

A NOVA RETÓRICA, OS VALORES E A REABILITAÇÃO DA RAZÃO PRÁTICA NO DIREITO.

Bruno Augusto Sampaio Fuga. Mestrando em Direito Negocial pela UEL. Pós-graduado em Processo civil (IDCC). Pós-graduado em filosofia jurídica e Política (UEL/PR). Advogado. Professor da UNOPAR. E-mail: brunofuga@brunofuga.adv.br

RESUMO: O caráter não lógico formal dos valores no ordenamento jurídico, seu procedimento de aplicação e a reabilitação da razão prática é o tema do presente artigo. O objetivo é partir da obra de Perelman intitulada “Lógica jurídica: nova retórica” para, após traçar um paralelo com outras doutrinas sobre o tema, apresentar o caráter controvertido da aplicação dos valores, demonstrando a insuficiência da razão teórica para solução de controvérsias. Será também exposto um contexto de hermenêutica jurídica, interpretação e normas de caráter aberto. Justifica-se o estudo, na medida em que o alcance da justiça, finalidade primordial do direito, está umbilicalmente atrelado ao posicionamento que o intérprete adota diante de temas que extrapolam as fronteiras jurídicas.

Palavras-chave: razão prática; razão teórica; nova retórica; lógica jurídica

A NEW RHETORIC, VALUES AND REHABILITATION OF PRACTICAL REASON.

ABSTRACT: The formal logical not character values in the legal system, their application procedure and rehabilitation of practical reason is the theme of this article. The goal is based on the work of Perelman entitled "Legal Logic: new rhetoric" for, after drawing a parallel with other doctrines on the subject, present the controversial character of the application of values, demonstrating the inadequacy of theoretical reason for dispute resolution. Will also be exposed to a context of legal hermeneutics, interpretation and standards of openness. Justified the study, in that the scope of justice, the primary purpose of law is inextricably linked to positioning the interpreter takes on topics that go beyond the legal boundaries.

Key words: practical reason, theoretical reason, new rhetoric; legal logic.

INTRODUÇÃO

O ponto de apoio do presente estudo é o capítulo I intitulado “A nova retórica e os valores” do livro “Lógica jurídica: nova retórica de Chaim Perelman”. Faremos também alguns paralelos de outras obras, dentre elas Hannah Arendt, Adela Cortina, Dworkin, Hart e Macintyre.

O interesse é abordar o caráter não lógico-formal dos valores, tese desenvolvida notadamente a partir da Segunda Guerra Mundial. Com a decadência do positivismo clássico (exclusivo), o Direito não pôde mais ser encarado como uma ciência exata. Princípios, valores, ética – elementos que extrapolam as fronteiras juspositivista pura – ganharam outra feição, influenciando diretamente o conceito de “justiça”, desenvolvendo, portanto, a reconstrução do próprio Direito.

Essa reconstrução poderia ser operada ou por meio da razão teórica ou da razão prática. A primeira possibilidade vale-se do próprio positivismo, dando a ele um novo significado para além daquele desenvolvido no início do século XX. O juspositivismo deixaria de ser “exclusivo” e passaria a ser “inclusivo”. Significa dizer que, de acordo com essa nova concepção, seria possível dentro da lógica-formal positivista a incorporação de argumentos morais no Direito. O grande problema é que, por este raciocínio, tal incorporação ocorre de forma não-necessária e deve ainda respeitar a lógica-formal, inviabilizando-se, assim, a tão conclamada superação ao juspositivismo clássico.

O presente estudo não se debruça diante dessa primeira possibilidade. Isso porque, de acordo com o pensamento perelmaniano, a procura de resolver esse “discurso” do direito por meio da lógica formal (âmbito da razão teórica, na estrita perspectiva da *tecné*) não alcança o sucesso pretendido após as barbáries do holocausto. Desenvolve-se, então, a partir da segunda possibilidade, vale dizer, da perspectiva da razão prática como construtora do Direito. Neste passo, o trabalho tem a pretensão de aflorar o questionamento acerca da construção da Justiça, levando em consideração sobretudo o marco histórico da Segunda Guerra Mundial, a tentativa fracassada de transformar o direito em ciência, a ausência de lógica-formal dos valores e, por fim, a inevitável influência que a moral implica no desenvolvimento do Direito.

1. A NOVA RETÓRICA, OS VALORES E A REABILITAÇÃO DA RAZÃO PRÁTICA.

Parte Perelman (1998, p. 135) da seguinte indagação: há uma lógica dos juízos de valor, se são eles expressões de nossos impulsos, de nossas emoções e interesses e, portanto, irracionais?

