

**XXV CONGRESSO DO CONPEDI -
CURITIBA**

HERMENÊUTICA JURÍDICA

RAQUEL FABIANA LOPES SPAREMBERGER

JOÃO MARTINS BERTASO

Todos os direitos reservados e protegidos.

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

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

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

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

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

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

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

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

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

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

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

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

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

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

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

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

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

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

H553

Hermenêutica jurídica [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UNICURITIBA;

Coordenadores: João Martins Bertaso, Raquel Fabiana Lopes Sparemberger – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-347-4

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

Tema: CIDADANIA E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL: o papel dos atores sociais no Estado Democrático de Direito.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Congressos. 2. Hermenêutica Jurídica. I. Congresso Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Curitiba, PR).

CDU: 34



XXV CONGRESSO DO CONPEDI - CURITIBA

HERMENÊUTICA JURÍDICA

Apresentação

Os trabalhos apresentados no GT Hermenêutica Jurídica, no XXV Encontro Nacional do CONPEDI, em Curitiba-PR, e que ora compõem este livro, manifestaram à evidência o avanço das discussões sobre hermenêutica jurídica no país, bem como os principais debates hoje existentes sobre temas que vão desde critérios interpretativos às candentes questões relacionadas ao ativismo judicial, e a visível crise de categorias e conceitos que demonstram a necessidade de discussão do paradigma hermenêutico jurídico tradicional. Tal paradigma não é mera constatação, pois muitos são os autores que caminham para esta perspectiva, demonstrando a insuficiência do paradigma tradicional e das práticas hermenêutico-interpretativas hegemônicas em que o chamado sujeito-epistêmico opta pela neutralidade e reprodução do conhecimento em nome do chamado sujeito-hermenêutico crítico que ataca, através de um novo paradigma, a assim denominada crise do Direito. Nesse sentido, com o texto **A AFASTABILIDADE DE OCUPANTES DE CARGOS PÚBLICOS SEM CONDENAÇÃO TRANSITADA EM JULGADO: ANÁLISE DA POSSIBILIDADE EM FACE DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA E MITIGAÇÃO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA OU VIOLAÇÃO CONSTITUCIONAL**, Joaner Campello De Oliveira Junior, demonstrou as inúmeras inquirições, denúncias e até mesmo condenações pela suposta prática de crimes envolvendo ocupantes de cargos públicos. Todavia, diante da morosidade dos processos e do direito constitucional da presunção de não culpabilidade do art. 5º, inciso LVII, da CF/1988, muitos mantem a ocupação do cargo público até que sejam afastados de suas funções com a condenação transitada em julgado. Neste contexto, buscou-se analisar a possibilidade de afastamento cautelar diante do fundado temor de prejuízo, da ponderação entre a moralidade administrativa, mitigação da presunção de inocência e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. O texto seguinte intitulado **A CONSTRUÇÃO DE UMA HERMENÊUTICA JURÍDICA AMBIENTAL COMO EXPRESSÃO DO ESTADO SOCIOAMBIENTAL DE DIREITO** de André Luiz Staack e Célia Regina Capeleti, identificou possíveis métodos, técnicas e meios próprios de interpretação que traduzam os anseios do Estado Socioambiental de Direito e auxiliem na solução dos atuais conflitos sociais. Para o alcance do objetivo proposto, o método de abordagem foi o indutivo, sendo o levantamento de dados realizado através da técnica da pesquisa bibliográfica de fonte secundária. Nas considerações finais, concluiu-se que a construção de uma hermenêutica jurídica ambiental e do Estado Socioambiental de Direito deve restar balizada numa visão ontológica da sustentabilidade, abarcando todas as suas dimensões, bem como na formação de uma pré-compreensão geral e específica do intérprete. Bruna Hundertmarch e

NathalieKuczuraNedel apresentaram o texto **A VIABILIDADE DE CHEGAR-SE À RESPOSTA CORRETA EM PROCESSO POR MEIO DA APLICAÇÃO DE SÚMULAS: UMA ANÁLISE PAUTADA NA INTEGRIDADE E COERÊNCIA SOB A LENTE DA FILOSOFIA NO PROCESSO**. O texto demonstrou que a busca pela resposta hermeneuticamente correta, se revela uma necessidade a ser encontrada no âmago processual. Assim, não mais se deveriam buscar verdades eternas e absolutas, mas a melhor resposta ao caso objeto de julgamento. Diante disso, buscou-se investigar se a súmula pode ser um instrumento aviado para que se chegue à resposta correta. Utilizou-se como “método” de abordagem a fenomenologia hermenêutica e como “método” de procedimento o “método” estruturalista. Posto isto, verificou-se que as súmulas por si só, não são incompatíveis com a resposta correta, o que torna ambos opostos, é o seu modo de aplicação enraizado em uma matriz metafísica. Com o texto **ADI/ADPF Nº 5581 E A POSSIBILIDADE DE LEGALIZAÇÃO DO ABORTO DE GESTANTES INFECTADAS PELO VÍRUS DA ZIKA**, Samara Ribeiro Azevêdo e Maria Creusa De Araújo Borges, enfatizaram a necessidade de aplicação da vontade plural e a eficácia, quanto as medidas que o Estado Brasileiro vem trazendo para solucionar o atual estado de emergência na saúde, oriundo do zika vírus e do alto índice de casos de microcefalia. Ressaltou-se a propositura da ADI/ADPF nº 5581 que trouxe à tona o enfrentamento social, frente às políticas públicas referentes à proteção e liberdades femininas, embasando-se também, em dados obtidos pelo Ministério da Saúde, ao se questionarem sobre a necessidade de atualização do ordenamento pátrio, no que concerne ao aborto, partindo de fenômenos sociais que corroboram ou não a legalização do aborto. O texto ‘**AFINAL, DE QUE VALE O DIREITO POSITIVO?**’, de Marcio Guedes Berti, Luiz Fernando de Vicente Stoinski, discutiu o direito positivo e o atual ativismo judiciário por meio do “decisionismo”, havendo grave interferência do Poder Judiciário na esfera de competência legislativa do Poder Legislativo. Interpretar a norma e aplicar o direito posto é o que se espera do juiz, fugindo do solipsismo. A hermenêutica não serve de instrumento para o juiz aplicar a lei da forma como pensa ou acha que ela deve ser, mas sim conforme a vontade do legislador ordinário, sem que do resultado de sua interpretação surja uma nova norma. **A ANÁLISE DA PERTINÊNCIA JURÍDICA DO PROGRAMA ESCOLA SEM PARTIDO COM BASE NO CRITÉRIO DA PROPORCIONALIDADE E NOS CONTROLES DE EVIDÊNCIA E JUSTIFICABILIDADE APLICADOS PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL** é o texto subsequente de autoria de Grazielly Alessandra Baggenstoss. Neste texto a autora examinou o panorama jurídico de propositura do Programa Escola Sem Partido – ESP, que visa a inclusão de dispositivos legais na Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (Lei 9.394/1996). Para isso, é problema da pesquisa o questionamento se o mencionado projeto de lei apresenta pertinência jurídica ao ordenamento jurídico brasileiro, bem como ao contexto pedagógico pátrio atual. Dessa forma, com método dedutivo, analisa-se a questão a partir do critério de proporcionalidade de

