

VALORES, PROCESSO E SENTENÇA

ADALBERTO NARCISO HOMMERDING

Dissertação apresentada ao Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina como requisito à obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. MOACYR MOTTA DA SILVA

**FLORIANÓPOLIS
2001**

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

DISSERTAÇÃO

VALORES, PROCESSO E SENTENÇA

Elaborada por

ADALBERTO NARCISO HOMMERDING

e aprovada por todos os membros da banca examinadora, sendo julgada adequada para a obtenção do título de MESTRE EM DIREITO

Florianópolis, 4 de setembro de 2001.

BANCA EXAMINADORA:


Prof. Dr. Moacyr Motta da Silva


Prof. Dr. Sérgio Cademartori


Prof. Dr. José Isaac Pilati

Orientador


Prof. Dr. Moacyr Motta da Silva

Coordenador do Curso

Prof. Dr. Antonio Carlos Wolkmer


Prof. Dr. Christian Guy Caubét
Coordenador CPGD/CCJUFSC

AGRADECIMENTOS

Ao Instituto de Ensino Superior de Santo Ângelo – IESA, na pessoa de seu diretor, professor José Barcaro, pela oportunidade de lecionar junto à Faculdade de Direito, extensivo também aos colegas do corpo docente dessa instituição, funcionários e alunos.

Aos professores e colegas de Mestrado, pelo companheirismo.

Aos meus alunos da cadeira de Teoria Geral do Processo da Faculdade de Direito do IESA, que para mim representam constante estímulo à pesquisa e docência.

À Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC, na pessoa dos coordenadores do Curso de Pós-graduação em Direito e da Turma Especial UFSC – IESA.

Ao Professor Moacyr Motta da Silva, pela orientação, dedicação e pelos ensinamentos obtidos.

Aos serventuários da Justiça da Comarca de Tucunduva/RS, pela convivência e amizade.

À Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul e ao Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, pelo apoio financeiro.

Aos meus pais, Valdir e Vanir, e irmã Graciela, pelo constante apoio.

À Anielle Cavalli, pelo carinho.

RESUMO

A teoria dos valores assume importância para a própria concepção de mundo do homem, pois se relaciona com a vida. O sentido da vida humana reside na realização dos valores, sendo que a realização do sentido da existência do homem depende da concepção de vida que tiver acerca dos valores. Aquele que nega os valores ou que deles tem uma concepção errada não poderá deixar de falhar na vida e não conseguirá dar a ela o seu verdadeiro e justo sentido. Ao contrário, aquele que conhece os verdadeiros valores e que possui uma clara consciência valorativa pode realizar o sentido da vida sabendo achar sempre a melhor decisão em cada caso concreto. A estrutura dos valores é hierarquizada, sendo que os valores éticos são superiores aos estéticos e aos lógicos. A cultura humana é a realização de valores. O positivismo jurídico, fruto da ideologia burguesa, afastou do direito a idéia de valor. O direito passou a ser visto como um sistema fechado, sem lacunas, formal e hierarquizado, com caráter subsuntivo, nos moldes das ciências lógicas. Assim, o raciocínio jurídico tradicional não passa de um silogismo. A concepção tridimensional do direito resgata o valor aliando-o ao fato e à norma. Isso porque o processo judicial é objeto da cultura e, como tal, sofre a influência dos valores. A vida só tem sentido quando colocada a serviço dos valores mais altos. O processo, portanto, como manifestação da cultura e dos conflitos da vida, só atenderá sua finalidade se realizar a justiça, valor ético que é considerado valor supremo na escala hierárquica. O juiz, ao julgar, deve sempre buscar a realização dos valores éticos, ainda que em detrimento dos valores estéticos e lógicos. O raciocínio judicial não deve ser meramente lógico-formal como preconiza a doutrina do positivismo jurídico; o juiz, como agente ético, deve sempre buscar a justiça, mesmo que para isso tenha de negar a lei, quando esta acarretar decisões injustas. A tragédia da cultura e, portanto, do processo reside, então, no fato de que, quando tiver de dizer sim à justiça, às vezes terá de dizer não à lei, à doutrina e à jurisprudência consagradas. A resposta do juiz, no conflito entre o jurídico e o ético, há que ser sempre de conteúdo ético, pois não há injustiça que se justifique. O juiz não pode furtar-se à busca do justo. É na dimensão valorativa que o Judiciário se afirma como Poder Político do Estado, independente e soberano. A supressão dessa dimensão da função jurisdicional é a mais significativa forma de alienação do juiz. A sentença, enquanto ato de valoração do fato social, é fonte de criação do próprio direito, sendo produto distinto do que o que resulta da mera aplicação automática do direito positivo. O processo não é um fim em si mesmo. Deve ser entendido como um instrumento forte e adequado para permitir e assegurar valores fundamentais em forma concreta.

RESUMEN

El sentido de la vida humana reside en la realización de los valores, siendo que la realización del sentido de la existencia del hombre depende de la concepción de vida que tiene acerca de los valores. Aquel que niega los valores o que de ellos tiene una concepción equivocada no podrá dejar de fallar en la vida y no conseguirá darle su verdadero y justo sentido. Al contrario, aquel que conoce los verdaderos valores y que posee una clara conciencia valorativa puede realizar el sentido de la vida sabiendo encontrar siempre la mejor decisión en caso concreto. La estructura de los valores es jerarquizada, siendo que los valores éticos son superiores a los estéticos y a los lógicos. La cultura humana es la realización de valores. El positivismo jurídico, fruto de la ideología burguesa alejó el derecho a la idea del valor. El derecho pasó a ser visto como un sistema cerrado, sin lagunas, formal y jerarquizado con carácter subsanativo, en los moldes de las ciencias lógicas. Así el raciocinio jurídico tradicional no pasa de un silogismo. La concepción tridimensional del derecho recupera el valor uniéndolo al hecho y a la norma. Esto porque el proceso judicial es objeto de la cultura y como tal sufre influencia de los valores. La vida solamente tiene sentido cuando es colocada al servicio de valores más altos. El proceso por lo tanto, como manifestación de la cultura y de los conflictos de la vida, solamente cumplirá su finalidad si realiza la justicia, el valor ético que es considerado valor supremo en la escala jerárquica. El juez al juzgar debe siempre buscar la realización de los valores éticos, aunque en detrimento de los valores estéticos y lógicos. El raciocinio judicial no debe ser meramente lógico-formal como preconiza la doctrina del positivismo jurídico; el juez, como agente ético, debe siempre buscar la justicia, aunque para eso tenga que negar la ley, cuando esta traiga decisiones injustas. La tragedia de la cultura y por lo tanto del proceso reside entonces en el hecho que cuando tenga que decir sí a la justicia a veces tendrá que decir no a la ley, la doctrina y la jurisprudencia consagrados. La respuesta del juez, en el conflicto entre lo jurídico y lo ético, tendrá que ser siempre de contenido ético, pues no hay injusticia que se justifique. El juez no puede fugarse a la busca de lo justo. Es en la dimensión valorativa que el jurídico se afirma como Poder Político del Estado, independiente y soberano. La supresión de esta dimensión de la función jurisdiccional es la más significativa forma de alienación del juez. La sentencia en cuanto al acto de valorización del hecho social es fuente de creación del propio derecho, siendo producto distinto de lo que resulta de la mera aplicación automática del derecho positivo. El proceso no es un fin en sí mismo. Debe de ser entendido como un instrumento fuerte y adecuado para permitir y asegurar valores fundamentales en forma concreta.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	1
CAPÍTULO 1. A IDÉIA DE VALOR A PARTIR DE HESSEN.....	4
1.1. Valor: uma visão teórica.....	4
1.1.1. A essência dos valores.....	9
1.1.2. Os valores como objetos não-sensíveis.....	12
1.1.3. Valor como expressão ideal do Ser.....	13
1.1.4. O Dever Ser como momento do valor.....	16
1.1.5. A validade transubjetiva dos valores.....	16
1.1.6. A fundamentação positiva da objetividade dos valores.....	18
1.1.7. Valores: uma tentativa de classificação.....	20
1.1.7.1. Classificação formal dos valores.....	21
1.1.7.2. Classificação material dos valores.....	21
1.1.7.2.1. Valores sensíveis.....	22
1.1.7.2.2. Valores espirituais.....	22
1.1.8. A hierarquia dos valores.....	24
1.2. O conhecimento dos valores: intelectualismo <i>versus</i> emocionalismo.....	26
1.2.1. O daltonismo dos valores.....	28
1.2.2. Verdade e demonstrabilidade do juízo de valor.....	29
1.2.3. O pensamento valorador e o pensamento científico.....	30
1.3. Antropologia dos valores.....	31
1.3.1. Os valores e o homem.....	31
1.3.2. O valioso como fim da vontade humana.....	32
1.3.3. O homem e os valores: o sentido da vida.....	33
1.4. A tragédia da cultura.....	34
1.4.1. O sentido da cultura.....	34
1.4.2. O momento trágico da cultura.....	36
1.4.3. A objetivação dos valores e o trágico.....	36
1.4.4. A teologia dos valores como edifício da axiologia.....	37
1.4.5. A realização dos valores como caminho para Deus.....	39
1.4.6. A visionação de um ideal superior.....	40
1.4.7. O insucesso do homem na realização dos valores.....	41
1.4.8. A realização dos valores éticos como fim do homem.....	41
CAPÍTULO 2. A SENTENÇA E A IDÉIA DE VALOR.....	43
2.1. O caráter avalorativo do positivismo jurídico.....	43
2.2. O direito em uma perspectiva tridimensional.....	62
2.3. O silogismo judicial tradicional.....	68

2.4. Alternativas ao silogismo tradicional.....	70
CAPÍTULO 3. PERSPECTIVAS PARA UMA EFETIVA APLICAÇÃO DA IDÉIA DE VALOR NA SENTENÇA E NO PROCESSO.....	89
3.1. Ética e justiça: considerações iniciais.....	89
3.2. Processo e sentença numa perspectiva ética.....	100
3.3. A idéia de valor consubstanciada no processo e na sentença.....	104
3.3.1. Processo e ideologia.....	104
3.3.2. A teoria do valor na prática judiciária.....	111
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	140
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	145

INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa a realizar um estudo da teoria dos valores tentando aplicá-la no processo judicial e na sentença. Para a realização deste trabalho, utiliza-se o método indutivo e a técnica de pesquisa bibliográfica.

A pesquisa foi dividida em três momentos. O primeiro representa uma síntese da teoria dos valores, a partir de Johannes Hessen. Apresenta-se uma visão teórica da idéia de valor e do que consiste a essência dos valores. Demonstra-se que o valor pode ser considerado um fenômeno de três lados, ora como objeto de experiência; ora como qualidade valiosa ou, ainda, como idéia de valor. Salienta-se a diferença entre o valor e o Ser, distinguindo-se a ciência do Ser da ciência do valor.

Apresentam-se algumas características dos valores, tais como a irrealidade, a intemporalidade e a objetividade, demonstrando-se que os valores são imutáveis e permanentes e que possuem uma estrutura bipolar, já que há valores positivos e negativos. Faz-se uma distinção entre valores individuais e subjetivos – que valem só para determinados indivíduos –; valores subjetivos gerais – que valem para toda a espécie humana –; e valores dotados de validade objetiva e absoluta – que todos devem reconhecer como válidos.

Procede-se, ainda, a uma tentativa de classificação dos valores, que se subdivide em formal e material. A partir da classificação material, que demonstra que os valores espirituais abrangem os valores lógicos, éticos, estéticos e religiosos, passa-se ao estudo da hierarquia dos valores reconhecendo a precedência dos valores éticos sobre os estéticos e lógicos. Aborda-se, também, o problema do conhecimento dos valores e o confronto entre o intelectualismo e o sentimentalismo. Sendo considerado o sentimentalismo fator preponderante, dá-se particular atenção ao daltonismo dos valores de que são vítimas alguns intelectuais.

São abordados, também, a demonstrabilidade dos juízos de valor; o valioso como fim da vontade humana e a realização dos valores espirituais como fim supremo do homem. A investigação estende-se à cultura como ato e criação do homem e realização de valores, apontando-se o seu momento trágico. Há, ainda, nesse primeiro capítulo uma referência à

teologia dos valores e à realização dos valores como caminho para Deus e fim último do homem.

O segundo capítulo analisa o positivismo jurídico como destituído de caráter valorativo. Após breve referência ao direito natural, aborda-se o positivismo jurídico em sete pontos fundamentais a seguir considerados: quanto ao modo de abordar o direito; quanto à definição do direito; quanto às fontes do direito; quanto à teoria da norma jurídica; quanto à teoria do ordenamento jurídico; quanto ao método da ciência jurídica e quanto à teoria da obediência. Demonstra-se que o positivismo jurídico rejeita juízos valorativos em função de um tecnicismo formalista, fundando o direito na existência de uma organização normativa e hierarquizada.

Além disso, faz-se menção ao fetichismo da mercadoria e da lei como modo de ocultamento da relação de dominação/exploração típica da sociedade capitalista. Critica-se, também, a pretensão positivista de advogar a posse exclusiva do único e verdadeiro método científico, demonstrando que a legalidade só produz legitimidade se a ordem jurídica estiver aberta à moralidade. Na seqüência, abordam-se algumas características e tendências do homem burguês, demonstrando-se que o processo judicial, caracterizado pelo formalismo, oculta as relações de pessoas passando a considerar o valor utilidade como valor máximo.

Após, analisa-se o direito em uma perspectiva tridimensional, qual seja a teoria tridimensional de Miguel Reale, que abarca o valor, fazendo com que este passe a ser elemento de composição do direito ao lado do fato e da norma. Trata-se, aqui, de repudiar imagens parciais do direito, reconhecendo-se a insuficiência de perspectivas isoladas do fático, do axiológico e do normativo. Ainda, é abordada a tridimensionalidade do direito na gênese da norma jurídica, porquanto nela também se faz presente.

Focaliza-se neste capítulo o raciocínio judicial, tecendo-se considerações sobre o silogismo tradicional, orientado pela lógica formal e subsuntiva, e sobre o silogismo alternativo, que se pode apoiar na tópica, nos princípios gerais do direito, na dialética e na retórica. Critica-se a escola da exegese e a assimilação do direito a um sistema meramente dedutivo, demonstrando-se que a lógica formal não dá conta de todo o fenômeno jurídico. A lógica formal distanciou o direito da realidade passando a lei a ser vista como um fim em si mesmo. Alerta-se para a importância do momento de decisão, que é um momento de valoração, e para a necessidade de se considerar o processo judicial como abertura do sistema

para a infiltração de valores. Também são feitas algumas considerações acerca dos princípios gerais do direito, do garantismo, da tópica, da dialética e da retórica, que podem ser utilizados pelo juiz na busca das soluções concretas, uma vez que o direito legislado é insuficiente para tal mister, já que a vida, assim como o direito, é flexível e mutável.

O terceiro capítulo apresenta as perspectivas para uma efetiva aplicação da idéia de valor no processo judicial e na sentença. Além de algumas considerações acerca da ética e da justiça, definindo-se a constituição do campo ético, que abrange os valores éticos, o agente ético – sujeito moral – e os meios éticos, também são tratadas algumas noções de justiça, ressaltando-se a complexidade do tema e a noção de igualdade de tratamento aos que pertençam a uma mesma categoria como fator a ser considerado na administração da justiça.

Segue-se com uma abordagem do valor justiça como valor-fim do direito e sua importância diante de outros valores que podem ser considerados valores-meio, tais como a segurança jurídica. Demonstra-se que o processo não pode ser visto apenas como instrumento técnico, devendo estar inserido no universo axiológico da sociedade como instrumento político e de realização do valor justiça.

Adiante, demonstra-se que o Código de Processo Civil Brasileiro ignorou a teoria tridimensional do direito, esquecendo-se dos valores. A par disso, é demonstrada a ideologia que se esconde por detrás de alguns institutos, tais como a coisa julgada, a prova tarifada e o princípio dispositivo. Por fim, a teoria dos valores é trazida para a prática judiciária por meio da análise de algumas decisões judiciais, apontando-se a necessidade de desenvolvimento, por parte não só dos juízes mas dos juristas em geral, de um órgão axiológico, que esteja aberto a uma visão multidisciplinar da vida e realizadora de valores éticos.

CAPÍTULO 1.

A IDÉIA DE VALOR A PARTIR DE HESSEN

1.1. Valor: uma visão teórica

Filosofar não pode ser considerado um dom inacessível ao homem comum¹. Não é, por certo, uma atividade destinada somente aos **eleitos** ou aos **intelectuais**, pois, embora haja alguns homens que se notabilizaram pela capacidade de discernimento e reflexão, dedicando sua vida aos problemas filosóficos, todo o homem é dotado de capacidade de raciocínio, sendo capaz de dar sentido à sua vida construindo o seu próprio mundo e a sua própria **filosofia de vida**².

Fazer filosofia de vida, portanto, é realizar a pintura do quadro pessoal; tarefa que exige uma visão criadora e corajosa, unindo razão e sensibilidade³.

É na filosofia que o espírito humano medita sobre o alcance e o sentido de suas atividades⁴. O pensamento realiza uma volta sobre si mesmo. Por isso que a filosofia se realiza sobretudo como reflexão⁵.

O espírito humano efetua um auto-exame sobre suas atitudes teóricas por meio da teoria da ciência, que abrange a lógica e a teoria do conhecimento⁶.

¹ SILVEIRA, José Luongo da. *Noções preliminares de filosofia do direito*. Porto Alegre: Fabris, 1998, p. 40.

² *Idem, ibidem*.

³ *Idem, ibidem*.

⁴ HESSEN, Johannes. *Filosofia dos valores*. Tradução de L. Cabral de Moncada. 3. ed. Coimbra: Armênio Amado, 1967, p. 19. Johannes Hessen, sacerdote católico e filósofo, nasceu em Lobberich, Renânia, 1889, tendo falecido no ano de 1971. Foi professor de filosofia na Universidade de Colonia, a partir de 1927. Seu pensamento é fortemente influenciado pelas idéias cristãs de Santo Agostinho. Entre suas obras, destacam-se: *Tratado de filosofia*, em três volumes (Doutrina da ciência, doutrina dos valores e doutrina da realidade); *Filosofia da religião*, em dois volumes (Métodos e formas da filosofia da religião e Sistema de filosofia da religião); *Teoria do conhecimento*; *Filosofia dos valores*. Ver Logos: Enciclopédia Luso-brasileira de filosofia. v. 2. Lisboa-São Paulo: Verbo, 1990, p. 1.166.

⁵ CHAUI, Marilena. *Convite à filosofia*. 10. ed. São Paulo: Ática, 1998, p. 14. Segundo QUINTON, a filosofia, em Hume, é a primeira ciência; é a ciência mestra. QUINTON, Anthony. *Hume*. Tradução de José Oscar de Almeida Marques. São Paulo: Unesp, 1999, p. 16. Isso porque HUME confere a ela amplo significado. HUME,

De acordo com ROHMANN, a lógica é o estudo do que constitui raciocínio válido. É, em essência, a procura de um método pelo qual se possam isolar os raciocínios válidos e coerentes dos inválidos e incoerentes⁷.

A teoria do conhecimento é uma parte da teoria da ciência e pressupõe o Ser cognoscente e o objeto. Existe uma relação entre o Ser cognoscente e o objeto. Os dois termos não podem ser eliminados⁸. A teoria do conhecimento suscita o problema dessa relação, que é de natureza objetiva⁹. É a epistemologia que formulará as perguntas: o que é o conhecimento? Como obtê-lo? Quais são os seus limites¹⁰?

A discussão quanto aos problemas do conhecimento, entretanto, não é tranqüila¹¹.

HESSEN define a teoria do conhecimento como a teoria material da ciência ou como teoria dos princípios materiais do conhecimento humano. A lógica investiga os princípios formais do conhecimento, as formas e leis gerais do pensamento humano. A teoria do conhecimento dirige-se aos pressupostos materiais mais gerais do conhecimento científico. Enquanto a lógica prescinde da referência do pensamento aos objetos considerando o

David. Investigação acerca do entendimento humano. Tradução de Anoar Aiex. In: *Os pensadores*. São Paulo: Nova Cultural, 2000, p. 25.

⁶ HESSEN, J. *Op. cit.*, p. 19.

⁷ ROHMANN, Chris. *O livro das idéias: pensadores, teorias e conceitos que formam nossa visão de mundo*. Tradução de Jussara Simões. Rio de Janeiro: Campus, 2000, p. 248.

⁸ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *O problema fundamental do conhecimento*. Campinas: Bookseller, 1999, p. 28.

⁹ KANT, Immanuel. Primeira introdução à crítica do juízo. In: TERRA, Ricardo Ribeiro (org.). *Dois introduções à crítica do juízo*. Tradução de Rubens Rodrigues Torres Filho. São Paulo: Iluminuras, 1995, p. 41-43.

¹⁰ ROHMANN, C. *Op. cit.*, p. 130-131.

¹¹ A relação sujeito-objeto é sustentada pela chamada **filosofia da consciência**, cujos expoentes são, entre outros, Kant, Descartes, Betti, Husserl e Schelling. A filosofia da consciência tem forte influência no campo da interpretação jurídica. Coloca, porém, a linguagem em segundo plano, isto é, como a terceira coisa que se interpõe entre o sujeito e o objeto. A linguagem, assim, é uma espécie de condutor de essências e corretas exegeses dos textos legais. Essa lógica do sujeito, porém, é rompida pela virada lingüística, a partir de Wittgenstein e Heidegger, excluindo qualquer pretensa representação intencional-objetiva pré-lingüística, passando o homem a se orientar no mundo e nele agir mediante e pela linguagem. A linguagem passa a ser entendida como ação humana. O horizonte, a partir de onde se pode e deve pensar a linguagem, não é o do sujeito isolado, ou da consciência do indivíduo, que é o ponto de referência de toda a filosofia da subjetividade, mas a comunidade de sujeitos em interação. Por isso é que se dá valor à historicidade, partindo-se inexoravelmente na direção da intersubjetividade, própria da relação sujeito-sujeito. O intérprete do direito, assim, não contempla o objeto para depois construí-lo ou projetá-lo. O intérprete é alguém inserido, desde sempre, na linguagem, da qual o objeto faz parte. A linguagem é, utilizando-se da linguagem de Heidegger, a **casa do ser**. Não nos preocupamos, no presente trabalho, em analisar mais a fundo a questão do giro lingüístico, haja vista que os valores em Hessen e sua teoria do conhecimento ainda fazem parte – a nosso ver – da filosofia da consciência. Alertamos, porém, que houve uma quebra do paradigma da filosofia da consciência, havendo uma importância crescente e cada vez maior da filosofia hermenêutica, que é crítica e produtiva, pois, nela, o intérprete do direito é um sujeito inserido no meio-ambiente cultural-histórico. O sujeito, portanto, é **ele e suas circunstâncias**. Nesse sentido conferir: STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma*

pensamento puramente em si, a teoria do conhecimento visa à referência objetiva do pensamento, isto é, na sua relação com os objetos. A lógica questiona acerca da correção formal do pensamento, acerca da concordância consigo mesmo, com suas próprias formas e leis. A teoria do conhecimento questiona acerca da verdade do pensamento, sobre sua concordância com o objeto. Assim, a teoria do conhecimento opõe-se à lógica, pois é, segundo HESSEN, a teoria do **pensamento verdadeiro** enquanto que esta é a teoria do **pensamento correto**. A teoria do conhecimento pode ser chamada de **ciência filosófica fundamental**¹².

Para CHAUI, a teoria do conhecimento volta-se para a relação entre o pensamento e as coisas, a consciência interior e a realidade exterior, o entendimento e a realidade; em suma, o sujeito e o objeto do conhecimento¹³.

KANT distingue duas formas conhecimento: o empírico ou *a posteriori*, e o puro ou *a priori*. O conhecimento empírico reduz-se aos dados fornecidos pelas experiências sensíveis. Assim, quando se diz, por exemplo, **a porta está aberta**, expressa-se um conhecimento que não pode ser desvinculado de uma impressão dos sentidos. Ao contrário, o conhecimento puro não depende de nenhuma experiência sensível, distinguindo-se do empírico pela universalidade e necessidade. É o caso da proposição **a linha reta é a distância mais curta entre dois pontos**. Nessa proposição nada se afirma a respeito de determinada linha reta, mas de qualquer linha reta – **universalidade** -; por outro lado, não se declara que a linha reta é mais curta em certas condições, mas em quaisquer condições - **necessidade**¹⁴.

Pode-se dizer, então, que o conhecimento *a priori* ocorre de modo absolutamente independente da experiência, enquanto que o conhecimento *a posteriori* possui suas fontes na experiência¹⁵.

Kant demonstra que o homem traz consigo algo decisivo para o processo do conhecimento: as representações de espaço e de tempo e as categorias do entendimento. O conhecimento, assim, constitui-se em grande parte por ingredientes inerentes ao sujeito

exploração hermenêutica da construção do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999; SANTOS, Boaventura de Souza. *Introdução a uma ciência pós-moderna*. Rio de Janeiro: Graal, 1989, p. 16.

¹² HESSEN, Johannes. *Teoria do conhecimento*. Tradução de João Vergílio Gallerani Cuter. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 13-14.

¹³ CHAUI, M. *Op. cit.*, p. 114.

¹⁴ KANT, Immanuel. *Crítica da razão pura*. In: *Os pensadores*. Tradução de Valerio Rohden e Udo Baldur Moosburger. São Paulo: Nova Cultural, 2000, p. 7-54.

¹⁵ *Idem, ibidem*.

cognoscitivo. A realidade não se mostra ao homem assim como ela é em si mesma, mas como ela lhe aparece em razão de sua específica faculdade cognitiva. O homem não aprende as coisas em si, mas somente as coisas enquanto fenômenos. Daí por que a experiência é o lugar para o saber seguro¹⁶.

Segundo HESSEN, há, ainda, uma idéia de que a filosofia seja vista como concepção do mundo. Esse esforço de conhecer aquilo que constitui o mundo faz-se por meio da teoria da realidade, que se subdivide na metafísica e na teoria das concepções do mundo. Daí por que se pode afirmar que as disciplinas que integram a filosofia são a teoria da ciência, a teoria dos valores e a teoria da realidade¹⁷.

Ao refletir sobre atitudes não-teoréticas, o espírito o faz mediante a teoria dos valores, que inclui a ética, a estética e a filosofia da religião¹⁸.

Também denominada filosofia moral, a ética é o estudo dos princípios e do comportamento moral, e da natureza do bem. Pode ser dividida em **ética normativa** e **metaética**: a primeira propõe os princípios da conduta correta; a segunda investiga o uso e a fundamentação de conceitos como certo e errado, bem e mal, etc¹⁹.

Para SAVATER, ao contrário de outros seres, animados ou inanimados, nós homens podemos **inventar e escolher**, em parte, nossa forma de vida. Podemos optar pelo que nos parece bom, ou seja, conveniente para nós, em oposição ao que nos parece mau e inconveniente. Como podemos inventar e escolher, podemos nos **enganar**, o que não acontece com os castores, as abelhas e as térmitas. De modo que parece prudente atentarmos bem para o que fazemos, procurando adquirir um certo saber-viver que nos permita acertar. Esse saber-viver, ou **arte de viver**, é o que se chama de ética²⁰.

Em REALE pode-se ver a ética como a realização da liberdade, sendo que o direito, momento essencial do processo ético, representa sua garantia específica em seu destino próprio de compor em harmonia, liberdade, normatividade e poder²¹.

¹⁶ WEISCHEDEL, Wilhelm. *A escada dos fundos da filosofia: a vida cotidiana e o pensamento de 34 grandes filósofos*. Tradução de Edson Dognaldo Gil. São Paulo: Angra, 1999, p. 209. Ver também KANT, Immanuel. *Op. cit.*, p. 62-64.

¹⁷ HESSEN, J. *Filosofia dos valores*, p. 19-20.

¹⁸ *Idem, ibidem*.

¹⁹ ROHMANN, C. *Op. cit.*, p. 146.

²⁰ SAVATER, Fernando. *Ética para meu filho*. Tradução de Monica Stahel. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 31.

²¹ REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 219.

A estética pode ser considerada o estudo da natureza da beleza e da arte²². Immanuel Kant revolucionou a estética, pois passou a não mais interpretar a apreciação estética como simples percepção da beleza. Para KANT, tentar submeter a avaliação crítica do belo a princípios racionais é esforço vão, pois tais regras ou critérios são, com respeito às suas principais fontes, meramente empíricas e jamais podem servir como leis *a priori* determinadas pelas quais teria que se regular o nosso juízo de gosto²³. Dita apreciação estética passou, a partir de Kant, a envolver um juízo subjetivo, mas informado; postura que prevalece deste então²⁴.

A teoria dos valores – de que se ocupa este trabalho –, por sua vez, comporta uma subdivisão em teoria especial e teoria geral. Esta trata do valor e do valer em si mesmos; aquela é constituída pela ética, estética e filosofia da religião²⁵.

Segundo HESSEN, a teoria dos valores assume uma fundamental importância, não só para as diferentes disciplinas axiológicas, mas para a teoria da nossa própria concepção do mundo²⁶. Como concepção do mundo implica concepção da vida, temos que a teoria dos valores relaciona-se diretamente com a vida: o sentido da vida humana reside, então, na realização dos valores. A realização do sentido da nossa existência depende da concepção de vida que tivermos acerca dos valores, pois aquele que nega todos os valores não poderá deixar de falhar na vida. Aquele que tiver uma concepção errada dos valores não conseguirá dar à vida o seu verdadeiro e justo sentido. Somente aquele que conhecer os verdadeiros valores e que possuir uma clara consciência valorativa realizará o sentido da vida e saberá achar sempre a melhor decisão em cada caso concreto²⁷.

A teoria dos valores dá, pois, à consciência do homem uma maior claridade, tornando-a mais rica e firme. Só conhecemos os homens quando conhecemos os critérios de valoração a que obedecem. Então, o estudo dos valores é a primeira condição para enriquecermos o conhecimento dos homens e sabermos como devem ser tratados e educados²⁸.

²² ROHMANN, C. *Op. cit.*, p. 140.

²³ KANT, I. *Op. cit.*, p. 72.

²⁴ ROHMANN, C. *Op. cit.*, p. 140. Ver também KANT, Immanuel. *Primeira introdução à crítica do juízo*, p. 57-61.

²⁵ HESSEN, J. *Op. cit.*, p. 20.

²⁶ *Idem*, p. 22.

²⁷ *Idem*, p. 22-23.

²⁸ *Idem*, p. 24.

Há necessidade de uma adequada compreensão dos valores, pois, enquanto fundamento último da realidade humana, são eles que, em última instância, orientam a conduta em diferentes direções, de cuja interação e resultado surge o mundo histórico-cultural, que é a realidade do homem²⁹.

1.1.1. A essência dos valores

O conceito de valor não admite definição rigorosa. É um daqueles conceitos indefinidos. Comporta, apenas, uma clarificação ou **mostração** do seu conteúdo, no dizer de HESSEN³⁰.

O valor pode ser considerado um fenômeno de três lados: pode ser objeto de uma experiência ou de uma vivência; pode dizer respeito à qualidade valiosa de algum objeto e também pode ser visto simplesmente como idéia de valor³¹.

Pode-se considerar o valor como objeto de uma experiência quando, por exemplo, experimentamos o valor de uma personalidade ou a beleza de uma paisagem e quando falamos de valores éticos e estéticos. A nossa vivência desses valores é um fato³².

Considerado o valor como qualidade valiosa, temos a presença de uma qualidade nos objetos que acima referimos: homem e paisagem³³.

Já a idéia de valor consiste no conceito do gênero sob o qual subsumimos o conteúdo de todas as nossas vivências da mesma espécie. São estes conceitos os de bem, belo e santo. Neste caso, é freqüente também designar os próprios conceitos como valores e falar de valores éticos, estéticos e religiosos. Seria contudo mais rigoroso falar aqui de **idéias de valor**³⁴.

²⁹ MATEOS GARCÍA, Angeles. *A teoria dos valores de Miguel Reale: fundamento de seu tridimensionalismo jurídico*. Tradução de Talia Bugel. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 1-2.

³⁰ HESSEN, J. *Op. cit.*, p. 37.

³¹ *Idem, ibidem.*

³² *Idem, p. 38.*

³³ *Idem, ibidem.*

³⁴ *Idem, ibidem.*

O valor nos é dado em nossa consciência dos valores. Quando valoramos estamos reconhecendo algo como valioso; estamos atribuindo valor a alguma coisa, emitindo um juízo de valor. O valorar é da essência humana, assim como o conhecer e o querer. Todo o querer pressupõe um valor. Só queremos aquilo que nos parece valioso e digno de ser desejado³⁵.

Os nossos juízos de valor podem ser positivos ou negativos, pois algumas coisas podem parecer valiosas e outras desvaliosas. Atribuímos valores a diversas coisas. Atribui-se valor ao pão porque mata a fome; à roupa porque defende do frio, etc. Nesses casos, essas coisas parecem valiosas em razão do fato de satisfazerem necessidades. A partir daí temos que se pode definir o valor como sendo um *quid* que satisfaz uma necessidade³⁶. E esta necessidade pode ser uma necessidade moral - **valor moral** -, estética - **valor estético** - ou religiosa - **valor religioso**.

O valor distingue-se do **Ser**; distingue-se da **realidade**³⁷. Para Miguel Reale, os valores não são nem podem ser realidades ou objetos do mundo do Ser. São objetos valiosos que se projetam como objetos culturais. O valor é um ente autônomo, acessível a partir do âmbito do Dever Ser; não é nenhum dos objetos referidos ao Ser: é um ente que possui condições próprias de cognoscibilidade. Daí a configuração autônoma da axiologia³⁸.

Há uma distinção entre ciência do Ser e ciência dos valores, pois esta funda-se em juízos de valor, sendo que sua visão das coisas é uma visão valorativa; procura saber se os valores são positivos ou negativos, e o grau que o valor atingiu na sua realização; aquela ocupa-se do Ser, preocupa-se com aquilo que é, fundando-se em um juízo de **existência**³⁹.

Toda coisa, todo ente, afirma GALVES, tem a sua natureza própria, o seu modo de ser próprio, que faz com que esse ente tenha o seu tipo de ser. Ao entrar na existência, todo ente já traz em si como que programado o seu desenvolvimento progressivo, rumo à realização final e completa de sua natureza própria. Basta ver o exemplo da semente da árvore que culmina na árvore frondosa e fecunda⁴⁰.

Nos seres inferiores ao homem, a marcha para aquele fim é comandada por dinamismos automáticos, que fazem com que o caminho tenha de ser percorrido fatalmente.

³⁵ *Idem*, p. 40.

³⁶ *Idem*, p. 40-41.

³⁷ *Idem*, p. 46.

³⁸ MATEOS GARCÍA, A. *Op. cit.*, p. 19-20.

³⁹ HESSEN, J. *Op. cit.*, p. 46.

⁴⁰ GALVES, Carlos Nicolau. *Manual de filosofia do direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 129.

Já nos seres dotados de inteligência e vontade esse movimento ontológico rumo ao objetivo final é realizado pela vontade orientada pela inteligência, pois esta vê o que convém à realização das potencialidades da natureza desses seres, e diz à vontade o que esta deve fazer para realizar essa natureza⁴¹. Tal é o que ocorre com o homem. Assim, segundo GALVES, o Dever Ser que orienta a boa conduta do homem para que possa desenvolver o seu Ser, é tirado da natureza humana ou modo de ser do homem: o Dever Ser vem do Ser e realiza o Ser⁴².

As ciências naturais – que pertencem à ciência do Ser – não valoram, não tomam posição. Ao contrário, a ciência dos valores têm por função tomar posição e valorar. É o caso da ética e da estética, que contemplam seus objetos no ponto de vista do valor. O moralista, por exemplo, procura determinar o valor **bem moral** e dele extrair normas para a ação prática. Quer ele demonstrar que um valor é positivo e outro negativo; quer fixar sua altura na escala axiológica com relação aos outros valores, marcando-lhe sua hierarquia⁴³.

Confrontando-se aspectos dos juízos de valor com os dos juízos de realidade, pode-se ter uma idéia aproximada sobre a distinção entre valor e Ser. HESSEN demonstra tal distinção a partir de um exemplo bastante simples: vários observadores estão parados diante de um quadro. Quanto ao **Ser**, todos poderão estar de acordo em atribuir ao quadro uma certa forma ou grandeza; já quanto ao **valor** estético não haverá unanimidade: para alguns poderá ser belo e para outros nem tanto. Daí por que a determinação do valor de um objeto se acha numa relação muito mais íntima e subjetiva com o sujeito do que a determinação objetiva de um Ser⁴⁴.

A partir dessa assertiva temos, então, uma característica própria do valor: a referência a um sujeito. Se algo tem valor, será sempre valor para alguém. No conceito de valor está insita a sua referência a um sujeito, pois valor – repetimos – é sempre valor para alguém. É a qualidade de uma coisa que só lhe pode pertencer se há um sujeito dotado de consciência capaz de a registrar.

Evidentemente, essa **referência** a um sujeito não é subjetiva. Quando se menciona que determinada ação é moralmente louvável ou condenável, quer-se reivindicar para tal juízo uma validade geral. Quer-se exprimir um fato ou situação que todos devem reconhecer do mesmo modo. Portanto, a referência a um sujeito é referência ao homem **gênero**, a um sujeito

⁴¹ *Idem, ibidem.*

⁴² *Idem, ibidem.*

⁴³ HESSEN, J. *Op. cit.*, p. 46.

abstrato, e não ao sujeito individual que julga. Os valores encontram-se referidos àquilo que há de comum em todos os homens: referem-se àquela mais profunda camada do Ser que se acha presente em todos os indivíduos humanos e que constitui o fundamento objetivo do seu **serem homens**. Trata-se, por conseguinte, de um sujeito **supra-individual** ou **interindividual**⁴⁵.

1.1.2. Os valores como objetos não-sensíveis

Há três classes de objetos: os objetos sensíveis, os supra-sensíveis e os não-sensíveis. Os sensíveis são os objetos empíricos; os supra-sensíveis são os metafísicos; os não-sensíveis são os ideais. É a esta classe de objetos que pertencem, por exemplo, os objetos lógicos, matemáticos e os valores⁴⁶.

Destacam-se algumas características na seara dos objetos não-sensíveis: têm Ser, mas não têm existência – **irrealidade** -; estão para além do devir e da extinção temporais – **intemporalidade**; representam uma ordem objetiva, embora não real, de seres – **objetividade** -; e o mundo particular desses objetos ideais está sempre referido a um sujeito – **referibilidade** -, pois existem pelo espírito e para o espírito⁴⁷.

