

STF, 2ª Turma, AI-AgR 283939/PA, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 27/4/2001.

STF, 2ª Turma, RE nº 388.830, Relator Min. Gilmar Mendes, DJ 10/3/2006.

## **A ATUALIDADE DO DISCURSO ARISTOTÉLICO E A REALIZAÇÃO DO DIREITO**

Luiz Fábio Antonucci Filho\*

### **I-RESUMO**

A atualidade do discurso aristotélico tem a ver com a própria reabilitação da filosofia prática como racionalidade e também com o reconhecimento da lógica dialético-argumentativa como constitutiva do sistema jurídico. Nesse sentido, o estudo da obra aristotélica possui um valor inestimável na compreensão das ordens social e ética grega, cuja correlação com o contexto ético moderno fornece ao Direito um conjunto de instrumentos para sua realização, haja vista que permite adaptar o generalismo da lei ao particularismo do caso concreto, fornecendo respostas legítimas e eficazes à pluralidade de valores existentes. A utilização da Axiologia como critério hermenêutico de interpretação poderá afastar a crise de legitimidade vivida atualmente pelo Direito, possibilitando uma aplicação condizente com a Justiça e a Democracia.

**Palavras-Chave:** Reabilitação da Filosofia Prática; Aristóteles; Axiologia, Direito, Modernidade, Democracia e Justiça.

---

\* Graduado em Direito pela Universidade Federal de Viçosa. Ex-Professor Substituto da Universidade Federal de Viçosa. Professor da Universidade Presidente Antônio Carlos Campus Visconde do Rio Branco. Mestrando em Filosofia do Direito pela UNIPAC - Campus Juiz de Fora

*Sumário: 1. A reabilitação da Filosofia Prática como Racionalidade - 2. A realização do Direito como Sistema Regulativo e sua resposta à pluralidade de valores do contexto ético atual - 3. O Papel Hermenêutico da Axiologia no Contexto Contemporâneo do Direito e suas relações com a teoria aristotélica - 4. A crise de legitimidade do Direito e o Papel do Poder Judiciário na Modernidade. 5- Bibliografia. A Atualidade do Discurso Aristotélico e a realização do Direito.*

## 1. A reabilitação da Filosofia Prática como Racionalidade

As questões relativas ao meio ambiente sustentável, a necessidade de se garantir uma maior dignidade às gerações futuras, bem como a afirmação dos direitos humanos como direitos fundamentais do homem representam na verdade apenas algumas das exigências contemporâneas em se discutir o sentido das escolhas humanas em todos os setores da vida, tendo em vista a busca pela realização do Direito como sistema regulativo capaz de concretizar a Democracia e a própria Justiça Social.

Tais valores têm fundamento no próprio sentido de humano como fim em si mesmo da sociedade política. Por este motivo, o papel do Direito como ciência que visa regulamentar a coexistência pacífica entre os seres humanos, ofertando-lhes um conjunto de bens capazes de garantir a possibilidade de desenvolver suas habilidades morais, materiais e intelectuais tem sido questionado, incitando um necessário redimensionamento de seu fundamento de validade e legitimidade para atuar.

Nesse sentido, a reabilitação da filosofia prática apresenta uma alternativa como um novo modelo científico baseado em pressupostos distintos da ciência teórica clássica, visto que está vinculada diretamente ao reconhecimento das ações e experiências humanas como objeto de racionalidade apreensível cientificamente. Além disso, esta reabilitação significa em grande medida uma retomada ainda que indireta da filosofia aristotélica, principal fonte dos maiores estudos a respeito do tema.

Sendo assim, é preciso admitir que este novo paradigma que compõem a ciência prática como racionalidade é capaz de emitir uma série de princípios e conceitos úteis principalmente para as ciências sociais aplicadas, haja vista que são necessitadas de bases de racionalidade para construção de seus sistemas de atuação.

Estes novos paradigmas epistemológicos da filosofia prática se baseiam nos seguintes postulados:

- 1º - Substituição de uma Lógica Dedutiva Formal por uma Lógica Dialética;
- 2º - Substituição do critério de Demonstração pelo critério da Argumentação;
- 3º - Irredutibilidade do conhecimento analisado a Fórmulas de caráter matemático;
- 4º - Compreensão da Filosofia também como um sistema aberto;
- 5º - Objetos de análise referentes às ações e experiências práticas do homem na comunidade política;
- 6º - Entendimento do Pensamento sempre em luta com seu objeto de análise.

Contudo, o que esperar de um paradigma científico que deseja ser científico sem defender a universalização de determinados preceitos como verdadeiros axiomas? O que esperar de um paradigma que admite a possibilidade de constantes modificações em seus modos de atuação, em função principalmente da dinamicidade e variabilidade inerentes a seus objetos de análise?

Na verdade, esta reabilitação representa a possibilidade de constituição de uma ética fundada no conhecimento com métodos, critérios de investigação e análises próprios. No entanto, a melhor forma de vislumbrarmos qual é esta racionalidade reencontrada é explicamos o modo como se operacionaliza as diferenças entre uma ciência predominantemente teórica e uma ciência prática<sup>1</sup>. Ao estudar as ações humanas e ao buscar compreendê-las como objeto de uma possível racionalidade o cientista deve deixar de lado alguns paradigmas científicos clássicos tomados na maioria das vezes como

<sup>1</sup>BERTI, Enrico. *Aristóteles no século XX*. Tradução: Dion Davi Machado. São Paulo: Loyola, 1997. P. 272. "A concepção moderna de ética é a iluminista, segundo a qual toda decisão deve ser justificada por uma argumentação racional, isto é, por uma explicação discursiva. Aristóteles admite, ao contrário, uma razão prática, diferente da teórica, a qual supõe uma disposição pra agir de certo modo. Ele, dessa maneira, compreendeu, segundo Williams, que a ética não pode fundar-se somente na razão, mas suões sempre uma suposição para aceitar razões particulares. As teorias éticas, com efeito, nunca estiveram em condição de justificar universalmente as escolhas morais: elas têm uma concepção científica, burocrática e pública da racionalidade, com pretensões de universalidade, de objetividade. A racionalidade 'prática, ao contrário, deve ser radicada na realidade social e histórica, a qual é feita de experiência moral e determinada pelas instituições".

pressupostos para verificação científica dos objetos postos sob análise e encontrar em outros padrões científicos, outras formas também válidas de racionalidade.

Em primeiro lugar, é preciso compreender que a ciência prática não tem a pretensão de oferecer uma resposta pronta e acabada, como que colocada numa fórmula matemática para os problemas que visa analisar. Antes ao contrário, serve tão somente para indicar uma tendência plausível e justificável, um esboço que servirá de auxílio para compreensão dos fenômenos sociais e conseqüentemente para melhor regulá-los. Assim sendo, há uma lógica distinta que regulamenta as ciências práticas. Como seu objeto encontra-se em constante mutação, sendo, pois, variável, sua lógica é dialética baseada em probabilidades.

Tudo isto decorre do fato de que as ciências teoréticas compreendidas durante tempos como o verdadeiro e real conhecimento científico (Epistême)<sup>2</sup> baseiam-se numa Lógica Dedutiva Formal, cujo objeto encontra na possibilidade de demonstração sua sustentação para caracterizá-la como a única ciência de fato "científica", sendo negado este caráter às ciências práticas, principalmente em função de não deterem um conhecimento apodídico, universal e invariável. Aristóteles define o conhecimento científico da seguinte forma:

*"Uma vez que o conhecimento científico é uma certa concepção do universal e, na verdade, do que existe por uma necessidade intrínseca, e se as verdades demonstradas e o conhecimento científico assentam em princípios (na verdade o conhecimento científico envolve o princípio racional),*

<sup>2</sup>GADAMER, H. G. *Verdade e Método I: Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. 8ª. Edição. São Paulo: Vozes, 2007. P. 363. "Que este não seja o saber da ciência é claro. Neste sentido, a distinção de Aristóteles entre o saber moral da phronésis e o saber teorético da epistême é clara, sobretudo se se tem presente que, para os gregos, a ciência é pensada sobre o modelo da matemática, isto é, de um saber do imutável, um saber que se funda em demonstrações e que, por isso, todos podem aprender [...] Em contraposição a esta ciência 'teorética', as ciências do espírito articulam-se diretamente como o saber moral. São as 'ciências morais'. O seu sujeito é o homem e o que sabe de si. Este, porém, sabe-se como sujeito da ação, e o saber que desse modo tem de si mesmo não as pira verificar o que é. Quem age tem, ao contrário, de operar com coisas que não são sempre as mesmas, mas podem ser também diferentes. Nelas, ele descobre os aspectos nos quais deve agir. O seu saber deve guiar sua ação".

