

VIII ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

**TEORIAS DA JUSTIÇA, DO DIREITO, DA DECISÃO,
DA ARGUMENTAÇÃO E DO REALISMO JURIDICO**

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 - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - FMU - São Paulo

Diretor Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP - Pernambuco

Representante Discente: Prof. Dr. Abner da Silva Jaques - UPM/UNIGRAN - Mato Grosso do Sul

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - UFMA - Maranhão

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - SKEMA/ESDHC/UFMG - Minas Gerais

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UFERSA - Rio Grande do Norte

Prof. Dr. Fernando Passos - UNIARA - São Paulo

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP - São Paulo

Secretarias

Relações Institucionais:

Prof. Dra. Claudia Maria Barbosa - PUCPR - Paraná

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Profa. Dra. Daniela Marques de Moraes - UNB - Distrito Federal

Comunicação:

Prof. Dr. Robison Tramontina - UNOESC - Santa Catarina

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Relações Internacionais para o Continente Americano:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto - UPM - São Paulo

Relações Internacionais para os demais Continentes:

Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará

Profa. Dra. Sandra Regina Martini - UNIRITTER / UFRGS - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Claudia da Silva Antunes de Souza - UNIVALI - Santa Catarina

Educação Jurídica

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba - PR

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP - SP

Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS - MS

Eventos:

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - FDF - São Paulo

Profa. Dra. Norma Sueli Padilha - UFSC - Santa Catarina

Prof. Dr. Juraci Mourão Lopes Filho - UNICHRISTUS - Ceará

Comissão Especial

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UFRJ - RJ

Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB - PB

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec - MG

Prof. Dr. Rogério Borba - UNIFACVEST - SC

T314

Teorias da justiça, do direito, da decisão, da argumentação e do realismo jurídico [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI
Coordenadores: José Alcebiades De Oliveira Junior; Robison Tramontina; Rubens Beçak. – Florianópolis: CONPEDI, 2025.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5274-128-8

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

Tema: Direito Governança e Políticas de Inclusão

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Teorias da justiça. 3. Argumentação e realismo jurídico. VIII Encontro Virtual do CONPEDI (2; 2025; Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



VIII ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

TEORIAS DA JUSTIÇA, DO DIREITO, DA DECISÃO, DA ARGUMENTAÇÃO E DO REALISMO JURIDICO

Apresentação

Este GT - apresenta-se como um interessante espaço para a discussão dos assuntos nele elencados, tais como o tema da Justiça, do Direito, da Decisão, da Argumentação e do

Realismo jurídico, o que significa dizer que o mesmo abre-se com um leque de possibilidades para questões clássicas inerente à Justiça, comportando debates sobre tema e autores de nomeada, e nos trazem questões a partir das quais as práticas jurídicas vem sendo alimentadas em busca das soluções de suas necessidades práticas cotidianas. E é por isso mesmo, que nós enquanto operadores do Direito e da Justiça e do Ensino Jurídico, temos muito interesse nesses debates. Enfim, não é por outras razões que esse GT é sempre um dos mais concorridos, e com muitos enfoques sobre esses assuntos... Dito isso, cabe de imediato ressaltar que não por acaso o mesmo reuniu e contou com a presença de 19 trabalhos muito interessantes e que estiveram fundamentados em autores como John Rawls, Robert Alexy, Axel Honneth e Amartia Sen, dentre outros. Assim como trazendo temas clássicos dentre os quais vale citar, "a interpretação do Direito e a decisão jurídica", "a lógica do razoável como método de interpretação", "aspectos constitucionais da educação", "o meio ambiente como um Direito fundamental" e as "discussões dos Ministros do STF a respeito das questões relacionadas as pessoas Autistas". Sobre esse importante tema, dentre outras coisas, foi defendido a realização de diagnósticos precoces, a atualização das normas jurídicas existentes, a concretização de políticas públicas efetivas, o cuidado para que não sejam prejudicados em filas de espera e de modo muito significativo avanços dos aspectos constitucionais da educação para essas pessoas. Por derradeiro, pode-se dizer a partir das justificativas que levaram a realização desse Conpedi virtual, estão as necessidades

**A LÓGICA DO RAZOÁVEL COMO MÉTODO DE INTERPRETAÇÃO DO
DIREITO: UMA CONTRIBUIÇÃO À TEORIA DA DECISÃO JURÍDICA**
**THE LOGIC OF REASONABLENESS AS A METHOD OF INTERPRETING LAW:
A CONTRIBUTION TO THE THEORY OF LEGAL DECISION-MAKING**

Marcio Renan Hamel ¹
Rossana Gemeli Roncato Carloto ²

Resumo

O presente artigo faz uma análise da tese da Lógica do Razoável, de Recásens Siches, como método de interpretação do Direito. Para alcançar o objetivo proposto o texto apresenta uma divisão em três seções, sendo que a primeira seção parte da reflexão acerca da função da Hermenêutica Jurídica e da Interpretação no Direito. A segunda seção aborda a racionalidade do Positivismo Jurídico e de sua Lógica Formal, a qual tornou-se insuficiente para a aplicação do direito dentro de uma sociedade complexa e que diariamente se transforma. Já a terceira seção faz uma análise da Lógica do Razoável enquanto discurso prático no Direito, onde Siches a defendeu como método de interpretação do Direito, no qual, o juiz deve interpretar a lei segundo o método que o conduza à solução mais justa possível. Por fim, a quarta seção defende a Lógica do Razoável como Teoria da Decisão Jurídica, sendo que a Conclusão aponta para defesa de que a Lógica do Razoável, ao oferecer um leque de possibilidades de julgamento ao juiz aguçando-lhe a criatividade e libertando-o da unilateralidade, não o exime do fundamento, sendo uma proposta viável enquanto racionalidade jurisdicional.