Comenta ele sobre a justificativa da doutrina positivista clássica, que fez crer que a experiência pode estabelecer certos fatos e certas proposições. E, quando necessário superar desacordos, a razão se faz presente na “razão do mais forte” ou do “voto majoritário”, o que pode implicar no mais forte ganhando pelas armas e a maioria sendo representada por militares (PERELMAN, 1998, p. 136).

Opõe-se, portanto, a doutrina positivista clássica ao uso prático da razão. Procura ela restringir o papel da lógica formal, dos métodos científicos e da razão a problemas de conhecimento puramente teóricos. Para Perelman (1998, p. 137), essa noção de justiça positivista implica em tratar do mesmo modo situações essencialmente semelhantes e, sobre essa força do precedente, necessário pensar que uma situação nova é ligada a um juízo de valor de fato. E, de acordo com o doutrinador, acreditar que esses valores são arbitrários, implicaria em renunciar a qualquer filosofia prática e abandonar a moral, o direito e a política.

Seguindo essa linha de raciocínio, a visão positivista abre mão da solução razoável que implicaria no uso prático da razão. Na busca de alcançar uma lógica para os juízos de valor, Gottlob Frege e Lucie Olbrechts-Tyteca chegaram a conclusão que não havia lógica específica dos juízos de valor (1947).

O questionamento empregado por Perelman (1998, p. 139) é este: “mediante quais procedimentos intelectuais o juiz chega a considerar tal decisão como equitativa, razoável ou aceitável, quando se trata de noções eminentemente controvertidas?”.

Perelman (1998, p. 139), lembrando ensinamentos de Platão, lembra que discutir sobre questões objetivas é de fácil solução, o problema está em encontrar um consenso sobre questões de justiça ou injustiça, do belo ou feio, do bem ou mal. Para a solução desse discurso, Platão tem estima pela dialética, a arte da discussão.

Na doutrina positivista, a ideia central é a verdade, ao passo que na dialética o centro da atenção é o acordo. A verdade está para o juspositivismo clássico, assim como o consenso está para a dialética. Como obter então o acordo de questões consideradas justas, equitativas, razoáveis, oportunas, louváveis ou conforme ao direito. Segue então a tentativa de Perelman de buscar uma nova retórica com instrumento da razão prática.

Sobre essa concepção de raciocínio prático, Macintyre (1991, p. 370) deduz que o liberalismo fornece uma concepção de ordem justa que esta ligada à concepção de raciocínio prático. Neste sentido:

O liberalismo, portanto, fornece uma concepção específica da ordem justa, que é **intimamente integrada à concepção do raciocínio prático** exigida pelas transações públicas conduzidas nos termos estabelecidos por uma comunidade política liberal. (MACINTYRE, 1991, p. 370, grifo nosso).

Para Perelman (1998, p. 141) a definição de retórica é o “estudo das técnicas discursivas que visam a provocar ou a aumentar a adesão das mentes às teses apresentadas a seu assentimento”. Essa definição é, ainda, complementada com quatro observações, a saber: 1) procura ela “persuadir por meio do discurso, excluindo a violência e a carícia; 2) a demonstração e às relações da lógica formal com a retórica”, ligadas as premissas e estar dispostos a reconhecer a verdade das premissas; 3) “adesão pode ter intensidade variável”, principalmente em se tratando de valores; 4) diz respeito mais à *adesão do que à verdade*, ou seja, a adesão é ligada a um ou mais espíritos os quais dirigimos (PERELMAN, 1998, p. 143).

Essa noção de espíritos, ou seja, de um auditório, é central, pois um discurso só é eficaz se tem a pretensão de persuadir ou convencer. Essa nova retórica então considera o diálogo socrático, pela dialética, pela arte de atacar o adversário que engloba o campo de argumentação (PERELMAN, 1998, p. 144).

Essa argumentação implica em persuadir, por parte do orador ou escritor, e escutar, por parte do auditório. Esse contato exige então uma linguagem comum, o que não apresenta problema em auditório comum, mas complicações em públicos diferentes. Perelman afirma que sustentar seu argumento em premissas não aceitas pela plateia é o mesmo que fixar um quadro pesado com um prego mal fixado na parede.

A ideia utilitarista desprezou a epistemologia empirista, ligada à nossa experiência e o pensamento de Bentham teria a aritmética dos prazeres. Desprezou essa tradição os valores biológicos, o desejo de viver e o desejo de morrer, o prazer e a dor, que guiam o interesse bem compreendido de causa um. Despreza, portanto, a originalidade da própria cultura em questão, com tradições, instituições e inspirações religiosas (PERELMAN, 1998, p. 149-150).