*por outro lado, não poderá haver conhecimento científico, nem perícia, nem sensatez dos princípios de onde se deduzem os conhecimentos científicos. O que é objeto de conhecimento científico tem de poder ser demonstrado a partir de princípios, enquanto que a perícia e a sensatez dizem respeito ao que pode ser de maneira diferente<sup>3</sup>".*

Na verdade há nesta nova compreensão de ciência uma substituição do critério de Demonstração, em que é exigido rigor formal e experimentação, pelo critério da Argumentação, em que predomina o convencimento justificável dentro do contexto histórico-cultural como método de verificação do caráter científico da própria ciência. Então quer dizer que não podemos previamente antever uma lógica universal, tida como fórmula verdadeira, ainda que temporária, para regulamentar os problemas analisados. Quer dizer também que embora haja princípios e conceitos comuns facilitadores do processo de compreensão do problema, o caso é sempre uma possibilidade de um novo modo de realização das ações humanas e por este motivo deve-se estar aberto a novas possibilidades lógicas de solução.

Trata-se do domínio de uma lógica do razoável em que os padrões de verificação da cientificidade baseiam-se não nos critérios de demonstração dos objetos analisados, mas sim na justificação argumentativa de porque escolher este e não aquele caminho como solução. Este tipo de lógica põe em discussão seus próprios pressupostos, enquanto que a lógica formal dedutiva não coloca sob risco os pressupostos de verificação que previamente admite como verdades científicas irrefutáveis. A lógica dialética pressupõe uma discussão questionadora sobre suas bases científicas, que admite as influências de contextos externos na determinação de seus padrões científicos, haja vista que esta lógica da razão prática está sempre dependente das variabilidades dos contextos éticos e culturais. Ela, de certo modo, contamina-se com a dinamicidade de seus objetos. Esta lógica dialética ou argumentativa desenvolve-se por meio da justificação dos argumentos acolhidos e dos motivos deles serem

<sup>3</sup>ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Tradução do Grego de Antônio de CastroCaeiro. Lisboa: Quetzal. 2006. P. 139.

naquele caso os mais corretos para realizar os fins assumidos como sentido no desenvolver da ação prática, sendo que a pluralidade de métodos é tão somente um artifício compatível à pluralidade de objetos regulados, tornado-se mais capaz na solução de problemas.

É importante ressaltar que, embora não tenha o rigor formal da lógica tipo dedutiva, a argumentação desenvolve-se com regras precisas e próprias, relacionando elementos de um modo sistemático e articulado num sistema inteligente para que cumpra sua finalidade de convencer a tomada de determinadas decisões práticas. Deste modo, seu recurso a uma pluralidade de métodos torna-a capaz de fornecer uma espécie de orientação para solução dos problemas levantados, variando seus sentidos de acordo com os métodos e com os contextos aos quais se encontra inserida. Em verdade, a filosofia prática se relaciona com o âmbito da ação humana, num espaço de liberdade acentuado pela possibilidade de escolhas diferentes. Seu objeto é de natureza instável, o que não impede sua constituição como racionalidade prática.

*“Nada do que diz respeito à prática de ações ou à obtenção do que é vantajoso tem algo de estável, tal como o não tem o que concerne o estado de saúde. Se é já isto que acontece com a fixação de um princípio geral, por maioria de razão não se pode exigir rigor ao princípio de cada uma das situações concretas que de cada vez se constituem. Elas não caem sob a competência de nenhuma perícia nem estão expostas a nenhuma ordem ou comando. Os que estão na situação de agir têm de olhar para as circunstâncias em vista da ocasião e da oportunidade do momento, tal como acontece com a medicina e a arte de navegar. Mas mesmo sendo deste género o presente princípio, temos que tentar ir em seu auxílio<sup>4</sup>”.*

Como o estudo das ciências práticas refere-se principalmente ao entendimento da ação e das escolhas humanas dentro do ethos e a indicação de um modo como elas deveriam operar-se dentro da realidade para que realizem seus fins, pode-se dizer que o estudo da phronésis, ou seja, da sabedoria prática ou sensatez, que é

<sup>4</sup>ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Tradução do Grego de Antônio de Castro Caieiro. Lisboa: Quetzal. 2006. P.43.

compreendida por Aristóteles como disposição da mente que se ocupa com as coisas justas, nobres e boas para o homem é fundamental para compreensão dos fenômenos éticos e sociais humanos e deste modo, crucial para perceber o que o Direito como ciência deve tomar por base para estimular sua realização no contexto histórico que visa regular. Ter conhecimento dos fins éticos (Justiça e Democracia) que devem orientar as tomadas de decisão no desenvolvimento dos processos judiciais não basta para realização de tais finalidades. É preciso também saber realizá-los na prática, saber como operá-los. Nesse sentido, o estudo da sabedoria prática como virtude dianoética da parte racional da alma humana será fundamental para o cumprimento dos fins a que visam o sistema jurídico. Isto porque o conhecimento genérico e universal dos fins não garante o resguardo das situações circunstanciais, capturadas somente à luz da razão prática particular como movimento de aproximação dos detalhes e particularidades que regem o caso concreto. Segundo Bubner, citado na obra de Berti, a Phronésis:

*“É a razão que se legitima no prático, que media a universalidade da inclinação para um objetivo do agir com a variedade dos casos de situações mutáveis. No agir, a Phronésis já é sempre em obra, e a tarefa da Filosofia prática é a de reencontrar e disseminar na vida vivida esta base de racionalidade<sup>5</sup>”.*

Deste modo, a reabilitação da filosofia prática faz parte do atual quadro ético, fragmentado com a modernidade, cujas exigências clamam por um melhor sistema de vida para o homem e também pela proteção aos bens humanos considerados fundamentais à sua coexistência. Daí resulta o caráter particular, aberto e variável do sistema científico que compõem as ciências práticas, exatamente porque assim é seu objeto de análise, haja vista que as ações e escolhas humanas e seus reflexos práticos realizam-se de modo dinâmico e

<sup>5</sup> Aristóteles no século XX. Tradução: Dion Davi Machado. São Paulo: Loyola, 1997. P.266.

dependente dos contextos jurídicos, sociais e culturais a que pertencem.

Nota-se, portanto uma irredutibilidade do conhecimento analisado pelas ciências práticas em fórmulas ou receitas que poderiam a todo tempo serem utilizadas para conquista de suas finalidades práticas, quando na verdade tal conhecimento está sempre em construção. Imagine a possibilidade de se definir de modo cabal e definitivo um conceito geral de justiça? Estaríamos bastante próximos à sua realização prática, bastando para isso que fixássemos um critério legal ou social da qual pudéssemos extrair todos os conceitos e realizações de justiça sempre consoantes a este princípio anteriormente admitido como verdade universal. Entretanto, as ciências que possuem relações com o ambiente cultural formam-se como um "constituendo", sendo, pois, seus critérios definidos nas particularidades circunstanciais e no modo correto como se analisa as situações colocadas como problema a serem solucionadas.

Pode-se dizer que o pensamento prático encontra-se sempre em retorno a seu objeto (Ações e Escolhas Humanas), sendo difícil apreendê-lo cientificamente por sua extrema dinamicidade interna. Como não há uma fórmula cuja aplicação depende de mero silogismo matemático, o pensamento por estar em construção depende de um retorno constante às suas bases de análise a fim de definir qual regra é mais ajustada àquele caso específico. Neste processo há uma exigência de vigilância do pensamento para que ele não desconsidere as vicissitudes e circunstancialidades do caso concreto pela ansiedade em regular e nem intrometa pensamentos de origem subjetivista e ideológica, comprometendo o sentido científico da ciência prática, que nada tem a ver com fins pressupostos. Mesmo assim, apesar da fluidez, multiplicidade e mobilidade das ações práticas humanas; mesmo sob o eterno risco da injustiça e da insegurança é possível sim definir parâmetros científicos de análise que podem contribuir para uma melhor realização de um projeto de vida essencialmente humano, cuja Democracia e Justiça sejam resultados de uma intensa reflexão sobre fins, mas também sobre meios.

## **2. A realização do Direito como Sistema Regulativo e sua resposta à pluralidade de valores do contexto ético atual**

Os Gregos de um modo em geral sempre se preocuparam com a formação de uma ordem social harmoniosa que permitisse uma vida feliz e organizada dentro da pólis como que se fosse um espelho do cosmos divino. Dentre tantos autores, Aristóteles foi aquele que mais destaque deu em sua obra a tais questões de ordem política e ética. Por se preocupar de modo intenso com a análise do espaço público da comunidade, bem como com a análise do homem em seu exercício ético por meio da prática da justiça o autor foi considerado um dos maiores estudiosos a respeito destes temas.

Para se ter uma idéia, ao resumir o conceito de justiça universal como a virtude completa, Aristóteles evidenciou que uma das primeiras noções de direito surgidas refere-se mesmo à idéia de um exercício ético em busca de ordem, de harmonia social. Por ser a virtude completa uma ação prática direcionada à justiça há nesta noção primeira uma confusão entre o justo e o próprio Direito. Nesse sentido, as leis têm a função de preservar esta ordem para que todos possam desfrutar dos bens humanos fundamentais naquele contexto social.

Pode-se dizer que na visão grega de justiça universal o Direito encontra-se carregado de uma concepção moral vinculada à noção de ordem cósmica harmoniosa, embora não haja uma confusão entre leis e ordem universal, sendo que as leis são consideradas instrumentos para realização da ordem universal, enquanto que esta é considerada objeto da justiça universal.