Palavras-chave: Decisão jurídica, Discurso prático, Interpretação, Método, Lógica do razoável

Abstract/Resumen/Résumé

This article analyzes the thesis of the Logic of Reasonableness, by Recásens Siches, as a method of interpreting Law. To achieve the proposed objective, the text is divided into three sections, with the first section reflecting on the role of Legal Hermeneutics and Interpretation

freeing him from unilateralism, does not exempt him from the basis, being a viable proposal as jurisdictional rationality.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Legal decision, Practical discourse, Interpretation, Method, Logic of reasonableness

1 Introdução

A presente pesquisa visa discutir o tema da racionalidade da decisão jurídica no âmbito da Filosofia do Direito, e que encontra aplicabilidade imediata no dia-a-dia dos operadores do Direito, qual seja, a Lógica do Razoável como método de interpretação do Direito posto. O Direito por sua matriz de racionalidade dogmático-jurídica dominante e por seu método positivista reproduz o dualismo adotado pela Filosofia ocidental de produção do conhecimento a partir da relação sujeito-objeto, concretizado pela metafísica clássica. A própria fixação do limite positivista, de antemão, constitui-se um problema no discurso jurídico dominante.

O tema é importante, uma vez que a Hermenêutica Jurídica era considerada apenas sob o ponto de vista da Lógica Tradicional Formal, isto é, utilizando-se das leis positivadas sem dar margem para a interpretação e análise do caso concreto diante da imensidão de possibilidades diárias as quais o direito enfrenta. Para esta vertente, o juiz deveria ser a boca da lei de acordo com Montesquieu, tudo que fosse dito além do que previa a própria lei deveria ser considerado arbítrio. Este entendimento é a consequência da desconfiança gerada nos magistrados desde o período do Código Napoleônico de 1804.

A partir do século XX, o Direito, baseado no pensamento filosófico moderno, procura uma maneira de implementar o raciocínio lógico, o que se tem bem claro pelo normativismo jurídico de Hans Kelsen, o qual afasta o direito natural de suas postulações e procura ofertar uma matriz “científica” ao Direito. Nasce a expressão científica do Direito decorrente do pensamento de Kelsen, cuja influência em todo o ocidente é, até os dias atuais, muito forte, inclusive nos países que se originam da família de direito romano-germânico, como é o caso do Brasil.

O método de interpretação da lógica tradicional, não consegue se adequar a todos os casos concretos, e deixava o aplicador do Direito muitas vezes de mãos atadas, em casos diferentes, pois tinha que seguir uma lógica legalista que não permitia o raciocínio científico.

Nesse sentido, tal como o caso inspirador do metrô na Polônia, este entendimento pode passar a ser substituído pela Lógica do Razoável, no qual o aplicador do direito decide com base na lei, interpretação de todo o sistema jurídico: normas-regras e normas-princípios e busca dentre as possíveis soluções a mais justa.

Para alcançar o objetivo traçado acima, o texto está dividido em três seções, sendo a primeira seção uma exposição acerca da ideia de hermenêutica e interpretação, enquanto a segunda seção aborda o Positivismo Jurídico e o desgaste da Lógica Formal. Já a terceira seção trata da Lógica do Razoável de Racánses Siches, enquanto discurso prático no Direito. A quarta e última seção busca sustentar a ideia da Lógica do Razoável como uma Teoria da Decisão Jurídica.

O procedimento metódico de tal análise caracterizou-se pelos seguintes momentos: análise e esclarecimento de conceitos; identificação da ideia-chave; identificação de teses, hipóteses e argumentos; identificação de problemas e inconsistências argumentativas; tentativa de resumo e reconstrução pessoal do texto, numa perspectiva hermenêutico-fenomenológica, no qual a categoria epistemológica fundamental é a compreensão e a meta é a interpretação. A técnica de pesquisa utilizada será a bibliográfica, cujos procedimentos serão leitura e fichamentos das obras principais, bem como de literatura secundária, análise dos dados e informações, sistematização das ideias, crítica aos autores abordados, construção de um texto para o problema levantado.

2 Hermenêutica e interpretação

Há algum tempo atrás, a Hermenêutica Jurídica era considerada pelos operadores do direito como um ramo da lógica tradicional aplicada, fruto da tentativa que já pairava por anos nas sociedades antigas como Grécia e Roma no período clássico, que entendiam que o poder do órgão deveria se limitar ao que estava escrito, ou seja, à letra da lei, para não prejudicar a liberdade dos indivíduos e nem a segurança jurídica.

Acontece que, apesar das tentativas nos grandes berços da democracia e do direito, apenas durante a Revolução Francesa a limitação do Poder Judiciário foi mais efetiva, devido ao fato do juiz ser visto com desconfiança pela população local. Assim, entendendo que a atividade jurisdicional deveria ser limitada, Montesquieu surge com a famosa frase: o juiz deve ser a boca da lei.

A famosa frase de Montesquieu demonstrava claramente a desconfiança da sociedade do antigo regime na França, mas mais do que isso, entendia que o juiz deveria ser tão somente um ente inanimado, que deveria dizer aquilo que estava na lei, sem moderar-lhes a força ou rigor. A lei, portanto, deveria ser interpretada estritamente, utilizando-se do método gramatical, ou seja, a lei diz o que ela diz, sem a possibilidade de interpretá-la diante do caso concreto ou utilizar-se de razoabilidade ou proporcionalidade.

A limitação do poder do magistrado ocorria por meio de leis em sentido amplo escritas as quais tornavam um imperativo categórico que as leis deveriam dizer o direito e não o magistrado. Dessa forma, a recomendação caso o juiz tivesse dificuldade em interpretar a lei seria que este recorresse ao poder Legislativo para lhe darem o real sentido daquilo que havia sido dito. Obviamente neste período era novidade a representação do povo pelo Legislativo.