MATEOS GARCÍA, com base em Miguel Reale, diz que as características definidoras dos valores são as seguintes: bipolaridade, implicação recíproca, referibilidade, preferibilidade, objetividade, historicidade, inesgotabilidade e inexorabilidade. O valor é sempre bipolar, ou seja, todo valor tem um desvalor em contraposição: ao bom contrapõe-se o ruim; ao belo, o feio, etc. A vida jurídica é uma tensão de valores positivos e negativos. Com relação à implicação recíproca, nenhum valor é realizado sem influenciar, direta ou indiretamente, a realização dos outros. A referibilidade significa que o valor implica sempre um posicionamento do homem perante algo e para alguém. Daí a afirmação de que só o homem é capaz de valores e que somente em razão do homem é possível a realidade axiológica. Quanto à preferibilidade, há que se dizer que todo valor implica uma **seleção**

⁴⁴ *Idem*, p. 47.

⁴⁵ *Idem*, p. 49.

⁴⁶ *Idem*, p. 50.

⁴⁷ *Idem*, *ibidem*.

estimativa. Tal explica que cada sociedade obedeça a uma **tábua de valores**, de forma tal que a concepção do mundo e da vida, numa época determinada, depende, em grande medida, da maneira como seus valores são distribuídos ou ordenados, possibilitando sua gradação e hierarquia. A objetividade significa o fato de que, apesar de os valores não possuírem uma objetividade ontológica (no plano do Ser), possuem uma objetividade relativa no plano do Dever Ser, manifestada nos objetos culturais. A historicidade – característica essencial do pensamento realeano – demonstra que os valores não podem ser entendidos como realidades absolutas, ideais ou independentes do processo histórico-cultural humano. Por fim, a inesgotabilidade e inexorabilidade demonstram que o valor, quando se realiza nos fenômenos histórico-culturais, não esgota completamente sua realidade⁴⁸.

A particular maneira de ser dos valores é a do **Ser ideal** ou do **valer**. Sempre referem-se a um sujeito. Tal pressupõe espírito, pois sem espírito não há valores espirituais. O mundo dos valores é supra-individual e objetivo; existe para todos os homens, para todos os seres espirituais. O valorar tem nos valores sua norma de orientação. Assim, concebendo-se o valor como idéia, pode-se dizer que é um conteúdo ideal de Ser, referido e subordinado ao lado emocional do Espírito, isto é, ao nosso sentimento dos valores⁴⁹.

1.1.3. Valor como expressão ideal do Ser

Os valores podem tornar-se realidade. A cultura humana, em sua essência, é a realização dos valores⁵⁰.

Um valor estético converte-se em existencial no quadro de um pintor: o quadro passa a chamar-se belo; um valor ético converte-se em existencial na ação do homem virtuoso: a ação passa a chamar-se boa. Assim, os valores são sustentados pelos objetos nos quais se realizam e se tornam existenciais sob a forma de qualidades, características e modos de ser. As coisas, portanto, tornam-se o suporte dos valores, pois são portadoras dos valores⁵¹.

⁴⁸ MATEOS GARCÍA, A. *Op. cit.*, p. 21-24.

⁴⁹ HESSEN, J. *Op. cit.*, p. 51-52.

⁵⁰ *Idem*, p. 57.

⁵¹ *Idem*, p. 57-58.

A ordem do valioso é distinta da ordem do Ser. Há uma esfera autônoma de valores. E a primeira distinção que se pode fazer é a de que as coisas portadoras dos valores acham-se situadas numa ordem temporal: são mutáveis, transitórias, efêmeras. Assim, a pessoa portadora de um valor moral pode mudar sua personalidade e, ao invés de um valor positivo, passar a ter um valor negativo. Os valores, entretanto, não se alteram com a alteração do objeto em que se manifestam. E HESSEN exemplifica: o valor da amizade não sofre quebra porque um amigo traiu o outro; o valor estético do belo perdura mesmo que o objeto seja destruído. Por isso que os valores são imutáveis e permanentes, em oposição aos objetos, que são mutáveis e transitórios⁵².

Outro ponto de distinção entre a ordem dos valores e a ordem do Ser é a estrutura polar dos valores. Há uma oposição entre valores positivos e negativos. A ordem do Ser existencial não conhece essa bipolaridade, pois o não-ser significa a ausência do Ser: é o nada. Já o desvalor não elimina o valor, pois é um valor, embora negativo⁵³.

A estrutura hierárquica e escalonada também é característica essencial da ordem dos valores. Os valores admitem graus: os valores sensíveis são inferiores aos espirituais; os valores éticos são superiores aos estéticos. Assim, o valor admite graus de comparação enquanto que a ordem do Ser não o admite, pois esta não tem estrutura hierárquica: é ser ou não ser⁵⁴.

Evidentemente, o fato de se tentar distinguir o valor do Ser não pode querer significar uma separação absoluta entre ambos. É só mediante a realidade que os valores passam a ter existência. Há uma íntima relação entre o mundo do Ser e o dos valores, pois ambos acham-se subordinados um ao outro numa condição de interdependência e correlação necessárias⁵⁵.

Outro questionamento que se pode fazer é o seguinte: todo o ser é bom ou todo o ser é valioso? Evidente que não se pode confundir o bom com o valioso. Nesse aspecto, HESSEN diverge da doutrina tomista do direito natural. Para o tomismo, *omne ens est bonum*, ou seja, **todo ser é bom** - enquanto todo ser expressa sua própria natureza e contém em si mesmo seu fim - e *agere sequitur esse*, isto é, a ação corresponde ao ser. Isso significa que ao conhecimento do Ser corresponde o do dever, de onde se segue o princípio de que o homem deve atuar na conformidade de seu Ser. Por isso é que os princípios mais gerais do atuar

⁵² *Idem*, p. 58-59.

⁵³ *Idem*, p. 60.

⁵⁴ *Idem*, p. 60-62.

humano podem deduzir-se das qualidades essenciais do homem e das relações que o seu Ser guarda com os demais seres⁵⁶.

O valor não é a perfeição do Ser. Todo o Ser pode ser portador de um valor. Este valor poderá tanto ser um valor positivo como um valor negativo. Nesse sentido, HESSEN lembra passagem da obra de Max Scheler em que este faz a seguinte observação: “*o diabo tem também a sua maneira de ser perfeito; simplesmente, e é pena, dá-lhe para ser perfeitamente mau*”⁵⁷.

A obra **O formalismo na ética e a ética material dos valores**, publicada em 1955, é considerada uma das obras mais importantes de Max Scheler, filósofo ligado à filosofia dos valores. Scheler faz uma distinção preliminar entre o valor e o suporte do valor, pois há objetos, coisas, e há os valores dos quais os objetos e as coisas são meros sujeitos ou suportes. Analisando, em primeira mão, os valores sensíveis e, após, os não-sensíveis, Scheler chega à conclusão de que tais valores são perceptíveis em si mesmos, independentemente da percepção dos suportes. Assim, podemos conceber o **vermelho** sem pensá-lo como qualidade de uma superfície determinada; podemos conceber o **doce** independentemente do alimento no qual se manifesta. A separação e independência dos valores é ainda mais evidente no plano moral, pois, em determinadas circunstâncias, a experiência de uma única conduta ou de um único indivíduo é suficiente para que se possa perceber a essência de determinado valor. Sócrates, por exemplo, ao acatar a condenação injusta dos magistrados de Atenas, colocou em destaque o valor de obediência às leis da pátria; Gandhi, ao resistir pacificamente ao domínio inglês, mostrou o valor e o poder da não violência⁵⁸.

A conclusão de Scheler, então, é a de que existem qualidades axiológicas autênticas e verdadeiras que constituem um domínio próprio de objetos que guardam entre si relações e correlações válidas *a priori*. É o mundo dos valores, tão objetivo e real como qualquer outra classe de objetos, absolutamente independente do sujeito que os percebe⁵⁹.

⁵⁵ *Idem*, p. 62.

⁵⁶ NOVOA MONREAL, Eduardo. *O direito como obstáculo à transformação social*. Tradução de Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 194-195.

⁵⁷ HESSEN, J. *Op. cit.*, p. 74.

⁵⁸ SCHELER, Max, *apud* COSTA, José Silveira da. *Max Scheler: o personalismo ético*. São Paulo: Moderna, 1996, p. 40-41.

⁵⁹ *Idem*, *ibidem*.

SILVEIRA acrescenta, ainda, que, para Max Scheler e Nicolai Hartmann, os valores, além de terem existência em si mesmos, como essências ideais ou princípios permanentes e imutáveis, suscitam a noção de **valor-bem**⁶⁰.

1.1.4. O Dever Ser como momento do valor

O Dever Ser é um momento que pertence ao valor e que lhe acresce. Evidentemente, para que isso aconteça, deve-se deixar de pensar o valor apenas em si mesmo para passar a pensá-lo em suas relações com a realidade. Os valores éticos e religiosos devem ser entendidos dessa maneira. Para HESSEN, o Dever Ser e a obrigatoriedade para a consciência são-nos dados imediatamente na vivência do próprio valor e nele se fundam. Não vêm de fora, mas lhe são imanentes. Assim, pertence ao sentido do **moralmente bom** o obrigar, o **tu deves**, o seu caráter de imperativo categórico⁶¹.

O Dever Ser ético funda-se no próprio valor ético. A essência dos valores espirituais reside no fato de que a resposta que a consciência dá ao seu apelo é uma resposta espontânea, livre de qualquer arbítrio ou capricho da pessoa. Os valores que se apresentam como éticos e impregnados de bem moral exigem dedicação completa: é um dever para consciência⁶².

1.1.5. A validade transubjetiva dos valores

As coisas valoradas são chamadas de valores. Atribuímos valor a muitas coisas, tais como ao dinheiro e à saúde. Mas, há valores que só têm **valer**, pois só valem para certos indivíduos, e não para outros. São valores individuais e subjetivos. Utilizemo-nos do exemplo de HESSEN: os valores de certos colecionadores especializados⁶³.

⁶⁰ SILVEIRA, J. L. *Op. cit.*, p. 183.

⁶¹ HESSEN, J. *Op. cit.*, p. 92.

⁶² *Idem, ibidem.*

⁶³ *Idem*, p. 94.

Há valores subjetivos gerais. Valem para toda a espécie humana e interessam ao homem como ser natural, pois são valores sensíveis. Como exemplo, podem ser citados os alimentos, a saúde, o vestuário, etc. Tais valores pertencem a uma classe inferior, já que puramente sensíveis, conforme acima referido⁶⁴.

Mas, há outros valores mais altos e dotados de uma validade objetiva ou transubjetiva? Por evidente, a resposta é afirmativa. Há valores que os homens devem reconhecer necessariamente: são os valores mais altos, os espirituais. Tais valores exigem dos homens que os reconheçam como válidos. Têm validade objetiva e absoluta. Nesse sentido, vale citar HESSEN:

“ao falar aqui de validade supra-individual ou transubjetiva dos valores, queremos neste momento significar uma validade ou um valor independentes das valorações de facto feitas pelos indivíduos. Isto é: os valores inferiores, de que falámos, são valores, porque, de facto, os homens os reconhecem e com base neles fazem as suas valorações. Há, porém, valores que não são valores só por os homens os reconhecerem como tais e por valorarem as coisas à luz deles, mas sim por, de facto, os deverem reconhecer necessariamente. Ora são estes, na verdade, os valores mais altos chamados espirituais. Pertencem a um reino de validade intemporal e dirigem o seu incondicional apelo a todos os homens, só pelo facto de estes serem homens, exigindo de todos que os reconheçam válidos. Trata-se pois, desta vez, duma validade objetiva e absoluta. Objectiva, porque reside na própria essência do valor; absoluta porque incondicional e independente de quaisquer valorações acidentais e particulares dos indivíduos”⁶⁵.

O relativismo axiológico é um ceticismo. O ceticismo é a doutrina filosófica segundo a qual o conhecimento é impossível ou duvidoso, podendo assumir duas formas principais: a crença de que não existe certeza e a idéia de que a verdade existe, mas que o conhecimento seguro da verdade pode estar fora do nosso alcance. A tendência moderna da epistemologia é a de tentar descobrir os meios de evitar erro na busca do conhecimento. Assemelha-se o ceticismo ao niilismo, que também afirma não existirem modelos e que o conhecimento é impossível, sendo que todos os atos, pensamentos, conjecturas éticas e metafísicas são

⁶⁴ *Idem, ibidem.*

⁶⁵ *Idem, p. 94-95.*

infundados e vazios. A postura do niilismo, entretanto, está mais ligada ao **pessimismo**⁶⁶, que é a idéia de que o mundo inteiro carece de significado intrínseco⁶⁷. O ceticismo recusa validade objetiva aos juízos de valor. E nessa esteira acompanha o ceticismo lógico que afirma que nada é verdade. Para o ceticismo lógico não há verdade; para o relativismo – **ceticismo** - axiológico não há valores. Ocorre que o ceticismo lógico sempre entra em contradição, pois pretende afirmar uma verdade e crê na verdade da sua afirmação. Da mesma forma, o ceticismo axiológico também cai em contradição: ao desenvolver sua teoria não se abstém de emitir juízos de valor. Embora a natureza de ambos os ceticismos sejam distintas – quem nega a verdade suprime o conhecimento lógico; quem nega o valor suprime a esfera dos valores sem suprimir o conhecimento lógico – não há negar a íntima contradição de que são vítimas. Se o cético produz uma obra para mostrar o que pensa à humanidade é porque tem convicção de que seu esforço tem valor. Na base de seu esforço há um juízo de valor. Daí por que a própria convicção do cético é um valor moral que norteia sua conduta⁶⁸.

Refere SILVEIRA que, até certo ponto, a atitude dos céticos é muito cômoda, pois não se esforçam para desvendar o mundo, estabelecendo uma falsa neutralidade. Por outro lado, os céticos são importantes, porque questionam a crença de que as coisas são como se vê, questionam o chamado senso comum, a atitude crédula perante a realidade⁶⁹.

1.1.6. A fundamentação positiva da objetividade dos valores

A objetividade dos valores pode-se dar por três vias: fenomenologicamente, ontologicamente e pela filosofia da cultura. Teremos, então, a fundamentação fenomenológica, a fundamentação ontológica e a fundamentação filosófico-cultural do objetivismo dos valores⁷⁰.

A fundamentação fenomenológica é a reflexão sobre nossa experiência e vivência dos valores. Os valores são por nós vividos como algo objetivo e absoluto, independentemente do

⁶⁶ Arthur Schopenhauer é considerado o **filósofo do pessimismo**, pois deixa claro em sua obra que considera o mundo e a vida uma “piada de mau gosto”. STRATHERN, Paul. *Schopenhauer em 90 minutos*. Tradução de Maria Helena Geordane. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998, p. 10.

⁶⁷ ROHMANN, C. *Op. cit.*, p. 61-62, 292-293.

⁶⁸ HESSEN, J. *Op. cit.*, p. 96-99.

⁶⁹ SILVEIRA, J. L. *Op. cit.*, p. 63.

sujeito. Quando nos impressiona a beleza de uma paisagem, por exemplo, temos a imediata impressão de que tal valor se acha fundado não apenas na subjetividade de nossa consciência, mas em alguma coisa real. É na própria vivência dos valores, portanto, que vai incluída a vivência da sua objetividade⁷¹.

A fundamentação ontológica parte da contemplação da referencialidade dos valores a um sujeito. Os valores encontram seu ponto de referência ôntico na natureza espiritual do homem⁷².

HEIDEGGER dedicou-se à pesquisa da chamada **ontologia fundamental** numa tentativa de captar a natureza essencial do Ser, em si e por si, sem relação com qualquer ser superior. Para HEIDEGGER, o aspecto básico da existência humana é o de que o homem tem consciência e inquietude com relação ao seu lugar no mundo e à sua própria mortalidade. Tanto é assim que o homem se sente como um **ser-para-a-morte**⁷³ em razão de sua finitude⁷⁴.

Os valores espirituais orientam o homem rumo à perfeita consumação de sua própria essência. Como a natureza espiritual do homem é a mesma em todos os indivíduos, os valores são os mesmos para todos. Essa é a explicação do porquê de assumirem uma validade transindividual e universal⁷⁵.

Quanto à fundamentação filosófico-cultural do objetivismo dos valores deve-se ter em mente a seguinte idéia: sendo a cultura um fato, nenhum homem nega sua existência. Mas, a cultura é realização dos valores objetivos por meio da atividade humana. Assim sendo, pressupõe a existência de valores objetivos. Não há como demonstrar a objetividade e a absoluteidade dos valores. Há apenas como mostrá-las, pois não é possível impor a alguém o reconhecimento delas, pois os valores não estão situados no plano da lógica. Aquele que se **fechar** no plano da matéria e não for capaz de se elevar até as esferas do bem, do belo e da verdade sempre continuará negando a objetividade e absoluteidade dos valores, pois estes pressupõem outras formas de pensamento e conhecimento⁷⁶.

⁷⁰ *Idem*, p. 100.

⁷¹ *Idem*, *ibidem*.

⁷² *Idem*, p. 101.

⁷³ HEIDEGGER, Martin. Conferências e escritos filosóficos. In: *Os pensadores*. Tradução de Ernildo Stein. São Paulo: Nova Cultural, 2000, p. 8-40. Ver também ROHMANN, C. *Op. cit.*, p. 189.

⁷⁴ HEIDEGGER, M. *Op. cit.*, p. 113-148.

⁷⁵ HESSEN, J. *Op. cit.*, p. 101.

⁷⁶ *Idem*, p. 103-104.

1.1.7. Valores: uma tentativa de classificação

Para HESSEN, os valores podem ser classificados sob um duplo ponto de vista: formal e material⁷⁷.

Os valores, sob o ponto de vista formal, classificam-se em: positivos e negativos, pessoais e reais, valores autônomos e valores dependentes. REALE admite, do ponto de vista formal, uma distinção geral entre valores subordinantes e valores subordinados. Lembra que alguns também indicam como valores-fim e valores-meio, ou valores autônomos e derivados. Para REALE, há valores em si mesmos, pois são dotados de luz própria, ao passo que há valores planetários, significantes em razão de sua referência ou derivação⁷⁸.

Do ponto de vista material, há os valores sensíveis – que se subdividem em hedônicos, vitais e de utilidade – e os valores espirituais – que se subdividem, por sua vez, em lógicos, éticos, estéticos e religiosos. Para REALE, a distinção que se apresenta do ponto de vista material é a seguinte: a) valores sensoriais, concernentes ao homem enquanto ser dotado de sensibilidade. Tais valores abrangem os valores hedonísticos, vitais e econômicos; e b) valores espirituais, referentes ao homem enquanto ser capaz e ideal, compreendendo os valores teóricos, estéticos, éticos e religiosos⁷⁹.

Quanto à classificação dos valores, ainda, entendemos que o importante não é fazê-la de modo a satisfazer a todas as exigências lógicas. Deve-se, então, tomar como norte a lição de REALE: os valores fundamentais são aqueles em torno dos quais se ordenam valores subordinados, constituindo as chamadas **constelações axiológicas**, que dominam os comportamentos individuais e coletivos. Mas há um valor primordial em torno do qual todos eles gravitam. É o valor do homem como pessoa, em razão do qual e pelo qual todos os valores valem⁸⁰.

Também faz essa advertência MATEOS GARCÍA: entre os valores fundamentais não é estabelecida uma ordenação hierárquica propriamente dita: entre os valores fundamentais ou subordinantes não há hierarquia, embora ela exista entre os subordinados - concepções

⁷⁷ *Idem*, p. 107.

⁷⁸ REALE, M. *Op. cit.*, p. 235.

⁷⁹ *Idem*, *ibidem*.

⁸⁰ *Idem*, p. 237.

particulares e próprias de cada época cultural - e os subordinantes - por sua vez subordinados ao valor fundamental da pessoa, de onde todos eles emanam⁸¹.

1.1.7.1. Classificação formal dos valores

Uma classificação formal dos valores pode-se dar da seguinte forma:

a) valores positivos e negativos: O valor positivo é designado simplesmente de valor; o negativo é o desvalor⁸²;

b) valores pessoais e reais: os valores pessoais são aqueles que só podem pertencer às pessoas, como os valores éticos. Os reais aderem a objetos ou coisas impessoais, como os **bens**⁸³;

c) valores autônomos e derivados: os valores autônomos – ou valores em si mesmos – não dependem de outros valores, pois residem em sua própria essência. Os valores derivados sempre referem-se a outros valores, que são os autônomos. Quando a relação entre ambos é mais íntima, surgem os valores irradiantes, que são portadores colaborantes do todo valioso. O valor irradiante não é portador único de um valor autônomo. Pode tomar parte na formação do todo valioso autônomo, como a idade, que concorre para determinar o valioso da vida, ou participar no valioso do conjunto que se acha nele presente, como no caso da bandeira, por exemplo, que representa a pátria⁸⁴.

1.1.7.2. Classificação material dos valores

Todos os valores acham-se referidos a um sujeito. Este sujeito é o homem, que, antes de mais nada, é constituído por sensibilidade e espírito⁸⁵. Daí por que os valores podem ser

⁸¹ MATEOS GARCÍA, A. *Op. cit.*, p. 65.

⁸² HESSEN, J. *Op. cit.*, p. 108-109.

⁸³ *Idem, ibidem.*

⁸⁴ *Idem, ibidem.*

⁸⁵ *Idem*, p. 109.

classificados em duas classes fundamentais: os valores sensíveis – que se referem ao homem enquanto Ser da natureza – e os valores espirituais – que se referem ao homem como Ser espiritual⁸⁶.

1.1.7.2.1. Valores sensíveis

Os valores sensíveis são os seguintes:

a) valores hedônicos: são os valores do agradável e do prazer. Abrangem não só a sensação de prazer, mas tudo aquilo que é apto a provocá-lo. Como exemplo, podem ser citados a comida, o vestuário e a bebida⁸⁷;

b) valores vitais: significam os valores de que é portadora a vida em seu sentido naturalista de *bios*. São exemplos desses valores o vigor vital, a saúde e a força⁸⁸;

c) valores de utilidade: são os chamados valores econômicos. Servem para satisfação das necessidades da vida, tais como a comida, o vestuário e a habitação. São valores derivados, distinguindo-se, portanto, dos hedônicos e dos vitais⁸⁹.

1.1.7.2.2. Valores espirituais

Os valores espirituais distinguem-se dos valores sensíveis, pois são imateriais - essa imaterialidade acompanha sua perdurabilidade - e possuem absoluta e incondicional validade⁹⁰. São os seguintes:

a) valores lógicos: são os valores funcionais do saber, do conhecer e do investigar a verdade⁹¹;

⁸⁶ *Idem*, p. 109-110.

⁸⁷ *Idem*, p. 110.

⁸⁸ *Idem*, *ibidem*.

⁸⁹ *Idem*, *ibidem*.

⁹⁰ *Idem*, *ibidem*.

b) valores éticos: são também chamados valores do bem moral e possuem as seguintes características: só podem ser seus portadores as pessoas; só seres espirituais podem realizar valores morais – têm, portanto, âmbito mais restrito -; aderem a suportes reais; têm caráter de exigência e imperativos absolutos - tu deves fazer ou tu não deves fazer -; dirigem-se a todos os homens, pois são universais; dirigem-nos uma exigência ilimitada; constituem norma que afeta toda a nossa conduta de vida; são totalitários. Além disso, o bem moral é de natureza formal – embora contenha grande quantidade de conteúdos valiosos – e consiste sempre na preferência do valor mais alto⁹²;

c) valores estéticos: também são denominados **do Belo**: o belo adere não só às pessoas, mas às coisas. O valor estético reside na aparência - a realidade estética é sempre uma realidade aparente - e é um **valor de expressão**, e não de **ação**. Além disso, outra característica do valor estético é a sua presença imediata e intuitiva. Assim, quando se qualifica algum objeto de belo ou sublime, não se está querendo conceituá-lo; significa, sim, que algo se tornou perceptível numa intuição imediata. Intuição esta que pode ser visual, auditiva ou, ainda, uma emoção filha da nossa fantasia⁹³;

d) valores religiosos - ou do Santo: são valores do Ser, e não do Dever Ser. A realidade do Santo não é apenas uma realidade aparente. O Santo é valor e Ser ao mesmo tempo: é uma realidade-valor, já que é um valor que é um ente e uma realidade que é valiosa. O Santo apresenta uma transcendência e, apesar disso, tem íntima relação com os outros valores. E sua realidade-valor é o sustentáculo de todos os valores⁹⁴. Há uma verdadeira **esfera dos valores religiosos**, sendo que a porta de acesso para a religião não está, de modo algum, nas nossas faculdades do entendimento, mas deve procurar-se no único plano onde reside para nós o órgão de todo o conhecimento axiológico: a experiência e a vivência interiores da alma⁹⁵.

⁹¹ *Idem*, p. 113.

⁹² *Idem*, p. 113-115.

⁹³ *Idem*, p. 115-116.

⁹⁴ *Idem*, p. 117-119.

⁹⁵ *Idem*, p. 120.

1.1.8. A hierarquia dos valores

Além de se distinguirem um do outro, os valores acham-se numa relação de hierarquia. Não é só a polaridade que constitui característica do valor; há valores mais altos e valores mais baixos⁹⁶.

HESSEN, para firmar os princípios gerais de sua escala de valores, aborda os cinco critérios utilizados por Max Scheler ao determinar a altura dos valores:

a) os valores são tanto mais altos quanto maior for sua duração. Assim, os valores mais baixos serão os mais transitórios e de menos duração; já os mais altos serão os eternos⁹⁷;

b) os valores são tanto mais altos quanto menos divisíveis forem. Assim, uma obra de arte pode ser apreciada no seu valor estético e gozada por muitas pessoas ao mesmo tempo, sem que sofra diminuição ou divisão⁹⁸;

c) o valor que serve de fundamento aos outros é mais alto que os que nele se fundam⁹⁹;

d) os valores são tanto mais altos quanto mais profunda é a satisfação que a sua realização produz. Assim, certos prazeres e satisfações de ordem sensível só nos enchem a alma quando tocam na **esfera central da vida**, que é a região em que nós mesmos nos levamos mais a sério¹⁰⁰;

e) outro critério para achar a altura dos valores é o diferente grau de sua relatividade. O valor do agradável, por exemplo, é relativo somente aos seres que possuem sensibilidade sensorial, pois, para um ser sem essa sensibilidade, não existe dito valor. Assim o valor vital, relativo apenas aos seres vivos. Já os valores absolutos existem para a pura sensibilidade espiritual do saber preferir e amar, ou seja, para um sentir independente dos sentidos e da vida orgânica. A tal categoria pertencem os valores morais¹⁰¹.

⁹⁶ Também, nesse sentido, SOVERAL: “os valores são bipolares e necessariamente hierarquizáveis”. SOVERAL, Eduardo Abranches de. *Ensaio sobre ética*. Lisboa: Imprensa Nacional – Casa da Moeda, 1993, p. 146.

⁹⁷ HESSEN, J. *Op. cit.*, p. 121.

⁹⁸ *Idem*, p. 122.

⁹⁹ *Idem*, *ibidem*.

¹⁰⁰ *Idem*, *ibidem*.

¹⁰¹ *Idem*, p. 123.

Ao comentar os critérios apresentados por Scheler, HESSEN acrescenta que, dentro de cada uma dessas classes de valores, há diferentes categorias. E, para demonstrar tal assertiva, busca o exemplo do campo da ética: nem toda a ação moral é valorada da mesma maneira. A nossa **consciência valorativa** não deixará de considerar mais valiosa a ação de alguém que, com o risco da própria vida, salva a vida de uma pessoa do que o ato de dar uma esmola ao pobre¹⁰².

A partir daí, HESSEN sintetiza os princípios acerca da escala dos valores:

a) os valores espirituais prevalecem sobre os sensíveis¹⁰³;

b) na classe dos valores espirituais os valores éticos prevalecem sobre os lógicos e os estéticos. Caracterizam os valores éticos sua validade absoluta – imperativo categórico –, sua universalidade e o seu totalitarismo: valem para todos e abrangem todas as manifestações da vida, produzindo uma satisfação de consciência¹⁰⁴. Para ROHMANN, o elemento fundamental da ética de Kant é o imperativo categórico de comportar-se segundo um princípio absoluto de justiça: “*agir como se o princípio de sua ação devesse tornar-se, pela sua vontade, lei universal da natureza*”¹⁰⁵. Segundo KANT, o imperativo categórico, que impõe uma obrigação com respeito a certas ações, é uma lei moralmente prática. Esse imperativo, que enuncia de uma maneira geral o que é obrigatório, pode ser formulado assim:

*“age segundo uma máxima que possa ao mesmo tempo ter valor de lei geral. Podes, portanto, considerar tuas ações segundo seu princípio subjetivo; mas não podes estar seguro de que um princípio tem valor objetivo exceto quando seja adequado a uma legislação universal, isto é, quando este princípio possa ser erigido por tua razão em legislação universal”*¹⁰⁶;

c) os mais altos de todos os valores são os do Santo, pois todos os outros nele se fundam¹⁰⁷.

De se notar, então, a partir do que foi referido, que há uma hierarquia rígida e objetiva entre os valores. Assim, tal hierarquia é inseparável de sua essência e o homem não pode

¹⁰² *Idem*, p. 125.

¹⁰³ *Idem*, *ibidem*.

¹⁰⁴ *Idem*, p. 126

¹⁰⁵ ROHMANN, C. *Op. cit.*, p. 231.

¹⁰⁶ KANT, Emmanuel. *Doutrina do direito*. Tradução de Edson Bini. 2. ed. São Paulo: Ícone, 1993, p. 36-39.

¹⁰⁷ HESSEN, J. *Op. cit.*, p. 125-126.

alterá-la. De igual forma, não pode recusar o caráter de valioso a qualquer valor que à sua consciência se ofereça¹⁰⁸.

1.2. O conhecimento dos valores: intelectualismo *versus* emocionalismo

O problema do conhecimento dos valores traz o confronto entre o intelectualismo e o sentimentalismo. Max Scheler repele toda a interpretação intelectualista na captação dos valores. Para Scheler, os valores são qualidades que se tornam presentes no **sentir intencional**¹⁰⁹. Assim, o órgão para apreensão dos valores não seria o entendimento, mas o sentimento, pois é no sentir intencional que se tem a vivência direta dos valores. Toda a captação dos valores assenta-se no sentimento direto que temos deles, pois os atos com que os apreendemos não são atos de puro conhecimento, mas de sentimento: são emocionais, e não intelectuais¹¹⁰. Os valores, embora exijam uma atitude emocional, não são destituídos de objetividade.

Ao emocionalismo contrapõe-se o intelectualismo, que encontra em Honeker e Lotz alguns de seus expoentes. HESSEN lembra o entendimento do primeiro: *“podemos dizer que todo o valorar é, na essência, um facto intelectual no qual o sentimento apenas intervém como um factor concomitante ou que apenas lhe serve de fundamento”*¹¹¹.

O exagerado intelectualismo, no entanto, é equivocado, pois considera os valores como sendo destituídos de qualquer objetividade¹¹². Para atacar essa idéia de que o valorar é um ato intelectual basta afirmar-se que o bem não pode ser intelectualizado¹¹³, pois, se assim fosse, os mais altos intelectos deveriam ser portadores dos maiores valores, tais como a ética e a justiça.

O intelecto, afirma NIETZSCHE, é um meio para a conservação do indivíduo e desdobra suas forças no disfarce, que é o meio pelo qual os indivíduos mais fracos se

¹⁰⁸ *Idem*, p. 128.

¹⁰⁹ SCHELER, Max, *apud* HESSEN, J. *Op. cit.*, p. 130. Nesse sentido, refere COSTA que, para Scheler, o campo dos valores está presente no **emocional puro**. COSTA, J. S. *Op. cit.*, p. 25.

¹¹⁰ HESSEN, J. *Op. cit.*, p. 133.

¹¹¹ *Idem*, p. 136.

¹¹² *Idem*, p. 140.

¹¹³ *Idem*, p. 141.

conservam¹¹⁴. A moral dos fracos, que governam a sociedade, é imposta aos fortes tornando-os prisioneiros dóceis da ética daqueles¹¹⁵.

Scheler também faz menção a essa espécie de **daltonismo**. Para Scheler, o emocional puro está relacionado à dimensão mais elevada do homem, que é a espiritual. Trata-se de uma sensibilidade de natureza superior, cujo objeto são os valores. Sem ela o homem fica sujeito a uma insuperável cegueira que o impede de ter acesso ao âmbito específico do absoluto, constituído pelos valores, também denominados *a priori axiológico*¹¹⁶.

Ao se estudar a essência do conhecimento dos valores, há que se considerar que possuem três características fundamentais¹¹⁷.

A primeira delas é a imediatidade. Os valores são apreendidos e captados imediata e diretamente por nós¹¹⁸.

A segunda característica é o conhecimento intuitivo. O conteúdo dos valores é apreendido num ato de intuição¹¹⁹.

A terceira é a sua natureza emocional: os valores pertencem ao lado emotivo da alma humana; a esta estão subordinados e não constituem uma ordem intelectual ou das idéias¹²⁰.

Mas, como se forma o conhecimento nos diferentes setores do mundo dos valores?

Com relação aos valores estéticos, há que se referir o fato de que não se demonstram com meios ou provas racionais, discursivamente, mas só se apreendem intuitivamente. HESSEN lembra que aqui se aplica o jargão **se o não sentirdes, jamais o compreendereis**¹²¹.

No campo dos valores éticos os juízos de valor moral não se fundam num conhecimento racional-discursivo. Fundam-se, principalmente, numa vivência direta. Assim,

¹¹⁴ NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. Obras incompletas. In: *Os pensadores*. Tradução e notas de Rubens Rodrigues Torres Filho. São Paulo: Nova Cultural, 2000, p. 53-54.

¹¹⁵ CHAUI, M. *Op. cit.*, p. 353.

¹¹⁶ SCHELER, M., *apud* COSTA, J. S. *Op. cit.*, p. 26.

¹¹⁷ HESSEN, J. *Op. cit.*, p. 142.

¹¹⁸ *Idem, ibidem.*

¹¹⁹ *Idem, ibidem.*

¹²⁰ *Idem, ibidem.*

¹²¹ *Idem*, p. 143.

a justiça, a temperança e a pureza são apreendidas e intuídas exclusivamente numa vivência direta. Os valores religiosos só nos são acessíveis por via emocional-intuitiva¹²².

1.2.1. O daltonismo dos valores

O chamado daltonismo ou cegueira dos valores é uma prova do caráter emocional do conhecimento dos valores. Há homens dotados de alto intelecto que, no entanto, são cegos para determinados valores. Existem pessoas dotadas de uma alta cultura, que não possuem, todavia, o sentido dos valores éticos e religiosos. Daí a conclusão de que, se o valorar fosse uma função puramente intelectual, os homens de alta intelectualidade seriam os mais abertos ao mundo dos valores. Evidentemente, tal não acontece. E é aí que se revela a importância do sentimento para o conhecimento dos valores¹²³.

Para ALBERONI, as normas abstratas da razão não bastam, porque a inteligência faz todo tipo de jogo, justifica todo tipo de abjeção. Questiona, então, o professor italiano:

*“como Hitler aplicou o imperativo categórico de Kant? Erigindo como norma universal o extermínio dos judeus. A razão, por si só, engana. É preciso também a bondade interior simples, natural, o desejo sincero do bem pelos outros, a preocupação concreta, a simpatia, o cuidado cotidiano com o seu bem-estar”*¹²⁴.

HESSEN adverte que, enquanto se tiver a idéia de que a vivência dos valores é de natureza intelectual, tendo o sentimento papel secundário, não se conseguirá explicar a cegueira dos valores. Esta só se explica se for atribuído ao sentimento papel essencial no ato de valoração. O sentimento tem papel essencial no ato de valoração - doutrina do **sentir emocional**. Mas não é só isso: o sentir é um misto de **conhecer** e **sentir**; é uma combinação de fatores intelectuais e emocionais, pois todo o conhecimento dos valores se assenta numa colaboração entre as funções do entendimento e do sentimento. Pode-se dizer que essa

¹²² *Idem*, p. 144.

¹²³ *Idem*, p. 145.

¹²⁴ ALBERONI, Francesco. *Valores: o bem, o mal, a natureza, a cultura, a vida*. Tradução de Y. A. Figueiredo. Rio de Janeiro: Rocco, 2000, p. 27.

associação entre um elemento cognitivo e o sentir é uma quarta característica do conhecimento dos valores¹²⁵.

Quanto à ordem de precedência entre o intelectual e o emocional, há que se dizer que o último é a peça fundamental. Todo o conhecimento intelectual-reflexivo dos valores pressupõe um conhecimento emocional-intuitivo¹²⁶.

Todo o juízo de valor se assenta numa prévia vivência dos valores. A valoração é constituída simultaneamente pelo sentimento e pelo intelecto¹²⁷. Aquele, no entanto, vem em primeiro lugar. O ato de valoração é uma operação afetiva, emocional, penetrada por elementos cognitivos¹²⁸.

O homem, portanto, é dotado de um **órgão axiológico** e sua vivência do valioso sempre exige algo mais do que o simples pensar¹²⁹.

1.2.2. Verdade e demonstrabilidade do juízo de valor

É equívoco considerar verdade só aquilo que pode ser demonstrado. O fundamento do juízo de valor não é de natureza lógica, pois não se pode forçar ninguém ao reconhecimento de um juízo de valor; não se pode mostrar que aquele que o não quer reconhecer está em conflito com as leis da lógica. Assim, quem não experimentou o valor na vivência direta desse, jamais poderá aceitar o juízo que nessa vivência se funda¹³⁰.

A verdade ou a validade objetiva do juízo de valor não é **coisa que se prove por *a* mais *b***; pode ser apenas mostrada. E uma tal **mostração**¹³¹ consiste simplesmente em pôr em evidência como tal juízo se acha fundado nessa vivência. Quem não se contentar com essa mostração e exigir o que se chama de prova terá ou de recusar ao conhecimento dos valores toda e qualquer validade objetiva ou de persistir na crença de que os valores são suscetíveis

¹²⁵ HESSEN, J. *Op. cit.*, p. 146.

¹²⁶ *Idem*, p. 147-148.

¹²⁷ *Idem, ibidem*.

¹²⁸ *Idem, ibidem*.

¹²⁹ *Idem*, p. 150-151.

¹³⁰ *Idem*, p. 167.

¹³¹ *Idem, ibidem*.

duma explicação intelectualista¹³². As pessoas que não concordarem com essa validade objetiva dos valores não podem ser convencidas disso por meio de operações lógicas: o que se pode fazer apenas é tentar auxiliá-las no cultivo de seu órgão axiológico por meio de uma adequada educação, pois não são as nossas faculdades racionais e intelectivas, mas sim o nosso sentido particular do valioso, que constitui, por assim dizer, o órgão com que o poderemos captar e apreender¹³³.