Os primeiros contornos da idéia de Direito como um sistema de leis com finalidade pressupostas, dentre as quais se destaca a justiça, cujo sentido para existir depende da regulação da vida social da comunidade política surgem em Aristóteles a partir da análise da justiça em seu sentido particular. Isto quer dizer que, a busca do homem pela felicidade por depender de sua natureza político teleológica somente pode ocorrer no contexto comunitário. E por depender de tais contextos, a proteção de determinados bens (justiça particular) por meio de um sistema de leis é que permitirá a formação da idéia de Direito como um sistema externo à vida ética da comunidade, mas ao mesmo tempo com ela interligada para consecução das finalidades da cidade.

Esta "heteronomia" do Direito como sistema legal pode ser notada pelo aparecimento da figura do juiz, externo às partes, que

terá função de dizer o direito que cabe a cada um como seu. Contudo, a palavra "tò díkaion" designa ao mesmo tempo o justo e o direito. Isto não significa que haja uma confusão entre o direito e a moral, antes ao contrário, Aristóteles visa demonstrar suas interligações e dependências, haja vista a semelhança entre justiça e direito, cujo fundamento de validade e legitimidade para atuar como sistema de regulação (concepção moderna de direito) encontra-se plenamente ajustado às concepções éticas e políticas da comunidade. No entanto, será no pensamento jurídico moderno que haverá a equiparação entre Direito e lei num mesmo sentido, afastando o conteúdo ético do Direito, ou seja, sua proximidade do sentido de justiça como uma ordem encarnada na vida comunitária. Deste modo, a realização do justo ocorre sem qualquer sistematicidade, sendo o direito tão externo, mas tão externo que em alguns momentos tem mitigado seu fundamento de validade e legitimidade para atuar.

No Livro V de Ética a Nicômaco está concentrado o maior exemplo da preocupação de Aristóteles com a realização da Justiça dentro do contexto da época, desvincilhada de questões de ordem idealista ou transcendentais. As avaliações dos comportamentos humanos e seus costumes éticos, assim como a revelação de diversas acepções práticas sobre modos de justiça indicam a derivação das primeiras idéias de Direito como um sistema que protege determinados bens e valores. Michel Villey em seu livro "O direito e os direitos humanos", analisando a obra Aristotélica diagnostica três atributos do direito surgidos na análise da justiça particular<sup>6</sup>:

*"1) Um objeto: O direito é um objeto exterior ao homem (...)* 2) *Uma proporção: O 'tò díkaion' é uma proporção, - um análgon: efeito de uma partilha proporcional. (...)* 3) *Um meio entre dois extremos: Para completar a análise do díkaion, Aristóteles o define por um terceiro termo: o méson. Essa palavra permitirá compreender não só o objetivo perseguido, mas o método utilizado pela ciência do direito".*

O primeiro termo indica uma separação existente entre aquele que é portador da justiça (visão moral interna e subjetiva) e as disposições que protegem a justiça como objeto de uma dada

<sup>6</sup> VILLEY, Michel. O direito e os direitos humanos. São Paulo: Martins Fontes, 2007. P.45-52.

legalidade (visão jurídica externa e objetiva). Trata-se de uma diferenciação proposta séculos depois por Emanuel Kant<sup>7</sup> entre moral e direito, a partir da autonomia e da heteronomia.

Para os gregos é o início da percepção de que há determinados bens, objetos da justiça particular e até mesmo da justiça geral, que por serem importantes para manutenção da ordem e para o desenvolvimento da comunidade política devem ser protegidos por meio de um aparelho externo com capacidade coativa para dirimir interesses antagônicos. Ao caracterizar a justiça particular como uma forma de partilha de bens e ônus dentro de uma relação social, Aristóteles evidencia o direito subjetivo como uma parte que cabe ao sujeito dentro do complexo social e ser justo é partilhar devidamente tais bens e tais males.

Já o segundo elemento denominado de proporção refere-se ao necessário equilíbrio que deve reger as relações de partilha, ora sob o foco da igualdade geométrica, ora sob o foco da igualdade aritmética.

Por fim, ao caracterizar a necessária ponderação de valores no caso concreto como um meio termo entre os excessos, Aristóteles defende que cabe ao direito descobrir no caso concreto qual é a justeza da relação e de que modo se chegará ao meio entre os excessos. Deduz-se, portanto, que o direito é formado de objetos externos sob os quais incidirá um modo de repartição tendente ao meio termo, sendo impossível pré-determinar em fórmulas tal modo de repartição, haja vista a dinamicidade do contexto repartido, sempre a exigir compreensões mais sofisticadas das relações que compõem o problema. Deste modo, "segundo a análise de Aristóteles descobre-se o direito mediante a observação da realidade social e confrontação de pontos de vista diversos sobre esta mesma realidade, porque o direito, objeto da justiça no sentido particular da palavra, é precisamente esse meio, a proporção certa das coisas partilhadas entre membros do grupo político<sup>8</sup>".

Portanto, na visão de Aristóteles é a partir de um dado contexto ético (histórico-cultural) que se percebe que alguns valores<sup>9</sup> (bens) compõem o fenômeno humano e social à medida que estão na origem do homem como ser individual e político. Ou seja, está na

<sup>7</sup> KANT, Emanuel. Metafísica dos Costumes. São Paulo: Edipro, 2003.

<sup>8</sup> VILLEY, Michel. O direito e os direitos humanos. São Paulo: Martins Fontes, 2007. P.52.

idéia antropológica de humanidade a capacidade do homem de valorar e assim transmitir seus desejos e intenções, tendo em vista a satisfação de suas necessidades tanto materiais como espirituais pelo exercício da ação prática virtuosa.

As distinções entre o justo legal e o justo natural e o papel da equidade como instrumento de adaptação da universalidade da lei às particularidades do caso concreto representam o relacionamento proposto por Aristóteles entre o direito, como sistema de coordenação da coexistência dentro da comunidade política, e a própria justiça como seu fim supremo. Esta problemática é hoje crucial para compreensão do papel do direito moderno e de novos modos de realização de seus fins, haja vista que a pluralidade do contexto ético atual aumenta a dificuldade do direito em termos de regulação, comprometendo sua eficácia, validade e legitimidade.

Sendo assim, o homem não se satisfaz com os dados da natureza, nela agregando sua espiritualidade inventiva na tentativa de formar novos modelos mais adaptáveis à sua vida em sociedade. Deste modo, enquanto o meio natural nos traz a idéia de matéria bruta, pouca lapidada, imodificada, a idéia de cultura forma-se a partir do meio natural, em que o espírito humano, marcado fundamentalmente pela livre disponibilidade, constrói e acumula bens, conforme suas necessidades e condições, formando assim o ambiente cultural.

Em *Ética a Nicômaco*<sup>10</sup>, Aristóteles esclarece bem as diferenças existentes entre a alma vegetativa, alma animal e alma humana, destacando que nesta última encontra-se a capacidade do homem

<sup>9</sup> A discussão referente à origem do valor e suas relações com a alma humana não serão tratadas no presente trabalho. Trata-se tão somente de uma compreensão do valor como resultado da experiência humana na comunidade política, que ao mesmo tempo que é parte integrante do processo de ação prática, também foram o conteúdo cultural do próprio *ethos*. Esta corrente histórico-cultural dos valores objetivou compreender o valor por meio da história (caráter objetivo) e ao mesmo tempo como projeção do espírito humano sobre a natureza (caráter subjetivo). Tal corrente explica a existência dos valores condicionados a um processo histórico e cultural em que, os valores acumulam e revelam de forma cada vez mais consistente na consciência coletiva e individual do homem como sujeito universal seu caráter de obrigatoriedade. Por isso dizer que se trata de uma objetividade relativa. Esta corrente foi fundamental para um entendimento mais completo da teoria dos valores, já que ao mesmo tempo, que o situa nas circunstâncias dos contextos históricos e culturais, também vislumbra algo de mais universal em seu processo de revelação e consolidação mediante a experiência humana.

de agir sob o governo da razão, raciocinando e intervindo na realidade a fim de compreender os contextos em que se insere e assim conquistar a felicidade pela satisfação de seus desejos e necessidades<sup>11</sup>.

E assim se desenvolve o processo de construção das sociedades civilizadas à medida que o homem como ser social, primeiro valoriza, depois agrega e posteriormente acumula valores em um nível maior, impregnando a cultura de sua espiritualidade, servindo esta de guia para suas ações práticas e para suas escolhas. Nesse sentido, percebe-se o inevitável conteúdo axiológico do ser humano e sabendo-se da necessidade de se proteger determinados bens imprescindíveis à harmonia social, tal conteúdo axiológico inevitavelmente compõe também a estrutura normativa do Direito, donde ele retira sua legitimidade para atuar, dependendo sua eficácia do modo como organiza seus mecanismos de solução dos conflitos sociais pelos desafios que eles propõem.

Destarte, o Direito se forma como um instrumento de regulação da vida social, buscando coordenar a variegada e plural maneira do indivíduo conceber os bens da vida, ainda mais no Direito moderno quando o pluralismo jurídico é uma exigência para concretização da Justiça e da própria idéia de Democracia exatamente por se perceber que o Direito tem como fundamento a harmonização dos comportamentos e ações práticas emitidas pelos homens num nível altamente complexo e diverso<sup>12</sup>. Portanto, o fenômeno jurídico é formado por um processo de regulação contínua das ações práticas humanas, que são baseadas em determinados fins, baseados em certos valores, que visam à realização de um dado bem. Tais bens serão protegidos normativamente pelo Direito, sendo que a realização do Direito como sistema regulativo representa a realização dos valores e fundamentos de uma determinada organização social. E será dentro

<sup>10</sup> ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Tradução do Grego de Antônio de Castro Caetano. Lisboa: Quetzal. 2006. Livro III.