Enfim, além de Montesquieu, Robespierre que também foi um revolucionário, exigiu a retirada da palavra jurisprudência do vocabulário e dos dicionários, pois no seu entendimento de cidadão insatisfeito com o poder judiciário da época, e concordando com Montesquieu (1985, p.149), o juiz deve dizer apenas o que está na lei. Não se falava, portanto, em ciência do direito.

Contudo, como era de se esperar, o Poder Legislativo não conseguia dar satisfatoriamente o respaldo que a sociedade necessitava para a interpretação daquelas leis que estavam com sentido dúbio ou que não se encaixavam completamente com o caso concreto, tendo outras ramificações que a própria lei não previa e por essa razão, a interpretação pelo legislativo foi substituída pela interpretação judicial.

Nos dias atuais inclusive, a demora do Poder Legislativo em acompanhar as rápidas mudanças da sociedade, fazendo leis modernas e que correspondam com os anseios da população é a principal causa do aumento de demandas no judiciário, inclusive de questões políticas que deveriam ser decididas pelo legislativo eleito para tanto, e deram origem ao termo ativismo judicial.

Pois bem, com a interpretação judicial naquele tempo surgiu o absolutismo legal, para o qual, o juiz tinha como função transformar o mandato legislativo abstrato em uma decisão concreta da vida. Pegava-se a lei em abstrato e trazia-se para o caso concreto sem, contudo, caber a ele interpretá-la. Conforme Não havia, portanto, o trabalho de pensar, analisar e muito menos decidir o que era justo ou injusto. De acordo com Rodríguez,

o Direito não deixou de ser linguagem, mas a linguagem tem perdido sua funcionalidade, é mais efêmera e, na maioria das vezes, menos precisa. [...] O Direito afasta-se definitivamente do jusnaturalismo, da crença de que existam valores superiores a leis postas e, assim, procura sistematizar sua atividade como o raciocínio e o cálculo quase cartesiano em sua aplicação (Rodríguez, 2024, p.04).

Atualmente, a mudança do entendimento parte da ideia de concepções jurídicas que levam em conta o interesse social e também a primazia do bem comum sob o particular. A concepção individualista do Direito foi reduzida e substituída pelo Direito que busca justiça, equidade e razoabilidade. Surge, portanto, a separação dos poderes de forma mais racional, e

métodos hermenêuticos mais amplos ligados as novas concepções jurídicas na interpretação e aplicação do direito nos fins sociais e satisfazer o bem comum por meio dos valores de justiça, liberdade e utilidade social.

Portanto, a dogmática jurídica sempre teve a ideia de que hermenêutica era voltada à interpretação da lei a partir de determinados cânones (regras), sendo que este ainda é o entendimento de alguns juristas atuais. Entretanto, a tarefa hermenêutico-interpretativa é muito mais do que isso, onde isso implica uma orientação da Filosofia para o Direito e, conforme Stein,

quando o Direito espera uma orientação da Filosofia, ele não a quer como uma imagem filosófica do mundo, ou como uma moldura de orientação filosófica. A orientação, então, não quer ser simplesmente a instalação de uma perspectiva filosófica no Direito. Se fosse assim o Direito encontraria na Filosofia sempre novas imagens de mundo e de molduras de orientação que transformariam a realidade na uniformidade de um mundo. A busca de orientação é apenas uma forma superficial de presença da Filosofia. O que o Direito, por exemplo, espera da Filosofia para vencer o fantasma da positividade é a possibilidade de um compromisso intersubjetivo escondido numa determinada forma de descrição do mundo (Stein, 2004, p. 155).

Para encerrar esta parte, cabe esclarecer que tal empreendimento começa a se tornar possível a partir da pergunta pelo fim da Filosofia e, conseqüentemente, pelo próprio fim do Direito. Se outrora, referindo-se à Modernidade, o Direito foi gravemente traído pela Filosofia e por que não dizer pela epistemologia moderna, onde o referencial cartesiano, a lógica formal e a relação sujeito-objeto na construção do conhecimento levaram ao positivismo lógico, com a dogmatização da ciência moderna, na atualidade, o Direito se vê envolto na possibilidade de uma mudança no seu modo de produção jurídico.

O cenário do pós-positivismo é promissor, desde que os operadores tenham consciência crítica não somente em relação ao próprio Direito, mas, acima de tudo, no que diz respeito a sua função social frente a uma sociedade extremamente desigual e um Direito que constantemente se distancia dessa realidade. Nesse sentido, a Lógica do Razoável de Recánzes Siches pode ser uma porta possível afim de se produzir um Direito melhor e, portanto, mais justo.

3 O Positivismo Jurídico e o desgaste da Lógica Formal

O Positivismo Jurídico adotou a relação sujeito-objeto herdada da metafísica clássica¹ para a produção do conhecimento do Direito. Tal opção metodológica gerou uma grande crise do pensamento jurídico contemporâneo patrocinada pela insistência no modelo dogmático-positivista², o qual se mostrou visivelmente impotente frente às complexidades experimentadas pela sociedade do século que desponta.

Não se pode negar que o positivismo jurídico contemporâneo, por meio de seu modo de produção do Direito, ao qual Warat denominou de “senso comum teórico dos juristas”³, não consegue absorver as tensões oriundas desse processo complexo e, tampouco, consegue garantir aos sujeitos os direitos mínimos de cidadania, não respaldando, dessa maneira, a dignidade humana, em flagrante negligência do próprio Estatuto Político da República. Soma-se às questões abordadas por Faria, a forte onda neoliberal que, aliada ao processo de globalização hegemônico, acaba por colocar em “colapso” a proteção e a efetividade dos direitos humanos fundamentais e do próprio ordenamento jurídico.

