XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - UFS

CÁTEDRA LUIS ALBERTO WARAT

CECILIA CABALLERO LOIS

MARCELINO MELEU

LEONEL SEVERO ROCHA

Copyright © 2015 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR
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

Conselho Fiscal
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR
Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches - UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)
Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias
Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC
Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU
Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC
Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC
Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM
Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA
Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladmir Oliveira da Silveira – UNINOVE

C959

Cátedra Luis Alberto Warat [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFS;
Coordenadores: Leonel Severo Rocha, Cecilia Caballero Lois, Marcelino Meleu – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-031-2
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: DIREITO, CONSTITUIÇÃO E CIDADANIA: contribuições para os objetivos de desenvolvimento do Milênio.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Cátedra. I. Encontro Nacional do CONPEDI/UFS (23. : 2015 : Aracaju, SE).

CDU: 34

CONPEDI
Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Florianópolis – Santa Catarina – SC
www.conpedi.org.br

XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - UFS

CÁTEDRA LUIS ALBERTO WARAT

Apresentação

Entre os dias 03 e 06 de junho, ocorreu o XXIV Encontro do CONPEDI, na cidade de Aracaju/SE. Com o tema "Direito, Constituição e Cidadania: contribuições para os objetivos de desenvolvimento do Milênio", o evento foi pródigo em abordagens qualificadas, no que tange ao enfrentamento dos desafios imposto pela complexidade da ciência jurídica.

Neste ano, o CONPEDI inaugurou o grupo de trabalhos denominado "Cátedra Luis Alberto Warat", com o objetivo refletir sobre as convergências, discussões e potencialização de investigações que tenham conexões com o pensamento de Luis Alberto Warat e, nos coube a condução dos trabalhos neste novo GT.

Luis Alberto Warat foi um grande pensador que, a partir de um sólido conhecimento do Direito, transitava livremente desde a filosofia, psicanálise, literatura até a teoria do Direito, de modo que, influenciou e continua influenciando pesquisadores destas áreas de investigações. Assim, o autor, com suas ideias contestadoras e radicais, vindas de lugares inesperados marcou profundamente o universo jurídico.

Warat sempre foi Professor de Direito. A sua vida se confunde com a história da crítica do Direito que caracterizou a pós-graduação brasileira dos anos oitenta, onde formou muitos juristas que hoje são destaque no cenário nacional. Esse argentino mais baiano, que muitos nascidos no nosso querido Estado da Bahia, por sua formação, foi um profundo conhecedor, da filosofia analítica e do normativismo kelseniano, e, vivenciou seu declínio, ao menos, do ponto de vista do realismo jurídico, que apontou a insuficiência da teoria de Kelsen, para a explicação o Direito, uma vez que, aquela, deixava de lado a sociedade, o que leva (entre outras causas) Warat a se interessar em temas como a Semiótica Jurídica, a Literatura, e o ensino jurídico.

O autor pertenceu ao seleto grupo de docentes, que inaugurou a pós-graduação stricto senso em Direito no Brasil, e, tanto como docente, quanto pesquisador e autor de diversas obras , demonstrou uma postura critica ao modo como o Direito era concebido e ensinado. O que muitos falam hoje como uma nova Hermenêutica Jurídica, ele já pensava desde os anos 70 e 80.

Assim, com uma forte análise crítica à interpretação formalista da lei, como já se mencionou em outros textos , Warat, sugere a noção de carnavalização, o Manifesto do Surrealismo Jurídico, a Cinesofia, e a ideia de uma Pedagogia da Sedução. O conceito de Carnavalização, que aparece em Bakthin (autor russo) em um primeiro escrito, na perspectiva waratiana, sugere que para se pensar o Direito é preciso uma linguagem carnavalizada, sem um lugar único, ou ponto certo, constituindo basicamente uma polifonia de sentidos. Trata-se de uma linguagem que não possui um centro, configurando-se em um lugar onde todos podem falar. Porém, no Manifesto do Surrealismo jurídico começam a nascer rompantes de imensa criatividade, definindo o novo pensamento waratiano. O surrealismo é muito importante, porque graças a ele, Warat postula, e os seus alunos ainda mais, que o que se pensa pode acontecer. Essa é uma ideia baseada na psicanálise e nas loucuras de Breton. Ou seja, a realidade é criada pela nossa imaginação.

Assim, com o que postulou, uma pedagogia da sedução, Warat, incentiva o pensamento crítico, mas voltado à alteridade, ao amor e o prazer. Desta forma, propunha a saída da sala de aula (e do Direito oficial). Para tanto, uma das estratégias que Warat também adotaria foi o tema da mediação, compreendida por ele como um espaço onde realmente as pessoas poderiam, talvez, manifestar e demonstrar seus desejos.

E, apesar do vasto percurso e contribuição teórica proposta por Luis Alberto Warat, foi justamente um dos últimos temas de interesse do autor, que praticamente tomou os debates durante o desenvolvimento do GT.

Nesse sentido, várias interfaces da mediação foram apresentadas. Com Alini Bueno dos Santos Taborda, a mediação escolar, com vistas à cidadania e cultura da paz, ganha destaque. Já Aleteia Hummes Thaines e Marcelino Meleu, apresentam, inspirado na teoria waratiana, um modelo de mediação hedonista e cidadã, como crítica a uma lógica instrumental negociadora que está sendo implantada no sistema jurídico brasileiro. Ana Paula Cacenote e João Martins Bertaso apresentam uma análise da Mediação como paradigma sociocultural no tratamento dos conflitos e na realização da cidadania, objetivando a adoção deste instituto no tratamento dos conflitos, como forma de realização dos valores da cidadania, da democracia, dos direitos humanos, da solidariedade, da autonomia e da pacificação social. Com Natalia Silveira Alves, destacou-se a fragilidade do discurso jurídico atual e a crise do monopólio estatal de administração de conflitos, com análise do que denominou crise de legitimidade vivenciada pelo Poder Judiciário brasileiro, a qual (entre outras) abre lacunas expressivas quanto à administração de conflitos no Brasil.

Além da mediação, o percurso teórico de Warat e o perfil do professor foram abordados pelos participantes. Gilmar Antonio Bedin, situa o pensamento de Luis Alberto Warat na trajetória da epistemologia jurídica moderna e demonstra os avanços teórico-políticos produzidos pelo autor a partir da referida trajetória. Assim, resgatando os primeiros passos dados pelo autor junto a escola analítica de Buenos Aires, os deslocamentos produzidos pelas suas novas leituras teóricas do direito e chega até a sua maturidade intelectual do final da década de 90 do século 20. Já Luis Gustavo Gomes Flores desenvolve uma observação sobre as contribuições provocativas de Luis Alberto Warat como estratégia de reflexão na construção do conhecimento jurídico, sobretudo, no que diz respeito ao ensino do Direito e ao perfil docente.

Roberto de Paula, problematiza o ensino jurídico do direito de propriedade no Brasil, tomando como ponto de partida as contribuições da teoria crítica dos Direitos Humanos para confrontar a epistemologia consolidada em torno do ensino do direito de propriedade, com aportes na proposta emancipadora de Warat e Evandro Lins e Silva. Aliás, desejo e razão são referido por Thiago Augusto Galeão De Azevedo em seu texto, inspirado pelas concepções críticas da obra Manifesto do Surrealismo Jurídico, de Luís Alberto Warat, objetivando um estudo da relação entre desenvolvimento e corpo, especificamente a associação dos países desenvolvidos à racionalidade e a dos países subdesenvolvidos à emotividade.

Lembrando a família como um locus de afeto, ou como referiram "bases estruturais aptas a garantir o pleno desenvolvimento dos indivíduos", César Augusto de Castro Fiuza e Luciana Costa Poli, apresentam uma abordagem jurídico-psicanalítica da família contemporânea, destacando a interseção saudável e proveitosa entre direito e psicanálise.