O que fazer se o fim perseguido não é único? Ora, se for único, fácil pode ser, pois será possível desprezar os meios para se chegar a um fim determinado. Acontece que há um pluralismo de valores e de normas, pluralismos estes eliminados na visão tradicional e racionalista da filosofia

ocidental (PERELMAN, 1998, p. 149). Parece que esse foi o pensamento do positivismo clássico, colocar um signo da verdade em busca desses valores e normas como se não passasse de uma ciência entre outras.

Em *Direito e Democracia entre factividade e validade*, Habermas já em seu prefácio inicia sua obra apresentando o problema contemporâneo do direito diante da necessidade vital do pluralismo jurídico. Afirma ele que hoje existe um pluralismo de procedimentos metodológicos que inclui as perspectivas da teoria do direito, da sociologia do direito e da história do direito, da teoria moral e da teoria da sociedade. Ou seja, o direito não está restrito apenas ao ordenamento jurídico diante da pluralidade e complexa sociedade atual.

Neste norte, afirma ainda o doutrinador que questões da teoria do direito rompem “a limine” do quadro de uma reflexão meramente normativo; a figura pós-tradicional de uma moral orientada por princípios depende de uma complementação através do direito positivo. (2012:23)

Voltando ao tema proposto, o problema então é transformar todas as vezes os valores em problemas relativos à verdade, como a atitude de um sábio que espera encontrar a única solução da ordem universal para os problemas criados pela ação. Adela Cortina (2010, p. 9) em seu livro *Ética sem Moral* já afirmava que “com a lógica, apenas parcialmente se chega à realidade”. Prossegue a autora:

Vocês, os escritores, constroem a ação seguindo as regras da lógica, como se estivessem organizando uma partida de xadrez: aqui, o assassino; ali, a vítima; acolá, o cúmplice; alhures, o beneficiário do crime. Ao detetive, basta conhecer as regras do jogo para conseguir encurralar o assassino e para que a justiça triunfe. Para vocês, não contam o contingente, o contingente, o incalculável, o incomensurável; e, sem dúvida, nossas leis não se apoiam na causalidade, e sim na probabilidade e na estatística; referem-se ao universal e não ao particular, porque o indivíduo fica à margem de todo cálculo. “E isso” – prosseguia, implacável, nosso entediado personagem – “é o que há de imperdoável nos romances policiais: o escritor construí-los seguindo as regras de uma lógica alheia a realidade, estranha ao contingente, ao incomensurável e ao individual. Isso é o que há de imperdoável, porque a outra obsessão, a de encontrar um final feliz, esta justificada. Afinal de contas, essa é uma das mentiras com que mantemos o Estado e a sociedade, incapazes de subsistir em a fé de seus cidadão em uma ordem moral (CORTINA, 2010, p. 9).

A linguagem acima se parece bem com a razão teórica, preocupada com uma verdade, sem se apoiar em uma causalidade, probabilidade, onde o indivíduo fica à margem de todo cálculo¹.

¹ Sobre o tema, Perelman (1998, p. 167) afirma: enquanto os axiomas de um sistema formal fazem abstração de qualquer contexto – o que permite comparar um sistema forma a um jogo como o de xadrez (...)

Ao abandonar a razão prática, inevitavelmente há uma recusa a qualquer sentido à noção de razoável e há uma separação metodológica entre os juízos de realidade e os juízos de valor. Abandonando, portanto, esse raciocínio prático, nega todos os valores práticos, tais como justiça, equidade, bem comum, o razoável, dentre outros (PERELMAN, 1998, p. 152), sendo bastante o silogismo.

Esse pensamento de Perelman é também justificado, pois o livro foi escrito em 1979 e a tentativa de buscar pensamento evoluído e atraente, pôde ser verificada na Alemanha, pós Segunda Guerra Mundial, pois depois de um acontecimento assim, os estudiosos de um sistema precisam pesar suas atitudes diante de tais iniquidades, conforme afirma Hart:

Após uma revolução ou grandes sublevações, os tribunais de um sistema têm de ponderar sua atitude perante as iniquidades morais cometidas de forma legal por cidadãos comuns ou autoridades sob um regime anterior. Ainda que a punição desses indivíduos possa parecer socialmente desejável, procurá-la através de uma legislação explicitamente retroativa, tornando criminoso o que era permitido ou mesmo exigido pela lei do antigo regime, pode ser difícil, um ato mortalmente odioso ou, talvez, impossível (HART, 2009, p. 268)².

Neste espaço intelectual, pós Segunda Guerra Mundial, são repensadas as implicações morais latentes no mundo jurídico e, principalmente em palavras como *jus*, *recht*, *diritto* ou *droit*, que estão presentes na teoria do direito.