Sem dúvida, o grande desafio deste século é a proteção e a efetivação dos direitos humanos fundamentais, dos quais todos os sujeitos são destinatários. Toda essa questão implica o exercício da cidadania plena e a inclusão social, o que é possível, no caso de alguns direitos fundamentais, por meio da produção de políticas públicas satisfatórias para que os sujeitos sejam portadores de uma cidadania ativa, encontrando o gozo dos direitos fundamentais enquanto dimensão da natureza humana.

A lógica formal, método utilizado por muitos anos, com o mesmo *modus operandi* que predominava no pensamento do positivismo jurídico normativista. Este método também se

¹ De acordo com Stein, “os motivos profundos pelos quais a metafísica define, assim, por meio da apresentação de um ente, o conceito de ser de cada ente, se enraízam na marca essencial da metafísica, o dualismo, que consiste na separação de dois mundos e na introdução da relação sujeito-objeto. Ela não é capaz de pensar a manifestação do todo a não ser com o surgimento de um conceito de ente que o explique. É por isso que a fenomenologia introduz como princípio organizador a questão da diferença ontológica. Não se trata mais de objetificar o conceito de ser, mas de mostrá-lo como um âmbito em que se abre a possibilidade de nos aproximarmos dos entes e vermos, na sua objetificação, ainda um modo de acontecer” (Stein, 2004, p.141).

² Conforme Barzotto, “no âmbito do Direito, o positivismo representa a tentativa de compreender o Direito como um fenômeno social objetivo. Recusa-se, assim, uma postura preocupada em fazer derivar o Direito de outras fontes que não as sociais (jusnaturalismo), ao mesmo tempo, que se renega a fazer depender a existência do Direito de juízos morais particulares. Assim como o positivismo filosófico revela uma era pós-metafísica, na qual o mundo é reduzido à sua descrição científica, o positivismo jurídico também partilha a visão de Direito desencantada própria do mundo contemporâneo, nas quais as práticas sociais e, portanto, o direito, parecem carecer de um propósito de sentidos últimos” (Barzotto, 2006, p.643). Ao longo do século XX, o positivismo jurídico tem como representantes Hans Kelsen, Alf Ross e Herbert Hart, cujas teorias se aproximam ao defenderem sistemas normativos e, posteriormente, os chamados pós-positivistas, Ronald Dworkin e Robert Alexy, que apresentam ao normativismo uma teoria dos princípios.

³ Conforme Warat, a expressão “designa as condições implícitas de produção, circulação e consumo das verdades nas diferentes práticas de enunciação e escritura do Direito. Trata-se de um neologismo proposto para que se possa contar com um conceito operacional que sirva para mencionar a dimensão ideológica das verdades jurídicas” (Warat, 1994, p.13).

utilizava do conceito deôntico, ou seja, se A é B deve ser. Tem-se, dessa forma: “Se matar alguém, será preso”; “Se ganhar dinheiro trabalhando, terá que pagar tributos”. Note-se que a lógica não é instrumento de aplicação de conhecimentos, mas de organização do raciocínio. No dizer de Luis Fernando Coelho,

O sistema jurídico somente pode ser considerado lógico, conseqüentemente, se os enunciados por ele compreendidos puderem ser organizados sob a perspectiva dos princípios e regras do raciocínio lógico. Assim, se as normas jurídicas pertencentes a determinado direito forem sistematizáveis a partir do princípio da identidade e demais postulados lógicos, então esse direito pode ser considerado lógico; na hipótese inversa, não. Dizendo o mesmo com mais exatidão: o sistema jurídico será lógico se for consistente e completo. A consistência é a qualidade do sistema que atende ao princípio da não-contradição. [...] (Coelho, 2000, p.65).

Parece ser uma forma interessante e dá a falsa sensação de segurança jurídica, contudo, nem todo o caso concreto irá se encaixar na letra da lei, pois seria impossível para o legislador prever todas as possibilidades e, ainda, para elas dar uma sanção ou eximir o indivíduo de culpa, ou pena.

Como exemplo, pode-se citar o caso trazido por Radbruch que inspirou grandes discussões pela doutrina sobre a impossibilidade de se manter a lógica formal como método único para as discussões, o qual ocorreu na Polônia. Trata-se de um indivíduo cego e seu cão guia, os quais entraram em um vagão do trem, que continha o sinal de ser proibida a entrada de cães, o que imediatamente levou aos guardas da estação a proibirem a permanência do cão. (Siches, 1971, p. 645).

Um indivíduo que observava a situação ilógica e injusta, pois naquele caso se tratava de um cão que era treinado e que auxiliava a pessoa com deficiência na sua locomoção, levou um urso amarrado em uma coleira para a mesma estação, e ao ser questionado informou que o cartaz falava apenas cachorros, e era omissivo quanto a ursos.

Claramente, a situação acima demonstra a impossibilidade de se prever todos os casos, e que seria necessário a flexibilização no caso da pessoa com deficiência visual que depende do animal para se locomover e, obviamente, estender a lei da estação para todos os animais com os donos se estivessem a passeio e sem deficiências, principalmente para ursos, que traz muito mais insegurança para os passageiros do que cães.

A aplicação do Direito consiste não obstante, em enquadrar um caso concreto em uma norma jurídica condizente com a realidade fática apresentada, todavia, como se notou dos relatos apresentados, nem sempre isto ocorre. Em outro norte, sabe-se de longa data, que o

Positivismo Jurídico não mais atende às necessidades sociais, deixando muitas vezes a desejar, em sua aplicação uniforme daquilo que está na lei, e tão-somente.