1.2.3. O pensamento valorador e o pensamento científico

O pensamento valorador funda-se numa vivência direta do valor. Ele nos dá juízos de realidade fundados sobre juízos de valor¹³⁴. O valorar utiliza juízos de valor; o pensamento valorador move-se no plano dos juízos de realidade ou de existência. Esses juízos referem-se a um ser e procuram determiná-lo ou pelo lado do seu **ser-como-é** ou pelo lado da sua **existência**¹³⁵.

O pensamento valorador é condicionado e inspirado pelos juízos de valor. Assim, sua estrutura lógica é totalmente diferente da estrutura do pensamento científico. Este utiliza o princípio da razão suficiente como princípio fundamental. Nas palavras de HESSEN, caminha ao longo duma série de conclusões lógicas, partindo do **dado** para os juízos acerca do **dado**, e chegando por último a construir todo um sistema de juízos que é precisamente o sistema científico¹³⁶. Já o pensamento valorador está interessado pelo conteúdo dos seus próprios produtos: aquilo que o impele não são os fundamentos lógicos, mas um **fim ideal**. A alma do pensamento valorador não é o frio entendimento, mas o coração. É uma busca de Deus¹³⁷.

O domínio do pensamento valorador é o das nossas concepções de vida. E é a própria vida e a experiência dos valores que cada um tem que determinam sua particular concepção de mundo ou de vida¹³⁸.

¹³² *Idem, ibidem.*

¹³³ *Idem, p. 171.*

¹³⁴ *Idem, p. 173.*

¹³⁵ *Idem, p. 173.*

¹³⁶ *Idem, p. 173-174.*

¹³⁷ *Idem, p. 174.*

¹³⁸ *Idem, p. 176.*

Para HESSEN, qualquer filosofia de concepção de mundo ou da vida descansa sobre um pensamento valorador. É esta forma de pensamento, orientada pela crença aberta à compreensão dos problemas de sentido e valor da vida, que nos pode dar algumas respostas que a nossa existência nos dirige¹³⁹.

Como conclusão, HESSEN lembra que para justificar ou legitimar o pensamento valorante não se precisa negar sua estrutura original ou sua diferença do pensamento racional-científico. Só legitimar-se-á se nele for reconhecida sua particular estrutura, reconduzindo-o ao seu verdadeiro fundamento, que é a vivência religiosa dos valores¹⁴⁰.

1.3. Antropologia dos valores

A antropologia dos valores consiste na relação entre os valores e o homem. Os valores só podem ser valores para alguém. Assim, só pode haver valores espirituais se houver seres espirituais. Mas isso não é o suficiente. Há valores que pressupõem, além de seres espirituais, seres libertos, isto é, dotados de liberdade. Esses são os valores éticos. Daí por que é *conditio sine qua non* do ser dos valores não só a espiritualidade mas a liberdade do homem¹⁴¹. Os valores dão sentido e valor à existência do homem; porém, não somente ao homem, mas à comunidade¹⁴².

1.3.1. Os valores e o homem

Para HESSEN, O homem é um ser espiritual. O espírito é uma realidade¹⁴³. O ser espiritual distingue-se do animal por isto: este depende das forças elementares do instinto e do seu meio ambiente; aquele consegue opor-se ao mundo que o rodeia e constituir o seu ambiente; pode objetivar para si esse mundo fazendo dele um mundo de objetos de que se

¹³⁹ *Idem*, p. 177-178.

¹⁴⁰ *Idem*, p. 179.

¹⁴¹ *Idem*, p. 180-181

¹⁴² *Idem*, p. 181.

¹⁴³ *Idem*, *ibidem*.

sabe distinto e separado, podendo, ainda, apreender o **ser-como-são** desses objetos por meio de atos de intuição¹⁴⁴.

Assim, temos que há três características básicas do espírito: a primeira delas é a consciência dos objetos; a segunda é a consciência de si mesmo¹⁴⁵ e a terceira é o fato de que é o único ser que é insuscetível de se dar a si mesmo como seu objeto: é atualidade pura¹⁴⁶.

O homem é constituído de duas camadas de Ser: uma vital e outra espiritual. Porém, o espírito é superior à vida, na medida em que o homem pode-se comportar **asceticamente** em face da vida, recalçando e reprimindo os próprios impulsos vitais e recusando-lhes as representações e imagens perceptivas de que eles se alimentam¹⁴⁷.

O homem pode reprimir os seus instintos e elevar-se a uma intuição essencial das coisas. É capaz de se colocar em uma situação de poder construir um mundo ideal de pensamento sobre o mundo das suas representações¹⁴⁸.

1.3.2. O valioso como fim da vontade humana

O homem, por constituir-se em Ser pessoal-espiritual, possui consciência do mundo e de si mesmo. Daí por que ele tem consciência dos valores e autodeterminação - **liberdade**¹⁴⁹. O homem acha-se submetido a uma dupla lei que determina seus atos: uma de determinação ontológica - lei causal - e outra de determinação axiológica - lei final. Como ser da natureza, o homem é determinado causalmente em todas as suas aversões e inclinações; como pessoa, é portador da lei de um determinismo que provém do reino ideal dos valores: sente-se impelido e determinado pelas exigências do Dever Ser¹⁵⁰. O homem só erige como fim o que lhe é

¹⁴⁴ *Idem*, p. 206.

¹⁴⁵ Hessen exemplifica: o animal tem também consciência e tal é o que o separa da planta. Porém, não tem consciência de si mesmo; não se domina nem se comanda a si próprio. Já o homem amplia o seu próprio mundo e conserva sua própria constituição fisiológica e psíquica mesmo convertendo em objeto (objetando) cada uma de suas diferentes vivências psíquicas. *Idem, ibidem*.

¹⁴⁶ *Idem, ibidem*.

¹⁴⁷ *Idem*, p. 208.

¹⁴⁸ *Idem, ibidem*.

¹⁴⁹ *Idem*, p. 230.

¹⁵⁰ *Idem*, p. 235.

valioso. Ao adotar esse fim valioso, transforma-o em realidade, isto é, cria um mundo de realidade ética¹⁵¹.

A liberdade da vontade é algo possível e real. E HESSEN demonstra tal liberdade por meio de um caminho indireto e de outro direto. Demonstra o caminho indireto por meio do raciocínio kantiano: a moralidade existe; a sua essência postula a liberdade do homem; logo, o homem é livre¹⁵². O caminho direto é mostrado por meio da reflexão sobre o querer e as aspirações morais. Por essa reflexão, constata-se que a consciência de liberdade acompanha invariavelmente todo o autêntico querer. Daí a afirmativa de HESSEN de que nos sentimos diretamente livres em nossas decisões e conscientes de que podemos sempre obedecer ao Dever Ser moral quando este se nos revela¹⁵³.

1.3.3. O homem e os valores: o sentido da vida

Ao tratar do sentido da vida, HESSEN lembra Kant. Para o filósofo de Königsberg, a preocupação mais grave do homem deve consistir em saber como há de cumprir sua missão no mundo; o que deve fazer para ser verdadeiramente homem. Essa suprema exigência é o chamado **sentido da vida**¹⁵⁴.

Por isso, para saber qual o sentido da vida humana, deve-se perquirir o fim supremo do homem, que é **ser homem, fazer-se homem**, realizando sua própria essência, perfeição e personalidade¹⁵⁵.

O homem é o **coroamento da criação**. O sentido da vida reside, pois, no aperfeiçoamento de sua personalidade. O homem sente-se mais feliz quando se sente mais rico de espírito e perto da perfeição moral. Sente-se mais desgraçado quando não obedece ao instinto de perfeição e se distancia dos fins para que foi criado. Enquanto o homem não alcançar aquilo que deve ser jamais terá completa paz¹⁵⁶. O homem só consegue a plena realização como ser humano se **abrir-se para os valores**, se aceitá-los e cultivá-los;

¹⁵¹ *Idem*, p. 235-236.

¹⁵² *Idem*, p. 238-239.

¹⁵³ *Idem*, p. 240.

¹⁵⁴ *Idem*, p. 241.

¹⁵⁵ *Idem*, p. 242.

principalmente os do espírito, que são aqueles por que o homem atinge a **personalidade**, que nada mais é do que a **realização dos valores**¹⁵⁷.

Daí o chamado de HESSEN para que o homem procure realizar os valores espirituais buscando lhes dar realidade, honrando sempre na consciência os valores do bem, do belo e da verdade. Deve visar a ser um realizador de valores éticos. Embora nem todos sejam obrigados a serem artistas ou sábios – nem todos são sensíveis aos valores teóricos e estéticos –, todos são obrigados a seguir a voz dos valores éticos e a cultivar a sua personalidade moral; valores estes que possuem um imperativo categórico¹⁵⁸. Enfim, os valores do bem moral são aqueles por que o homem deve esforçar-se para realizar. O sentido da vida acha-se dependente dos valores e só se é alcançado na medida em que o homem for capaz de realizar os valores para que nasceu e se subordina¹⁵⁹.

Para Kant, os fins são também deveres. São eles a perfeição própria e a felicidade dos outros. O dever de o homem buscar sua própria perfeição é o dever de buscar desenvolver suas capacidades, principalmente as capacidades moral e intelectual, além das físicas. O dever de procurar a felicidade dos outros é o de promover os objetivos deles, satisfazendo seus desejos e projetos individuais¹⁶⁰.

1.4. A tragédia da cultura

1.4.1. O sentido da cultura

O homem, além de indivíduo, é ao mesmo tempo um ser social. É parte da comunidade humana. E é nessa comunidade que cresce e desenvolve a cultura humana. Toda cultura é ato e criação do homem; ela encontra raízes junto ao que há de mais íntimo no ser humano. Assim, o homem só consegue desenvolver-se espiritualmente por meio da cultura e

¹⁵⁶ *Idem*, p. 242-243.

¹⁵⁷ *Idem*, p. 244.

¹⁵⁸ *Idem*, p. 244-245.

¹⁵⁹ *Idem*, p. 246.

¹⁶⁰ WALKER, Ralph. *Kant: Kant e a lei moral*. Tradução de Oswaldo Giacóia Junior. São Paulo: UNESP, 1999, p. 11-12.

no seio dela¹⁶¹. Se o homem só atinge o desenvolvimento pleno de sua força espiritual se aceitar os valores, a cultura também será a atuação e realização dos valores, pois na medida em que estes são apreendidos e realizados o ser espiritual do homem é enriquecido¹⁶². A cultura é, portanto, realização de valores.

Segundo NOVOA MONREAL, cultura é tudo aquilo que, em virtude de sua referência a valores, tem sentido e significação para o homem, que reconhece esses valores como tais. A realidade, como tal, é sempre uma coisa dada livre de sentido e de valor, é o **reino da natureza**. É a consciência valorativa que lhe atribui um valor ou desvalor. O homem transforma a realidade em virtude dos valores a que tende. Desse modo, a cultura nasce com um dado que tem a significação, o sentido, de realizar valores. O direito é um fenômeno cultural que integra, numa conexão sistemática, o conteúdo das normas que, à base do juízo social teórico, foram reconhecidas como Direito. O conteúdo das normas deriva de sua referência a valores e fins reconhecidos socialmente. O sentido do Direito consiste em realizar a idéia do Direito, idéia que é a de endereçar para a justiça a conduta da sociedade e de seus membros¹⁶³.

Para RECASÉNS SICHES, a cultura pode ser considerada como a **vida humana objetivada**. O conjunto de objetos que, por seu sentido ou significação, expressam a intencionalidade humana é o que se denomina **mundo da cultura**¹⁶⁴.

Todo ato cultural consiste na realização de algum valor. Pode ser um valor ético, científico, estético ou religioso. Todo processo cultural é condicionado e determinado por valores. Nesses processos de cultura não atuam forças naturais, mas as forças do espírito humano que obedecem a um Dever Ser ideal¹⁶⁵. Esse Dever Ser é o apelo que os valores dirigem ao homem para que este possa atingir a auto-realização¹⁶⁶. A vida só pode ter algum valor se colocada a serviço dos mais altos valores da consciência humana¹⁶⁷.

¹⁶¹ HESSEN, J. *Op. cit.*, p. 246.

¹⁶² *Idem*, p. 247.

¹⁶³ NOVOA MONREAL, E. *Op. cit.*, p. 199.

¹⁶⁴ RECASÉNS, SICHES, Luis. *Tratado de sociologia*. Tradução de João Baptista Coelho Aguiar. v. I. Porto Alegre: Globo, 1968, p. 194-195.

¹⁶⁵ HESSEN, J. *Op. cit.*, p. 247-248.

¹⁶⁶ *Idem, ibidem*.

1.4.2. O momento trágico da cultura

HESSEN, ao tratar do processo histórico da cultura, menciona que esse é um processo essencialmente espiritual. Isso se deve ao fato de que as suas forças propulsoras são constituídas por conteúdos espirituais, por ideais, por valores. Assim, sua essência é a realização dos valores¹⁶⁸.

Mas, a cultura também é constituída por momentos trágicos, isto é, a par dos **traços luminosos**, apresenta **traços sombrios**. Esses momentos trágicos encontram seu fundamento no próprio processo de realização dos valores¹⁶⁹.

O trágico está presente não só na fase de descoberta, como na da captação e apreensão e na fase da plasmação e realização dos valores. Há algo de trágico quando, do dizer **sim** a alguma coisa, nasce um **ter de dizer não** a outra¹⁷⁰.

Aí é que reside a essência do trágico: no fato de a afirmação de um valor e a dedicação a esse valor arrastarem consigo, ao mesmo tempo, uma negação de outra coisa também valiosa¹⁷¹.

Só se pode falar de trágico ou de tragédia onde houver valores. Num universo alheio a valores jamais haverá tragédias. Assim, na física nunca haverá tragédia, pois esta só ocorrerá onde existirem coisas nobres e baixas, grandeza e miséria¹⁷².

1.4.3. A objetivação dos valores e o trágico

Plasmação ou realização de valores significam objetivação de valores. A objetivação é uma racionalização de uma idéia. O conteúdo das nossas vivências, para poder se tornar objeto de exposição aos outros, passa a ser plasmado racionalmente pelo intelecto. E aqui se

¹⁶⁷ *Idem*, p. 256.

¹⁶⁸ *Idem*, p. 256-257.

¹⁶⁹ *Idem*, p. 257.

¹⁷⁰ *Idem, ibidem*.

¹⁷¹ *Idem*, p. 257-258.

¹⁷² *Idem*, p. 258.

situa a contradição que há entre vida e forma. O objetivar é lançar a vida dentro de uma forma; encaixá-la dentro de um molde, aprisionando-a e a diminuindo. O **trágico** na realização dos valores, então, consistirá nessa deformação que eles sofrem quando são vasados na forma, que é condição de sua objetividade¹⁷³.

A forma pode transformar-se num inconveniente e um perigo para a própria vivência. Ela opõe-se ao fluxo da vida, pois o que há nela de estático não consegue reproduzir a dinamicidade da vida¹⁷⁴. Toda forma ou todo sistema de formas, então, é uma limitação e negação da própria vida, pois converte-se num perigo para ela¹⁷⁵.

No trágico destino da cultura resplandecem meridianas a finitude e a contingência do homem. A **divinização da cultura** – ou auto-divinização do homem – choca-se contra esse fato. A cultura será sempre um documento insofismável da fragilidade humana¹⁷⁶. Por isso, sempre que o homem esquecer-se desse fato e se despir de toda a humildade vindo a julgar-se Deus, estará pecando contra si próprio e contra a sua própria dignidade. O homem não é um simples animal; também jamais poderá ser Deus¹⁷⁷.

1.4.4. A teologia dos valores como edifício da axiologia

Para HESSEN, a teologia dos valores é a cúpula do edifício da axiologia. Busca ela a relação existente entre os valores e o Ser absoluto, que é Deus¹⁷⁸.

A teologia reconhece que a fé, frequentemente, é assolada por tensões, aflições e dúvidas num mundo marcado pelo positivismo e pelo ceticismo, em que as estruturas de poder e a sociedade distanciam-se cada vez mais da esfera dos valores transcendentis¹⁷⁹.

Os valores éticos ocupam posição singular no mundo dos valores. São eles que elevam o homem que os realiza à dignidade de pessoa¹⁸⁰. O homem moral está assente sobre si e

¹⁷³ *Idem*, p. 267.

¹⁷⁴ *Idem*, p. 268.

¹⁷⁵ *Idem*, *ibidem*.

¹⁷⁶ *Idem*, p. 271.

¹⁷⁷ *Idem*, p. 272.

¹⁷⁸ *Idem*, p. 273.

¹⁷⁹ SILVEIRA, J. L. *Op. cit.*, p. 31.

¹⁸⁰ HESSEN, J. *Op. cit.*, p. 274.

sobre as suas forças espirituais. É graças a sua liberdade que segue o bem. É pelos atos livres que realiza os valores éticos a que se propôs. A atividade moral é uma atividade livre e é nesta que consiste a autodeterminação do homem¹⁸¹. Essa autodeterminação, entretanto, não pode tornar-se uma absolutização do **eu humano**¹⁸².

Por vezes, a absoluta dedicação aos valores éticos acaba por dar origem a uma negação da divindade, estremecendo as relações entre homem e Deus¹⁸³. Não só o processo de realização de valores, mas a situação de gozo e posse dos valores pode constituir perigo para a relação entre homem e Deus. A vida passa a ser o bem máximo a que o homem pode aspirar, revestindo-se da roupagem do divino, fazendo com que o homem passe a se achar bem instalado no meio das coisas finitas¹⁸⁴.

O outro caminho pelo qual os valores podem afastar o homem de Deus é o da divinização dos bens terrenos. Nesse caso, o homem se entrega de tal forma ao culto dos valores deste mundo que em sua alma passa a não mais existir lugar para o bem infinito. O homem passa a adorar ídolos, e não mais Deus. A consequência dessa divinização é a de fazer desaparecer por completo da consciência toda a idéia do verdadeiro e sumo bem. O homem deixa de ter ouvidos para o Deus verdadeiro e passa a prestar culto a um ídolo¹⁸⁵.

A retificação desse comportamento dar-se-á mediante a decepção e desilusão que o homem experimentará em seu falso ídolo ao reconhecer que nele não pôde encontrar o que procurava. Nesse momento, seguir-se-á um ato de revolta ao de idolatria. A alma do homem estará novamente livre, então, para buscar o Deus verdadeiro¹⁸⁶.

Para SCHELER, o caminho que leva o homem a se perder a si mesmo, para ganhar novamente em Deus, no plano ético se chama humildade, e no plano intelectual **intuição pura**¹⁸⁷.

¹⁸¹ *Idem*, p. 275.

¹⁸² *Idem*, *ibidem*.

¹⁸³ *Idem*, p. 274-275.

¹⁸⁴ *Idem*, p. 282.

¹⁸⁵ *Idem*, p. 287.

¹⁸⁶ *Idem*, p. 289.

¹⁸⁷ SCHELER, Max. *Da reviravolta dos valores*. Tradução de Marco Antônio dos Santos Casa Nova. Petrópolis: Vozes, 1994, p. 31.

1.4.5. A realização dos valores como caminho para Deus

Os mais elevados valores da alma não pertencem a este mundo. São eles um **aceno do divino** na obra da criação¹⁸⁸.

Mas, apesar de nos valores realizados pelo homem se encontrar a marca de sua origem divina, este jamais consegue realizá-los completamente. O esforço do homem para atingir os valores jamais cessa. É isso que dá a tendência fundamental da alma humana: subir sempre¹⁸⁹!

De acordo com ALBERONI, assim como anunciaram Pitágoras, Mahavira, Sócrates e Jesus Cristo, o homem é emancipado da natureza. Tem livre-arbítrio e tem dentro de si a aspiração por um mundo perfeito, por um ideal de harmonia e de paz que constitui a sua meta final. Assim, a essência do homem, a sua especificidade e a sua força não são nem a adaptação nem a luta pela sobrevivência, mas sim o sonho de uma vida superior. A moral como ímpeto vital, a moral como espírito, como tendência para o alto, como transcendência de si mesmo¹⁹⁰.

Essa **aspiração de infinito** da alma humana em face dos valores é a tendência de o espírito humano não caber dentro de quaisquer fronteiras que lhe sejam impostas¹⁹¹.

Tal tendência aparece em todos os domínios dos valores: no domínio intelectual, no domínio moral e no domínio dos valores estéticos. Em todos os domínios axiológicos pode-se constatar o eterno e doloroso descontentamento do homem com todas as suas realizações, mesmo as mais altas¹⁹².

No domínio intelectual está presente no desejo insaciável do homem de saber e de encontrar a verdade¹⁹³.

No domínio moral está representada pelo fato de o homem moral ambicionar sempre uma perfeição maior; está na aspiração de uma maior pureza, sabedoria, bondade e amor¹⁹⁴.

¹⁸⁸ HESSEN, J. *Op. cit.*, p. 292-293.

¹⁸⁹ *Idem*, p. 293-294.

¹⁹⁰ ALBERONI, F. *Op. cit.*, p. 17.

¹⁹¹ HESSEN, J. *Op. cit.*, p. 294.

¹⁹² *Idem*, p. 296.

¹⁹³ *Idem*, p. 294-295.

¹⁹⁴ *Idem*, p. 295.

Também no domínio dos valores estéticos está presente a tendência do espírito humano de transpor fronteiras. HESSEN assim o demonstra utilizando-se das palavras de Kant que chamava a idéia estética de **representação inatingível da imaginação**. Isso porque nenhuma das realizações do artista, por exemplo, pode satisfazê-lo, pois com nenhuma se contenta e a todas procura exceder¹⁹⁵.

Assim é que, em KANT, o espaço é representado como uma magnitude infinita e o tempo como uma representação ilimitada¹⁹⁶ e, para HERÁCLITO, o sol é novo cada dia para o sol do artista¹⁹⁷.

1.4.6. A visãoação de um ideal superior

O estudo da chamada **visiãoação** do ideal superior tem por base, segundo HESSEN, o fato de que o espírito humano é dotado de profunda insatisfação. Essa insatisfação obriga-o a prosseguir o seu caminho em procura da perfeição. E dessa insatisfação nasce um pressentimento: o de que existe um ideal superior¹⁹⁸.

Ao aspirar o homem uma realização cada vez mais alta dos valores, levanta-se a ele um novo e último ideal. Surge o pressentimento de um valor que é totalmente diferente dos demais, em busca dos quais apaixonadamente se afadigara até então¹⁹⁹. Esse **infinito** que se busca na caminhada do homem não é apenas uma idéia ou ideal; é uma realidade valiosa que existe por si mesma, e não como produto de qualquer esforço humano²⁰⁰.

¹⁹⁵ *Idem*, p. 296.

¹⁹⁶ KANT, I. *Crítica da razão pura*, p. 76-78.

¹⁹⁷ RECASÉNS SICHES, Luis. *Op. cit.*, v. II, p. 762. Ver também ÉFESO, Heráclito de. *Pré-socráticos*. In: *Os pensadores*. Tradução de Wilson Regis. São Paulo: Nova Cultural, 2000, p. 88.

¹⁹⁸ HESSEN, J. *Op. cit.*, p. 298.

¹⁹⁹ *Idem*, p. 300.

²⁰⁰ *Idem*, p. 300-301.

1.4.7. O insucesso do homem na realização dos valores

O processo de realização dos valores apresenta dois aspectos distintos: o da capacidade no êxito do esforço humano e o do seu insucesso. Isso porque há valores positivos e valores negativos. O insucesso, às vezes, vem a ser útil ao homem, pois o estimula a novos esforços, fazendo com que ele vá a procura de um poder capaz de curar sua fraqueza e lhe dar uma força que até então não tinha²⁰¹. A perspectiva de uma **transcendência**, então, abre-se para o homem quando os valores negativos lhe surgem como **golpes do destino**, rompendo os laços que o prendiam ao **reino da imanência**. É aí que lhe desperta o sentimento da criatura que o faz erguer as mãos para um poder mais alto²⁰².

Mas o homem pode ser conduzido mais depressa ainda à consciência da sua condição de criatura e da sua miséria. Por meio da culpa e do pecado ele reconhece que não tem forças suficientes para se libertar do peso que o fadiga, sentindo toda a contingência do seu Ser e a sua dependência de Deus²⁰³.

1.4.8. A realização dos valores éticos como fim do homem

Toda visão axiológica profunda remete-nos a uma metafísica dos valores²⁰⁴.

Não se pode desligar os valores de sua união viva com o espírito. Os valores não são espécies rígidas, independentes. Eles estão aí para o espírito. E é nessa referência necessária ao espírito que podemos ver a única origem deles²⁰⁵.

O valor é radicalmente distinto do Ser. A ordem lógica difere da ordem axiológica. Mas não deixa de existir entre ambas uma íntima ligação: o conhecimento dos valores é uma penetração destes na realidade. A realidade apetece os valores, pois está ávida deles,

²⁰¹ *Idem*, p. 301.

²⁰² *Idem*, p. 302-303.

²⁰³ *Idem*, p. 303.

²⁰⁴ *Idem*, p. 306.

²⁰⁵ *Idem*, p. 322.

predisposta a recebê-los²⁰⁶. O sujeito que tem o conhecimento dos valores é um Ser real, um pedaço da realidade²⁰⁷.

A primeira forma, portanto, de **precipitação** dos valores na realidade está aí: quando eles penetram na consciência do sujeito cognoscente ao serem captados e vividos²⁰⁸.

Mais importante do que o aspecto do conhecimento dos valores é o da sua realização. O homem pode fazer dos valores objeto de seu querer e de sua atividade. Por esse meio os valores podem tornar-se reais, descendo da esfera do seu **valer ideal** para a da existência. Daí a afirmação de HESSEN de que quanto mais valores realizarmos, particularmente os éticos, tanto mais o nosso Ser se achará repassado por eles, tanto mais nós próprios nos converteremos numa parte da realidade valiosa e mais conseguiremos ser **pessoa**²⁰⁹.

²⁰⁶ *Idem*, p. 323.

²⁰⁷ *Idem, ibidem*.

²⁰⁸ *Idem, ibidem*.

²⁰⁹ *Idem*, p. 324.

CAPÍTULO 2.

A SENTENÇA E A IDÉIA DE VALOR

2.1. O caráter avalorativo do positivismo jurídico

Após análise da teoria dos valores, convém demonstrar que há determinadas concepções teóricas que desconhecem o significado dos valores. Entre elas podemos citar o positivismo jurídico na visão de Norberto Bobbio.

Para abordar o chamado positivismo jurídico, porém, torna-se necessário, ainda que sucintamente, fazer uma menção ao direito natural.

Segundo BOBBIO, a doutrina do direito natural compreende uma variedade de escolas. Assim, as idéias de direito natural são divergentes ao longo da história²¹⁰.

No pensamento clássico, o direito natural é aquele que tem em toda parte a mesma validade, enquanto o direito positivo tem validade apenas nas comunidades políticas em que é posto. Enquanto o direito natural prescreve ações cujo valor não depende do juízo que sobre elas tenha o sujeito, pois prescreve ações cuja bondade é objetiva, o direito positivo estabelece ações que, antes de serem reguladas, podem ser cumpridas indiferentemente de um modo ou de outro; mas, uma vez reguladas pela lei, importa que sejam desempenhadas de acordo com o prescrito pela lei²¹¹.

²¹⁰ BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. Tradução e notas de Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995, p. 17-22.

²¹¹ *Idem, ibidem*. No texto original, consta como sendo o direito natural aquele que tem em toda parte a mesma **eficácia**, e não a mesma **validade**. Da mesma forma, no que diz respeito ao direito positivo, consta como tendo **eficácia** apenas nas comunidades políticas em que é posto, e não validade. Optamos, entretanto, por substituir **eficácia** por **validade**, em virtude de o positivismo caracterizar-se por propor a validade como critério de juridicidade, recusando, para alguns, a justiça e a eficácia. A justiça, diz BARZOTTO, “é rejeitada por não haver consenso em torno do seu conteúdo. As várias concepções de justiça inviabilizam-na como critério de identificação do jurídico, pois os resultados do apelo à ‘justiça’ serão sempre incertos. A eficácia é recusada, porque com ela, só se pode identificar o direito a posteriori, tornando-o, assim, imprevisível”. BARZOTTO, Luis Fernando. *O positivismo jurídico contemporâneo: uma introdução a Kelsen, Ross e Hart*. São Leopoldo: Unisinos, 1999, p. 139.

Aristóteles, na *Retórica*, faz alusão a uma lei comum, natural, não escrita. Opõe à lei escrita e particular de uma cidade a lei comum da qual - as regras não escritas - parecem fazer o acordo de todos²¹². O fundamento deste acordo é precisado da seguinte forma: “*Chamo de lei comum a que é conforme à natureza; porque há alguma coisa sobre a qual todos têm certa predição, é o que é por natureza o justo ou o injusto comuns*”. Esse justo pode pois valer para homens que não pertencem à mesma comunidade ou que não estão associados por nenhum contrato²¹³.

A tragédia grega **Antígona**, de Sófocles, a nosso sentir, retrata a idéia de direito natural.

Etéocles e Polinices, filhos de Édipo, morrem na disputa pelo trono de Tebas. Creonte, cunhado de Édipo, assume o poder depois da morte de Etéocles e dispensa honras e um funeral de estado a Etéocles, mas decreta que o corpo de Polinices seja deixado a decompor-se ao ar livre, para ser comido pelos animais predadores e pelos pássaros, como castigo pela sua traição ao atacar a cidade. Antígona e Ismena, irmãs dos defuntos, conferenciam acerca do destino a dar ao corpo de Polinices. Antígona insiste que é seu dever sagrado proceder aos sacrifícios rituais junto ao cadáver de Polinices, para que a sua alma possa encontrar descanso. Ismena, desejosa de evitar que mais infortúnios caiam sobre a família, aconselha Antígona que evite desobedecer a Creonte. Antígona responde que, posta a escolha entre a lei sagrada e a lei humana, a obediência aos deuses vem em primeiro lugar²¹⁴:

*“Nem Zeus, nem a justiça, irmã dos deuses, o promulgou. Não creio que teu édito derogue as leis não escritas e imutáveis dos deuses, pois não passas de simples mortal. Não é de hoje, nem de ontem, que elas existem; são de todos os tempos e ninguém em verdade dirá quando começaram. Deveria eu, assim, por temor de tuas ordens, expor-me e merecer o castigo dos deuses”*²¹⁵?

Aceitando as conseqüências do ato e repreendendo Ismena por tomar o caminho mais fácil para resolver o dilema, Antígona empenha-se no funeral do irmão e é acusada de fazer

²¹² ARISTÓTELES. *Retórica*. Tradução e notas de Manuel Alexandre Júnior, Paulo Farmhouse Alberto e Abel do Nascimento Pena. Lisboa: Imprensa Nacional – Casa da Moeda, 1998, p. 80.

²¹³ VERGNIÈRES, Solange. *Ética e política em Aristóteles: physis, ethos, nomos*. Tradução de Constança Marcondes Cesar. São Paulo: Paulus, 1998, p. 196.

²¹⁴ SNODGRASS, Mary Ellen. *Hiper-apontamentos Europa-América explicam clássicos gregos*. Tradução de Saul Barata. Portugal: Publicações Europa-América, 1988, p. 136-137.

²¹⁵ COLUSSI, Maria da Glória. *Fundamentos de teoria geral do direito e do processo*. 2. ed. Curitiba: JM, 2001, p. 57.

uma libação aos deuses e de espalhar terra sobre o cadáver do irmão. Antígona confessa o ato e Creonte lhe castiga juntamente com a irmã mandando prender ambas²¹⁶.

No pensamento medieval, a distinção entre direito natural e direito positivo está na característica de o segundo ser posto pelos homens, enquanto que o primeiro é posto por alguém que está além dos homens, como a natureza ou o próprio Deus²¹⁷.

Já no pensamento dos séculos XVII e XVIII, o direito natural é o conjunto de todas as leis que, por meio da razão, fizeram-se conhecer tanto pela natureza quanto pelas coisas que a natureza humana requer como condições e meios de consecução dos próprios objetivos. O direito positivo seria o conjunto de leis fundadas apenas na vontade declarada do legislador. O direito natural seria, então, aquele de que obtemos conhecimento por meio da razão, pois esta deriva da natureza das coisas; o direito positivo, aquele que vimos a conhecer por meio de uma declaração de vontade do legislador. A esfera do direito natural limita-se àquilo que se demonstra *a priori*; a do direito positivo começa onde a decisão sobre se uma coisa constitui, ou não, direito depende da vontade do legislador²¹⁸.

Para Hobbes, o direito positivo tem origem a partir do direito natural, que se constitui a partir do contrato social. O Estado de Natureza de Hobbes e o Estado de Sociedade de Rousseau – anota CHAUI – evidenciam uma percepção do social como luta entre fracos e fortes, vigorando a lei da selva ou o poder da força. Para fazer cessar esse estado de vida ameaçador e ameaçado, os humanos decidem passar à sociedade civil, isto é, ao Estado Civil, criando o poder político e as leis. A passagem do Estado da Natureza à sociedade civil dá-se por meio de um contrato social, pelo qual os indivíduos renunciam à liberdade natural e à posse natural de bens, riquezas e armas e concordam em transferir a um terceiro – o soberano – o poder para criar e aplicar as leis, tornando-se autoridade política. O contrato social funda a soberania²¹⁹.

²¹⁶ SNODGRASS, M. E. *Op. cit.*, p. 136-137.

²¹⁷ BOBBIO, N. *Op. cit.*, p. 17-22.

²¹⁸ *Idem, ibidem.*

²¹⁹ CHAUI, M. *Op. cit.*, p. 399-400. A noção de contrato social é clara em HOBBS: “*diz-se que um Estado foi instituído quando uma multidão de homens concordam e pactuam, cada um com cada um dos outros, que a qualquer homem ou assembleia de homens a quem seja atribuído pela maioria o direito de representar a pessoa de todos eles (ou seja, de ser seu representante), todos sem exceção, tanto os que votaram a favor dele como os que votaram contra ele, deverão autorizar todos os atos e decisões desse homem ou assembleia de homens, tal como se fossem seus próprios atos e decisões, a fim de viverem em paz uns com os outros e serem protegidos dos restantes homens*”. HOBBS, Thomas. *Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil*. In: *Os pensadores*. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Nova Cultural, 2000, p. 145. O diálogo entre o jurista e o filósofo retrata a importância dada por Hobbes à lei. Diz o jurista: “*mas que o juiz, por melhor que creia ser o seu raciocínio, esteja atento para não se desviar demais da letra do*

Se é certo, porém, que há uma gama de escolas e teorias acerca da doutrina do direito natural, como já referido, também é certo que podemos encontrar nessas diversas escolas um denominador comum.

Para NOVOA MONREAL, esse denominador comum é a idéia de que existe, antes e acima do direito positivo, um conjunto de normas ou princípios, válidos por si mesmos e fundados na natureza do homem, capazes de dar um conteúdo próprio às noções de justo e injusto²²⁰.

Assim, o direito natural supõe uma ordem jurídica *a priori*, cognoscível racionalmente, anterior a todo legislador humano e de uma tal espécie que o legislador positivo não deve desconhecê-lo, pois a ele corresponde ajustar a esse direito os preceitos que enuncie contribuindo no sentido de que sejam observadas suas normas²²¹.

Em conseqüência, reconhece um dualismo no direito: de um lado, um direito natural, superior, modelo ideal de princípios jurídicos para qualquer povo ou época; de outro, um direito positivo que cada país sanciona em um dado momento, dentro de seu território. Quando as leis positivas afastam-se do direito natural passam a ser mandatos ilegítimos, sem outro respaldo que a força que os impõe. Daí não podem ser consideradas normas jurídicas, pois consumariam a injustiça²²².

O direito natural contrapõe à legislação positiva normas, princípios e regras jurídicas superiores a ela e que passarão a ser condição de sua validade. Já o positivismo jurídico não reconhece outro direito que o imposto pelo legislador humano²²³.

estatuto, pois isso não se faz sem perigo". Completa o filósofo: "ele pode sem perigo se afastar da letra, se não se afastar do sentido e do significado da lei, que um homem douto (como normalmente são os juizes) pode facilmente encontrar no preâmbulo, na época em que este foi feito e nos inconvenientes em razão dos quais foi feito". HOBBS, Thomas. Diálogo entre um filósofo e um jurista. Tradução de Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy, 2001, p. 15. Para HOBBS, "em todos os Estados o legislador é unicamente o soberano, seja este um homem, como numa monarquia, ou uma assembléia, como numa democracia, ou numa aristocracia. Porque o legislador é aquele que faz a lei. E só o Estado prescreve e ordena a observância daquelas regras a que chamamos leis, portanto o Estado é o único legislador. Mas o Estado só é uma pessoa, com capacidade para fazer seja o que for, através do representante (isto é, o soberano), portanto o soberano é o único legislador. Pela mesma razão, ninguém pode revogar uma lei já feita a não ser o soberano, porque uma lei só pode ser revogada por outra lei, que proíba sua execução". HOBBS, T. Leviatã ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil, p. 208.

²²⁰ NOVOA MONREAL, E. *Op. cit.*, p. 193-194.

²²¹ *Idem*, p. 194.

²²² *Idem, ibidem*.

²²³ *Idem*, p. 195.

O positivismo jurídico é uma reação às correntes jusnaturalistas que buscavam definir a origem, essência e o fim do direito na natureza ou na razão humana²²⁴. O positivismo surge, em fins do século XVIII e princípio do século XIX, como uma utopia crítico-revolucionária da burguesia antiabsolutista, tornando-se, no decorrer do século XIX até os nossos dias, uma ideologia conservadora identificada com a ordem industrial/burguesa estabelecida²²⁵. Segundo PERELMAN, o positivismo jurídico, oposto ao direito natural, associado ao positivismo filosófico, negador de qualquer filosofia dos valores, foi a ideologia democrática dominante no Ocidente até o fim da Segunda Guerra Mundial²²⁶ e acabou-se impondo como principal doutrina jurídica contemporânea²²⁷.

De acordo com BOBBIO²²⁸, os sete pontos ou problemas fundamentais da doutrina juspositivista são os seguintes:

a) quanto ao modo de abordar o direito: para o positivismo o direito é considerado um fato, e não um valor. O jurista deve, portanto, estudar o direito como um conjunto de fatos e fenômenos, abstendo-se de formular juízos de valor. O termo direito é absolutamente avalorativo; prescinde do fato de ser um valor ou um desvalor²²⁹. A dogmática jurídica – uma das matizes do positivismo jurídico – caracteriza-se pelo fato de o jurista não valorar o conteúdo das disposições que compõem um dado sistema jurídico positivo. Os únicos juízos de valor que a ciência do direito aceita são os que comprovam a conformidade ou oposição de um fato, pois a norma positiva é um fato. O positivismo jurídico recusa os valores metafísicos e toda a análise do conteúdo das normas; a pessoa passa a ser um simples suporte imaginário para um feixe de deveres, responsabilidades e direitos subjetivos²³⁰. O positivismo jurídico elimina do direito qualquer referência à idéia de justiça e, da filosofia, qualquer referência a valores, procurando modelar tanto o direito como a filosofia pelas ciências, consideradas

²²⁴ WOLKMER, Antonio Carlos. *Ideologia, estado e direito*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 158.