Nessas circunstâncias, pode parecer natural explorar as implicações morais latentes no vocabulário jurídico e, especialmente, em palavras como *jus*, *recht*, *diritto* ou *droit*, que estão impregnadas da teoria do Direito Natural (HART, 2009, p. 269)³.

Ainda, sem deixar de lado o contexto histórico da Alemanha pós Terceiro *reich*, o qual atualmente ainda exerce grande influência no modo de pensar dos institutos de direito e da moral, torna-se importante citar obra de Hannah Arendt (2004, p. 113-114):

Até que, sem grande alarde, tudo isso desmoronou quase da noite para o dia, e então foi como se a moralidade de repente se revelasse no significado

² A obra em inglês, *ipsis litteris*, assim descreve (HART, 1997, p. 208): *after revolution or major upheavals, the Courts of a system have to consider their attitude to the moral iniquities committed in legal form by private citizens or officials under an earlier regime. Their punishment may be felt socially desirable, and yet, to procure it by frankly retrospective legislation, making criminal what was permitted or even required by the law of the earlier regime, may be difficult, itself morally odious, or perhaps not possible.*

³ A obra em inglês, *ipsis litteris*, assim descreve (HART, 1997, p. 208): *In these circumstances it may seem natural to exploit the moral implications latent in the vocabulary of the law and especially in words like ius, recht, diritto, droit which are laden with the theory of Natural Law.* (HART, 1997 p. 208)

original da palavra, como um conjunto de costumes (*mores*), usos e maneiras que poderia ser trocado por outro conjunto sem maior dificuldade do que a enfrentada para mudar as maneiras à mesa de um indivíduo ou um povo. Que estranho e que assustador parecia de repente o fato de que os próprios termos que usamos para designar essas coisas – moralidade, com sua origem latina, e ética, com sua origem grega nunca tivessem significado nada além de usos e hábitos. (ARENDDT, 2004, p. 113-114)

Ainda em Hannah Arendt (2004, p. 116), no livro “Responsabilidade e Julgamento”, ao tratar sobre o colapso dos padrões morais nas décadas de 1930 e 1940 no Terceiro *reich*:

Nós – ao menos os mais velhos dentre nós – testemunhamos o colapso total de todos os padrões morais tradicionais na vida pública e privada durante as décadas de 1930 e 1940, não só (como se supõe em geral na Alemanha de Hitler, mas também na Rússia de Stálin, onde neste momento a geração mais jovem está fazendo perguntas que possuem uma grande semelhança com as que estão atualmente em debate na Alemanha. (ARENDDT, 2004, p. 116)

No mesmo contexto fático e ao fazer uso de explicação de padrões jurídicos e padrões morais, Arendt (2004, p. 118):

Quando nos confrontamos pela primeira vez com esse horror, ele parecia transcender, não apenas para mim, mas para muitos outros, todas as categorias morais, pois certamente desmoronava todos os padrões jurídicos. (ARENDDT, 2004, p. 118)

Alinhando ao pensamento de Dworkin⁴ (2010, p. 42), segundo o qual “essa primeira diferença entre regras e princípios traz consigo uma outra”, qual seja a de que “os princípios possuem uma dimensão que as regras não têm – a dimensão do peso ou importância”, Perelman (1998, p. 153) afirma que não se podem dispensar juízos de valor. Aquele, por sua vez, afirma que não pode deixar de aplicar princípios dentro de uma sociedade. Deste modo:

(...)que não pode dispensar juízos de valor, apreciações preliminares a qualquer teoria e a qualquer classificação, a qualquer elaboração de uma terminologia apropriada, relegar tais juízos de valor ao arbitrário e ao irracional retira todo fundamento científico da ciência, o qual garante os juízos de realidade cuja objetividade parecia a mais segura. De fato, com as ciências não são mais que o produto da atividade científica, a metodologia dela só pode elaborar-se se negamos a existência de critérios que permitiriam considerar preferíveis certas hipóteses, certas teorias, uma certa terminologia e um certo uso da linguagem.(PERELMAN, 1998:153)

⁴ Cf. Dworkin (1978, p. 26), “*there may be other principles or policies arguing in the other direction – a policy of securing title, for example, or a principle limiting punishment to what the legislature has stipulated*”.

Retomando o tema de argumentação, Perelman (1998, p. 159) referenciando o conclamado Aristóteles, afirma que os “lugares-comuns” desempenham um papel análogo ao dos axiomas em um sistema formal. Neste sentido que uma reflexão sobre liberdade pode partir de um “lugar-comum” tal a liberdade é melhor que a escravidão. O filósofo pode contentar-se com fórmulas gerais e abstratas, pensamento jurídico, o direito, é obrigado a considerar a solução das dificuldades que surgem quando aplica as fórmulas gerais à solução de problemas particulares (PERELMAN, 1998, p. 163).

