

OS PROBLEMAS DA METODOLOGIA POSITIVISTA DE ENSINO JURÍDICO E OS BENEFÍCIOS QUE A ASCENSÃO DE MODELOS ARGUMENTATIVOS COMO A NOVA RETÓRICA DE PERELMAN PROPICIA À CULTURALIZAÇÃO E À CRITICIDADE DA COMUNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO.

THE PROBLEMS OF POSITIVIST METHODOLOGY AND THE BENEFITS THAT THE ASCENSION OF ARGUMENTATIVE MODELS AS THE NEW RHETORIC OF PERELMAN PROPITIATES TO CULTURALISATION AND CRITICALITY FOR THE JURIDIC ACADEMIC COMMUNITY.

**João Paulo Mansur
Ariadi Sandrini Rezende**

Resumo: Este artigo constata que o modelo de ensino jurídico praticado atualmente não fomenta os alunos a obterem criticidade, criatividade e cultura. Influenciado pela escola positivista, o método atual consiste tão somente em decorar leis, jurisprudências e doutrinas. São cinco os principais problemas que geram a redução do ensino à dogmática. A generalização dessa metodologia, porém, não implica necessidade, ou seja, ideologicamente, o ensino de Direito pode ser diferente, desde que se modifique a forma com que se compreende o Direito. As teorias dialéticas, típicas da argumentação e da retórica, são o modelo capaz de solucionar os cinco problemas do positivismo jurídico que sufocam o análise do Direito e de propiciar interdisciplinaridade e criticidade à comunidade acadêmica de Direito. As teorias de Chaïm Perelman e Manuel Atienza subsidiam a proposta de ensino holístico voltada à formação responsável dos novos juristas.

Palavras-chave: Positivismo Jurídico; Chaïm Perelman; Manuel Atienza; Retórica.

Abstract: This article notes that the model of law education currently practiced does not does not foster students to obtain criticality, creativity and culture. Influenced by the positivist school, the current method consists merely in to decorate laws, jurisprudences and doctrines. There are five main problems that cause the reduction of the teaching to the dogmatic. The generalization of this methodology, however, does not imply necessity, ie, ideologically, the juridical teaching may be different if the way that the law is understood is changed. The dialectical theories, typical of the rhetoric, are the model able to solve the five problems of the juridical positivism that stifle the analysis of law, and to foster interdisciplinarity and

criticality to the academic community of law. Theories of Chaïm Perelman and Manuel Atienza subsidize the proposed holistic education aimed at training new lawyers responsible.

Keywords: juridical positivism; Chaïm Perelman; Manuel Atienza; rhetoric.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO: A origem e a decadência da teoria do positivismo jurídico na filosofia do Direito. 1 As teorias analíticas do positivismo jurídico que restringem o estudo do Direito à dogmática. 2 Como podem novas posturas teórico-filosóficas dialéticas proporcionarem cultura, crítica, criatividade e raciocínio ao estudo do Direito? 2.1 Contribuições de Manuel Atienza ao estudo jurídico completo. 2.1.1 Exposição da teoria do Direito de Manuel Atienza e sua análise sobre o caso GRAPO. 2.1.2 Análise crítica da teoria de Atienza e suas consequências no estudo do Direito em sala de aula. 2.2 Contribuições de Chaïm Perelman ao estudo jurídico completo. 2.2.1 Exposição da teoria do Direito de Chaïm Perelman e sua análise sobre os limites da liberdade de expressão. 2.2.2 Análise crítica da teoria de Perelman e suas consequências no estudo do Direito em sala de aula. Conclusão. Referências bibliográficas

INTRODUÇÃO: A origem e a decadência da teoria do positivismo jurídico na filosofia do Direito:

Desde a segunda metade do século vinte, a academia teórica e filosófica do Direito não credita fé no modelo teórico positivista de análise do Direito. Na realidade, o direito tão somente acompanhou o descrédito da razão que a filosofia contemporânea promoveu. Fato curioso, porém, sucede: tanto na filosofia quanto no Direito, a ruína teórica dos "cientificismos dogmáticos" não se fez acompanhar de mudanças na mentalidade da sociedade. Ainda reverbera na cabeça da maioria dos homens o suposto cientificismo: a fé filosófica de que a ciência descobrirá a essência dos seres e a crença jurídica de que o positivismo regula uniformemente todas as condutas humanas.

No Direito, a decadência do positivismo principiou com Chaïm Perelman e Theodor Viehweg, quando o modelo tópico-dialético de cunho retórico e argumentativo assumiu preponderância na análise jurídica. Ambos filósofos do Direito, com o intuito de desarticular a impropriedade de exatidão com que os positivistas explicavam o Direito, recorreram à filosofia clássica de Aristóteles, mais especificamente às suas ideias sobre o raciocínio humano. Eles aproximaram o modelo lógico do positivismo jurídico à analítica de Aristóteles

com o intuito de demonstrar que, na realidade, a Direito pertence à dialética aristotélica, haja vista a necessária carga valorativa e não exata presente no Direito.

Aristóteles sistematizou dois modelos de raciocínio que ecoavam no ambiente filosófico grego, a analítica e a dialética¹. Ambos obedecem à estrutura silogística² em que, a partir de duas premissas, extrai-se uma conclusão, p.e, como ocorre nestes dois silogismos: "Todo homem é mortal/ S*** é homem/ Concluindo, S*** é mortal", e "Toda Laranja é gostosa/ Isso é uma laranja/ Logo, isso é gostoso." Diferenciam-se, contudo, a analítica e a dialética aristotélicas quanto aos juízos de verdade das premissas. Necessariamente verdadeiras são as premissas analíticas. À mera possibilidade, compete o estudo da dialética.

Os dois modelos de raciocínio são correlacionáveis a posturas assumidas frente ao que comumente os filósofos titulam de "fato" e de "valor". Os estudos filosóficos principiaram com indagações a respeito do mundo e das coisas, o *ontos*, que chamaremos, aqui, de "fato". Investigava-se a essência e a origem das coisas (cosmologia), a relação entre elas, etc. A partir da sofística e dos filósofos socráticos, embora sem largar mão das questões sobre o ontológico, a atenção filosófica passou a almejar saberes acerca do homem e de suas virtudes, como o amor, a justiça, a amizade, ou seja, o que denominamos de "valores" e que Aristóteles, ao relacioná-los à argumentação, destacava dentro da dialética como *topói* - lugares-comuns e específicos - , ou seja, ideias genéricas ou específicas a uma área do saber sem pretensão de veracidade absoluta. Nessa perspectiva de aproximação entre "analítica e fato" e "dialética e valor", primeiro silogismo exposto acima é analítico, visto serem evidentes e exatas as suas premissas; o segundo, dialético, posto que o juízo de valor quanto à gostosura da laranja está longe de ser uma verdade absoluta e altera-se de acordo com o gosto de cada sujeito.

Embora Aristóteles tenha sistematizado bem a distinção entre o discurso sobre a verdade fática analítica e o sobre a valoração dialética, esse paralelo não gozou de consenso. Platão, através de sua teoria das ideias, postulava a verdade analítica até mesmo para os valores³; Protágoras negava a verdade analítica tanto para os valores como para os fatos. No contraste, pesava mais a balança para os analíticos. Até então na Grécia antiga, a dialética era

¹ Aristoteles. Organon. Tradução, prefácio e notas de Pinharanda Gomes. Lisboa : Guimarães, 1985-1987

² O raciocínio dialético também pode assumir a forma "defeituosa" do entimema, em que algumas premissas ocultam-se ou são inexistentes. Importa-nos, porém, a esse estudo mais o valor das premissas que a forma do raciocínio (ADEODATO, 2000, cap. 14)

³ Passagem exemplar de Platão "-Com estas bases, que me responda, direi eu, e me dê a réplica esse honrado homem que não acredita que exista algo de belo em si e na idéia do belo absoluto que se mantém sempre da mesma maneira, mas entende que há muitas coisas belas, esse amador de espetáculos que não consente de modo nenhum que alguém diga que o belo é um só, e o justo, e do mesmo modo as outras realidades." (PLATÃO. A república. Trad e notas de Maria Helena da Rocha Pereira. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2010., p.261)

mal vista. Diziam os filósofos antigos, "A dialética e a retórica são obras dos sofistas e dos retóricos que, na arte de persuadir, valem-se de quaisquer métodos e técnicas, sem se preocuparem com as verdades do mundo". E prosseguiam: "O filósofo possui tarefa mais nobre: revelar as verdades imutáveis".