Joedson de Souza Delgado e Ana Paula Henriques Da Silva, destacam que para a realização satisfatória da justiça, um direito justo deve ser entendido como uma construção social para que ele atinja sua plenitude. Por tanto, o trabalho dialoga com um enfrentamento à teoria kelseniana, como referiram Camila Figueiredo Oliveira Gonçalves e, Antonio Torquilho Praxedes ao ressaltarem que a teoria de Kelsen tentou impor uma separação entre os métodos científicos da teoria jurídica e os de outras ciências sociais como se fosse possível conceber uma doutrina jurídica alheia de outros campos do saber.

Mas, como ressaltam Maria Coeli Nobre Da Silva e Maria Oderlânia Torquato Leite em suas observações, o pensamento epistemológico da ciência, como forma acabada do pensamento racional, não mais se sustenta no hodierno, o que leva a uma epistemologia envolta em discrepâncias quanto ao seu objeto e quanto ao lugar que ocupa nos saberes teóricos, cujas dissensões atingem a epistemologia jurídica, presente que os problemas epistemológicos do

Direito também fizeram parte do discurso filosófico (concepções e doutrinas) manifestado nas teorias jurídicas. Desta forma, apoiadas em uma ótica waratiana, Bianca Kremer Nogueira Corrêa e Joyce Abreu de Lira, lembram que é necessário aprimorar a formação de juristas inclinando-os a conhecer a semiologia e a se valer da produção de linguagem em prol de mudanças sócio-políticas mais favoráveis.

Todavia, há de se analisar, como propôs Leonardo Campos Paulistano de Santana, a compreensão da cidadania no contexto latino-americano e sua "jovem" experiência, já que, os anos da década de 90 do século XX foram problemáticos do ponto de vista do Direito e da democracia no continente, o que, inevitavelmente interferiu na formação dos juristas, naquele contexto, e nos saberes produzidos nesse processo, que engendram uma série de mecanismos institucionais carregados ideologicamente, que, no entanto, aparecem como meios técnicos, objetivos e imparciais.

É assim, contrapondo o que Warat denominou "Senso Comum Teórico" à disposição dos juristas, ou seja: "um arsenal de pequenas condensações de saber; fragmentos de teorias vagamente identificáveis, coágulos de sentido surgidos do discurso do outros, elos rápidos que formam uma minoria do direito a serviço do poder" que se desenvolveram os debates, no recém criado GT - Cátedra Luis Alberto Warat, na calorosa Aracajú.

Fica o convite para o acesso a um pensar crítico-comprometido, ao percurso teórico deste saudoso professor, a começar pelos textos que ora se apresentam, e, que na sua maioria derivam de ex-colegas e alunos de Warat.

De Aracajú/SE, no outono de 2015.

Leonel Severo Rocha

Cecilia Caballero Lois

Marcelino Meleu

O JUSTO ENQUANTO RAZOÁVEL: DA LEGITIMIDADE DECISÓRIA PELA FUNDAMENTAÇÃO DA ESCOLHA

LE JUSTE COMME RAISONNABLE: DE LA LÉGITIMITÉ OPÉRATIONNELLE PAR CHOIX DES MOTIFS

Joedson de Souza Delgado
Ana Paula Henriques Da Silva

Resumo

RESUMO: A justiça formal se delimita apenas a aplicar uma regra de forma correta. Porém, será essa regra justa? Os valores não são coercivos e cada ser humano é livre para fazer as suas escolhas. Os positivistas são detentores da ideia de que o Direito é um emaranhado de leis e normas específicas cuja aplicação se mostra insuficiente, pois há uma diversidade de ocorrências e de soluções diferenciadas. O Direito deve ser entendido como uma construção social para que ele atinja sua plenitude. Para a realização satisfatória da justiça existe uma abstração da norma posto que, se houver especificidade, seria de escassa aplicação.

Palavras-chave: Palavras-chave: justiça formal, Razão prática, Construção social, Norma jurídica.

Abstract/Resumen/Résumé

RESUME: La justice formelle se limite seulement à appliquer une règle de la forme correcte. Mais est-ce telle une règle juste? Les valeurs ne sont pas coercitives et chaque être humain est libre de faire son choix. Les positivistes, souteneurs de l'idée que le droit est un enchevêtrement de lois et de règles spécifiques dont l'application est insuffisante, puisquìl y a comme il y a une variété d'événements et des solutions différenciées. La loi doit être comprise comme une construction sociale afin qu'elle atteigne sa plénitude. Pour l'achèvement satisfaisant de la justice il est nécessaire quìl y ait abstraction de la norme car au cas où il y a une spécificité, elle serait peu applicable.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Mots-cles: justice formelle, Raison pratique, Construction sociale, Norme juridique.

INTRODUÇÃO

Tradicionalmente a doutrina jurídica, sempre apresentou o Direito enquanto conflito entre formalismo e pragmatismo, na acepção das consequências da interpretação normativa. Essa dialética entre formalismo e pragmatismo ocorre por que o conceito tradicional de segurança jurídica refere-se à letra da lei, ao revés, as considerações de justiça remetem às consequências da aplicação da lei que não consistem para o Direito nem um valor absoluto nem tampouco um preceito sem importância.

Necessário, então, que o indivíduo conheça a dimensão de sua conduta. Deve, antes de agir, saber se a ação é aprovada ou desaprovada pela ordem jurídica vigente, no entanto, a determinação normativa que rege a conduta humana não pode ser arbitrária.

O regramento das condutas a serem observadas pelos indivíduos passa a ser, desde então, exercida pela lei geral e abstrata, que não conhece a amigos nem inimigos, que não concede favores nem instaura perseguições. Não obstante, admitir que os juízes possam aplicar as leis a seu talante significa preterir o ideal iluminista[1]. Assim sendo, não se trata em determinar quem pode ao livre arbítrio estabelecer as regras válidas, mas coibir o uso abusivo do poder (seja do governante seja do magistrado).

O problema, contudo, da determinação a priori das regras de conduta humana se apresenta na aplicação da lei ao caso particular. A vida cotidiana apresenta nuances que o rigorismo legal não é capaz de resolver e ao Direito cumpre não apenas proteger o indivíduo da arbitrariedade, mas realizar a concepção de justiça material.

Neste passo, cabe indagar: como conciliar o imperativo de justiça com o imperativo de segurança? Cumprirá conceder preeminência a uma interpretação literal da lei ou, ao contrário, deve-se conceder primazia à interpretação teleológica e pragmática da lei, levando-se em conta a justiça e o bem comum?

O presente estudo pretende traçar os pontos essenciais desta questão sob a ótica argumentativa do Direito. Para tanto, o pensamento perelmaniano sobre a justiça formal e a estrutura do raciocínio prático será apresentado a fim de estabelecer a justa medida entre formalismo e justiça.

Partindo desta premissa, Perelman (2002, p. 12) detém uma noção puramente formal da justiça, assim enuncia que “devem-se tratar do mesmo modo os seres pertencentes a uma mesma categoria”.

---

[1] O ideal iluminista, para Kant (2011), refere-se à contribuição dos pensadores pela razão crítica em todos os campos do saber humano para o progresso da humanidade ao ultrapassar os resquícios de tirania e despotismo herdados da Idade Média. Aportaram novas maneiras de organização da politica, economia e da sociedade.

Não tardaram críticas à fórmula de justiça de Perelman, uma vez que "justo é tratar da mesma forma seres pertencentes à uma mesma categoria". Entretanto, quando se pode dizer que os indivíduos são da mesma categoria? Quais categorias dever ser levadas em conta? E ainda, de que forma deve-se tratar os indivíduos de uma mesma categoria?