²²⁵ LÖWY, Michael. *As aventuras de Karl Marx contra o Barão de Münchhausen: marxismo e positivismo na sociologia do conhecimento*. Tradução de Juarez Guimarães e Suzanne Felicie Léwy. 7. ed. São Paulo: Cortez, 2000, p. 18.

²²⁶ PERELMAN, Chaïm. *Lógica jurídica: nova retórica*. Tradução de Verginia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 91.

²²⁷ WOLKMER, A. C. *Op. cit.*, p. 158.

²²⁸ BOBBIO, N. *Op. cit.*, p. 131-133.

²²⁹ BOBBIO, N. *Op. cit.*, p. 131.

²³⁰ NOVOA MONREAL, E. *Op. cit.*, p. 198.

objetivas e impessoais, e das quais compete eliminar tudo o que é subjetivo, portanto arbitrário²³¹;

b) quanto à definição do direito: o juspositivismo define o direito em função do elemento **coação**²³². Hans Kelsen conceitua o direito como uma ordem coativa constituída à base de normas, e que regulamenta o emprego da força nas relações sociais e se reserva o monopólio desta. Essa ordem normativa estabelece uma relação de imputação entre o ato ilícito e a sanção, relação que é de **Dever Ser**, pelo que não constitui uma seqüência fatal ou necessária. Só há norma jurídica se se estabelece uma sanção como consequência do descumprimento da prescrição da norma. Fato ilícito é a conduta contrária à norma; está dentro do sistema jurídico, por ser a condição da sanção²³³. KELSEN, ao definir o direito como ordem coativa, diz que este reage contra situações consideradas indesejáveis, por serem socialmente perniciosas, com um ato de coação, com um mal que é aplicado ao destinatário mesmo contra sua vontade, se necessário até com emprego de força física. Como ordem coativa, o Direito distingue-se de outras ordens sociais. O momento coação, isto é, a circunstância de que o ato estatuído pela ordem como consequência de uma situação de fato considerada socialmente prejudicial deve ser executado mesmo contra a vontade da pessoa atingida e – em caso de resistência – mediante o emprego da força física, é o critério decisivo²³⁴;

²³¹ PERELMAN, Chaïm. *Op. cit.*, p. 91. Não faltam críticas, porém, ao positivismo jurídico de Bobbio, que, atualmente, é considerado por alguns como ultrapassado e fraco. Nesse sentido, ver MATTA, Emmanuel. A atualidade da teoria pura do direito: Kelsen e Bobbio. *Revista Cidadania e justiça*. Rio de Janeiro: Associação dos Magistrados Brasileiros, n. 9, ano 4, p. 70-86, 2. sem. /2000. Quanto ao positivismo jurídico como abordagem não valorativa do direito, há, segundo MATTA, vários sofismas. Dentre eles, podemos citar alguns: o direito não seria um fato, no sentido de fato do mundo natural ou causal, mas seria um valor específico de regulação da conduta humana. O jurista não deveria estudar o direito do mesmo modo que o cientista estuda a realidade natural. Ocorre que o direito não é uma realidade natural, mas uma realidade normativa. Além disso, não é por ser natural que o estudo do direito deve ser de absoluta abstenção de juízos de valor, pois a objetividade – pureza - desse estudo significa que deve ser feito livre de juízos subjetivos de valor e ideologias, mesmo sendo o direito norma – como de fato é – e valor específico. O termo direito não é, como diz Bobbio, privado de qualquer conotação valorativa. Ao contrário – prossegue MATTA -, o direito, para a Teoria Pura, é um valor mesmo, sendo um valor objetivo específico, contido válida e eficazmente no sistema normativo que é. Para o positivismo jurídico kelseniano, a validade da norma significa que ela é um valor, uma vez que pode ser, valer e não ter eficácia. *Idem, ibidem*.

²³² BOBBIO, N. *Op. cit.*, p. 131.

²³³ NOVOA MONREAL, E. *Op. cit.*, p. 197.

²³⁴ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo, 1998, p. 35-37. Refere MATTA que também nesse ponto – definição do direito como coação – Bobbio incorre em erro. Diz MATTA: “Bobbio confunde o direito como fato com o Direito como um sistema de normas válidas e eficazes. Uma coisa é a validade do direito, que não se fundamenta na força, mas sim no dever ser de suas normas. E outra coisa é a eficácia do direito que, esta sim, está condicionada pela força de sua execução exercitada. Tanto assim é que o próprio Bobbio acrescenta (...) que a doutrina da força ‘não é exclusividade do positivismo jurídico, visto que seu primeiro formulador é geralmente considerado o jusnaturalista alemão Christian Thomasius (...) diremos, para resumir o ponto que, em Kelsen, a sanção coercitiva do direito não é apenas um meio de

c) com relação às fontes do direito: a **teoria da legislação** é a fonte preeminente do direito²³⁵. A escola da exegese nasceu junto com a promulgação dos grandes códigos no começo do século XIX. A idéia de que esses códigos – notadamente o napoleônico – condensavam princípios, regras e conhecimentos jurídicos de séculos fizeram com que a lei passasse a ser cultuada cegamente. O postulado de que a lei é a vontade do povo e da razão passou a se constituir em verdadeiro dogma. O legislador passou a ser visto como infalível e onipotente e ao juiz não caberia a tarefa de criar o direito, pois dita faculdade é exclusiva do parlamento²³⁶. O positivismo confundiu direito com o conjunto de leis formais, esquecendo-se da importância dos elementos criativos pré-dogmáticos, como a jurisprudência, o sentimento jurídico e a intuição²³⁷;

d) Quanto à teoria da norma jurídica: o positivismo considera a norma como um comando e trata de estabelecer a quem será dirigido o comando jurídico²³⁸;

e) atinente à teoria do ordenamento jurídico: o positivismo sustenta a teoria da coerência e da completude do ordenamento jurídico. A coerência exclui a possibilidade de, num mesmo ordenamento jurídico, coexistirem simultaneamente duas normas antinômicas,

assegurar a eficácia das normas jurídicas. Ela, na verdade, faz parte da estrutura normativa do direito como conteúdo de seu exercício de força. E o teórico que reconhece isso é o famoso realista do direito (...) Confirma-se, mais uma vez, a distinção entre validade e eficácia e sua tensão característica, o que denota que o direito é norma e um sistema de normas regulamentadoras do uso da força na sociedade". MATTA, E. *Op. cit.*, p. 75-76.

²³⁵ BOBBIO, N., *Op. cit.*, p. 132.

²³⁶ NOVOA MONREAL, E. *Op. cit.*, p. 196.

²³⁷ CRESCI SOBRINHO, Elicio de. *Justiça alternativa*. Porto Alegre: Fabris, 1991, p. 124. Para MATTA, Bobbio, quando trata da lei como única fonte de qualificação, confunde o leitor menos avisado. Esse modo de abordar o problema, diz MATTA, não é correto, pois "não é todo juspositivismo que considera o direito *sub specie legis*, tão-só. Bobbio mesmo acrescenta que a teoria coloca o problema das outras fontes do direito, que não desapareceram totalmente. Nem poderiam desaparecer, pois a Teoria Pura do Direito (...) não tem o direito só *sub specie legis*; ao contrário, nela o direito é sempre visto *sub specie juris*, justo porque, se a lei é realmente a fonte mais completa e acabada da manifestação evolucionária do direito, ela não contém todo o direito. Na sua realização, através dos processos de interpretação, integração e aplicação, o direito envolve um sistema normativo de relações entre as suas fontes principais e complementares. Desse modo é que ele regula a sua própria criação (...) Reside aí a característica singular, específica, de normatividade imanente do direito, que se diversifica nas suas fontes, mas não se confunde com as suas fontes, reconhecidas pelo direito mesmo, que as qualifica, regula e autoriza, enfim. Portanto, o traço fundamental do direito é o de sua validade, que define juridicamente as suas fontes ou critérios de reconhecimento nas normas reguladoras de sua própria produção". MATTA, E. *Op. cit.*, p. 76.

²³⁸ BOBBIO, N. *Op. cit.*, p. 132. MATTA critica a idéia de Bobbio: "a Teoria Pura do Direito é positivista, mas não considera nem o Estado nem a lei como as únicas fontes do direito (...) Assim sendo, se para Bobbio 'basta, realmente, abandonarmos a perspectiva legalista-estatal, para que a teoria imperativista não exista mais', então a Teoria Pura do Direito nada tem de imperativista, porque, para Kelsen, a norma jurídica, como vimos, é uma prescrição de *dever ser*, estabelecida de uma certa forma específica. Nesse entendimento, o *dever ser* de espécie jurídica é condicionado por sua interpretação, integração e aplicação e, pois, não pode ser um comando, que é um *dever ser* incondicionado ou categórico, no sentido de Kant. Bobbio quer fazer crer que a Teoria Pura do Direito adota a tese de um imperativismo quando, na verdade, ela assume uma concepção normativista do direito e entende a norma jurídica como hipotética, isto é, dirigida às autoridades, que a aplicam ou desapplicam, e aos destinatários últimos, que a aceitam ou não". MATTA, E. *Op. cit.*, p. 77.

pois está implícito no próprio ordenamento um princípio que estabelece qual das normas é inválida. A completude caracteriza-se pelo fato de o juiz poder sempre extrair das normas explícita ou implicitamente contidas no ordenamento jurídico uma regra para decidir qualquer caso. Assim, o positivismo jurídico exclui qualquer lacuna no direito²³⁹. A dogmática considera o direito positivo como um sistema fechado, bastante em si mesmo. Dele podem-se deduzir soluções para todo os casos, sem que seja permitido utilizar-se de materiais alheios ao ordenamento positivo. Aplicar o direito é descobrir a regra geral para resolver o caso concreto. Para a dogmática a lei desvincula-se da vontade do legislador tão logo sancionada, adquirindo vida própria²⁴⁰;

f) quanto ao método da ciência jurídica: o positivismo jurídico considera o jurista uma espécie de computador ou calculadora eletrônica. Sustenta a teoria da interpretação

²³⁹ BOBBIO, N. *Op. cit.*, p. 132-133.

²⁴⁰ NOVOA MONREAL, E. *Op. cit.*, p. 197. Para MATTA, “a unidade sistêmica do ordenamento jurídico revela, sem dúvida, o seu caráter auto-evidente na sociedade como produtor de normas jurídicas e é nesse sentido o seu caráter autopoietico (...) Inevitável, então, seja qual for a perspectiva, positivista ou jusnaturalista, a Teoria da Norma Fundamental de Kelsen, quer para descrever, quer para prescrever, quer, ainda, para transformar o direito. Bobbio reconhece como inevitável a norma fundamental, ‘que não é posta por um outro poder superior qualquer, mas sim suposta pelo jurista para poder compreender o ordenamento: trata-se de uma hipótese ou um postulado ou um pressuposto do qual se parte no estudo do direito’. Mas, de outro lado, contraditoriamente, ele argumenta que se pode duvidar de que ‘chegue a resolver o problema para o qual foi formulada, isto é, fechar o sistema normativo, assegurando-lhe a perfeita unidade’. Ora, a norma fundamental constitui o suposto de validade do direito, que legitima o poder supremo capaz de criá-lo e ditá-lo. Não é formulada para resolver o problema da unidade do sistema normativo, neste mesmo insita e imanente, mas para conhecer e praticar normativamente a ideologia do poder, que representa. Não se trata de um *recursus ad infinitum*, nem de fazer depender o direito do fato, eis que não há exclusão entre norma e fato, dever ser e ser, mas uma tensão biunívoca entre validade-dever, ser-norma e eficácia-ser-fato do direito. A norma fundamental enuncia apenas o seguinte: ‘deve-se obedecer ao legislador originário’, no pressuposto, é claro, da eficácia da legislação ditada em seu conjunto. Por isso, dizemos que o suposto de validade do direito é o próprio direito, mas o pressuposto de validade do direito reside na eficácia do sistema normativo em seu todo. Na verdade, o poder antecede o direito, no sentido de ser o seu pressuposto, isto é, se um ato não pode ser efetivo, ele não deve ser. Logo, a eficácia é pressuposto de validade do direito, mas não é o seu suposto. O suposto de validade do direito é o seu próprio fundamento de dever ser. Portanto, fato e direito não se identificam, nem se excluem, mas se relacionam numa tensão biunívoca. Isso significa que o direito não se fundamenta no fato de sua eficácia ou efetividade e esse é precisamente o fato que especifica o direito enquanto tal. Temos diante de nós o conhecido paradoxo funcional do direito, segundo o qual não se sabe por que o direito funciona, mas que ele funciona (...) Ora, o tal paradoxo, apontado pelos juristas, na verdade é uma hipocrisia, pois o direito funciona porque ele é uma ideologia do poder (...) Dispõe normativamente do monopólio do uso legítimo da força para se exercitar. Mas a força não é o seu fundamento e sim o instrumento de sua execução. Caracterizada assim a unidade sistêmica do ordenamento jurídico, é fácil resolver as questões ligadas à coerência e completude decorrentes. O próprio Bobbio afirma que os critérios de solução encontram confirmação no Direito Positivo (...), aponta os critérios, todos normativos e autorizados pelo próprio ordenamento jurídico, para eliminar as antinomias (...) e os critérios para preencher as lacunas (...) ensina que tais questões se reduzem ao traço fundamental da unidade sistêmica do direito, a saber: a unidade negativa de afastar as contradições e a unidade positiva de preencher lacunas”. MATTA, E. *Op. cit.*, p. 78-79.

mecanicista, fazendo prevalecer na atividade do jurista o elemento declarativo em detrimento do produtivo ou criativo do direito²⁴¹;

g) quanto à teoria da obediência: é a teoria da obediência absoluta da lei enquanto tal. Esta teoria é sintetizada no aforismo **lei é lei**²⁴². Isso faz com que o positivismo jurídico abandone a vida jurídica à letra morta da lei, aos textos de jurisprudência e ao arbítrio da força²⁴³.

Com base nas características acima, pode-se dizer que, num sentido amplo, a doutrina do positivismo jurídico pode ser chamada de formalismo jurídico, pois baseia-se no estudo do direito a partir dos textos preceptivos emanados do legislador²⁴⁴.

Segundo WOLKMER, esse formalismo jurídico, enquanto ideologia do positivismo posto, é fruto da sociedade burguesa. A ideologia positivista rejeita toda e qualquer dimensão *a priori*. Procura banir quaisquer considerações metafísico-racionalistas do direito e reduz tudo à análise de categorias empíricas na funcionalidade de estruturas legais. Descarta princípios e juízos valorativos em função de uma suposta neutralidade axiomática, de um experimentalismo rigoroso e de um tecnicismo formalista. A validade do direito funda-se na existência de uma organização normativa e hierarquizada²⁴⁵.

Pode-se dizer, então, que o positivismo jurídico e seu formalismo visam a manter as diversas funções do aparelho estatal, ocultando o caráter ideológico sob o manto do dogmatismo jurídico oficializado. As leis – cuja produção está sob a égide estatal – possuem

²⁴¹ BOBBIO, N. *Op. cit.*, p. 133. A assertiva de que a atividade do jurista é declarativa, em detrimento da criativa do direito, não é correta, segundo MATTA. O positivismo kelseniano jamais considerou a interpretação um exercício de mecanicismo robotizado. Na verdade, ensina MATTA, “Bobbio confunde o momento criativo e o momento teórico do direito e, portanto, entre o sentido prescritivo-ordenamental e o descritivo-sistêmico, teórico este e prático aquele, sacrificando e prejudicando a correta abordagem e solução do problema. Afinal, a jurisprudência é atividade criativa de interpretação ou é tarefa cognoscitiva do jurista? De modo sorrateiro e falaz, Bobbio introduz a idéia de jurisprudência como se fosse a própria Ciência do Direito, em sua missão de conhecer e descrever e de prescrever e praticar o direito. Daí todos os equívocos do ponto sexto, buscando Bobbio camuflar com a ambigüidade conceitual a sua ideologia e o seu desejo metateórico de garantir à Teoria do Direito o caráter prático da jurisprudência”. MATTA, E. *Op. cit.*, p. 80.

²⁴² BOBBIO, N. *Op. cit.*, p. 133.

²⁴³ PORTANOVA, Rui. *Motivações ideológicas da sentença*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 65. Afirma MATTA que é equivocada a postura de Bobbio quanto à teoria absoluta da lei enquanto lei, porquanto “não é correto para todo positivismo, porque a Teoria Pura do Direito não assume jamais a postura ética, de um valor supremo e último do direito identificado com a lei ou a fonte estatal-legislativa como a única do ordenamento normativo. Bobbio despreza a postura noética da Teoria Pura do Direito e cria ideologicamente duas versões do que chama de ‘positivismo ético’: a versão extremista-forte e a versão moderada-fraca, para aderir, contraditoriamente, à versão fraca-moderada, porque o direito tem um ‘valor enquanto tal, que é o de realizar a ordem’, e tal valor resulta de uma ‘preferência, nasce de uma escolha, de uma atitude valorativa e dá lugar a uma ideologia’”. MATTA, E. *Op. cit.*, p. 82.

²⁴⁴ NOVOA MONREAL, E. *Op. cit.*, p. 196.

total superioridade, pois o ordenamento é hermético, pleno e estruturado hierarquicamente, fazendo com que tudo lhes fique subordinado - positivismo lógico -; a ordem social só pode ser alterada dentro das regras do jogo que a própria ordem estabelece, sendo o Estado **porta-voz** das classes dominantes - positivismo historicista -; e os praticos do direito sequer tentam criticar os pressupostos estabelecidos pela ordem dominante, limitando-se a servi-la - positivismo psicologista²⁴⁶.

Para LYRA FILHO, o positivismo legalista volta-se para a lei e, mesmo quando incorpora outro tipo de norma – como, por exemplo, o costume -, dá a lei total superioridade, tudo ficando subordinado ao que ela determina e jamais sendo permitido – de novo, a título de exemplo – invocar um costume contra a lei.

O positivismo historicista prefere voltar-se para as formações jurídicas pré-legislativas, ou seja, anteriores à lei. Mergulha, então, nas normas jurídicas não escritas, não organizadas em leis ou códigos, mas admitidas como uma espécie de produto espontâneo do que se chama **espírito do povo**. Acontece que este fantasma, prossegue LYRA FILHO, utilíssimo à ordem dominante, atribui ao povo os costumes principais - aqueles *mores*, indicados pelos antropólogos e que são os costumes considerados essenciais para a manutenção da ordem social. Ora, estes *mores* são sempre os da classe e grupos dominantes, mascarados pelo historicismo positivista sob o rótulo de produtos do **espírito do povo**²⁴⁷.

O positivismo psicologista, segundo LYRA FILHO, desempenha o papel de um inocente útil. Nele o **espírito do povo** não fica pairando na sociedade: baixa na **cuca** (sic) de um ou mais sujeitos privilegiados que pretendem: haver descoberto o **direito livre** dentro de suas **belas armas**, revelando um **sentimento do direito**; ou que deferem aos juízes o poder judicial de construir normas, além e acima do que está nas leis: um direito mais rápido, concreto e **realista** do que aquele que está nos códigos; ou ainda vão à busca de uma **essência fenomenológica do direito**, que não tem o romantismo do **direito livre** ou o pragmatismo do **direito dos juízes**, mas também não rende mais do que algumas fumaças pretensiosas. Esse **buquê** de ideologias transfere o foco, passando do panorama exterior - leis, controle social, **espírito do povo** - para a cabeça dos ideólogos²⁴⁸.

²⁴⁵ WOLKMER, A. C. *Op. cit.*, p. 158-159.

²⁴⁶ LYRA FILHO, Roberto, *apud* WOLKMER, A. C. *Op. cit.*, p. 158-160.

²⁴⁷ LYRA FILHO, Roberto. *O que é direito*. 12. ed. São Paulo: Brasiliense, 1991, p. 31-34.

²⁴⁸ *Idem, ibidem*.

Assim, o padrão de juridicidade produzido representa o modo de produção capitalista, a sociedade burguesa e a ideologia liberal-individualista, já que a racionalidade lógico-formal centraliza o direito no Estado, porquanto por este é produzido²⁴⁹. É o monismo jurídico que, decorrente do sistema capitalista de produção em que o trabalho humano é direcionado para circunstâncias alienantes e coisificantes, transforma a atividade criadora do homem – jurista – em um processo de automação e desumanização²⁵⁰. Os sujeitos, sob o capitalismo, não se tornam **menos humanos** do que sob outro modo de produção qualquer. Mas sua confiança cega na relação entre mercadoria, riqueza e valor, faz certamente com que percam a noção do que consiste essa humanidade²⁵¹.

Ditas alienação e coisificação podem ser verificadas na teoria de Karl Marx sobre o fetichismo da mercadoria. Essa teoria consiste em Marx ter visto relações humanas por trás das relações entre coisas, revelando a ilusão da consciência humana que se origina da economia mercantil e atribui às coisas características que têm sua origem nas relações sociais entre as pessoas no processo de produção²⁵².

Para PASUKANIS, a sociedade capitalista é uma sociedade de proprietários de mercadorias, sendo que as relações sociais dos homens no processo de produção possuem uma forma coisificada nos produtos do trabalho que se apresentam, uns em relação aos outros, como valores. Assim, a mercadoria é um objeto no qual a diversidade concreta das propriedades úteis torna-se, simplesmente, o envólucro coisificado da propriedade abstrata do valor, que se exprime como capacidade de ser trocada em uma proporção determinada em relação a outras mercadorias. Esta propriedade se exprime como uma qualidade inerente às próprias coisas, em virtude de um tipo de lei natural que age independente dos homens, de maneira totalmente indiferente às suas vontades²⁵³.

Assim, o que na realidade é uma relação entre pessoas aparece como uma relação entre coisas: do mesmo modo que o fetichista atribui a seu fetiche características que não decorrem

²⁴⁹ WOLKMER, Antonio Carlos. *Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura no direito*. 2. ed. São Paulo: Alfa Omega, 1997, p. 25.

²⁵⁰ *Idem*, p. 28-29.

²⁵¹ KEHL, Maria Rita. O fetichismo. In: SADER, Emir (org.). *Sete pecados do capital*. Rio de Janeiro: Record, 1999, p. 99.

²⁵² RUBIN, Isaak Illich. *A teoria marxista do valor*. Tradução de José Bonifácio de S. Amaral Filho. São Paulo: Brasiliense, 1980, p. 19.

²⁵³ PASUKANIS, Eugeny Bronislanovich. *A teoria geral do direito e o marxismo*. Tradução de Paulo Bessa. Rio de Janeiro: Renovar, 1989, p. 84.

da natureza desse fetiche, os economistas burgueses consideram a mercadoria como uma coisa sensorial que possui poderes extra-sensoriais²⁵⁴.

Segundo KEHL, se estivermos de acordo com Marx, o fetichismo como modo de ocultamento das relações de dominação/exploração entre os homens nasceu com a transformação dos produtos do trabalho humano em mercadorias. De acordo com Freud, o fetichismo como modo de ocultamento da falta nasce com a recusa, por parte do sujeito moderno - sujeito neurótico -, em admitir a diferença entre os sexos²⁵⁵.

O fetichismo e a alienação são dois conceitos comuns entre os dois grandes sistemas de pensamento moderno: o materialismo histórico de Marx e a psicanálise. O objeto fetiche funciona para ocultar algo que o sujeito já sabe mas não quer saber. É esse poder de produzir o ocultamento, de guardar o segredo, que confere ao objeto um brilho especial, um lugar de destaque entre os objetos eróticos ou erotizáveis com os quais o sujeito pode-se deparar pelo resto da vida²⁵⁶.

O fetichista é um perverso, pois ele não quer saber do sexo da mulher, ainda que passe toda a sua vida tendo relações sexuais com mulheres. Ele precisa que o objeto-fetiche - calcinha, sapato, os pêlos pubianos, a barra da saia, etc. - interponha-se entre ele e a mulher, para defendê-lo da angústia da castração e ajudá-lo a sustentar o desejo²⁵⁷.

PASUKANIS lembra que o fetichismo da mercadoria é completado pelo fetichismo jurídico²⁵⁸. Carreando para o direito a teoria do fetichismo da mercadoria, pode-se verificar que a burguesia fez da dignidade pessoal um simples valor de troca, substituindo inúmeras liberdades conquistadas pela implacável liberdade de comércio²⁵⁹. Por consequência, a lei, sob um suposto manto de neutralidade, passou a esconder relações de dominação.

A falsa neutralidade do direito - lei - e o equívoco de se proclamar a lei como sinônimo de justiça são denunciados por Karl Marx ao negar que a lei seja expressão da livre vontade do legislador. Para Marx, essa **vontade** tem por base real atender os interesses da classe dominante para se cristalizar no poder²⁶⁰.

²⁵⁴ RUBIN, Isaak Illich. *Op. cit.*, p. 19.

²⁵⁵ KEHL, Maria Rita. *Op. cit.*, p. 86-90.

²⁵⁶ *Idem, ibidem.*

²⁵⁷ *Idem, ibidem.*

²⁵⁸ PASUKANIS, E. B. *Op. cit.*, p. 90.

²⁵⁹ WOLKMER, A. C. *Op. cit.*, p. 31.

²⁶⁰ NOVOA MONREAL, E. *Op. cit.*, p. 201-202.

Em MARX, a lei não é outra coisa senão a consagração da força encarregada de manter intactos os privilégios da classe possuidora e governante, e só opondo vitoriosamente à força a força, e, por consequência, destruindo violentamente essa forma da força que é a legalidade, pode chegar à sua emancipação uma classe inferior. Adverte, ainda, que

“seria uma candidez o pensar em persuadir os capitalistas a que renunciem à ordem de coisas de que desfrutam. Uma melhoria, ruínosa para eles, e efetuada, sem embargo, por eles próprios, na sorte do trabalhador, é tão inverossímil como a intervenção do Espírito Santo. Não acertaremos nunca em figurá-los no interessante papel de empobrecidos por persuasão. Crê-se, não obstante, que essa problemática ação voluntária será substituída pela ação legislativa? Porém, como esperar dos homens da burguesia, como deputados, o que não se pode esperar deles, como patrões, o que recusam individualmente quando os seus operários solicitam um ligeiro aumento de salário ou uma redução de trabalho”²⁶¹?

Os psicólogos experimentais, adeptos do método das ciências naturais, tratam a vida humana como um objeto qualquer da natureza física²⁶².

Para a doutrina positivista – tanto a do positivismo filosófico de Augusto Comte quanto a do positivismo jurídico de Jeremy Bentham e John Austin, só o conhecimento científico é digno de confiança. Aliam-se ao empirismo, ao materialismo e ao utilitarismo²⁶³.

Utilizando-se do método das ciências naturais, o positivismo jurídico retira do mundo da vida as pessoas e coisas e as coloca em um mundo ideal, asséptico, fora da influência do meio. Assim, igualifica desiguais, transformando todos em **sujeitos de direito**; a lei passa a ser vista como bastante em si para resolução dos problemas: é a **lei pela lei**, o **processo pelo processo**, a **forma pela forma**.

Para DE KONINCK, os objetos - no caso o processo -, em suma, ocupam a vaga deixada por um Deus cuja morte foi decretada e substituem-se às pessoas²⁶⁴.

²⁶¹ MARX, Karl. *O capital*. Tradução de Gabriel Deville. Bauru: Edipro, 1998, p. 39-40, 51-52. Ver também WOLKMER, Antonio Carlos. *Introdução ao pensamento jurídico crítico*. 2. ed. São Paulo: Acadêmica, 1995, p. 147. O conceito de Estado na teoria de Karl Marx, a nosso sentir, tem um perfil que não mais se aplica, já que a história política da Rússia deixou provado que o Estado ideal de Marx é utópico.

²⁶² COSTA, J. S. *Op. cit.*, p. 34.

²⁶³ ROHMANN, C. *Op. cit.*, p. 315.

Segundo STRECK, através do discurso dogmático, a lei passa a ser vista como sendo uma **lei-em-si**, abstraída das condições de produção que a engendraram, como se a sua condição de lei fosse uma propriedade natural; o discurso dogmático transforma-se em uma imagem, na tentativa ilusória de expressar a realidade social de forma imediata. Enfim, o discurso jurídico transforma-se em um **texto sem sujeito**²⁶⁵.

O positivismo é pretensioso: advoga a posse exclusiva do único e verdadeiro método científico²⁶⁶. Max Scheler colocou-se em franca oposição a essa pretensão, evidenciando as limitações da perspectiva positivista, fruto do inadmissível reducionismo da realidade²⁶⁷.

Nesse sentido posicionou-se na mesma linha de pensamento de Wilhelm Dilthey que reagiu ao positivismo com sua **filosofia da vida**, demonstrando a complexa realidade que constitui a vida humana, cuja dimensão histórica é fundamental²⁶⁸.

De acordo com Dilthey, todo acontecimento histórico é único e não se repete, devendo ser compreendido por si mesmo. As lições do passado só podem ser apreendidas quando superamos nossos preconceitos culturais²⁶⁹.

O historicismo de Dilthey encarnava um verdadeiro e novo modo de ser, uma nova forma de se situar no mundo. O homem tomava consciência de que não somente estava na história e tinha história, mas que era história. A historicidade aparecia como parte do próprio ser do homem, e a realidade vital como um complexo de relações em que cada elemento, cada coisa, adquiria e tinha um sentido específico²⁷⁰.

O centro dessas relações é o homem. O mundo é o correlato do indivíduo que, por sua vez, não existe sem aquele. A vida é um enigma a ser compreendido e só o pode ser a partir de si mesma, porquanto o conhecimento não retrocede para aquém dela. Assim, a explicação causal, que é o método das ciências naturais, não é adequada para as ciências do espírito e para o conhecimento da própria vida, devendo ser substituída pela compreensão descritiva²⁷¹.

²⁶⁴ DE KONINCK, Thomas. Pela cultura. In: ROSENFELD, Denis, ZINGANO, Marco et. al. *Filosofia política: nova série*. v. 4. Porto Alegre: L&PM, 1999, p. 7-34.

²⁶⁵ STRECK, L. L. *Op. cit.*, p. 73.

²⁶⁶ SCHELER, M., *apud* COSTA, J. S. *Op. cit.*, p. 33.

²⁶⁷ *Idem, ibidem*.

²⁶⁸ *Idem, ibidem*.

²⁶⁹ DILTHEY, Wilhelm, *apud* ROHMANN, C. *Op. cit.*, p. 196.

²⁷⁰ *Idem, ibidem*.

²⁷¹ *Idem*, p. 34.

Para Dilthey, haveria duas espécies de ciências, ou seja, as ciências da natureza, que teriam como objeto o mundo físico, envolvendo uma realidade apenas explicativa, e as ciências do espírito, tendo por objeto o mundo da cultura e do espírito, sendo este resultado das ações humanas no âmbito da realidade histórica e social. As ciências do espírito não se reduziriam apenas ao explicar, mas abarcariam também um compreender²⁷².

Essa mesma pretensão – advogar a posse exclusiva do verdadeiro método científico – faz com que o positivismo esqueça as dimensões sociais, ideológicas e políticas, tornando o direito imune à idéia de valor. O postulado da neutralidade axiológica das ciências sociais ou da ciência livre de julgamentos de valor, cujo expoente é Max Weber, é a prova disso²⁷³.

Para Max Weber, os juízos de valor são aqueles que contêm a fórmula **deve ser**. Tais juízos devem ser erradicados da atividade científica, pois a ciência o que não pode dizer é precisamente o que deve ser.

Weber tenta demonstrar que as ciências humanas podem ser e de fato são racionais e que os resultados por elas buscados são proposições científicas submetidas à confrontação com a realidade. Ditos resultados devem ser proposições de **fatos observáveis**. O zelo do cientista estaria em seu rigor metodológico na busca de conceitos unívocos e adequados, de comprovação permanente dos seus resultados e, sobretudo, na suspensão radical de juízos valorativos²⁷⁴.

PERELMAN, ao analisar a teoria pura do direito de Kelsen e a sociologia jurídica, conclui: a redução do direito à sociologia, como se a elaboração das regras de direito fosse um fenômeno natural, ao qual seriam alheias a vontade e as aspirações do homem, é a consequência da tentativa de tratar o direito como uma ciência. Assim, a sociologia emparelha-se aos inconvenientes da teoria pura do direito de Kelsen, que separa de modo demasiado rígido o direito do fato, faz concessões excessivas ao arbítrio do juiz dentro do âmbito da lei, despreza o papel essencial da regra de justiça formal, que requer o tratamento igual para situações essencialmente semelhantes, e recusa toda referência a juízos de valor, como se a justiça e a equidade fossem noções alheias ao direito²⁷⁵.

²⁷² DILTHEY, Wilhelm, *apud* WOLKMER, A. C. *Ideologia, estado e direito*, p. 26.

²⁷³ LÖWY, Michael. *Op. cit.*, p. 33-34.

²⁷⁴ WEBER, Max, *apud* SAINT-PIERRE, Héctor Luis. *Max Weber: entre a paixão e a razão*. 3. ed. Campinas: Unicamp, 1999, p. 30.

²⁷⁵ PERELMAN, Chaïm. *Op. cit.*, p. 94.

Posição contrária a Weber adota Habermas em sua crítica à concepção weberiana do direito moderno.

Habermas articula moral, direito e democracia²⁷⁶. A crítica habermasiana excede a problemática técnico-jurídica de aplicação das leis. Para Habermas, o direito é indissociável da política e da moral. Weber percebe unicamente a problemática da institucionalização do aspecto racional-instrumental, deixando de fora a institucionalização do momento prático-normativo. A causa principal dessa desatenção é a desvinculação entre direito e moralidade, ou, em outras palavras, entre legalidade e legitimidade. O argumento de Habermas, assim, dirige-se contra a noção positivista do direito em Weber²⁷⁷.

Weber só conseguiria separar o momento ético, ou seja, do consenso racional como pressuposto da ordem jurídica no mundo moderno, do momento instrumental, ou seja, da aplicação do direito formal-racional, descurando da problemática ético-moral envolvida na constituição do direito. O positivismo jurídico pode apenas deslocar a problemática da fundamentação do direito, mas nunca eliminá-la. Weber teria confundido a necessidade de fundamentação enquanto pressuposto do direito moderno com a implementação de valores

²⁷⁶ HABERMAS, Jürgen. *Direito e moral*. Tradução de Sandra Lippert. Lisboa: Instituto Piaget, 1992, p. 87-107. Também em DWORKIN o direito encontra identificação com a política, a moral e a justiça. Para DWORKIN, a prática jurídica é um exercício de interpretação não apenas quando os juristas interpretam documentos ou leis específicas, mas de modo geral. O Direito, assim concebido é profunda e inteiramente político. Juristas e juízes não podem evitar a política no sentido amplo da teoria política. O direito, porém, não é uma questão de política pessoal ou partidária, sendo que uma crítica do direito que não compreenda essa diferença fornecerá uma compreensão pobre e uma orientação mais pobre ainda. DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 217. O contato do direito com a moral, em Dworkin, pode ser visto na seguinte passagem: “os processos judiciais são importantes em outro aspecto que não pode ser avaliado em termos de dinheiro, nem mesmo de liberdade. Há, inevitavelmente, uma dimensão moral associada a um processo judicial legal e, portanto, um risco permanente de uma forma inequívoca de injustiça pública”. DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 3-4. HART, no mesmo sentido, afirma que a regra moral pode às vezes ter o mesmo conteúdo que a regra jurídica; reconhece pontos de contato entre ambas, reconhecendo, entretanto, que se distinguem. Não deixa, porém, de admitir ditos pontos de contato entre direito e moral, como afirma ROCHA: “o positivismo jurídico inglês, por sua vez, foi delimitado por Austin e alçado até Filosofia Política através do utilitarismo de Bentham. Na teoria de Hart, leitor de Bentham, a dinâmica das normas somente pode ser explicitada através da análise das chamadas regras secundárias (adjudicação, mudança e reconhecimento), que permitem a justificação e existência do sistema jurídico. Para Hart, o direito possui uma zona de textura aberta que permite a livre manifestação do poder discricionário do juiz, na solução dos conflitos. Tal postura é criticada por Dworkin (...) que entende que o direito sempre proporciona uma boa resposta, já que o juiz, ao julgar, escreve a continuidade de uma história (...) Apesar das diferenças, Hart e Dworkin percebem que o direito tem, necessariamente, contatos com a moral e a justiça. Hart é influenciado pelo utilitarismo e Dworkin pelo neo-contratualismo de Rawls”. ROCHA, Leonel Severo. *Epistemologia jurídica e democracia*. São Leopoldo: Unisinos, 2001, p. 29. Ver DWORKIN, R. Op. cit., p. 3-4; HART, H. L. A. *O conceito de direito*. Tradução de A. Ribeiro Mendes. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p. 182-201.

²⁷⁷ SOUZA, Jessé. O direito e a democracia moderna: a crítica de Habermas a Weber. In: ARRUDA JR., Edmundo Lima de (org.). *Max Weber: direito e modernidade*. Florianópolis: Letras Contemporâneas, 1996, p. 201-205. Ver também HABERMAS, J. Op. cit., p. 14.

materiais particulares, fazendo assim uma defesa do *Satzungsprinzip*, ou seja, do direito formalizado e independente de valores materiais²⁷⁸.

De acordo com o argumento weberiano a autonomia do direito seria destruída na medida em que demandas materiais - vale dizer: morais - penetram sua estrutura formal²⁷⁹. Na visão habermasiana, Weber não teria visto o núcleo moral do direito formal, dado que confunde preferência por valores, o que é sempre culturalmente contingente e resulta de orientações de valor subjetivas, com validade normativa, ou seja com o Dever Ser de normas com obrigatoriedade universal²⁸⁰.

Para Habermas, legalidade pode produzir legitimidade apenas na medida em que a ordem jurídica institucionaliza procedimentos abertos a um discurso moral²⁸¹. Assim, o argumento habermasiano contra o positivismo jurídico de Weber fundamenta-se na análise histórica do direito como uma esfera que se define por meio de uma unidade tensa entre moral e direito. Na passagem para a modernidade será uma transformação da consciência moral que conferirá a especificidade do direito moderno²⁸².

Como expressão da burguesia, o positivismo jurídico traz em si traços eminentemente burgueses e capitalistas, pois inverte os fins pelos meios, fazendo da utilidade o valor supremo na hierarquia axiológica. E por quê? Porque o traço predominante da mentalidade burguesa não é o amor exagerado pela vida ou pelo prazer. Em verdade, a virtude é entendida como pura técnica para o uso mais correto e proveitoso possível das energias e do tempo, sempre visando ao sucesso. Trata-se, enfim, de um verdadeiro ascetismo utilitarista²⁸³.