A filosofia moderna, racionalista por excelência, pretendendo romper a "idade das trevas" e a contingência da fé, não podia comportar-se diferente: os projetos filosóficos e científicos da modernidade optaram pela visão analítica de mundo. Não importando se proveniente da razão ou dos sentidos, obriga-se a filosofia a buscar o conhecimento seguro e científico das premissas verdadeiramente absolutas e dos chamados fatos do mundo natural. Sob a busca pelas respostas exatas que explicassem os fenômenos da natureza, as ciências exatas e empíricas obtiveram ambiente propício a se desenvolverem.

Essa atmosfera de razão e, posteriormente, de luz das ciências exatas e empíricas, era contagiante, na medida em que conferia segurança ao estudo e às relações humanas. Isso acabou por alastrar o objetivo de previsibilidade das ciências às ciências humanas e sociais, que, até então, eram mais compreendidas como típicas da dialética, haja vista a suposta subjetividade do valor de verdade das premissas. A modernidade, então, passou a investigar as ciências humanas a partir da metodologia que as ciências exatas utilizam para examinar os fatos naturais. Noutros termos, *coisificaram, factualizaram os valores das humanidades, ou melhor, conceberam-nos sob o plano analítico de estudo, em que há verdades absolutas.*

E é nesses termos que emerge o positivismo jurídico. Falando com Aristóteles, a escola da exegese, primeira manifestação do positivismo jurídico, começou a desenvolver um modelo de Direito peculiar à analítica, como objetivo de segurança nas relações jurídicas e teoricamente alinhado à exatidão do estudo. *Desde então, o estudo jurídico associou-se a um padrão de racionalidade mais ou menos definido que (de)limita bastante a análise jurídica e que predica de irrelevante ou irracional outras visões teóricas e filosóficas. Afinal, se eles conhecem, na medida de uma ciência exata, a verdade objetiva sobre todas as questões jurídicas, que necessidade há em dialogar com outras propostas?* Século mais tarde, é com esse padrão de verdade que Perelman e Viehweg romperão: O estudo do Direito não é analítico, mas sim dialético, visto que os juízos de valor são pertinentes a ele. Essa ruptura, se refletida em um novo modelo de ensino do Direito, pode proporcionar discussão mais ampla e tolerante para com outras posições e áreas do saber, bem como mais crítica. Com isso, a interdisciplinaridade sobrepõe-se ao padrão mecanicista e potencializa-se a culturalização e a criticidade do jurista - *Este artigo defende essa tese.*

1 As teorias analíticas do positivismo jurídico que restringem o estudo do Direito à dogmática.

A partir do momento em que a exegese, primeira manifestação do positivismo jurídico, objetivou o estudo do Direito, aplicando métodos de ciências exatas aos seus fenômenos, as ideias de justiça, direitos e deveres que, no senso comum, possuem carga valorativa subjetiva muito forte, ou seja, acredita-se que variam de acordo com o padrão de cada homem, adquiriram contornos objetivos.

A exegese, porém, não inovou ao objetivar o estudo jurídico, haja vista o jusnaturalismo burguês que o precedeu. Na realidade, duas são as formas de se sustentar a objetividade para os valores. Ou se naturaliza-os, ou seja, assegura-se a existência objetiva desses valores na natureza, em Deus, na razão humana, ou em qualquer outra instância, como o fez Platão, ao inseri-los no mundo das ideias; ou se afirma a possibilidade de construí-los e, posteriormente, interpretá-los objetivamente, hipótese última a escolhida pelo positivismo jurídico. Curioso é notar que o Positivismo Jurídico e o Jusnaturalismo, embora sejam ensinados como antíteses, entrelaçam-se, visto partirem da suposta objetividade na aplicação de uma norma a um caso. A diferença consiste em uma descoberta da recente lógica matemática: para o jusnaturalismo, a lógica pressupõe premissas evidentes, o positivismo, premissas construídas a partir de uma sistema axiomático, ou seja, cujos princípios são axiomas, verdades criadas, como ocorre em sistemas matemáticos.

Será quanto a esse modelo de sistema que iniciaremos a exposição de um conjunto de cinco teorias do positivismo jurídico que, a nosso ver, são responsáveis pelo ensimesmamento do estudo do Direito.

1 Problema do sistema lógico-axiomático: O primeiro dos retraimentos do estudo jurídico em relação às ciências humanas foi devido ao modo como o positivista enxerga o Direito Positivo.

Desde a escola exegetica, promoveu-se aproximação entre o direito positivo e os sistemas lógicos, postulando que, mais tarde, ganhou ênfase com a origem da disciplina "Lógica Jurídica"⁴. Para toda e qualquer conduta, haveria de se ter uma norma que a regulasse de uma única forma possível em lícita ou ilícita. Eis as características formais da unidade, não contradição, completude e terceiro excluído⁵. O sistema é "não contraditório" porque, para cada determinado caso, possuiu somente uma resposta; é "completo" porque todo caso possui solução previamente determinada; possui como característica o "terceiro excluído" por

⁴ Principalmente com Ulrich Klug e, no Brasil, com Lourival Vilanova

⁵ Exemplar a esse respeito: (ECHAVE, Delia Teresa; URQUIJO, María Eugenia; GUIBOURG, Ricardo A. Lógica, proposición y norma. Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 2002.)

trabalhar somente com os predicados lícito e ilícito - não há meio crime -; e carrega o postulado da "unidade" porque subsiste em si mesmo, indivisivelmente.

A partir dessas leis lógicas, supunham os exegetas que o próprio sistema se auto-organizaria de forma que, ao aplicador do Direito, sem esforço próprio algum, basta justapor a norma que do ordenamento brotasse ao fato, realizando o silogismo analítico, cuja premissa normativa verdadeira⁶ para todo e qualquer caso específico já está prevista *a priori*.

Como consequência dessa ideologia da lógica e da suposta objetividade das respostas que o suposto sistema fornecia, o modelo positivista, a partir de então, impossibilita fundamentação de decisões com premissas além dos limites que se compreende serem os legais e o estudo não permite indagar para além dessas balizas. O único padrão de justiça discutido em sala de aula é o legal, em depreciação a modelos jusnaturalistas ou mesmo aos que tomem como parâmetro a aceitação social, ou decisionistas.

2 Problema da autossuficiência do sistema: Além dos limites que o positivismo jurídico implicava devido à sua concepção do Direito Positivo, há outros que são devidos à compreensão lacônica apregoada à função da Ciência Jurídica.

A ideia do Direito Positivo como um sistema lógico sintaticamente fechado induziu a ciência jurídica, em formação nesses tempos antanho, a tornar-se autossuficiente. Sob o jugo da analítica positivista, ela passou a ter o próprio objeto de estudo, as normas, o ordenamento jurídico, etc., que a tornava distante de outras ciências sociais e humanas. Como já se pode notar entre as décadas de 30 e 80 do século XIX, apogeu da exegese na Europa, houve profunda limitação na ideia de como se deve estudar o Direito. O ensino do direito consistia tão somente na leitura das leis. Matérias teóricas e filosóficas não eram lecionadas (BOOBIO, 1995, p.82).

3 Problema hermenêutico do raciocínio racional e o sonho dogmático da interpretação objetiva das leis: Afirmamos, no início desse subcapítulo, que, para se fundamentar a analítica, tanto o positivismo como o jusnaturalismo valiam-se de ideias de objetividade. Agora, podemos explicar melhor a relação entre o positivismo jurídico e o

⁶ Embora seja pormenor, façamos a ressalva, para não sermos acusados de desconhecimento da teoria jurídica do positivismo: alguns juspositivistas preferem, para falar de normas do sistema do Direito Positivo, a expressão "válida" em vez de "verdadeira", (CARVALHO, 2008, p.41)

modelo de jusnaturalismo chamado racionalista⁷ e, na mesma linha, o iluminista⁸, que precederam imediatamente à exegese. Em síntese, o naturalismo racionalista afirma existirem Direitos absolutos, válidos sempre e em qualquer lugar, simplesmente pelo fato de assim determinar a razão presente em qualquer homem. Embora o positivismo negue (KELSEN, 2001) esse modelo racionalista, ainda o mantém em certa medida. Se não há pontos de partida universalmente válidos para o positivista, tem de haver uma forma objetivamente racional de se interpretar e raciocinar, a partir da qual todo e qualquer ser humano que detenha as faculdades mentais normais, seguindo a mesma premissa, obterá idêntico resultado.

Devido ao pressuposto da única solução correta que a lógica sistemática e o raciocínio racional conferem aos resultados dos casos jurídicos, o positivista, ao lidar com um caso específico, não estima as observações dialéticas segundo as quais, para sustentar alguma conclusão teórica e/ou prática, há, irrecorrivelmente, de se subsidiar em teorias e/ou ideologias, ou melhor, em premissas filosóficas dadas pelo pré-conceito, ou seja, pressupostos dotados de contingência e que interferem na interpretação e aplicação do Direito⁹. Em determinado processo, o aplicador do Direito interpreta as normas e os fatos a partir de pré-compreensões. Acaso o substrato teórico, determinado por experiências de vida, cultura, educação e até mesmo por teoria jurídica, fosse outro e, principalmente, se o humano julgador no caso fosse outro, o resultado também o seria.