<sup>11</sup> ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Tradução do Grego de Antônio de Castro Caetano. Lisboa: Quetzal. 2006. Livro I.

<sup>12</sup> VILLEY. Michel. *O direito e os direitos humanos*. São Paulo: Martins Fontes, 2007. P.20. "Quanto a definir a palavra direito, a simples leitura de um dicionário permite constatar que ela assume os mais heterogêneos sentidos: reflexo da pluralidade das filosofias da época moderna e contemporânea. [...] O termo explodiu em todos os sentidos. Flutua ao sabor dos ventos. Não será a marca de uma falência? Ou da queda da ciência do Direito? A supressão ocorrida, na França, das Faculdades de Direito talvez possa ser tida como conforme ao sentido da história".

de um contexto histórico-cultural que deve ser percebida a universalidade da experiência jurídica, nunca na esfera transcendental em busca de uma explicação empírica universal, nem mesmo por meio de um apriorismo formalista (ahistórico e sem conteúdo definido), incompatível com as necessárias atualizações axiológicas propostas pelo contexto ético social.

A compreensão do Direito como sistema de regulação social deve-se dar a partir do auxílio da Equidade, como instrumento de redefinição constante das práticas judiciais em busca de seus fins básicos de Justiça e Democracia (Caráter Ético) e da Phronésis, como ação prática correta e adequada na construção de meios para realização de tais fins (Caráter Dianoético), à medida que buscam ultrapassar o postulado básico do Positivismo baseado na certeza de que por meio da razão subjetiva, utilizando métodos escorados numa lógica formal (Sistema Lógico e Dedutivo) é possível capturar toda intensidade, extensividade e rápida atualização dos fenômenos sociais. Tal processo deve ser substituído pela observação do caso concreto na circunstancialidade do agir prático com regras e medidas orientadoras das ações, direcionando-as para o cumprimento dos fins fundamentais do Direito por meio de uma constante atualização e reflexão no processo de aplicação e desenvolvimento dos atos judiciais, cuja equidade é constantemente aplicada.

A equidade como adaptação do generalismo da lei aos casos concretos a partir do pensamento phronimo como fonte norteadora da ação correta e, portanto, ação équa e justa, desempenha um papel fundamental na construção de paradigmas reguladores mais próximos à concretização da Justiça. Isto porque se cabe ao Direito regulamentar as condutas ético-sociais e se o motivo determinante de sua legitimidade para atuar ou mesmo seu fundamento de validade é a harmonização de condutas por meio da proteção à pessoa humana e da prática da justiça, a equidade e a phronésis são os instrumentos mais hábeis para conformarem toda exigência problemática da realidade a paradigmas justos de aplicação das normas jurídicas.

No entanto, a tarefa mais árdua do Direito será coordenar harmonicamente, Liberdade e Normatividade, no sentido de legitimidade, validade e eficácia para impor limites e controles sobre as condutas do homem na comunidade social, direcionando suas escolhas apenas no sentido de realização da justiça e da felicidade.

### 3. O Papel Hermenêutico da Axiologia no Contexto Contemporâneo do Direito e suas relações com a teoria aristotélica

Este novo paradigma para compreensão do processo de legitimidade e validade dos valores perante o Direito caracteriza a superação da dialética antiga baseada no antagonismo direto entre valores absolutos e valores relativos, por uma visão que avalia os valores como valores permanentes e valores variáveis. Nesse sentido surgem novas concepções teóricas do Direito, em que a dialética passa a se compor não pela busca de uma verdade teórica de caráter imutável, mas de argumentos e complementaridades justificáveis do ponto de vista racional.

Dentro desta zona de argumentação nota-se que no desenvolvimento do processo histórico-cultural alguns valores adquirem um caráter de permanente validade como que se fosse um núcleo axiológico sobre o qual se compõem invariantes axiológicas norteadoras da aplicação justa do direito pela constância adquirida ao longo de tal processo. Isto porque representam valores essenciais à vida social e à garantia de direitos fundamentais ao desenvolvimento da pessoa humana. Há também uma zona periférica, marcada por um caráter fortemente político, que permite variabilidades e flexibilizações argumentativas necessárias para concretização da Justiça, tendo em vista que se busca um tratamento desigual aos desiguais na medida de suas desigualdades. Entretanto, é necessário que se diga que entre estas duas esferas há constantes trocas ou complementaridades, já que o processo social não é rígido e fechado. Como o processo dialético se dá num sistema de implicação e polaridade<sup>13</sup>, em que os fatos sociais, regulados pelas disposições normativas são atualizados e redirecionados na direção da justiça pelo elemento axiológico do Direito, havendo entre fato, valor e norma uma relação de exigência recíproca nota-se que embora tais invariantes existam e tenham validades axiológicas, o caso concreto é sempre o modo mais interessante de pensar o direito do ponto de vista prático, ou seja, na circunstancialidade de seus problemas e argumentações.

Em verdade, percebe-se que o fenômeno jurídico é composto de fato por uma lógica distinta da clássica lógica formal. Deste fato deduz-se que os juízos de valor, substâncias sob o qual se movimenta

<sup>13</sup> REALE. Miguel. *Filosofia do Direito*. São Paulo: Saraiva, 2002.

toda a questão jurídica, são compostos de *topoi*, ou seja, de argumentações com finalidades específicas de convencimento dentro de uma dada circunstância processual. Esta essência dialético-retórica do Direito realça as dificuldades de adequação de seus fins e dos meios de que dispõe para realização da Justiça e da Democracia. Deste modo, a extração da legitimidade do Direito como sistema de regulação da vida social tem origem em sua eficiência no processo de resolução das lides sociais, que, por se basearem em leis, apresentam sempre um déficit de regulação, em função da generalidade legal que exclui a apreciação circunstancial dos casos particulares concretos. Nesse sentido, as argumentações, como proposições de verdade parcial, influirão no processo de decisão à medida que se apresentam como modos de revelação de tais particularidades. Trata-se de uma realidade lógica distinta da lógica científica, em que a abertura sistemática do processo de compreensão do objeto jurídico realiza-se ao longo deste processo, numa demonstração continuada e que sempre retoma outras análises já feitas para tomada de decisão. Tudo isto em função da variabilidade do objeto por se tratar de uma lógica da razão prática baseada no razoável. Para Aristóteles,

*"...as premissas das argumentações dialéticas, isto é, os éndoxa, distinguem-se das premissas da argumentação científica, isto é das definições e dos axiomas, não porque seja somente verossímeis, mas exatamente porque devem receber a adesão de todos os interlocutores, sendo professados por todos ou pelos sophói, isto é, pelos especialistas<sup>14</sup>".*

Sendo assim, a definição do papel político constitucional dos valores perante as ordens jurídicas surge a partir da concepção do que é o Direito e qual seu papel perante o contexto ético, tendo em vista a consolidação de um espaço público democrático, cuja estrutura básica se funda na idéia de garantias e proteção aos valores fundamentais à pessoa humana. Então, o elemento "valor" apresenta-se como um instrumento de percepção da realidade social e cultural, possibilitando ao Direito manter-se renovado e adequado aos proble-

<sup>14</sup> BERTI, Enrico. Aristóteles no século XX. Tradução: Dion Davi Machado. São Paulo: Loyola, 1997. P. 287.

mas que são colocados para ele mesmo solucionar, mediante a observação do problema e com o fim de materializar a justiça e a democracia como fins éticos indispensáveis à sociedade moderna.

Portanto, é necessário que se destaque o papel dos valores na edificação de métodos hermenêuticos de compreensão das estruturas dialéticas e retóricas do fenômeno jurídico enquanto instância de resolução justa das lides sociais e mais, o Direito como instrumento de regulação dos comportamentos éticos a partir da construção de normas jurídicas que objetivem tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais.

Todavia, é possível determinar critérios ou métodos de ponderação de valores que nos permita identificar com precisão e segurança quais valores são permanentes e quais são variáveis, tendo como objetivo o acesso à uma ordem jurídica justa? Apesar de ser factual que uma necessária zona de liberdade exegética concretizada na abertura do sistema jurídica é exigida como oportunidade para interpretação e entendimento do sentido argumentativo do caso concreto, a falta de métodos e limites para interpretação não poderia levar a um abuso de poder por parte dos intérpretes da ordem jurídica, tudo podendo justificar por meio de argumentações? Como encontrar uma explicação razoável para esclarecer o porquê da preservação axiológica de determinados contextos políticos comunitários, os quais são regulados e orientados pelo Direito, tendo em vista seu condicionamento pela tradição cultural e também como explicar as mudanças e novas tendências ou fronteiras axiológicas com que se depara a ética social moderna pela exigência de construção de novos valores dentro da comunidade?