Segundo SCHELER, o ascetismo moderno se manifesta primordialmente através do fato de que o desfrute do agradável, ao qual tudo o que é útil está ligado, experimenta uma contínua modificação; tão ampla, que por fim o agradável acaba se vendo subordinado ao útil²⁸⁴.

²⁷⁸ SOUZA, J. *Op. cit.*, p. 201-205.

²⁷⁹ HABERMAS, J. *Op. cit.*, p. 17. Conferir também SOUZA, J. *Op. cit.*, p. 201-205.

²⁸⁰ *Idem, ibidem*.

²⁸¹ Segundo HABERMAS, não se confirmou a suposição de Weber de que uma racionalidade independente, livre da moral, inerente, como tal, ao direito, é a razão para a força legitimadora da legalidade. A legalidade pode gerar legitimidade, unicamente, na medida em que a ordem jurídica reage, de modo reflexivo, à necessidade de justificação, que nasce com um direito que se torna positivo, precisamente, na medida em que procedimentos jurídicos de decisão, que facultam os discursos morais, são institucionalizados. HABERMAS, J. *Op. cit.*, p. 54-57. Ver também SOUZA, J. *Op. cit.*, p. 201-205.

²⁸² *Idem, ibidem*.

²⁸³ COSTA, J. S. *Op. cit.*, p. 67-68.

²⁸⁴ SCHELER, M. *Op. cit.*, p. 162.

Além disso, o positivismo espelha a necessidade do burguês de ter segurança absoluta em todos os setores da existência. Isso porque, segundo Scheler, o *ethos* burguês vincula-se a uma debilitação fisiológica e biopsíquica, que lança o homem num permanente estado de angústia causado pelo horror ao risco, com uma necessidade exagerada de segurança, o gosto pela normalidade e regularidade, a desconfiança em relação a tudo o que está relacionado com os instintos e a tendência a medir o próprio valor somente a partir de uma comparação com os outros²⁸⁵.

Max Scheler destaca, ainda, além das já referidas, as seguintes tendências e disposições de espírito que definem o caráter do homem burguês: fanatismo pelo trabalho e pelo lucro; vontade incontrolável de dominar a natureza para sujeitá-la a seus interesses; subjetivismo nos julgamentos de valor; ascetismo, que consiste em tirar o mínimo de fruição de um máximo de coisas úteis; desconfiança e hostilidade radical em relação ao próximo; ausência de qualquer sentido ou sentimento de verdadeira solidariedade. O homem burguês possui uma tendência à constante superação dos limites; sente alegria ao perder-se no horizonte sem fim dos desejos irrealizados. Sua ação, assim, fica reduzida ao dinamismo e ativismo puros. Isso explica o frenesi pelo trabalho, que leva a subordinar os fins aos meios. Dito fanatismo pelo trabalho transforma-se em obsessão pelo lucro²⁸⁶.

Para ARAÚJO, a noção de que as atividades respeitáveis são as que dão lucro inverteu todos os valores, já nos tempos inaugurais do capitalismo industrial. Assim, superando a visão estreita do homem natural, que limitava a sua atividade econômica ao provisionamento dos bens suficientes para a satisfação de suas necessidades essenciais, o capitalista percebeu que a acumulação do capital é o fundamento básico da atividade econômica. Através da organização industrial, o capitalista iniciou um processo ininterrupto de produção, geração de lucro e acumulação de capital²⁸⁷.

Segundo Scheler, para o *ethos* burguês, o topo da hierarquia ética deve ser ocupado pelas virtudes profissionais como a prudência, a dedicação ao trabalho, a poupança e a fidelidade aos contratos, que garantem o êxito nos negócios. As virtudes nobres, expressão da vitalidade sadia, como a coragem, a ousadia, a disposição para o sacrifício, a alegria do risco e o espírito cavalheiresco, ficam relegadas a um segundo plano²⁸⁸.

²⁸⁵ SCHELER, M., *apud* COSTA, J. S. *Op. cit.*, p. 67-68.

²⁸⁶ *Idem*, p. 66-67.

²⁸⁷ ARAÚJO, Alcione. O roubo do tempo. In: SADER, E. (org.). *Op. cit.*, p. 125-131.

²⁸⁸ SCHELER, M., *apud* COSTA, J. S. *Op. cit.*, p. 68.

Pode-se extrair, então, da idéia scheleriana que interessa ao burguês o valor utilidade e não os verdadeiros valores. A partir daí, considerando a utilidade o valor máximo, o formalismo, decorrência do positivismo jurídico, define o caráter do processo judicial, por exemplo. Assim, o processo, ocultando relações de pessoas, resume-se a: autor e réu; exequente e executado; ementas; tarifação de provas; coisa julgada; legalismo e tecnicismo estritos; etc.

A ideologia liberal-individualista orienta-se a um tipo de homem, egoísta e calculador, idealmente isolado, e a quem se supõe, em abstrato, igual aos demais e vivendo à margem de todo vínculo social; é a imagem de homem que corresponde à ficção do *homo oeconomicus*. Essa ideologia assimila todo homem ao comerciante e constrói para todos os homens um direito que é adequado apenas aos comerciantes. Cifram-se, no conceito de pessoa, a igualdade jurídica, a liberdade de ser proprietário, igual para todos, e a liberdade igual de contratação; mas, na realidade, a liberdade de ser proprietário converte-se, nas mãos do mais forte, em uma liberdade para dispor de coisas e em uma liberdade para dispor de homens, pois quem manda sobre os meios de produção tem nas mãos a sorte dos trabalhadores. Tais liberdades, combinadas entre si, conduzem ao capitalismo e, portanto, à desigualdade efetiva ou material²⁸⁹.

Para RADBRUCH, é no procedimento civil onde com mais força se destaca a forma individualista no Direito. Tanto é verdade que o individualismo é quem governa o procedimento civil, que o princípio de livre disposição nele tem amplo cabimento, o que converte o processo num livre jogo de forças entre as partes contendentes, como se os litigantes fossem dois adversários astutos, situados, ambos, em plano de igualdade e que não necessitam para nada da ajuda do juiz²⁹⁰.

Assim, a passividade do juiz nada mais é do que uma manifestação parcial da inatividade recomendada ao Estado em face da vida econômica, pela antiga teoria liberal de Manchester, uma manifestação parcial do *laissez faire, laissez aller*²⁹¹.

²⁸⁹ NOVOA MONREAL, E. *Op. cit.*, p. 101.

²⁹⁰ *Idem*, p. 128. Ver também RADBRUCH, Gustav. *Introdução à ciência do direito*. Tradução de Vera Barkow. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 151-163.

²⁹¹ RADBRUCH, G. *Op. cit.*, p. 161-162.

2.2. O direito em uma perspectiva tridimensional

De acordo com LUISI, as concepções unilaterais da realidade jurídica não conseguiram possibilitar uma compreensão adequada do direito²⁹². Tal fez com que se buscasse uma compreensão integrativa ou tridimensional da realidade jurídica²⁹³, já que essas visões unilaterais e parciais não conseguiram captar o direito mesmo em sua unidade.

O empirismo jurídico reduzia o direito ao fato, pois partia de premissas gnoseológicas que limitavam a validade do conhecimento científico aos aspectos da realidade experimentável sensorialmente. Assim, o direito dos positivistas²⁹⁴ abstrairia os demais aspectos que não pudessem ser captados por esse tipo de conhecimento: o cosmos jurídico reduzir-se-ia ao aspecto passível da experiência sensorial. O normativismo, por sua vez, reduziria o direito à norma. A norma é um dever-ser, uma mera entidade lógica. O conhecimento jurídico só é tal quando se limita ao conhecimento da norma. Já os intelectualistas, na busca da essência da realidade jurídica, terminam por reduzir o direito ao seu valor, operando a redução do direito à justiça²⁹⁵.

Como não se pode totalizá-lo ou absolutizá-lo num único aspecto, deve-se tentar uma unificação de todos²⁹⁶.

A teoria tridimensional constitui uma ampla visão histórico-cultural e filosófico-cultural do direito que surge a partir de uma reivindicação das ciências do espírito - ou da cultura - e do confronto entre o materialismo positivista, a metafísica e o formalismo lógico.

²⁹² LUISI, Luiz. *Filosofia do direito*. Porto Alegre: Fabris, 1993, p. 25.

²⁹³ *Idem, ibidem*.

²⁹⁴ O texto original – que foi reproduzido acima - faz referência a **positivistas**. Luiz Luisi, assim, parece tratar positivistas e empiristas do mesmo modo. Entendemos, no entanto, que apesar da semelhança, há diferença entre ambos – o que não chega a comprometer o referido, tanto que mantivemos no texto o original -, que se resume no seguinte: o empirismo exegeta tem a lei como contendo todo o direito; o processo de aplicação é um mero silogismo e a ausência da premissa maior pode ser superada pelo procedimento integrativo da analogia. Assim, o direito é certo e completo. Trata-se, em verdade, de um positivismo legal, estatista e avalorativo, que fundamenta uma ciência neutral do direito. Assim, o empirismo é uma espécie de positivismo; enquanto este é gênero, aquele é espécie. Ver DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 52-53. Diferem do empirismo, por exemplo, as doutrinas positivistas de Kelsen, Bobbio e Hart. Os dois primeiros propõem uma ciência do direito como uma meta-linguagem distinta do seu objeto. Isso significa que não confundem lei e direito. Em Hart, o direito, conforme já anotado, apresenta a chamada textura aberta ou **orla de imprecisão**, que permite a livre manifestação do poder discricionário do juiz, na solução dos conflitos. Ver ROCHA, L. S. *Op. cit.*, p. 28-29. Também consultar HART, H. L. A. *Op. cit.*, p. 148-149.

²⁹⁵ LUISI, L. *Op. cit.*, p. 25-26.

²⁹⁶ CZERNA, Renato Cirell. *O pensamento filosófico e jurídico de Miguel Reale*. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 18.

Passou-se a reconhecer a importância do conteúdo histórico-social e a validade de valores universais e objetivos procurando fundamentar e instaurar a compreensão do mundo da cultura como produto objetivado do espírito no tempo enquanto se dirige aos valores supratemporais²⁹⁷.

Da reivindicação e confronto acima citados, pode-se mencionar o exemplo dado por CZERNA no sentido de que o formalismo lógico atacava o sociologismo, pois afirmava que este esquecia que a realidade devia ser ordenada; já o sociologismo afirmava que o formalismo esquecia a realidade viva, encerrando-se na universalidade lógica abstrata. Dessas tendências opostas surgiu a necessidade de compreensão da totalidade como uma integração dos elementos contrapostos. Como nenhuma dessas duas dimensões conseguiu fornecer o elemento integralizante, necessário fez-se a integração de um terceiro elemento. Surge, então, entre a norma e o fato o valor como intermediário, como mediador no conflito, como elemento de composição da realidade em suas dimensões fundamentais²⁹⁸.

De acordo com CZERNA, o valor é sentido como princípio animador e sentido imanente ao fato como realizar-se histórico. Na realização histórica manifesta-se, assim, uma dialética viva e interna com referência ao sentido que a anima. Eis porque também o valor **Justiça** não é entendido, aqui, como uma idéia imóvel, mas significa a expressão do princípio que anima toda a sociedade²⁹⁹.

Para REALE, as diversas concepções da palavra direito demonstram que a ele correspondem três aspectos básicos, discerníveis em qualquer momento da vida jurídica: o direito visto como ordenamento - aspecto normativo -; o direito como fato - aspecto fático -; e o direito como valor de justiça - aspecto axiológico³⁰⁰.

Assim, o fenômeno jurídico comporta sempre um fato subjacente - fato econômico, geográfico, demográfico, etc. -; um valor, que confere significação a esse fato, determinando a ação do homem no sentido de atingir ou preservar um objetivo; e uma norma representativa da relação que integra o fato ao valor³⁰¹.

²⁹⁷ *Idem, ibidem.*

²⁹⁸ *Idem, p. 19.*

²⁹⁹ *Idem, p. 23.*

³⁰⁰ REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 64.

³⁰¹ *Idem, p. 65.*

Fato, valor e norma não existem separados um dos outros. Não só se exigem reciprocamente, mas atuam como elos de um processo de tal modo que a vida do direito resulta de uma interação dinâmica dos três elementos que a integram³⁰².

Segundo REALE, direito não é só norma, como quer Kelsen, direito não é só fato como rezam os marxistas ou os economistas do direito, porque direito não é economia. Direito não é produção econômica, mas envolve a produção econômica e nela interfere; o direito não é principalmente valor, como pensam os adeptos do direito natural tomista, por exemplo, porque o Direito ao mesmo tempo é norma, é fato e é valor. O direito é uma integração normativa de fatos segundo valores. Os três elementos não se correlacionam apenas; eles se dialetizam. Há uma dinamicidade integrante e convergente entre esses três fatores, de tal maneira que temos três ordens de dialética conforme o seu sentido dominante no processo³⁰³.

Dita tridimensionalidade ocupa-se em descobrir os nexos existentes entre os elementos constitutivos do jurídico procurando fixar uma concepção integradora e totalitária da realidade jurídica. Supera a mera constatação e descrição dos elementos constitutivos do jurídico, que não se preocupa com a fixação de vínculos entre eles - tridimensionalidade estática ou abstrata - para integrá-los em uma visão unitária - tridimensionalidade dinâmica ou concreta³⁰⁴.

Essa dinamicidade integrante e convergente entre fato, valor e norma expressa-se da seguinte maneira: fato, valor e norma; norma, valor e fato; e norma, fato e valor.

No primeiro caso, de acordo com REALE, visa-se a atingir a norma, a fim de interpretá-la e aplicá-la. Aí estaremos diante da dogmática jurídica. O discurso do jurista vai do fato ao valor e culmina na norma. No segundo caso, vamos da norma ao fato. Esse é o objeto do sociólogo do direito. O discurso do sociólogo vai da norma para o valor e culmina no fato. Por fim, pode-se ir do fato à norma, culminando no valor. Tal é o objeto da filosofia do direito. Evidentemente, a distinção é de fundo metodológico, pois o direito é sempre uma realidade trivalente, dependendo da ótica de quem o estude³⁰⁵.

³⁰² *Idem, ibidem.*

³⁰³ REALE, Miguel. *Teoria tridimensional do direito*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 119. Ver também REALE, Miguel. *Fundamentos do direito*. 3. ed. São Paulo: RT, 1998.

³⁰⁴ LUISI, L. *Op. cit.*, p. 27.

³⁰⁵ REALE, M. *Teoria tridimensional do Direito*, p. 120-121.

REALE afirma que o direito, por quem quer que o estude, será sempre fato, valor e norma, havendo apenas uma diferenciação de ordem metodológica, segundo o alvo que se tenha em vista. Nesse sentido, a explicação de REALE é singela e esclarecedora:

“o Direito não é um queijo ou um doce, se preferirem, com três sabores diversos, correspondentes a três pedaços distintos, de tal maneira que o jurista vem e come a norma, o sociólogo vem e se contenta com o fato, e o filósofo jusnaturalista se perde no mundo do valor. O direito é uma realidade, digamos assim, trivalente ou, por outras palavras, tridimensional. Ele tem três sabores que não podem ser separados um dos outros”³⁰⁶.

Assumir uma posição tridimensionalista implica, então, revelar repúdio a quaisquer imagens parciais ou setorizadas do direito, pois se passa a reconhecer a insuficiência das perspectivas resultantes da consideração isolada do que há de fático, de axiológico, ou de normativo na vida do direito³⁰⁷.

Deve-se observar, ainda, que o tridimensionalismo não serve só para o direito, mas para qualquer atividade cultural. Assim é que o artista, inspirado ante certa realidade factual, projeta a sua preferência valorativa, impressionista ou expressionista, por exemplo, e esta se concretiza numa forma expressa por uma pintura ou uma escultura. O que é uma obra de arte senão a expressão formal de uma vivência axiológica do fato vivido pelo artista? Ora, o que é forma para o artista é norma para o jurista. A norma é a forma que o jurista usa para expressar o que deve ou não deve ser feito para a realização de um valor ou impedir a ocorrência de um desvalor³⁰⁸.

A filosofia do direito não pode alienar-se dos problemas da dogmática jurídica. De igual forma, a sociologia do direito não pode afastar-se da dogmática. O inverso também é verdadeiro. A tomada de posição do filósofo não é a do jurista, mas ambas se exigem e se completam³⁰⁹.

As possibilidades do jurista perante os fatos sociais só têm a lucrar com o alargamento das perspectivas de compreensão da experiência jurídica. E isso não se deve apenas ao apuro

³⁰⁶ *Idem, ibidem.*

³⁰⁷ *Idem, p. 11.*

³⁰⁸ *Idem, p. 124-125.*

³⁰⁹ *Idem, p. 12.*

de sua sensibilidade, mas também por ser o enfoque axiológico indispensável à captação das **objetivas conexões de sentido**, que é o que interessa ao jurista quando estuda os fatos sociais³¹⁰. O jurista não pode perder contato com a experiência jurídica, pois é nela que se encontram os destinatários das regras de direito, os seus teóricos e operadores³¹¹.

Por fim, não se poderia deixar, ainda, de abordar a gênese da norma jurídica – seja ela - a norma - particular, isto é, aplicada ao caso concreto, ou geral. Tal se deve ao fato de que a tridimensionalidade, por ser característica marcante da realidade jurídica, apresenta-se também na própria origem da norma jurídica.

A norma jurídica não surge espontaneamente dos fatos e dos valores. Ela não pode prescindir da apreciação da autoridade - em sentido *lato* - que decide acerca da sua conveniência e oportunidade, elegendo e consagrando uma das vias normativas possíveis³¹².

O fato, que condiciona o aparecimento de uma norma jurídica particular, é um conjunto de circunstâncias, estando o homem rodeado por uma série de fatores que solicitam sua atenção, provocam sua análise e despertam atitudes de reação ou de aplauso, de simpatia ou repulsa³¹³. O elemento de fato a que se faz referência é um complexo de todas as circunstâncias já positivadas na experiência jurídica, como um sistema vigente de forças, de natureza psicológica, histórica, econômica, geográfica, etc³¹⁴.

Também se verifica uma mesma complexidade quando se examinam os múltiplos valores que condicionam o ato de escolha de determinadas regras jurídicas, prejudicando as demais vias possíveis³¹⁵.

A decisão da autoridade - Poder Legislativo, Poder Judiciário ou ainda o poder difuso no corpo social - ficará, então, condicionada a uma série de motivos ideológicos, fins e valores, sendo que a sua interferência é que converterá em norma, armando-a de sanção, uma das muitas vias normativas possíveis, dando origem ao chamado modelo jurídico, que é uma estrutura normativa da experiência destinada a disciplinar uma classe de ações³¹⁶.

³¹⁰ *Idem*, p. 13.

³¹¹ *Idem*, p. 14.

³¹² *Idem*, p. 124.

³¹³ *Idem*, p. 552-553.

³¹⁴ REALE, M. *Filosofia do direito*, p. 555.

³¹⁵ *Idem*, p. 553.

³¹⁶ *Idem*, p. 554.

Esclarece REALE que, quando se fala em poder, não se pode pensar apenas no poder governamental, pois, através de sucessivas decisões homogêneas, o Poder Judiciário edita normas jurisprudenciais assim como o Poder social anônimo consagra normas costumeiras ou consuetudinárias. Há, ainda - lembra REALE -, o poder negocial que dá vida aos contratos³¹⁷.

Com relação à questão da produção normativa fora do monismo estatal, há que se mencionar, ainda que de maneira breve, o pluralismo normativo.

O pluralismo normativo é caracterizado por um direito de natureza organizativa - produzido por associações civis, religiosas, etc. - com regras próprias - direito interno infraestatal - e por uma produção jurídica que se apresenta de forma alternativa ao direito estatal, não raro a partir de fundamentos anarquistas. É tido, ainda, como convivência, conflituosa ou não, de normas adotadas por parcelas da sociedade com as normas instituídas pelo Estado e pode ter origem na ação organizada dos grupos sociais ou nos movimentos sociais que resultam de tensões e conflitos não resolvidos ou mal resolvidos pelo Estado. O pluralismo normativo é uma fonte difusa da norma jurídica, que escapa da lógica normativa da dogmática jurídica. Ele parte da idéia de que as fontes naturais do direito estão na sociedade, nascem das crises e se revelam no cotidiano. Os movimentos sociais são impulsionados por necessidades emergentes e sujeitos a ideologias de órgãos classistas ou instituições religiosas. Essas práticas sociais têm força para instituir, no âmbito de suas relações, direitos não contemplados pela legislação estatal ou mesmo com ela em franca oposição³¹⁸.

No entanto, segundo MELO, o problema enfrentado pela política jurídica é o de que, embora a importância desse tipo de produção pré-jurídica, não há consenso que legitime essas representações jurídicas como regras exigíveis de comportamento. Assim, por exemplo, o que um movimento social dos homens do campo, mobilizados para a conquista de direitos sobre a terra, adotar como normas de conduta, não poderia obrigar aqueles que não se incluem nesse específico universo de interesses³¹⁹.

Como se vê, o mundo jurídico é formado de **intenções de valor** - impulsos e exigências axiológicas. Essas intenções de valor, como se fossem uma espécie de raio luminoso, incidem sobre uma **base de fato** - o multifacetado domínio dos fatos sociais,

³¹⁷ REALE, M. *Teoria tridimensional do direito*, p. 124.

³¹⁸ MELO, Osvaldo Ferreira de. *Fundamentos da política jurídica*. Porto Alegre: Fabris, 1994, p. 79-81.

³¹⁹ *Idem, ibidem*.

econômicos, técnicos, etc. -, refratando-se em várias proposições normativas. De uma dessas proposições ou direções normativas – repetimos - é que sairá a norma, a partir da interferência do poder, que converterá o leque de normas possíveis em norma jurídica³²⁰.

2.3. O silogismo judicial tradicional

De acordo com CINTRA *et al*, a pacificação é o escopo magno da jurisdição e, por conseqüência, de todo o sistema processual. É um escopo social, uma vez que se relaciona com o resultado do exercício da jurisdição perante a sociedade e sobre a vida gregária dos seus membros e felicidade pessoal de cada um³²¹. DINAMARCO destaca como escopo-síntese da jurisdição a justiça³²².

Para que possa decidir o conflito de interesses que lhe é submetido, o juiz deve conhecê-lo. O processo é o instrumento do qual o juiz se serve para conhecer e decidir a lide com justiça no escopo de atingir a pacificação social.

Após todo o trâmite processual - ajuizamento da demanda, defesa do réu, saneamento do feito, produção de provas, etc. -, o juiz tem o dever de decidir e dele não pode escusar-se.

Nem sempre foi assim, porém. No direito processual romano, notadamente na fase das chamadas ações da lei - *legis actiones* - e no período formulário - *per formulas* -, o *judex*, por não estar subordinado a qualquer estrutura hierárquica, se não lograsse formar convicção a respeito de determinada causa, poderia simplesmente declarar *sibi non liquere*, que significa **não me parece claro**, ensejando que as partes retornassem ao magistrado ou pretor para a escolha de novo julgador. Nessa época o procedimento era bipartido, havendo uma instância preparatória chamada *in jure* - diante do pretor que tinha a *jurisdictio* - e uma instância decisória denominada *apud judicem* - diante do juiz privado, que decidiria a causa³²³.

³²⁰ REALE, M. *Filosofia do direito*, p. 553. Ver também REALE, M. *Teoria tridimensional do direito*, p. 124.

³²¹ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 24.

³²² DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 316.

³²³ Nesse sentido: CRUZ E TUCCI, José Rogério, AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Lições de história do processo civil romano*. São Paulo: RT, 1996, p. 59; FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. *Arbitragem, jurisdição e execução*. São Paulo: RT, 1999, p. 26; MOREIRA ALVES, José Carlos. *Direito romano*. 10. ed. v. I. Rio de Janeiro:

Ocorre que, com o passar dos anos, o monopólio da jurisdição passou a pertencer ao Estado, vedada que foi a auto-tutela, não podendo este mais vir a se negar a exercê-la plenamente. Pelo princípio da indeclinabilidade, portanto, ainda que nada tenha ficado provado e ainda que não saiba quem tem razão, o juiz não pode deixar de julgar³²⁴.

Na formação da sentença, ensina SANTOS, terá o juiz de estabelecer duas premissas: uma referente aos fatos e outra ao direito. São as premissas do silogismo. Assim, a sentença, na sua formação, apresenta-se como um silogismo, do qual a premissa maior é a regra de direito e a menor a situação fática, permitindo extrair, como conclusão, a aplicação da regra legal à situação de fato³²⁵.

Tomemos como exemplo desse silogismo a seguinte situação: um pedido de indenização resultante de ato ilícito. A premissa maior será o dispositivo legal: *“aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano”*³²⁶. A premissa menor será o fato: o réu agiu com imprudência, causando prejuízo ao autor. A conclusão, então, será esta: o réu deverá satisfazer o prejuízo causado ao autor³²⁷.

Admite, porém, SANTOS que a sentença não se contém, no mais das vezes, num só silogismo. O juiz desenvolve um trabalho complexo, formulando vários silogismos e se utilizando de outros processos lógicos, como, por exemplo, a analogia³²⁸. Daí por que COUTURE afirmar que a sentença é fruto de uma operação de caráter crítico³²⁹.

Forense, 1997, p. 184; OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 20.

³²⁴ TESHEINER, José Maria Rosa. *Elementos para uma teoria geral do processo*. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 12.

³²⁵ SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 12. ed. 3. v. São Paulo: Saraiva, 1992, p. 10.

³²⁶ Brasil, Código Civil, art. 159.

³²⁷ *Idem, ibidem*. O mesmo exemplo é utilizado por PORTANOVA. Ver PORTANOVA, R. *Op. cit.*, p. 46.

³²⁸ SANTOS, M. A. *Op. cit.*, p. 10.

³²⁹ COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del derecho procesal civil*. 3. ed. 17. reimpr. Buenos Aires: Depalma, 1997, p. 279.

2.4. Alternativas ao silogismo tradicional

Apesar de reconhecer a gênese lógica da sentença, o próprio COUTURE alerta que tal concepção vem perdendo terreno para a doutrina que resiste em ver na sentença apenas uma operação lógica e no juiz um ser inanimado. O problema da criação do direito mediante a sentença judicial está presente no centro das preocupações da metodologia jurídica³³⁰.

Adverte o professor uruguaio que a sentença tem, sem dúvida, uma lógica que lhe é particular e que não se acha ausente dela. Mas o processo intelectual da sentença não é uma operação lógica pura, uma vez que há nela muitas outras circunstâncias além de um simples silogismo. Uma análise desse processo de formação da sentença através do mundo intelectual e moral do juiz permite chegar a essa conclusão³³¹.

Segundo FERRAZ JÚNIOR, em verdade, o julgador tende a construir o silogismo jurídico às avessas, criando, intuitivamente, a conclusão a que deve chegar e buscando, regressivamente, para ela, as justificações necessárias³³².

Não foi outro o entendimento do Ministro Marco Aurélio do Supremo Tribunal Federal:

“toda vez que o magistrado se defronta com uma controvérsia, com um interesse resistido, deve idealizar a solução mais justa para o caso concreto. Ele deve partir para a fixação do desiderato, inicialmente, de acordo com a formação humanística que possui e, somente após, já fixado o desiderato desejável para o caso, partir para a dogmática e, aí, tentar buscar, na dogmática, o apoio para a conclusão a que chegou inicialmente”³³³.

³³⁰ CRESCI SOBRINHO, E. *Op. cit.*, p. 179.

³³¹ COUTURE, E. J. *Op. cit.*, p. 280.

³³² FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *A ciência do direito*. São Paulo: Atlas, 1977, p. 92.

³³³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ofício julgante – Postura do Magistrado*. Ao examinar a lide, o magistrado deve idealizar a solução mais justa, considerada a respectiva formação humanística. Somente após, cabe recorrer à dogmática para, encontrado o indispensável apoio, formalizá-la. 2. *Desapropriação – Justa indenização – Correção monetária – Termo inicial*. O título executivo judicial referente a demanda de cobrança, em face da chamada desapropriação indireta, assenta-se em provimento que assegura a justa indenização. Impossível é olvidá-lo mediante o empréstimo de valor maior a trecho que encerre, como termo inicial da correção monetária, a data do trânsito em julgado da sentença de liquidação. A passagem dos anos sem que a decisão se tornasse definitiva acabaria por esvaziar o conteúdo econômico do que sentenciado, conduzindo o verdadeiro enriquecimento sem causa da entidade desapropriante. O choque entre as duas partes do provimento

Para PORTANOVA, a tradição do pensamento jurídico ocidental está edificada sobre os princípios da lógica formal. As normas, assim, são abstrações da vida social. Sua aplicação consiste em estabelecer a relação lógico-substantiva entre os conceitos contidos na norma e os fatos. As raízes desse logicismo encontrar-se-iam no intelectualismo racionalista, que conduziu a jurisprudência ao positivismo legalista da escola da exegese³³⁴.

A escola da exegese deve seu nome à técnica adotada pelos seus expoentes no estudo e exposição do Código de Napoleão. Para essa escola, a lei não deve ser interpretada segundo a razão e os critérios valorativos daquele que deve aplicá-la, mas, ao contrário, este deve submeter-se completamente à razão expressa na própria lei. O direito natural, embora existindo distinto do direito positivo, para o jurista é irrelevante enquanto não for incorporado à lei. Os juristas invertem a relação tradicional entre direito natural e direito positivo, desvalorizando a importância e o significado prático daquele: em lugar de mensurar a validade do direito positivo com base na sua conformidade com o natural, afirmam que este último é tanto mais relevante quanto seja consagrado pelo primeiro. Essa mesma escola preconiza que jurídicas são exclusivamente as normas postas pelo Estado; concepção essa que implica no princípio da onipotência do legislador. A interpretação da lei, então, deve ser de acordo com a vontade do legislador. É o culto ao texto da lei, que acaba por identificar a lei escrita com o direito, e à figura da autoridade, no caso o legislador³³⁵.

De acordo com PERELMAN, a escola da exegese, sob a influência do racionalismo moderno, fez com que o direito fosse assimilado a um sistema dedutivo, nos moldes dos sistemas axiomáticos da geometria ou da aritmética. Os positivistas do direito da escola da exegese opõem-se aos partidários do direito natural e da jurisprudência universal, porque os axiomas nos quais fundam sua dedução não são racionais, válidos sempre e em qualquer lugar, mas encontram-se nos textos legais, expressão da vontade do legislador. Embora esses textos possam variar de Estado para Estado, de época para época, as conseqüências que deles

resolve-se via homenagem ao preceito inserto no artigo 153, § 22, da Constituição Federal de 1969, no que minimiza o direito de propriedade mas garante, na desapropriação, a justa indenização, a que não equivale conclusão sobre o direito a algumas centenas de cruzeiros pela perda de quase uma centena de alqueires produtivos. Recurso extraordinário n. 111.787. Goiás. Recorrente: Carlos Alberto Salgado e outros. Recorrida: Centrais Elétricas de Goiás S/A. Relator: Min. Marco Aurélio. Acórdão de 16 de abril de 1991. REVISTA Trimestral de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Brasília. v. 136, p. 1292-1306, jun. 1991.

³³⁴ PORTANOVA, R. *Op. cit.*, p. 74.

³³⁵ BOBBIO, N. *Op. cit.*, p. 83-89.

tiraremos deveriam, ainda assim, impor-se uniformemente, graças à exegese e à dedução, a todos os que tivessem de aplicar a lei a casos específicos³³⁶.

Refere PERELMAN com relação à doutrina da escola da exegese que, se existirem obstáculos a essa assimilação do direito a um sistema dedutivo, a saber, o silêncio, a obscuridade e a insuficiência da lei, a missão da doutrina será remediá-los apresentando soluções **científicas** às dificuldades. De acordo com a escola da exegese, para evitar a obscuridade da lei, resultante da imprecisão e da ambigüidade de seus termos, era necessário que a doutrina e a jurisprudência se esforçassem para definir de modo tão claro quanto possível todos os termos usados pela lei. Tal era o papel da doutrina dos conceitos, que fixava de uma vez por todas o sentido dos termos jurídicos, de modo que permitisse, a partir dos textos legais, um raciocínio tão estrito quanto dentro de um sistema matemático. Graças a esse método esperava-se, se não eliminar inteiramente, ao menos reduzir consideravelmente todas as ambigüidades que favoreciam as controvérsias e diminuía a segurança jurídica. Também era necessário zelar para que o sistema de direito, elaborado a partir dos textos pela escola da exegese, não contivesse antinomias, conflito de leis, formulando regras gerais de solução de antinomias, mediante a indicação de critérios que permitissem descartar uma das duas leis aparentemente aplicáveis ao caso específico. Por fim, era necessário encontrar técnicas mediante as quais o juiz pudesse completar as lacunas da lei, admitindo um princípio geral de liberdade, tal como **o que não é proibido é permitido**, ou recorrendo, eventualmente, a um raciocínio *a pari* ou *a contrario*, por analogia ou por antítese, que guiaria suficientemente o juiz, mesmo diante do que parecesse ser, à primeira vista, um exemplo do silêncio da lei³³⁷.

É bem verdade que muitas vezes a lógica controla o resultado final do processo silogístico sendo compreensível a presença da lógica formal na presença de normas jurídicas minuciosas³³⁸.

Lembra PORTANOVA, no entanto, que a lógica formal – silogismo - não dá conta de todo o fenômeno jurídico, sendo insuficiente para o direito não-positivista. Isso porque a vida do direito consiste na experiência, e não na lógica formal, que é indiferente à experiência e ao bom senso³³⁹.

³³⁶ PERELMAN, C. *Op. cit.*, p. 69-70.

³³⁷ *Idem, ibidem.*

³³⁸ CRESCI SOBRINHO, E. *Op. cit.*, p. 41.

³³⁹ PORTANOVA, R. *Op. cit.*, p. 74.

Não há como negar que há determinadas posturas que, às vezes, devem ser não só lógicas, mas ilógicas. É o que NIETZSCHE chama de **ilógico necessário**. Refere NIETZSCHE que, entre as coisas que podem levar um pensador ao desespero, está o conhecimento de que o ilógico é necessário para o homem e de que do ilógico nasce muito de bom. Ele está tão firmemente implantado nas paixões, na linguagem e em geral em tudo aquilo que empresta valor à vida, que não se pode extrair-lo sem com isso danificar irremediavelmente essas belas coisas. São somente os homens demasiado ingênuos que podem acreditar que a natureza do homem possa ser transformada em uma natureza puramente lógica. Mesmo o homem mais racional precisa outra vez, de tempo em tempo, de sua postura ilógica diante de todas as coisas³⁴⁰.

CANARIS afirma que a tentativa de conceber o sistema de determinada ordem jurídica como lógico-formal ou axiomático-dedutivo está votada ao insucesso, pois a unidade interna de sentido do direito, que opera para o erguer em sistema, não corresponde a uma derivação da idéia de justiça de tipo lógico, mas antes de tipo valorativo ou axiológico³⁴¹.

Os valores estão fora do âmbito da lógica formal e não se deixam exprimir logicamente. Esse caráter axiológico da ordem jurídica faz com que os critérios lógico-formais tenham escasso significado para o pensamento jurídico³⁴².

Na verdade, prossegue CANARIS, a ciência do direito, quando aspira à cientificidade ou à adequação racional dos seus argumentos, está adstrita às leis da lógica; contudo, essa ligação não é suficiente para um pensamento jurídico correto. Os pensamentos jurídicos verdadeiramente decisivos ocorrem fora do âmbito da lógica formal. Assim sucede com o que é a essência do direito, com o encontrar as decisões de valor, com o manuseamento esclarecido dos valores, pensando-os até ao fim e, a concluir, num último estágio, executando-os³⁴³.

Em diversas situações processuais, o magistrado vale-se do conhecimento dos acontecimentos gerais da vida e das chamadas **regras de experiência** para entender e interpretar as alegações das partes ou sobre o que depõem, para a valoração dos meios probatórios, em especial dos indícios e presunções, bem assim no preenchimento dos

³⁴⁰ NIETZSCHE, F. W. *Op. cit.*, p. 75.

³⁴¹ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Tradução de A. Menezes Cordeiro. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996, p. 30.

³⁴² *Idem*, p. 31.

³⁴³ *Idem*, p. 31-33.

conceitos legais em branco, e mesmo no processo de subsunção. As máximas de experiência são regras da experiência vivencial geral - da psicologia, das ciências naturais, etc. - ou de um especial conhecimento - costumes do comércio, etc. -, e servem para o julgamento de fatos ou formação de juízos de valor. Trata-se de uma experiência vivencial personalíssima que o julgador tem em maior ou menor medida. Em parte, o saber experimental se apóia em uma vivência coletiva de todo o povo ou de uma comunidade menor. A força da convicção da regra da experiência repousa em uma expectativa de que as observações coincidentes feitas em situações similares serão, outra vez, válidas para aquele determinado fato. Não se vê como deixar de admitir a tridimensionalidade fato-valor-norma. A norma, como lei formalmente elaborada, é relativa e, dos três elementos, é o de menor valor. A máxima da experiência pode formar premissa maior ocupando o lugar da lei. Findo o processo judicial, o juiz dará forma à sentença e, aí sim, desde que encontrou a premissa - lei formal ou norma por ele criada -, armará o silogismo de aplicação das conseqüências jurídicas³⁴⁴.

Pela lógica formal o direito distancia-se da realidade ligando a jurisprudência a um mundo de conceitos e à sistematização dedutiva, deixando de questionar a veracidade, origem e conseqüências de uma dada **verdade**³⁴⁵.

Também STRECK afirma que o direito se distanciou da realidade em virtude de ligar a jurisprudência e o dia-a-dia dos juristas a um mundo de conceitos e ementas. É possível dizer que se estabeleceu no país uma **cultura** jurídica *standard*, dentro da qual o jurista *lato sensu* vai trabalhar no seu dia-a-dia com soluções e conceitos lexicográficos, recheando, desse modo, suas petições, pareceres e sentenças com ementas jurisprudenciais que são citados, no mais das vezes, de forma descontextualizada. Para tanto, os manuais jurídicos põem à disposição da comunidade jurídica uma coletânea de *prêts-à-porter significativos*, representados por citações de resumos de ementas, normalmente uma a favor e outra contra determinada tese³⁴⁶.

Pode-se perceber, diz STRECK, que

“grande parte das sentenças, pareceres, petições e acórdãos são resolvidos através de citações do tipo ‘Nessa linha, a jurisprudência é pacífica (e seguem-se várias citações padronizadas de números de RTs,

³⁴⁴ CRESCI SOBRINHO, E. *Op. cit.*, p. 69.