No primeiro problema, afirmamos que devido à aproximação do Direito a um sistema lógico, o único padrão de decisão para questões jurídicas passou a ser o legal. Agora, ao se analisar mais a fundo a possibilidade desse modelo, se ele é efetivamente possível, nota-se que a decisão de um caso jurídico abrange um processo muito mais amplo que passa por momentos de interpretação e de decisão do julgador que são, necessariamente, interferidos por valores inerentes ao ser humano..

⁷ Arauto supremo do racionalismo, Descartes fundamenta a razão nos planos epistemológicos e éticos. Supunha o filósofo racionalista que, a partir da razão, poderia descobrir a verdadeira ética. Esse trabalho, que leva anos, inicia-se com a moral provisória. Enquanto se reflete bastante acerca de como se conduzir bem perante outrem, ou seja, enquanto não se obtém a resposta, deve-se agir de acordo com o bom senso do meio termo: entre o hedonismo e o ascetismo, escolha-se a temperança. Essa fase, porém, é provisória, pois, a partir de deduções lógicas, chegar-se-ia à forma correta de se conduzir em qualquer oportunidade. (DESCARTES, 2010)

⁸ Voltarie admitia alguns Direitos naturais, que, via de regra, eram de interesse burguês: "[...] eles apenas exigem a proteção das leis naturais, isto é, que seus casamentos sejam considerados válidos, que seus filhos sejam considerados legítimos, que tenham direito a herdar de seus pais e que seus parentes possam movimentar-se com liberdade" (VOLTAIRE. **Tratado sobre a tolerância**: por ocasião da morte de Jean Calas (1763). Trad. William Lagos. Porto Alegre: L&pm, 2010. p 35)

⁹ Analisando a própria escola exegética, não há como ela se sustentar sem prescindir de uma lógica que expurgue o *argumentum a fortiori* e de uma filosofia de linguagem que afirme a possibilidade da interpretação única e correta, a literal dos textos, e a ideia de razão inata que faça todos os homens de bom senso compreender a mesma significação quando da leitura de um mesmo texto de lei.

A "revolução Copernicana" de Kant, a partir da qual o estudo gnosiológico muda o foco da coisa em si para a cognição humana é limiar cronológico para a distinção entre uma hermenêutica ontológica analítica e um modelo dialético. Na Crítica da Razão Pura, Kant (KANT, 2001) assenta a razão no banco dos réus em um minucioso julgamento que visa compreender as condições de entendimento humano. A conclusão lhe desperta do *sonho dogmático* de acreditar ser possível conhecer as coisas em si. Os objetos que nós, homens, observamos não são como existem na natureza, pois a cognição humana, de certa maneira, os molda. São as mesmas em cada indivíduo, contudo, as estruturas *a priori* dos sujeitos, em termos vulgares, o aparelho cognitivo é igual para qualquer homem. Logo, embora a *coisa em si* e o fenômeno não coincidam, os fenômenos são idênticos para cada ser humano. Dessa forma, a ciência mantém objetividade e necessariedade que a viabilizam como fonte de conhecimento a partir da experiência.

Embora a hermenêutica contemporânea remonta à revolução Copernicana de Kant, a reabilitação dos pré-conceitos de Gadamer e o historicismo de Heidegger (GADAMER, 2004, p.368) proporcionam melhor compreensão valorativa e dialética para o Direito, segundo a qual a influência dos pré-conceitos culturais, diferentes em cada sociedade, fazem com que indivíduos de culturas diversas interpretem as coisas de modo distinto. Caminhando ainda mais longe que o "ser humano historicamente concebido", há que se salientar que cada homem, individualmente concebidos, mesmo dentro de uma única cultura e por elas igualmente determinados, nunca é capaz de compreender as coisas da mesma forma que outro. No Direito, a cultura, os valores, a moral subjetiva, etc. interferem em sobremaneira na interpretação de uma mesma lei.

Da mesma forma como Kant despertou-se do sonho dogmático ao estudar a relação entre a razão e a natureza, o estudo jurídico em sala de aula precisa livrar-se do sonho dogmático da interpretação objetiva das leis, seguindo os seus passos e dos filósofos contemporâneos posteriores a ele. Assim deve ser porque as nocividades que os analíticos causam ao suporem interpretações objetivas ultrapassaram limites perigosos à criticidade do aluno.

Consequência da ideologia da possibilidade de conhecer o sistema em si, que goza de prestígio nas faculdades de Direito, exacerba-se o desprezo pelas disciplinas teóricas e filosóficas. Mas, mais do que isso, essa concepção ocasiona ***a pior violência da dogmática ao intelecto***, pois aliena o cidadão e o deixa vulnerável a manipulações. Acreditar que há como alcançar a absoluta certeza sobre um texto é menos ingênuo que nocivo. Isso porque, quem se dá conta da impossibilidade do método puro, da impossibilidade de retirar os preconceitos do

cada indivíduo antes dele interpretar e aplicar o Direito, notará que ele está imerso em atos de poder e em linguagens dotadas de argumentos, perceberá a interferência política e ideológica nas decisões, etc., e será capaz, cinicamente, de manobrar as decisões judiciais ao seu prazer, enganando o positivista quadrado. Ao contrário, o positivista dialogará com as paredes. A nocividade chega ao absurdo de não duvidarmos de que muitos de concepção teórica positivista acreditam que há, em algum lugar no mundo das leis, um título “Do despachar com o juiz e do furar a fila dos processos.” “Do sentenciar igual ao tribunal para ser promovido.”, “Do não ter a decisão reformada para não ter mais trabalho ao julgá-la novamente.” Há tudo isso em códigos.

Se a comunidade jurídica em geral acredita ser perigosa a relativização da interpretação (embora isso não seja uma questão de querer, mas de poder. A impossibilidade da interpretação objetiva é o que afirmamos, e não que se deve relativizar algo que é objetivo), por não garantir segurança jurídica e previsibilidade, redarguimos que mais perigoso é crer que a interpretação objetiva de normas e de fatos é possível quando não o é. Responsabilizar o “sistema jurídico” por uma decisão, como se faz sempre que alguém diz “o Direito assim dispõe” consiste no maior argumento por autoridade que se pode fazer. O professor, ao afirmar isso em sala de aula, consciente ou inconscientemente, atribui a responsabilidade pela resposta ao sistema, enquanto, na realidade, impregna necessariamente o Direito com juízos subjetivos. Mas, como o argumento coage, aceitam-lhe sem perceber o logro e todo subjetivismo que dele advém.

O estudo do Direito, para que formemos cidadãos menos manipuláveis e mais fiscais das ações dos juristas, deve livrar-se desse argumento por autoridade da interpretação objetiva. Isso só é possível a partir de disciplinas extra-dogmáticas, responsáveis por demonstrar a interferência subjetiva no suposto sistema. Somente o bacharel que compreenda o jogo do Direito dentro das contingências, das relações de poder, etc., é capaz de identificar desvios éticos supostamente fundamentados no Direito. A graduação oferecida, atualmente, que forma técnicos decoradores de lei, não possibilita essa fiscalização crítica, pois aliena seus alunos. É preciso adequar as grades curriculares, tendo "argumentação jurídica", "lógica jurídica", "filosofia política", "hermenêutica", etc. Caso contrário, continua-se a decorar aquele bocado de regras ineficazes, ou seja, permanece o discurso de que a ciência do direito descreve como o direito é, mas esse "é" não é eficaz na realidade, ou melhor, pode ser tudo, até amizade com o Presidente do Tribunal.

4 O Problema metodológico da função descritora e sistematizadora da "doutrina":
Aproveitando o ensejo como terminou a exposição do problema anterior e, justamente, a

título de lhe completar a informação, compete estudar a ideologia da função descritora da ciência do Direito.

Acredita-se, portanto, desde a exegese, que o Direito é, *a priori*, um sistema dotado dos postulados lógicos da unidade, completude, não contradição e terceiro excluído e que o intérprete do Direito, deve, dada a sua racionalidade e a possibilidade de se interpretar literalmente as leis, tão somente descrever o Direito, sem lhe atribuir juízos de valor de como ele deve ser. Por vezes, contudo, saber que norma aplicar é confuso. Eis o invento da segunda função da "doutrina": quando não se consegue descrever fielmente o Direito Positivo, deve-se sistematizá-lo. Aquela norma que, *a priori*, não está em harmonia com o sistema, deve ser sistematizada pelo intérprete.

Historicamente, quando se deram conta desse problema, criaram a escola da "Jurisprudência dos Conceitos", que surgiu a partir da exegese, e se atribuiu a responsabilidade de sistematizar o ordenamento em conceitos.