Se, é verdade que todo conflito de interesses representa uma ocasião para valorar no interior da situação das partes suas contradições e desejos, cabe ao intérprete, no desenvolvimento de sua atividade de operador do Direito resguardar as relações éticas fundamentais para construção da Justiça Social e ao mesmo tempo aplicar com correção a norma mais adequada ao caso, tendo em vista a realização dos fins jurídicos fundamentais.

Toda esta problemática avulta-se consideravelmente no contexto contemporâneo, tendo em vista que cabe ao Direito harmonizar as condutas num ambiente marcado pelas diferenças e pela pluralidade de concepções sobre os bens da vida. Deste modo, torna-se ainda mais difícil definir os padrões ou símbolos éticos

importantes dentro da realidade contemporânea já que ela é marcada por contrastes que exigem do Direito, como ciência, um tratamento mais específico baseado na circunstancialidade dos casos concretos, mas que, ao mesmo tempo, ao se abrir para perspectivas particulares, corre o risco de perder em segurança e em sistematicidade metodológica oferecidas pelo caráter universal da lei.

Haberle em seu livro "Hermetênica Constitucional, a sociedade aberta dos intérpretes da constituição", busca observar as necessárias aberturas que o sistema jurídico deve conceder para se atingir a justiça, a partir da idéia de participação do sujeito constitucional (Democracia), defendendo que para isto deve ser ampliado o papel dos agentes constitucionais na interpretação do Direito<sup>15</sup>. Na verdade, trata-se de uma defesa do caráter dialético argumentativo do Direito por meio da participação dos valores éticos no processo de interpretação, formação, reformulação e constante atualização do Direito. Com base nisto, ele aborda:

*"A estrita correspondência entre vinculação à constituição e legitimação para interpretação perde, todavia, o seu poder de expressão quando se consideram os novos conhecimentos da teoria da interpretação: a interpretação é um processo aberto.*

*Não é, pois, um processo de passiva submissão, nem se confunde com recepção de uma ordem. A interpretação conhece possibilidades e alternativas diversas. A vinculação se converte em liberdade na medida que se*

<sup>15</sup> HABERLE, Peter. Hermetênica Constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da constituição. Porto alegre: Sérgio Fabris, 2002. p. 23. "A análise até aqui desenvolvida demonstra que a interpretação constitucional não é um "evento exclusivamente estatal", seja do ponto de vista teórico, seja do ponto de vista prático. A esse processo tem acesso potencialmente todas as forças da comunidade políticas. O cidadão que formula um recurso constitucional é intérprete da constituição tal como o partido político que propõe um conflito entre órgãos ou contra o qual se instaura um processo de proibição de funcionamento. Até pouco tempo imperava

a idéia de que o processo de interpretação constitucional estava reduzido aos órgãos estatais ou aos participantes diretos do processo. (...) A interpretação constitucional é, todavia uma atividade que potencialmente, diz respeito a todos. Os grupos mencionados e o próprio indivíduo podem ser considerados intérpretes constitucionais diretos ou a longo prazo. A conformação da realidade torna-se também parte da interpretação das normas constitucionais pertinentes a essa realidade".

*reconhece que a nova orientação hermetênica consegue contrariar a ideologia da subsunção. A ampliação do círculo dos intérpretes aqui sustentada é apenas a consequência da necessidade, por todos defendida, da integração da realidade no processo de interpretação. É que os intérpretes em sentido amplo compõem essa realidade pluralista. Se se reconhece que a norma não é uma decisão prévia, simples e acabada, há de se indagar sobre os participantes no seu desenvolvimento funcional, sobre as forças ativas da law in public action (personalização, pluralização da interpretação constitucional) (HABERLE, 2002, p. 31)".*

Sabe-se que quanto maior a oportunidade de participação dos agentes num processo aberto de interpretação tem-se mais variegadas teses e argumentações, podendo-se cair num subjetivismo axiológico incontrolável. No entanto, vale destacar que este processo de integração dos valores ao Direito visa permitir de forma ampla e democrática ao poder judiciário tomar conhecimento da realidade dos fatos (Particular) por meio de uma aplicação normativa (Universal) que para ser justa exige do juiz uma postura ativa na compreensão do mundo das experiências humanas baseado na circunstancialidade do agir. Isto porque estas forças pluralistas da sociedade representam a fonte de informação concreta do que é o Direito e do que é o Dever de cada parte. Ou seja, tais métodos objetivam criar um critério científico para apreensão das complexas estruturas da realidade social a partir da integração de outros sujeitos de direito no processo de interpretação da norma e não condicionando o conhecimento da realidade dos fatos e dos valores à hipotética e surreal subsunção normativa imparcial realizada pelos juizes. No entanto, o espaço reservado para aplicação équa das normas somente se realizará se tal aplicação for realizada de modo correto e por meio dos métodos dispostos pelo próprio sistema legal.

Nesse sentido, é importante diferenciarmos os contrastes existentes entre o caráter formal e material do Direito. O credo constante depositado na subsunção legal exercida pelo juiz no processo de adequação dos fatos aos significados dos textos legislativos pode representar uma ameaça à justiça, renegando à equidade o papel de mero agente integrador, hierarquicamente inferior no processo de

definição de qual norma cabe ao caso concreto. Mas como o próprio Aristóteles definiu que a justiça somente se encontra no justo termo entre as partes, mister avaliar as circunstâncias que compõem o caso em suas especialidades e ao mesmo tempo permitir que o próprio sistema jurídico sirva como mecanismo de realização de seus fins, quais sejam, concretização da justiça e democracia.

Interessante notar a necessidade de encontrar um equilíbrio entre a onipotência racional com que a ciência do Direito presume critérios lógico-dedutivos para Direito e a tão sonhada abertura do sistema proposta por argumentações exageradamente livres e flexíveis. Daí se originou grandes erros cometidos pela Filosofia do Direito por meio da crença de podê-lo reduzir a fórmulas matemáticas de conteúdo exclusivamente empírico-descritivo e mais, como se o Direito pudesse ser reduzido à pressuposição de que normas válidas criadas para regular exigências do mundo prático fossem a todo momento manter sua perfeita adequação numa intenção meramente teórica do Direito, analogamente com o que se opera nos princípios de causa e efeito das ciências naturais<sup>16</sup>.

Avaliando esta situação, Robert Alexy em seu livro "Teoria da Argumentação Jurídica" após diagnosticar as insuficiências dos sistemas jurídicos fechados, desvinculados de proposições axiológicas, busca critérios de ponderação de valores e de construção de bases argumentativas racionais<sup>17</sup> mínimas para situações em que as ordens jurídicas não resolvam os problemas sociais de forma justa. São todas estas tentativas modernas reestruturações do sentido antigo atribuído por Aristóteles à equidade e a *phronésis*.

Um fato observável pode ser deduzido da dificuldade de conciliar abertura e segurança, ou seja, da dificuldade de adaptar a generalidade da lei aos casos concretos. Como toda decisão judicial impõe um determinado tipo de comportamento ético social para as partes, toda escolha de juízo é antes uma preferência por um juízo de valor, que encontra numa racional justificação argumentativa sua possibilidade de validade. Toda interpretação exige escolhas políticas

<sup>16</sup> CASTANHEIRA NEVES, A. Teoria do Direito. Coimbra: Universidade de Coimbra, 1998. P. 3 a 50.

<sup>17</sup> ALEXY, Robert.

Teoria da Argumentação Jurídica. São Paulo: Landy, 2001. p. 19. "O sistema axiológico-teleológico em si não permite decisão única sobre o peso e o equilíbrio dos princípios jurídicos em dado caso (...) Isto não significa que seja impossível basear os

por um determinado sentido ditado por uma racionalidade prática, que embora dependa da subjetividade para ser observada não deve cair num subjetivismo para ser justificada. Em verdade, trata-se de uma busca por aplicar na circunstância do caso o Direito por meio de estratégias corretas para realização dos fins jurídicos supremos, permitindo ao sistema realizar tais fins por meio de seus próprios métodos.

Deste modo, várias correntes tentaram desenvolver métodos e instrumentos de justificação racional para a objetividade dos juízos de valor. Alexy resume seus fundamentos em três motivos básicos:

*1º) "Proposições que usam como ponto de partida convicções atuais existentes e pontos de consenso realmente válidos ou normas não-jurídicas aceitas"; 2º) Proposições que se referem a valores que de algum modo podem ser extraídos da estrutura existente da lei (inclusive decisões prévias); 3º) Proposições que envolvam princípios que ultrapassam a lei positiva<sup>18</sup>".*

Na verdade, trata-se de uma tentativa de orientar a razão prática e a decisão judicial, que é um instrumento de revelação desta razão prática, para um sentido de profunda compreensão do contexto ético como meio para conquista de uma interpretação crítica das circunstâncias do caso cuja resolução pode basear-se num valor atual e não sempre em uma estrutura normativa formal. O mero reconhecimento das influências do contexto ético no processo de avaliação das circunstâncias particulares da qual é formado o Direito significa adequá-lo a um modelo de racionalidade que lhe é mais típico e característico.

