

# TORRE EM RUÍNAS: O ANACRONISMO DO POSITIVISMO JURÍDICO E A TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO DE PERELMAN COMO RENASCIMENTO HISTÓRICO E SOCIAL DO DIREITO NO CONTEXTO DA PÓS-MODERNIDADE

Matheus Gobbato Leichtweis

## SUMÁRIO

Resumo; 1 Considerações iniciais; 2 A modernidade em crise; 3 A Teoria da Argumentação de Chaïm Perelman; 3.1 O combate à lógica formal devido ao seu caráter a-social e a-histórico; 3.2 O combate ao positivismo jurídico; 3.3 A latente necessidade de uma nova lógica jurídica (dos juízos de valor); 3.4 A nova retórica; 3.5 A fundamentação do Direito para a obtenção da justiça; 4 Do anacronismo do Direito em relação ao atual contexto sócio-histórico da pós-modernidade; 4.1 Uma crítica à postura dos juristas; 5 Conclusão; 6 Referências.

## RESUMO

A outrora altiva e opulenta torre do Direito se encontra hoje arruinada e destruída pelas brutais desumanidades produzidas pela razão instrumentalizada da modernidade e necessita de urgente revigoração. As cicatrizes deixadas pela herança formalista do positivismo jurídico ainda podem ser percebidas na estrutura jurídica contemporânea como um arcabouço moderno de legitimação de interesses predominantemente capitalistas, científicos, liberais e burgueses, tanto no que se refere aos métodos de ensino das universidades, quanto à atuação dos profissionais do Direito, que privilegiam uma visão dogmática, avaliativa e conservadora, alienada em relação ao caráter ideológico do ordenamento jurídico que bem como de sua aplicação. Isso posto, com o intuito de demonstrar as incapacidades do modelo formalista do Direito, este artigo deverá estudar alguns fundamentos teóricos do pensamento de Chaïm Perelman, que, alicerçado pela retórica aristotélica, estabeleceu uma nova racionalidade jurídica: mais maleável, na medida em que admite a singularidade de cada caso e menos submissa à inexorabilidade do ordenamento jurídico; mais comprometida com a realidade social e menos dogmática. Em suma, deverá ser demonstrado de que maneira a Teoria da Argumentação de Perelman contribuiu para a criação de uma nova lógica jurídica, que traz na fundamentação material da decisão jurídica a concretização da justiça e a revitalização da função histórica e social de justiça do Direito, dado o contexto de completa inadequação e defasagem do Direito em relação à sociedade, no qual torna-se necessária e urgente a reformulação dos paradigmas jurídicos.

**Palavras chave:** Modernidade. Positivismo jurídico. Nova Retórica. Argumentação. Perelman. Pós-modernidade.

## 1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Uma análise meramente superficial da atual conjuntura jurídica já nos permite a constatação de que, em que pese o Direito não tenha passado

incólume pela globalização e pelas modificações do mundo pós-moderno, as profundas raízes do positivismo jurídico ainda não foram extirpadas de sua constituição doutrinária. Como bem observa Antonio Carlos Wolkmer (1997, p. 59), o Direito ainda se encontra preso aos valores essenciais da modernidade e do positivismo, como por exemplo: “competição, materialidade, ordem, segurança, progresso, liberdade e pragmatismo utilitário”.

No atual contexto histórico, é possível perceber que o Direito ainda opera sob a forma de um discurso jurídico formalizado, monológico e em total descompasso com a dinamicidade dos tempos hodiernos. Tal fato resulta, entre outras coisas, numa preocupante e brusca desvinculação entre o Direito e a Moral, que ocorre em virtude da tecnicização dos seus métodos de aplicação, prejudicando a possibilidade do diálogo, e impondo obstáculos à real efetivação da justiça social.

Ademais, diante da avaloratividade resultante da concepção juspositivista do Direito, este se viu inoperante no trato da subjetividade humana, uma vez que foi sufocado e oprimido pelo rigor formal da racionalidade moderna. Como resultado, veio à tona a alienação e a inércia do Direito em relação à sociedade, bem como a desumanização de seus aplicadores, que, considerados máquinas pelo sistema, passaram a servir como instrumento de legitimação dos ideais individualistas, opressores e excludentes da racionalidade moderna.

Assim, sob a égide da razão instrumental, o Direito encontra-se deslocado temporalmente, ou seja, a-histórico e a-social. Em razão das profundas cicatrizes decorrentes da perspectiva positivista, o Direito atual se configura como uma torre abandonada e em ruínas, incapaz de prover à sociedade a justiça plena, uma vez que subordina o jurista à técnica de aplicação do ordenamento jurídico, eximindo-o de se comprometer com a singularidade de cada caso. Nesse sentido, atualmente, principalmente no Direito brasileiro, podem-se perceber dois sintomas herdados do positivismo jurídico: que o ordenamento jurídico ainda é tido como fonte imutável, inquestionável e única do Direito, não havendo o devido espaço para o diálogo com outras fontes, como os costumes, os precedentes e os princípios; e que a validade do ordenamento jurídico é a ele aferida pelo simples fato de ser ele o Direito (im)posto pelo Estado, sendo a sua manutenção garantida pela aplicação indistinta e incondicional, por grande parte dos juristas, do princípio

da Segurança Jurídica, que vem a ser um dos principais responsáveis pelo anacronismo do Direito em relação à sociedade.

Diante desta problemática, este artigo visa, portanto, a ressaltar a pertinência e atualidade da Teoria da Argumentação Jurídica de Chaïm Perelman, proposta com base na Nova Retórica. Pretende-se demonstrar de que maneira os apontamentos do filósofo belga surgiram como um instrumento de revitalização desta torre arruinada. Deverá ser explanado que, ao admitir uma lógica não-formal, reconhecadora da inerência dos juízos de valor à subjetividade humana e sua importância fundamental para a aplicação do Direito, Perelman inaugurou uma nova racionalidade jurídica, substituindo o paradigma da racionalidade pelo paradigma da razoabilidade. Assim, Perelman lançou os fundamentos de uma teoria que, ao considerar a possibilidade de opiniões divergentes, contribuiu para a criação de um ambiente dialógico entre as teses opostas e estabeleceu a argumentação como uma forma válida de raciocínio, reaproximando o Direito da real efetivação da Justiça.

Para possibilitar uma compreensão mais exata da crítica empreendida por Perelman, deverão ser analisadas as premissas fundamentais dos paradigmas do pensamento moderno: do racionalismo cartesiano e os princípios gerais da lógica formal, ao positivismo jurídico desenvolvido a partir do iluminismo e sistematizado em torno do pensamento do jurista austríaco Hans Kelsen, de modo a compreender a supremacia do discurso científico sobre o saber jurídico.

Almeja-se, ainda, demonstrar como a Teoria da Argumentação de Perelman, ao propor a ampliação da racionalidade moderna, preconizou diversos elementos da pós-modernidade, na medida em que apontou a necessidade de uma nova lógica que adaptasse as instituições sociais, dentre elas (e principalmente) o Direito, ao atual contexto sócio-histórico, que possui entre suas características fundamentais a dinamicidade e a incapacidade de gerar consensos e de criar verdades.

Ademais, deverá ser sustentado que esta transição paradigmática exigirá um preparo maior dos institutos jurídicos, tão dependentes dos consensos e das verdades para estabelecer as normas reguladoras da sociedade –. Procura-se sustentar, pois, neste artigo, a necessidade de uma nova concepção do Direito por parte dos seus operadores (intérpretes, juristas e juízes), sugerindo um

afastamento da concepção positivista do Direito, que, incapaz de conceber a complexidade das relações humanas, considera o operador uma máquina de aplicar leis, desprovido de sua condição de ser humano.

Por fim, pretende-se também investigar o necessário papel da argumentação na legitimação do Direito, de modo a garantir revigoração da torre abandonada, tornando-a mais apta a erradicar os males da sociedade, a promover a justiça social e a legitimar a soberania popular; e não apenas sustentar paradigmas científicos convalidados pela ideologia burguês-liberal, incapazes de conceber as complexidades sociais de um mundo em constante transformação.

## **2. A MODERNIDADE EM CRISE**

O sociólogo português Boaventura de Sousa Santos (2006, p. 31) concebe a modernidade ocidental como um paradigma sociocultural que se constitui a partir do século XVI e se consolida entre finais do século XVIII e meados do século XIX. Em *Um discurso sobre as ciências*, o autor introduz a sensação perplexidade diante da crise epistemológica, social e política que se desenha no horizonte da sociedade contemporânea.