Ao positivista que, até então, negou a influência subjetiva do intérprete no Direito, adveio segunda oportunidade de fazê-lo. Essa, diga-se de passagem, que salta mais aos olhos que a simples interpretação literal, posto que, ao se sistematizar o Direito, a escolha dos critérios são variados. Apesar disso, o positivista, ingenuamente, permaneceu sem compreender interferência do intérprete no sistema, posto que, para ele, ainda nesse caso, o intérprete tão somente descobre a norma predeterminada pelo sistema sem acrescentar nada de novo – a norma sempre está pré-determinada *a priori*, mesmo que sistematicamente.

Esse modo de tratar a função do cientista, que é, para o juspositivismo, tão somente descrever, literal ou sistematicamente, o Direito Positivo implica um abismo entre o Direito Positivo e a Ciência Jurídica. É o que Norberto Bobbio chama de metodologia do positivismo jurídico. Se se consegue atingir um conhecimento objetivo acerca das normas jurídicas, qualquer contribuição do intérprete cientista é interferência no que já se estabeleceu como devido. Ao jurista compete somente descrever o direito tal como ele é, ao máximo, sistematizando-o, nunca criá-lo. A sistematização, para o positivista analítico, não cria nada de novo, além dos limites dados *a priori* pelo ordenamento jurídico. Esta metodologia expõe, reafirma-se, um modelo tipicamente racional, que crê na possibilidade de o ser humano interpretar algo objetivamente, tal como efetivamente é, sem embutir juízos de valor.

5 Problema do mecanicismo juspositivista: O ápice do distanciamento entre o "cientista" e o "operador do Direito" adveio quando John Austin, no século XIX, teorizou explicitamente a dicotomia, sob os termos "*Jurisprudência*" e "*Ciência da Legislação*"

(BOOBIO, 1995, p.102), visando separar os juízos de valor sobre o que deve ser o Direito Positivo dos que descrevem que é o Direito Positivo

Foi, contudo, Hans Kelsen, em um momento bem posterior à exegese e a Austin, quem dedicou a vida à pureza da Ciência do Direito. A partir do que Kant chamou de categorias de "ser" e de "dever-ser", mas com algumas modificações (KELSEN, 1986, p.18), Kelsen solucionou dois empecilhos para o seu método puro: Em primeira acepção, de caráter metodológico, a dicotomia entre "ser" e "dever ser", assim como Austin o fez, serve para diferenciar a atividade científica (descrever o direito como é) da atividade prática (aplicar o direito que é como deve ser ou aplicar o dever ser como é).

Noutra acepção para a distinção entre "ser" e "dever-ser", Kelsen aparta o estudo da ciência jurídica do das ciências empíricas e sociais (KELSEN, 1998, p.100). Segundo esse modelo, as ciências normativas descrevem normas prescritivas de condutas (dever-ser), em que há imputação; nas ciências empíricas e sociais, há descrição de relações de causalidade (ser) presentes na natureza e no agir efetivo dos homens. Tendo em vista que as condutas efetivas dos seres humanos não coincidem, necessariamente, com a norma, para o normativismo de Kelsen, o que interessa ao estudo do Direito é a conduta devida. Essa noção prejudica em sobremaneira, nas faculdades de Direito, estudos sociológicos, psicológicos e antropológicos sobre o comportamento humano, como, por exemplo, sobre o que leva o indivíduo a transgredir a lei.

Kelsen também impermeou, a partir dessa segunda forma de distinguir "ser" de "dever", o estudo do Direito em relação a qualquer aproximação de axiologias ou ideias de moralidade. A moral, segundo Kelsen, independe do Direito Positivo, não podendo este se constranger àquela. Seguindo as ideias de Kelsen, ficaram famosos no Brasil os juristas formados na PUC/SP pela consonância ao afirmarem: "se vocês querem modificar o Direito, candidatem-se ao legislativo, pois o juiz deve tão somente aplicar o Direito e, nós, aqui dentro de sala de aula, afastamos o Direito de qualquer valor subjetivo de moral, pois o estudamos como ele é." Ingênuos, pois o Direito como "é" não existe.

É bem verdade que Kelsen justificou essa postura mecanicista de separar o Direito da Sociologia, da Ética e de outras disciplinas apenas com o intuito científico. Ou seja, devem coexistir com a Ciência Jurídica em sentido estrito as matérias teóricas, filosóficas e sociais. Somente realizam-se os estudos separadamente. Esse padrão também não é aceitável, pois há temas impossíveis de serem fracionados sem perder a completude. O próprio Kelsen parece ter percebido o problema que sua teoria proporcionava à formação holística do estudante em Direito. Não obstante, em vez de denunciá-los, preferiu afirmar que o local ideal para estudar

matérias teóricas, filosóficas e sociológicas sobre o Direito não é no curso de Direito, mas em ciências humanas e sociais (KELSEN, 2011, p.108).

Mas, mesmo se a proposta de Kelsen fosse aceita, a responsabilidade pelas consequências nocivas do mecanicismo hoje observadas não se atribui somente ao teórico austríaco, visto que, nas faculdades brasileiras, até mesmo a separação das ciências com a manutenção dos dois estudos, proposta por ele, não se implementa. As faculdades de Direito e o MEC são também culpados, pois, uma vez separado o estudo, desprezam as matérias não dogmáticas das grades curriculares dos cursos.

O abismo teórico ainda não para por aqui. Via de consequência, a atitude de separar "ser" de "dever-ser" isola o Direito não tão somente de questões éticas, mas também de gnosiológicas, ontológicas e, até mesmo, teológicas. A história da filosofia demonstra que, por tantas vezes, a ética, em um projeto filosófico, é corolário de gnosiologias e teologias. Logo, afastar a ética, além de um problema em si, também produz outro ao preterir estudos gnosiológicos, ontológicos e teológicos.

2 Como podem novas posturas teórico-filosóficas dialéticas proporcionarem cultura, crítica, criatividade e raciocínio ao estudo do Direito?

Neste capítulo, demonstraremos como modelos argumentativos promovem criticidade e cultura ao acadêmico de Direito. Para tanto, analisar-se-ão dois filósofos do Direito: O primeiro será Chaïm Perelman, criador da chamada "nova retórica". O segundo, pelo fato de que muito discorreremos sobre ele neste artigo, deveria ser Theodor Viehweg. Porém, razão superior fundamenta a escolha por Manuel Atienza. Atienza adota postura teórica bem distinta da semelhança que guardam entre si Perelman e Viehweg. Mais pertinente, portanto, é analisar dois teóricos distintos, principalmente pela peculiaridade de Atienza, cuja teoria é um "meio-termo" entre posturas positivistas e atitudes retóricas. Embora uma reta se faça por dois pontos, ao inserirmos um ponto médio e compararmos com outra reta paralela, ficará nítida a relação diretamente proporcional entre a ascensão da retórica e a culturalização e a criticidade da comunidade acadêmica, em contraponto à relação entre o positivismo jurídico e a dogmatização do ensino.

2.1 Contribuições de Manuel Atienza ao estudo jurídico completo.

A teoria jurídica que Manuel Atienza desenvolve almeja dar novas roupagens ao obsoleto positivismo jurídico, leia-se, tenta salvá-lo da ruína, reconhecendo algumas falhas e reformando os maiores equívocos. Não obstante as inovações reforcem a criticidade, a interdisciplinaridade e a culturalização dos estudantes em Direito, elas permanecem aquém

em relação a outras posturas teóricas, como a de Perelman. Em uma linha imaginária de dois tipos ideias, com pontos em Perelman e no positivismo jurídico, a proposta de Atienza encontra-se no centro. Mas, tendo em vista que Atienza propõe sua teoria na década de 90 do século XX, sendo muito mais recente, portanto, que a de Chaïm Perelman, não há de se crer, cronologicamente, que Atienza seja passo inicial para afastar o positivismo do cenário teórico do Direito, mas, isso sim, que ele almeja retirá-lo da crise que lhe impuseram os dialéticos Perelman e Viehweg, dando-lhe sobrevida.

Dos cinco problemas que o positivismo jurídico estabelece como barreira a uma análise crítica e criativa do Direito, veremos ao final desse subcapítulo que Atienza soluciona insatisfatoriamente a dois e deixa outros dois por resolver.