Robert Alexy e dos Controles de Evidência e Justificabilidade aplicados pelo Supremo Tribunal Federal. ENTRE O RACIONALISMO CARTESIANO E O POSITIVISMO JURÍDICO: UMA ABORDAGEM A PARTIR DAS CRÍTICAS DE CHAIM PERELMAN de autoria das articulistas Jaqueline Prazeres de Sena e Amanda Silva Madureira. As autoras demonstraram a partir da Filosofia do Direito, algumas críticas formuladas na teoria da argumentação de Chaïm Perelman, as teorias lógico-formais, de modo especial, a teoria cartesiana e a positivista, com o intuito de superar essas formas tradicionais do conhecimento do Direito. No texto HERMENÊUTICA DA FATICIDADE E FENOMENOLOGIA NA PERSPECTIVA HEIDEGGERIANA – O INÍCIO DE UMA DISCUSSÃO PARA O DIREITO, de Frederico Antonio Lima De Oliveira, Alberto de Moraes Papaléo Paes, discutiram acerca da Hermenêutica da Faticidade e a Fenomenologia em Heidegger como um caminho alternativo para compreensão do Direito. A partir dessa perspectiva pretendeu-se abordar a obra de Heidegger para o estabelecimento das premissas necessárias para compreensão da extensão de sua obra. Desse modo abordou-se os livros Ser e Tempo I e Ser e Tempo II como base teórica para a pesquisa. O JUDICIÁRIO CONTEMPORÂNEO E O DEVER DE FUNDAMENTAÇÃO NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL: AINDA NO ESTEIO TÓPICO DE THEODOR VIEHWEG, de autoria de Márcio Roberto Torres, demonstrou-se a contribuição da teoria de Theodor Viehweg para o raciocínio jurídico. Combatendo o puro raciocínio lógico, a teoria tópica pretende racionar através de problemas. Com o Novo Código de Processo Civil Brasileiro, o dever de fundamentação é desenvolvido em flagrante relação com o conflito, sendo papel do juiz não descuidar da vinculação entre a norma e os fatos como forma de legitimação das decisões. O SISTEMA DE PRECEDENTES NO DIREITO BRASILEIRO E A LIMITAÇÃO DO ARBÍTRIO JUDICIAL, de João Paulo Alvarenga Brant, Tereza Cristina Sorice Baracho Thibau, procurou estabelecer análises que deram conta da importação parcial do sistema de precedentes norte-americano pelo novo Código de Processo Civil, trazendo consequências importantes no modelo de interpretação e aplicação das normas no ordenamento jurídico brasileiro. Com base no exame legal e doutrinário sobre a matéria no direito comparado, a pesquisa apresentou uma visão histórica do common law e da família romano-germânica, examinando o sistema de precedentes no direito brasileiro, criticando a importação pura e simples do instrumento, identificando-se ainda os parâmetros do realismo jurídico escandinavo e norte-americano, bem como os riscos decorrentes do decisionismo e da arbitrariedade judicial.

Para encerrar esta apresentação, não poderíamos deixar de cumprimentar ao Conpedi pela manutenção desse espaço e aos autores e pesquisadores que aqui trouxeram os seus trabalhos, pela excelente qualidade dos mesmos, desejando-lhes que continuem aprofundando ainda mais suas pesquisas nessa área.

Dr. João Martins Bertaso - URI-RS

Dra. Raquel Fabiana Lopes Sparemberger - FURG-RS e FMP-RS

**ENTRE O RACIONALISMO CARTESIANO E O POSITIVISMO JURÍDICO: UMA
ABORDAGEM A PARTIR DAS CRÍTICAS DE CHAIM PERELMAN**

**RATIONALISM CARTESIAN AND POSITIVISM: NA APPROACH FROM THE
CRITICISMO OF CHAIM PERELMAN**

**Jaqueline Prazeres de Sena
Amanda Silva Madureira**

Resumo

O artigo estruturou-se no âmbito da Filosofia do Direito, objetivando apresentar algumas críticas formuladas na teoria da argumentação de Chaïm Perelman as teorias lógico-formais, de modo especial, a teoria cartesiana e a positivista, com o intuito de superar essas formas tradicionais do conhecimento do Direito.

Palavras-chave: Pensamento lógico-formal, Racionalismo cartesiano, Positivismo jurídico, Teoria da argumentação

Abstract/Resumen/Résumé

The article was structured under the Philosophy of Law, aiming to present some criticism in Chaim Perelman's argumentation theory the logical-formal theories, in particular, the Cartesian theory and positivist, in order to overcome these traditional forms of knowledge of the law.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Formal-logical thinking, Cartesian rationalism, Legal positivism, Theory of argumentation

1 INTRODUÇÃO

Este artigo apresentará a importância da teoria da argumentação aplicada às questões jurídicas, como um novo paradigma da razão prática no Direito, construído a partir das insatisfações geradas pela hegemonia da racionalidade cartesiana e do positivismo jurídico no seu sentido mais restrito. Tem como ponto de partida a teoria da argumentação do pensador contemporâneo Chaïm Perelman, considerado o fundador da Retórica moderna e reconhecido como um dos maiores filósofos dos últimos tempos. Propõe através de suas obras uma reflexão sobre vários elementos que compõem o conhecimento científico, dentre eles, a ética, a argumentação, a retórica, os princípios do direito, o raciocínio jurídico e a decisão judicial. Ressalta-se que, Perelman enquanto juiz, preocupou-se em examinar questões relacionadas à função que exercia como: realização da justiça, valores da razoabilidade, e a implicação do processo argumentativo no raciocínio dos juízes. A partir de suas obras, o autor salientou a importância de uma argumentação racional voltada para questões jurídicas e como fundamento para decisão judicial.

Perelman (2000) critica, antes de tudo, a análise de que o direito enquanto objeto de estudo das formas tradicionais do conhecimento deveria se inspirar em método que cultuava a certeza. O rigor, o caráter unívoco, a demonstração eram elementos de sustentação da lógica-formal. O pensamento lógico tornou-se uma expressão completa da razão. Tudo aquilo que não estivesse de acordo com esses ditames racionais deveria ser considerado irracional e arbitrário.

Por outro lado, o pensamento jurídico contemporâneo recepciona diferentes concepções metodológicas. Devido às grandes problemáticas que o direito apresenta, é mais do que natural que surjam vários aportes teórico-jurídicos na tentativa de solucionar, ou pelo menos, buscar um melhor entendimento dos fenômenos jurídicos e de sua interpretação e aplicação.