A referida crise é o resultado do desgaste do paradigma dominante da racionalidade vigente num período importante na história da humanidade; um período cujos frutos são ainda notáveis e presentes nos dias atuais; um período conhecido como modernidade. Esta, todavia, segundo Sávio Scopinho (2004, p. 61), “não é definida apenas como um período da história, nem consequência imediata da queda do sistema feudal”, mas pode ser apresentada como “uma mentalidade que compreende diversas visões de mundo”. Assim, ela pode ser identificada como o período de “desenvolvimento das ciências experimentais, da valorização da racionalidade, dos avanços tecnológicos, entre outros”.

Calcada na lógica formal, e sustentada hegemonicamente pelo racionalismo técnico-científico, a mentalidade moderna, no intuito de decifrar o mundo, desenvolveu uma linguagem objetiva e imparcial capaz de analisar e compreender o mundo natural de maneira admirável. O método cartesiano de raciocínio foi revolucionário, uma vez que possibilitou uma nova concepção de homem, além de resultar no inegável avanço científico experimentado até os dias hoje.

De acordo com a perspectiva cartesiana da racionalidade, segundo Cláudia Monteiro (2003, p. 21), deve-se excluir do “campo da lógica tudo o que não é redutível ao cálculo”. Segundo Perelman (1999, p. 69), é esta a tendência do pensamento moderno: a de ser identificado com a Lógica matemática, privilegiando os raciocínios demonstrativos e eliminando a possibilidade de uma Lógica informal, na qual todo desacordo refletiria um erro, uma imperfeição.

Perelman (1999, pp. 109-110) ainda explica que o pensamento moderno exige o concurso de pelo menos três princípios para que seja aceito como racional: o primeiro corresponde à utilização de uma linguagem artificial que protege o raciocínio contra ambigüidades, controvérsias e equívocos; o segundo princípio determina a operação lógica apenas de propriedades objetivas, como verdade e falsidade, probabilidade e necessidade, independentemente de qualquer condicionamento do meio humano em que possa estar inserida. o terceiro, e último, é a construção de um sistema formal que consiste em um conjunto de axiomas e de regras de dedução.

Deste modo, a racionalidade moderna, caracterizada como uma ordem científica hegemônica que se constitui a partir da revolução científica do século XVI, se desenvolve nos séculos seguintes no domínio das ciências naturais e se estende, inclusive, ao domínio das ciências sociais, acaba exercendo um amplo domínio sobre todos os campos do saber. Para Marcos Érico de Araújo Silva (2010):

[...] a filosofia moderna fornece (e exige!) da cultura uma *única* forma de racionalidade, pensando sempre dentro de um esquema dicotômico, racional ou irracional, objetivo ou subjetivo etc. [...].

Ocorre que, diante da evolução da ciência, consoante Sávio Scopinho (2004, p. 62):

[...] a razão instrumental adquiriu um caráter perverso, no sentido de apresentar um mundo totalmente administrado pela técnica, onde ocorre a desumanização ou coisificação do ser humano.

Os efeitos negativos deste domínio exercido pela razão instrumental podem ser percebidos com clareza na sociedade contemporânea, que se caracteriza pelo avanço extremo do capitalismo. A racionalidade moderna, ainda (em grande parte) vigente, é incapaz de contemplar a subjetividade e os valores constituintes da condição humana, assim como parece considerar o

homem e a natureza meros objetos do progresso científico e das relações de consumo.

Pode-se dizer que a pós-modernidade, compreendida como o contexto sócio-histórico fundado na base das “reflexões críticas acerca do esgotamento dos paradigmas instituídos e construídos pela modernidade ocidental”, é um processo natural e reflexivo que surgiu a partir da necessidade premente de identificar novas alternativas para combater a “racionalidade brutalizante” da vida sob os paradigmas modernos. A modernidade e suas verdades incontestáveis, seus preceitos intransigíveis, seus princípios inquestionáveis, suas instituições perenes e seus valores impregnados pelo ideário burguês, capitalista e liberal, alimentou a destruição do mundo natural, em nome de um cego progresso científico, e, de acordo com as lições do professor Doutor em Filosofia e Teoria Geral do Direito Eduardo Carlos Bianca Bittar (2008, pp. 131-152) “condicionou a identidade humana a um processo de alienação de sua própria natureza”, esvaziando o homem ao introduzi-lo numa miríade consumerista e, principalmente, instrumentalizando sua maneira de raciocinar.

A promessa de vitória da civilização através do progresso científico, promovida pelo discurso da modernidade, possibilitou a descoberta e a realização de inúmeros e indispensáveis avanços tecnológicos. No entanto, este amplo progresso tecnológico e mecânico, patrocinado pelo uso inescrupuloso da ciência e pelo amplo domínio do capital, tem transformado o homem em mero objeto da exploração científica, com o fim perverso de satisfazer a sede global pelo consumo. A afirmação sólida do capitalismo, paradoxalmente, sacrificou a liberdade dos indivíduos ao condicioná-los à ilusão da vida sob a égide do consumo e da posse; a legitimação do discurso da modernidade condicionou a razão do homem ocidental de tal maneira que a tornou simplesmente apática e indiferente às manifestações de violência, atentados, genocídios, guerras e formas de dominação, e lastimavelmente inoperante em relação à fome, à pobreza, à desigualdade, e às demais formas de exploração do homem pelo homem.

A pós-modernidade, assim, de acordo com Eduardo Bittar (2008, pp. 131-152), denota o estado de uma sociedade que, em face das suas próprias moléstias, procura abandonar conceitos ultrapassados aos quais estava presa e, através de um revisionismo crítico, reestruturar sua maneira de existir e de

agir no mundo, buscando superar o seu estado atual através de um “amadurecimento social, político, econômico e cultural”.

No atual contexto histórico, os abalos das estruturas da modernidade trazem à tona uma sensação de instabilidade, uma vez que toda a mudança traz consigo o medo do novo e, por conseguinte, a insegurança. A incerteza em relação ao futuro, somada ao acúmulo nauseante das informações e à velocidade dos meios de comunicação do mundo globalizado, informa o que se convencionou chamar pós-modernidade. Esta imprevisibilidade atemorizante, segundo afirma Eduardo Bittar (2008, pp. 131-152), se projeta sobre as mais diversas “dimensões da experiência contemporânea de mundo: valores, hábitos, ações grupais, necessidades coletivas, concepções, regras sociais e modos de organização institucional”, de modo que se pode afirmar que esta fase sócio-histórica representa uma profunda mudança paradigmática nos valores, costumes e hábitos vigentes na sociedade atual, tanto no contexto das relações humanas quanto no contexto das relações sócio-jurídicas.

Isso posto, o Direito, como sendo uma ciência que, sobretudo, “pressupõe certa estabilização dos valores vigentes na sociedade para que a norma exerça seu poder de escolha de conteúdos normativos” (BITTAR, 2008, pp. 131-152), encontra-se, assim como a modernidade, em crise, ou seja, à beira de um colapso, pois estático e inerte perante um mundo em transformação. Diante desta angustiante perspectiva de crise paradigmática, movido por indignação semelhante à de Perelman, este acadêmico viu-se fortemente impelido a reestabelecer o debate acerca da qualidade do Direito que se tem, em face do Direito que se quer, e propôs a feitura do presente estudo.

### **3 A TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO DE CHAÏM PERELMAN**

A transição paradigmática protagonizada pelo advento da modernidade, de acordo com Valéria Nascimento (2009, p. 149):

[...] deslocou o paradigma da verdade baseado na fé em Deus (...) para o da verdade baseada na razão. Nessa sequência, o Estado passou por diversas transformações: partiu de uma roupagem absolutista, posteriormente liberal, até chegar ao Estado contemporâneo e suas diversas faces (Estado Social e Estado Democrático de Direito).

No entanto, após a Segunda Guerra Mundial, o modelo positivista do Estado-Nação, bem como as demais instituições da sociedade moderna – dentre elas o Direito –, passaram a ser questionadas pelos filósofos da época, uma vez que havia se instalado uma crise ética e ideológica no pensamento ocidental.