2.1.1 Exposição da teoria do Direito de Manuel Atienza e sua análise sobre o caso GRAPPO.

O cerne da teoria argumentativa de Manuel Atienza concentra-se em duas dicotomias: a primeira se refere aos momentos da "*justificativa*" e da "*explicação*" das decisões jurídicas, enquanto a segunda serve para diferenciar os "*casos fáceis*" dos "*casos difíceis*", que podem ensejar análise jurídica. Importadas da filosofia da ciência denominada "*falsificacionismo*", "*explicação*" e "*justificação*" são dois estágios na criação das teorias científicas, o primeiro da descoberta da lei e o segundo da fundamentação da lei em experiências e no restante das teorias científicas aceitas.¹⁰

Segundo Atienza, no primeiro estágio de uma decisão jurídica, a *razão explicativa* não considera tão somente fatores jurídicos. A busca pelos motivos em escolher alguma decisão para o caso engloba razões extrajurídicas, como crenças religiosas, identificações políticas ou até mesmo aspectos irracionais das paixões humanas (ATIENZA, 1993, p.140). A *razão justificativa*, que vem em segundo momento, impõe ao aplicador do Direito a necessidade de adequar sua decisão às normas jurídicas, mas não tão somente, pois a segunda fase da decisão não é unitária. Divide-se em mais duas etapas: a "*justificativa interna*" e a "*justificativa externa*." A justificativa será do tipo externa quando, a partir de considerações que gozam de prestígio na moral social ou na comunidade jurídica, o aplicador fundamenta a

¹⁰ Interessante notar que, nesse paralelo entre a "filosofia da ciência" e a "filosofia do Direito", o objetivo do "falsificacionismo científico" era acudir o modelo neopositivista do círculo de Viena das críticas que lhe eram corriqueiras. Mais tarde, a teoria dos paradigmas de Thomas Kuhn relativizou por completo qualquer tentativa próxima ao falsificacionismo e ao positivismo lógico. No Direito, a positivismo jurídico, em certa medida, absorve teorias do verificacionismo do positivismo científico; Atienza interpreta o Direito sob o enfoque falsificacionista e; Chaïm Perelman aproxima-se dos paradigmas de Kuhn. Disso, pode-se observar que a "filosofia do Direito" não caminha em rumos autossuficientes, independentemente do que se discute no ambiente filosófico. Mas isso é assunto outro artigo em desenvolvimento que visa provar que a filosofia do Direito não é autossuficiente. Para análise das principais filosofias da ciência, em um texto crítico e completo, ver (CHALMERS, 1993)

decisão demonstrando o caráter mais ou menos razoável das premissas. A *justificativa interna*, por sua vez, é o próprio silogismo dedutivo realizado considerando premissas do Direito Positivo

Esse procedimento, porém, convém apenas para resolver os *casos difíceis*, ou seja, algum daqueles que possuem problemas não resolvidos e/ou não pacificados. Quando o caso assemelha-se a outros com que a atividade habitual dos tribunais muito se depara, tendo resposta pré-formulada, se está diante dos fáceis casos cotidianos, cujo procedimento de solução é diminuto.

Atienza se pergunta: *Como se argumenta, afinal, perante um caso difícil?*

Em primeiro lugar, há que se identificar qual problema é preciso resolver no caso concreto. Eles podem ser de quatro tipos. O *problema de relevância* ocorre quando não se sabe qual norma aplicar ao caso. Já o *problema de interpretação* discute, sobre determinada norma, como se deve compreendê-la, e é desmembrado em caso de excesso ou falta de informação. Os *problemas de prova* consistem em descobrir se, realmente, determinado fato ocorreu, o que o difere do *problema de qualificação*, que ocorre quando se discute se dado acontecimento está contido ou não na hipótese da norma. Em segundo lugar, constroem-se hipóteses de solução para o problema, momento em que a razão explicativa, com os valores subjetivos do julgador, com a moral social e as paixões subsidiam a escolha. No terceiro momento da decisão, há que se fundamentar externamente a premissa escolhida, mostrando a sua razoabilidade, e utilizando argumentos do tipo *a pari*, *a simili*, *a contrario sensu* e *a fortiori*, ou mesmo *reductio ad absurdum* (ATIENZA, 2000, p.327) para confrontar a hipótese de solução com o Direito Positivo. Por fim, há que se realizar a dedução da *justificativa interna*, passando da nova premissa à conclusão. Caso a razão explicativa não consiga fundamentar a decisão frente a uma racionalidade ética externa, ou se, internamente, houver dissonância crassa com o Direito Positivo, deve-se buscar outra solução.

Não são todos os casos, contudo, em que há a possibilidade de o sistema jurídico abrir-se às justificativas externas de cunho moral, posto que, nos casos cotidianos, basta a redução do fato à norma, processo silogístico direto da justificativa interna. Para esses casos, as características lógicas do sistema mantêm-se válidas (ATIENZA, 1993, p.12). Qual seja, diante de *casos fáceis*, só há uma resposta dada pelo ordenamento. O mesmo não ocorre diante de um *caso difícil*.

A tese da única resposta válida para um caso fácil não implica, contudo, que mesmo nesses casos, haja argumentos não-dedutivos (ATIENZA, 2000, p.39-50) no raciocínio judicial. E essa utilização de raciocínios por inferência é mais frequente que se imagina.

Muitas vezes, o juiz, lança mão de "*regras de experiência*" (ATIENZA, 2000, p.42) para servirem de provas em um processo. Por exemplo, o fato de a autoridade policial encontrar um quilo de cocaína na mochila de determinado sujeito, em determinadas condições que o juiz infere por experiência como sendo típicas da prática criminosa de tráfico de drogas, configura prova suficiente para condenar o portador. Observa-se que um fato, não necessariamente, interliga-se ao outro. Outrem poderia, em vias de fuga, esconder a droga nos pertences do acusado, ou até mesmo pode-se crer que a grande quantidade fosse para consumo próprio. Há também, entre outros momentos, argumentos não-dedutivos nas individualizações das penas, em que fatores extrajurídicos interferem na cominação da pena.

Retornando à análise dos casos difíceis, Manuel Atienza indaga: *Há razão para escolher uma resposta à outra em um caso difícil?* Em termos mais específicos: nesses casos complexos, a razão lógico-dedutiva, não oferece uma única resposta correta, isso é sabido. Mas e a razão ética, ela pode oferecer essa resposta única para determinado caso? A resposta, segundo Atienza, é negativa (ATIENZA, 1993, p.139). Assim ele explica ao analisar o chamado o caso GRAPO (ATIENZA, 1993, p.88).

Em 1989, presos políticos do "Grupo Antifascistas Primeiro de Outubro (GRAPO)", iniciaram greve de fome reivindicando melhorias na qualidade da situação carcerária. Tudo indicava que almejavam reunir indivíduos do grupo em uma única penitenciária, o que iria de encontro à política espanhola de dispersar os presos de um mesmo grupo "terrorista". Aparentemente, houve uma situação de lacuna no Direito, ou seja, um *problema de interpretação por falta de informação*. Os magistrados, então, formularam três hipóteses para solução do problema jurídico: 1) a administração está autorizada a alimentar os presos à força. 2) A administração só está autorizada a alimentá-los quando houverem perdido a consciência e não poderem responder por si próprio se desejam ou não romper a greve. 3) A administração, em qualquer hipótese, não está autorizada a alimentá-los à força.

Atienza afirma que, nesses casos, além da insolubilidade do problema pela razão lógica prática, tampouco as decisões da razão ética são infalíveis (ATIENZA, 2000, p.331). O mesmo ocorre nos "*casos trágicos*" (ATIENZA, 1993, p.177), terceiro tipo que Atienza insere ao discorrer sobre os "casos difíceis" e os "casos fáceis". Um caso trágico é trágico quando qualquer solução viola algum princípio ou valor fundamental do sistema, por exemplo, quando se chocam o direito à intimidade e o direito à informação.

2.1.2 Análise crítica da teoria de Atienza e suas consequências no estudo do Direito em sala de aula.

A teoria jurídica da argumentação de Manuel Atienza desenvolve-se em três âmbitos, o legislativo, o judicial e o da dogmática jurídica. Quanto ao subcapítulo anterior, a leitor desavisado poderia crer que se expôs tão apenas o âmbito judicial. Essa não é a realidade, pois Atienza explica que, segundo sua teoria, o âmbito dogmático se aproxima muito do judicial na medida em que a atividade prática subsidia-se em conclusões da doutrina, bem como esta se apoia na análise dos casos concretos apreciados na justiça. A única diferença entre esses dois âmbitos consiste na necessidade de o judicial solucionar casos concretos (ATIENZA, 2000, p.20). Nesse sentido, os raciocínios judiciais, para Atienza, assemelham-se em forma e conteúdo aos que devem ser estudados em sala de aula nas faculdades de Direito.