A virada metodológica nas obras de Perelman ocorreu ao se deparar com o pensamento de Aristóteles da distinção entre juízos analíticos (dedutivos) e juízos dialéticos (positivos). Perelman e Olbrechts-Tyteca (2014) concebem uma teoria da argumentação jurídica que denomina de raciocínio prático.

Lempererur, Colson e Duzert (2009) expressam à preocupação de Perelman em apoiar a filosofia moral com uma reflexão sobre o Direito e de mostrar como esta ciência se ajusta à realidade a partir dos valores.

Perelman e Olbrechts-Tyteca (2014), partindo das considerações de Aristóteles, constroem os fundamentos de uma "nova retórica" de concepção da filosofia não absolutista, desenvolvida a partir do raciocínio argumentativo, fundamentada no senso comum e tendo por finalidade alcançar consenso entre os homens.

A observação do fracasso das estruturas dedutivas e positivas e das fórmulas deodônticas na explicação da linguagem do Direito e do processo de tomada de decisão impulsiona Perelman e Olbrechts-Tyteca (2014) à uma nova visão do Direito, baseada na atividade contenciosa, isto é, gerida da controvérsia, através de debates, de troca de argumentos e questionamentos das ontologias assentes na realidade. É através da dialética equilibrada entre formalismo e pragmatismo, entre juiz e legislador, entre o estatismo da prescrição legal e o dinamismo da decisão judiciária que se encontra a melhor solução.

1. REGRA DE JUSTIÇA

A noção de justiça sempre correspondeu a certa concepção de igualdade. A observação sobre a historia da filosofia ocidental, desde Sócrates até os autores contemporâneos, revela a tendência a considerar justo aquilo que expressa certa relação de igualdade.

Deve-se tratar de forma idêntica as situações e pessoas semelhantes. Um tratamento diferenciado deve-se justificar apenas em situações diferentes. Tratar de forma diferente pessoas ou situações semelhantes seria conceder privilégios, o que é injusto.

Pode-se imaginar um casal, Paulo e Ana, com dois filhos; o mais velho, Marcos, filho de Ana com seu primeiro marido (Antônio) e o mais novo, Pedro, filho do casal. Um belo

dia, após descobrir que os dois filhos brincando de futebol na sala do apartamento (apesar das inúmeras advertências quanto à proibição de se brincar com bola dentro de casa), quebraram a coleção de cristais de sua esposa (que ainda desconhece o trágico acontecimento), Paulo estabelece severa punição para Pedro (sem televisão e sem sair de casa por um mês!) e apenas dá um sermão em Marcos, não lhe imputando nenhum castigo pela travessura, uma vez que conhecendo o temperamento explosivo de sua esposa, Paulo sabia certamente que trágico acontecimento da quebra da coleção de cristais, "passada de geração para geração dentro da família", despertaria a ira de sua companheira e desta forma não queria desagradá-la ainda mais castigando o seu filho. Agiu justamente Paulo? Justifica-se o tratamento diferenciado entre os dois filhos? A resposta é categórica: não. Paulo estabeleceu uma diferença de tratamento através de uma distinção que não se justifica. Uma vez que, tanto Pedro quanto Marcos concorreram para o acidente, ambos devem ser punidos da mesma forma. Ou não se pune nenhum, ou se pune os dois e, ainda, na mesma medida (a não ser que haja uma diferença essencialmente relevante entre os dois que justifique a distinção de tratamento).

A necessidade de tratamentos de forma idêntica situações e pessoas semelhantes concebe-se o nome de "regra de justiça formal", assim enunciada por Perelman: "[...] princípio de ação segundo o qual os seres de uma mesma categoria essencial devem ser tratados da mesma forma" (PERELMAN, 2002, p.19).

A regra de justiça formal prescreve, desta forma, o imperativo de não estabelecer privilégios de tratamento, não tratar de forma diferente situações essencialmente semelhantes. Este é o imperativo que guiou os revolucionários na França quando da queda da Bastilha. Não se justificando as distinções de tratamento entre nobreza e as demais classes sociais, estas distinções nada mais eram que privilégios (distinções injustificadas), inaceitáveis, portanto.

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789[2] proclama a igualdade de todos os cidadãos perante a lei em dezessete artigos dentre os quais o primeiro que preconiza: "Os homens nascem e permanecem livres e iguais em direitos. As distinções sociais não podem ser fundamentadas senão sobre a utilidade comum."

A declaração, desta forma, estabeleceu não apenas a regra de justiça formal, mas também, quais as características são consideradas essenciais para a criação de qualquer distinção de tratamento entre os indivíduos (virtudes e talentos).

[2] A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão foi anunciada ao público em 26 de agosto de 1789, na França. Proclamava a igualdade e a liberdade de todos os cidadãos perante a lei, em que a Assembleia Nacional decidiu eliminar os privilégios da nobreza e do clero.

O ideal de igualdade da Revolução Francesa inspirou as legislações dos Estados contemporâneos, que proclamaram a igualdade de todos perante a lei. No Brasil, este princípio está consubstanciado no art. 5º, *caput*, da Constituição Federal de 1988.

> Artigo 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes.

Esta concepção de justiça nos permite dizer que um magistrado é justo quando aplica na mesma situação a mesma regra (*aequitas in paribus causis, paria jura desiderat*).

Tão importante é o princípio da igualdade perante a lei que Paul Ricouer (1995) defende que "esta é a maior aquisição das sociedades democráticas avançadas: ao lado da conquista da liberdade de expressão, de reunião e de elegibilidade às funções públicas." (RICOUER. 1995, p. 100).

A justiça formal, todavia, conforme Perelman (2002) observou resume-se simplesmente na aplicação correta de uma regra. Vale dizer é puramente formal. Sendo despojada de qualquer conteúdo.

Ora, o problema da justiça de uma decisão não se esgota na aplicação correta de uma regra. Muito antes, encontram-se os maiores embates no âmbito de seu conteúdo.

Se a regra de justiça formal é insuficiente para satisfazer a necessidade de justiça, por outro lado, exigir a uniformidade, conduz a previsibilidade e a segurança, desta forma, permite o funcionamento coerente e estável da ordem jurídica. Siches (2008) qualifica a regra de justiça formal de "justiça estática", por ser baseada na manutenção da ordem estabelecida, a justiça estática é propriamente conservadora, é fator de fixidez.

Além de se tratar da mesma forma os seres da mesma categoria, essencial à distinção introduzida pela regra deve ser causa necessária para justificar o tratamento estabelecido. Assim, a categoria essencial de trabalhador pode justificar o pagamento, a todos desta categoria, de um prêmio pelos serviços prestados à sociedade, mas não justificará a proibição de indivíduos desta classe filiarem-se aos clubes de recreação. Da mesma forma, a categoria de estudantes justifica a concessão de benefícios para a compra de livros, mas não justifica a gratuidade do transporte coletivo urbano. Qual a razão de conceder isenção da tarifa de transporte urbano aos estudantes? Não existe respaldo na razão prática o fato de ser estudante ter acesso gratuito aos meios de transporte urbano. Pode-se indagar que: "– Ah, mas é um absurdo os estudantes, que pegam vários ônibus por dia, terem que gastar o escasso dinheiro que possuem apenas em transporte." Mas, não é absurdo também, que o trabalhador pague pelo

menos transporte? "– Ora, mas o estudante, justamente por estudar, não pode trabalhar e desta, forma não tem dinheiro para pagar passagem." Então, se o que justifica a gratuidade nos transportes urbanos é a falta de dinheiro, trace uma nova regra: a todos aqueles com renda abaixo de X será concedida a gratuidade dos transportes coletivos urbanos.