A instrumentalidade brutal da razão moderna, que teve seu ápice nos regimes autocráticos da primeira metade do séc. XX, levou à necessidade de uma nova razão para a humanidade. Em relação ao mencionado contexto histórico, destaca Ulberto Scarpelli (1976, p. 8):

[...] o clima cultural do pós-guerra determinou a necessidade de se buscar uma nova racionalidade, mais histórica e menos abstrata. A partir daí, as estruturas jurídicas tidas, até então, como absolutas passaram a ser repensadas pelos filósofos. Além disso, mostrou-se cada vez mais necessária a renovação dos paradigmas da razão. Na verdade, o nazismo, o fascismo e as demais formas de totalitarismo, a ascensão do modelo burocrático estatal no Leste europeu e a política da guerra-fria foram, sem dúvida, fatores que influenciaram os autores da Teoria da Argumentação.

Inserido neste quadro histórico de decepção com o modelo positivista, surgiu o filósofo do Direito Chaïm Perelman, nascido em 1912, na Polônia, e graduado em Direito e Filosofia na Universidade de Bruxelas. Seus estudos surgiram num momento de crise, no qual os pensadores procuravam alternativas para realinhar o posicionamento do homem em relação ao mundo.

Conforme explica Manuel Atienza (2006, p. 59 e ss.), Perelman, estudou, durante o período de ocupação nazista, a justiça formal e as teses positivistas de Frege, as quais advogavam a neutralidade axiológica. Desenvolveu primeiramente uma concepção de justiça de caráter formal a qual propunha que “Deve-se tratar do mesmo modo os seres pertencentes à mesma categoria”. No entanto, percebeu que uma concepção formal de justiça não basta para a sua realização; que, para aplicar a justiça ao caso concreto de modo a efetivá-la através de uma decisão, era preciso pensar também acerca dos critérios materiais que constituem essa noção, de modo a vincular a justiça à sua aplicação prática.

Diante desta problemática, Perelman notou que a lógica moderna era inapta para tratar os valores como forma constitutiva do saber humano e jurídico. Os valores, constatou o filósofo, embora excluídos pelo racionalismo, exerciam um papel fundamental na racionalidade humana e jurídica, concebida



por ele de um modo mais abrangente. Nesta senda, Perelman percebeu que a lógica formal deveria ampliar seu território e se autoconceber como o estudo de todas as formas de raciocínio, não somente dos raciocínios científicos. Deste modo, dedicou-se à emancipação do raciocínio jurídico e da lógica do pensamento jurídico das redes e tramas reducionistas e positivistas, propondo uma nova racionalidade, mais comprometida com a realidade social.

Com seus objetivos traçados, em 1958, Perelman escreveu, em parceria com Lucie Olbrechts-Tyteca, o *Traité de l'Argumentation: La Nouvelle Rhétorique*. Nele se propôs ao resgate da Retórica aristotélica – cuja imagem havia sido obscurecida em importância pela supremacia da racionalidade formal –, como teoria do discurso direcionado à persuasão de um auditório. A edição da obra reabilitou os estudos sobre a Retórica e os raciocínios não-formais e contribuiu para a ampliação o conceito de racionalidade, combatendo a cartesiana “idéia de evidência como caracterizante da razão”.

### **3.1 O COMBATE À LÓGICA FORMAL DEVIDO AO SEU CARÁTER A-SOCIAL E A-HISTÓRICO**

Perelman percebeu a insuficiência da lógica formal no trato das demandas provenientes das relações humanas, pois esta, nas suas palavras: “só considera como racional o que se adapta aos seus métodos científicos, desprezando, assim, os juízos de valoração.” Cláudia Monteiro (2003, p. 25) assevera que, a partir dessa constatação:

Perelman insurge-se contra esta tendência matematizante e propõe o critério da verossimilhança para iluminar as extensas áreas da experiência humana que a tradição racionalista lançou às sombras. Com efeito, as verdades podem ser evidentes, mas as opiniões somente podem ser verossímeis, ou seja, são aparentemente verdadeiras.

Ainda segundo Cláudia Monteiro (2003, p. 23), a essa redução promovida pela razão matematizante, Perelman (2005 pp. 16-17) debita a responsabilidade pela “negligência” dos estudos voltados para a adesão, uma vez que, nas palavras do autor, pertencem ao campo “do verossímil, do plausível, do provável, na medida em que este último escapa das certezas do cálculo”. Este é o caso dos raciocínios desenvolvidos na Filosofia, nas Ciências Humanas e no Direito que não operam no campo às certezas matemáticas.

A forma fixa do silogismo lógico, cunhado por Aristóteles há cerca de vinte e três séculos atrás e até hoje entranhado no pensamento do homem ocidental, sob o ponto de vista da filosofia da linguagem, admite apenas proposições universais, quando, em realidade, estas são raramente encontradas. Para Perelman (1999, pp. 109-110), a linguagem unívoca e artificial necessária para que se estabeleça o raciocínio lógico-formal é asséptica, ou seja:

[...] não se deixa contaminar pelo tipo de condicionamento ao qual uma linguagem natural é exposta. A língua natural, tal como a do Direito, possui um desempenho mais confortável no que se refere à comunicação: ela não tem limites, pode comunicar qualquer tipo de idéia, mas sob o preço da renúncia à univocidade dos termos utilizados.

Neste ponto, percebe-se que o método de raciocínio da lógica formal realiza-se à parte da realidade, uma vez que o significado de cada palavra deve ser mantido estático (as ambiguidades devem ser abolidas). Para atingir este estado, é necessário distorcer a linguagem comum (que é a do “mundo da vida”, dos fatos, ou seja, a linguagem capaz de reproduzir com maior fidelidade a realidade), para adaptá-la aos moldes formais de esquadramento. Tais dificuldades têm como consequência o distanciamento do discurso em relação à realidade. Warren Shibles (1974, p. 23) aponta que a linguagem utilizada pela lógica formal, quando aplicada a um caso concreto, precisa ser traduzida para o âmbito da linguagem ordinária e, em seguida, traduzida novamente para o âmbito artificial da linguagem formal, distorcendo-se consideravelmente nesta tradução.

Perelman observou que, para o cartesianismo, as “ações da vida”, tais como as controvérsias filosóficas, os debates políticos e religiosos e as disputas judiciais, estariam desprovidas da cobertura da razão. (PERELMAN, pp 264-265) <sup>1</sup> No campo da moral, da política, do Direito, da Religião, da Filosofia e das Ciências Humanas, as atividades de decisão, crítica, argumentação e justificação não podem ser exercidas sob o critério do que é evidente ou necessário (MONTEIRO, 2003, p. 22).

---

<sup>1</sup> Perelman, Ch. “La Nouvelle Rhétorique comme Théorie Philosophique de l’Argumentation”, in *Memorias dei XIII Congresso Internacional de Filosofia*, pp. 264.265.

Assim, Perelman (2005, p. 473) chegou à conclusão que “não se pode reduzir a lógica à lógica formal, tal como ela se apresenta nos raciocínios demonstrativos dos matemáticos.” Ao agir assim, para o filósofo:

[...] elabora-se uma disciplina de uma beleza e de uma unidade inegáveis, mas se descarta inteiramente do modo como os homens raciocinam para chegar a uma decisão individual ou coletiva. É porque, de fato, a razão prática, aquela que deve guiar-nos na ação, é muito mais próxima daquela do juiz do que daquela do matemático, que o lógico que se veda examinar a estrutura dos raciocínios alheios às matemáticas, que recusa reconhecer a especificidade do raciocínio jurídico e do raciocínio prático em geral, presta mau serviço a filosofia e à humanidade.

A ingenuidade do racionalismo cartesiano decorre do seu fundamento meramente metafísico, totalmente desvinculado da realidade fática de cada caso. Deste modo, devido à univocidade necessária dos signos adotados pelo método cartesiano, o discurso científico moderno assume uma postura asséptica de suas proposições diante da realidade, pois absolutiza seus valores e suas verdades. Perelman (2004, p. 34) elaborou uma crítica às três exigências básicas da verdade cartesiana, a *univocidade dos signos*, a *coerência* e a *completitude*:

A univocidade dos signos e das regras de demonstração garante a eliminação de qualquer desacordo ou controvérsia concernente à sua interpretação. A exigência de coerência se impõe de modo imperativo, pois, se um sistema é incoerente, porque dele podemos deduzir uma contradição, torna-se inutilizável e faz-se necessário corrigi-lo. Quanto à terceira exigência, a de completitude, que permite decidir se uma proposição do sistema é, ou não, demonstrável, ela só é satisfeita em pouquíssimos sistemas formais, pois a maioria deles comporta proposições sobre as quais é impossível a decisão.