Avisada a aproximação entre os dois âmbitos, Atienza esclarece as funções da doutrina: 1) fornecer critérios para a produção do Direito; 2) oferecer critérios para a aplicação do Direito, e; 3) sistematizar o ordenamento. Aqui, encontra-se a análise de Atienza a respeito do "*problema metodológico da função descritora e sistematizadora da doutrina*", que, diga-se, não padece da ingenuidade do positivismo jurídico. Em manifesta abertura à criticidade e à criatividade em sala de aula, Atienza teoriza que a ciência do Direito é "normativa" (ATIENZA; MANERO, 2009, p.62), pois, ao fornecer os critérios de aplicação do Direito e ao sistematizá-lo, embebe o mesmo de juízos que prescrevem como o Direito deve ser.

Manuel Atienza também não compartilha da inocente opinião do positivismo jurídico quando aos problemas da "*autossuficiência do sistema*" e do "*mecanicismo juspositivista*". Isso ocorre devido à sua distinção entre os momentos por que perpassa a decisão judicial. Na medida em que a *razão explicativa* apoia-se em motivos extrajurídicos, expõe Atienza, o estudo do direito precisa aproximar-se das disciplinas que estudam o processo real da argumentação (ATIENZA, 2000, p.333), incluindo, até mesmo, o estudo das emoções. Não obstante esse prelúdio de interdisciplinaridade, Atienza não passou do projeto. A explicação da decisão subordina-se ao momento da justificativa, haja vista que, se o aplicador do direito não conseguir justificar sua decisão de acordo com o Direito, terá de modificá-la. Logo, o padrão de estudo das decisões mantém exclusivamente o suposto legalista e a pretensão interdisciplinar não passa de engodo. Essa teoria fomenta, igualmente, a ingênua apatia política, haja vista que, com a complexidade do Direito atual, que conta com grande número de regulamentações, é bem fácil encontrar supostas razões jurídicas para duas decisões contraditórias entre si. Qual seja, independentemente do motivo, há como fundamentar supostamente dentro das balizas jurídicas, e assim fazem quando se almeja decidir matéria jurídica em proveito próprio. Um estudo jurídico crítico não pode ser ingênuo a tal ponto.

Nesse panorama, Atienza não satisfaz o "*problema hermenêutico do raciocínio racional e o sonho dogmático da interpretação objetiva das leis*." Sua teoria precária da interpretação passa despercebida devido ao foco dado quanto aos momentos explicativo e justificativo de uma decisão. Como se o único momento interpretativo ocorresse quando se observa o excesso e a falta de informação quanto a uma norma. Pelo contrário, utilizando o modelo de raciocínio proposto por Atienza, novo problema interpretativo surge no momento da justificativa externa, mais precisamente quando utilizam-se os argumentos *a simili*, *a fortiori*, *a pari* e etc., para mostrar o caráter razoável da interpretação proposta dentro do Direito Positivo. Em suma, Atienza pretere o modelo de interpretação literal do positivismo, mas, implicitamente, o acata para o momento da "justificativa", que pressupõe a interpretação das outras normas do Direito. Igualmente, a manutenção da visão sistemática do Direito para os *casos fáceis* (*problema do sistema lógico*) manifesta ingenuidade e promove apatia política e crítica dos alunos, afinal, um caso só será fácil a depender do interesse a da interpretação do aplicador do Direito.

Logo, Atienza soluciona apenas "*problema metodológico da função descritora e sistematizadora da doutrina*." Insatisfatoriamente, resolve as dificuldades positivistas da "*autossuficiência do sistema*" e do "*mecanicismo juspositivista*" e, deixa sem solução o "*problema hermenêutico do raciocínio racional e o sonho dogmático da interpretação objetiva das leis*" e o "*problema do sistema lógico*."

2.2 Contribuições de Chaïm Perelman ao estudo jurídico completo.

A filosofia do Direito de Chaïm Perelman está contida em um projeto mais amplo do que seria se fosse puramente jurídico. O que se chamou "Nova Retórica" envolve questões de ordem epistemológica, lógica e retórica. Juntamente com Viehweg, Perelman notabilizou-se no cenário jurídico-filosófico ao retornar à filosofia antiga da retórica e da tópica. Essa postura, rendeu-lhe a autotransclassificação de filósofo pluralista posto que, em contradição ao monismo racionalista,

"o pluralismo filosófico, partindo do homem concreto, engajado nas relações sociais e nos grupos de qualquer espécie, se recusará a conceder a algum indivíduo e a algum grupo particular, qualquer que seja, o privilégio exorbitante de fornecer o único critério do que é válido e do que é oportuno, privilégio que só pode conduzir à desmesura e ao totalitarismo, pois corre-se o risco de sufocar e de oprimir outros indivíduos e outros grupos respeitáveis."¹¹

Sob a égide da retórica, raciocínio que não privilegia modelos absolutos de verdade para as questões políticas, morais, religiosas, jurídicas, enfim, que envolvam valores

¹¹ PERELMAN, Chaïm. A filosofia do Pluralismo e a Nova Retórica. in: LEMGRUBER, Márcio Silveira; OLIVEIRA, Renato José de. **Teoria da Argumentação e educação**. Juiz de Fora: Ed. UFJF, 2011. p. 22

humanos, deixa sempre portas abertas para o diálogo e para a busca de soluções razoáveis. Esse projeto tolerante, ao contrário do formalismo racional do positivismo jurídico, não constrange a comunidade acadêmica a um arquétipo diminuto de estudo. Se adequado ao curso do Direito, a retórica sensibiliza criticidade, criatividade, interdisciplinaridade e capacidade de raciocínio.

2.2.1 Exposição da teoria do Direito de Chaïm Perelman e sua análise sobre os limites da liberdade de expressão.

A nova retórica, seguindo os passos dos retóricos antigos, distingue três gêneros de argumentação: o judicial, o deliberativo e o epidíctico. Para a concepção clássica de retórica, contrariamente aos verdadeiros debates nos âmbitos político e judiciário, aquele último, geralmente realizado por um orador solitário, servia tão somente para elogios e espetaculosos discursos sem contestações. Para Perelman, contudo, configura-se como o mais importante, como aquele responsável pelas argumentações cotidianas e informais capazes de criar a disposição de espírito nos ouvintes quanto a valores. Este gênero é responsável pelo que os homens consideram, em cada cultura, como *real*, *verdadeiro* e *objetivamente válido* (PERELMAN; OLBRECHTS, 2005, p.37) e pela difusão de valores. O bom, belo e o justo, em Perelman, não são objetivos como em Platão, ou como no racionalismo Cartesiano. Pelo contrário, são determinados pelo "auditório universal". A concepção dialética e plural de Perelman o faz conceituar as verdades admitidas pelo auditório universal não a partir da ideia de evidência racional, mas de generalização de determinadas opiniões.

Cada cultura, portanto, possui acordos quanto às suas verdades. Até mesmo as questões de verdades fáticas, que gozam aparentemente de qualidade absoluta, são, não obstante, verdades frente ao auditório universal e podem, a qualquer momento, deixarem de ser aceitas (PERELMAN; OLBRECHTS, 2005, p.76). Isso ocorre quando determinada verdade é reclassificada ao *status* de valor, ou seja, passa a ser aceita somente em um auditório particular, não se impondo a todos. A geometria de Euclídes era verdade que subexistia perante os seres humanos de um auditório universal, mas perdeu o *status* de absoluto a partir do momento que nem todos os homens mais creem em suas teses. Os valores, como a liberdade, a igualdade, etc., quando são bastante generalizados, passam a fazer parte de um sistema de crenças que se pretende válido a quaisquer olhos e, como isso, são tratados tal como fatos e verdades (PERELMAN; OLBRECHTS, 2005, p.85). Dessa forma, Perelman humaniza as crenças fáticas e valorativas em um projeto que chega perto de ser chamado epistemológico.

Não obstante a flexibilização que o modelo retórico impõe ao estudo das crenças e dos valores humanos, não é toda teoria e toda postura possível de ser sustentada. Essa é uma contraimposição da ideia de auditório universal. Qualquer argumentação que vise sustentar determinados valores carece se adequar às premissas e aos acordos prévios do auditório, para, posteriormente, tentar se fazer valer. A cultura é impositiva. Por exemplo, há regras de educação, de etiqueta, aceitas por auditórios particulares e universais às quais é preciso se adequar para não ser rechaçado. Há freios à arbitrariedade de crenças e ações.

Há ainda uma peculiaridade que o modelo retórica impõe: os valores não são perquiridos a partir de verdade e falsidade, sempre há a possibilidade de se reforçar a adesão de um indivíduo a um valor. Esse exame sobressalta quando dois valores entram em conflito. Embora seja sabido que comer devagar faz bem à saúde, os homens podem optar pela sofreguidão caso valorizem mais aproveitar o tempo com outras atividades.