A introdução de distinções de tratamento não pode ser discriminatória. Por isso é indispensável que exista uma justificativa objetiva e razoável, através de critérios e juízos valorativos genericamente aceitos, cuja exigência deve aplicar-se em relação à finalidade e efeitos da medida considerada. Deve haver também uma razoável relação de proporcionalidade entre o meio empregado e a finalidade perseguida (DWORKIN, 2014).

Tanto é assim que a Constituição, ao contrário do que se poderia pensar, pela simples leitura do texto do art.5º, não proíbe à lei criar distinções entre os cidadãos, proíbe apenas criar distinções que não se justifiquem. Em outras palavras proíbe a criação de privilégios.

Nesse sentindo, Moraes (2002, p. 46) ressalta a tríplice finalidade limitadora do princípio de igualdade (regra de justiça formal) transmutada pela limitação ao legislador, ao interprete/autoridade pública e ao particular.

> [...] o legislador, no exercício de sua função constitucional de edição normativa, não poderá afastar-se do princípio da igualdade, sob pena de flagrante inconstitucionalidade. Assim, normas que criem diferenciações abusivas, arbitrárias sem qualquer finalidade lícita serão incompatíveis com a Constituição Federal.
> [...] o interprete/autoridade pública não poderá aplicar as leis e atos normativos ao caso concreto de forma criar ou aumentar desigualdades arbitrarias.
> [...] Finalmente, o particular não poderá pautar-se por condutas discriminatórias ou racistas sob pena de responsabilidade civil e penal.

De outro lado, Godoy incorpora, também, a ideia de que

> [...] para tratar a todos como iguais é necessário fazê-lo nas medidas de suas igualdades e, da mesma forma, nas medidas de suas desigualdades. Ou seja, como expõe John Rawls, implica assegurar que a vida de cada indivíduo dependa das escolhas que ele fizer e não das circunstâncias em que ele nasceu. (GODOY, 2012, p. 67)

Isso se explica juridicamente como a introdução deste novo elemento a regra de justiça formal aproxima (ainda que discretamente) da justiça concreta. Nada obstante, ainda é insuficiente, uma vez que julgamento pode ser justo não apenas quando infringir as prescrições de justiça formal que exige que se trate da mesma forma os seres que fazem parte de uma mesma

categoria, mas também, e, principalmente, quando aplica uma fórmula de justiça concreta que não é aceita (MACCORMICK, 2008)

A justiça formal (dada pela letra da lei) diz que um ato é justo quando resulta da aplicação de certa regra, mas não informa quando uma regra é justa.

Nesse sentido, para Bittar e Almeida (2014) se desejar que a justiça formal não seja uma fórmula vazia fora do direito positivo, seja em moral ou em direito natural, é indispensável eliminar na medida do possível, a arbitrariedade das regras que ela deve aplicar.

Não se pode conceber a identificação do justo com o legal, assim como o fez Hobbes (1983), para quem a justiça é dar a cada o que lhe é devido e uma vez que no estado de natureza não há direito algum a apenas a lei civil institui o que é devido a cada qual, justo é o que a lei determina, e injusto apenas o que viola a lei (Leviatã II, cap.26).

Rousseau (1999, p. 66), também, partidariza da tese de que justo é o que a lei determina, vez que "a lei é a expressão da vontade livre do soberano, povo, ou seja, da vontade geral, esta é sempre justa, pois que expressão da autonomia da vontade."

Verifica-se, então, que a regra de justiça formal é insuficiente para determinar a justiça de um ato. Basta lembrar as atrocidades cometidas por Hitler que, determinado pela obsessão de uma raça ariana, expediu inúmeros decretos ordenando o extermínio de minorias étnicas e deficientes físicos e mentais.

O funcionário que cumpriu rigorosamente a ordem expedida nos decretos de Führer alemão agiu de forma justa?

Observa-se, portanto, que a regra de justiça expressa pelo princípio da igualdade perante a lei protege as pessoas da arbitrariedade dos juízes, que estão submetidos a decidirem de forma razoavelmente uniforme, mas não protege totalmente contra a arbitrariedade e a injustiça do legislador que pode a qualquer momento, introduzir na lei discriminação injustas.

Ferraz Júnior (2013, p. 34) estabelece bem esta distinção entre os aspectos formal e material da justiça o preconizar que "No seu aspecto formal ela (a justiça) aparece como um valor ético-social de proporcionalidade em conformidade com o qual, em situações bilaterais normativamente reguladas se exige a atribuição a alguém daquilo que lhe é devido."

Prossegue Ferraz Júnior (2013) que, como a regra de justiça formal é insuficiente, uma vez que não determina o conteúdo da norma, o aspecto material da justiça toma, então, relevância na determinação do que é devido a cada um.

A justiça formal, portanto não sacia por completo a sede de justiça. A verdadeira justiça, consiste não na aplicação correta de uma regra, mas na aplicação correta de uma regra

justa. Mas aqui está no ponto nevrálgico da teoria da justiça, quando se pode dizer que uma regra é justa?

2. SOBRE O CONTEÚDO DA JUSTIÇA

A consideração sobre o que é justo sempre dividiu opiniões. Observa-se a construção de teorias das mais variadas, tendo por fundamento os valores mais diversos, às vezes até mesmo incompatíveis (GUNTHER, 2004)

Malgrado as diferenças entre os diversos sistemas de justiça elaborados, o que interesse é notar que todos se pautaram pela procura de um fundamento racional de conduta humana, universal e imutável, capaz de guiar as ações humanas no campo moral.

O fracasso destas teorias na procura de um fundamento último da ação humana conduziu a um ceticismo quanto à possibilidade de justificar racionalmente a ação humana. Observa-se uma redução progressiva do papel da razão, tornando-se esta, para muitos apenas como a faculdade de raciocinar logicamente, em conformidade com regras da lógica formal. É o que ocorre em Hume (2002) que acreditava a que tudo aquilo que não pode ser objeto de um acordo não seria racional.

> A razão serve para descobrir a verdade ou erro. A verdade e o erro consistem no acordo e no desacordo, quer com as relações reais das ideias, quer com a existência real e os fatos reais, logo tudo quanto não é suscetível desse acordo e desse desacordo não pode ser nem verdadeiro nem falso e jamais pode ser um objeto de nossa razão.

Daí resulta que “ações podem ser louváveis ou censuráveis, mas não podem ser razoáveis ou desarrozoadas.” (HUME, 2002, p. 132)

Deve-se acreditar, a exemplo de Hume, que as inúmeras tentativas de encontrar um fundamento racional para ação humana fracassaram por que não sendo demostráveis nem verificáveis, as leis que regem a razão prática, todas as ações humanas seriam fruto apenas a de nossas paixões e interesses?

3. OS FUNDAMENTOS DA RAZÃO PRÁTICA

O erro, tanto dos pensadores que se esforçaram em construir um sistema acabado de justiça, universal e imutável, quanto daqueles que acreditam que a ação humana é mero fruto das paixões foi acreditar que só é racional aquilo que é demonstrável ou verificável, ou seja, aquilo que é verdadeiro.

Tais filósofos não observaram que a ação humana não está determinada pelas leis da necessidade. Não há nenhuma lei que determine a priori o conteúdo da conduta humana. O homem age livremente segundo o fim que ele mesmo deliberou atingir, não há, portanto, como demostrar nem verificar a racionalidade de uma determinada conduta, pois, que só e verificável e demonstrável aquilo que é necessário e uma determinada conduta nunca se apresenta como necessária, ela é bem antes fruto da decisão do homem (ATIENZA, 2013).