A busca por uma hermenêutica segura e ao mesmo tempo aberta traduz de certa forma o contexto ético problemático a qual o Direito é convocado para harmonizar e pacificar com suas normas, ou seja, um contexto ético em que convivem o espírito de comunidade e o dever de respeito às diversidades (Pluralidade). Vale salientar

argumentos num sistema de valores e objetivos, isto é argumentar com base num sistema axiológico-teleológico, ou com base em algum outro sistema qualquer. Os argumentos, como sempre característicos dos sistemas, representam tanto na prática como em juízo, bem como na ciência jurídica um papel importante".

<sup>18</sup> ALEXY, Robert. Teoria da Argumentação Jurídica. São Paulo: Landy, 2001. p. 24.

que o discurso prático jurídico tem por base não o discurso do verdadeiro e do falso baseado no antagonismo entre questões absolutas e questões relativas, mas antes este discurso deve estar fundamentado no discurso do plausível e do razoável.

Pode-se dizer que o Direito é mais afim da Justiça e da Democracia do que à rigidez interpretativa das leis que forçam a realidade circunstancial para que ela caiba dentro de uma norma a todo custo, mesmo que não tenha sido elaborada para tal desiderato. Deste modo, a equidade como instrumento de adaptação do generalismo da lei ao caso concreto deve encontrar limites na aplicação correta das melhores estratégias para realização de tais fins. O que é necessário ressaltar são as dificuldades encontradas para sustentação da racionalidade plena do discurso jurídico, à medida que suas teses são sempre precárias porque incluídas na variabilidade dos contextos regulados.

#### 4. A crise de legitimidade do Direito e o Papel do Poder Judiciário na Modernidade

Em meio à pluralidade de valores e concepções sobre os bens da vida que marca o contexto ético contemporâneo é reservado um papel especial ao Direito, que ultrapassa a responsabilidade de organizar o convívio social assumida por este durante séculos, desde o Jusnaturalismo Racionalista do Século XVII. Este papel que antes se restringia em coordenar o processo social com base em fórmulas lógicas traduzidas em leis num pensamento apodídico, matemático e formalista<sup>19</sup> demonstrou-se incapaz de compreender neste atual estágio de desenvolvimento cultural da sociedade as diversidades e complexidades que cercam nossa época.

Nesse sentido, o Direito como ciência que busca definir racionalmente critérios e parâmetros de aplicação condizentes aos fins estabelecidos como supremos para ele (Democracia e da Justiça) deve realizar uma interpretação interdisciplinar e aberta das situações fáticas que, contudo não comprometa o acesso à justiça por meio de uma perda da segurança jurídica, o que poderia resultar num exasperado controle da liberdade dos indivíduos pela normatividade.

Portanto, interessante repensar o papel do Poder Judiciário neste cenário político, ético e social, buscando definir seus propósitos

<sup>19</sup> PRADO, Lúcia Reis de Almeida. O Juiz e a Emoção: Aspectos da Lógica da Decisão Judicial. São Paulo: Millennium, 2005. p. 11. "Assim como ocorreu com os outros ramos do conhecimento, a história do pensamento jurídico ocidental está imbuída de

práticos e operacionais na concretização da justiça e da democracia, haja vista a iminente crise por que passa o Direito. De que modo deve atuar os juízes na busca pela resolução de uma constante tensão que marca a função do Direito na sociedade contemporânea, qual seja a tensão entre o universal, caracterizado pela lei e o particular, caracterizado pelo caso concreto. Entretanto, não deve haver exclusão entre estas duas esferas de atuação do Direito, pois da mesma forma que a valoração do caso em concreto é importante para compreensão verdadeira dos fatos e valores presentes, a ordem social trazida por uma normatividade já estabelecida também serve como um importante critério para a prática da justiça à medida que estabelece o que é fundamental para o bem estar daquela comunidade.

Sendo assim, inúmeras funções antes desafetas ao poder judiciário, atualmente lhe são exigidas para consolidação do Estado Democrático de Direito, isto porque o acesso à uma ordem jurídica justa<sup>20</sup> presume uma aproximação do Poder Judiciário aos problemas sociais a partir de uma maior integração entre julgadores e problemas julgados. Trata-se do fenômeno de judicialização das relações sociais<sup>21</sup>, em que se detecta a superação do Positivismo Legalista e Normativista para uma compreensão aberta e valorativa do Direito numa ampliação do poder de interferência do Judiciário nas relações humanas em geral que vão desde o controle de políticas públicas (Interdependência de Poderes) às questões que envolvem a bioética e o direito ambiental. Estas novas exigências problemáticas revelam

---

formalismo, que se evidencia pelo próprio conceito de Direito, entendido como um sistema de normas. Levado às últimas conseqüências, o formalismo conduziu o Direito ao positivismo legalista da Escola da Exegese e permaneceu no normativismo da Escola de Viena e no pensamento neo-positivista. A conseqüência desse modo de conceber o Direito foi o seu distanciamento da realidade (através da separação exagerada do mundo dos conceitos e o mundo dos fatos), de acordo com o princípio que via na sistematização dedutiva o ideal de toda ciência".

<sup>20</sup> SADEK, Maria Teresa. Magistrados: uma imagem em movimento. Rio de Janeiro: FGV, 2006. p. 13. "O Judiciário tem cada vez mais ocupado um lugar central na arena pública. Seu papel como instituição política e como órgão encarregado de prestação de serviços tem sido objeto de discussão. Diagnósticos referindo-se a uma crise são constantemente repetidos. E, em igual medida, são propostas mudanças. Estamos, desse ponto de vista, distantes hoje do tempo em que questões sobre a Justiça diziam respeito somente a especialistas. O debate tem se intensificado, chamando a atenção não só de juristas e operadores do sistema de justiça, mas também de congressistas, da grande imprensa e de representantes da sociedade civil".

por outro lado a crise de legitimidade e validade do Direito perante o atual contexto ético.

As sentenças judiciais como resultado da função jurisdicional do Estado para que sejam compatíveis à amplitude das situações fáticas e, portanto, condizentes à Justiça exigem do juiz um papel criativo no processo de construção do significado da norma. O silogismo formal que marcou o paradigma exegético Positivista, na qual se presume uma constante adequação da norma, pressupostamente elaborada, à realidade fática que visa regular, resultando daí a conclusão lógica e matemática de qual conduta ou comportamento a ser exigido juridicamente não mais se apresenta suficiente para atender a demandas sociais marcadas pela complexidade. A justiça nascerá desta aproximação do Direito e do Poder Judiciário da realidade histórico-cultural.

“Pois bem: a abertura dos textos normativos, o exercício de discricionariedade pelo intérprete e a expansão do papel de juízes e tribunais criaram novas demandas de elaboração teórica. De fato, em nome, da objetividade mínima do direito e da previsibilidade das condutas, impõem-se o desenvolvimento de parâmetros técnicos que permitam a controlabilidade das decisões, preservando o Estado Democrático de Direito de uma degeneração indesejável<sup>22</sup>”.

O sistema jurídico é composto por um conjunto de regras e princípios, sendo que da interpretação destes elementos normativos deduz-se o significado da norma e o modo como ela regulamenta as situações fáticas sociais, objetivando proteger determinados valores ou bens jurídicos. Ao intérprete do Direito é reservado o papel de compreender os valores presentes nesta situação fática nas circunstâncias de suas peculiaridades, que ensejam ora uma, ora outra disposição normativa capaz de coibir com eficácia a ofensa a determinados bens juridicamente relevantes e assim atingir as finalidades básicas do sistema jurídico. É assim que o Direito como

<sup>21</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. Prefácio, item I.

<sup>22</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. Prefácio. Item II

ciência dispõe de métodos próprios e realiza suas finalidades básicas, revigorando seu sentido e papel mediante o contexto em que se insere e mitigando sua crise enquanto instância regulativa dos conflitos sociais.

“Isto porque na vida da ciência – jurídica ou de qualquer outra – não há, nem pode haver ponto de repouso definitivo. O que antes tiver sido virado do avesso pode sempre, a todo tempo, ser revirado: não no sentido de dar marcha à ré, de abrir mão do avanço consumado, de desprezar as recentes conquistas; mas no de averiguar se, com a ajuda das novas lentes, não se obtêm, olhando noutra direção, quiçá no sentido contrário, imagens também novas e igualmente enriquecedoras<sup>23</sup>”.

Em consonância com os paradigmas científicos que atualmente marcam a ciência do Direito a função jurisdicional do Estado desenvolvida pelo Poder Judiciário também sofreu modificações e no atual contexto está buscando se adaptar às novas exigências de uma realidade sempre em transformação. A abertura para os problemas sociais num processo de integração maior entre julgador e julgado, em que o Judiciário desempenha um papel ativo na compreensão das circunstâncias específicas que regulam o caso em concreto e ao mesmo tempo, utiliza a lei como base para construção de decisões democráticas e seguras podem se apresentar como melhores instrumentos para que os juízes possam ter acesso às informações substanciais dos litígios e assim revigorarem o papel social do Direito. Uma postura que seja segura e aberta diante de uma realidade problemática complexa e em construção é a melhor medida para concretização da Justiça e de um Estado Democrático de Direito.