³⁴⁵ PORTANOVA, R. *Op. cit.*, p. 74.

³⁴⁶ STRECK, L. L. *Op. cit.*, p. 67.

*RTJs, etc.), ou 'já decidiu o Tribunal tal que legítima defesa não se mede milimetricamente (RT 604/327), ou ainda que abraço configura o crime de atentado violento ao pudor... são citados, no mais das vezes, tão-somente os ementários, produtos, em expressivo número, de outros ementários... Com esse tipo de procedimento, são ignorados o contexto histórico e social no qual estão inseridos os atores jurídicos (acusado, vítima, juiz, promotor, advogado, etc.), bem como não se indaga (e tampouco se pesquisa) a circunstância da qual emergiu a ementa jurisprudencial utilizada. Afinal de contas, se 'a jurisprudência torrencialmente vem decidindo que...', ou 'a doutrina pacificamente entende que...', o que resta fazer? Conseqüência disso é que o processo de interpretação da lei passa a ser um jogo de cartas (re)marcadas. Ainda se acredita na 'ficção da vontade do legislador, do espírito do legislador, da vontade da norma'*³⁴⁷.

De igual modo, PERELMAN critica a utilização do recurso da **vontade do legislador**, inerente às concepções funcionais e teleológicas do raciocínio jurídico. Na maior parte das vezes, as questões que são objeto de uma controvérsia jurídica não foram objeto de um debate no parlamento, ou deram ensejo a um compromisso que deixa por resolver os problemas mais delicados. Nesse caso, ao invocar a vontade do legislador, referimo-nos a uma intenção presumida, e por vezes até inteiramente fictícia, que atribuímos a um legislador sensato³⁴⁸.

Para CRESCI SOBRINHO, o rigor formal nem sempre será aferível nas sentenças sobre litígios críticos, apesar de toda sentença alternativa conter ou revelar dados lógicos. A sentença alternativa pode criar norma jurídica, resolver pela intermediação da equidade e boa-fé. Nada impede ao magistrado, ao criar alternativamente uma norma jurídica pela sentença, lançá-la como proposição na premissa maior e formalizar um silogismo³⁴⁹.

Na solução dos conflitos críticos pesa a dialética, pois não se consegue explicar tudo do ponto de vista da lógica formal. Assim, fatores inumeráveis alteram o desenvolvimento de situações jurídicas materiais, bem assim o conteúdo legal pela interpretação do juiz, pela hermenêutica ofertada pelos advogados das partes. A situação jurídica concreta modifica-se

³⁴⁷ *Idem, ibidem.*

³⁴⁸ PERELMAN, C. *Op. cit.*, p. 74.

³⁴⁹ CRESCI SOBRINHO, E. *Op. cit.*, p. 42.

de maneira dinâmica na proporção da duração do processo de tal sorte que no encontro da premissa fática a realidade vai além da explicação puramente lógico-formal³⁵⁰.

Não cabe aos juízes apenas aplicar a lei dedutivamente, como pura e simples subsunção/dedução. Os juízes devem perquirir o valor justiça subjacente às normas havendo de realizá-lo às vezes **quase que apesar da norma**³⁵¹.

O elemento decisivo de todo processo de argumentação não é de natureza lógica, mas de natureza axiológica ou teleológica. Sua justificação metodológica não se deixa alcançar com os meios da lógica, mas apenas através da sua recondução ao valor da justiça e ao princípio da igualdade, nela compreendido³⁵².

Alerta PORTANOVA que não se deve esquecer que direito não é só norma, nem só fato e norma. Direito é fato, valor e norma. Se não houver a integração desses três elementos, não é direito. A fundamentação, em verdade, é a face externa da dimensão valorativa: é a revelação do conhecimento pelo juiz não só do fato, mas também do direito e de seu valor³⁵³.

Então, o momento de decisão é um momento de valoração³⁵⁴. Por isso, é preciso que o juiz valore situações e fatos trazidos a julgamento de acordo com os reais sentimentos de justiça correntes na sociedade de que faz parte e dos quais é um canal legítimo de comunicação com as situações concretas que chegam ao juízo³⁵⁵. A visão instrumental do processo constitui abertura do sistema para a infiltração dos valores tutelados na ordem político-constitucional e jurídico-material³⁵⁶.

³⁵⁰ *Idem, ibidem*. Tradicionalmente, tem-se afirmado que a lógica é a ciência do argumento racional. Entretanto, a relevância dos resultados do lógico formal para as disputas do cotidiano permanecem obscuras. Para TOULMIN, o caráter abstrato da lógica tradicional isola a matéria das considerações práticas. Assim, uma concepção alternativa pode ser de valor mais geral, pois nos diversos campos de argumentação há uma variedade mais rica do que a que é levada em consideração por qualquer sistema formal disponível. A jurisprudência, assim, ao invés da matemática, deveria ser o modelo do lógico na análise de procedimentos racionais. Além disso, a lógica deveria ser um estudo comparativo, e não puramente formal. TOULMIN, Stephen. *Os usos do argumento*. Tradução de Reinaldo Guarany. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 361-369.

³⁵¹ ALVIM, Arruda. *A argüição de relevância no recurso extraordinário*. São Paulo: RT, 1988, p. 12.

³⁵² CANARIS, C. W. *Op. cit.*, p. 35.

³⁵³ PORTANOVA, R. *Op. cit.*, p. 129.

³⁵⁴ No pensamento de ALEXY, em todos os casos não pode haver decisão sem julgamento de valor. A sentença jurídica a ser justificada não segue logicamente as normas de direito tidas como vigentes (preferimos usar o termo **vigentes** ao invés de **válidas**, uma vez que a norma válida é aquela que é coerente com a Constituição e, portanto, é a que deve ser utilizada nos julgamentos), juntamente com os dogmas empíricos comprovados ou a serem aceitos. Para a justificação da sentença são exigidos adicionalmente os dogmas práticos que não se deixam, por sua vez, obrigatoriamente justificar pelo material normativo previamente dado. A argumentação jurídica depende da argumentação prática em geral. ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001, p. 266-267.

³⁵⁵ DINAMARCO, C. R. *Op. cit.*, p. 320.

³⁵⁶ *Idem*, p. 311.

O raciocínio jurídico a ser empregado na sentença no intuito de realizar o valor justiça, além de guardar consonância com o texto constitucional, pode estribar-se nos princípios gerais do direito e nos tópicos - ou tópica -, além da dialética e da retórica. A sentença, como ato jurisdicional por excelência e ponto culminante do processo, deve buscar realizar valores constitucionais, tais como a liberdade, a igualdade substancial e a dignidade da pessoa humana. Para FERRAJOLI, o juiz somente está sujeito à lei enquanto válida, isto é, coerente com o conteúdo material da Constituição³⁵⁷.

A tarefa a que o juiz se impõe, então, é a busca de uma síntese que leve em conta, ao mesmo tempo, o valor da solução e sua conformidade ao direito³⁵⁸.

Não se nega que a segurança jurídica, que confere a capacidade de prever, de modo satisfatório, as reações daqueles que estão encarregados de dizer o direito, constitui valor fundamental do direito. O respeito pelos precedentes e a busca de uma solução garantida pela dogmática jurídica guiam as partes, sendo o desejo de não decepcioná-las forte obstáculo às mudanças jurisprudenciais e legislativas³⁵⁹.

Porém, esse obstáculo não é intransponível. O sistema jurídico não é fechado e isolado do contexto cultural e social no qual se insere; ao contrário, sofre constantemente seu influxo. A jurisprudência renova-se por força dos conflitos em cada concreto que o juiz deve decidir. Assim, a aplicação do direito não é um simples processo dedutivo, mas uma adaptação constante dos dispositivos legais aos valores em conflito³⁶⁰.

Daí por que toda a problemática do raciocínio jurídico esforça-se para elaborar uma dialética em que a busca de uma solução satisfatória enriqueça o arsenal metodológico que permite manter a coerência do sistema e torná-lo mais flexível. É nesta perspectiva que cabe sublinhar o papel crescente atribuído pelos teóricos do raciocínio jurídico aos princípios gerais do direito e à tópica jurídica³⁶¹.

Há previsão legal expressa, no direito brasileiro, quanto ao uso dos princípios gerais de direito quando houver lacunas na lei. É o que determinam a Lei de Introdução ao Código Civil e o Código de Processo Civil. O sistema jurídico brasileiro coloca-se como formalmente

³⁵⁷ FERRAJOLI, Luigi. O direito como sistema de garantias. In: OLIVEIRA JR., José Alcebiades de (org.). *O novo em direito e política*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 97.

³⁵⁸ PERELMAN, C. *Op. cit.*, p. 114-117.

³⁵⁹ *Idem, ibidem*.

³⁶⁰ *Idem, ibidem*.

³⁶¹ *Idem, ibidem*.

cerrado: a combinação dos artigos 4º da LICC com o art. 126 do Código de Processo Civil reproduz o princípio do *non liquet*³⁶².

As lacunas, segundo ENGISCH, são deficiências do direito positivo, apreensíveis como faltas ou falhas de conteúdo de regulamentação jurídica para determinadas situações de fato em que é de esperar essa regulamentação e em que tais falhas postulam e admitem a sua remoção através de uma decisão judicial jurídico-integradora. As lacunas aparecem, portanto, quando nem a lei nem o direito consuetudinário nos dão uma resposta imediata a uma questão jurídica³⁶³.

Os princípios gerais do direito podem ser considerados como enunciações normativas de valor genérico, que condicionam e orientam a compreensão do ordenamento jurídico, quer para a sua aplicação e integração, quer para a elaboração de novas normas. São esquemas que se inserem na experiência jurídica e que se convertem em elementos componentes do direito³⁶⁴.

De acordo com STRECK, os princípios gerais do direito somente adquirem significado quando considerados em conjunto com o restante do sistema jurídico: daí a necessidade de se pressupô-lo como uma totalidade. No mínimo, servem e têm servido os princípios gerais como um *topos* hermenêutico³⁶⁵.

Não há como negar que os princípios são valores e diretrizes que devem ser observados pelo jurista. Dentre eles desponta o princípio da justiça, que é uma diretriz suprema. Na sua implicitude, penetra de tal modo as unidades normativas do ordenamento que todos o proclamam, fazendo dele até um **lugar comum**, que se presta para justificar interesses antagônicos e até desconcertantes. Como valor que é, participa de uma espécie de subjetividade, ajustando-se diferentemente nas escalas hierárquicas das mais variadas ideologias. É um sobreprincípio. E na plataforma privilegiada dos sobreprincípios ocupa o lugar preeminente. Nenhum outro o sobrepuja, ainda porque para ele trabalham³⁶⁶.

³⁶² STRECK, L. L. *Op. cit.*, p. 82.

³⁶³ ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Tradução de João Baptista Machado. 7. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996, p. 279.

³⁶⁴ REALE, M. *Filosofia do direito*, p. 306-308. Para BOBBIO, os princípios são normas fundamentais ou generalíssimas do sistema. BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Tradução de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 10. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1999, p. 158.

³⁶⁵ STRECK, L. L. *Op. cit.*, p. 86.

³⁶⁶ CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 144.

Para PERELMAN, já que se reconhece aos princípios gerais do direito, na ausência de qualquer texto escrito, um caráter de regras de direito obrigatórias, a oposição nítida e decisiva que o positivismo jurídico tentou manter entre o direito positivo, legalista e estatal, e o direito natural tende a desaparecer. Esses princípios retomam diversas regras tradicionais às quais se reconhece um vasto campo de aplicação³⁶⁷.

Os princípios, segundo STRECK, podem ser concebidos como estruturas elásticas o suficiente para compensar a rígida binariedade do código do legal e do ilegal. Em MAGALHÃES, os princípios gerais do direito são considerados da mesma maneira em que Heinz von Foerster considerou a realidade, ou seja, como uma espécie de décimo oitavo camelo, integrante e, ao mesmo tempo, não integrante do sistema jurídico³⁶⁸.

Atualmente, muitos dos princípios e valores do direito e da ética foram incorporados à Constituição Federal, estando, portanto, positivados. SARLET afirma que a nossa Constituição vigente foi a primeira na história do constitucionalismo pátrio a prever um título próprio destinado aos princípios fundamentais, situado, em manifesta homenagem ao especial significado e função destes, na parte inaugural do texto, logo após o preâmbulo e antes dos direitos fundamentais³⁶⁹.

O constituinte, diz SARLET,

³⁶⁷ PERELMAN, C. *Op. cit.*, p. 118.

³⁶⁸ STRECK, L. L. *Op. cit.*, p. 87-88. Ver também MAGALHÃES, Juliana Neuenschwander. O uso criativo dos paradoxos do direito. In: ROCHA, Leonel Severo (org.). *Paradoxos da Auto-observação*. Curitiba: JM, 1996, p. 270-271. Segundo a história contada por Heinz von Foerster, um religioso islâmico (*mullah*) cavalgava pelo deserto, quando encontrou alguns homens com um grupo de camelos. Os homens estavam tristes. Perguntados acerca do porquê de estarem tristes, responderam que seu pai havia falecido. Então, o *mullah* lhes disse: - Isto é muito triste, mas seguramente Alá o aceitou. Deve haver-lhes deixado alguma coisa. Os homens responderam, então, que o pai havia lhes deixado tudo que possuía, ou seja, dezessete camelos, que deveriam ser repartidos entre eles segundo a tradição. Dessa forma, o irmão mais velho deveria ficar com metade dos camelos, o segundo com um terço e o último com um nono dos camelos. Acrescentaram, porém, os homens que, nesses parâmetros, era absolutamente impossível fazer a divisão. Em razão disso, compreendendo o drama e a tristeza daqueles homens, o *mullah* junta o seu camelo aos dezessete daqueles e começa a dividir: a metade de dezoito é nove; um terço é seis; um nono é dois. A soma de nove, seis e dois é dezessete. Então, saltou em seu camelo, que era o décimo oitavo, e foi embora, deixando os homens felizes. O camelo, portanto, tem a função de tornar possível a operação de divisão que, diversamente, não poderia ser realizada. Mas, questiona-se: o décimo oitavo camelo existe ou não existe? Esse camelo, que é tomado emprestado, é restituído depois que as operações são realizadas ou permanece no sistema? A resposta está em MAGALHÃES: a operação de divisão não pode colocar em dúvida a existência do camelo. Por outro lado, para que seja possível essa operação, não é necessário pressupor a existência de um camelo, mas, sim, a existência de um complexo unitário de bens. O décimo oitavo camelo adquire um significado apenas quando considerado em conjunto com os outros. Na realidade, o camelo é tomado emprestado, mas funciona como um dado interior à unidade do sistema. Tal aplica-se aos princípios gerais do direito, que funcionam como uma espécie de décimo oitavo da estória de Foerster. Conferir STRECK, L. L. *Op. cit.*, p. 87-88; MAGALHÃES, J. N. *Op. cit.*, p. 270-271.

³⁶⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1998*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 61.

“deixou transparecer de forma clara e inequívoca a sua intenção de outorgar aos princípios fundamentais a qualidade de normas embasadoras e informativas de toda a ordem constitucional, inclusive (e especialmente) das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, que igualmente integram (juntamente com os princípios fundamentais) aquilo que se pode – e neste ponto parece haver consenso – denominar de núcleo essencial da nossa Constituição formal e material”³⁷⁰.

Assim, o direito, embora seja uma realidade não-natural, mas artificial, no dizer de FERRAJOLI, deve ser visto como um sistema de garantias constitucionalmente preordenado à tutela dos direitos fundamentais. Este papel de garantia do direito tornou-se hoje possível pela específica complexidade da sua estrutura formal, que é marcada, nos ordenamentos de constituição rígida, por uma dupla artificialidade: não só pelo caráter positivo das normas produzidas, que é a característica específica do positivismo jurídico, mas também pela sua sujeição ao direito, que é a característica específica do Estado Constitucional de Direito, onde a própria produção jurídica é disciplinada por normas, já não apenas formais, como também substanciais, de direito positivo³⁷¹.

Lembra FERRAJOLI que o Dever Ser do direito positivo – suas condições de validade, portanto – resulta positivado por um sistema de regras que disciplinam as próprias opções com que o direito é pensado e projetado, estabelecendo os valores ético-políticos – a igualdade, a dignidade da pessoa, os direitos fundamentais – que devem informar aquelas regras. Em resumo, são os próprios modelos axiológicos do direito positivos que no Estado Constitucional de Direito são incorporados no ordenamento, como direito sobre o direito, sob a forma de limites e vínculos jurídicos da produção jurídica³⁷².

Pode-se dizer que a legalidade formal do Estado Constitucional de Direito alterou sua natureza, pois não é só condicionante, mas é também condicionada por vínculos jurídicos não só formais, mas materiais. Assim, o sistema de normas sobre a produção de normas não se compõe só de normas formais sobre competência ou procedimento de criação de leis; inclui também normas substanciais, como o princípio da igualdade e os direitos fundamentais, que, de diversas formas, limitam e vinculam o Poder Legislativo, vedando-lhe ou impondo-lhe

³⁷⁰ *Idem*, p. 62.

³⁷¹ FERRAJOLI, L. *Op. cit.*, p. 93.

³⁷² *Idem*, *ibidem*.

determinados conteúdos³⁷³. Acrescente-se que os valores e princípios constitucionais³⁷⁴, notadamente os que dizem respeito aos direitos fundamentais, impõe limites e vinculações não só ao Legislativo, mas ao Executivo e Judiciário, definindo para este um novo papel e uma revisão das formas e das condições de sua sujeição à lei. Todos os direitos fundamentais equivalem a vínculos de substância e não de forma, que condicionam a validade substancial das normas produzidas e exprimem, ao mesmo tempo, os fins para que está orientado esse moderno artifício que é o Estado Constitucional de Direito³⁷⁵.

O **paradigma garantista** acima delineado, que pode ser considerado uma das vertentes do chamado **pós-positivismo**, põe, portanto, em crise o já superado esquema juspositivista tradicional da ciência e do conhecimento jurídico, reforçando o papel do juiz. A sujeição do juiz à lei já não é de fato, como no velho paradigma juspositivista, sujeição à letra da lei, mas sujeição à lei somente enquanto válida, ou seja, coerente com a Constituição³⁷⁶, conforme já nos referimos anteriormente.

É bom que se diga que a incorporação dos princípios e valores na Constituição, formando o seu arcabouço axiológico, constitui uma **conquista evolutiva**, no dizer de LUHMANN³⁷⁷. Assim, o que se conquista com a positivação do direito deve ser utilizado como instrumento de mudança social:

“Na medida em que o direito é positivado, ou seja, na medida em que normas jurídicas se tornem objeto de decisões seletivas, apresenta-se uma nova perspectiva, e ela mesma deve ser avaliada como uma conquista evolutiva. As liberdades de decisão

³⁷³ *Idem*, p. 94-95.

³⁷⁴ SARLET refere-se, por exemplo, ao princípio da dignidade da pessoa humana como norma fundamental para a ordem jurídico-constitucional, tratando-o como princípio e valor. Considera, ainda, o direito positivo como um sistema de normas integrado tanto por regras como por princípios expressos e implícitos, ambas as categorias, por sua vez, impregnada de valores. SARLET, I. W. *Op. cit.*, p. 61.

³⁷⁵ FERRAJOLI, L. *Op. cit.*, p. 94-97.

³⁷⁶ *Idem*, p. 100. Para FERRAJOLI, “a validade já não é, no modelo constitucional-garantista, um dogma ligado à mera existência formal da lei, mas uma sua qualidade contingente ligada à coerência – mais ou menos opinável e sempre submetida à valoração do juiz – dos seus significados com a constituição. Daí deriva que a interpretação judicial da lei é também sempre um juízo sobre a própria lei, relativamente à qual o juiz tem o dever e a responsabilidade de escolher somente os significados válidos, ou seja, compatíveis com as normas constitucionais substanciais e com os direitos fundamentais por elas estabelecidos. Era isto, e não outra coisa – diga-se de passagem – o que entendíamos há vinte anos com a expressão ‘jurisprudência alternativa’, em torno da qual tantos equívocos surgiram: interpretação da lei conforme a constituição e, quando a contradição é insanável, dever do juiz de declarar a invalidade constitucional; portanto, já não é uma sujeição à lei de tipo acrítico e incondicional, mas sim sujeição, antes de mais, à constituição, que impõe ao juiz a crítica das leis inválidas por meio da sua interpretação em sentido constitucional ou a sua denúncia por inconstitucionalidade”. *Idem*, p. 101.

³⁷⁷ LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito II*. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985, p. 117.

constituídas através do direito e nele mantidas podem ser utilizadas como instrumento de mudança social. Uma vez institucionalizadas enquanto liberdades, seu exercício normalmente pode ignorar seus motivos originais. A positividade do direito implica na liberdade de deixar-se determinar racionalmente pelo recurso e pelo resultado de análises. Dessa forma, a sociedade torna-se objeto do seu próprio mecanismo jurídico; ela é refletida enquanto totalidade em um de seus sistemas parciais”³⁷⁸.

Ao lado dos princípios gerais do direito, temos as máximas de direito, que são os populares **adágios**: do ponto de vista da forma, são frases concisas, brilhantes e convincentes; do ponto de vista do fundo, são verdades de ordem geral, que não levam em conta as exceções e ignoram a evolução do direito³⁷⁹.

Já os tópicos jurídicos referem-se aos lugares específicos de Aristóteles, os que dizem respeito a matérias particulares, opostos aos lugares-comuns, que utilizamos no discurso persuasivo em geral. Sua importância consiste em fornecer razões que permitam afastar soluções não eqüitativas ou desarrazoadas, na medida em que estas negligenciam as considerações que os lugares permitem sintetizar e integrar em uma visão global do direito como *ars aequi et boni*³⁸⁰.

A tópica não parte do sistema, como totalidade, da qual se pode extrair, por dedução, a norma concreta para a solução do caso; parte, sim, do problema. Encontrados os **lugares**, procuram-se as premissas que possam servir para a solução do caso. Os lugares específicos apresentados são argumentos que são encontrados em todos os ramos do direito e dão o alcance real ao raciocínio jurídico que não quer limitar-se à citação de textos. Alguns afirmam princípios gerais do direito, outros constituem máximas ou adágios, e, por fim, outros indicam valores fundamentais que o direito protege e põe em prática³⁸¹. Numa etapa posterior, chega-se, por tal método, às gerais diretrizes, aos conceitos que servem de guia; depois, extrai-se a

³⁷⁸ *Idem, ibidem*. Afirma ROCHA que o direito, em Luhmann, embora visto como uma estrutura, é dinâmico devido à permanente evolução provocada pela sua necessidade de constantemente agir como uma das estruturas sociais redutoras da complexidade das possibilidades do ser no mundo. ROCHA, L. S. *Op. cit.*, p. 97. Para ROCHA, o direito é “o princípio de legitimidade da lei. E, neste sentido, a lei só é legítima se se baseia no princípio democrático e no respeito aos direitos humanos, os quais possibilitam concretamente à sociedade o direito de reclamá-los, ultrapassando o poder do Estado, visto serem político-simbólicos, mesmo e principalmente, quando o direito positivo não os completa expressamente”. *Idem*, p. 123.

³⁷⁹ PERELMAN, C. *Op. cit.*, p. 119.

³⁸⁰ *Idem*, p. 120.

³⁸¹ *Idem*, p. 121.

decisão. Por esse método as idéias-guias, de início, não são tomadas como verdades válidas; ao contrário, são problemáticas. O silogismo dialético trabalha com premissas no terreno do provável³⁸².

Os adeptos de uma concepção mais dogmática e mais sistemática do direito criticam os partidários da tópica jurídica alegando a imprecisão desses **lugares** e o fato de, num litígio, ser raro ambas as partes não poderem invocar um ou outro lugar em seu favor³⁸³.

CANARIS, apesar de se opor à tópica, entende que entre ela e o pensamento sistemático há uma oposição não-exclusivista, pois ambas as formas de pensamento antes se completam mutuamente havendo uma interpenetração de uma na outra³⁸⁴.

Deve-se, nesses casos, quando houver um conflito entre lugares diferentes, chegar a uma interpretação ou a uma escolha que pareça fornecer a solução mais razoável à situação litigiosa, pois *“o que é insuportável não pode ser de direito”*³⁸⁵.

Nenhuma regra de direito, nenhum valor é absoluto. Sempre haverá situações em que uma regra ou um valor deverão ceder diante de considerações preponderantes do que ocorrer. PERELMAN menciona o seguinte exemplo:

*“ainda que a liberdade de expressão seja considerada um valor prioritário na constituição americana, nem por isso se admite que se possa permitir seu exercício quando constitui um perigo indubitável e iminente. Quem grita: ‘fogo’, em um teatro repleto, e isso a fim de provocar pânico, não pode invocar seu direito à liberdade de expressão para subtrair-se aos processos judiciais”*³⁸⁶.

O recurso aos tópicos não se opõe à idéia de direito como um sistema; opõe-se à aplicação rígida e irrefletida das regras de direito. Permite o desenvolvimento de argumentos jurídicos, de controvérsias, em que, tendo sido evocados todos os pontos de vista, poderá ser tomada uma decisão ponderada e satisfatória. Graças aos tópicos jurídicos, o juiz dispõe de maior liberdade na interpretação dos textos legais. Tornados mais flexíveis, essa liberdade, ao

³⁸² CRESCI SOBRINHO, E. *Op. cit.*, p. 56-57.

³⁸³ PERELMAN, C. *Op. cit.*, p. 129.

³⁸⁴ CANARIS, C. W. *Op. cit.*, p. 289.

³⁸⁵ STRUCK, Gerhard, *apud* PERELMAN, C. *Op. cit.*, p. 128-129.

³⁸⁶ *Idem*, p. 130.

invés de levar à arbitrariedade, aumenta os meios intelectuais de que o juiz dispõe na busca de uma solução razoável, aceitável e equitativa³⁸⁷.

Para PERELMAN, a grande vantagem dos tópicos consiste no fato de que, ao invés de oporem dogmática e prática, permitem elaborar uma metodologia jurídica inspirada na prática, guiando os raciocínios jurídicos, que se empenharão em conciliar razão e justiça³⁸⁸.

Questão que se impõe é a de se verificar se há ou não uma lógica dos valores. A resposta negativa vem de PERELMAN: não há uma lógica específica dos juízos de valor. Em todas as áreas em que se encontram opiniões controvertidas, em que se discute e delibera, impõe-se o recurso à dialética e à retórica, que visam a estabelecer um acordo sobre os valores e sobre sua aplicação, quando estes são objeto de uma controvérsia³⁸⁹.

A dialética é a arte da discussão. Foi originalmente o método de investigação filosófica aperfeiçoado por Sócrates, tendo sido, mais tarde, desenvolvido como alicerce das filosofias de Hegel e Marx. Para ROHMANN, a dialética age por meio da contradição³⁹⁰.

³⁸⁷ *Idem, ibidem.*

³⁸⁸ *Idem, ibidem.*

³⁸⁹ *Idem, p. 138-139.*

³⁹⁰ ROHMANN, C. *Op. cit.*, p. 112. Evidentemente, a dialética não se esgota aí. Há vários sentidos para a dialética. No método socrático, por exemplo, testava-se um problema ou proposição por meio de um questionamento rigoroso que desbastava idéias errôneas comuns e revelava suas contradições. Em Aristóteles, o silogismo dialético é o que comporta argumentações contrárias, porque suas premissas são meras opiniões sobre coisas ou fatos possíveis ou prováveis. As opiniões não são objetos de ciência, mas de persuasão. A dialética é uma discussão entre opiniões contrárias que oferecem argumentos contrários, vencendo aquele argumento cuja conclusão for mais persuasiva do que a do adversário. O silogismo dialético é próprio da retórica, ou arte da persuasão, na qual aquele que fala procura tocar as emoções e paixões dos ouvintes e não no raciocínio ou na inteligência deles. CHAUI, M. *Op. cit.*, p. 189. Para ROHMANN, a lógica dialética é “um processo em três etapas geralmente denominadas tese, antítese e síntese. Nessa triade, apresenta-se uma proposição, que é refutada por seu oposto e, por fim, transformada, mediante a interação das duas, em um híbrido novo e superior. Para Hegel, esse era o processo fundamental das mudanças históricas. Ele identificava ‘momentos dialéticos’, ou etapas, da história, nos quais os conceitos e as instituições existentes geram conflitos internos que acabam por ser superados na criação de um novo ‘momento’. Um exemplo de dialética comumente citado é a análise hegeliana da relação antagonica entre ‘senhor e escravo’. Nesse caso, a ‘tese’, a posição de domínio do senhor, é contestada por sua antítese, a condição subordinada do escravo. A relação é de conflito e só pode ser resolvida por uma síntese das duas situações: o reconhecimento da dependência (o escravo depende do senhor para se alimentar e se abrigar, o senhor precisa do escravo para trabalhar e, de fato, para sua própria IDENTIDADE como senhor), o que pode gerar uma relação mais igualitária. A dialética hegeliana teve sua materialização mais influente na análise MARXISTA. Segundo Marx, a predominância do CAPITALISMO gera contradições internas dentro do sistema social e econômico, pois os meios de produção impessoais e a superconcentração de riquezas leva à exploração e à ALIENAÇÃO do proletariado; essa situação produz o conflito de CLASSES, que resulta no triunfo final do SOCIALISMO, que é o controle do capital exercido pelos trabalhadores. Embora a perspectiva dialética da história pareça implicar uma seqüência interminável de contradições, conflitos e resoluções (temporárias), tanto Hegel quanto Marx previam um situação final, perfeita – para Hegel, um estado supremo de LIBERDADE absoluta; para Marx, o COMUNISMO, que surgiria quando o socialismo cedesse devido às suas próprias contradições internas”. *Idem, p. 112-113.*

A retórica, segundo PERELMAN, difere da lógica, pois, ao invés de se ocupar com a verdade abstrata, categórica ou hipotética, preocupa-se com a adesão. Sua meta é produzir ou aumentar a adesão de um determinado auditório a certas teses. Para que a argumentação retórica possa desenvolver-se é preciso que o orador dê valor à adesão alheia e que aquele que fala tenha a atenção daqueles a quem se dirige³⁹¹.

Esse acordo tem por objeto ora o conteúdo das premissas explícitas, ora as ligações particulares utilizadas, ora a forma de servir-se dessas ligações. Do princípio ao fim, a análise da argumentação versa sobre o que é presumidamente admitido pelos ouvintes. Por outro lado, a própria escolha das premissas e sua formulação, com os arranjos que comportam, raramente estão isentas de valor argumentativo: trata-se de uma preparação para o raciocínio que, mais do que uma introdução dos elementos, já constitui um primeiro passo para a sua utilização persuasiva³⁹².

A noção de acordo, tão desprezada pelos racionalistas e positivistas, tem um caráter central e fundamental, principalmente quando o objeto do debate não é a verdade de uma proposição, mas o valor de uma decisão, de uma escolha, de uma ação, consideradas justas, eqüitativas, razoáveis, oportunas, louváveis ou conformes ao direito³⁹³.

Para estabelecer o acordo prévio visando à obtenção da adesão ao enunciado de um fato, é preciso recorrer-se à retórica em sentido amplo, que engloba tanto os tópicos como a dialética³⁹⁴.

É necessário, ainda, que se acorde sobre o sentido das palavras, pois a lógica formal só se pode admitir quando as premissas do raciocínio jurídico forem realmente verdadeiras. Assim, se uma palavra é vaga ou imprecisa, o estudo dos argumentos dependerá da retórica, e não da lógica formal que nada será capaz de resolver³⁹⁵.

Deve-se levar em consideração, também, que a adesão a uma tese ou a um determinado valor pode ter intensidade variável³⁹⁶.

³⁹¹ PERELMAN, Chaïm. *Retóricas*. Tradução de Maria Ermantina Galvão G. Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 1997, p. 70.

³⁹² PERELMAN, Chaïm, OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da argumentação: a nova retórica*. Tradução de Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 73.

³⁹³ PERELMAN, C. *Lógica jurídica: nova retórica*, p. 139-140.

³⁹⁴ *Idem*, p. 141-142.

³⁹⁵ *Idem*, p. 142.

³⁹⁶ *Idem, ibidem*.

Lembra PERELMAN que, quando se trata de aderir a uma tese ou a um valor, a intensidade da adesão sempre pode ser utilmente aumentada, pois nunca se sabe com qual tese ou qual valor ela poderia entrar em competição, em caso de incompatibilidade e, portanto, de escolha inevitável. Refere, também, que, quando só se pode obter um valor sacrificando o outro, dizer que se sacrifica apenas um valor aparente é desconhecer o significado do sacrifício. Assim,

“se Abraão, para obedecer a Javé, está pronto a sacrificar seu filho único, não é porque não lhe tenha apego. Ao contrário, todo o relato bíblico valoriza a imensidão de seu sacrifício. Os mártires da fé dão provas de sua convicção, pois estão prontos a pagar com a vida sua fidelidade religiosa, cuja grandeza é medida pela grandeza do sacrifício”³⁹⁷.

Por fim, a retórica, conforme já mencionado, diz respeito mais à adesão do que à verdade, pois as verdades são impessoais e o fato de serem, ou não, reconhecidas nada muda em seu estatuto. Mas a adesão é sempre a adesão de um ou mais espíritos aos quais nos dirigimos, no caso o **auditório**³⁹⁸.

A noção de auditório é ponto central na retórica. Um discurso só pode ser eficaz se adaptado ao auditório que se quer persuadir ou convencer. A retórica, então, deve-se interessar também pela dialética já que a argumentação pode-se dirigir a diversos auditórios³⁹⁹.

A argumentação não visa à adesão a uma tese exclusivamente pelo fato de ser verdadeira. Pode-se preferir, de acordo com PERELMAN, uma tese à outra por parecer mais eqüitativa, mais útil, mais razoável, mais bem adaptada à situação. Tal faz com que, em determinados casos, possa-se conceder preferência a outros valores que não a verdade⁴⁰⁰.

A justiça e a liberdade, por exemplo, são valores reconhecidos por todos. Se eles vêm a chocar-se em uma dada situação particular, faz-se necessário o sacrifício de um deles, a fim de subordiná-lo ao outro. Não pode, por certo, uma concepção de justiça levar à tirania, pois estaríamos diante de uma **justiça aparente**; também não pode o uso da liberdade violar o

³⁹⁷ *Idem*, p. 143.

³⁹⁸ *Idem*, p. 143.

³⁹⁹ *Idem*, p. 144.

⁴⁰⁰ *Idem*, p. 156.

ideal de justiça, ao qual é concedido primazia dentro de certa visão do homem e da sociedade, pois estaríamos diante de uma **liberdade aparente**⁴⁰¹.

A busca de soluções concretas, então, obriga muitas vezes ao juiz reinterpretar princípios, a opor-se à letra da lei, a flexibilizá-la e a sacrificar valores subordinando-os a outros, já que não pode deixar de fazer escolhas. Para que possa decidir e tomar posição, deverá estabelecer os pontos de desacordo e reconduzir, a partir deles, os discursos a um plano em que as teses opostas possam ser comparadas, e no qual os argumentos alegados a favor da primeira solução se tornem objeções à segunda e vice-versa⁴⁰².

Inclusive, nos moldes do que preconiza a jurisprudência alternativa, deve-se inverter a relação entre fato e norma, superando a mecânica de subsunção típica da lógica formal e do silogismo tradicional⁴⁰³, pois são os fatos da vida percebidos no cotidiano que constituem fonte primária e autêntica do direito, e não a norma⁴⁰⁴.

O papel do juiz, segundo CAPPELLETTI, é, atualmente, muito mais difícil e complexo. O juiz, moral e politicamente, é bem mais responsável por suas decisões do que sugerem as doutrinas tradicionais. Suas escolhas significam discricionariedade, mas não arbitrariedade; significam valoração e balanceamento; significam ter presentes os resultados práticos e as implicações morais da própria escolha; significam que devem ser empregados não apenas os argumentos da lógica abstrata, ou talvez os decorrentes da análise lingüística puramente formal, mas também e sobretudo aqueles da história, da economia, da política, da ética, da sociologia e da psicologia. Não pode o juiz mais ocultar-se detrás da frágil concepção do direito como norma preestabelecida, clara e objetiva, na qual pode basear sua decisão de forma neutra, pois tem responsabilidade pessoal, moral e política, tanto quanto jurídica, sempre que haja no direito abertura para escolha diversa⁴⁰⁵.

A realidade, afirma BARROS, impõe ao juiz aplicar um direito menos formalista, uma vez que o direito legislado é insuficiente para regradar com satisfação todas as esferas da vida, que é rica em diversidades. Assim, as mudanças econômicas e sociais são circunstâncias que,

⁴⁰¹ *Idem*, p. 162.

⁴⁰² *Idem*, p. 165.

⁴⁰³ CRESCI SOBRINHO, E. *Op. cit.*, p. 102.

⁴⁰⁴ MELO, O. F. *Op. cit.*, p. 100.

⁴⁰⁵ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Fabris, 1993, p. 33.

em razão de sua alternância, influenciam enormemente o direito, que por isso deve ser mutável e flexível⁴⁰⁶.

Se o direito é um instrumento flexível e capaz de adaptar-se aos valores considerados prioritários pelo juiz, este deve decidir em função dos valores dominantes na vida em sociedade, pondo em evidência não apenas a legalidade, mas também o caráter razoável e aceitável da decisão⁴⁰⁷.

Quando, por razões de bom senso, de equidade ou de interesse geral, uma solução se apresente como a única admissível, ela é que deve-se impor, ainda que seja o juiz obrigado a recorrer a uma argumentação especiosa para mostrar sua conformidade com o direito⁴⁰⁸.

Lembra REALE que o fundamento e o fim do direito é a moral e pode-se dizer que, embora seja outra a sua natureza, ele é absorvido pela moral⁴⁰⁹. A justiça é o princípio e o problema moral do direito; o direito, privado de moralidade, perde sentido⁴¹⁰.

Para PORTANOVA, então, deve haver um retorno ao fato, à realidade vital concreta, ao pluralismo, às influências sociológicas, pois é necessário encontrar a solução justa e ética para os casos em debate repelindo toda e qualquer pretensão formalista⁴¹¹.

A lei injusta dá-se quando contrária aos princípios gerais do direito ou da justiça. Também quando é imenso o contraste entre os valores do ordenamento jurídico e o sentimento de justiça preponderante na sociedade. A resposta do juiz, no conflito entre o jurídico e o ético, há que ser sempre de conteúdo ético, pois não há injustiça que se justifique. O juiz não pode furtar-se à busca do justo⁴¹². O direito intrinsecamente válido é aquele que possui validade no sentido axiológico-material, isto é, aquele que efetivamente concretiza justiça, independentemente de estar em vigor ou possuir eficácia⁴¹³.