Em verdade, sabe-se que há muito o positivismo jurídico não vem atendendo as expectativas sociais, fato que alguns a doutrina já vem alertando há tempo, entre os quais, está a reflexão de Eros Roberto Grau:

Os positivistas normativistas são, todos, olímpicamente, ‘cientistas’; e, enquanto tal, ignoram a realidade e o social; podem, até mesmo, ser dotados de sentimento de sociabilidade, mas, enquanto ‘cientistas’, estão envolvidos com coisa distinta do direito, as normas jurídicas; como tal, põem-se a serviço da justificação de qualquer ordem, desde que válida; não importa que essa ordem seja iníqua, oprima o homem; eles são ‘cientistas’, técnicos, e se recusam a, enquanto ‘juristas’, fazer política – estão tranquilos, tantas vezes que funcionam como justificadores da iniquidade, porque são ‘cientistas’. Seja por ignorância, seja por conveniência, sustentam a neutralidade da ciência... Supõem que o cientista é destituído de consciência – os ‘cientistas’ são dotados de licença para matar [...] (Grau, 1996, p.74).

A Lógica Formal é, portanto, extremamente silogística e não admite elementos valorativos, pois é matemático se A é B deve ser. Se está com cão, não importa se é cego não pode permanecer no recinto, contudo, como a lei é omissa em relação ao urso, nada pode-se fazer, pois ao aplicador da lei, não é dado o dever de pensar e agir com justiça.

Note-se que, o próprio Kelsen em sua obra *Teoria Pura do Direito*, relata o Direito e sua aplicação como sendo uma moldura dentro da qual há várias possibilidades de aplicação: “O Direito a aplicar forma, em todas estas hipóteses, uma moldura dentro da qual existem várias possibilidades de aplicação, pelo que é conforme ao Direito todo ato que se mantenha dentro deste quadro ou moldura, que preencha esta moldura em qualquer sentido possível” (Kelsen, 1994, p. 390). Como visto, Kelsen entende que o Direito é como uma moldura na qual se deve aplicar corretamente o caso concreto, todavia, nem sempre se tem moldura disponível para determinado caso.

A não concordância com o positivismo jurídico é justificada ante a impossibilidade desta teoria, de prever todos os casos imagináveis, não como normatizar determinadas condutas. Acaba por deixar vácuo, não cumpre com a aplicação correta à moldura referida por Kelsen. No que tange à imprevisibilidade geral da norma, Carlos Maximiliano muito bem define o problema em questão:

Ante a impossibilidade de prever todos os casos particulares, o legislador prefere pairar nas alturas, fixar princípios, estabelecer preceitos gerais, de largo alcance, embora precisos e claros. Deixa ao aplicador do Direito a tarefa de enquadrar o fato humano em uma norma jurídica, para o que é indispensável compreende-la bem, determinar-lhe o conteúdo. (Maximiliano, 1997, p. 13).

Ao Direito cabe a difícil tarefa de “dar” razão, todavia, deve evoluir de acordo com as necessidades sociais, pois é a estrutura que de uma certa forma dá garantias ao mundo social, tranquilidade aos indivíduos, e aliado à hermenêutica, é que as respostas às questões mais controversas irão emergir.

Ao juiz incumbe a missão de individualizar de modo apropriado a lei aos casos concretos. Para isto, tem o magistrado que abrir-se ao mundo ao invés de fechar-se no código e no exoterismo lógico-formal. É preciso que tenha claro que os códigos e os conceitos jurídicos estão no mundo, mas não são o mundo. (Azevedo, 1989, p. 70).

Com a proposta da Lógica do Razovável, o filósofo do direito Recánses Siches pretende superar a multiplicidade de processos hermenêuticos atualmente operados pelo Direito, ademais, ele considera que os juízes se valem da Lógica do Razoável de forma inconsciente, mas que a vestem com a roupagem pseudo-dedutiva da natureza silogística (Coelho, 2000, p.97).

4 A Lógica do Razoável enquanto discurso prático no Direito

A discussão sobre a verdade remonta a Aristóteles, quando o estagirita apresenta a diferença entre apoditicidade (ciência) e dialética. Enquanto a primeira diz respeito às descobertas científicas e matemáticas, demonstradas pela experiência e pela lógica, a segunda trata das relações humanas compostas de maneira contraditória, como é comum nas relações sociais. O direito, entretanto, como produto da ética e da moral, insere-se no segundo plano metodológico, que procura resultados por meio da razão prática. Nesse sentido, o pós-positivismo, enquanto movimento de reação ao legalismo, bifurca-se, a partir de dois caminhos: a) o primeiro diz respeito aos pensadores que buscam na moral uma ordem valorativa que seja capaz de romper os limites impostos pelo ordenamento jurídico positivo, honrando o compromisso que o direito tem com a justiça. Chaïm Perelman, Jürgen Habermas, Robert Alexy e Ronald Dworkin, são nomes que figuram nesta proposta; b) já o segundo caminho, abrange os pensadores que apostam no pragmatismo, cujas teorias fundamentam-se na realidade do intérprete e nas condições de concretude da norma jurídica, do que numa ordem de valores, encontrando-se aqui nomes como Castanheira Neves, Friedrich Müller e Peter Häberle (Camargo, 2003, p. 137-138).

Concorda-se com Streck, quando esse afirma que “desde o século XVII os filósofos têm sugerido que é possível que nunca conheçamos a realidade, porque há uma barreira entre nós e

ela, um véu de aparências, produzido pela interação do sujeito e do objeto[...]”, porém, ainda conforme o autor, “a partir de Herder e Humboldt, os filósofos têm sugerido que a linguagem constitui essa barreira, que nossa linguagem impõe aos objetos categorias que podem não lhes ser intrínsecas” (Streck, 2004, p.159).