Isso considerado, constata-se a a-historicidade da lógica formal cartesiana moderna, uma vez que dela não se cria nenhuma possibilidade de diálogo com os elementos fáticos da realidade para construir um saber dialetizado. No iluminismo, o racionalismo procurou aprofundar as concepções referentes às noções confusas como Verdade e Justiça, elevando-as ao caráter metafísico absoluto. No entanto, o que se viu foi uma objetificação destes valores essencialmente subjetivos, suprimindo de uma vez por todas qualquer possibilidade de interpretação; e o surgimento de um problema: era impossível extrair esses valores absolutos da análise dos casos concretos. Para o racionalismo dogmático – que acreditava na possibilidade de desenvolver um

sistema de justiça perfeito—, a noção de justiça parecia existir somente no plano metafísico, alheia à história, alheia à sociedade, devendo a sua aplicação ser extraída do ordenamento jurídico derivado desta razão suprema e de nada mais.

Perelman (2005, p. 64) acreditava que:

Apenas um racionalismo ingênuo julga a razão capaz de encontrar as verdades evidentes e os valores indiscutíveis. Sendo a justiça, desde sempre, considerada a manifestação da razão na ação.

Era preciso, portanto, abandonar este “racionalismo ingênuo” e elevar ao nível do racional a discussão sobre os valores, uma vez que a concepção de justiça era considerada inválida pelo dogmatismo jurídico, para quem noções dúbias eram relevantes apenas para os a moral e religião.

### **3.2 O COMBATE AO POSITIVISMO JURÍDICO**

Os paradigmas modernos da razão científica expandiram-se até os domínios das ciências humanas, bem como, por óbvio, do Direito. Assim surgiu o positivismo jurídico, no século XIX, da tentativa de tornar o Direito uma ciência exata, tal como a matemática e a física. Regido pelas premissas racionalistas, o Positivismo jurídico elaborou um sistema jurídico autônomo que não admitia, por medo da arbitrariedade, a possibilidade de interpretações diversas da lei, bem como a controvérsia valorativa.

Entretanto, para Perelman (2004, p. 95), após os sanguinários eventos da Segunda Guerra Mundial:

[...] pareceu impossível, mesmo a positivistas declarados, tais como Gustav Radbruch, continuar a defender a tese de que a “Lei é lei”, e que o juiz deve, em qualquer caso, conformar-se a ela. Uma lei injusta, dirá Radbruch, não pertence ao Direito.

Diante disso, Perelman (2005, p. 386) “reabilitou a antítese ‘Direito positivo-Direito natural’, que opõe o respeito à lei ao respeito à justiça, esta concebida de outro modo que a de conformidade à lei”. As obras de Perelman desdobraram-se nas vertentes mais variadas do conhecimento para provar a impropriedade do pensamento positivista.

O filósofo acusou o positivismo jurídico de ter não só descartado qualquer possibilidade de Direito natural, mas também descartado a possibilidade de que a lei pudesse ser confrontada com o problema da justiça. Afirma Perelman (2005, p. 388) que:

Para o positivismo, os juristas têm como única preocupação a legalidade, dizem o que é ou o que não é conforme ao Direito. Quanto à justiça, por certo ela é uma categoria importante, mas não se relaciona com o Direito positivo: diz respeito à moral e à religião.

Como aduz Cláudia Monteiro (2003, p. 129), Perelman e Tyteca (2004, p. 34) não consideravam possível compreender kelsenianamente o Direito como uma ordem fechada, em um sistema axiomático formalizado, por que o juiz tem poder de julgar e também de motivar suas decisões em relação à sua escolha de uma categoria jurídica ou outra. Perelman (2005, p. 412) contradiz Kelsen e afirma que, “ao ignorar o papel político do Direito, a teoria pura do Direito não só peca por abstração, mas ainda falseia a realidade jurídica.”

Na tentativa de suprir a lógica jurídica, Perelman (2004, p. 95) reconheceu outras fontes constitutivas do Direito. Princípios e valores que, no entanto, eram inatingíveis para os estreitos limites do positivismo jurídico. Para o autor :

é impossível identificar o Direito com a lei, pois há princípios que, mesmo não sendo objeto de uma legislação expressa, impõem-se a todos aqueles para quem o Direito é a expressão não só da vontade do legislador, mas dos valores que este tem por missão promover, dentre os quais figura em primeiro plano a justiça.

De acordo com Cláudia Monteiro (2003, pp. 42-43), a lógica clássica e formal, asséptica e avalorativa na sua linguagem, “sistematiza as leis do pensamento correto em função do binômio verdadeiro/falso e da regra da evidência”. A exigência de tais recursos “reduz o papel da argumentação a nada, pois a evidência não precisa de prova nem de justificação: ela se impõe ao espírito como a luz aos sentidos”.

Ora, é por todos sabido (ou ao menos deveria ser) que a lógica judiciária não se resume à mera dedução de conclusões extraídas do texto da lei. A aplicação do Direito não pode estar demarcada pela mera literalidade dos textos normativos, uma vez que estes possuem recursos linguísticos vagos e sua interpretação requer uma vinculação valorativa do jurista. Faz-se necessário, portanto, um raciocínio engajado em seu contexto sócio-histórico, político, econômico, ideológico, e cultural: faz-se necessária, conforme acusou Perelman, uma nova lógica jurídica.

### **3.3 A LATENTE NECESSIDADE DE UMA NOVA LÓGICA JURÍDICA (DOS JUÍZOS DE VALOR)**

Cláudia Servilha Monteiro (2003, p. 125) ensina que, diante da problemática exposta no capítulo anterior, Perelman vislumbrou a necessidade de uma nova lógica jurídica. Tal projeto sugeria que se partisse de uma razão prática, que propusesse o diálogo e as opiniões relativas a cada caso para a construção de uma razão mútua, que abrangesse os juízos de valor.

Para tornar possível esta nova lógica, cumpria levar à cabo uma ruptura com o cartesianismo. Essa ruptura, proposta na sua Teoria da Argumentação, possibilitou que se estabelecessem novos parâmetros filosóficos essenciais para uma nova linha de investigação vinculada ao campo dos raciocínios não-formais (MONTEIRO, 2003, p. 19). Isso não significa dizer que Perelman tenha refutado a validade do formalismo lógico, ele a reconheceu. No entanto, sustenta que, mesmo quando não se esteja desenvolvendo raciocínios analíticos, é possível estar raciocinando. “Nesses casos, não se demonstra, mas se argumenta”, afirma, e propõe então a ampliação da noção de lógica como estudo dos raciocínios sob todas as formas. Claudia Monteiro (2003, p. 23) assevera que:

Perelman pretende um método próprio de tratamento dos valores que foram relegados ao contingente, ao arbitrário e ao irracional por aqueles filósofos que operam exclusivamente nos limites da metodologia matemática.

É importante referir que Perelman não tornou simplesmente sua reflexão um pensamento antiformalista, no sentido da destruição gratuita do raciocínio lógico-formal. Ele esforçou-se na elaboração de uma lógica alternativa que não tivesse apenas o caráter dedutivo (premissa maior - premissa menor - síntese) como sua característica, mas que considerasse outras lógicas como dotadas de razoabilidade, e para a qual o raciocínio dedutivo fosse apenas uma possibilidade de raciocínio dentre outras tantas.

Preocupado com os elementos materiais e não apenas formais da justiça, Perelman assumiu a necessidade de que a aplicação do Direito concretizasse necessariamente a ideia de justo. Percebeu que a aplicação do Direito proporcionada pelo modelo formal era incapaz de efetivar a justiça, pois a neutralidade dos critérios formais de raciocínio afastava o Direito da realidade. Surgia então diante do filósofo belga o problema de como raciocinar

a respeito dos valores, os quais são naturais ao discurso jurídico. Então procurou estabelecer novos parâmetros para a racionalidade jurídica, reconhecendo a necessidade de uma nova lógica e as particularidades do seu discurso.

Perelman percebeu que (2004, p. 111):

a dogmática jurídica não pode eximir-se de tomar posição nas controvérsias em que juízos de valor opostos venham a chocar-se num caso particular. Seu papel é fornecer argumentos que permitirão aos advogados militantes, e principalmente aos juizes, eleger uma posição e fundamentá-la no Direito

A lógica judiciária não se resume à mera dedução de conclusões extraídas do texto da lei. Este, se encarado como texto dotado de um único sentido, é traidor, pois os recursos linguísticos da lei são vagos, o que inevitavelmente abre espaço para a interpretação da lei. Assim, a interpretação jurídica não pode se fixar no princípio *in claris cessat interpretatio*, próprio da Escola da Exegese, admitindo que um texto jurídico possa chegar a sua plenitude absoluta de sentido. Somente uma abertura para novas interpretações do texto normativo tornaria possível o questionamento acerca dos valores atinentes às decisões jurídicas, e se estas estão atuando para a real efetivação da justiça. Neste sentido, Perelman observou que:

[...] os textos jurídicos, trate-se de leis ou de precedentes judiciais, são habitualmente suscetíveis de interpretações variadas, seja extensivamente, por via de analogia, por exemplo, seja restritivas, mercê das distinções que o intérprete poderia neles, introduzir.