A Teoria da Argumentação Jurídica, a partir da proposta de Chaïm Perelman, pode ser considerada um dos elementos metodológicos de análise dos problemas do direito. Segundo a “Nova Retórica”, é possível de forma mais abrangente visualizar as questões jurídicas ligadas a sua dimensão prática. A teoria da argumentação consiste numa reflexão e formulação sistemáticas sobre a regularidade dos discursos concretos destinados à persuasão, pressupondo sempre a multiplicidade dos sujeitos envolvidos num processo

essencialmente dialógico. Entende-se, assim, que a Lógica Formal é insuficiente, por isso não pode ser a única estrutura do conhecimento jurídico. Mesmo assim, a Ciência do Direito estruturou algumas vertentes tradicionais que perduraram ao longo dos tempos, quais sejam: o racionalismo cartesiano e o positivismo jurídico.

O racionalismo cartesiano e o positivismo jurídico são teorias questionadas por Chaïm Perelman. No entanto, destaca-se que Perelman (2003) não nega a importância do pensamento cartesiano e mais, lembra que o contexto histórico turbulento que se seguiu às guerras religiosas na Europa da época da Reforma gerou o desejo pela reformulação do perfil predominante do conhecimento de então. Afirma Perelman (2000) que uma nova concepção de razão deveria ser capaz de ser “reconhecida por todos, independentemente, das divergências religiosas.” O desejo de Descartes e de seus contemporâneos foi a de construir um sistema racional incontestável, inspirado nos métodos utilizados nas ciências dedutivas como a Geometria, a Física e a Astronomia (MONTEIRO, 2003).

No mesmo sentido do pensamento cartesiano surgiu o Positivismo Jurídico, com destaque para o pensamento de Hans Kelsen, autor da obra Teoria Pura do Direito. A contribuição do positivismo é notória, uma vez que fornece uma dimensão integrada e científica do Direito. Porém, como afirma Monteiro (2003) o Positivismo jurídico apesar de ser uma teoria válida, apresenta uma limitação epistemológica do modelo de racionalidade que engendra e propõe uma nova perspectiva que nem sempre leva em consideração a realidade fática do Direito.

Assim, diante desse contexto e dos questionamentos apresentados por Perelman, o racionalismo cartesiano e o positivismo jurídico se tornaram o ponto de partida para o estudo da teoria da argumentação como uma nova forma de se pensar a aplicabilidade do Direito.

2 O RACIONALISMO CARTESIANO

A superação do racionalismo cartesiano é um dos pontos fundamentais para a estruturação do pensamento perelmaniano. Para que isso pudesse ocorrer, os autores na obra, Tratado da Argumentação: a Nova Retórica (1958), propõem a retomada da Retórica Aristotélica, reinterpretada à vista dos problemas e condicionantes dos novos tempos (PERELMAN; OLBRECHTS-TYTECA: 2002).

Cláudia Servilha Monteiro esclarece que o autor não desacredita na importância do pensamento cartesiano. Entretanto, para que se tenha uma nova forma de análise metodológica do conhecimento jurídico é necessário que ocorra a superação da absolutização das verdades produzidas no conhecimento. Afirma que:

Perelman não nega a importância do projeto cartesiano e lembra que o ambiente histórico turbulento que se seguiu às guerras religiosas na Europa da época da Reforma gerou o desejo pela reformulação do perfil predominante do conhecimento de então. Uma nova concepção de razão deveria ser capaz de ser ‘reconhecida por todos, independentemente das divergências religiosas’. A aspiração de Descartes e de seus contemporâneos foi a de construir um sistema racional incontestável, inspirado nos métodos utilizados nas ciências dedutivas como a Geometria, a Física e a Astronomia. O reconhecimento da evidência de determinadas proposições identifica um sistema de verdades absolutizadas, que devem ser naturalmente aceitas por todo ser racional. O fundamento de todo este saber racional reside na idéia de uma razão divina imanente da qual deriva a razão humana, que assume, assim, um aspecto de eternidade e imutabilidade (MONTEIRO, 2003:20)

Devido aos tumultos religiosos na Europa, surge uma perspectiva de mudança com base na universalização da razão, com o propósito de construir um método de conhecimento incontestável.

Para tanto, grande parte das obras de Descartes foi consagrada ao conhecimento científico, em particular, à Matemática. Preocupou-se em encontrar um método matemático geral e abstrato que forneceria simultaneamente as leis dos números e das figuras. Aliás, o grande objetivo do pensamento cartesiano era chegar a unificação do conhecimento, através da Matemática. Na sua obra mais famosa, *Discurso do Método*, propõe os meios necessários para se chegar às verdades absolutas do conhecimento. (DESCARTES, 1983)

Descartes parte da dúvida, chamada por ele “metódica”, porque era proposta como uma via para se chegar à certeza e não à dúvida sistemática, sem outro fim além do próprio duvidar. Argumenta que as idéias são incertas em geral e instáveis, sujeitas à imperfeição dos sentidos (marca registrada do Racionalismo). Algumas idéias, porém, apresentam-se ao espírito com nitidez e estabilidade, e ocorrem a todas as pessoas da mesma maneira, independentes das experiências dos sentidos. Isto significa que só podem ser entendidas como idéias inatas.

Descartes considera essas idéias claras, distintas, e inatas e vai demonstrar que essas são as verdadeiras idéias. A primeira idéia que examina é a do próprio Eu. Desta idéia, diz ele, não se pode duvidar. É a idéia do próprio Eu pensante, enquanto pensante. E então conclui com seu célebre axioma: “Penso, logo existo”.

A partir das reflexões sobre as condições da certeza do Cogito conduzir-se-á à determinação do critério da certeza em geral:

(...) considere em geral o que é necessário a uma proposição para ser verdadeira e certa; pois, como acabava de encontrar uma que eu sabia ser exatamente assim, pensei que devia saber também em que consiste essa certeza. E, tendo notado que nada há no eu penso, logo existo, que me assegure de que digo a verdade, exceto que vejo muito claramente que, para pensar, é preciso existir, julguei poder tomar por regra geral que as coisas que concebemos mui clara e mui distintamente são todas verdadeiras, havendo apenas alguma dificuldade em notar bem quais são as que concebemos distintamente. (DESCARTES, 1983:47)

Dessa forma, Descartes conclui suas postulações, de certa forma, apenas com uma única verdade: que ele, ao pensar o ser existe. Entende-se, neste trabalho, que isto não basta para encontrar a verdade sobre todos os elementos do conhecimento.

René Descartes expõe as condições gerais indispensáveis para toda produção científica, e as enumerou em quatro regras: primeiro, “nada receber como verdadeiro se não for reconhecido de modo evidente como tal”, é a regra da evidência social; segundo, “dividir cada uma das dificuldades em tantas parcelas quantas se puder e se requerer para melhor resolvê-las”. É a regra da análise; terceiro, “conduzir ordenamento os pensamentos, começando pelos objetos mais simples e mais fáceis de conhecer, para se elevar gradualmente até o conhecimento dos mais complexos”, a regra da síntese; quarto, “Fazer enumerações tão completas e revisões tão gerais, que haja certeza de nada omitir”. É a condição comum e a garantia da análise e da síntese (DESCARTES, 1983: 37)

A proposta de Descartes é a matematização de todos os campos do conhecimento. Foi ele que, afirma Perelman,

fazendo da evidência a marca da razão, não quis considerar racionais senão as demonstrações que, a partir das idéias claras e distintas, estendiam, mercê de provas apodícticas, a evidência dos axiomas a todos os teoremas. (PERELMAN, 2002:1)

Sendo assim, para Descartes, a evidência é o elemento identificador do “pensamento racional”, tudo aquilo que a razão não reconhece a partir da evidência deve ser colocado em dúvida.