Sobre o tema, Macintyre (1991, p. 361) salienta que esse projeto de ordem social com emancipação através de normas genuinamente universais e independente da tradição é um projeto da sociedade liberal moderna, não dos filósofos. Neste sentido:

Entretanto, é da maior importância ter em mente que o projeto de fundar um tipo de ordem social, no qual os indivíduos possam emancipar-se da contingência e da particularidade da tradição, através do recurso a normas genuinamente universais e independentes da tradição, não foi e não é apenas, nem principalmente, um projeto de filósofos. Ele foi e é um projeto da sociedade liberal moderna e individualista [...] (MACINTYRE, 1991, p. 361)

Tendo em mira essa preocupação do direito com a realidade, a solução concreta implicará na reinterpretação dos princípios e levar em consequência a aplicação da regra, não somente de uma aplicação formalista e aplicação literal do texto da lei. O problema então é prático, para elaborar a solução concreta por uma ou outra razão (PERELMAN, 1998, p. 163-164).

Este certamente é um problema contemporâneo, pois discutir sobre discricionariedade, sobre formalismo processual e poderes do julgador implica em diversos problemas de ordem estrutural do poder judiciário. Estes questionamentos estão também diretamente ligado poder acesso à justiça e estratégias de poder do Estado.

Perelman, ao discorrer sobre a solução de controvérsias do direito, afirma que estas devem ser resolvidas o quanto antes, principalmente competência e procedimentos (preliminar). Este certamente é um pensamento atual, pois diretamente ligado à instrumentalidade do processo, de solução de conflitos com eficácia e não a forma pela forma, de formalismo oco. Procura-se não somente a solução dos conflitos, mas sim a solução de forma célere, eficaz, um devido processo substancial e não desconexo com a realidade do ordenamento jurídico pátrio.

Não há, para o doutrinador, uma argumentação pura, uma teoria pura do direito, pois isso seria desprezar elementos sem os quais o raciocínio prático funcionaria, por assim dizer, no vazio; é ver o raciocínio prático conforme o modelo de raciocínio teórico (PERELMAN, 1998, p. 168).

Sobre o tema, Marcos Nobre ao mencionar sobre A Teoria Crítica, teoria esta ligado ao pensamento aqui exposto, afirma que ela não se bate nem por uma ação cega e nem por um conhecimento vazio, pois questiona o sentido da teoria e da prática. Para a Teoria Crítica, não é possível demonstrar “como as coisas são” senão a partir da perspectiva de “como deveriam ser” (2004:9). É possível perceber que aquele que separa rigidamente “como as coisas são” de “como devem ser”, só conseguem o parcial (NOBRE, 2004:10).

Procura a Teoria Crítica um ponto de vista capaz de analisar os obstáculos a “serem superados para que as potencialidades melhores presentes no existente possam se realizar”. O foco é um diagnóstico do presente para permitir uma produção de prognóstico sobre o rumo do desenvolvimento histórico. (NOBRE, 2004:10)

Sobre o tema, Macintyre (1991, p. 357) questiona qual a alternativa existente se o senso comum fracassa? A possibilidade para ele é que se deve descobrir qual a forma do raciocínio prático ou a natureza da justiça e, principalmente, que não se deve começar por uma teoria.

As ideias de liberdade, igualdade são passíveis de interpretações diversas e podem ocasionar numerosas controvérsias. Não basta, portanto, princípios gerais do direito, mas sim apresentá-los de maneira pertinente. Mas como escolher o melhor argumento em meio à multiplicidade quase infinita das consequências possíveis dos atos. Como, por exemplo, em uma perspectiva utilitarista, julgar Adão e Eva?

Questiona então Perelman: em casos de desacordos, em quem confiar? Na maioria, na opinião de homens mais competentes, mas, nesses casos, serão necessários outros critérios, pois não se pode deixar de considerar as intenções (a boa vontade do agente).

Contrário a esse sentido, ainda em suas considerações finais, Hommerding (2003, p. 157) aponta que não podemos esquecer da dimensão política do judiciário. Para ele apenas a lei é um dado fixo, o fato e o juízo de valor são variáveis presentes ao juiz, e esse procedimento atualmente é feito por regras mais abertas e flexíveis para interpretação.

Afirma ainda, *data vênia* ao nosso posicionamento, que a liberdade do juiz está na possibilidade de relegar a lei ao segundo plano para decidir à margem dela ou contra ela, se estiver em desacordo com o justo. Para ele deve a ética decidir o que é moralmente correto e que o direito deve ter compromisso com a felicidade e o destino do homem.