Perelman (2005, p. 453) lembra que exemplos desta abertura à interpretação por parte dos juízes podem ser extraídos do próprio ordenamento jurídico (já tendo em vista a necessidade da abertura valorativa do Direito):

[...] as cláusulas gerais, que introduzem ao ordenamento noções confusas, de conteúdo variável, tais como “os bons costumes”, “a ordem pública”, “o interesse geral”, “o razoável”. Estas noções se definem, em cada caso específico, com relação a valores, a aspirações, a usos e crenças que dominam em dado meio.

Desta maneira, a interpretação escolhida pelo jurista, ao restringir ou ampliar o campo de aplicação da norma, se pronunciará em favor de valores contrapostos. Acerca do poder de apreciação e valoração do juiz, Perelman (2005, p. 662) discorre:

Levando em conta a infinita variedade das circunstâncias, o fato de que não é capaz de prever tudo e regulamentar tudo

com precisão, admitindo que regras rígidas se aplicam penosamente a situações variáveis, o legislador pode introduzir deliberadamente, no texto da lei, noções com conteúdo variável, vago, indeterminado, tais como a equidade, o razoável, a ordem pública, a falta grave, deixando ao juiz o cuidado de precisá-las em cada caso específico. [...] Com efeito, quanto mais vagas e indeterminadas são as noções jurídicas aplicáveis, maior é o poder de apreciação deixado ao juiz.

No mesmo sentido, Perelman (2005, p. 663) reflete:

A apreciação dessas noções confusas, vagas, equívocas, ambíguas, indefinidas ou mesmo indefiníveis, imprecisas, indeterminadas, impõem aos juízes e aos administradores públicos a necessidade do apelo aos juízos de valor. Além disso, e pela mesma razão, sua interpretação corre o risco de não ser uniforme.

Para o filósofo belga, cada instrumento de comunicação e de persuasão, como são as noções confusas, tem seu valor e não pode ser eliminado do discurso jurídico. A controvérsia, a possibilidade de interpretações divergentes, o debate, a troca de opiniões constituem a essência do Direito. No entanto, para ele, é preciso manejar os instrumentos de comunicação e de persuasão, como as noções confusas, com prudência e de maneira responsável. Diante disso, o papel da retórica, como concebe Perelman (2005, p. 684):

[...] é precaver-nos contra o uso abusivo das noções confusas. É pelo estudo dos procedimentos argumentativos, retóricos e dialéticos que aprendemos a distinguir os raciocínios aceitáveis dos raciocínios sofisticados, aqueles em que se procura persuadir e convencer daqueles em que se procura enganar, induzir em erro. É por essa razão, aliás, que considero o ensino da retórica, assim compreendida, um elemento central de toda educação liberal.

Por motivos aqui já expostos, a lógica positivista se mostrou incapaz de demonstrar a veracidade de um juízo de valor da mesma maneira que o faz com proposições lógicas e matemáticas. O juízo de valor, para o positivismo, será sempre controvertido. Não é possível, assim, mensurar se um valor é mais correto do que outro, o que comprova a impossibilidade de uma solução racional para todos os problemas que envolvam um juízo de valor.

No Direito, dadas as peculiaridades do discurso jurídico, Perelman concluiu que não havia uma forma de fundamentar ou mensurar um juízo de valor por meio de observações empíricas ou evidências de qualquer natureza. Conforme diz Eduardo Bittar (2010, p. 470), a lógica jurídica proposta pelo jurista belga:



[...] obedece, portanto, não a esquemas rígidos de formação, elocução, dedução, construção. Trata-se de uma lógica material, prática, e, sobretudo inteiramente condicionada a sua tarefa de produzir efeitos diante um auditório.

Assim, pode-se dizer que consiste efetivamente numa lógica argumentativa, que se estrutura a partir do saber jurídico e que, em discurso, constrói a justiça e a equidade das decisões judiciais.

### **3.4 A NOVA RETÓRICA**

Para Manuel Atienza (2005, p. 60), a lógica jurídica de Perelman estabeleceu-se como um paradigma da argumentação retórica. Não se apresenta como uma lógica formal, mas como “uma argumentação que depende da maneira que os legisladores e os juízes concebem sua missão, a ideia que fazem do Direito e do seu funcionamento na sociedade”.

O próprio Perelman (2004, p. 153-154) postula que:

[...] se acreditarmos que nem tudo que concerne aos valores é arbitrário e que os juízos de realidade não são inteiramente independentes deles, afastaremos, como infundado, o fosso aberto pelo positivismo entre os juízos de realidade e os juízos de valor [...] Uma vez aceita esta posição, é normal começar a análise do raciocínio prático, ou seja, da argumentação que visa a justificar e a criticar as decisões, com considerações de ordem geral, deixando para elaborar mais tarde metodologias particulares para cada uma das disciplinas [...] Assim é que uma teoria geral da argumentação, ou seja, uma nova retórica, concebida no sentido mais amplo, parece um preliminar a qualquer explanação consagrada ao raciocínio jurídico.

A Teoria da Argumentação de Perelman, segundo Manuel Atienza (2005, p. 47), funda-se na distinção, de origem aristotélica, entre demonstração e argumentação: enquanto para a razão formal demonstrativa, que se move no terreno da necessidade, a validade de uma conclusão se dá, necessariamente, pela validade de suas premissas; a argumentação se move no terreno do simplesmente plausível, ou seja:

[...] os argumentos retóricos não tratam de estabelecer verdades evidentes, provas demonstrativas, mas de mostrar o caráter razoável, plausível de uma determinada decisão ou opinião.

Para a Teoria da Argumentação, a incontestável verdade moderna deveria ser substituída por termos mais apropriados para expressar o que é próprio do raciocínio jurídico, a saber, o razoável, o aceitável, o admissível.

Isso considerado, somente a antiga retórica grega permitiria uma discussão sobre os valores no campo da razão e o alcance de um acordo para a sua aplicação, que ultrapasse as categorias da lógica formal, estabelecendo, assim, a argumentação como princípio da pesquisa filosófica a respeito da noção de justiça. Entretanto Perelman (2005, p. 165) salienta que:

[...] a nova retórica não pretende deslocar ou substituir a lógica formal, mas agregar a ela um campo de raciocínio que, até agora, tem escapado a todos os esforços de racionalização, isto é, do raciocínio prático.

### **3.5 A FUNDAMENTAÇÃO DO DIREITO PARA A OBTENÇÃO DA JUSTIÇA**

Conforme foi explicado anteriormente, a literalidade da lei não pode limitar a aplicação do Direito, uma vez que o texto normativo, repleto de ambiguidades está sempre sujeito às mais diversas interpretações por parte dos juristas. A interpretação, assim, inevitavelmente, sofrerá a influência do contexto social, político, econômico, ideológico ou cultural no qual o jurista está inserido. Diante disto, fica comprometido o ideal positivista da legalidade pura, baseado na literalidade da lei, assim como fica comprometido o ideal absoluto e universal da justiça típico da modernidade.

A argumentação se estabelece como meio de aplicação discursivo-dialógica do Direito apto a recuperar sua cronicidade, na medida em que considera o diálogo com a esfera pública (auditório universal) no processo de criação do Direito. Em virtude disto, projeta-se a necessidade de fundamentação do Direito (enquanto instituição) e da decisão jurídica, como maneira de reaproximá-los da sua função social de tornar possível e mediar a realização da justiça.

Chaïm Perelman (2005, p. XV) observa que:

As sentenças e os arestos não redundam em proposições verdadeiras tiradas de um silogismo, mas em respostas mais aceitáveis e adaptadas, integradas numa argumentação. Se ha sistema e ciência do Direito, eles não podem esboçar-se fora da controvérsia permanente.

O filósofo de Bruxelas pleiteia, assim, que se leve em conta a atividade do Direito, feita de debates, de trocas de argumentos e de questionamentos das ontologias assentes no real.