Jan M. Broekman examina o direito a partir de uma visão antropológica e avalia a forma como os juristas vêem as teorias gerais do direito. Para os juristas práticos as teorias do direito, geralmente, são vagas e pouco aplicáveis na prática (BROEKMAN, 1993). Um exemplo seria a teoria cartesiana, enquanto a teoria geral da ciência acolhe postulados universais para a produção do conhecimento. “Descartes busca el camino recto de La verdad no deber ocupar su atención con otra cosa que no sean las certezas que aportan las demostraciones aritméticas y geométricas.” (BROEKMAN, 1993:98)

Historicamente a importância do *Princípios de Filosofia* está na total rejeição de toda noção qualitativa ou espiritual nas explicações científicas. A determinação expressa de explicar todo fenômeno físico em termos mecânicos e relacionar esses termos a idéias geométricas e o uso de hipóteses para ajudar generalizações, abriu, sem dúvida, caminho para a abordagem moderna da teoria científica, apesar de seus elementos formalistas.

O pensamento mecanicista está relacionado à concepção do homem em uma dualidade corpo-espírito. O universo consiste de duas diferentes substâncias: as mentes, ou a substância pensante, e a matéria, a última sendo basicamente quantitativa, teoricamente explicável em leis científicas e fórmulas matemáticas. Só no homem as duas substâncias se juntaram em uma união substancial, unidas porém delimitadas. Assim, Descartes inaugura um dualismo radical, que se opõe à consubstancialidade ensinada pela escolástica tomista.

Ele também rejeita a visão escolástica de que existe uma distinção entre vários tipos de conhecimento baseados na diversidade dos objetos conhecíveis, cada um com seu conceito fixo. Para ele o poder de conhecer é sempre o mesmo, qualquer que seja o objeto ao qual seja aplicado. Bem aplicado pode chegar à verdade e à certeza, mal aplicado vai cair no erro ou dúvida. A mente, em muitas de suas atividades, é dependente do corpo: a paixão, ou seja aquilo que é sentido, é uma ação sobre o corpo.

A contraposição em relação ao pensamento cartesiano é apresentada por Perelman ao se reportar às outras áreas do conhecimento, a exemplo das Ciências Humanas. Acredita o autor do Tratado da Argumentação que não se pode utilizar a evidência como critério de

definição desse tipo de conhecimento. É o que afirma Perelman quando se reporta a essa postulação

(...) a necessidade de trabalhar a argumentação a partir do verossímil, do plausível, do provável e não da evidência. Ainda, a própria natureza da deliberação e da argumentação se opõe à necessidade e à evidência, pois não se delibera quando a solução é necessária e não se argumenta contra a evidência (PERELMAN: OLBRECHTS-TYTECA, 2002:1).

No tocante à argumentação a preocupação é analisar raciocínios dialéticos, as deliberações, as controvérsias e não as demonstrações científicas.

O racionalismo ao contrário, desenvolveu a idéia de que a prova demonstrativa e o cálculo eram os únicos elementos legítimos da razão. A Lógica Formal Moderna tinha como fundamento as formas de raciocínio utilizadas pela Matemática. A partir daí, houve uma redução da noção de prova à prova formal. Esta prova estabeleceria uma imposição, um elemento coercitivo, no qual o elemento volitivo não seria levado em consideração (PERELMAN: OLBRECHTS-TYTECA, 2002:1). Elemento este, que não designa apenas um aspecto hedonista, mas leva em consideração também o caráter axiológico. O que não fosse possível justificar a partir da demonstração seria relegado ao campo do irracional. Dessa forma ou o indivíduo aderiria ao racionalismo ou acolhia o irracionalismo.

A linguagem utilizada pelos racionalistas foi uma linguagem lógico-formal cujo referencial era apenas a matemática. Sob esta ótica, o pensamento cartesiano alimentava o caráter a-social e a-histórico do saber assim racionalizado, e, nesse sentido, distanciava a teoriada prática, formalismo este que acabava se aproximando do idealismo.

A introdução da argumentação racional pela Nova Retórica contribui para desmistificar que a evidência consistiria no único critério da razão, já que é possível reconhecer outros graus de adesão da mente aos diferentes discursos que se apresentam através de opiniões razoáveis (PERELMAN: OLBRECHTS-TYTECA, 2002:1).

A Teoria da Argumentação exposta por Perelman contrapõe-se, portanto, ao sistema de referência que fundamenta não apenas o cartesiano como também a vertente positivista, enquanto projeto unificador das ciências.

3. O POSITIVISMO JURÍDICO

O positivismo jurídico, a exemplo do racionalismo cartesiano, em determinados seguimentos, estruturou-se a partir de uma racionalidade formalista. Essa racionalidade considera o pensamento em sua estrutura formal, ou seja, o pensamento enquanto forma que pode ser preenchida por qualquer conteúdo oriundo da experiência. Essa estrutura formal não existe por si mesma, por desprezar momentaneamente o conteúdo para evidenciar apenas a forma (MONTEIRO, 2000).

A limitação dessa razão contribuiu para consideração do direito como uma ciência que supõe verdades absolutas e rigores metodológicos inescusáveis. Foi através desta estrutura silogística que se desenvolveu o positivismo jurídico. Esta corrente doutrinária aceitava a idéia de que um raciocínio pudesse chegar a um juízo de valor ou norma, desde que viesse investido por uma premissa. Não se admitia que uma norma pudesse surgir a partir do fato (PERELMAN, 2000).

Na França, o Código de Napoleão foi a consagração das conquistas da Revolução Francesa e serviu de pedra angular a toda postura positivista, apesar dos lemas jusnaturalista que pontificaram o movimento. A partir da Escola da Exegese, houve a redução do direito à lei. Declara Perelman que:

(...) limitamos aos anos de 1830-1880 o período em que a escola da exegese impôs, de modo absoluto, suas técnicas de raciocínio jurídico. Estas eram fundamentadas, como ainda escrevia Laurent em 1878, na idéia de que 'os códigos nada deixam ao arbítrio do intérprete' e que apenas em casos deveras excepcionais a lei era verdadeiramente insuficiente.