A própria matriz dogmática por meio de autores como Hart, por exemplo, defende a existência de uma “textura aberta” da norma jurídica. Dessa forma, o próprio discurso dogmático, representado por Hart, defende a possibilidade de que o legislador não pode ter conhecimento de todas as possíveis combinações de circunstâncias que o futuro pode trazer. O exaurimento da dogmática jurídica e do seu método positivista já começa a se mostrar, ao menos do que se pode perceber, também endógeno:

o sentido em que a linguagem da regra nos permitirá simplesmente escolher casos de aplicação facilmente recognoscíveis, esboroa-se neste ponto; a subsunção e a extração de uma conclusão silogística já não caracterizam o cerne do raciocínio implicado na determinação do que é a coisa correta a fazer-se. [...] Seja qual for o processo escolhido, precedente ou legislação, para a comunicação de padrões de comportamento, estes, não obstante a facilidade com que actuam sobre a grande massa de casos correntes, revelar-se-ão como indeterminados em certo ponto em que a sua aplicação esteja em questão; possuirão aquilo que foi designado como textura aberta. (Hart, 2001, p.140-141).

A Lógica do Razoável surge com o advento da Lei Francesa nº.16, do ano de 1790, na qual se previa a necessidade da fundamentação das sentenças judiciais pelo juiz como forma de evitar os arbítrios e trazer segurança jurídica para os cidadãos. Inclusive, com a vitória da burguesia liberal buscava justamente a concretização das liberdades negativas, ou seja, o não fazer do Estado e a liberdade dos cidadãos que poderiam fazer tudo aquilo que não era proibido por lei.

Pelas razões acima expostas que surgiu a necessidade da transparência sobre as leis e o que era proibido, e a ideia de que após um período totalitário, somente o que estava na lei poderia ser exigido. Conseqüentemente o novo poder em ascensão, o legislativo, passou a ter maior confiança da população que exigia que sempre que o juiz tivesse dúvidas quanto a interpretação da lei, deveria buscar os criadores da lei, para saberem a interpretação real, ou a que deveriam dar.

No plano hermenêutico, assumimos a perspectiva da hermenêutica filosófica de Gadamer (1997, p. 10), o qual entende que, quem interpreta um texto desde já está situado no seu horizonte aberto, sendo a interpretação a elucidação da relação que o intérprete estabelece com a tradição da qual pertence, uma vez que o significado do texto é produzido no diálogo

estabelecido entre o hermenêuta e o próprio texto, a partir da ideia de circularidade hermenêutica da compreensão.

Entretanto, conforme observa Prado (1995), a interpretação da lei significou descobrir o sentido exato e verdadeiro da lei, e não modificar ou inovar, mas sim declarar, reconhecer. Ou seja, mais uma vez resta claro que não poderia ser modificado aquilo que estava na lei, apenas o real significado do que estava escrito.

A partir de então, surge a concepção de função jurisdicional, o juiz deveria ser o aplicador da lei, e suas sentenças deveriam ser fundamentadas tão somente naquilo que dizia a lei, sem se ater aos diversos aspectos que compõe cada caso. Sem valoração ou justiça. A lei seria a premissa maior, o caso concreto a premissa menor, e o *decisium* seria a apreciação do caso concreto e a decisão posterior, como uma forma de conclusão.

No período da Revolução Industrial esta ideia começou a ser modificada, devido às relações humanas necessitarem de um novo olhar, passou-se a buscar que a lei fosse interpretada de acordo com o caso concreto, de forma que passam a surgir novas formas interpretativas.

Diversas novas escolas passaram a surgir, assim como a propositura de novos métodos, como o proposto por Recásens Siches, professor da Universidade Autônoma do México que durante um curso da Universidade de Viena com o Professor Fritz Schreir, então discípulo de Kelsen, ao analisarem em sala de aula os métodos e quais seriam se sua preferência, o professor de origem espanhola entendeu que não preferia nenhum dos métodos existentes. Criou-se, então, o método da Lógica do Razoável, sendo que Siches não só procurou um método, mas também um método axiológico.

Siches trata de uma lógica própria para as questões humanas, com ponto de partida ancorado na práxis, qual seja, o campo das deliberações humanas, da mesma forma que faz Perelman em sua Nova Retórica. Siches alerta para a insuficiência do método lógico dedutivo do positivismo jurídico, frente ao compromisso que o direito tem com a justiça e, ainda, especificamente, com a justiça social (Camargo, 2003, p. 165).

O professor espanhol entende que há uma “falibilidade no método cartesiano-silogístico a partir da sua incapacidade em processar a passagem da norma geral para uma conduta particular” (Camargo, 2003, p. 168).

5 A Lógica do Razoável como teoria da decisão jurídica

Para Recaséns Siches, assim como a Ciência Jurídica a Filosofia do Direito não tem condições de escolher um método ou uma tábua de prioridades entre os vários métodos de interpretação. Declara, que a única regra que pode ser considerada universal é a de que o juiz sempre deveria interpretar a lei escolhendo dentre as possibilidades a mais justa possível, inclusive, quando o legislador determinasse outra forma de interpretação.

O entendimento de Siches é justamente o de que o legislador deve emitir mandamentos, proibições, permissões, mas não lhe compete o pronunciamento sobre matérias estranhas à legislação e referentes apenas à função jurisdicional. Se por acaso, o legislador determinar o método que deve ser seguido para os casos de interpretação, este estaria invadindo o campo hermenêutico, e essas opiniões daí extraídas deveriam ter força de opinião e não de mandamento a ser necessariamente seguido pelo aplicador da lei.

