantes, nesse dado momento. Sendo, hoje, classificado, representado, reproduzido com caráter compensatório e punitivo, porém, vem sendo representado como objeto banalizado, precificado, servindo a uma lógica estruturante da estrutura do campo jurídico, o que é refletido nos julgados e doutrina majoritária na seara judicial.

Analizou o pano de fundo contextual de reforma, pelo qual tem passado o Processo Civil Brasileiro, as implicações do campo e das representações sociais para a construção de vereditos judiciais, restringindo a análise das decisões sobre dano moral, dentro de um cenário de proposta legal de inovação do novo Código de Processo Civil, no que concerne ao processo de elaboração judicial das sentenças, e os elementos que, em tese, compõe a sua receita. A fim de verificar as conformações assentes nesse cenário porvir.

Diante da proposta de objeto de estudo complexo, a partir de uma base teórica de investigação da pesquisa de linha crítico-metodológica, com vista a uma crítica da realidade do processo jurídico de dizer o direito, buscou-se demonstrar que os problemas da estrutura de fundamentação das decisões judiciais sobre dano moral não se registrem a uma demanda por mecanismos hermenêuticos abertos, indeterminados, mas está, essencialmente, ligado às representações sociais ínsitas no campo jurídico.

A partir de uma vertente jurídico-sociológica, buscou-se compreender o fenômeno da representações de cunho social, a partir da análise do direito como variável dependente do sistema de signos que compõe os tecidos sociais aos quais as autoridades jurídicas se alocam, para discutir a eficácia, eficiência e efetivação dos vereditos judiciais sobre danos morais na ordem social.

A partir do desenvolvimento de um raciocínio indutivo, para uma análise do problema de fundamentação das decisões judiciais sobre danos morais, constatou-se que

o problema se dá, originalmente, mas não exclusivamente, em consequência das representações sociais no campo jurídico, que influencia toda a ordem jurídico-social.

5 REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*/Robert Alexy; tradução Zilda Hutchinson Schild Silva; revisão técnica da tradução e introdução à edição brasileira Claudia Toledo. – 2.ed. – São Paulo: Landy Editora, 2005.

Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil. Disponível em <www.senado.gov.br>, acessado em 02/02/2015.

ATIENZA, Manuel. *As razões do direito: teorias da argumentação jurídica*/Manuel Atienza; tradução de Maria Cristina Guimarães Cupertino. – São Paulo: Landy Editora, 2006.

BARROSO, Lucas Abreu. *A realização do direito civil: entre normas jurídicas e práticas sociais*. Curitiba: Juruá, 2011.

BOURDIEU, Pierre. *A economia das trocas simbólicas*. 6. ed. - São Paulo: Perspectiva, 2005.

BOURDIEU, Pierre. *A produção da crença: contribuição para uma economia dos bens simbólicos*. São Paulo: Zouk, 2002.

BOURDIEU, Pierre; CATANI, Afrânio M.; NOGUEIRA, Maria Alice (Org.). *Escritos de educação*. 13. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2012.

BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. 8. ed. - Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2005.

BOURDIEU, Pierre. *Razões práticas: sobre a teoria da ação*. 11. ed. Campinas, SP: Papyrus, 2011.

BOURDIEU, Pierre. *O senso prático*. 3. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2013.

DERRIDA, Jacques. *Força de lei: o fundamento místico da autoridade*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

DIAS, Maria Teresa Fonseca; GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa. *(Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática*. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

GOLDENBERG, Mirian. *A arte de pesquisar: como fazer pesquisa qualitativa em ciências sociais*. 7. ed. -. Rio de Janeiro: Record, 2003.

LORENZETTI, Ricardo Luis. *Teoria da decisão judicial: fundamentos de direito*/Ricardo Luis Lorenzetti; Bruno Miragem, tradução; Claudia Lima Marques, notas. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009

MACCORMICK, Niel. *Argumentação Jurídica e teoria do direito*/Niel Maccormick; tradução Waldéa Barcelos; revisão de tradução Marylene Pinto Michael. – São Paulo: Martins Fontes, 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme. *A jurisdição no estado constitucional*. Disponível em: . Acesso em: 03 de fevereiro de 2015, p. 61-98.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

MORAN, Edgar. *A cabeça bem-feita: repensar a reforma, reformar o pensamento*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2003.

MOSCOVICI, S. Notes towards a description of social representations. *European Journal of Social Psychology*, v. 18, n. 3, p. 211-250, jul. 1988.

MOSCOVICI, Serge. *Representações sociais: investigações em psicologia social*. 6. ed. Petrópolis: Vozes, 2009.

MOSCOVICI, S. Social representation and pragmatic communication. *Social Science information sur les Sciences Sociales*, v.33, n. 2, p.163-177, jun.1994.

MOSCOVICI, S. Social representation: answers and questions. *Journal for the Theory of Social Psychology*, v. 18, n 3, p. 211-250, jul. 1988.

MOSCOVICI, S. The myth of the lonely paradigm a rejoinder. *Social Research*, n 51, v.4, p. 939-67, 1984b.

NEVES, A. Castanheira. *Digesta: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*, v. 1 Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

NEVES, Antonio Castanheira. *Metodologia jurídica: problemas fundamentais*. Coimbra: Coimbra, 1993.

NEVES, A. Castanheira. *O actual problema metodológico da interpretação jurídica*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

PORTER, Eduardo. *O preço de todas as coisas: por que pagamos o que pagamos*. Tradução Cássio de Arantes Leite. – Rio de Janeiro: Objetiva, 2011.

SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

ZANETI JÚNIOR, Hermes. *A constitucionalização do Processo: O modelo constitucional da justiça brasileira e as relações entre o processo e constituição*. 2.ed. São Paulo: Editora ATLAS, 2014.