Esse é o motivo porque falharam as tentativas de elaborar um sistema completo de justiça, por mais adiantado que seja, pois os argumentos morais não são coercivos. Não se pode eliminar toda arbitrariedade de um sistema de justiça, senão, na verdade já não seria um sistema normativo: estabeleceria uma necessidade lógica ou uma universalidade experimental e seu caráter normativo desaparecia imediatamente.

> Todo sistema de justiça constitui apenas o desenvolvimento de um ou de vários valores, cujo caráter arbitrário e vinculado a própria natureza deles. Isso permite compreender por que podem existir tantos quantos valores diferentes houver. (PERELMAN, 2002, p.59).

Ora, considerada que o ser humano é livre para escolher os valores que determinarão a sua conduta, que os valores não se apresentam de forma coerciva, obrigatória não será portanto através de processos de demonstração. Tal como lógica formal, nem por processos de verificação característicos das ciências empíricas que se poderá "provar" a racionalidade de uma decisão (GUNTHER, 2004).

E se não e certo falar de uma deliberação formalmente correta significa que toda e qualquer atitude humana é movida pelas paixões, nada havendo de racional na justificação de escolhas?

Devidamente que não. Seria limitar por demais o alcance da razão ou admitir que mentes brilhantes, que decidiram toda uma vida à elaboração de obras filosóficas nada mais fez que gastar papel e tinta.

É necessário admitir que raciocinar não é apenas elaborar juízos verdadeiros. Há que se estender o alcance da razão quando emite-se juízos de valor. Desta feita, raciocinar "não é apresentar razões pró e razões contra, é numa palavra, argumentar." (PERELMAN, 2002, p.186).

Deve, portanto renunciar a identificar a razão com a faculdade de enunciar ou de reconhecer juízos necessários, evidentes. Para muitos pode-se causar um certo mal-estar, frente a relativa arbitrariedade dos valores que fundamentam a vida, mas só assim pode conceber um uso razoável da liberdade humana, através de verdadeiras escolhas entre hipótese possíveis.

Seria absurdo conceber a liberdade humana apenas como a adesão às evidências sendo toda escolha expressão da ignorância humana.

Aristóteles já mostrara, com efeito, que ao lado daquilo a que chamamos provas analíticas ou seja provas apodíticas havia provas dialéticas, ou seja, provas concernentes ao opinável, à maneira de fundamentar as crenças e de chegar a melhor opinião (MACCORMICK, 2008).

De mais a mais, se houvesse, em questão de justiça, para cada problema uma solução a um só tempo necessária e única que parceria tão evidente a todo ser dotado de razão quanto a solução de um problema de aritmética, chegando cada qual necessariamente à mesma resposta, seria possível dispensar o Direito, como na ilha de Utopia escrito por Thomas More[3].

Essa reflexão é pressuposto necessário do raciocínio prático, isto é, do raciocínio que tem por objetivo fundamentar uma decisão, é a liberdade de quem julga. Se só há um julgamento possível a ser feito, então não há decisão, pois que decidir é escolher entre hipóteses possíveis.

4. O JUSTO ENQUANTO RAZOÁVEL

Uma vez que não é possível provar a necessidade lógica das decisões, não se quer com isso dizer que todas as escolhas feitas pelo homem seriam sempre arbitrárias, fruto de paixões. Toda e qualquer escolha há de ter razão, uma justificativa. Deve-se apresentar argumentos que indicariam não mais verdade, mas a razoabilidade de uma decisão.

Desta forma sai do paradoxo criado pela dicotomia entre decisionismo/determinismo jurídico[4].

Isto porque o problema que visa solucionar, qual seja como fundamentar as decisões jurídicas, é uma questão que não se coloca pelas concepções deterministas e revisionistas: seja porque seria desnecessário fundamentar as decisões jurídicas, seja porque tal valor seria impossível.

---

[3] Na obra de Thomas More (A Utopia, 1993), a concepção de uma ilha fictícia em que todos vivem em harmonia e trabalham em favor do bem comum, portanto, não existe propriedade privada e os interesses individuais ocorre com o abastecimento das necessidades coletivas. Traduz em uma crítica política, social e religiosa a época, século XV, à Inglaterra dominada pelo rei Henrique VIII.

[4] Decisionismo jurídico, para Schimitt (2007), aponta uma solução com a aplicação do Direito diante de uma moldura normativa ao caso concreto, pois interessa o conteúdo da norma e não a sua forma já o determinismo jurídico nega possibilidade de escolha, isto é, inexiste livre arbítrio para o homem, sendo suas ações influenciadas pela causalidade das leis naturais.

Fundamentar as decisões seria desnecessário para os deterministas porque estas nada mais seriam que um conhecimento da regra positiva, aplicável ao caso concreto, enquanto que, para os decisionistas seria impossível porque a sentença é mero ato de vontade do juiz.

Uma decisão razoável não mais seria arbitrária mera expressão da vontade do juiz como, fazem crer os decisionistas. Seria necessário ao juiz fundamentar racionalmente sua decisão, de forma a que todos aqueles que participam da discussão possam aceitá-la.

Em Perelman (2002) uma decisão é justa enquanto razoável quando justificada e aceita por aqueles aos quais dirige-se o orador por meio de sua argumentação (auditório). Ao contrário, uma decisão é arbitraria se mesmo não sendo uma consequência necessária de uma lei teórica, não for suscetível de justificação.

Atienza (2014, p. 72) observa que

> [...] uma vez que toda argumentação pede a adesão dos indivíduos – o auditório a que se dirige – para que haja argumentação são necessárias determinadas condições prévias como a existência de uma linhagem comum ou a participação ideal do interlocutor, que precisa ser mantida ao longo de todo processo.

A existência de uma linguagem comum é necessária para que os participantes compreendam os argumentos apresentados. Só há possibilidade de discursão se há entendimento do que está sendo exposto, debatido. Sem comunidade de linguagem o ideal de uma discussão racional está fadado ao fracasso (WARANT, 1995). Infelizmente, muitos dos debates atuais não observam este pressuposto. É o que ocorre com a política econômica nacional, a qualquer crítica o governo levanta argumentos de ordem econômica completamente inacessíveis para grande parte da população brasileira. Uma vez que o governo apresenta esclarecimentos sobre as medidas econômicas adotadas, dirigindo-se à toda a sociedade brasileira, devendo, assim, apresentar uma linguagem acessível a todos e não uma linguagem técnico-burocrática em que poucos conseguem entender.

A participação dos indivíduos envolvidos no debate é também necessária. Mas, em verdade, trata-se de uma participação potencial, da possibilidade de participar ativamente, apresentado críticas, opiniões, e, até mesmo, pedindo esclarecimentos sobre o argumento apresentado. Não é necessária que haja uma participação efetiva, basta a possibilidade efetiva de participar. Também não se pode dizer que, não há argumentação quando o auditório se mantém inerte por concordar plenamente com os argumentos levantados, entendendo que não merecem reparos.

O argumento forte aspira a universalidade, a adesão de todos aqueles que porventura venham a participar do debate, independente de quem seja. Todo e qualquer ser racional que participe, e entenda o tema exposto deve aceitar a tese, sob pena de considerar-se irracional o discurso, o importante neste conceito, reconhece Asensi (2010), é que os juízos de valor adquirem natureza objetiva são juízos de valor adquirem natureza objetiva: são juízos válidos aqueles aceitos pelos participantes da discussão

O consenso universal, entretanto é uma situação ideal que deve sempre ser perseguido, malgrado impossível garantir-se sempre a sua efetivação.