⁴⁰⁶ BARROS, Wellington Pacheco. *A interpretação sociológica do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995, p. 190.

⁴⁰⁷ PERELMAN, C. *Op. cit.*, p. 200.

⁴⁰⁸ PERELMAN, C. *Op. cit.*, p. 190.

⁴⁰⁹ REALE, M. *Fundamentos do direito*, p. 198.

⁴¹⁰ FERAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. São Paulo: Atlas, 1991, p. 326-329.

⁴¹¹ PORTANOVA, R. *Op. cit.*, p. 95-96.

⁴¹² *Idem*, p. 127.

⁴¹³ BELLINETTI, Luiz Fernando. *Sentença civil: perspectivas conceituais no ordenamento jurídico brasileiro*. São Paulo: RT, 1994, p. 57. Para BELLINETTI, por direito vigente entende-se o sistema normativo (legal); por direito eficaz aquele que está, de fato, sendo aplicado, independentemente de se constituir ou não em norma legal e possuir ou não validade intrínseca; por direito intrinsecamente válido, aquele que possui validade no sentido axiológico-material, que efetivamente concretiza justiça. *Idem, ibidem*.

CAPÍTULO 3.

PERSPECTIVAS PARA UMA EFETIVA APLICAÇÃO DA IDÉIA DE VALOR NA SENTENÇA E NO PROCESSO

3.1. Ética e justiça: considerações iniciais

Pode-se dizer que as ações que manifestam o espírito de justiça são ações que nos despertam um sentimento ou admiração que exprime nosso **senso moral**. As dúvidas quanto à decisão a ser tomada põem à prova nossa **consciência moral**, exigindo que decidamos o que fazer, que justifiquemos para nós e para os outros as razões de nossas decisões e assumamos suas conseqüências. Assim, o senso moral e a consciência moral referem-se a valores e a decisões que conduzem a ações com conseqüências para nós e para os outros; dizem respeito a valores, intenções, decisões e ações referidos ao bem e ao mal e ao desejo de felicidade⁴¹⁴.

ARISTÓTELES é quem afirma que o fim último da ação humana é a felicidade. A felicidade aparece como um bem perfeito e bastante por si, sendo o fim de todas as ações⁴¹⁵.

Na concepção de Sêneca, afirma SANGALLI, a felicidade do homem está no saber prático, no agir autárquico, voltado para o saber viver de modo virtuoso, conforme à natureza⁴¹⁶.

Para JACQUARD, a felicidade em si não seria um valor; a justiça ou a liberdade seriam valores, uma vez que condicionam a felicidade individual⁴¹⁷.

Os juízos éticos de valor, que também são considerados juízos normativos, enunciam normas que determinam o Dever Ser de nossos sentimentos e comportamentos e dizem quais os atos, sentimentos e comportamentos que devemos ter para alcançar a felicidade e o bem⁴¹⁸.

⁴¹⁴ CHAUI, M. *Op. cit.*, p. 334-335.

⁴¹⁵ ARISTÓTELES. *A ética*. Tradução de Paulo Cássio M. Fonseca. Bauru: Edipro, 1995, p. 27-37.

⁴¹⁶ SANGALLI, Idalgo José. *O fim último do homem: eudamonia aristotélica à beatitudo agostiniana*. Porto Alegre: Edipucrs, 1998, p. 196.

Toda norma ética expressa um juízo de valor ao qual se liga uma sanção. A necessidade de ser prevista uma sanção para assegurar o adimplemento do fim visado revela que a norma ética enuncia algo que **deve ser**⁴¹⁹.

O senso moral, a consciência moral e os valores éticos são criações histórico-culturais e, como tal, tendem a ser cultivados como se fossem naturais, pois a sociedade nos educa neles e para eles como se fossem existentes em si e por si mesmos. É o que se chama de **naturalização da existência moral**⁴²⁰.

JACQUARD lembra que a palavra **ética** é, hoje em dia, bem aceita no discurso; já o termo **moral** é rejeitado em nome de uma conotação vagamente religiosa ou bem-pensante. Entretanto, trata-se de dois sinônimos, derivados um do grego e o outro do latim, evocando a arte de escolher um comportamento, distinguir o bem do mal⁴²¹.

A ética impõe, então, aos homens que tratem os outros homens como pessoas, e não como coisas, pois os valores éticos oferecem-se como expressão e garantia de nossa condição de sujeitos, proibindo moralmente que nos transformem em coisa usada e manipulada por outros⁴²².

A ética exprime a maneira como a cultura e a sociedade definem para si mesmas o que seja o bem, a virtude, o mal ou o vício. Não é a ética alheia às condições históricas, políticas, econômicas ou culturais da ação moral, já que tem origem cultural⁴²³, sendo expressão, a um só tempo, de evolução e oposição, continuação e destruição⁴²⁴. A ética é uma ciência prática no sentido de que dá normas ou leis gerais para conduzir o homem à felicidade⁴²⁵.

O campo ético, entretanto, não é só constituído de valores éticos. A conduta ética requer um **agente consciente**, ou seja, alguém que conheça a diferença entre o bem e o mal, entre o permitido e o proibido. Essa consciência moral manifesta-se na capacidade para

⁴¹⁷ JACQUARD, Albert, PLANÈS, Huguette. *Filosofia para não-filósofos*. Tradução de Guilherme João de Freitas Teixeira. Rio de Janeiro: Campus, 1998, p. 44.

⁴¹⁸ CHAUI, M. *Op. cit.*, p. 336.

⁴¹⁹ REALE, M. *Lições preliminares de direito*, p. 35.

⁴²⁰ CHAUI, M. *Op. cit.*, p. 336.

⁴²¹ JACQUARD, A., PLANÈS, H. *Op. cit.*, p. 37. A discussão quanto à semelhança entre a ética e a moral, porém, não é tranquila. Lembra CHAUI que "a simples existência da moral não significa a presença explícita de uma ética, entendida como filosofia moral, isto é, uma reflexão que discuta, problematize e interprete o significado dos valores morais". CHAUI, M. *Op. cit.*, p. 339.

⁴²² *Idem*, p. 337.

⁴²³ *Idem*, p. 338.

⁴²⁴ ALBERONI, F. *Op. cit.*, p. 18.

⁴²⁵ ARISTÓTELES. *Op. cit.*, p. 96.

deliberar diante de alternativas possíveis, decidindo e escolhendo uma delas antes de lançar-se na ação; tem a capacidade para avaliar e pesar as motivações pessoais, as exigências feitas pela situação, as conseqüências para si e para os outros, a conformidade entre meios e fins, o respeitar ou transgredir o estabelecido⁴²⁶.

O sujeito moral ou ético, portanto, deve ser consciente de si e dos outros, reconhecendo nestes sujeitos éticos iguais a ele; ser dotado de vontade - a vontade é o poder deliberativo e decisório do agente moral -; ser responsável, assumindo as conseqüências de suas ações; e ser livre, ou seja, ser capaz de oferecer-se como causa interna de seus sentimentos, atitudes e ações, por não estar submetido a poderes externos que o forcem e o constringam a sentir, a querer e a fazer alguma coisa⁴²⁷.

Além do sujeito moral e dos valores éticos, há ainda um terceiro elemento constituinte do campo ético: os meios para que o sujeito realize os fins. No caso da ética, nem todos os meios são justificáveis; apenas aqueles que estão de acordo com os fins da própria ação, pois fins éticos exigem meios éticos⁴²⁸.

CHAUI exemplifica:

“suponhamos uma sociedade que considere um valor e um fim moral a lealdade entre seus membros, baseada na confiança recíproca. Isso significa que a mentira, a inveja, a adulação, a má-fé, a crueldade e o medo deverão estar excluídos da vida moral e ações que os empreguem como meios para alcançar o fim serão imorais. No entanto, poderia acontecer que para forçar alguém à lealdade seria preciso fazê-lo sentir medo da punição pela deslealdade, ou seria preciso mentir-lhe para que não perdesse a confiança em certas pessoas e continuasse leal a elas. Nesses casos, o fim – a lealdade – não justificaria os meios – medo e mentira? A resposta ética é: não. Por quê? Porque esses meios desrespeitam a consciência e a liberdade da pessoa moral, que agiria por coação externa e não por reconhecimento interior e verdadeiro do fim ético”⁴²⁹.

⁴²⁶ CHAUI, M. *Op. cit.*, p. 337.

⁴²⁷ *Idem*, p. 337-338.

⁴²⁸ *Idem*, p. 339.

⁴²⁹ *Idem, ibidem*.

Para ARISTÓTELES, não basta que as ações virtuosas tenham certas qualidades para que sejam feitas com justiça e temperança. Faz-se preciso, ainda, que quem as opere conduza-se de certo modo: primeiramente, sabendo bem o que faz; depois, com propósito, ou antes com o propósito de fazer o que faz; em terceiro lugar, que, operando, a sua vontade seja firme e não mude⁴³⁰.

O problema ético, então, consubstancia-se no fato de que o homem precisa definir objetivos e, em função desses fins, fixar qual a melhor conduta individual e social a seguir no seu viver e conviver⁴³¹.

A justiça deve ser buscada com base em respostas de natureza ética; campo em que o direito também deve operar⁴³².

A noção de justiça é confusa⁴³³ e complexa⁴³⁴.

Lembra SOVERAL que a variedade de critérios de justiça não implica um relativismo axiológico. Os valores em presença são os mesmos e constantes. As próprias experiências axiológicas, naturalmente diversas na sua intensidade e qualidade, e no seu enquadramento institucional e cultural, fruem o mesmo dado hilético e nele se reconhecem como equivalentes. O que diverge – e muito – são as vivências e os atos de justiça de cada um. Há mesmo quem lhe seja quase insensível, sacrificando-a a sentimentos discriminadores, como são os do egoísmo, da simpatia, do amor, entre outros, positivos ou negativos⁴³⁵.

Assim, uma análise lógica da noção de justiça parece constituir uma verdadeira aposta. Isso porque, dentre todas as noções prestigiosas, a de justiça parece uma das mais eminentes e a mais irremediavelmente confusa⁴³⁶.

Pode-se dizer que a justiça preside a todas as relações intersubjetivas, seja qual for o plano em que se situem: jurídico, político, social ou teológico⁴³⁷.

⁴³⁰ ARISTÓTELES. *Op. cit.*, p. 57.

⁴³¹ CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Direito, poder, justiça e processo: julgando os que nos julgam*. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 53.

⁴³² *Idem*, p. 61.

⁴³³ PERELMAN, Chaïm. *Ética e direito*. Tradução de Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 7.

⁴³⁴ SOVERAL, E. A. *Op. cit.*, p. 151.

⁴³⁵ *Idem, ibidem*.

⁴³⁶ PERELMAN, C. *Op. cit.*, p. 7.

⁴³⁷ *Idem, ibidem*.

Refere SOVERAL que diversos critérios têm sido sustentados para a definição da noção de justiça, acerca do que é justo ou não. Como exemplo, podem ser citados os seguintes: as várias versões pagãs ou neopagãs da lei do mais forte; o subversivo mas pacificador **sermão da montanha**; as modernas tentativas para determinar a justa conciliação entre a igualdade e a liberdade, designadamente nas suas últimas formulações, a social-democrata e a neoliberal, visando a primeira, prioritariamente, uma **igualização** tendencial das condições sociais de vida, e preocupando-se prioritariamente a segunda em garantir, a cada um, uma igualdade de oportunidades iniciais, para conquistar, na sociedade, o melhor lugar ao seu alcance⁴³⁸.

Pode-se citar, com relação à tendência liberal, o pensamento de John Rawls, que vê a justiça como fundamento da estrutura social e primeira virtude das instituições sociais. Rawls combate a ética utilitarista sobretudo por esta adotar para a sociedade o princípio de escolha racional para um homem; o que significa dizer que não leva em conta seriamente a distinção entre as pessoas⁴³⁹.

Rawls reage contra a filosofia moral utilitarista porque ela tem uma concepção estreita de pessoa. Sua natureza agregativa torna-se insensível às diferenças entre os indivíduos, oferecendo, portanto, aos direitos uma base excessivamente frágil⁴⁴⁰.

Imagina Rawls, então, um grupo de pessoas livres e em condições de igualdade reunindo-se com a finalidade de negociar os princípios de justiça a que prestarão obediência e apoiarão publicamente. Esses negociadores, no que denomina **posição original**, são livres e racionais, e conhecem economia, sociologia, etc.; têm planos de vida, metas e objetivos⁴⁴¹.

Mas, para que esses negociadores, na posição original, consigam eleger imparcialmente os princípios de justiça, Rawls acrescenta um constrangimento que chama de **véu de ignorância**, que oculta o conhecimento daqueles em relação ao lugar social que ocupam, suas habilidades e dotes pessoais, sua própria concepção de bem, os aspectos concretos de sua psicologia, o sexo e a geração a que pertencem. Eles têm um imenso conhecimento sobre as verdades gerais, tais como as leis da física, os princípios da economia, os assuntos políticos, a base da organização social e a psicologia humana, mas o véu de

⁴³⁸ *Idem, ibidem.*

⁴³⁹ ARRUDA JR., Edmundo Lima de. Uma teoria liberal da justiça: John Rawls. In: *Direito, estado, política e sociedade em transformação*. BORGES FILHO, Nilson (org.). Porto Alegre: Fabris, 1995, 39-56.

⁴⁴⁰ *Idem, ibidem.*

⁴⁴¹ *Idem, ibidem.*

ignorância lhes impede de proteger os próprios interesses ao custo dos interesses dos outros. Os negociadores não sabem quais os lugares que lhes estão reservados se a sociedade distribuísse as vantagens de modo a favorecer uns poucos. Assim, antes de arriscar, somente concordariam com princípios capazes de maximizar suas condições se suas piores expectativas sobre sua posição fossem concretizadas. Nessas condições e somente nelas os negociadores podem proceder a uma escolha racional e imparcial dos princípios de justiça⁴⁴².

RAWLS, então, propõe os seguintes princípios de justiça a serem seguidos:

a) cada pessoa deve ter um direito igual ao mais abrangente sistema total de liberdades básicas iguais que seja compatível com um sistema semelhante de liberdades para todos⁴⁴³;

b) as desigualdades econômicas e sociais devem ser ordenadas de tal modo que, ao mesmo tempo, tragam o maior benefício possível para os menos favorecidos, obedecendo às restrições do princípio da poupança justa; e sejam vinculadas a cargos e posições abertos a todos em condições de igualdade equitativa de oportunidades⁴⁴⁴.

A idéia de Rawls torna-se mais clara a partir de uma questão: que tipo de sociedade as pessoas construiriam, com base num contrato, se nesse momento desconhecessem completamente suas posições de classe e suas vantagens ou desvantagens, derivadas de fatores sociais ou naturais⁴⁴⁵?

Rawls não acredita em nenhuma teoria de contrato social como fato histórico ou idéia metafísica de uma natureza humana presente em cada indivíduo. Ele toma, simplesmente, uma noção de pessoa compatível com os postulados tradicionais das democracias modernas. Isso lhe permite pensar a vida social como cooperação racionalmente vantajosa. Pessoa, nesse caso, é alguém que pode ser um cidadão, ou seja, um membro cooperativo da sociedade ao longo de uma vida completa. Não é necessário imaginar o indivíduo como anterior à sociedade. Rawls trabalha com uma noção de pessoa compatível com a cultura das democracias constitucionais modernas e com a concepção da sociedade como um sistema equitativo de cooperação⁴⁴⁶.

⁴⁴² *Idem, ibidem*. Ver também RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Tradução de Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

⁴⁴³ RAWLS, J. *Op. cit.*, p. 64.

⁴⁴⁴ *Idem, ibidem*.

⁴⁴⁵ KUNTZ, Rolf. A redescoberta da igualdade como condição de justiça. In: FARIA, José Eduardo (org.). *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 144-155.

⁴⁴⁶ *Idem, ibidem*.

As pessoas, assim, são concebidas como livres e iguais no sentido de terem um senso de justiça, de se julgarem fontes autônomas de reivindicações válidas e de serem capazes de assumir as responsabilidades por seus fins⁴⁴⁷.

A vantagem do véu da ignorância é levar os contratantes a imaginar-se em qualquer posição possível num sistema de relações sociais. Isso tanto afeta a construção do sistema quanto a definição das piores posições aceitáveis para um membro da sociedade. As conseqüências aparecem, por exemplo, nas normas do processo judicial, em que qualquer um pode vir a encontrar-se na posição de réu. Assim, como ninguém sabe, em princípio, a quem caberá a posição menos vantajosa, cria-se um limite para o jogo da competição⁴⁴⁸.

Aristóteles foi quem primeiro examinou rigorosamente a noção de justiça distinguindo a justiça comutativa da justiça distributiva. A primeira seria aquela que preside a contratos de troca de bens e serviços; a segunda, aquela que consiste em tratar diferentemente cada um consoante os seus méritos⁴⁴⁹.

A justiça distributiva é igualdade de caráter proporcional, pois é estabelecida em acordo com um critério de estimação dos sujeitos analisados. Este critério é o mérito de cada qual que os diferencia tornando-os mais ou menos merecedores de tais ou quais benefícios ou ônus sociais⁴⁵⁰.

Em Aristóteles, a justiça compreende a igualdade e a proporcionalidade. O meio termo corresponde à igualdade; o justo representa o gênero daquilo que é proporcional. Dita proporcionalidade não deve ser tomada no sentido de quantidade numérica, mas no de igualdade de razões. Aquele que obra com tratamento desigual, porque não observa a reta razão do meio termo, é injusto; já o tratamento realizado mediante critérios de igualdade é considerado justo⁴⁵¹.

Lembra ARISTÓTELES que a justiça reúne todas as virtudes, sendo ela a virtude ótima e perfeita. Em sentido mais restrito, a justiça é de duas espécies: uma se reporta à

⁴⁴⁷ *Idem, ibidem.*

⁴⁴⁸ *Idem, ibidem.*

⁴⁴⁹ SOVERAL, E. A. *Op. cit.*, p. 152. Conferir também AZEVEDO, Plauto Faraco de. *Justiça distributiva e aplicação do direito*. Porto Alegre: Fabris, 1998, p. 25-42.

⁴⁵⁰ BITTAR, Eduardo C. B. *A justiça em Aristóteles*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999, p. 87.

⁴⁵¹ SILVA, Moacyr Motta da. Princípio da razoabilidade como expressão do princípio da justiça e a esfera de poderes jurisdicionais do juiz. *Revista da ESMESC*. Florianópolis: Escola Superior da Magistratura do Estado de Santa Catarina, v. 6, ano 5, p. 79-92, mai. 1999.

distribuição das honras, das riquezas e de todas as outras coisas divisíveis entre os cidadãos; a outra, comutativa, regula as aquisições e os contratos⁴⁵², conforme já mencionado.

Assim, a justiça distributiva está na igualdade das relações. As honras devem ser dadas na razão do mérito: a repartição mal feita gera a injustiça porque *“quem tem mais é uma ofensa a quem tem menos”*⁴⁵³. A justiça corretiva, ao contrário, está na igualdade aritmética, de modo que as partes tenham igual o proveito ou o dano: *“a ela não lhe faz diferença que um homem probo tenha sido roubado por um biltre, ou então que sucedesse o contrário”*. Os culpados são tratados como iguais. E quando um homem sofreu injustiça, o juiz, infligindo a pena, anula a vantagem que o ofensor tem sobre o ofendido, pois o juiz, de certo modo, é a justiça feita pessoa⁴⁵⁴.

A equidade, para Aristóteles, tem sentido corretivo da justiça legal no caso particular: *“afim da justiça é a equidade, que nasce quando a justiça diz respeito a um caso que foge do comum e da generalidade própria da lei; de sorte que a equidade é como uma correção, de que a lei, pela sua abstratividade, necessita continuamente”*⁴⁵⁵. O equitativo, então, seria melhor do que o justo, porquanto agiria especificamente para corrigir a lei, que é genérica⁴⁵⁶.

Ensina SILVA que a decisão **razoável** atende à diretriz da **reta razão**, que é um critério guia de justiça. A reta razão é a baliza que orienta a escolha da decisão pelo **meio termo**, que, na concepção de Aristóteles, é um critério de justiça, e, na de Tomás de Aquino, a síntese das virtudes morais, que são a temperança, a prudência, a força e a justiça⁴⁵⁷. O razoável é, assim, o ponto de equilíbrio entre o absoluto e o mínimo⁴⁵⁸.

A razoabilidade atua na esfera dos valores da sociedade visando a destacar o valor justiça. Por isso não leva em conta o aspecto extrínseco da lei, pois procura, pelo juízo axiológico, o sentido da justiça⁴⁵⁹.

Para SILVA, sob o ponto de vista metodológico, os princípios constitucionais do processo permitem uma classificação em três vertentes: a) princípio do juiz natural; b)

⁴⁵² ARISTÓTELES. *Op. cit.*, p. 81.

⁴⁵³ *Idem, ibidem.*

⁴⁵⁴ *Idem, ibidem.*

⁴⁵⁵ *Idem, ibidem.*

⁴⁵⁶ SILVA, M. M. *Op. cit.*, p. 79-92.

⁴⁵⁷ *Idem, ibidem.*

⁴⁵⁸ *Idem, ibidem.*

⁴⁵⁹ *Idem, ibidem.*

princípio do devido processo legal; c) princípio do acesso à justiça. Em cada uma dessas áreas gravitam outros princípios que orientam e iluminam a jurisdição, o processo e a ação⁴⁶⁰.

O princípio da razoabilidade constitui espécie do gênero princípio do juiz natural⁴⁶¹, que orienta para o reconhecimento dos poderes do juiz na busca de valores contidos no direito. É um princípio constitucional e, como tal, representa uma síntese de valores morais, éticos e jurídicos que a consciência da sociedade imprimiu em nossa Constituição, ainda que de maneira implícita. Esse princípio, fundado no princípio da justiça, visa a resgatar os valores éticos do direito eliminados pela teoria do positivismo jurídico construída por Hans Kelsen⁴⁶².

Afirma PERELMAN, entretanto, que é ilusório querer enumerar todos os sentidos possíveis de justiça. Porém, destaca alguns exemplos das concepções mais correntes do termo:

- a) a cada qual a mesma coisa;
- b) a cada qual segundo seus méritos;
- c) a cada qual segundo suas obras;
- d) a cada qual segundo suas necessidades;
- e) a cada qual segundo sua posição;
- f) a cada qual segundo o que a lei lhe atribui.

Para a primeira concepção, todos os seres considerados devem ser tratados da mesma forma, sem levar em conta as particularidades que os distinguem, ex.: seja-se jovem ou velho, rico ou pobre, branco ou preto, não pode haver discriminação⁴⁶³.

⁴⁶⁰ *Idem, ibidem.*

⁴⁶¹ *Idem, ibidem.*

⁴⁶² *Idem, ibidem.* Afirma Mário Losano, entretanto – e é bom lembrar –, na introdução à obra **O problema da justiça**, de Hans Kelsen, que “no que concerne ao problema da justiça, é preciso, porém, ressaltar desde já que Hans Kelsen propõe delimitar o direito no que diz respeito ao valor, não eliminar toda e qualquer consideração ética do direito: ele apenas sustenta que a valoração ética do direito não é função da ciência jurídica. Se é dever do jurista não valorar o direito, mas apenas descrevê-lo, diante do problema da justiça ele deverá manter uma atitude de neutralidade, ou seja, de indiferença: constatada a existência de determinada norma (...), o jurista deve descrever seu conteúdo, não discutir o valor de justiça em que ela se fundamentou, ou seja, o jurista não deve introduzir elementos valorativos no discurso descritivo”. KELSEN, Hans. *O problema da justiça*. Tradução de João Baptista Machado. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. XIV.

⁴⁶³ PERELMAN, C. *Op. cit.*, p. 9.

A segunda concepção de justiça não exige igualdade de todos. Exige um tratamento proporcional a uma qualidade intrínseca, ao mérito da pessoa humana. Apenas o valor moral intrínseco do indivíduo será o critério do juiz⁴⁶⁴.

A fórmula de justiça **a cada qual segundo suas obras** não requer um tratamento igual, mas proporcional. O critério não é moral, pois não leva em conta a intenção nem os sacrifícios realizados, mas unicamente o resultado da ação⁴⁶⁵.

A concepção de justiça **a cada qual segundo suas necessidades** aproxima-se da idéia de caridade. Ao invés de serem levados em consideração os méritos do homem ou de sua produção, tenta-se sobretudo diminuir os sofrimentos que resultam da impossibilidade em que ele se encontra de satisfazer suas necessidades essenciais⁴⁶⁶.

A quinta concepção de justiça - **a cada qual segundo sua posição** - PERELMAN chama de fórmula aristocrática de justiça, pois trata os seres conforme pertençam a uma ou outra categoria de seres⁴⁶⁷.

A última concepção dá a idéia de que um juiz é justo quando aplica às mesmas situações as mesmas leis. Ser justo, então, é aplicar as leis do país⁴⁶⁸.

Segue PERELMAN a demonstrar, então, a incapacidade de tais concepções servirem em termos de atuação prática. CALMON DE PASSOS assim resume o pensamento do autor:

“se dermos a todos a mesma coisa, seremos injustos para os que têm como correto, precisamente, um tratamento diferenciado, como se depreende de todas as subseqüentes posições, sem esquecer que a mesma coisa não proporcionaria a todos os homens a mesma satisfação. Se tivermos que levar em consideração as diferenças e elegermos, por exemplo, o mérito de cada um como fundamento, por que modo definir este mérito e que critérios devem ser levados em conta para sua determinação? Adotando-se a regra de atribuir a cada qual o que for devido segundo suas obras, além da dificuldade de se definir a escala de valor capaz de medir estas obras, as mais diversificadas que seriam, ainda estaríamos diante de um critério que não é moral,

⁴⁶⁴ *Idem*, p. 9-10.

⁴⁶⁵ *Idem*, p. 10.

⁴⁶⁶ *Idem*, *ibidem*.

⁴⁶⁷ *Idem*, p. 11.

⁴⁶⁸ *Idem*, p. 12.

pois deixa de levar em conta a intenção e os sacrifícios realizados, considerando unicamente o resultado da ação. Escolher-se a regra de dar a cada qual segundo suas necessidades coloca-nos diante do óbice de termos que definir essas necessidades, para o que seríamos forçados a adotar critérios meramente formais, porquanto as divergências a respeito ocasionariam inúmeras variantes da mesma fórmula. Menos defensável o admitir-se como regra de justiça dar a cada qual segundo sua posição, fórmula aristocrática, privilegiadora e necessariamente desigualizadora. A última regra, dar a cada um o que a lei lhe atribui, resultaria, necessariamente, em transferir, de modo absoluto, o poder de definir o justo para quem investido do poder de ditar a lei”⁴⁶⁹.

O que deve ser considerado é que há em comum, nas diferentes concepções de justiça, uma idéia de igualdade. O princípio da igualdade configura-se como exigência e condição para o estabelecer de qualquer ordem que pretenda se pautar por uma eticidade⁴⁷⁰.

Na justiça, afirma ARISTÓTELES, o que é fundamental é a igualdade de relação, de modo que também entre pessoas muito diversas pela inteligência ou pela fortuna é possível uma relação de justiça⁴⁷¹.

Sejam quais forem as diferenças entre as concepções de justiça concreta, todas admitem a mesma definição da justiça formal que exige sejam tratados da mesma forma os seres que fazem parte da mesma categoria⁴⁷².

Essa igualdade resulta do fato de que coincide com uma consequência de uma determinada regra de justiça. A noção de equidade, definida a partir daí, permite escapar às antinomias da justiça acarretadas pelo desejo de aplicar simultaneamente várias regras de justiça incompatíveis⁴⁷³.

Dita característica - igualdade de tratamento aos que pertençam a uma mesma categoria - é essencial e deve ser levada em consideração na administração da justiça⁴⁷⁴.

⁴⁶⁹ CALMON DE PASSOS, J. J. *Op. cit.*, p. 61-62. Ver também PERELMAN, C. *Op. cit.*, p. 20-33.

⁴⁷⁰ MELGARÉ, Plínio. A ética como dimensão constitutiva do direito. *Revista Ajuris*. Porto Alegre: Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, n. 80, ano XXVI, p. 291-314, dez. 2000.

⁴⁷¹ ARISTÓTELES. *Op. cit.*, p. 106.

⁴⁷² *Idem*, p. 31-32.

⁴⁷³ *Idem*, p. 67.

⁴⁷⁴ CALMON DE PASSOS, J. J. *Op. cit.*, p. 63.

Uma conduta ética do juiz na condução do processo e na prolação da sentença⁴⁷⁵, pautada não só na lei, mas no critério de justiça retro, na equidade e na proporcionalidade, faz possível a realização histórica e social da justiça. Talvez não uma justiça absoluta; nem necessariamente a mais perfeita. Mas uma justiça que menos necessidades deixe insatisfeitas e menos expectativas deixe desatendidas⁴⁷⁶. A ordem jurídica é mais injusta quanto mais desigual, privilegiando alguns e agravando o número de excluídos e insatisfeitos⁴⁷⁷.

3.2. Processo e sentença numa perspectiva ética

Nos últimos trinta anos, afirma PORTO, a ciência do direito, enquanto sistema – Larenz e Engisch -, foi dando paulatinamente lugar à tópica e à teoria da argumentação – Viehweg, Perelman e Canaris. Mudaram a Constituição e o Código de Processo Civil; surgiram novas leis e novos ramos do direito, tais como o direito da criança e do adolescente e o direito dos consumidores. A realidade social, a legislação e os métodos jurídicos mudaram; mas não os valores jurídicos que se mostram permanentes⁴⁷⁸.

Dentre esses valores permanentes, podem ser destacados os valores da ética e da justiça⁴⁷⁹.

Os sistemas jurídicos vão se adaptando às circunstâncias histórico-sociais, sem que isso implique, necessariamente, o afastamento do paradigma justiça⁴⁸⁰, pois a juridicidade deve-se basear no estímulo do bem e na sua contribuição à ética, uma vez que o objetivo do direito não é a busca do equilíbrio entre lógico e extralógico, mas a busca do justo⁴⁸¹.

Para REALE, a justiça é considerada um valor-fim a que se prendem múltiplos valores-meio primários e secundários. Os valores-meio fundamentais seriam, por exemplo, a liberdade, a utilidade econômica, a segurança, etc. O fundamento da ordem jurídica estaria em sua validade ética. Afirma REALE que não é indo além do direito e procurando um ser direito

⁴⁷⁵ É o ponto que destacaremos no item 3.2 do presente trabalho.

⁴⁷⁶ *Idem*, p. 65.

⁴⁷⁷ *Idem, ibidem*.

⁴⁷⁸ PORTO, Sérgio José. *Direito, Ufrgs – 1970. Correio do Povo*, Porto Alegre, 9 mar. 2001, p. 4.

⁴⁷⁹ Para FERRAZ JR., a justiça é o valor básico da vida jurídica. FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Direito, retórica e comunicação*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 112.

⁴⁸⁰ SILVEIRA, J. L. *Op. cit.*, p. 82.

transcendente, mas é na própria ordem jurídica positiva que podemos encontrar a integração fato-valor-norma à qual corresponde esta outra: validade social - ou eficácia -, validade ética - ou fundamento - e validade técnico-jurídica - ou vigência⁴⁸².

PORTANOVA refere que a visão alternativa do direito não esquece a integração deste nas ciências sociais e seu compromisso com a justiça e com a ética⁴⁸³.

Observe-se que ditos valores - ética e justiça - sobrepõem-se até mesmo ao valor segurança - que também é um dos valores perseguidos pelo direito -, cuja importância é considerada relativa. O uso alternativo do direito posiciona-se contra o absolutismo do valor segurança. Isso não quer dizer que o valor segurança seja excluído; apenas é relativizado⁴⁸⁴.

Segundo CRESCI SOBRINHO, cada tipo de sistema de direito determinado tem seus valores expressos nas leis; há diferenças sócio-econômicas entre os sistemas. Na concretização do direito, passamos por princípios fundamentais intermediários diferentes, de origem social difusa e conteúdo específico. A legalidade e a segurança, como valores, não o são enquanto formalmente absolutos, pela diferença quantitativa e qualificativa de tipos de sistemas jurídicos onde ocorrem. Introduce-se, então, o princípio universal de justiça, como valor, perante o qual os outros valores cedem lugar. Não há, portanto, perigo ao admitirmos princípios fundamentais intermediários - valores -, como a equidade, conciliando-se legalidade e justiça⁴⁸⁵. A verdade é que, sem a compreensão de um reino axiológico, situado no campo extra-positivo, perde-se a noção da idéia de justiça⁴⁸⁶.

Essa busca do justo, então, é tarefa do juiz ao conduzir o processo e ao proferir a sentença, que é o ato jurisdicional magno. Para BELLINETTI, a sentença é o ato jurisdicional magno porque é aquele em que a função jurisdicional realiza sua tarefa mais nobre e significativa⁴⁸⁷.

De igual forma, não deve o magistrado esquecer-se de que a ética é o seu condutor na aproximação do processo com os seus objetivos sociais e políticos. Tal busca deve-se fazer, portanto, numa perspectiva ética.

⁴⁸¹ PORTANOVA, R. *Op. cit.*, p. 127.

⁴⁸² REALE, M. *Fundamentos do direito*, p. 313-317.

⁴⁸³ PORTANOVA, R. *Op. cit.*, p. 88.

⁴⁸⁴ CRESCI SOBRINHO, E. *Op. cit.*, p. 181-184.

⁴⁸⁵ *Idem*, p. 184-185.

⁴⁸⁶ SILVEIRA, J. L. *Op. cit.*, p. 83.

⁴⁸⁷ BELLINETTI, L. F. *Op. cit.*, p. 86.

O direito material deve ser encarado pelo órgão jurisdicional como **realidade espiritual**, situando-se nos domínios da ética e se definindo como momento essencial do processo ético. Para tanto, deve-se afastar o positivismo normativo. Nesse enfoque, a esfera moral não é excluída da esfera jurídica⁴⁸⁸.

A redução do direito a um sistema de normas, que se limita a dar sentido jurídico aos fatos sociais à medida que estes são enquadrados no esquema normativo vigente, faz com que não sejam questionados os dogmas vigentes, uma vez que são desprezadas as discussões relativas à natureza e às implicações éticas da função social das leis e dos códigos, valorizando apenas seus aspectos técnicos e procedimentais⁴⁸⁹.

As visões puramente técnica do processo e lógica da sentença e o tradicional descaso às suas projeções éticas encontram-se superados. Repudiado o positivismo jurídico e suas projeções sobre o modo de ver o processo, sua inserção no sistema e sua técnica particular, é natural que todo pensamento em assunto processual seja norteado pela visão dos objetivos⁴⁹⁰.

Dentre esses objetivos, está o de conciliar o aspecto instrumental do processo, que é realidade ética porque permeado dos influxos dos valores substanciais eleitos pela nação, com a necessidade de operacionalizar meios para a consecução do que se deseja. Toda técnica jurídica justifica-se pela sua indispensável convergência aos ditames éticos da sociedade, infiltrada na essência do direito⁴⁹¹.

O processo, assim, não pode ser mais visto apenas como um instrumento técnico. A técnica deve-se adaptar às exigências sociais e políticas que atuam sobre o sistema processual e lhe cobram o cumprimento de seu compromisso com os jurisdicionados. Não se deve, então, por exemplo, supervalorizar a forma e os procedimentos tradicionais em detrimento de uma visão do processo como relação jurídica regida pelo contraditório e voltada para a realização de valores éticos. Tal supervalorização caracterizaria cegueira ética⁴⁹². Incorporando a idéia de HESSEN ao processo, estaríamos diante de uma espécie de daltonismo ou cegueira dos valores.

⁴⁸⁸ PORTANOVA, R. *Op. cit.*, p. 101. Ver também DINAMARCO, C. R. *Op. cit.*, p. 225 – 226.

⁴⁸⁹ FARIA, José Eduardo. O judiciário e o desenvolvimento sócio-econômico. In: FARIA, José Eduardo. *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 11-29.

⁴⁹⁰ DINAMARCO, C. R. *Op. cit.*, p. 226.

⁴⁹¹ *Idem, ibidem*.

⁴⁹² *Idem, ibidem*.

A visão do processo como instrumento político, inserido no universo axiológico da sociedade, e de realização do valor justiça pode ser encontrada em DINAMARCO: a idéia que está na base da moderna visão do processo é a de que deve haver uma preocupação com os valores consagrados constitucionalmente, tais como a liberdade e a igualdade. Estas são manifestações de algo dotado de maior espectro e significação transcendente: o valor justiça. O conceito, significado e dimensões desse e de outros valores fundamentais são, em última análise, aqueles que resultam da ordem constitucional e da maneira como a sociedade contemporânea ao texto supremo interpreta as suas palavras, sendo natural, portanto, a intensa infiltração dessa carga axiológica no sistema do processo. Tal é justificado pela instrumentalidade⁴⁹³.

A visão crítica do processo o direciona ao atendimento de seus escopos jurídicos - atuação da vontade concreta do direito -, sociais - paz social e educação para a lide - e políticos - afirmação do poder, culto à liberdade e participação⁴⁹⁴.

Também WOLKMER vê o processo como mecanismo de efetivação da justiça: *“se é certo que, até há pouco tempo, o processo jurisdicional era concebido unicamente como um mecanismo estatal técnico, hoje, transforma-se num instrumento político para a garantia dos direitos e a efetivação da justiça”*⁴⁹⁵.

De outro lado, convém não confundir a garantia do devido processo legal com o formalismo jurídico, como bem adverte CALMON DE PASSOS: devido processo constitucional jurisdicional não é sinônimo de formalismo, nem culto da forma pela forma, do rito pelo rito, mas um complexo de garantias mínimas contra o subjetivismo e o arbítrio dos que têm poder de decidir⁴⁹⁶.

Demonstra, ainda, CALMON DE PASSOS que a libertação do chamado **fetiche** do devido processo legal deve ser vista com moderação:

“ouvi de um eminente mestre da USP, em palestra proferida na cidade de Campinas, que precisamos, em nosso país, libertarmo-nos do fetiche do devido processo legal, que às vezes opera negativamente em confronto com o valor maior da efetividade e da celeridade processual, vale dizer, da tutela jurídica.

⁴⁹³ *Idem*, p. 24-25.

⁴⁹⁴ *Idem*, p. 159-219.

⁴⁹⁵ WOLKMER, A. C. *Introdução ao pensamento jurídico crítico*, p. 135.

⁴⁹⁶ CALMON DE PASSOS, J. J. *Op. cit.*, p. 69.

*Afirmativa desta natureza preocupa duplamente. Ela faz suspeitar haver identidade entre a garantia do devido processo legal e o formalismo jurídico em detrimento da segurança jurídica, o que é manifestamente falso, sem esquecer que aponta, em verdade, para o endeusamento do arbítrio judicial*⁴⁹⁷.