Essa concepção, fiel à doutrina da separação dos poderes, identifica o direito com a lei e confia aos tribunais missão de estabelecer os fatos dos quais decorrerão as conseqüências jurídicas, em conformidade com o sistema de direito em vigor (PERELMAN, 2000:32)

Segundo essa concepção formalista, definidos os fatos, bastava utilizar-se do silogismo judiciário para solucionar os conflitos institucionalizados. Silogismo entendido como a relação entre a premissa maior (norma) e a premissa menor (fato adequado à norma), chegando à conclusão que seria a decisão. Destaca Perelman que:

A doutrina devia limitar-se, nesta concepção do direito, a transformar o conjunto da legislação vigente em um sistema de direito, a elaborar a dogmática jurídica que forneceria ao juiz e aos litigantes um instrumento tão perfeito quanto possível, que conteria

o conjunto de regras de direito, do qual tiraríamos a maior do silogismo. (PERELMAN, 2000:33)

A ideia do positivismo da exegese era trabalhar um sistema completo e coerente. Completo no sentido de não haver lacunas, e coerente, pois não haveria contradição dentro deste sistema. Entretanto, a lei não dava conta da realidade, fato percebido através dos problemas de antinomia, lacuna do direito, obscuridade ou mesmo inadequação e desuso da lei. É evidente a existência, no ordenamento jurídico, de conflito entre duas asserções demonstradas aparentemente com igual rigor. Da mesma forma, com multiplicidade dos fenômenos jurídicos e a complexidade social a ausência de normas que venham regular situações que provocam lacunas inevitáveis no ordenamento. Tal problema surgiu pós Revolução Francesa, já que a motivação das decisões judiciais tornou-se obrigatória. O juiz deveria se reportar a uma determinada norma e apresentar as razões de sua decisão, mesmo nos casos de silêncio e obscuridade da lei (PERELMAN, 2000).

Perelman ao fazer referência ao Código de Napoleão, ressalta que o juiz não poderia alegar o silêncio, a obscuridade e ou a insuficiência da lei para se eximir em proferir uma decisão. Mesmo que ocorressem lacunas ou antinomia o juiz deveria e, ainda deverá, sentenciar e motivar a sua decisão.

Foi após o aperfeiçoamento do Estado Liberal, que a postura exegética foi gradualmente abandonada. Substituiu-a, após um processo histórico de mais de cem anos, o normativismo, postulado por Hans Kelsen. Este jurista, pertencente ao círculo de Viena, sustentava, dentre outras coisas, uma ciência desprovida de qualquer outra influência que lhe fosse externa. Nesse sentido, o isolamento do método jurídico seria o referencial para a autonomia do direito (PERELMAN, 2000). Como um representante do cientificismo do século XIX, Kelsen afirma:

quando a si própria designa como pura teoria do Direito, isto significa que ela se propõe garantir um conhecimento apenas dirigido ao Direito e excluir deste conhecimento tudo quanto não pertença ao seu objeto, tudo quanto não se possa, rigorosamente, determinar como Direito. Quer isto dizer que ela pretende libertar a ciência jurídica de todos os elementos que lhes são estranhos (KELSEN, 2003:1)

Kelsen trabalha uma pureza metodológica fundamentada na sistematização científica e na ausência de juízos de valor. Consiste essa teoria em uma tentativa de se analisar a

Ciência do Direito isolada do contexto científico e de suas conexões com outras áreas afins. Para tanto, a Teoria Pura do Direito propõe uma análise estrutural de seu objeto, e para isso retira do seu campo de investigação elementos como: justiça, fatos sociológicos, historicidade, dentre outros (PERELMAN, 2000)

O objeto de estudo da Teoria Pura do Direito, é o Direito enquanto norma e seu escalonamento hierárquico. O autor parte da diferenciação entre realidade e Direito, diferenciação esta demonstrada através de duas categorias “ser” e “dever ser”. “Ser” e “dever ser” diferem-se na mesma medida em que as ciências humanas se diferem das Ciências Naturais. Segundo Kelsen “a norma consiste no dever-ser e o ato de vontade de que ela constitui o sentido é um ser” (KELSEN, 2003:6)

Kelsen trabalha a diferenciação entre “ser” e “dever ser” a partir da distinção entre causalidade e imputação. A causalidade volta-se para as Ciências naturais, consiste na conexão causa-efeito. Afirma Kelsen que:

A natureza é, segundo uma das muitas definições deste objeto, uma determinada ordem das coisas ou um sistema de elementos que estão ligados uns com os outros como causa e efeito, ou seja, portanto, segundo um princípio que designamos por causalidade (KELSEN, 2003:85)

A imputação refere-se às Ciências Humanas e consiste, segundo Kelsen, “na ligação de pressuposto e consequência expressa na proposição jurídica com a palavra dever-ser (KELSEN, 2003:91).

A norma jurídica, enquanto dever-ser, está no núcleo do pensamento kelseniano, o autor elege um elemento fundamental que está relacionado à concepção normativista - a validade. E, é a partir do conceito de validade que se apresenta o alicerce do ordenamento jurídico: a norma fundamental. Esta consiste no fundamento último de validade de todo um sistema jurídico. Daí a importância do sistema jurídico numa perspectiva kelseniana, a preocupação que ele tem com a ordem jurídica, que só é possível a partir do escalonamento hierárquico. No patamar máximo dessa estrutura piramidal tem-se a norma fundamental que norteia as outras normas tidas como inferiores. O conjunto de normas forma a ordem jurídica, que é um sistema escalonado de normas legais.

Kelsen estabelece que o fundamento de validade de uma norma só poderia ser a validade de uma outra norma, pois consiste numa teoria em que as normas têm total

preponderância, até mesmo o fundamento do ordenamento vem definido como uma norma, a norma fundamental, aquela que não remete a nenhuma outra (KELSEN, 2003).

Entretanto, a fundamentação das normas por uma norma fundamental não exclui a interpretação e a aplicação da norma por parte do juiz. O juiz é responsável pela produção de normas individuais que estão na base da pirâmide proposta por Kelsen. Segundo o autor a interpretação consiste "numa operação mental que acompanha o processo da aplicação do Direito no seu progredir de um escalão superior para um escalão inferior" (KELSEN, 2003:387) A interpretação trata-se das várias possibilidades de sentido de um texto normativo, em sua literalidade.

Para Kelsen existem duas espécies de interpretações: a interpretação proferida pelos órgãos que o aplicam, interpretação autêntica e a interpretação realizada pela ciência do direito, interpretação não autêntica. No entanto, a compreensão da literalidade das palavras da lei, adverte Kelsen, não está ligada somente à aplicação do direito, mas também aos processos cognoscitivos da ciência do direito. Para a ciência do direito é a atividade do pensamento que identifica os possíveis sentidos jurídicos de uma norma, enquanto que para o órgão aplicador a preocupação é com o ato de escolha de um desses possíveis sentidos (KELSEN, 2003)

Demonstra-se com isso que a norma jurídica não possui somente uma direção, mas diversos sentidos possíveis. A ciência do direito procura somente identificar e descrever esses possíveis sentidos. As muitas possibilidades jurídicas facultam muitas escolhas, e é nisso que reside a liberdade do juiz, ou seja, no poder de determinar qual dos sentidos é o mais adequado para o caso concreto. Não existe nada no Direito Positivo que consiga definir uma determinada conduta como a melhor, isto é, não existe um método do Direito Positivo que possa destacar dentre as possíveis interpretações a interpretação "correta".