A Lógica do Razoável busca entender a raiz dos problemas humanos, desde o fato até o nexos causal, assim como faz com os problemas políticos. Utiliza-se da valoração e estabelece propósitos baseados nas informações analisadas (Siches, 1973, p. 281). Reside aqui, pois, a grande contribuição de Siches, que é buscar, a partir do problema, a axiologia do Direito, o que o diferencia tanto da proposta de Perelman de uma Nova Retórica, quanto da proposta de Viehweg, da Tópica Jurídica.

Siches ainda entende que o legislador opera com valorações sobre situações reais ou hipotéticas, em termos gerais e abstratos, dessa forma o essencial do seu trabalho não está no texto da lei, mas nos juízos de valor adotados como inspiradores da regra de direito.

Aí se pode propor a Lógica do Razoável em termos de uma *teoria da decisão jurídica*, onde a intuição do juiz, por outro lado, está baseada numa lógica de razoabilidade e, por isso, basta oferecer uma justificação objetiva válida com o embasamento na lógica do humano. Contemporaneamente, no âmbito de uma *teoria da decisão jurídica*, trata-se de conceber a reaproximação entre o Direito e a Moral, separados antes pelo Positivismo Normativista de Kelsen, ao mesmo tempo em que se tem uma redefinição do papel dos princípios e a busca pela resposta correta em Direito.

Logo, propor a construção de uma teoria da decisão jurídica implica na construção de respostas que apresentem adequação constitucional, não se esquecendo, inclusive, do dever de fundamentação das decisões judiciais conforme determina o texto do artigo 93, inciso IX da Constituição Federal de 1988. A Lógica do Razoável, ao oferecer um leque de possibilidades de julgamento ao juiz aguçando-lhe a criatividade e libertando-o da unilateralidade, não o exime

do fundamento. Conforme aponta Henriques, “juízes há que, inconscientemente, usam a lógica do razoável, embora a revistam de uma roupagem da lógica formal. Não é sem razão que Siches fala de intuição emocional” (2008, p. 133).

Assim, a função do juiz também é criadora pois alimenta-se de um amplo complexo de valorações particulares sobre o caso concreto. Nesse sentido, “é na prática jurídica retirada da experiência vivida pelos juízes que observamos, segundo Recaséns Siches a presença da lógica do razoável” (Camargo, 2003, p. 171). Trata-se, dessa forma, da proposição de um método de interpretação, denominado de método axiológico:

Lo que el juez hace ordinariamente, y eso es lo que debe hacer, consiste em investigar cuáles son los criterios jerárquicos de valor sobre los cuales está fundado y por los cuales está inspirado el orden jurídico positivo, y servisse de ellos para resolver el caso sometido a su jurisdicción (Siches, 1973, p.235).

O criador da teoria afirma, ainda, que existem valores os quais o intérprete deve cumprir, tais como: justiça, dignidade da pessoa humana, liberdades fundamentais do homem, segurança, ordem, bem-estar geral e paz. Outros valores podem ser englobados no conceito de prudência quais sejam: sensatez, equilíbrio, possibilidade de prever as consequências da aplicação da norma, e de sopesar entre vários interesses contrapostos, legitimidade dos meios empregados para atingir fins justos, etc.

Cabe salientar, primeiramente, que Siches recebeu influência da então denominada Jurisprudência dos Interesses, influenciado, ainda, pelo pragmatismo norte-americano, principalmente pela filosofia de John Dewey.

A Jurisprudência dos Interesses foi uma orientação metodológica da dogmática alemã, do início do século XX, muito inspirada na obra de Rudolf von Ihering. Essa nova metodologia se amparava em uma doutrina da interpretação definida desde a ideia da obediência pensante (*denken-der Gehorsam*) do juiz à lei. Dessa forma, a racionalidade do Direito garantir-se-ia por seu finalismo mais que pela qualidade epistemológica das doutrinas, resultando daí a preferência por uma concepção de Direito como uma ação, sempre por definição finalística (Adeodato, 2004, p. 485-486). Nesse sentido, a dogmática servia para proporcionar uma adequada decisão dos casos concretos, conforme uma racionalidade finalística:

A Jurisprudência dos Interesses desenvolveu, por isso, nuclearmente, uma teoria sobre a decisão adequada para os casos *sub judice*, sobre a *Rechtsgewinnung*, partindo de uma teoria sobre a produção das leis (*Gesetzgebung*) e da afirmação ideológica de certos limites formais para o juiz na aplicação da lei (*Rechtsanwendung*). Pretendia-se obter a decisão adequada mediante a investigação da lei e das condições da vida, atendendo aos interesses inscritos na lei e nos enunciados da dogmática,

compreendidos como tendências volitivas humanas, posições reivindicativas (*Begehrspositionen*), subjacentes a todos os enunciados normativos (Adeodato, 2006, p.487).

Portanto, a Lógica do Razoável utiliza-se da valoração, ou seja, critérios axiológicos, o que é estranho à lógica formal ou qualquer teoria da inferência constituindo um dos aspectos que distingue a lógica do razoável da lógica matemática. O juiz tem mais liberdade para dizer o direito, de forma a analisar cada caso concreto, e ao analisar todas as possibilidades, aplicar o mais justo.

6 Considerações finais

A partir da presente pesquisa, pode-se apontar enquanto conclusão, que a Lógica Formal foi utilizada durante muitos anos, advinda de pós-totalitarismo onde os indivíduos estavam acostumados a sofrerem abusos por parte do Estado, inclusive sem saber ao certo as leis e recebendo sentenças sem sequer haverem fundamentação que lhes permitissem o contraditório e a ampla defesa. Quando se criou a carreira do magistrado, e não mais o Rei lhes dava decisões, a ideia que a população se apegou foi a de que o juiz deveria apenas dizer a lei, e aplicá-las ao caso concreto. Era livre, sendo limitado apenas por milhares de artigos e leis escritas.