Dois são os principais motivos pelos quais o consenso universal é uma situação ideal. Podem ocorrer duas teses que tenham por fundamento valores contraditórios e desta forma, inconciliáveis. É o que ocorre na discussão sobre o aborto: de um lado apresentam-se argumentos baseados na necessidade imperativa de preservação de toda e qualquer vida humana – a vida humana neste caso é um valor absoluto, ao qual nenhum outro valor social baseado nos problemas que uma gravidez indesejada geraria para uma família (e até mesmo para a própria criança). Neste caso, a decisão nunca será aceita por todos, pois que terá descartar um dos valores apresentados.

Outro problema que se apresenta é que as pessoas nem sempre estão dispostas a aceitar um determinado argumento, mesmo que acreditem que justificativa do argumento seja válida. É porque constantemente elas, de forma estratégica, como em um jogo, tendo por finalidade unicamente a obtenção da vitória, do reconhecimento de seu interesse. Esse problema, contudo é suavizado na medida em que o juiz aquele a quem cabe a decisão deve sempre ser sincero, isto é, deve sempre levantar argumentos em que acredita.

Em verdade, a aspiração a universidade do argumento, nada mais e que o imperativo categórico de Kant (2011, p. 58) que "[...] deves comportar-te como se fosse juiz cuja razão de decidir e deva proporcionar um princípio válido para todos os homens."

Kant, contudo, abstraiu a realidade do conhecimento prático elaborando uma filosofia prática idealista. Para o autor a realidade seria fruto de todo o erro em moral. O conhecimento moral advém de uma intuição a de validade universal e atemporal. Assim, o conhecimento moral é contingente, é construído a partir do meio ambiente em que vive o homem expresso pelos valores reconhecidos dentre tantas outras influências do ambiente social que amoldam a personalidade do individuo. A razão prática para Kant é aquela que é capaz de "determinar a vontade e a ação moral" (ANTISIERI e REALE, 2003).

Atento a este fato, Perelman (1999) elabora sua teoria da razão prática fundada sobre a base de senso comum:

> De fato, entre o indivíduo e o universo interpõe-se o meio social, com suas tradições, sua linguagem e suas técnicas, cada homem, antes de ter acesso a uma reflexão pessoal, passou por uma educação moral política ou religiosa e por uma iniciação a qualquer uma das inumeráveis ciências e técnicas de seu tempo. Todo conhecimento é, no início, tradição, ensino e conformismo. Não somente a linguagem, tanto usual quanto técnica, mas também as regras e os métodos mediante os quais se efetuem a verificação e a prova elaboram-se numa tradição e são ensinados numa iniciação prévia ao trabalho criado. (PERELMAN, 1999, P. 259)

Atienza (2014) cita que Aristóteles já havia observado que durante os primeiros momentos da vida de um homem, o saber se constrói inicialmente ao acaso. Despojado de discernimento, munido apenas de suas condições naturais, e não tendo experiência de vida toda, a ação humana se sujeita ao acaso.

Durante parte da infância e mesmo na juventude, a experiência se orienta pela imitação dos pais e os mais velhos.

Com o amadurecimento, a formulação compreensiva e sistemática apreendida com a experiência é que permitirá criar um arcabouço ético desprendido das situações concretas. Só a partir deste instante que é possível, a frete de novas situações que se apresentam, criticar o que foi no passado e aprendido. Mas a crítica só se efetua na medida em que aquilo que nos foi passado não atenda às necessidades criadas pelas novas situações.

Uma filosofia moral, portanto, não é alheia ao contexto que fornecerá a própria matéria de reflexão moral, das razões pro e das razões contra, que deverão ser examinadas e decididas. (PERELMAN, 1999).

O conhecimento prático se constrói a partir do senso comum e, desta forma não é uma capacidade solitária, que cada qual exerce independemente dos outros e que, não obstante, pode fazer a que todos cheguem as mesmas conclusões, e, bem antes, a racionalização das práticas sócias das instituições, dos lugares-comuns da moral, enfim, de toda experiência compartilhada em dado meio social.

É fácil ver que ao contrário do raciocínio teórico, ligado à ideia de verdade, portanto, de unicidade, o raciocínio prático se realiza na ideia do razoável, que é uma noção mais vaga, socialmente condicionada, e que não leva à uma solução única, mas a uma pluralidade de soluções aceitáveis em dado meio.

Assim, antes mesmo de desenvolvida a capacidade de discernimento, os homens são influenciados pelo meio social e, através dele, absorve-se várias crenças, que não são questionadas a não ser que haja algum motivo para tanto.

5. A NORMA COMO ESQUEMA DE INTERPRETAÇÃO

A interpretação jurídica se situa entre o embate das teorias deterministas e das teorias decisionistas. Para estas duas correntes jurídicas seriam desnecessários justificar a norma aplicada. Para os deterministas é acessório, haja vista que, no ordenamento jurídico, apenas uma possibilidade de aplicação de norma apresentar-se-ia para o juiz que teria o encargo apenas de conhecê-la. Desta forma, a decisão seria um ato puramente cognoscitivo. Por sua vez, para os revisionistas seria desnecessário justificar a decisão uma vez que esta não é um ato cognoscitivo, é apenas volitivo, isto é, expressão da vontade do juiz.

O positivismo do século XIX[5] é a expressão mais fidedigna do determinismo.

Para essa corrente jurídica, o Direito recusa o uso de qualquer referência metafísica. São afastadas do Direito, as considerações filosóficas, religiosas, morais, portanto, redunda em que só a lei é direito.

Uma norma tem por fundamento hierarquicamente superior que, por sua vez, retira sua validade de uma norma superior, e assim por diante, até chegar-se aos conceitos últimos do direito, conhecidos aprioristicamente, como fundamento de toda a ordem jurídica.

O Direito é a perfeita expressão de um sistema formal, acabado e completo. A lei expressaria comando inequívoco que deveria ser seguido tecnicamente pelo juiz. A função jurídica reduzia-se a apenas dizer o direito em litígio. A sentença seria a perfeita subsunção da lei ao fato. O ato de julgar expressava um silogismo lógico: a premissa maior, a lei geral e abstrata, assim como, a permissa menor, o caso concreto e a conclusão seria a sentença, isto é, a subsunção da lei ao fato. Porém, a experiência dos tribunais provou, entretanto, que a decisão do juiz não era mero silogismo, isto é, a aplicação da lei ao caso concreto.

A construção formal dos positivistas do século XIX repousa em um discurso de grande abstração e, como tal, marcado pela extrema redução das suas proposições. Quando invocadas para resolver casos concretos, tais proposições mostram-se insuficientes: elas não comportam os elementos que lhe facultem acompanhar a diversidade de ocorrências e, para tanto, de soluções diferenciadas. A generalidade da lei contrapõe-se ã particularidade do caso concreto.

---

[5] Positivismo, para Lins (1967), defende o progresso da humanidade pela ideia de que o conhecimento cientifico é o único caminho válido, portanto, desconsidera crenças ou superstições. Os expoentes desta corrente filosófica são Augusto Comte e John Stuart Mill.

Expressão do decisionismo, por sua vez, é o autor austríaco naturalizado norte-americano, Hans Kelsen. Kelsen (1979) renuncia a enfrentar a questão da interpretação para manter intactos seus pressupostos metodológicos a distinção entre "ser" e "dever-ser" e o postulado da pureza.

Assim, o resultado de uma interpretação somente pode ser a delimitação dentro de uma "moldura" das várias possibilidades de decidir que tem o juiz. A interpretação não determina qual a decisão a ser tomada, apenas delimita quais as decisões possíveis. O Direito é, para Kelsen, um ato puramente de voluntarismo, fruto da decisão do juiz.

Para Kelsen, não se pode falar em decisão correta. Qualquer decisão tomada pelo juiz é válida. Mesmo uma decisão que fuja da moldura das interpretações possíveis descrita pela ciência do Direito, e desde que não reformada pela instância superior, é uma interpretação válida.