Em termos gerais, essas são as informações básicas sobre a nova retórica de Perelman necessárias à compreensão do Direito, momento em que se passa a analisar as implicações dela no Direito. *Então, de que maneira, para Perelman, a argumentação epidíctica interfere no gênero judiciário?*

Chaïm Perelman, procurou, em toda sua vida, resolver o seguinte problema: podem os juízos arbitrários de cada homem serem freados, eles efetivamente são, se sim, de que maneira? Essa problemática sobreveio quando, em um ensaio sobre a justiça (PERELMAN, 2005, pp.3-66), Perelman foi capaz de sistematizar seis fórmulas lógicas sobre a justiça, mas que, não obstante, eram ineficientes no momento de classificar determinadas condutas concretas nessas classes ou no momento de escolher uma frente à outra. Naquele momento, a única solução que lhe sobrou foi deixar ao arbítrio do julgador, o que não lhe impediu de buscar uma lógica dos juízos de valor capaz de hierarquizá-los objetivamente. Embora tenha falhado, a pesquisa o conduziu à descoberta da retórica e, mais tarde, à introdução dos conceitos de equidade, razoabilidade no Direito.

A gênero epidíctico é responsável por fornecer o contato de espíritos humanos e o consequente acordo de premissas e valores que a cultura, ou seja, o auditório universal, admite. A partir de tal ambiente, as discussões judiciais se desenvolverão e as argumentações jurídicas se embasarão. Essa construção do gênero epidíctico permite Perelman formular ideias de equidade e razoabilidade que permeiam necessariamente as decisões judiciais (PERELMAN, 2000, p.238). Elas não são, contudo, arbitrárias e subjetivas, posto que há determinação faz-se intersubjetividade pelo auditório (PERELMAN, 2000, p.114); Eis a

resposta com que Perelman soluciona a problemática de sua vida: a equidade é posta pelo auditório composto pela sociedade e o arbítrio desfaz-se.

Qual seja, há valores aceitos na sociedade humana e, as decisões judiciais sempre almejarão adequar-se ao auditório composto pela referida sociedade (auditório universal). Trata-se da regra de adequação do discurso aplicada ao Direito. Quando uma norma jurídica vai de encontro à noção de equidade, que permeia o contexto do Direito, os juízes sentem-se incomodados, e frente a inadequação do Direito à equidade da sociedade, tenderão a buscar justificativa que a satisfaça. Assim, recorrem a falsas antinomias e lacunas (PERELMAN, 2000, p. 54; p.107; p.185); a ficções jurídicas (PERELMAN, 2000, p. 89; p. 191), a presunções, teorias, entre outros expedientes. Raras serão as vezes que os tribunais não encontraram, na técnica jurídica, meio de conciliar a preocupação com uma solução aceitável e a fidelidade à lei (PERELMAN, 2000, p.193). E se acaso não encontrem uma forma, provavelmente, escolherão afastar a norma a julgar fielmente conforme a lei.

Disso se depreende que, nenhuma regra de Direito, assim como nenhum valor, é absoluta. Sempre haverá situações em que se poderá limitá-las quanto ao alcance. Assim ocorre porque as respostas que o Direito fornece a partir de suas regras não são avaliadas a partir de critérios de verdade, mas quanto à adesão. Nesse sentido, a segurança jurídica, a liberdade de expressão, a dignidade humana, etc., são apenas um entre vários valores jurídicos que podem conflitar. (PERELMAN, 2000, p.130) Perelman exemplifica recorrendo ao valor jurídico da "liberdade de expressão". É certo que ela consiste um valor prioritário, principalmente, no Direito americano. Não se pode, contudo, invocá-lo para justificar grito de "fogo" em um teatro repleto, momento em que conflita com outros princípios.

Por fim, Perelman, destacamos que Perelman não restringe sua análise a uma teoria descritiva do raciocínio judicial, mas também prescreve como os juízes devem se portar em uma decisão jurídica. Assim o faz almejando substituir a ideologia do positivismo jurídico segundo a qual "lei é lei" (PERELMAN, 2000, p.95) por outra que leva em consideração a equidade intersubjetiva e que ele se propõe a descrever em sua teoria da argumentação e sua lógica jurídica.

2.2.2 Análise crítica da teoria de Perelman e suas consequências no estudo do Direito em sala de aula.

A teoria da argumentação de Perelman mostra-se capaz de solucionar os cinco problemas do positivismo jurídico que provocam constrição no estudo do Direito. Um deles,

porém, permanece com contratempos a serem superados. Primeiramente, serão expostas as soluções e Perelman aos demais quatro problemas.

Problema do sistema lógico-axiomático: a demonstração de que o Direito, necessariamente, perpassa por juízos de equidade e de que os juízes sentem necessidade em conciliar a fundamentação legal com os valores razoáveis da sociedade, proporciona ao estudante de Direito a possibilidade de se indagar a respeito de questões extraleais. A partir dos acordos de valores existentes no auditório - sociedade - pode-se escolher dados, escolher a forma de apresentação e de discurso pertinentes (PERELMAN; OLBRECHTS, 2005, pp. 131-203), e argumentar a partir das técnicas (PERELMAN; OLBRECHTS, 2005, pp. 211-582), de forma a demonstrar a plausibilidade de razões extrajurídicas a serem relevadas no Direito.

Evidencia-se, dessa forma, a impropriedade do *"problema da autossuficiência do sistema"* e do *"problema do mecanicismo juspositivista"* uma vez que questões de diversas disciplinas tornam-se pertinentes aos caso em análise. Há tolerância na filosofia plural de Perelman, desde que se fundamente a relevância e de que se parte dos acordos com o auditório.

Quando Perelman identifica as ideologias por que passou o Direito desde o positivismo exegético, fica claro que a metodologia descritivista da ciência do Direito é tão apenas uma possibilidade. Não há, necessariamente, de ser assim. E, assumindo nova postura ideológica, o próprio Perelman prescreve ao juiz o modo de proceder. Soluciona-se, portanto, o *"O Problema metodológico da função descritora e sistematizadora da "doutrina"*.

O único problema que Perelman não soluciona completamente é o *"Problema hermenêutico do raciocínio racional e o sonho dogmático da interpretação objetiva das leis"*. Ao constatar a inclusão dos juízos de valor no âmbito da equidade intersubjetiva, Perelman aproxima-se à filosofia hermenêutica contemporânea: o auditório universal exerce na nova retórica o papel dedicado à cultura nas hermenêuticas de Gadamer e Heidegger

Porém, a nosso ver, mesmo dentro de uma mesma cultura, há oscilação suficiente para manifestarem-se posições políticas, morais, religiosas muito diversas. Posições essas que interferem inevitavelmente na interpretação de mundo e, por consequência, do Direito. Uma prova disso são as inúmeras divergências doutrinárias que surgem a todo instante.

Perelman sabe disso, compreende bem as divergências interpretativas. Porém, ao aplicar à lógica do Direito a sua nova retórica, transplantou a ela tão somente os valores universais do auditório universal. As questões quanto aos auditórios particulares e às encarnações do auditório universal foram deixadas de lado. Para aprofundarmos mais a questão do auditório universal, quando o juiz sensibiliza-se pelo senso de equidade do

auditório universal, na realidade, esse senso corresponde à encarnação do auditório universal (PERELMAN; OLBRECHTS, 2005, p.38), mais especificamente, à criação que o juiz faz em sua mente do que ele imagina corresponder aos valores universais da sociedade. Há portanto, um problema não solucionado: como saber se os valores são efetivamente os preferidos pela sociedade.

Outro problema ocorre quando, para defender interesses próprios, o juiz aplica noções de equidade relativo ao auditório universal. Perelman tenta solucionar essa questão ao prescrever ao juiz a obrigação de assim não agir. Porém, se efetivamente age e mascara sua decisão da mesma forma como se estivesse a aplicar a equidade intersubjetiva, como perceber e o que fazer se notado?

No mesmo sentido, como pode o aluno de Direito, para fomentar seu senso crítico, conseguir diferenciar quando o juiz aplica um preceito de equidade intersubjetivo, ou um subjetivo?

Portanto, embora Perelman não solucione, nem pudera solucionar, visto que seu objetivo era frear os juízos de valor na aplicação do Direito, evidencia-se, a influência dos juízos de valor no Direito, o que implica a necessidade de postura crítica por parte dos acadêmicos de Direito para controlar as arbitrariedades judiciais. Uma teoria da argumentação que proporcione completa análise do fenômeno deve seguir os avanços de Perelman nas indagações sobre as possibilidades de contenção das arbitrariedades subjetivas, perpassando pela influência dos valores aceitos pelo auditório universal e que consistem no juízo de equidade objetivado. Mas deve também analisar como os juízos dos auditórios particulares (ou encarnações do auditório universal) interferem na análise do Direito, de forma a, assim como fez Perelman, prescrever a sua expulsão da ordem jurídica, como reformas das decisões

Deve-se também, com vista a promover criticidade nos alunos, estudar como os aspectos extratécnicos, como o *ethos* das partes, o *pathos*, e até mesmo, afagos e medos a sanções, questões que Perelman deixou de lado. (PERELMAN; OLBRECHTS, 2005, p.9). Perelman, embora não tenha chegado ao fim, talvez já tenha dado o caminho.