Por este raciocínio, se aplicado de forma categórica na sociedade, certamente poderia trazer algumas aplicações equivocadas e, inclusive, perigosas. Não deve o ordenamento jurídico, na busca do justo entregar poderes ao julgamento de forma livre, pois não goza o juiz de livre

apreciação para julgar o bom, o ético, a moral para todos de forma categoria, muito menos a felicidade ou o fim do homem.

No sentido de Perelman, Milagros Otero Parga (1999, p. 13) ao descrever sobre os valores no ordenamento jurídico, afirma que na primeira acepção que tem o valor ligação com o bom e descreve quatro valores específicos reconhecidos na constituição espanhola, dentre eles: a liberdade, a justiça e a igualdade.

Otero Parga (1999, p. 44), ao contrário de Hommerding (2003, p. 157) que fundamenta poder o juiz ir contra a lei para determinar e buscar o justo, procura traçar em sua conclusão significativo desfecho sobre o tema e afirma que na filosofia do direito existem três posições com referências aos valores: primeira, deve ele se subordinar à norma, segundo, consiste em tratar de legitimar a norma em função do cumprimento dos valores, de tal modo que as normas guardem os valores e, por fim, os valores internos são relacionados ao ordenamento jurídico e os externos consistem no direito entendido com *ius*.

Nesta ótica, Sergio Alves Gomes (2008, p. 163) escreve que as normas devem ser construídas em consonância com os valores que fundamentam o convívio social e identificam referida sociedade em face de outras.

Para esses argumentos para solução desses conflitos temos os raciocínios pelo: exemplo, modelo ou analogia. O problema de se aplicar o exemplo ou modelo é questionar a aplicação de casos diferentes, ou seja, não precedentes. Ainda neste sentido, grande problema também é a abstração, até onde é possível levar a norma a generalização?

Atualmente há grande quantidade de leis com caráter aberto, ou seja, concedendo ao julgado poder discricionário diante da impossibilidade da lei prever todos os casos. Certamente com o declínio do positivismo já sabemos que não é possível um ordenamento jurídico somente pautado no texto legal, além de não possível seria a volta do positivismo algo pernicioso.

O caráter aberto das normas certamente é necessário, pois impossível a lei ou o legislador prever tudo; o mundo sempre estará constante evolução. O juiz sem poder interpretativo ou com poderes para fazer usos nos casos necessários da flexibilidade procedimental é um retrocesso no mundo contemporâneo, ocorre porém que esta necessidade também é o grande calcanhar de Aquiles do judiciário, pois se esse poder não for usado com austeridade os danos também serão de grande importância.

Macintyre (1991, p. 364-365 e 367) volta a salientar que atualmente há um conjunto de preferências e argumentos para essas preferências. Diante desses conflitos por preferências,

precisamos de princípios reguladores, através dos quais a cooperação na implementação das preferências possa ser alcançada.

Sobre o tema, interessantes também são os escritos de Dworkin sobre a necessidade de reconstrução do direito, pois a racionalidade da decisão judicial não está completa, devido a vicissitudes da política e ao amálgama de razões da legitimidade do direito. A intenção com a reforma é que a decisão correta tenha que se encaixar num sistema jurídico coerente (DELAMAR, 2004, p. 24).

Ele também enfatiza que os princípios gerais do direito são mais nobres que os princípios dos textos jurídicos⁵. A explicação do doutrinador sobre esta afirmação é esclarecedora para compreender sua luta por aplicabilidade dos princípios nas decisões judiciais. (DWORKIN, 1978:338)

Para Dworkin, mesmo aspirando que as decisões judiciais sejam questões de princípios, isto não é completamente alcançado, pois com frequência verifica-se argumentos de princípios equivocados. Mas na visão do doutrinador, ganha-se mesmo assim com a tentativa.

No sistema atual, aspiramos que uma decisão judicial seja uma questão de princípio. Isto não pode ser completamente realizado, pois todos nós achamos que os juízes, às vezes, e talvez com frequência, apresentam argumentos de princípios equivocados. Mas saímos ganhando mesmo com a tentativa. (DWORKIN, 2010:518)⁶

Há nações em que os cidadãos estariam em melhor situação se não houvesse um livro público que determinasse todas as leis. Na ânsia de impor tirania e ávidos por poder, os governantes utilizam da boa reputação da lei. Seria benéfico em algumas situações, na visão de Dworkin, se não houvesse um livro público determinando normas de comportamento e fossem respeitados princípios básicos e inerentes aos cidadãos. (DWORKIN, 1978:338)