A verdade, neste caso, concebida não no seu sentido ontológico, mas no seu sentido concreto e material, somente será alcançada com a análise dos

argumentos apresentados no caso concreto. A necessidade de fundamentação advém do fato característico do discurso jurídico, que é o de sempre surgirem desacordos e controvérsias acerca dos fatos ou do alcance das normas em sua aplicação.

Na medida em que a própria decisão judiciária tem caráter de norma, a fundamentação de cada ato jurídico passa a ser indispensável para que a justiça se faça presente no caso concreto; ou seja, somente através da fundamentação da aplicação da norma jurídica, a aplicação do Direito será justa e estará contextualizada histórico e socialmente. Para Tércio Sampaio (2003, p. 33):

[...] o discurso racional é aquele que “presta contas”, que fundamenta o que diz em função da exigência crítica do ouvinte, para a qual está sempre aberto. Nesse sentido, o discurso racional experimenta uma historicidade, gera a sua história, dentro da situação comunicativa. A inversa, o discurso irracional é a-histórico, na medida em que se fecha em si mesmo e conhece um movimento apenas aparente, isto é, ele é criativo apenas num sentido analógico

A fundamentação da decisão jurídica, segundo o autor, é o que reveste a atividade judicial de historicidade. Uma decisão não fundamentada é arbitrária, discricionária, a-histórica e a-social.

Isso posto, mais uma vez chega-se à conclusão de que a Nova Retórica de Perelman contribuiu para a reinserção do discurso no âmbito da racionalidade, na medida em que tornou possível que o Direito pudesse ser justificado através do emprego de uma argumentação racional pelo jurista que o aplicasse. Segundo Tércio Sampaio (FERRAZ JUNIOR, 2003, p. 31), “O discurso racional é aquele que presta contas, que não apenas afirma, mas sempre fundamenta”. O autor explica que:

[...] Todo discurso é racional se é fundamentável, e essa fundamentação repousa em condições que a própria discussão estabelece, em termos de mútuo entendimento, ou seja, no discurso racional, os agentes, num caso extremo, poderiam deixar-se guiar por moda, tradição, costume etc., desde que esses fatores fossem aceitos, na discussão, pelos próprios agentes;

O autor brasileiro também ensina que:

Fundamentar é prestar contas daquilo que se diz. Toda fundamentação está, nesse sentido, a serviço do mútuo entendimento, o que não exclui a possibilidade de conflito. Discutir racionalmente significa entender-se mutuamente [...]. Assim, numa discussão-com, o orador fundamenta sua ação

linguística para produzir no ouvinte um sentimento de convicção em termos de conquistar sua adesão a uma asserção verdadeira. A convicção, como propõem Perelman e Tyteca, é um sentimento que se funda na verdade, [...] e tem uma natureza eminentemente teórica. Assim, uma fundamentação convincente produz consenso porque é capaz de verdade, isto é, a verdade é aí condição do consenso. Casos há, entretanto, em que a função da fundamentação não é produzir convicção, mas persuasão. Nesse caso não se exige do parceiro que este se renda, bastando que se conforme e que ele reconheça que o autor da fundamentação está seguro do que diz. Ora, a fundamentação persuasiva, nesses termos, torna-se capaz de “verdade” porque produz consenso, isto é, o consenso é aí condição da “verdade”. Trata-se, nesse caso, no caso de persuasão, de um sentimento de natureza eminentemente prática e que ocorre no nível da ação.

Em razão disto, o princípio da necessidade de fundamentação das decisões jurídicas está contemplado no inciso IX do Artigo 93 da Constituição Federal de 1988, cuja redação foi dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004:

IX - todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do Direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação;

Tal disposição constitucional sublinha a importância da fundamentação e da publicização das decisões jurídicas como forma de se obter a justiça. Esta se constrói a partir da aceitação por parte do auditório, ou seja, a partir do consenso sobre os valores ponderados naquela decisão, estabelecendo-se assim um vínculo entre o aplicador do Direito e a realidade histórica e social.

Tércio Sampaio (2003) postula que:

[...] a função da fundamentação do ato decisório, enquanto discurso racional, é constituir, então, um elemento de ligação e de controle de uma discussão superveniente, isto é, a fundamentação da decisão fornece aos partícipes da discussão as indicações para o seu comportamento (por exemplo, numa discussão judicial, se desta deve ser recorrida ou não

A fundamentação da decisão jurídica através da argumentação racional, portanto, pode ser compreendida como o elemento capaz de revincular o Direito à moral, reaproximando-o da história e da sociedade. É importante gizar que este método de aplicação do Direito só se faz possível admitindo-se um espaço argumentativo amplo e democrático, no qual orador (jurista) e auditório (juristas ou sociedade) estejam “em situação”, ou seja, obrigados a levar-se

mutuamente em conta, na sua atividade, como não ocorre no formalismo jurídico. (FERRAZ JUNIOR, 2003, p. 31).

Debita-se, portanto, ao formalismo jurídico a a-historicidade do Direito e sua incompetência em se adaptar à sociedade. Para Perelman, isso se dá em razão do formalismo jurídico se assimilar a um sistema matemático que:

[...] não tem meios que visam à realização de uma finalidade social, não tem, portanto, de levar em conta as condições de seu funcionamento eficaz.

O jusfilósofo europeu, em contrapartida, argumenta que o Direito só pode ser compreendido em relação com o meio social ao qual é aplicável. Assim, para Perelman (2004, pg. 83):

Se este meio se transforma sob a influência de novidades técnicas, ou de uma mudança nos costumes ou nos valores socialmente aceitos, o papel do juiz será invocar o argumento histórico e a presunção de continuidade que este implica, o que conduz a uma concepção estática da interpretação judiciária, ou ele poderá adaptar o texto de modo dinâmico, considerando que a lei não previu essa situação nova e que, diante de uma lacuna da lei, ele deve decidir “conforme as regras que estabeleceria se devesse agir como legislador.

Ao ponderar sobre a aplicação histórica dos textos normativos, e ressaltar a importância da análise individual, fática, de cada caso concreto, Valéria Ribas do Nascimento (Jan-Jun 2009, p. 154) propõe que:

Entender um texto do passado também implica trazê-lo para o presente. Relacionando a filosofia e o Direito, Gadamer afirma que o saber acerca do Direito e dos costumes sempre será completado através do caso particular. O juiz não apenas aplica a lei em concreto, mas colabora ele mesmo, através de sua sentença, para a evolução do Direito (Direito judicial). Assim, como o Direito, também os costumes aperfeiçoam-se por força da produtividade de cada caso particular (GADAMER, 2003, p. 79).

A partir desta análise, que corrobora a razão prático-argumentativa perelmaniana, ressalva-se a importância da análise individual, fática, de cada caso em concreto, pois a isso está vinculada, necessariamente, a historicidade do Direito. Este, conforme Valéria Nascimento (Jan-Jun 2009, p. 148):

[...] deve ser visto como uma ciência social aplicada, ou melhor, uma ciência histórica em constante transformação, por isso se faz necessária a superação do paradigma vigente no Estado Moderno.

## **4 DO ANACRONISMO DO DIREITO EM RELAÇÃO AO ATUAL CONTEXTO SÓCIO-HISTÓRICO DE TRANSIÇÃO PARADIGMÁTICA (A PÓS-MODERNIDADE)**

Dado o contexto da pós-modernidade, de transição paradigmática, de revisão do formalismo, alavancando-se na ideia de pluralismo e intersubjetividade, é possível perceber que o Direito ainda está, em diversos aspectos, preso, de alguma maneira, ao paradigma dominante da racionalidade moderna. A herança positivista ainda é forte no pensamento dos juristas contemporâneos, que, de acordo com Tércio Sampaio (2003, p. 16; 90), há mais de um século, tendem a atribuir maior importância às questões “dogmáticas” que às “zetéticas”, ou seja, optam por aplicar as opiniões tradicionais, dogmatizadas, em detrimento daquelas que se prestam a refletir acerca das opiniões vigentes, pondo-as em dúvida (na perspectiva da Filosofia do Direito). Tal constatação permite a elaboração de uma crítica à conduta atual dos juristas e ao atual modelo de ensino do Direito, que legitimam (muitas vezes sem saber) o paradigma moderno, atravancando, assim, a pluralização e a democratização do Direito.

### **4.1 UMA CRÍTICA À POSTURA DOS JURISTAS**

Wesley Newcomb Hohfeld (2008, p. 88), em *Os conceitos jurídicos fundamentais aplicados na argumentação judicial*, aponta que:

[...] muitos juristas experientes têm presumido, demasiado irrefletidamente, que aquelas matérias normalmente consideradas em trabalhos da chamada ‘teoria do Direito’ (*jurisprudence*) têm uma natureza meramente ‘acadêmica’ e são desprovidas de utilidade substancial para o advogado ou para o juiz.