Desta forma, é importante ressaltar que o Direito não é produzido somente pelos órgãos oficiais do Estado, ultrapassando a

<sup>23</sup> NICOLAU JÚNIOR, Mauro. A Decisão Judicial e os Direitos Fundamentais Constitucionais da Democracia. Disponibilidade e Acesso: <<http://www.jusnavigandi.com.br>>. Acesso em 14 de Fevereiro de 2007.

esfera da estatalidade para atingir parte significativa das relações inter-pessoais<sup>24</sup>. Portanto, uma decisão jurídica para que seja justa deve compreender o mais amplamente possível, para posterior síntese (julgamento), toda esta realidade que envolve o litígio. A necessidade de se informar desta realidade problemática complexa e mutante aliada às influências que uma decisão exerce na determinação dos comportamentos ético sociais leva a concluir pela abertura da ordem jurídica como requisito à sua legitimidade e condição para minoração da crise jurídica que se vive atualmente, no sentido de que cabe ao poder judiciário coordenar as tensões sociais. Abertura esta que muitas vezes significa maior integração e participação dos setores envolvidos na realidade do processo judicial.

A neutralidade necessária ou possível<sup>25</sup> para que o juiz possa alcançar uma interpretação o mais objetiva possível no caso em concreto não significa que o juiz deva se desvencilhar de toda e qualquer influência política, social ou cultural, mesmo porque neste sentido nenhum juiz é neutro<sup>26</sup>. Pelo contrário, se ao juiz é importante ter uma compreensão ampla e profunda do conflito social para que seu julgamento seja justo, não há outra medida senão conviver com as inconstâncias e temores que uma aproximação mais atenta da realidade problemática provoca. A ameaça de um Poder Judiciário exageradamente intervencionista que utiliza critérios inseguros deve ser combatida com políticas de controle de constitucionalidade das decisões com boa e razoável fundamentação das sentenças. Isto

<sup>4</sup> HABERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da constituição*. Porto alegre: Sérgio Fabris, 2002. p. 23. "A análise até aqui desenvolvida demonstra que a interpretação constitucional não é um evento exclusivamente estatal, seja do ponto de vista teórico, seja do ponto de vista prático. A esse processo tem acesso potencialmente todas as forças da comunidade política. O cidadão que formula um recurso constitucional é intérprete da constituição tal como um partido político que propõe um conflito entre órgãos ou contra o qual se instaura um processo de proibição de funcionamento. Até pouco tempo imperava a idéia de que o processo de interpretação constitucional estava reduzido aos órgãos estatais ou aos participantes diretos do processo".

<sup>25</sup> CALAMANDREI. Apud, SLAIB FILHO, Nagib. *Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: 2006. p.548. "Históricamente la cualidad preponderantemente que aparece inseparable de la idea misma del juez, desde su primera aparición em los albores de la civilización es la IMPARCIALIDAD. El juez es un tercero extraño a la contienda que no comparte los intereses o las pasiones de las partes que combaten entre sí, y que desde el exterior examina el litígio com serenidad y com desapego; es un tercero inter partes, o mejor aún, supra partes. Lo que lo impulsa a juzgar no es un interés personal, egoísta, que se encuentre em contraste o em convivencia o amistad con uno o con outro de los egoísmos em conflicto. El interés que lo mueve es un interés superior, de ordem colectivo, el interés de que la contienda se resuelva civil e pacificamente..."

porque a decisão judicial como síntese de um longo processo de investigação das circunstâncias problemáticas da lide é resultado de um saber científico, cujo certificado de cientificidade não implica num saber técnico, teórico e formal, distante das influências práticas que inevitavelmente deve sofrer, apesar de também não ser fruto de um subjetivismo relativista e ideológico que coloca o julgador acima dos fatos e valores a serem julgados. A ciência do Direito possui estruturas racionais de uma ciência prática, que permitem sua validade como sistema de regulação.

Deste modo, a exigência de um juiz ativo, sensível às circunstâncias do caso e mais criativo no modo como compreende a lei e os valores é um juiz adequado ao contexto ético contemporâneo e mais próximo à justiça material<sup>27</sup>. O magistrado João Baptista Herkenhoff compreende da seguinte forma o papel do juiz:

"(...) um poeta, alguém que morre de dores que não são suas, alguém que vive o drama do processo, alguém capaz de descer às pessoas que julga, alguém que capta os sentimentos e as aspirações da comunidade, alguém que incorpora na sua alma e na própria vida a fome de justiça do povo a que serve. Diverso deste paradigma é o juiz distante, alheio - burocrata no sentido pejorativo - cuja pena se torna para ele um peso, não por sentir as dores que não são suas, mas pelo enfado de julgar; pela carência do idealismo e da paixão que tornariam seu ofício uma aventura digna da dedicação de uma existência<sup>28</sup>".

<sup>26</sup> PRADO, Lídia Reis de Almeida. *O Juiz e a Emoção: Aspectos da Lógica da Decisão Judicial*. São Paulo: Millennium, 2005. p. 100. "Reconhece-se que os tribunais constituem um solo fértil para as projeções, pois a subjetividade do magistrado e de seus valores (ao lado dos valores sociais) interferem na interpretação da lei. Em decorrência da presença inevitável de tais projeções, ínsitas ao ato de julgar, que se formam a partir da própria leitura do processo, cai por terra o ideal de neutralidade do julgador. Assim, o juiz contemporâneo, envolvido com o caso, poderá recolocar o judiciário, em seu lugar de sustentáculo da democracia e de refúgio certo da esperança coletiva. Um magistrado que tenha vivências de alteridade no ato de julgar terá maior possibilidade de outorgar aos jurisdicionados boas decisões".

<sup>27</sup> PRADO, Lídia Reis de Almeida. *O Juiz e a Emoção: Aspectos da Lógica da Decisão Judicial*. São Paulo: Millennium, 2005. p. 93. "A restrição do Direito à norma - de caráter abstrato e geral - não consegue conviver com a nova idéia de justiça, que implica uma grande confiança no poder criativo do julgador, de quem se espera uma sensibilidade muito refinada para lidar com o sempre mutante contexto social".

É mister encontrar um método capaz de viabilizar a emissão de juízos que tenham por base uma justiça não meramente formal, mas material no sentido de vivência comportamental do Direito e da Democracia. Nesse contexto a ampliação dos poderes dos juízes pode apresentar-se como um instrumento de definição e controle de políticas públicas, de coordenação do processo social na definição do espaço público e privado, no auxílio para concretização de um projeto ético da contemporaneidade que busca superar antigos antagonismos em meio à liberdade plural. Porém tudo isto deve se realizar nos estritos limites das responsabilidades legais assumidas pelo Poder Judiciária de modo a resgatar o papel do Direito no contexto ético atual como meio de auxílio na constituição de uma razão prática individual e coletiva baseada no bem estar social e na felicidade individual.

“Hoje, já voltamos a atingir uma posição de maior equilíbrio; se não subordinamos rigidamente os juízes aos textos lógico-formais, é porque não o compreendemos alheio ao mundo das realidades humanas, aplicando, como um simples autômato, imperativos de leis resultantes tão só de diretivas abstratas, ou agindo perigosamente, à margem da lei positiva, que lhe cabe aplicar com o sentido integral do direito; mas também não o colocamos acima das leis e das necessidades sociais de sua interpretação<sup>29</sup>”.

Atente-se que surgiu nos últimos tempos a exigência de maior participação do Poder Judiciário nos fenômenos políticos e sociais. Trata-se de uma reestruturação dos paradigmas clássicos de decisão e interdependência de poderes, bem como do antigo modelo de imparcialidade com que o Judiciário satisfazia-se em apenas aplicar a legislação. Nesse sentido, o papel político do Judiciário e de certo modo do próprio Direito na avaliação e determinação do que é permanente e do que é variável dentro do contexto ético representa

<sup>28</sup> HERKENHOFF, João Batista. Como aplicar o Direito. Rio de Janeiro: Forense, 1996. P. 65.

importante instrumento de acesso à democracia material, possibilitando assim a garantia do que é justo e essencial na realidade problemática das relações sociais<sup>30</sup>.

No entanto, é importante que se diga que o movimento de politização do Poder Judiciário não significa necessariamente ideologização do mesmo como se os juízes estivessem deliberadamente e aprioristicamente a favor de uma das partes em função das ideologias ou modos de compreender o mundo que possuem<sup>31</sup>. Assim sendo, embora as idéias variem para cada julgador e elas se manifestem de diferentes formas, sendo um elemento insito a qualquer ser humano se orientar pelo modo que concebe os fatos e coisas, a defesa da politização do Poder Judiciário não representa um argumento a favor do psicologismo subjetivo relativista ou mesmo do Realismo Jurídico. Acredita-se na necessidade de maior participação do poder judiciário, sem necessariamente se envolver ideologicamente ao ponto de debilitar inclusive o caráter científico do saber jurídico baseado na possibilidade de aplicação équa da lei mediante a circunstancialidade prática do caso.

Para que se tenha maior controle de tais papéis a serem desempenhados, toda decisão como síntese de um intenso processo de investigação racional dos problemas que envolveram um

<sup>29</sup> REALE, Miguel. Filosofia do Direito. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 438.