2. A ABERTURA PRINCIPIOLÓGICA E O FECHAMENTO HERMENÊUTICO.

Para Habermas a racionalidade processual deve conter conteúdo moral, pois o simples procedimento não legitima o poder. A crise de 2008, por sua vez, traz essa nova característica

⁵ *the rule of law is a nobler ideal than the rule of legal texts.* (DWORKIN, 1978:338)

⁶ *Under the present system, we aspire that adjudication be a matter of principle. The aspiration cannot be fully realized, because each of us will think that judges sometimes, and perhaps often, make mistaken arguments of principle. But we gain even through the attempt.* (DWORKIN, 1978:338)

supranacional e reflexos dos aspectos positivos e negativos de intervenção do Estado no domínio econômico. Certo é que esses modelos processuais refletem valores políticos, econômicos, sociais, culturais e as estratégias do poder de uma sociedade. O questionamento surge a partir do momento que determinado grupo pode exercer poder jurisdicional por meio de leis processuais (SILVA, 2004:74).

Nessa nova ótica, o Executivo também transmuta seu papel inicial e passa ser emanador de normas; há uma intervenção na vida economia e social, isso ocorre por meio de normas administrativas. No *Welfare State* se passa de um "Estado Legislativo" para um "Estado administrativo" (CAPPELLETTI, 1993:39). Para Faria, essa "inflação legislativa" e "juridificação" fruto do sistema intervencionista, regulador ou "providenciário" implica na crescente inefetividade das instituições do direito, com reflexos visíveis no rompimento do sistema da unidade lógica formal e da racionalidade sistêmica de ordenamentos jurídicos constituídos basicamente sob a forma de códigos; conseqüentemente a eficácia das leis tornou-se um dos temas mais recorrentes no pensamento jurídico (2004:122).

Ainda de acordo com Faria, "a eficácia de uma determinada ordem legal costuma ser definida com o poder de produção de efeitos jurídicos concretos na regulação de situações". Verifica-se, portanto, que para ele a eficácia da norma não tem ligação apenas com seu texto legal; não é então uma questão de fatos, mas sim de valores. (2004:125) Sobre o tema, Gajardoni sustenta que o formalismo deve ser rechaçado por converter em fim o que não é mais do que um meio. Para ele, mesmo as proliferações de procedimentos especiais são incapazes de atender os diversos litígios, tendo em vista, inclusive, a sociedade moderna e crescente de demandas judiciais; neste sentido, as alterações legislativas são incompatíveis com a ânsia pela tutela adequada (2008:85).

O doutrinador ainda assegura que a legitimação da decisão proferida e, por fim, a solução do litígio, não é a simples obediência à forma, mas sim o contraditório e a participação das partes. Tendo em vista o devido processo constitucional, deve-se atender à flexibilização procedimental para, no caso concreto que o legislador não fez norma para atingir a efetividade do direito material (2008:101).

Para Lênio Luiz Streck jamais existiu um relativismo para a hermenêutica, é ela que melhor propiciará as condições para encontrar respostas corretas no direito (2011:218); para ele no campo jurídico o resultado atual é o corrompimento da atividade interpretativa mediante uma espécie de extração de mais-valia do ser (sentido) do direito; há um predomínio do método, da tecnicização e

da especialização (2011:216).

De acordo com Lênio Streck, deve-se combater a atividade discricionária, voluntarista ou decisionista do Poder Judiciário e de igual forma de doutrina positivista. Para ele, por mais paradoxal que possa parecer os princípios tem a finalidade de impedir múltiplas escolhas, eles “fecham” a interpretação e não “abrem”; para ele não parece justo delegar ao juiz o preenchimento conceitual das assim chamadas “cláusulas gerais”, há, portanto, uma diferença entre princípios e cláusulas gerais (2011:222).

Ainda afirma Lênio Streck que o calcanhar de aquiles dos positivistas é que não há espaço para os princípios, portanto, sempre sobrar a realidade (2011:223). Ainda de acordo com Lênio Streck há uma adaptação darwiniana do positivismo jurídico ao considerar que a doutrina reproduz a posição dos tribunais, é feito por uma estandarização da cultura jurídica (verbetes, ementas, súmulas etc), havendo um sacrifício do caso concreto (2011:224). Há então uma tentativa de esconder o caso concreto, pois sua aparição representa facticidade e o mundo prático. Conclui Lênio Streck que a resposta dada pelos princípios é um problema hermenêutico (compreensão) e não analítico-procedimental (fundamentação), a presença dos princípios tem a função de evitar a discricionariedade/arbitrariedade judicial (2011:226).