Observa-se pela leitura kelseniana que o Direito como ciência deve significar um estudo lógico-estrutural seja da forma jurídica, seja do sistema jurídico de normas. A interpretação consiste numa atividade cognoscitiva ou uma atividade de criação do direito (norma individual), definidora dos possíveis sentidos da norma. Entretanto, para que se analise a norma jurídica a partir de uma estrutura lógica, restringir-se-á em demonstrar que sua proposição jurídica, como juízo da Ciência do Direito, dimana do mesmo princípio da imputação inerente às normas jurídicas. (KELSEN, 2003).

A lógica estuda a estrutura formal do raciocínio, que através da evidência, determina verdades absolutas. As normas jurídicas enquanto prescrições não poderiam estar submetidas a essa lógica restritiva.

Segundo Kelsen os princípios lógicos podem ser aplicados às normas jurídicas desde que aplicados às proposições jurídicas que descrevem tais normas. Expõe que:

Duas normas jurídicas contradizem-se e não podem, por isso, ser afirmadas simultaneamente como válidas quando as proposições jurídicas que as descrevem se contradizem; e uma norma jurídica pode ser deduzida de uma outra quando as proposições jurídicas que as descrevem podem entrar num silogismo lógico" (KELSEN, 2003: 84)

Enquanto a Escola da Exegese reduzia o direito à lei, inibindo, dessa forma, o surgimento de várias interpretações, Kelsen admite que o juiz pode escolher dentre as várias interpretações possíveis a partir de um ato devontade.

Para completar o estudo acerca do positivismo jurídico, vale destacar a análise de Norberto Bobbio, autor considerado discípulo de Kelsen. O autor inicia os estudos através de uma abordagem histórica, que contribui para se visualizar a evolução acerca deste pensamento. Em sua obra *O Positivismo Jurídico*, Bobbio descreve essa corrente doutrinária a partir de três elementos: "método para o estudo do direito"; "teoria do direito" e ideologia do direito". Todas essas acepções possuem autonomia entre elas e o vínculo existente entre a primeira e a segunda é eminentemente histórico. Esclarece o autor que:

[...] os primeiros estudiosos que aplicaram o método positivista viveram num contexto histórico-social (a Europa continental do século passado) no qual o direito era produzido exclusivamente pelo Estado, e com base em tal dado elaboraram a teoria positivista. Em outros ambientes, ao contrário como no mundo anglo-saxônico), a vida jurídica apresenta caracteres diferentes (criação do direito por parte do juiz) e, portanto, a aplicação do método positivista conduz a resultados teóricos diversos: o contraste entre a teoria juspositivista e teoria realista do direito não se fluida numa diversidade de método, mas na aplicação do mesmo método - o positivista ^_a realidades jurídicas diferentes. (BOBBIO, 1995: 234)

O estudo do positivismo jurídico como teoria, apresenta seis concepções: teoria coativa do direito; teoria legislativa do direito; teoria imperativa do direito; teoria da coerência do ordenamento jurídico e teoria da interpretação lógica ou mecanicista do direito. As três primeiras teorias não sofreram críticas. No entanto, o mesmo não ocorreu

com as três últimas teorias, que foram criticadas na sua estrutura. Primeiro, a coerência no ordenamento jurídico é relativa, pois é possível, no mesmo sistema a incidência de normas conflitantes. Segundo, o ordenamento na sua essência também não é completo, já que para se caracterizar a completude em um sistema, deverá existir uma norma geral exclusiva. Por fim, a interpretação e aplicação de normas jurídicas não se baseiam exclusivamente na lógica. De qualquer forma, as três teorias iniciais são consideradas essenciais para a teoria do positivismo jurídico, enquanto as três últimas são consideradas em um segundo plano.

Conclui-se com o estudo do positivismo como ideologia. O autor parte de dois prismas. O primeiro, refere-se ao positivismo ético extremista, o qual prega a obediência irrestrita à lei, enquanto o segundo, intitulado como positivismo ético moderado defende que o direito possua valores próprios. Bobbio afirma que "[...] a ordem, a igualdade e a certeza como valores próprios do direito representam uma sustentação ideológica a favor do Estado liberal e não do Estado totalitário ou, de qualquer maneira tirânico." (BOBBIO, 1995: 236).

Da mesma forma que Bobbio apresenta críticas no tocante à utilização da lógica formal como procedimento de interpretação e aplicação da lei, Perelman desenvolve a sua teoria da argumentação como uma complementação e uma reconsideração da Lógica Formal, o que não demonstra uma negação, em termos absolutos, às estruturas formais do pensamento.

Tem-se afirmado que Perelman não quer definir seu pensamento a partir de uma atitude antiformalista, no sentido de se acabar com o raciocínio lógico-formal. Entretanto, o autor, busca definir as estruturas de uma lógica jurídica de caráter singular, de uma lógica que não preze apenas o raciocínio dedutivo. Visa-se de todas as formas não limitar o raciocínio jurídico ao raciocínio dedutivo. Logo, não poderá, certamente, ser considerado como uma racionalidade de tipo-formal.

Para o autor o raciocínio jurídico não se resume às estruturas mecânicas do raciocínio exato e o direito não corresponde apenas à letra da lei. Perelman afirma que:

Enquanto o raciocínio jurídico relativo à aplicação da lei foi considerada uma simples operação dedutiva, quer se tratasse de decisão judiciária ou administrativa, devendo a solução ser apreciada unicamente segundo o critério de legalidade, sem levar em consideração seu caráter justo ou injusto, razoável ou aceitável, podia-se pretender que uma teoria pura de direito devia ignorar os juízos de valor. (PERELMAN, 2000, p.135).

O raciocínio jurídico, portanto, não pode se deter apenas no desenrolar dedutivo, ou seja, no caráter silogístico, que se dá através da relação da premissa maior

mais a premissa menor, chegando-se dessa forma à conclusão. A visão devida em relação ao raciocínio jurídico, principalmente o judicial, é no sentido de superar meras conclusões extraídas dos textos de lei.

O texto da lei analisado apenas num único sentido pode contribuir para inúmeras arbitrariedades. Deve-se permitir as interpretações ao texto de lei para que o magistrado possa desenvolver o raciocínio jurídico. Entendido este, "como o raciocínio do juiz, tal como se manifesta numa sentença ou aresto que motiva uma decisão judicial." (PERELMAN, 2002, p.480)

O raciocínio jurídico é um raciocínio engajado em seu contexto, seja político, seja econômico, seja ideológico, seja social, contribuindo para que a idéia da legalidade pura e estreita desapareça na prática jurídica.(PERELMAN, 2002).