Kelsen, contudo abriu as portas à compreensão do fenômeno jurídico ao afirmar que a norma é um esquema de interpretação. A norma não é uma representação apriorística da realidade e nunca poderia ser. Este é o grande erro dos positivistas do século XIX, mas também não se pode ter o entendimento de Kelsen em que a norma é puramente um ato de vontade.

A norma jurídica não apresenta a solução pronta e acabada, como fizeram crer os positivistas do século XIX. A norma é um elemento delimitador do espaço de discussão. O exato conteúdo da norma só será pontuado por meio do debate que diante dos argumentos levantados e das situações fáticas e valores envolvidos, apresentará a regra construída para o caso concreto.

6. O DIREITO COMO POSSIBILDADE ARGUMENTATIVA

Os argumentos morais não são coercivos e, assim, são evidenciados. Não se pode, portanto, eliminar toda arbitrariedade de um sistema de justiça, senão, na verdade, já não seria um sistema normativo: estabeleceria uma necessidade lógica ou uma universalidade experimental e seu caráter normativo desapareceria imediatamente.

O indivíduo é, então, livre para escolher os valores que determinarão a sua conduta, para escolher, dentre as hipóteses que se lhe apresentam, a que considera melhor, ou, pelo menos, mais razoável.

Sendo este ponto forte da razão prática, isto é, a capacidade de o indivíduo determinar livremente sua conduta, de justificar racionalmente suas escolhas e, por outro lado, também, o seu ponto fraco, pois não sendo coercíveis os argumentos morais, muitas vezes não

se logrará um acordo para a questão prática. E, ainda que haja um acordo, nada garante seu cumprimento por todos, pois, conforme observa Alexy (2013), partindo da distinção Kantiana entre o princípio de avaliação (*principium diudicationis*) e o princípio de execução (*principium executionis*), isto é, entre a formação do juízo e a formação da vontade. Portanto, saber o que é certo não significa, necessariamente, estar disposto a agir neste sentido.

Estes dois problemas do discurso prático geral, Alexy (2013) chama, respectivamente de problema de conhecimento e de cumprimento.

O debate aberto dentro do discurso prático geral leva a processos de decisão que, em numerosos casos não chegam a nenhum resultado, nenhum resultado mesmo que se chegue a um resultado efetivo não garantem nenhuma segurança definitiva.

Isto porque algumas regras do discurso só podem ser cumpridas de modo aproximado, nem todos os passos da argumentação estão determinados e as convicções normativas de que partem os participantes do discurso são variáveis e algumas vezes até mesmo incompatíveis (ALEXY, 2013).

A fim de suprir a carência de conhecimento e de cumprimento do discurso prático geral, surge o Direito para que se possa chegar a um acordo sobre as questões práticas que se apresentam. Também, não se pode garantir o cumprimento deste acordo.

Ao problema de conhecimento, delimita o âmbito de debate, que não deve mais enunciar um juízo absolutamente racional, mas racional no marco do ordenamento jurídico vigente, vale dizer o direito delimita o espaço discursivamente possível.

O que não significa que o Direito transforme o discurso prático em um problema cognoscitivo, de conhecimento das normas vigentes. Isto seria negar a própria possibilidade discursiva apresentada pelo Direito.

Por meio do processo judicial, o Direito resolve o problema da indefinição relativa das regras dos discursos. Define o momento, a forma, os prazos, enfim, são definidos todas as regras de desenvolvimento do discurso.

Urge esclarecer que o discurso jurídico ocorra apenas dentro do processo jurisdicional. O discurso jurídico está nas ruas, nas conversas entre as pessoas, nas pendências resolvidas amigavelmente entre vizinhos, no acordo de vontades estipulado contratualmente, dentre muitas outras formas de expressão de debate jurídico. Defende-se, então, a criação de canais de debate institucionalizados, com suas regras e procedimentos próprios de direito garante aos vizinhos, aos contratantes, enfim a todas as pessoas que se sentirem frustradas às tentativas de acordo, sendo este um recurso com regras próprias que definem todo o processo de discussão.

A imposição de um terceiro neutro (neutro diante da pretensão das partes, isto é, que não tenha interesse direto na lide) garante a solução para o problema de paralisia decisória que poderia ocorrer diante de um desacordo irredutível entre os debatedores.

O Direito delimita, também, o espaço e o tempo das discussões. Isto por que uma questão poderia ser discutida *ad infinitum*. Caso a formulação de argumentos seja infinita, como observa Asensi (2010), há sempre a alternativa de adicionar um "mas", seguindo, assim, a ordem do provável (retórica). O Direito, por razões de tempo e segurança, delimita o espaço da discussão através da coisa julgada, do direito adquirido e do ato jurídico perfeito. Isso porque não se pode discutir infinitamente um mesmo fato. Uma vez decidido não cabe mais discussão. O outro motivo para esta delimitação temporal do debate jurídico é a estabilização das situações jurídicas já consolidadas no tempo.

Mas, é importante notar, o Direito deve excluir o debate apenas sob o mesmo fato se for entre as mesmas pessoas. Não se pode excluir o debate de outras questões, nem mesmo o debate da mesma questão por outras pessoas.

Em prol da celeridade processual, a Súmula Vinculante extirpa a possibilidade de discussão não apenas dos mesmos indivíduos sobre a mesma questão, mas de toda e qualquer pessoa sobre a questão já decidida.

O problema de cumprimento é resolvido pela imposição forçada da decisão, apesar de o discurso ter por objetivo estabelecimento de um acordo racional, sem necessidade do uso da força, não sendo coercíveis os argumentos da razão prática, o uso da força muitas vezes se fará necessário para garantir o cumprimento da decisão.

O Direito apresenta, portanto, um caráter regulatório muito forte. Regula a possibilidade do discurso, mas ao contrário do que fazem crer os positivistas, o Direito não regula a conduta, mas o discurso sobre a validade das possíveis formas de vida tuteladas pelo Direito e a forma de harmonizá-las evitando, assim, o uso de qualquer recurso a força entre os participantes do debate.

A nota essencial do Direito é possibilitar o discurso. Tanto é assim que, numa lide judicial, às partes são obrigatórios o comparecimento e a apresentação de suas razões, sob pena de ser deferida a pretensão da parte contrária. O Direito convida as pessoas a discutirem e a apresentarem suas razões, a exporem suas queixas. A ninguém será negada a possibilidade de discutir pendências, "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito" (art.5° XXXV, CF/88), sendo assegurado a todos quantos participem diretamente do discurso jurídico institunalizado, a ampla defesa de seus interesses e a possiblidade de efetuar os argumentos apresentados pela parte contrária (contraditório).

O Direito se realiza, portanto, no momento em que possibilita as pessoas comporem seus interesses, discutir sobre conflitos com o recurso ao uso mínimo da força.

O enunciado da lei não permite o conhecimento a priori de todas as possibilidades de conduta prescritas. Não há como conhecer de antemão todas as condutas permitidas e proibidas pela lei. Isto por que: i) a lei geral e abstrata não alcança todas as nuances do caso concreto; ii) a norma é apenas a viga mestra da construção decisória do juízo, intermediada de um lado pelos valores sociais (*ethos)*, de outro pelas instituições, que conjuntamente formam o alicerce da obra jurídica.

Só após o trabalho construtivo do debate jurídico é que se apresenta o conteúdo da norma. Só a partir deste momento é que se tem uma regra individual de conduta.

O mito de segurança jurídica, tal como é exposto pelos positivistas desmorona neste momento. A segurança de uma norma rígida, isolada de todas as considerações de ordem institucional, social, moral que contém comando inequívoco, é uma lenda. Uma lenda passada de geração para geração há mais de dois séculos, e que ainda hoje é muito difundida no mundo jurídico. A norma rígida de comando inequívoco é algo que muitos dizem existir, mas ninguém nunca viu.