CONCLUSÃO

Como resultado de todas restrições que o positivismo jurídico, sob a metodologia exata da analítica, suscita aos estudantes de Direito, restou ao bacharelando tão somente o estudo decorado de leis, jurisprudências e doutrinas. Assuntos de cunho teórico, sociológico, filosófico e etc. são preteridos da pauta da sala de aula assim que arguidos, em juízos preliminares ao debate, que eliminam as chances de se argumentar pela relevância do tema.

Sequer levantar o assunto é possível sem imediata recriminação do aluno por parte do professor positivista, predicando de irrelevante ou incorreta a questão.

O professor, neste modelo positivista de ensino, representa tão somente um reprodutor de ideias, passando longe da lembrança de um ser humano reflexivo, culto, crítico e capaz de raciocinar, estabelecer vínculos entre ideias e teorias. Sobretudo, é um docente ridicularizável, posto que, com avanço da tecnologia da internet wireless, o aluno pode acessar decisão do STF de ontem que torna a aula de hoje obsoleta. Orientar um aluno, em verdadeiro sentido, porém, significa ensinar a pensar, a criticar e a obter desejo por sabedoria. A pergunta pelo porquê importa mais que as repostas.

A configuração pedagógica do ensino jurídico baseado somente em decorar leis, doutrinas e jurisprudências não é, contudo, necessariamente vinculante. A generalização da mediocridade alcançou patamares tão grandes, a ponto de as exceções serem pouquíssimas, que o mito dogmático aparenta necessidade. Fazem crer os analíticos e aceita a comunidade jurídica em geral que "o ensino jurídico é dessa forma e só pode ser assim". Da generalização de vários casos, sobreveio a necessidade.

Não obstante, esse modelo que sufoca o intelecto, por sorte da cultura e da crítica, é consequência da postura ideológica do positivismo jurídico e de sua reiterada aceitação em sala de aula. Alterável, portanto, desde que se modifique a teoria a partir da qual se estuda o direito. A postura do professor de direito, a partir do momento que interpreta o direito por óculos de lentes multifocais, modifica-se rumo à sapiência por duas maneiras. Por um lado, favorece a tomada de consciência crítica de relações típicas da dialética presentes no direito, sem a qual o graduando aliena-se, não percebendo ser ludibriado em vários instantes. Por outro lado, promove a culturalização e a busca de conhecimentos que melhor expliquem o fenômeno jurídico e as razões, os porquês, de serem das coisas.

Eis que se retorna a Theodor Viehweg, a Chaïm Perelman e aos modelos de raciocínio de Aristóteles. Embora, desde os filósofos antigos, os estudos da dialética e da retórica sejam preteridos, em suma, devido ao suposto ambiente de incerteza que sua propositura gera, mostrou o positivismo que a "coisificação" do Direito não promove segurança jurídica, o que seria a única justificativa plausível para se dogmatizar o estudo de Direito. Pelo contrário, o positivismo não cumpriu a sua principal promessa, a de conferir previsibilidade e certeza às relações, visto que a segurança jurídica nos moldes positivistas, como visto, não passa de utopia, ou pior, de argumento por autoridade que suscita manipulações e apatia crítica por parte da comunidade jurídica. É, paradoxalmente, o raciocínio por incertezas da retórica quem pode mais se aproximar à segurança jurídica, ao

considerar os pré-conceitos dos julgadores, os interesses políticos, a moral social e outros fatores em uma decisão. O que não faz o positivista por predicar com irrelevante ou incorreto a aproximação do Direito com disciplinas teóricas e filosóficas.

Ao contrário do que se pensa sobre a retórica, ela proporciona "humanização" e tolerância. Posturas interdisciplinares e criativas são fomentadas. Além disso, elucida a falsa sensação de segurança jurídica que o positivismo implementa. As decisões judiciais passam a ser criticadas até mesmo para os supostos casos fáceis.

Com o artigo, deixa-se evidenciada a relação entre as teorias jurídicas e o ensino, sendo este moldado por aquele. Não obstante, há também outras questões que influenciam, em um âmbito macro, que pode ir além das posturas teóricas. No plano material, pode-se pesquisar como o modelo meritocrático da prova da OAB e a consequente competição interfaculdades clamam a dogmática. A motivação em cursar Direito para prestar concurso público caminha em mesmo sentido. Em plano pedagógico, deve ser analisada a influência do ensino de repetição através de aulas expositivas que perdura ao longo dos ensinamentos fundamental e médio na escola brasileira, bem como a dificuldade em utilizar outro método de avaliação que não o por resultado, a exígua pesquisa e extensão nas faculdades de Direito e a ausência de preparação didático-pedagógica dos professores de Direito em cursos de licenciatura. Este artigo, contudo, adentrou, apenas, a área da teoria e da filosofia do Direito para analisar como o positivismo jurídico com o seu pretensão científicismo promove a constrição do estudo do Direito, reprimindo a interdisciplinaridade, a criatividade e a crítica na sala de aula.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ADEODATO, João Maurício. **Ética e retórica - para uma teoria da dogmática jurídica**. São Paulo: Saraiva, cap.14, 2000.

ARISTOTELES. **Organon**. Tradução, prefácio e notas de Pinharanda Gomes. Lisboa: Guimarães, 1985-1987

ATIENZA, Manuel. **Traz la justicia: Una introducción al Derecho y al razonamiento jurídico**. Barcelona: Editorial Ariel S.A, 1993.

_____. **As Razões do Direito: Teorias da Argumentação Jurídica**. Trad. Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy Livraria Editora e Distribuição Ltda, 2000.

ATIENZA, Manuel; MANERO, Ruiz. **Sobre princípios e regras**. Revista Eletrônica Acadêmica de Direito Panóptica. Ano 3, nº 17, p.49-68, nov.,2009. Disponível em <<http://www.panoptica.org/novfev2009.html>>

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do Direito**. Trad. Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito tributário, linguagem e método**. São Paulo: Noeses, 2008.

CHALMERS, Alan. **O que é ciência afinal?** Trad. de Raul Fiker. São Paulo: Brasiliense, 1993.

DESCARTES, René. **Discurso do Método**. Trad. Paulo Neves. Porto Alegre: L&PM, 2010.

ECHAVE, Delia Teresa; URQUIJO, María Eugenia; GUIBOURG, Ricardo A. **Lógica, proposición y norma**. Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, p.27, 2002.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. 6.ed. Trad. Flávio Paulo Meurer. Petrópolis e Bragança Paulista: Vozes e Universitária São Francisco, 2004, p. 354-447.

KANT. **Crítica da Razão Pura**. Trad. de Manuela Pinto dos Santos e Alexandre Fradique Morujão. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p.1-83.

KELSEN, Hans. **Autobiografia de Hans Kelsen**. Trad. Gabriel Nogueira Dias e José Ignácio Coelho Mendes Neto. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2011.

_____. **O que é justiça?** Tradução Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

_____. **Teoria geral das normas**. Trad. José Florentino Duarte. 3.ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1986.

_____. **Teoria pura do Direito**. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KLUG, Ulrich. **Lógica jurídica**. 4.ed. Santa Fe de Bogotá: Editorial Temis S/A, 1988.

PERELMAN, Chaïm. A filosofia do Pluralismo e a Nova Retórica. in: LEMGRUBER, Márcio Silveira; OLIVEIRA, Renato José de. **Teoria da Argumentação e educação**. Juiz de Fora: Ed. UFJF, 2011, p. 13-22.

_____. **Ética e direito**. Trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. 2.ed. São Paulo: Martin Fontes, 2005.

_____. **Lógica Jurídica**. Trad. Virgínia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

PERELMAN. Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. **Tratado de argumentação: a nova retórica**. Trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. 2º ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

PLATÃO. **A república**. Trad e notas de Maria Helena da Rocha Pereira. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2010.

REALE, Giovanni. **História da filosofia antiga: vol.1 Das origens a Sócrates**. Trad. Marcelo Perine. São Paulo: Loyola, 1993.

_____. **História da filosofia antiga: vol.2 Platão e Aristóteles**. Trad. Henrique Cláudio de Lima Vaz e Marcelo Perine. São Paulo: Loyola, 1994.

VILANOVA, Lourival. **As estruturas lógicas e o sistema de direito positivo**. 3. ed. São Paulo: Noeses, 2005.

VOLTAIRE. **Tratado sobre a tolerância: por ocasião da morte de Jean Calas (1763)**. Trad. William Lagos. Porto Alegre: L&pm, 2010.