Com o passar do tempo, foi observado que a lei muito matemática, do se A é B deve ser das escolas inspiradas pelo positivismo, não solucionava todos os casos concretos com justiça, pelo contrário, era impossível prever todas as possibilidades e injusto aplicar o direito igualzinho sem levar em consideração as particularidades do caso que estava sendo julgado.

Assim, a discussão da placa do metrô da Rússia trazida por Radbruch demonstrou claramente que a lei pode ser injusta, mesmo sendo a lei, sendo muito dura em casos que deveria ser mais flexível ou com pouca ou nenhuma eficácia quando pretende-se coibir outros fatos sociais mais complexos. A pessoa com deficiência que precisava do cachorro para se locomover foi impedida pela lei de permanecer no recinto, e a pessoa com o urso, que poderia apresentar um perigo real para as pessoas na plataforma, teve que ser tolerada por ausência de lei.

É fato notório e sabido que o legislativo costuma se abster de julgar questões que trazem grande polêmica na sociedade, sendo que eles são os que deveriam fazê-lo por em tese representarem o povo até mesmo pela sua investidura no cargo. A morosidade em criar novas leis que acompanham o tempo, e regulamentar outras, obrigou o Poder Judiciário no Brasil a decidir sobre questões, inclusive, políticas pois a sociedade precisa de respostas urgentes para

certos casos, e não pode ficar à mercê da omissão do Poder Legislativo para dar solução ao caso concreto.

Entendendo o acima exposto, Siches criou a Lógica do Razoável, onde o juiz deveria observar o caso concreto observando tudo o que existe no ordenamento jurídico sendo normas-regras e normas-princípios, fazer uma valoração diante do caso concreto e finalmente dar a sua decisão baseada na possibilidade que apresentar a solução com maior justiça.

Portanto, ante a todo o exposto, o entendimento que a autora do presente trabalho chegou é que a Lógica do Razoável de fato contempla o melhor método para o juiz, e para a sociedade, pois engloba a vontade em cumprir o bem estar social e buscar através da análise de todo o ordenamento jurídico uma solução com justiça para cada caso concreto. Cada caso é bem peculiar e por isso deve ser tratado como único caso não seja igual a previsão legal, nada mais justo do que utilizar-se de outros parâmetros como os definidos pelo próprio Siches e explanados durante este trabalho.

Contudo, assim como existem padrões fixados para permitir a livre interpretação, precisa existir alguns parâmetros para limitar também a atuação, pois ao mesmo tempo que temos excelentes aplicadores da lei, que são razoáveis e proporcionais teremos outros que irão relativizar a interpretação e a aplicação da lei ao caso concreto, o que sempre é um risco ao Direito e, portanto, à segurança jurídica.

Referências

- ADEODATO, J. M. Jurisprudência dos interesses [verbete]. In.: BARRETO, V. P. (Coord). **Dicionário de filosofia do direito**. São Leopoldo/Rio de Janeiro: Unisinos/Renovar, 2006.
- AZEVEDO, P. F. **Crítica à dogmática e hermenêutica jurídica**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1989.
- BARZOTTO, L. F. Positivismo jurídico. In: BARRETO, V. P. (Coord). **Dicionário de filosofia do direito**. São Leopoldo/Rio de Janeiro: Unisinos/Renovar, 2006.
- CAMARGO, M. M. L. **Hermenêutica e argumentação: uma contribuição ao estudo do direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- COELHO, L. F. **Lógica Jurídica e Interpretação das leis**. Rio de Janeiro, 1981.
- COELHO, L. F. **Roteiro de lógica jurídica**. São Paulo: Max Limonad, 2000.
- FARIA, J. E. **Qual o futuro dos direitos?** Estado, mercado e justiça na reestruturação capitalista. São Paulo: Max Limonad, 2002.
- GADAMER, H. G. **Verdade e método: fundamentos de hermenêutica filosófica**. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Petrópolis/RJ: Vozes, 1997.
- GRAU, E. R. **O direito posto e o direito pressuposto**. São Paulo: Malheiros Editores, 1996.

- HART, H. L. A. **O conceito de direito.** Tradução de A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.
- HENRIQUES, A. **Argumentação e discurso jurídico.** São Paulo: Atlas, 2008.
- KELSEN, H. **Teoria pura do direito.** Tradução de João Batista Machado. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1994.
- MAXIMILIANO, C. **Hermenêutica e aplicação do direito.** 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- MENDONÇA, P. R. S. **A argumentação nas decisões judiciais.** Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- PRADO, L. R. A. Alguns aspectos sobre a lógica do razoável na interpretação do direito. In: GIORGI, B. D.; CAMPILONGO, C. F.; PIOVESAN, F. (Orgs). **Direito, Cidadania e Justiça.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
- RODRÍGUEZ, V. G. **Argumentação jurídica: texto, persuasão e lógica informal.** São Paulo: WMF Martins Fontes, 2024.
- SICHES, L. R. **Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa y lógica “razonable”.** México: Fondo de Cultura Económica/Universida Nacional Autónoma de México, 1971.
- SICHES, L. R. **Nueva filosofía de la interpretación del derecho.** México: Editora Porrúa S.A., 1973.
- SICHES, L. R. **Tratado de sociologia.** Tradução de João Batista Aguiar, 1ª.ed. Porto Alegre: Globo, 1970.
- SICHES, L. R. **Tratado general de filosofía del derecho.** México: Editora Porrúa S.A., 1959.
- STRECK, L. L. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.
- STEIN, E. **Exercícios de fenomenologia: limites de um paradigma.** Ijuí: Ed. Unijuí, 2004.
- WARAT, L. A. **Introdução geral ao direito.** Interpretação da lei: temas para uma reformulação. Porto Alegre: SAFE, 1994.