É preciso insistir no caráter discursivo e argumentativo do Direito. Só assim é que se logrará sair do paradoxo do formalismo (apego à lei *versus* justiça).

Mesmo porque, de qualquer forma, não há como definir a priori o conteúdo da justa sentença. Toda regra de justiça tem carácter universal que se choca com o particularismo dos contextos históricos e comunitários de sua efetivação. Só através da construção argumentativa da regra sobre o caso particular é que o Direito realiza sua obra social de efetivação da justiça.

8.CONCLUSÃO

Aceitando o fato de que no domínio da razão prática, os raciocínios jamais são coercivos, e não havendo uma moralidade universal evidente a todos, e, mesmo que houvesse, não se pode garantir o cumprimento por todos de seus preceitos, o uso da força, ainda que institucionalizada, se faz necessário.

Talvez no Éden não houvesse a necessidade de ser recorrer ao uso de força, mas uma vez cometido o pecado capital, a Terra é o mundo dos homens, com suas imperfeições e mazelas.

Porém, não será pela força que se logrará uma sociedade ideal. É por meio do esforço na construção de práticas e instituições sociais abertas ao diálogo e desprovidas de preconceitos sobre formas de vida alternativa, que é possível harmonizar a autonomia do homem com uma vida tranquila e de paz.

Paul Ricouer (1995) lembra que a ideia de justiça, quaisquer que seja o sentido e o conteúdo rege uma prática social da qual importa lembrar além das ocasiões e circunstâncias, as vias e canais no plano institucional e os argumentos no nível do discurso.

Acredita-se na ênfase que têm os canais de acesso à justiça, sempre abertos ao debate, à solução dos conflitos, que sejam a verdadeira identificação dos anseios de todos e ao mesmo tempo de cada um.

Esse compromisso das instituições com os indivíduos é primordial para o sucesso do Direito. O Direito não pode ser um fardo sobre as costas do indivíduo. Não se pode, a título de uma moralidade vigente, ou, o que é pior, de uma norma posta dominar o homem, pois que as instituições se prestam aos homens e não o contrário.

O Direito não é um sistema racional de normas. Essa visão é por demais mesquinha para dar conta do fenômeno jurídico. O Direito é um compromisso para com a sociedade. É o compromisso de uma vida digna, justa, livre e sem preconceitos.

Uma interpretação restritiva do direito, como querem os positivistas, não dá conta desse compromisso. Fazer crer que o Direito é lei posta pelo legislador é acreditar no mito de legislador onisciente e onipresente, conhecedor de todos os anseios sociais e humanos.

A função judiciária deve, portanto, ser entendida dialeticamente, como a construção aberta às críticas, objeções, refutações e justificações, no interior de um sistema de aberto, inacabado, suscetível de precisar-se e de completar-se no próprio decorrer da discussão. Só a custa de entender-se o Direito como uma construção social é que irá obter algum sucesso na realização da justiça.

E que não se obstrua a segurança jurídica, que no decorrer da história do Direito contemporâneo, obstaram transformações sociais importantes, necessárias ao desenvolvimento de um sistema social mais justo.

A segurança jurídica é importante na proteção das pessoas contra o exercício arbitrário de qualquer poder. Contudo, a lei, mesmo entendida como possibilidade discursiva, garante satisfatoriamente o anseio de segurança, pois ao definir o que é possível discursivamente, acaba definindo, ao revés, o que não é possível discursivamente, isto é, o que é desarrazoado juridicamente.

A segurança jurídica deve ser entendida não como conformidade à lei, mas como a construção de campos de previsibilidade ou de estruturas de previsibilidade, aberta à discursão e, desta forma, não seria um conceito contraditório ao conceito de justiça. Bem antes, seria conteúdo necessário do próprio conceito de justiça. Só uma teoria argumentativa do Direito seria capaz de abranger todo o fenômeno jurídico e, desta maneira, atender aos anseios de previsibilidade e de justiça.

Uma visão obtusa do fenômeno jurídico enquanto expressão do comando legal, não consegue perceber que a definição a priori do valor de todas as condutas e situações concretas é uma tarifa inatingível pela norma. Uma norma que pudesse descrever pormenorizadamente as circunstâncias e a consequência de sua aplicação seria tão detalhada que perderia sua abstração, sendo, por consequência de escassa aplicação, dada ao seu excesso de especificidade. Seria um trabalho hercúleo disciplinar detalhadamente todos os âmbitos da conduta humana e disciplinar de forma justa seria um trabalho impossível.

A realização do anseio de justiça deve pagar o preço (relativamente pequeno) de certa indefinição quanto ao conteúdo da norma. Só assim lograr-se-á a uma realização satisfatória de justiça.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica:* a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. Traduzido por Zilda Hutchinson Schild Silva. 3. ed. São Paulo: Forense, 2013

ANTISERI, Dario; REALE, Giovanni. *História da Filosofia – De Spinoza a Kant.* 3. ed., v. 4, São Paulo: Editora Paulus, 2003.

ASENSI, Felipe Dutra. *Curso prático de argumentação jurídica.* Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

ATIENZA, Manuel. *As Razões do direito:* teorias da argumentação jurídica. 2. ed. São Paulo: Forense Universitária, 2014.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca; ALMEIDA, Guilherme Assis de. *Curso de filosofia do direito.* 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

DWORKIN, Ronald. *O Império do direito.* 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo de direito:* técnica, decisão, dominação. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

GODOY, Miguel Gualano de. *Constitucionalismo e democracia:* uma leitura a partir de Carlos Santiago Nino e Roberto Gargarella. São Paulo: Saraiva, 2012.

GUNTHER, Klauss, *Teoria da argumentação no direito e na moral:* justificação e aplicação. Traduzido por Cláudio Molz. São Paulo: Landy Editora, 2004.

HOBBES, Thomas. *Leviatã ou a matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil.* 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1983.

HUME, David. *Tratados filosóficos:* investigação sobre o entendimento humano. Traduzido por João Paulo Monteiro. Lisboa: Imprensa Nacional – Casa da Moeda, 2002.

KANT, Immanuel. *Crítica da razão prática.* Traduzido por Valério Rodhen. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011.

KELSEN, Hans. *A justiça e o direito natural.* Coimbra: Armênio Amado, 1979.

LEMPEREUR, Alain Pekar; COLSON, Aurélien; DUZERT, Yann. *Método de negociação.* Traduzido por Murillo de Oliveira Dias. São Paulo: Atlas, 2009.

LINS, Ivan. *História do positivismo no Brasil.* 2. ed. São Paulo: Nacional, 1967.

MACCORMICK, Neil. *Retórica e o estado de direito.* Traduzido por Conrado Hubner Mendes. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional.* São Paulo: Atlas, 2002.

MORE, Thomas. *A Utopia.* São Paulo: Martins Fontes, 1993.

PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da argumentação:* A nova retórica. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014.

PERELMAN, Chaïm. *Ética e direito.* Traduzido por Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. *Retóricas.* Traduzido por Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. 2. ed. São Paulo: Martins Fortes, 1999.

RICOUER, Paul. *Leituras 1:* Em torno ao político. Traduzido por Marcelo Berine. São Paulo Loyola,1995.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O contrato social.* São Paulo: Martins Fontes, 1989.

SCHIMITT, Carl. *O guardião da constituição.* Traduzido por Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

SICHES, Luis Recasens. *Tratado general de filosofia del derecho.* 19. ed. México: Porrúa, 2008.

WARANT, Luis Alberto. *O direito e sua linguagem.* 2. ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1995.