As obras perelmanianas demonstram que seria uma ilusão crer que o legislador pode prever todos os casos:

O fato de o juiz submeter-se à lei ressalta a primazia concedida ao poder legislativo na elaboração das regras de direito. Mas disso não resulta, de modo algum, um monopólio do legislativo na formação do direito. O juiz possui a este respeito, um poder complementar indispensável que lhe pennitiia adaptai a lei a casos concretos.(PERELMAN, 2000, p. 203)

Durante décadas reestruturou-se o Direito a partir do princípio "in claris cessat interpretado", ou seja, não há necessidade de interpretação quando a norma jurídica é clara. No sentido de se acreditar que o texto das leis é inteligível. Entretanto, a interpretação é sempre necessária, ainda que as palavras da norma jurídica, seu conteúdo, sua intenção, sua finalidade sejam claras.

Além disso, ao considerar a função jurisdicional, é necessário que se tenha a efetividade de um raciocínio jurídico e que permita este, a superação da ilusão de que a lei é sempre clara. De fato, ao se considerar a função jurisdicional como de dizer o direito, não pode ter o juiz a pretensão em criar o direito, embora freqüentemente a obrigação de julgar, leve o juiz a completar a lei, a interpretá-la e a torná-la mais flexível (KELSEN, 2003).

Assim como não há leis claras, não há interpretação verdadeira. Ao interpretar textos legais, deles se extrai o sentido que, ao intérprete, parecer o mais razoável. E nisso que reside basicamente a "lógica do razoável", defendida por Perelman e contraposta à lógica formal e dedutiva."Lógicado razoável" representa uma lógica da argumentação que verse sobreproposições mais ou menos prováveis, mais ou menos

convenientes, implicam instituir provas de maior ou menor relevância axiológica. (ALVES,2003).

A lógica da argumentação permite que se efetive no direito um princípio processual - contraditório. Tem-se como ponto de partida para a discussão o fato de que na controvérsia jurisdicional a verdade não existe, sonstói-se uma decisão que advém da apreciação de fatos expostos e retoricamente sustentados ns sistemática normativa da comunidade jurídica. Considera-se que, para uma melhor administração jurisdicional deva existir o dissenso.

Segundo Perelman a Teoria da Argumentação seria o instrumento de efetivação da decisão judicial, pois permite o surgimento de diversas interpretações, desde que respeitada a limitação do poder discricionário do juiz. Ainda, as justificativas que fundamentam a sentença são alegadas no âmbito da verossimilhança e da razoabilidade de seu teor para a solução do caso.

Ao considerar todos esses pressupostos (interpretações diversas, razoabilidade, dissenso) Perelman contrapõe-se a Kelsen no sentido de não ser possível separar de modo rígido o direito do fato e que não possa incidir qualquer juízo de valor na aplicação direito: Acredita que, no campo da argumentação, surgem, para aceitação de uma sentença rna série de justificativas de diferentes valores. Nesse sentido, afirmar:

Os valores intervêm,num dado momento, em todas as argumentações. Nos raciocínios de ordem científica, eles são geralmente restringidos à origem da formação dos conceitos e das regras que constituem o sistema em questão e ao termo do raciocínio, na medida em que este visa ao valor da verdade. O desenvolvimento do raciocínio é, tantoquanto possível, isento deles; essa purificação atinge o auge nas ciências formais. Mas nos campos jurídico, político, filosófico os valores intervêm como base de argumentação ao longo de todo o desenvolvimento. Recorre-se a eles para motivar o ouvinte a fazer certas escolhas em vez de outras e, sobretudo, para justificar estas que se tornem de modo aceitáveis e aprovadas por outiein. (PERELMAN, 2002: 84-85)

Tratar o direito como ciência permite que se exclua do seu campo, valores relevantes na prática jurídica, como a justiça e a equidade. Para tanto, Perelman ao contrário de Kelsen, defende um direito construído sobre os valores, adotando os princípios gerais do direito e os direitos fundamentais.

Várias são as críticas que Perelman faz em relação ao positivismo jurídico. Entretanto, não se pode analisar o positivismo a partir de um caráter unívoco. Tércio

Sampaio afirma, na obra "A ciência do direito", que o positivismo ao longo dos anos foi adquirindo diversas concepções. Refere-se o positivismo tanto à doutrina de Auguste Comte, bem como a outras ligadas à sua doutrina ou que a ela se parece.

Manuel Atienza afirma que Perelman deveria contextualizar de forma mais precisa as vertentes teóricas que se desenvolveram sob as bases do formalismo . Direcionando suas críticas para as doutrinas que utilizaram a Lógica Formal como estrutura do conhecimento (ATIENZA, 2002). O autor apresenta algumas críticas ao pensamento perelmaniano ao afirmar que a noção de positivismo jurídico trabalhada por Perelman não é nítida. Assim expõe:

Uma concepção positivista do Direito, segundo Perelman, se caracteriza por: 1) eliminar do Direito toda referência à Justiça; 2) entender que o Direito é a expressão arbitrária da vontade do soberano, enfatizando assim o elemento de coação e esquecendo o fato de que 'para funcionar eficazmente, o direito deve ser aceito, e não apenas imposto por meio da coação'; 3) atribuir ao juiz um papel muito limitado, já que não leva em conta os princípios gerais do direito e nem os tópicos-[^] *J*_o jurídicos, apenas o texto escrito da lei. Mas essas características, que talvez possam ser certas com relação a um determinado juspositivismo do século XIX, são manifestamente falsas referidas ao positivismo jurídico atual. (ATIENZA, 2002:121-122)

Atienza, para assegurar a crítica, faz referência a Hart e Dworkin, autores contemporâneos, que trabalham o direito a partir de uma visão principiológica. Segundo Dworkin os argumentos jurídicos tem por base a melhor interpretação moral possível das práticas em vigor em uma determinada comunidade. Ao considerar uma teoria da justiça propõe a existência de juízos de direito e políticos com fundamento na igualdade, que consiste num princípio relevante para se trabalhar a argumentação jurídica.

Em relação às críticas apresentadas por Atienza, não se entendeu necessário uma contextualização mais precisa do positivismo jurídico examinado por Perelman, pois essa contextualização, a qual Atienza se referiu, não era objeto da teoria da argumentação. A finalidade perelmaniana era no sentido de demonstrar a relevância da lógica da argumentação como forma de reconsideração de uma estrutura lógico-formal. O positivismo jurídico fundado em uma concepção formalista consistiu em um dos elementos analisados por Perelman, portanto entende-se desnecessária uma contextualização mais clara em relação ao juspositivismo.

4 CONCLUSÃO

Conforme as argumentações anteriores, o objetivo principal deste artigo foi analisar as principais formas tradicionais do conhecimento a partir de uma perspectiva perelmaniana. Além de demonstrar uma teoria fundada em critérios da razoabilidade e da verossimilhança como uma metodologia de superação das vertentes que se apóiam no pensamento formal-tradicional, cuja aplicação já não mais correspondente às exigências da atualidade, tendo em vista sua complexidade e evidentes ambiguidades.