CONCLUSÃO

Perelman aponta que o estudo de Gottlob Frege e Lucie Olbrechts-Tyteca na tentativa de alcançar a lógica formal para juízos de valor, acabaram por demonstrar justamente o contrário: chegaram a conclusão de que não há lógica formal nos juízos de valor. Essa conclusão característica do pós Segunda Guerra Mundial faz nascer o questionamento de que, se não há lógica formal, mediante quais procedimentos o juiz chega a decisões equitativas, razoáveis ou aceitáveis em questões controvertidas?

A questão se torna mais controvertida ao chegar ao consenso de que os fins não justificam os meios; até justificariam, porém não há um fim único na sociedade que é plural e esse pluralismo deve ser respeitado.

O positivismo clássico erra ao tentar transformar o direito em ciência e os valores em problemas relativos à verdade. A lógica formal chega a determinadas realidades e soluciona problemas, mas não na totalidade deles. Não é a lógica formal, então, a solução para conflitos e casos controvertidos.

Não bastam os princípios ou a razão teórica do sábio, mas devem eles (os princípios) serem apresentados de maneira pertinente, com reabilitação da razão prática e normas construídas em consonância com os valores de uma sociedade.

A solução não parece também ser a de empregar alto grau de messianismo e depositar no juiz a figura do salvador. Deve ele responder um procedimento previamente ajustados dentro dos padrões democráticos, precisamos, portanto, de princípios reguladores.

O direito, ou essa racionalidade judícia, realmente é marcada por vicissitudes da política, o processo utilizado com estratégia do poder e necessário, portanto, a reconstrução do direito não por meio da razão teórica, mas sim por meio da reabilitação da razão prática.

REFERÊNCIAS

ARENDDT, Hannah. Responsabilidade e julgamento. Edição Jerome Kohn. Revisão técnica Bethânia Assy e André Duarte. Tradução Rosaura Einchenberg. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

_____. A condição humana. 11. ed. Tradução: Roberto Raposo. Revisão técnica: Adriano Correia. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010.

CAPPELLETTI, Mauro. Juízes Legisladores? Trad. de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Fabris, 1993

CORTINA, Adela. Ética sem moral. Tradução Marcos Marcionilo. São Paulo: Martins Fontes, 2010. (Coleção Dialética)

DELAMAR, José Volpato. A teoria discursiva da aplicação do direito: o modelo de Habermas. Disponível em <<http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/veritas/article/viewFile/1880/1401>>. Acesso em: 17 de outubro de 2011.

DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. 3. ed. Tradução: Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2010. (Biblioteca Jurídica)

_____. Taking Rights Seriously. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1977/1978.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Flexibilização procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual, de acordo com as recentes reformas do CPC. São Paulo: Atlas, 2008.

GOMES, Sergio Alves. Hermenêutica Constitucional: Um Contributo à Construção do Estado Democrático de Direito. Curitiba: Juruá, 2008.

FARIA, José Eduardo. O direito na economia globalizada. Malherios Editores Ltda. 2004.

HABERMAS, Jürgen. Disponível em < <http://www.youtube.com/watch?v=AfmIYOkOuIo&feature=related>>. Acesso em: 03/11/2010.

_____. 1929. Direito e democracia: entre factividade e validade, volume II. Tradução : Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2011.

_____. 1929. Direito e democracia: entre factividade e validade, volume I. 2. Tradução : Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012 – reimpressão.

HART, Herbert Lionel Adolphus. The Concept of Law. 2. ed. Oxford University Press. 1997.

_____. O conceito de direito. Organizado por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz. Tradução de Antonio de Oliveira Sette-Câmara. Revisão de tradução: Marcelo Brandão Cipolla. Revisão técnica Luiz Vergílio Dalla-Rossa. São Paulo: Martins Fontes, 2009. (Biblioteca Jurídica WMF).

HOMMERDING, Adalberto Nasciso. Valores, Processo e Sentença. São Paulo, LTR, 2003.

MACINTYRE, Alasdair. Justiça de quem? Qual Racionalidade?. Tradução: Marcelo Pimenta. São Paulo: Loyola, 1991.

NOBRE, Marcos. Curso livre de Teoria Crítica. Papirus Editora. 2008.

_____. A teoria Crítica. Filosofia passo a passo. Zahar Editor. 2004.

PARGA, Milagros Otero. Valores Constitucionales. Introducción a la Filosofía del Derecho: axiología jurídica. Santiago: Universidad Santiago de Compostela, 1999

PERELMAN, Chain. Lógica jurídica: nova retórica. Tradução: Verginia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

SILVA, Carlos Augusto. O processo civil como estratégia de poder: reflexo da judicialização da política no Brasil. Rio de Janeiro: Renovar. 2004.

STRECK, Lenio Luiz. Verdade e Consenso : constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4 ed. São Paulo : Saraiva, 2011.