Tal fato, facilmente constatável, reflete a neutralidade axiológica sustentada pelo positivismo jurídico, para o qual o Direito não se presta a reflexões acerca dos valores, sendo estas, objeto de estudo apenas da academia, da Filosofia do Direito, e não relevantes para a sua aplicação prática.

Desta forma, esta ampla maioria de juristas, incapaz de perceber o caráter ideológico de uma estrutura normativa, legitima o Direito de acordo com o que ele é, ou seja conforme lhes foi dado, (im)posto pelo legislador, e não de

acordo com o que ele deveria ser. Ao aplicar leis sem refletir acerca do caráter histórico, social e ideológico de sua criação, bem como acerca dos resultados práticos de sua aplicação, o jurista positivista simplesmente ignora “o contexto histórico e social no qual estão inseridos os atores jurídicos (acusado, vítima, juiz, promotor, advogado, etc.)”.

Quando a aplicação do Direito se dá em cima de decisões anteriores, precedentes, Lênio Streck (1999, p. 67-68) afirma:

[...] não se indaga (e tampouco se pesquisa) a circunstância da qual emergiu a ementa jurisprudencial utilizada. Afinal de contas, se "a jurisprudência torrencialmente vem decidindo que...", ou "a doutrina pacificamente entende que...", o que resta fazer?

Em se tratando da aplicação do Direito através do argumento de autoridade, através da doutrina, comumente considerada fonte de Direito, Lênio Streck (1999, p.68) cita Alf Ross, para quem as alusões aos doutrinadores permite que estes autores de textos jurídicos, considerados “importantes”, “façam política jurídica encoberta, ao apresentar como meras descrições do Direito positivo suas interpretações pessoais baseadas em valorações”.

O alienado jurista dogmático, assim, não se dá conta das contradições do ordenamento jurídico, bem como não percebe a influência ideológica contida tanto na lei, como na jurisprudência e na doutrina. Lênio Streck (1999, p. 56), agora usando as palavras de Slavoj Zizek, postula que “o indivíduo submetido à ideologia nunca pode dizer por si mesmo ‘estou na ideologia’” e chega à seguinte conclusão:

[...] o Direito, instrumentalizado pelo discurso dogmático, consegue (ainda) aparecer, aos olhos do usuário/operador do Direito, como, ao mesmo tempo, seguro, justo, abrangente, sem fissuras, e, acima de tudo, técnico e funcional. Em contrapartida, o preço que se paga é alto, uma vez que ingressamos, assim "num universo de silêncio: um universo do texto, do texto que sabe tudo, que diz tudo, que faz as perguntas e dá as respostas. [...]. Em outras palavras, fazendo seu trabalho, *eles* (os juristas) não fazem o Direito; apenas entretêm o mistério divino do Direito, ou seja, o princípio de uma autoridade eterna fora do tempo e mistificante, conforme as exigências dos mecanismos de controle burocrático num contexto centralista" (1999, p. 70).

Ao tecer comentários a respeito da atividade judicial “viciada” e “ideologizada” dos atuais aplicadores do Direito no Brasil, Lênio Streck (1999, p. 50) detectou que:

A administração da lei por uma instituição tida como 'neutra', 'imparcial' e 'objetiva', converte o intérprete/aplicador num mero técnico do Direito positivo. Como o que importa não é a explicação, a compreensão e a orientação dos comportamentos jurídicos, e sim a tipificação e sistematização de situações normativas hipotéticas, ao agir de modo "técnico", isto é, sem preferências valorativas e imune às paixões políticas, o juiz não se limita a atuar tendo em vista apenas a consecução das garantias formais, da certeza jurídica e do império da lei, postulados fundamentais do modelo/paradigma liberal-burguês do Estado de Direito

Assim, isentam-se os juristas de uma análise axiológica das transformações sociais, econômicas, políticas e culturais dos dias de hoje. Tércio Sampaio Ferraz Jr. (2003, p. 121) resume de forma inteligente o resultado negativo atingido pela concepção dogmática e inerte do Direito:

Um Direito totalmente monologizado "perverte" o sentido da justiça, ao torná-la rígida e inflexível, isto é, a instrumentalização neutralizante e total do discurso jurídico é uma utopia, que pode levar o sistema vigente a um colapso.

Esta separação entre Direito e moral é, atualmente, uma das mais angustiantes mazelas trazidas pela concepção juspositivista do Direito, que contribui para a exclusão da possibilidade de diálogo com as classes desfavorecidas na busca pelo acordo entre a esfera pública e o Estado e pela real efetivação da justiça social. Tal concepção possibilita que, nas palavras de Moreira (1999, p. 53) o Estado "se organize burocraticamente" para atuar como instrumento de dominação na manutenção do poder e da validade do ordenamento jurídico, fazendo uso da repressão e da violência se preciso for (e é sempre preciso, pois a balança da justiça sob estes moldes técnicos e formais parece estar sempre viciada). Eis a indignação motivadora da elaboração deste trabalho. Eis o combustível que move este acadêmico na busca por um Direito mais justo e mais acessível.

## **5 CONCLUSÃO**

A necessidade de reestruturação dos paradigmas da razão vigente pôde ser percebida na medida em que se foi verificando o esgotamento das estruturas do pensamento moderno. No campo do Direito, esta crise se fez perceber em diversos aspectos (os quais este trabalho procurou, da melhor forma, demonstrar), agravados ainda pelo fato do Direito ser o instituto



responsável pela manutenção da ordem e da segurança das relações sociais e jurídicas.

Fundado, preponderantemente, em valores sustentados por uma concepção essencialmente dogmática, moderna, e cristalizados numa impessoalidade científica já centenária, pode-se concluir que o Direito encontra-se à beira de um colapso. Monológica e irrefletida, a sua aplicação ainda é feita sob os moldes formalistas e legalistas, sem que se conceda, principalmente no Direito brasileiro, o devido espaço às teorias argumentativas desenvolvidas por grandes filósofos a partir da década de 1950, dentre as quais se encontra a Teoria da Argumentação de Chaïm Perelman, objeto deste estudo.

A esta inoperância, inércia, impresteza, atemporalidade, a-historicidade, a-socialidade ou, ainda, anacronismo do Direito em relação à sociedade (que este teria por função salvaguardar), atribuiu-se, nesta obra, como metáfora, a imagem de uma torre abandonada, arruinada, como forma de demonstrar o comprometimento das estruturas sociais e políticas causados pela defasagem histórica do Direito, e a conseqüente necessidade de revigoração dos seus pilares, sob o risco de desabamento.

Ora, sob os ditames positivistas formais, o Direito está reduzido a um mero instrumento de dominação, que, paradoxalmente, parece operar num sentido contrário à sua função primordial, que é a de promover a justiça efetiva à sociedade e aos indivíduos que a compõem. Essa incapacidade se dá, na opinião deste estudante, em razão da avaloratividade exigida pelo formalismo jurídico, que provoca um devastador rompimento entre Direito, moral e política, e que possibilita que o Direito sirva como um meio de legitimação dos interesses privados das classes economicamente dominantes. Diante disso, procurou-se aqui evidenciar a necessidade de reformulação estrutural dos paradigmas modernos do Direito, apontando as rachaduras ocasionadas pelo juspositivismo na base de sustentação da torre.

A Nova Retórica proposta por Perelman foi eleita objeto deste estudo, pois protagonizou um processo de desdogmatização do Direito, na medida em que vislumbrou uma lógica argumentativa que transcende os raciocínios formais e abrange raciocínios não formais. Perelman propôs nada menos do

que ampliação da racionalidade moderna e, com isso, efetuou uma ruptura fundamental com o paradigma vigente.

A racionalidade prático-argumentativa, proposta a partir da Nova Retórica, surgiu como um modelo de justificação, que, fugindo aos limites dogmáticos da razão tradicional, possibilitou uma lógica na qual o Direito fosse aceito pela sociedade e não mais a ela imposto. Ao assumir a essência controversial do fenômeno jurídico (constituído da possibilidade de interpretações divergentes, do debate, da troca de opiniões), a racionalidade prática desenvolveu uma técnica argumentativa que tinha como objetivo tornar possível o consenso entre as partes litigantes, e, principalmente, a ponderação acerca dos valores contemplados em uma decisão jurídica, a sua aceitabilidade (ou arbitrariedade), buscando a eliminação da violência implícita contida em qualquer sistema jurídico burocrático e formal.