<sup>30</sup> MAIA, Antônio Cavalcanti. Apud., BARCELLOS, Ana Paula de. Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 40. “Eis que a reconstitucionalização implicou nítido alargamento das funções dos juízes e uma maior participação do Judiciário nos problemas gerais da vida brasileira. Deste modo, cabe à comunidade dos profissionais do Direito uma reflexão mais profunda acerca destas questões,, tendo em vista que ‘nova retórica’ oferece novas possibilidades de reflexões no mundo do direito e postula uma integração maior entre a produção doutrinário-acadêmica e o cotidiano do juiz e do advogado. Ademais, nos últimos anos tem-se frequentemente sustentado uma fiscalização maior da atividade do judiciário, cogitando-se por vezes o controle externo deste poder. Trata-se de um debate difícil, complexo e delicado. Entretanto, pode-se apontar uma outra forma – diferente daquela do controle externo – de procurar garantir mecanismos de fiscalização da sociedade e da comunidade dos operadores do direito em relação do judiciário. Tal se daria, basicamente, a partir de uma outra perspectiva, situada numa dimensão metodológica, através de um exame mais apurado da fundamentação das decisões, à luz de todas essas cogitações de natureza teórica abertas pela *dérmarche* tópica. Neste quadro atual, onde tradicionalmente garantida em nossa história jurídica, impõem-se uma atenção maior à questão concernente às justificativas pelas quais os juízes chegam às decisões que dirimem as lides a elas submetidas”.

determinado caso em concreto, deve ser respaldada por uma fundamentação técnica e racional condizente com o sistema legal vigente<sup>32</sup>. Toda decisão como escolha ou opção livre, mas não arbitrária, por uma norma deve ser justificada e os argumentos jurídicos que lhe dão validade apresentados publicamente<sup>33</sup>. Assim sendo, ao julgar, o juiz não elabora uma decisão com base em suas vontades ideológicas ou subjetivas sem racionalmente declarar quais motivos jurídicos<sup>34</sup> lhe indicaram aquela determinada decisão normativa como a mais condizente àquela realidade fática, tendo em vista a conquista da justiça e da democracia.

Desta forma, uma decisão que não seja razoável<sup>35</sup> não pode ter validade. Esta razoabilidade, na verdade, representa uma necessária objetividade jurídica que deve estar embutida à decisão jurídica. Isto porque a motivação técnica e racional das decisões é antes de tudo um controle de objetividade da sentença, buscando impedir a subjetividade relativista que impede uma visão ampla de justiça por tudo poder justificar e tornar válido.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

<sup>31</sup> SANTOS, Boaventura de Souza. *Pela Mão de Alice: o social e o político na pós modernidade*. Coimbra: Cortez, 2003, 350 p. 174. Assim nos esclarece o autor a respeito das diferentes formas de compreender o Direito, demonstrando a influência das ideologias para o Poder Judiciário Italiano: "Em primeiro lugar, a tendência dita estrutural funcionalista, com ênfase nos valores de ordem, do equilíbrio e da segurança social e da certeza do direito, que agrupa os juízes e magistrados conservadores ou moderadores, defensores da divisão de poderes, adeptos das soluções tradicionais, quer no plano sócio-econômico, quer no da organização judiciária. Em segundo lugar, a tendência do chamado conflitivismo pluralista em que prevalecem as idéias de mudança social e se defende o reformismo, tanto no interior da organização judiciária, como no da sociedade em geral, com vista no aprofundamento da democracia dentro do marco jurídico-constitucional do Estado de Direito. Em terceiro lugar, a tendência mais radical do chamado conflitivismo dicotômico de tipo marxista, que agrupa os juízes apostados num uso alternativo do direito, numa função mais criadora da magistratura enquanto contribuição do Direito para a construção de uma sociedade verdadeiramente igualitária".

<sup>32</sup> ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica*. São Paulo: Landy, 2001. P. 125. "A legitimação da decisão judicial só pode derivar da argumentação jurídica racional, que a idéia de racionalidade discursiva apenas se realiza em um Estado Democrático Constitucional e que é impossível um Estado Democrático Constitucional sem discurso, sem argumentação e sem justificação, o que conduz à absoluta preponderância do valor da interpretação das normas".

ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica*. São Paulo: Landy, 2001, 328 p.

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. São Paulo: Martin Claret, 2002. 239 p.

BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, Racionalidade e atividade Jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, 334 p.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 5 de outubro de 1988*. *Constituição da República Federativa do Brasil: Série Compacta*, São Paulo, Ridel, 2001. *Legislação Federal*.

BRASIL. *Lei Nº 5.969 de 11 de maio de 1973*. *Institui o Código de Processo civil*. *Código de Processo Civil: Série Compacta*, São Paulo, Ridel, 2001. *Legislação Federal*.

CASTANHEIRA NEVES, A. *Teoria do Direito*. Coimbra: Universidade de Coimbra, 1998. 260 p.

HABERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação*

<sup>33</sup> BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 5 de outubro de 1988*. *Série Compacta*. São Paulo: Ridel, 2001. Art 93. "Lei complementar de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observando-se os seguintes princípios: IX- todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade..."

<sup>34</sup> BRASIL. *Lei Nº 5.969 de 11 de maio de 1973*. *Institui o Código de Processo civil*. *Código de Processo Civil*. *Série Compacta* São Paulo: Ridel, 2001. *Legislação Federal*. Art 131. "O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento".

<sup>35</sup> SAINT-EXUPÉRY, Antoine. *O Pequeno Príncipe*. Tradução de Dom Marcos Barbosa. 48ª Edição. Rio de Janeiro: Agir, 2005. p. 40. "Eu desejava ver um pôr do sol...Fazei esse favor. Ordenai ao sol que se ponha...- Se eu ordenasse a meu general voar de uma flor a outra como borboleta, ou escrever uma tragédia, ou transformar-se em gaivota, e o general não executasse a ordem recebida, quem - ele ou eu - estaria errado?"

-Vós, respondeu com firmeza o príncipezinho. - Exato. É preciso exigir de cada um o que cada um pode dar, replicou o rei. A autoridade repousa sobre a razão. Se ordenares a teu povo que ele se lance no mar, farão todos revolução. Eu tenho o direito de exigir obediência porque minhas ordens são razoáveis".

pluralista e procedimental da constituição. Porto alegre: Sérgio Fabris, 2002, 55 p.

HERKENHOFF, João Batista. Como aplicar o Direito. Rio de Janeiro: Forense, 1996, 212 p.

NICOLAU JÚNIOR, Mauro. A Decisão Judicial e os Direitos Fundamentais Constitucionais da Democracia. Disponibilidade e Acesso: <<http://www.jusnavigandi.com.br>>. Acesso em 14 de Fevereiro de 2007.

PRADO, Lídia Reis de Almeida. O Juiz e a Emoção: Aspectos da lógica da Decisão Judicial. Campinas: Millennium, 2005, 185p.

REALE, Miguel. Filosofia do Direito. São Paulo: Saraiva, 2002, 936 p.

SLAIB FILHO, Nagib. Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Forense, 2006, 786 p.

SADEK, Maria Teresa. Magistrados: uma imagem em movimento. Rio de Janeiro: FGV, 2006, 140 p.

SAINT-EXUPÉRY, Antoine. Pequeno Príncipe, Trad. Dom Marcos Barbosa. Rio de Janeiro: Agir, 2005, 95 p.

SADEK, Maria Teresa. Magistrados: uma imagem em movimento. Rio de Janeiro: FGV, 2006, 140 p.

SAINT-EXUPÉRY, Antoine. Pequeno Príncipe, Trad. Dom Marcos Barbosa. Rio de Janeiro: Agir, 2005, 95 p.

SANTOS, Boaventura de Souza. Pela Mão de Alice: o social e o político na pós modernidade. Coimbra: Cortez, 2003, 350 p.

## ATEORIA DOS ATOS *ULTRA VIRES* E O DIREITO BRASILEIRO

Marlon Tomazette<sup>1</sup>

### 1. INTRODUÇÃO

As sociedades personificadas são caracterizadas por um fim coletivo (o exercício da atividade econômica) e uma vontade coletiva dirigida a consecução de tal finalidade. Todavia, tais entes não possuem existência concreta, não podendo por conseguinte manifestar sua vontade exteriormente de per si, necessitando da intermediação de órgãos para tanto. Essa é a lição de Jossierand :

"Vontade e objeto são os verdadeiros fundamentos da personalidade jurídica, ali onde existe um objeto ou fim coletivo e uma vontade coletiva de alcançar esse fim, existe uma personalidade moral, com a condição, sem embargo, de que dita vontade se traduza exteriormente por meio de órgãos"<sup>2</sup>.

Assim, a vontade das sociedades deve ser concretizada por meio de seus órgãos, que são denominados de administradores. São estes que na maioria dos casos praticam os atos pela sociedade. Todavia, nem sempre esses administradores agem dentro de seus pode-

<sup>1</sup> Mestre e Doutorando em Direito, Professor de Direito Comercial do Centro Universitário de Brasília - UniCEUB e da Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal, Procurador do Distrito Federal e Advogado.

<sup>2</sup> JOSSERAND, Louis. *Derecho Civil*, Tradução De Santiago Cunchillos Y Manterola, Buenos Aires: Bosch Y Cia, 1952, p. 465