Segundo Monteiro (2003) “torna-se necessário alocar a Teoria da Argumentação Jurídica no quadro geral das Teorias Jurídicas contemporâneas”, uma vez que o Direito é um espaço que pode ser compreendido a partir de diversas perspectivas, conforme as questões que lhe são apresentadas (MONTEIRO, 2003). Afirmou-se que o objetivo de associar as análises jurídicas às técnicas argumentativas esteve presente nas reflexões propostas por Chaïm Perelman. Foi, exatamente, no Direito, “terreno de sua predileção”, que o filósofo de Bruxelas encontrou o aporte necessário para a aplicação de sua Teoria da Argumentação (MONTEIRO, 2003).

Como ponto de partida desse estudo, reavaliou-se teorias que compreendiam o direito como fundado em estruturas formais do conhecimento. Sugeriu-se, a seguir, com base na leitura perelmaniana, a necessidade de superação dessas estruturas postuladas, primordialmente, pelo racionalismo cartesiano e o positivismo jurídico. Isto só seria possível quando se desmistificasse a exatidão e a busca da verdade absoluta do conhecimento jurídico.

A superação do racionalismo cartesiano é um dos pontos fundamentais para a estruturação do pensamento perelmaniano. Para que isso pudesse ocorrer, os autores na obra, *Tratado da Argumentação: a Nova Retórica* (1958), propõem a retomada da Retórica Aristotélica, reinterpretada à vista dos problemas e condicionantes dos novos tempos (PERELMAN; OLBRECHTS-TYTECA: 2002). Assim sendo, a contraposição em relação ao pensamento cartesiano é apresentada por Perelman ao se reportar às outras áreas do conhecimento, a exemplo das Ciências Humanas. Acredita o autor do *Tratado da Argumentação* que não se pode utilizar a evidência como critério de definição desse tipo de conhecimento.

O positivismo jurídico, a exemplo do racionalismo cartesiano, em determinados seguimentos, estruturou-se a partir de uma racionalidade formalista. Essa racionalidade

considera o pensamento em sua estrutura formal, ou seja, o pensamento enquanto forma que pode ser preenchida por qualquer conteúdo oriundo da experiência. Essa estrutura formal não existe por si mesma, por desprezar momentaneamente o conteúdo para evidenciar apenas a forma (MONTEIRO, 2000). A limitação dessa razão contribuiu para consideração do direito como uma ciência que supõe verdades absolutas e rigores metodológicos inescusáveis. Foi, nesse sentido, que se desenvolveram, principalmente, os pensamentos da Escola da Exegese e de Hans Kelsen.

Assim, constata-se que Perelman insurge-se contra a postura cartesiana da evidência, o dogmatismo da ciência e as reduções positivistas. Afirma Monteiro (2003) que a Teoria da Argumentação de Perelman se desenvolve, portanto, “intimamente ligada às indagações filosóficas militantes daquele período de esgotamento e de reformulação da Epistemologia Contemporânea.”

A partir deste contexto, Chaïm Perelman entendeu pela necessidade da reabilitação da dialética e da retórica no pensamento aristotélico, sob novas bases, como estruturação de uma metodologia que pudesse superar os ditames tradicionais. A partir daí, a “Nova Retórica” tornou-se um referencial metodológico para a razão prática e trouxe com ela os elementos da argumentação que devem ser levados em consideração. Assim, Chaïm Perelman atribui a sua teoria da argumentação a denominação Nova Retórica. Além de homenagear a tradição clássica em que foi inspirada, a designação mostra a preocupação do autor em deixar clara a aproximação existente entre sua nova teoria e a retórica aristotélica, onde buscou matéria-prima para a criação de seus postulados (MOSCA, 2001).

A proposta perelmaniana de elaboração de Teoria da Argumentação não foi estabelecida como uma proposta teórica encerrada em si mesma, isolada no tempo e no espaço e, por conseguinte, apartada da realidade, é importante alocar a Teoria da Argumentação no painel da Filosofia Contemporânea da segunda metade do século XX. (MONTEIRO, 2003).

Vale ressaltar que as construções na área da argumentação, inelutavelmente, precisam de uma contextualização a partir da decepção com o modelo positivista de Ciência e do anseio da emancipação de uma Filosofia Prática no que concerne ao legado histórico e traumas provocados pela II Guerra Mundial. Estes fatores, diz Monteiro (2003), formaram o pano de fundo de uma época em que o pensamento ocidental despertava do sonho de um conhecimento fundado em verdades absolutas e evidências incontestáveis. Assim, sem dúvida alguma, para o desenvolvimento da teoria da argumentação, houve a necessidade de superação das formas tradicionais do conhecimento. Necessidade essa que

corresponde ao clima cultural do pós-guerra, determinando uma necessidade de se buscar uma nova racionalidade, mais histórica e menos abstrata. Desta forma, Perelman insurgese contra a ditadura cartesiana da evidência, o dogmatismo das ciências e as reduções positivistas. A Teoria da Argumentação de Perelman surgiu, portanto, ligada às indagações filosóficas “militantes” daquele período de esgotamento e de reformulação da Epistemologia contemporânea, contribuindo para uma revalorização da dimensão dialógica das relações entre os homens.

Desta forma, concluiu-se que a teoria da argumentação perelmaniana se desenvolveu em meio a um sistema de ideias em não se é obrigado a aceitar as conclusões de um raciocínio desenvolvido, pois as premissas não representam um sistema rígido de valores e opções, existindo sempre a possibilidade de um argumento não ser adequado, razoável e aceitável. Além disso, em relação à teoria da argumentação, destaca-se, ainda, a responsabilidade humana, a ética na argumentação, a liberdade de dizer e de assumir os resultados do que se diz. (PERELMAN, 2000). Ademais, os processos argumentativos desenrolam-se com base em situações concretas e em meio a todo um contexto político, o que possibilita, de algum modo, o afastamento da rigidez lógico-formal nos espaços das decisões judiciais.

REFERÊNCIAS

ATIENZA, Manuel. **As razões do direito: teoria da argumentação jurídica**. Tradução Maria Cristina Guimarães. São Paulo: Landy Editora, 2002.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**. São Paulo: Ícone editora, 1995.

BROEKMAN, Jan M. **Derecho y antropologia**. São Paulo: Editorial Civitas S. A., 1995.

DESCARTES. **Discurso do método, meditações, objeções e respostas, as paixões da alma, cartas**. Trad. De J. Guinsburg e Banto Prado Júnior, São Paulo: Victor Civita, 1993.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. São Paulo, Martins Fontes, 1997.

MIAILLE, Michel. **Uma introdução crítica ao direito**. Lisboa: Moraes Editores.

MONTEIRO, Cláudia Servilha. **Teoria da argumentação jurídica e nova retórica**. Rio de Janeiro: 2003.

COPI, Irving. **Introdução à lógica**. Trad. Álvaro Cabral, São Paulo: Mestre Jou._____.

PEREMAN, Chaim. **Lógica jurídica: nova retórica**. Trad. Verginia. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____. **Tratado da argumentação: a nova retórica**. Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. **Retóricas**. Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

_____. **Ética e Direito**. Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