Ocorre que, atualmente, mostra-se atualíssima a crítica empreendida por Chaïm Perelman ao modelo formalista dos sistemas jurídicos, sobretudo em países nos quais a modernidade ainda não se esgotou totalmente, e a desdogmatização do Direito ainda não encontrou respaldo por parte de seus aplicadores. Este é o caso Brasil, que, extremamente dependente de um ordenamento jurídico formalizado, que juridifica excessivamente as situações do “mundo da vida” (são mais de 12.700 leis), obsta o desenvolvimento de um Direito argumentativo, ou, ainda, de um Direito comparado, enclausurado-se na ilusão moderna de sua soberania nacional e jurídica.

Nestes casos, percebe-se a violência implícita (mas evidente) ainda perpetrada pelas mãos da figura totalitária do Estado, que, mediante a burocracia de seus métodos políticos e jurídicos, exerce sua dominação impositivamente, sob moldes modernos de legitimação.

Isso posto, diante da problemática pós-moderna trazida à tona, restam renovadas as contumazes críticas de Perelman dirigidas ao formalismo jurídico, e refaz-se presente a exigência de renovação das razões informativas do Direito. Neste período de crise ideológica, a necessidade de legitimação do Direito através do consenso, do diálogo e dos valores, possíveis através da Teoria Argumentativa desenvolvida por Perelman, é mais do que nunca necessária, pois ainda são comuns intransponíveis abismos entre as garantias

e Direitos preconizados em lei e a incompreensível ineficácia desses Direitos diante da sociedade.

Por este motivo, buscou-se aqui resgatar os fundamentos da Teoria da Argumentação de Perelman, que, diante da incapacidade das normas legais em edificar um sistema jurídico completo, impassível de incongruências e vácuos, estremeceu os alicerces do racionalismo moderno, revigorando o pensamento tópico e, por conseguinte, ocasionando um sempre necessário processo de relativização do Direito.

Conforme exaustivamente sustentado aqui, através da revalorização do discurso e do desapego às verdades metafísicas incontestáveis do racionalismo, Perelman propôs aos juristas e à humanidade uma nova racionalidade. A partir desta, com as atenções voltadas à fundamentação e à aplicação prática das normas jurídicas, percebidas como processos interligados e contínuos, procurou-se evidenciar a necessidade de adequação das decisões à situação histórica do caso em análise, como forma de equilibrar a tensão entre a segurança jurídica e a justiça.

Tendo em vista que esta balança, na opinião deste acadêmico, está visivelmente desequilibrada, pendendo categoricamente para o lado do conservadorismo reacionário, que privilegia sempre a segurança jurídica do sistema (e das relações comerciais e econômicas, é oportuno dizer), em detrimento da justiça e da efetivação dos Direitos fundamentais, negligenciados (embora garantidos por Constituição), ressalta-se, novamente, a relevância do presente estudo, uma vez que a necessidade de justificação, adequação, coerência e fundamentação das decisões jurídicas se mostram essenciais para a construção de um ambiente democrático, pacífico, justo e racional.

A manutenção do *status quo*, na opinião deste acadêmico, é sustentada a partir da cômoda e egoísta atitude de muitos juristas que, do alto de suas confortáveis (mas não merecidas) condições de “doutor”, impõem obstáculos aos mecanismos alternativos de processamento e de resolução de litígios, visando nada mais do que seus interesses pessoais (honorários).

São exemplos desses mecanismos alternativos de resolução de litígios, que têm sua implementação dificultada por estes juristas, as decisões obtidas por mediação ou conciliação (acordos), em vez da estrita obediência normativa; o reconhecimento da competência das partes para proteger os seus próprios

interesses e conduzir a sua própria defesa num contexto institucional desprofissionalizado e através de um processo conduzido em linguagem comum; e a decisão por meio da arbitragem, conforme interessantemente analisa Boaventura de Sousa Santos (SANTOS, 1982, p. 16).

Em que pese tais obstáculos, deve-se ressaltar a compreensão trazida à tona pela abertura valorativa decorrente da Nova Retórica perelmaniana, que compreende o Direito como um fenômeno casuístico, histórico-condicionado e, portanto, plural e avesso às tendências cristalizadoras do positivismo jurídico, sendo a sua justificação e adequação histórica imprescindível para sua revinculação à moral, à história e à sociedade. Cite-se Perelman (2005, p. 424):

Se o Direito visa ao estabelecimento de uma ordem estável, que garantiria a segurança jurídica, [...], ele nunca pode ser isolado do contexto social no qual se supõe que ele atue.

Ainda Perelman (2005, p. 425):

[...] com efeito, se o Direito é encarado sob seu aspecto teleológico, ou seja, como um meio visando a um fim que deve ser realizado no seio de uma sociedade em mutação, ele não pode ser indiferente às consequências de sua aplicação. Para adaptar-se a seu papel de meio, o Direito deverá flexibilizar-se, introduzir em sua estrutura e em sua formulação elementos de indeterminação.

Concluindo o presente artigo, compreende-se que Perelman (2005, p. 463) concebe o Direito não como a expressão da justiça e da razão, nem como expressão da vontade do legislador, e sim como “expressão de um consenso político e social sobre uma solução razoável numa sociedade em rápida evolução”.

## 6 REFERÊNCIAS

ATIENZA, Manuel. **Las Razones Del Derecho : Teorias de La Argumentación Jurídica**. Segunda reimpressão: Universidad Nacional Autónoma de México, 2005;

ATIENZA, Manuel. **As razões do Direito: teorias da argumentação jurídica**. Trad. Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy, 2006;

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **O Direito na Pós-modernidade**. Revista Sequência, nº57. P 131-152, dez 2008;

BITTAR, Eduardo C. B.; ALMEIDA, Guilherme Assis. **CURSO DE FILOSOFIA DO DIREITO**. 8. Ed. São Paulo: Atlas, 2010;

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do Direito** 4ª edição São Paulo Editora Atlas S.A. – 2003;

HOHFELD, Wesley Newcomb. **Os conceitos jurídicos fundamentais aplicados na argumentação judicial**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008;

MONTEIRO, Cláudia Servilha. **Teoria da Argumentação Jurídica e Nova Retórica**. 2ª Ed. Revista, Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2003;

MOREIRA, Luiz . **Fundamentação do Direito em Habermas** – Belo Horizonte: UFMG/FAFICH, 1999. 208 p. Dissertação (Mestrado) UFMG-FAFICH;

NASCIMENTO, Valéria Ribas do – **Revista Direito GV**, São Paulo 5(1) p 147-168 Jan-Jun 2009;

PERELMAN, Ch. **Retóricas**. Tradução de Maria Ermantina Galvão G. Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 1999;

PERELMAN, Chaïm – **Lógica Jurídica: nova retórica**; tradução: Vergínia K. Pupi ; revisão da tradução Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão ; revisão técnica Gildo Sá Leitão Rios. – 2ª Ed. – São Paulo : Martins Fontes, 2004. – (Justiça e Direito);

PERELMAN, Chaïm – **Ética e Direito** ; tradução Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo : Martins Fontes, 2005. – (Justiça e Direito);

PERELMAN, Chaim; TYTECA, Lucie Olbrechts. **TRATADO DA ARGUMENTAÇÃO: A Nova Retórica**. 2. Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005;

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Um discurso sobre as ciências** – 16ª edição. Edições Afrontamento, 2010;

SCARPELLI, Umberto, “**Introduzione: La Filosofia. La Filosofia dell’Etica. La Filosofia del Diritto di indirizzo Analitico in Italia** ‘ in **Diritto e Analisi del Linguaggio**. Scarpelli, Umberto (org.). Milão: Edizioni di Comunità, 1976;

SCOPINHO, Sávio Carlos Desan. **Filosofia e sociedade pós-moderna: crítica filosófica de G. Vattimo ao pensamento moderno**. – Porto Alegre: EDIPUCRS, 2004, p. 61;

SHIBLES, Warren. **Wittgenstein, linguagem e filosofia**; tradução Leônidas Hegenberg e Octanny Silveira da Mota; São Paulo, Cultrix, Ed. Da Universidade de São Paulo, 1974;

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica**;

**da construção do Direito** / Lenio Luiz Streck. — Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999;

WOLKMER, Antonio Carlos. **Pluralismo Jurídico**. 2ª Ed. São Paulo: Editora Alfa Omega Ltda, 1997;