O direito e, por conseguinte, o processo judicial fazem parte do conhecimento humano e não podem ser analisados isoladamente, como se fossem algo puro. É necessário que se tenha uma visão interdisciplinar no sentido de se evitarem os cortes epistemológicos absolutizantes que a euforia positivista acentuou⁴⁹⁸.

Cumpra considerar que não se pretende indicar o positivismo como imprestável; apenas como insuficiente para fundamentar uma concepção do ordenamento jurídico⁴⁹⁹.

O objetivo do processo e da sentença não é mais a pura aplicação do direito positivo, mas sim o oferecimento de soluções justas às questões que são postas ao juiz. O direito positivo pode até trazer ínsita uma presunção de que concretiza justiça - presunção relativíssima -, mas, quando não apresentar uma solução justa, deve o juiz utilizar-se do direito intrinsecamente válido a fim de adequar a decisão à evolução social e aos parâmetros de justiça reinantes na sociedade⁵⁰⁰.

3.3. A idéia de valor consubstanciada no processo e na sentença

3.3.1. Processo e ideologia

Segundo PORTANOVA⁵⁰¹, o Código de Processo Civil ignorou a teoria tridimensional. A petição inicial não precisa referir-se a valores. Ao autor basta alegar o **fato e os fundamentos jurídicos do pedido**⁵⁰². Também a contestação está dispensada de invocar

⁴⁹⁷ *Idem, ibidem.*

⁴⁹⁸ BELLINETTI, L. F. *Op. cit.*, p. 16-17.

⁴⁹⁹ *Idem*, p. 42.

⁵⁰⁰ *Idem*, p. 60.

⁵⁰¹ PORTANOVA, R. *Op. cit.*, p. 149.

⁵⁰² Brasil, Código de Processo Civil, art. 282, III.

razões axiológicas: são suficientes para as impugnações as **razões de fato e de direito**⁵⁰³. Por fim, o Código de Processo Civil não prevê a dimensão valorativa como um dos requisitos essenciais da sentença. Somente estão contempladas as outras duas dimensões: **o juiz analisará as questões de fato e de direito**⁵⁰⁴.

Tal característica do estatuto processual demonstra que a idéia de valor foi esquecida ou, pelo menos, relegada a segundo plano, tendo o legislador apenas se preocupado com dois elementos da teoria tridimensional, ou seja, o fato e a norma.

Evidentemente, os fins do processo entrelaçam-se com a idéia de valores⁵⁰⁵.

Dentre esses valores alinham-se os da justiça, da paz social, da segurança e da efetividade⁵⁰⁶.

Pode-se entender, então, que os três últimos se apresentam como objetivos do sistema, já que, a par da ideologia⁵⁰⁷ que abrigam, são valores escolhidos pelo legislador como necessários à manutenção da ordem social.

A justiça, entretanto, em que pese devesse estar na base e no escopo de todo o ordenamento processual, só pode ser realizada à vista do caso concreto, uma vez que, além de não ser sinônimo de lei, o próprio estatuto processual coloca acima dela determinados valores que servem à classe dominante ou que, ao menos, sobrepõem-se ao valor do justo.

Os exemplos constantes do Código de Processo Civil não são difíceis de serem encontrados e citados. Basta uma simples **passada de olhos** na lei instrumental para demonstrar a ideologia dos institutos processuais e a preferência pelos valores segurança e efetividade, entre outros. Aliás, as normas técnicas em geral pouco ou nada têm a ver com o valor justiça⁵⁰⁸.

⁵⁰³ Brasil, Código de Processo Civil, art. 300.

⁵⁰⁴ Brasil, Código de Processo Civil, art. 458.

⁵⁰⁵ OLIVEIRA, C. A. A. *Op. cit.*, p. 65.

⁵⁰⁶ *Idem, ibidem.*

⁵⁰⁷ A ideologia consiste em tomar as idéias como independentes da realidade histórica e social, de modo a fazer com que tais idéias expliquem aquela realidade, quando na verdade é essa realidade que torna compreensíveis as idéias elaboradas. A ideologia é um fato social porque é produzida pelas relações sociais, possui razões muito determinadas para surgir e se conservar, não sendo um amontoado de idéias falsas que prejudicam a ciência, mas uma certa maneira da produção das idéias pela sociedade, ou melhor, por formas históricas determinadas das relações sociais. CHAUI, Marilena. *O que é ideologia*. 14. ed. São Paulo: Brasiliense, 1980, p. 10-31.

⁵⁰⁸ MELO, O. F. *Op. cit.*, p. 119.

A coisa julgada material⁵⁰⁹, a prova tarifada⁵¹⁰ e o instituto da revelia⁵¹¹, por exemplo, atendem aos propósitos - ou valores - de segurança jurídica e celeridade; o direito de propor ação rescisória, ainda que tenha havido ofensa à lei, em nome de uma suposta estabilidade e de uma pretensa segurança jurídica, extingue-se em dois anos contados do trânsito em julgado da decisão⁵¹²; o princípio dispositivo⁵¹³ impede ao juiz participar ativamente da relação processual mesmo no caso em que não houver igualdade das partes.

Lembra CRESCI SOBRINHO que o autor *A* não é igual ao réu *B*. Não há como reconhecer haver uma igualdade real se o autor *A* tem casa para morar e o réu *B* não tem; se um tem emprego e o outro não; se um pode contratar um melhor advogado e o outro não⁵¹⁴.

CAPPELLETTI, com relação ao princípio dispositivo, refere que este vigora até na ordenança processual civil austríaca, cujo processo pode ser considerado o mais acentuadamente **social** entre os processos civis da Europa ocidental. Este código, inspirado em uma concepção social, aumentou profundamente os poderes do juiz quanto à formação e à valorização das provas; praticamente aboliu as provas legais; impôs às partes as obrigações de esclarecer, de completar, de dizer a verdade, as quais estão claramente em função de uma moralização e socialização da conduta das partes no processo; atribuiu ao juiz todos os poderes e deveres considerados necessários para tornar a igualdade das partes no processo não apenas formal e aparente, mas efetiva e válida, assim não menos para o pobre, para o ignorante, para o mal defendido, que para o rico e para o erudito. O código austríaco, porém, não desligou o juiz do vínculo com a demanda da parte. Se a parte menos astuta, menos preparada, pior defendida, não tiver desde o início proposto a sua demanda da maneira mais adequada, ou adequadamente apresentado a sua defesa, o juiz austríaco, no curso do processo, poderá vir-lhe em ajuda propiciando-lhe a maneira de reparar e corrigir as lacunas e defeitos da sua demanda ou defesa. E para tal fim o juiz poderá e deverá sair da absoluta **passividade** ou do **neutralismo**, pois ambos resultam em privilégios e não em efetiva justiça, uma vez que não existe desigualdade maior do que aquele que tratar as desigualdades de modo igual⁵¹⁵.

⁵⁰⁹ Brasil, Código de Processo Civil, art. 467.

⁵¹⁰ Brasil, Código de Processo Civil, art. 366.

⁵¹¹ Brasil, Código de Processo Civil, art. 319.

⁵¹² Brasil, Código de Processo Civil, art. 495.

⁵¹³ Brasil, Código de Processo Civil, art. 2º.

⁵¹⁴ CRESCI SOBRINHO, E. *Op. cit.*, p. 182.

⁵¹⁵ CAPPELLETTI, Mauro. A ideologia no processo civil. *Revista Ajuris*. Porto Alegre: Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, n. 30, ano XI, p. 16-33, mar. 1984.

Para MARINONI, a participação mais efetiva do juiz no processo pode remediar o fato de que nem todos estão em igualdade de condições. A idéia de participação do juiz no processo está umbilicalmente ligada às idéias de democracia liberal e democracia social. É lógico e explicável que os processualistas influenciados pelas idéias liberais do século XIX não admitam a participação do juiz na instrução do processo, já que a desigualdade econômica e social, dentro da ótica liberal, não importa para a sua única e verdadeira igualdade, ou seja, a igualdade formal. Ademais, a redução do juiz a mero espectador da contenda judicial refletia os anseios que se concretizavam na própria noção de lei do Estado liberal, ou seja, da lei como expressão da vontade geral, a qual não podia conter discriminações em atenção às situações sociais⁵¹⁶.

Continuando, não se deve olvidar, ainda, dos prazos processuais que, descumpridos, podem fatalmente conduzir à injustiça. Não se quer, por óbvio, dizer que não sejam necessários. Evidentemente, há que serem obedecidos em função da celeridade do processo. No caso concreto, entretanto, muitas vezes podem conduzir à injustiça e à não-realização do direito da parte.

Outra regra que também impede a efetivação da justiça e o próprio acesso à justiça é a do art. 6º do Código de Processo Civil, que dispõe que ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei. Tal dispositivo revela nitidamente o caráter individualista do estatuto processual civil.

Menciona CAPPELLETTI que o problema básico dos direitos difusos é o de que, ou ninguém tem direito a corrigir a lesão a um interesse coletivo, ou o prêmio para qualquer indivíduo buscar essa correção é pequeno demais para induzi-lo a tentar uma ação⁵¹⁷.

Também podem ser arroladas neste elenco a obrigatoriedade da denunciação da lide⁵¹⁸, que, não realizada, impossibilita o direito de regresso do denunciante, e as

⁵¹⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil: o acesso à justiça e os institutos fundamentais do direito processual*. São Paulo: RT, 1993, p. 145.

⁵¹⁷ CAPPELLETTI, Mauro, GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 26. Alertamos para o fato de que o impedimento do acesso à justiça do art. 6º do Código de Processo Civil constitui apenas um exemplo. Evidentemente, o direito positivo encontra inúmeras outras regras de natureza processual que possibilitam o pleito de direito alheio em nome próprio. Nesse sentido, basta observar a legitimidade extraordinária do Ministério Público ou de outras instituições e entidades, conferida pelo Código de Defesa do Consumidor, Lei da Ação Civil Pública, Lei de Ação Popular e Estatuto da Criança e do Adolescente.

⁵¹⁸ Brasil, Código de Processo Civil, art. 70.

formalidades inerentes à interposição dos recursos judiciais, como, por exemplo, a observância do princípio da consumação.

Felizmente, a doutrina e a jurisprudência vêm amainando o dispositivo legal que trata da obrigatoriedade da denunciação da lide. Alguns, entendendo ser obrigatória a denunciação apenas nos casos dos incisos I e II do art. 70; outros, entendendo ser obrigatória no caso do inciso I tão-somente⁵¹⁹.

No que diz respeito aos recursos, de acordo com o princípio da consumação, adotado pelo atual sistema processual, uma vez exercido o direito de recorrer, consumou-se a oportunidade de fazê-lo, de sorte a impedir que o recorrente torne a impugnar o pronunciamento judicial já impugnado. No sistema do Código de Processo Civil de 1939, a parte poderia variar de recurso, desde que o fizesse dentro do prazo de interposição. O novo estatuto processual não reprisou o dispositivo do anterior. Entende, então, PORTANOVA que o fato de o código atual não ter reprisado dito dispositivo legal não constitui motivo suficiente para se optar por uma posição restritiva do direito que a parte tem de recorrer adequadamente, uma vez que os prazos para recursos são instituídos a favor das partes e não se consomem ante manifestação equivocada. O rigor formal, nesse caso, pode ferir de morte um direito maior: o direito de ação que se prolonga no direito de recorrer⁵²⁰.

Não se quer, por evidente, fazer apologia ao descumprimento das regras processuais. Elas são necessárias ao bom andamento do processo. O que se pretende, entretanto, é mostrar que há uma ideologia por detrás dos institutos processuais e que, à vista do caso concreto, a lei pode ser superada no intuito de se buscar a justiça.

Para OLIVEIRA, durante muito tempo o processo foi considerado como um instrumento de realização do direito material, cujas características eram a imparcialidade e a neutralidade. A ciência processual, acreditava-se, deveria estar afastada do meio social, voltada para a elaboração de princípios e categorias dotados de intrínseca validade, a salvo das influências do poder. Mas, dita neutralidade nada mais é do que uma aparência,

⁵¹⁹ Nesse sentido, conferir CARNEIRO, Athos Gusmão. *Intervenção de terceiros*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 70.

⁵²⁰ PORTANOVA, Rui. *Princípios do processo civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 276-277.

correspondendo à ideologia conservadora da qual a ciência jurídica extraiu os seus princípios informadores⁵²¹ no direito privado.

O processo, assim, tem a sua maneira de ser **perfeito**: é perfeito porque atende aos objetivos da ideologia dominante. Pode ser comparado, então, à perfeição do **diabo**, que é **perfeito por ser mau**, no dizer de Max Scheler referido por HESSEN⁵²².

O direito processual acabou por vir a exercer uma **tiranía** sobre os ramos do direito material, a ponto de sujeitar até mesmo as pretensões e ações de direito material a um tratamento uniforme, como ocorre no caso das ações executivas e mandamentais, que, sob a influência de Enrico Tullio Liebman, passaram a ser tidas simplesmente como condenatórias⁵²³, tendo alteradas, portanto, sua própria essência.

Os processualistas reduziram a apenas três as espécies de ações e sentenças, limitando-se àquelas que operam exclusivamente no mundo normativo, quais sejam as declaratórias, as constitutivas e as condenatórias, proclamando que tais eficácias são criadas pelo direito processual, independentemente da natureza dos respectivos direitos litigiosos que lhes caberia instrumentalizar. Tal enseja a conclusão de que uma ação seria constitutiva ou condenatória porque o legislador do processo assim o quer, e não em razão da respectiva pretensão de direito material de onde ela provém⁵²⁴.

Dito fenômeno decorre da ideologia liberal dominante, que inspirou os processualistas brasileiros. Para o espírito liberal-burguês, **jurisdição** significa apenas **declaração de**

⁵²¹ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Procedimento e ideologia no direito brasileiro atual. *Revista Ajuris*. Porto Alegre: Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, n. 33, ano XII, p. 79-85, mar. 1985.

⁵²² HESSEN, J. *Op. cit.*, p. 74.

⁵²³ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. São Paulo: RT, 1996, p. 47.

⁵²⁴ *Idem*, p. 179. Ver também GOMES, Fábio. *Carência de ação*. São Paulo: RT, 1999, p. 50. O legislador do processo não pode ter arbítrio para, por meio de critérios de simples conveniência, definir a eficácia das ações, alterar sua natureza ou suprimi-las do ordenamento jurídico. O advento da ação processual, decorrência da autonomia do processo, não substituiu a ação de direito material, pois ambas passaram a conviver juntas. Assim, o fato de o atual Código de Processo Civil não prever a ação de imissão de posse, prevista no estatuto processual de 1939, não significa que ela não mais exista ou que tenha sido transformada em demanda plenária ou, ainda, que tenha ganho eficácia condenatória – o que ensejaria posterior processo de execução –, já que a pretensão de direito material é de nítido caráter executivo. Nesse sentido ver BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Ação de imissão de posse*. 2. ed. São Paulo: RT, 1997, p. 94-143.

direitos, sendo que o juiz nada mais é do que a **boca da lei**⁵²⁵, sem qualquer poder de império, devendo sujeitar-se ao legislador⁵²⁶.

A doutrina tradicional brasileira, afirma GOMES, reforçou o império do positivismo, do legalismo e da ordinariedade, sustentáculos da ideologia serventuária de um sistema comprometido com a redução do poder do juiz⁵²⁷.

As chamadas **condições da ação**, propostas por Liebman, bem demonstram o comprometimento de sua doutrina com a redução do espectro da atividade jurisdicional, pois, para aceitá-las, ter-se-ia que criar uma atividade estatal de natureza diversa das três existentes – executiva, legislativa e judiciária -, a fim de enquadrar aquela exercida pelo juiz ao decidir sobre as condições da ação⁵²⁸. Isso porque, para Liebman, a jurisdição é concebida como a atividade do Judiciário que realiza a ordem jurídica mediante a aplicação do direito objetivo às relações humanas intersubjetivas. E essa realização só seria conseguida pela decisão de mérito⁵²⁹.

A ciência do processo civil, segundo BAPTISTA DA SILVA, nasceu irremediavelmente comprometida com os ideais do liberalismo político do século XIX: ao mesmo tempo em que lhe cabia oferecer às partes um procedimento suficientemente amplo, capaz de assegurar ao cidadão-litigante a plenitude de defesa em juízo e ao Estado condições para que o magistrado decidisse com a segurança que o exaustivo tratamento probatório do conflito lhe daria, o procedimento haveria de esgotar as possíveis questões litigiosas, de modo a assegurar, para sempre, com a máxima amplitude da coisa julgada, por tal modo obtida, o

⁵²⁵ MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *O espírito das leis: as formas de governo, a federação, a divisão dos poderes, presidencialismo versus parlamentarismo*. Tradução de Pedro Vieira Mota. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 27.

⁵²⁶ A afirmação de que o Juiz nada mais é do que a **boca da lei** não encontra mais guarida hoje em dia. Até mesmo os positivistas dizem que o Juiz é um cúmplice na elaboração da norma. Nesse sentido, Kelsen e Hart deram grande contribuição. Kelsen não deixa de reconhecer a diferença entre lei e direito. Quanto ao problema da justiça, Kelsen propõe delimitar o direito no que diz respeito ao valor. Não quer, porém, eliminar toda e qualquer consideração ética do direito. Isso porque ele mesmo sente necessidade de infringir a enumeração pura de valores de justiça para escolher um valor ou uma interpretação. KELSEN, H. *O problema da justiça*, p. XIV-XXXII. Hart, por sua vez, supera a tensão entre dogmática jurídica e sociologia. Confere papel central ao intérprete, afirmando que o poder discricionário que lhe é deixado pela linguagem pode ser muito amplo. A conclusão do raciocínio judicial, assim, na verdade constitui uma escolha. A textura aberta do direito significa que há, na verdade, áreas de conduta em que muitas coisas devem ser deixadas para serem desenvolvidas – decididas – pelos tribunais e juizes, que determinam o equilíbrio, à luz das circunstâncias, entre interesses conflitantes que variam em peso, de caso para caso. HART, H. L. A. *Op. cit.*, p. 140-148. Ver também ROCHA, L. S. *Op. cit.*, p. 28-29.

⁵²⁷ GOMES, F. *Op. cit.*, p. 53.

⁵²⁸ *Idem*, p. 45-46.

⁵²⁹ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Estudos sobre o processo civil brasileiro*. São Paulo: Bushatsky, 1966, p. 128.

resultado prático alcançado pelo litigante vitorioso. Essas virtudes da ordinariedade somar-se-iam ao pressuposto racionalista determinante da submissão do juiz ao poder político⁵³⁰.

A crítica estende-se, portanto, também ao processo de conhecimento.

O direito, diz BAPTISTA DA SILVA, como qualquer outra manifestação do espírito, no domínio da criação científica, ou em qualquer outra expressão cultural, é função de ideologias comunitárias dominantes, ou ao menos por estas em grande medida influenciadas. Assim, o processo de conhecimento, instituição forjada sob o pressuposto da separação de poderes entre sociedade e Estado, concebido para impedir a criação jurisprudencial do direito, não consegue mais servir a uma sociedade de massas, sacudida permanentemente por conflitos ideológicos profundos e por constantes transformações sociais e políticas⁵³¹.

Não há como uma instituição processual criada para uma sociedade que emergia das convulsões sociais do começo da Idade Moderna, para quem o valor supremo era a segurança, depois afinal conseguido pelo mundo de progresso e tranquilidade que caracterizou a sociedade europeia do século XIX, servir agora para uma sociedade tangida pela pressa, profundamente conflituosa, para a qual o sucesso, segundo a moral calvinista, é o único valor positivo⁵³².

É por isso que, como qualquer lógica absolutizante, que se construa sobre rígidos silogismos, particularmente quando esse tipo de lógica se aplique às ciências sociais, o processo de conhecimento estará fadado ao insucesso sempre que as situações sociais sofram modificações profundas⁵³³.

3.3.2. A teoria do valor na prática judiciária

O legislador, menciona CARVALHO, através do comando da lei preceitua genericamente. A ele é impossível prever a totalidade dos casos em particular. A lei, como comando geral e abstrato, por melhor que seja, pode levar à injustiça no caso concreto. Então,

⁵³⁰ BAPTISTA DA SILVA, O. A. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*, p. 164.

⁵³¹ *Idem*, p. 202.

⁵³² *Idem, ibidem*.

⁵³³ *Idem, ibidem*.

neste caso, é obrigação do Judiciário corrigir a situação não prevista ou mal-prevista⁵³⁴ e realizar o valor justiça.

Um exemplo pode ser trazido à colação:

A ingressou em juízo com ação de indenização contra *B* por ter adquirido deste um veículo com defeito no motor. A causa processou-se junto ao juizado especial cível. Na ocasião da audiência preliminar, foi o demandante orientado a trazer testemunhas para que pudesse provar o defeito do motor do veículo. Ao realizar-se a audiência de instrução e julgamento, compareceu *A* desacompanhado das testemunhas essenciais ao esclarecimento do fato, ou seja, dos mecânicos que examinaram o automóvel. Questionado acerca do porquê de não ter se feito acompanhar dos mecânicos, o autor, agricultor, pessoa simples, residente no interior do município, sem maior cultura e conhecimento, disse não saber que mecânico podia ser testemunha. O depoimento do demandante, então, ensejou a seguinte situação: ou se considera a regra da preclusão e o autor não consegue provar o fato constitutivo do seu direito; ou se dá uma nova chance à parte, designando nova audiência, para que possa produzir a prova. No caso, diante do impasse e das circunstâncias fáticas, o juiz entendeu por bem designar nova audiência, contra o que se irresignou a parte contrária, que seria beneficiada. Gize-se que a posição sócio-cultural dos litigantes era desigual, pois o réu, comerciante, morador do centro da cidade, a par de ter trazido documentação própria e juntado aos autos, embora não fosse graduado em direito, era filho de advogado e esposo de advogada, sendo pessoa esclarecida e conhecedora da lei. Na instrução, por meio de testemunhas idôneas - entre elas os mecânicos -, ficou provado que o motor apresentava desgaste no momento anterior à venda e que tal comprometia sua utilização. A sentença, utilizando-se de critérios de equidade, reconhecendo o defeito, julgou parcialmente procedente a demanda e condenou o réu a pagar ao autor valor inferior ao pleiteado, mas com o qual o próprio autor concordava. Houve recurso por parte do demandado e a Turma Recursal confirmou a decisão⁵³⁵. Segundo o estudo que redigimos, fez-se justiça no caso concreto.

⁵³⁴ CARVALHO, Amilton Bueno de. A lei. O juiz. O justo. *Revista Ajuris*. Porto Alegre: Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, n. 39, ano XIV, p. 132-152, mar. 1987.

⁵³⁵ PORTO ALEGRE. Primeira Turma Recursal do Juizado Especial Cível. Recurso n. 71000061739. Tucunduva. Recorrente: C. A. S. Recorrido: N. E. A. Relator: Paulo Roberto Félix. Acórdão de 24 de fevereiro de 2000.

Embora a singeleza do caso, algumas observações podem ser feitas à luz do fato discutido visando a uma tentativa de constatação e aplicação da teoria dos valores na situação concreta.

Salienta-se, em primeiro lugar, que o impasse gerado quanto a respeitar ou não a preclusão constitui aquilo que HESSEN chama de **momento trágico da cultura** ou **tragédia da cultura**⁵³⁶.

Na chamada **tragédia da cultura**, há um jogo de forças que se debatem no caso concreto e que dão causa a relações conflituosas e antinomias que cabem ao agente ético - no caso o juiz - decidir.

Segundo ATIENZA, um caso pode ser considerado trágico quando, com relação a ele, não se pode encontrar uma solução que não sacrifique algum elemento essencial de um valor considerado fundamental do ponto de vista jurídico e/ou moral. A adoção de uma decisão em tais hipóteses não significa enfrentar uma simples alternativa, mas um dilema⁵³⁷.

No caso acima referido, pode-se falar, conforme já mencionado, em **momento trágico do processo**, pois este - o processo - também é objeto cultural e, como tal, portador de valores.

O **trágico** fez-se presente quando o juiz teve de decidir ou pela justiça ou pela segurança. O **trágico** implicou um **sim** à justiça e acarretou um **não** à lei. Evidentemente, o traço apresentado com a decisão não foi um **traço sombrio**, mas um **traço luminoso**, como refere HESSEN⁵³⁸, já que realizado o valor ético predominante.

O exemplo demonstra, portanto, que, se tivessem sido observados o instituto da preclusão e o princípio da concentração dos atos, o valor justiça - valor ético -, em nome dos valores segurança e celeridade processual, conferidos pela forma processual e pela legalidade - valor lógico/ideológico -, não teria sido alcançado.

Só o foi porque, durante o curso do processo e na prolação da sentença, o juiz - agente ético -, em contato com a situação fática, **sentiu** o problema - consciência moral -, superou a

⁵³⁶ HESSEN, J. *Op. cit.*, p. 257.

⁵³⁷ ATIENZA, Manuel. *As razões do direito: teorias da argumentação jurídica*. Tradução de Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy, 2000, p. 335.

⁵³⁸ *Idem, ibidem*.

lei - meio ético - e deu preferência ao valor justiça - valor ético - em detrimento dos demais - fim ético⁵³⁹.

Uma decisão que meramente respeitasse a forma desconheceria a ordem dos valores, fazendo com que um valor relativo – segurança - tomasse o lugar de um valor que pode ser considerado absoluto - justiça. Nesse caso, poder-se-ia falar em **divinização do processo** – o processo é um **bem terreno** -, cuja conseqüência seria o desaparecimento do verdadeiro bem⁵⁴⁰. Seria o culto aos valores inferiores; o culto a um **ídolo**, e não aos valores verdadeiros.

Gize-se que, em nome do valor segurança, ergueram-se, na história dos povos, monumentos à tirania e ao imobilismo social, pois há uma imagem de segurança desenhada pela violência e pela dominação. A segurança deve ser apenas uma decorrência natural de normas justas e úteis ao invés de um mito que deva ser assegurado a qualquer preço e em qualquer situação⁵⁴¹.

Destruir os falsos ídolos, que são os valores mais venerados pelo homem moderno, assumindo o risco de pensar novos valores e abrir novos horizontes para a experiência humana na história, foi uma das tarefas empreendidas por Nietzsche, afirma GIACOIA JUNIOR⁵⁴².

CAPPELLETTI, recordando os ensinamentos de Calamandrei, lembra que, em muitas ocasiões, a motivação verdadeira, real, efetiva de uma sentença não é completamente revelada na fundamentação da decisão do juiz, mas encontra-se em outras inclinações do ânimo do julgador, que podem estar mais ou menos ocultas. O **sentimento** do juiz depende, assim, de

⁵³⁹ Não se pode olvidar que, quando se fala em vinculação do Juiz à moral, queremos dizer que o Juiz é vinculado moralmente ao Estado Democrático de Direito e à justiça com valor interno do direito, já que o Estado de Direito tem como escopo a plasmação a nível normativo de valores fundamentais para a pessoa humana, dentre os quais desponta o valor justiça. Ver CADEMARTORI, Sérgio. *Estado de direito e legitimidade: uma abordagem garantista*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 175. Conferir também FERRAJOLI, L. *Op. cit.*, p. 89-109.

⁵⁴⁰ Observe-se que não estamos, à evidência, tratando do desaparecimento de um **bem divino**, mas de um bem – no caso o valor ético do justo – que tem alto grau de respaldo na escala hierárquica proposta por Hessen e adotada no presente trabalho. Gize-se, também, em tempo, que não levamos em consideração no presente estudo os valores do Santo, já que, em se tratando de uma abordagem jurídica, não nos cabe – respeitado entendimento contrário – abordar ditos valores, estabelecendo, portanto, apenas uma hierarquização entre valores éticos, estéticos, lógicos, ideológicos e retóricos; estes de maneira não tão explícita, mas de igual forma abordados no corpo do texto. Para uma melhor análise dos valores religiosos ou do Santo conferir VELOSO, Dom Eurico dos Santos. *Fundamentos filosóficos dos valores no ensino religioso*. Petrópolis: Vozes, 2001. Optamos, portanto, nesse aspecto, parafraseando Scheler, em calar-se sobre a “*conciliação do conteúdo das próprias idéias metafísicas sobre Deus, o mundo e o homem*”. SCHELER, Max. *Visão filosófica do mundo*. Tradução de Regina Winberg. São Paulo: Perspectiva, p. 129.

⁵⁴¹ MELO, O. F. *Op. cit.*, p. 122.

⁵⁴² GIACOIA JUNIOR, O. *Op. cit.*, p. 17.

outros fatores: a simpatia, a antipatia por uma parte ou por uma testemunha; a inclinação para um determinado tipo de exegese da lei; o interesse ou desinteresse por determinadas questões jurídicas; afetos, tendências, ódios, rancores, convicções, etc. Enfim, depende de todas as variações do espírito humano⁵⁴³.

O ato decisório chama-se sentença justamente porque vem de **sentir**. Assim, segundo CARVALHO, o que se pretende é que o juiz, diante do caso concreto, expresse o que dele sente e, diante desse sentimento, defina a situação. Do confronto entre as falibilidades do juiz e do legislador, é menos danoso que se fique com as do juiz, que está próximo das partes e tem uma visão do momento concretizado, e não da situação abstrata⁵⁴⁴.

Pode-se dizer, então, que, no momento decisivo, seja durante o curso do processo ou na prolação da sentença, o juiz deve colocar em atividade o seu **órgão axiológico**, o seu **sentir especial**, que é um misto de **conhecer** e **sentir**, uma combinação de intelectualidade e emocionalidade⁵⁴⁵, a fim de realizar os valores preponderantes.

O processo, alerta TEIXEIRA, não é um fim em si mesmo. A instrumentalidade o coloca em sua verdadeira trilha: é um meio. Assim, deve-se repudiar o apego ao fetichismo das formas sacramentais evitando-se os males do **exagerado processualismo**⁵⁴⁶, que, embora possa demonstrar intelectualidade e/ou logicidade, muitas vezes não propicia a solução mais justa.

Recentemente, a Câmara Especial Criminal do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em ilustrada decisão⁵⁴⁷, deferiu autorização para que fosse realizado o aborto de um feto,

⁵⁴³ CAPPELLETTI, M. A ideologia no processo civil, p. 16-33.

⁵⁴⁴ CARVALHO, A. B. *Op. cit.*, p. 132-152.

⁵⁴⁵ HESSEN, J. *Op. cit.*, p. 146.

⁵⁴⁶ TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. A efetividade do processo e a reforma processual. *Revista Ajuris*. Porto Alegre: Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, n. 59, ano XX, p. 253-268, nov. 1993.

⁵⁴⁷ PORTO ALEGRE. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. *Aborto. Pedido de autorização judicial para interrupção terapêutica de gestação. Indeferimento do pedido pelo Juiz criminal, em primeiro grau. Interposição de apelação criminal e, concomitantemente, de agravo de instrumento, visando à obtenção da medida antes do julgamento da apelação, deferida pelo Relator e confirmada pela Câmara. O processo não é um fim em si mesmo, é instrumento à realização do direito, aliando-se à situação exposta, que é realmente gravíssima e não pode esperar o procedimento atinente à apelação criminal. Se, do ponto de vista médico, não há outra alternativa, senão a interrupção terapêutica da gestação, cabe ao juiz equacionar diante das circunstâncias únicas do caso e, juridicamente, encontrar solução, tanto para conhecimento do recurso, à falta de recurso adequado, como para seu julgamento, uma e outra vinculadas, no caso concreto, ao valor prevalecente da saúde e da vida da gestante. Estudos médicos que demonstram a procedência do pedido e enfatizam a existência de sério risco à vida da gestante, além do estado do concepto, cuja saúde não se pode cientificamente estabelecer devido às múltiplas malformações, nem sua vida salvar, lamentavelmente. A existência de perigo atual à saúde da gestante e, para mais disso, de risco iminente à sua vida, em maior ou menor grau, são bastantes em si à caracterização da pessoa da gestante, caso não haja interrupção natural da*

cujo diagnóstico dava conta de malformação - aborto eugênico não permitido pela lei penal. A par do estado do feto, o que comprometeria sua vida, havia perigo também à gestante, sendo o aborto o único meio de resguardo da sua pessoa.

Veja-se que, no caso, a dogmática penal dava uma saída ao julgador: o aborto terapêutico para salvar a vida da gestante, uma vez que estava caracterizado o estado de necessidade. Importa ressaltar, entretanto, não a decisão em si, mas a forma pela qual o pedido para realização do aborto chegou a ser conhecido e decidido pelo Tribunal.

O pedido fora distribuído ao juízo criminal de primeiro grau tendo sido indeferido, uma vez que este entendeu tratar-se apenas de aborto eugênico, impossível juridicamente. Da decisão do juízo monocrático, concomitantemente, houve apelação e agravo de instrumento visando à reforma da decisão dada à gravidade e urgência da situação. Embora não existindo no processo penal previsão específica quanto à possibilidade de se utilizar o agravo de instrumento, o relator conheceu do recurso e deferiu a medida pleiteada.

Um dos argumentos utilizados pelo magistrado foi o de que o processo não é um **fim em si mesmo** e que a situação não poderia esperar o deslinde da apelação em razão de sua urgência e da gravidade do caso. Diante do caso concreto, portanto, os valores saúde e vida da gestante prevaleceram sobre a ausência de previsão legal do recurso, sendo contornada a situação fática.

Outra questão que aflora quando se trata da realização do valor justiça é a da apreciação da prova, que é de suma importância na atividade judicial. Como já referido, há dispositivos legais que tarifam a prova, não permitindo, por exemplo, que determinados fatos sejam provados por meio de prova puramente testemunhal. Exemplo do que se afirma pode ser encontrado na legislação previdenciária, pois o art. 55, § 3º, da Lei 8.213/91, impede o reconhecimento do tempo de serviço por meio de prova exclusivamente testemunhal. A jurisprudência, entretanto, vem conseguindo contornar o problema, entendendo que cabe ao

gestação. Em medida ou proporção adequada, deve-se exigir a existência de perigo sério à vida da gestante, entretanto, não a ponto de exigir que lhe seja iminente ou quase atual a própria morte, porque já então poderá ser tardia qualquer intervenção médica. Conhecimento e provimento do recurso. Agravo de instrumento n. 70002099836. Agravado: Ministério Público. Relator: Carlos Cini Marchionatti. Acórdão de 9 de março de 2001.

Juiz, diante do caso que lhe é submetido, valorar a prova e reconhecer ou não o tempo de serviço⁵⁴⁸.

Nesses casos deve ser levado em consideração que a restrição legal pode afetar a busca do direito justo. Além disso, o acesso ao judiciário, em princípio, proíbe provas obtidas por meios ilícitos, não podendo a legislação ordinária, porém, restringir meios lícitos, tais como a prova testemunhal, uma vez que a Constituição, voltada para a verdade real, não faz qualquer restrição aos meios de prova.

Nesse sentido, entendeu o Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Luiz Vicente Cernicchiaro, atento à situação concreta, que a prova testemunhal é constitucionalmente consentida, decidindo pela possibilidade de ser acatada para comprovação do tempo de serviço. O bóia-fria, diz Cernicchiaro, é um pária jurídico, pois não tem acesso à casa própria, a automóvel, à farmácia, à escola, a emprego estável, ficando, sem dúvida, à margem da sociedade. Em se conferindo interpretação literal ao referido art. 55, negar-se-lhe-á acesso até à previdência social, substancialmente voltada para as classes menos favorecidas⁵⁴⁹.

Há outros exemplos que também podem ser analisados à luz da teoria dos valores. Nestes casos, porém, não parece ter sido observada a hierarquia dos valores proposta por Hessen.

No Rio Grande do Sul, uma criança com AIDS precisava de remédio. Advogado impetrou mandado de segurança e o juiz deferiu. O Estado interpôs recurso para impedir a

⁵⁴⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *PREVIDENCIÁRIO. RURÍCOLA (BÓIA-FRIA). APOSENTADORIA POR VELHICE. PROVA PURAMENTE TESTEMUNHAL. NÃO CONHECIDO PELA ALÍNEA A DO AUTORIZATIVO CONSTITUCIONAL. I – Rurícola, alegando que trabalhou anos a fio como “bóia-fria”, ajuizou ação pedindo sua aposentadoria por velhice (CF, art. 202, I). O juiz – e em suas águas o tribunal a quo – julgou procedente seu pedido, não obstante ausência de prova ou princípio de prova material (Lei n. 8.213/91, art. 55, § 3º). II – A Previdência, após sucumbir em ambas as instâncias, recorreu de especial (alínea a do art. 105, III, da CF). III – O dispositivo infraconstitucional que não admite “prova exclusivamente testemunhal” deve ser interpretado cum grano salis (LICC, art. 5º). Ao juiz, em sua magna atividade de julgar, caberá valorar a prova, independentemente de tarifação ou diretivas infraconstitucionais. Ademais, o dispositivo constitucional (art. 202, I), para o “bóia-fria”, se tornaria praticamente ineficaz, pois dificilmente alguém teria como fazer a exigida prova material. IV – Recurso especial não conhecido pela alínea a do autorizativo constitucional. Recurso Especial n. 45.613-4, de São Paulo. Recorrente: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS. Recorrido: Lenira Maria da Silva. Relator: Min. Adhemar Maciel. Acórdão de 26 de abril de 1994.*

⁵⁴⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *RESP – PREVIDENCIÁRIO – APOSENTADORIA – TEMPO DE SERVIÇO – PROVA TESTEMUNHAL – A Constituição da República admite qualquer espécie de prova. Há uma restrição lógica: a obtida por meio ilícito (art. 5º, LVI). Note-se: integra o rol dos Direitos e Garantias Fundamentais. Evidente a inconstitucionalidade da Lei 8.213/91 (art. 55, § 1º) que veda, para a comprovação de tempo de serviço, a prova exclusivamente testemunhal. A restrição afeta a busca do Direito Justo. O S.T.J. entende em sentido contrário. Por política judiciária, ressalvado o entendimento pessoal, venho subscrevendo a tese majoritária. Recurso Especial n. 80.352, de São Paulo. Recorrente: Instituto Nacional de Seguro Social –*

entrega do remédio, alegando, para tanto, perigo na demora a favor dele – Estado. No segundo grau de jurisdição, o relator da matéria deferiu o pedido do Estado e sustou o fornecimento do remédio. Um dos argumentos usados pelo relator, calcado em conhecido constitucionalista pátrio, dava conta de que, onde o artigo 196 da Constituição Federal diz que a saúde é um dever do Estado, não se pode ler obrigação⁵⁵⁰.

Em caso similar, o Superior Tribunal de Justiça negou a auto-aplicabilidade do artigo 196 da Constituição Federal dizendo que normas meramente programáticas protegem um interesse geral, mas não conferem a sua satisfação antes que o legislador cumpra o dever de complementá-las com a legislação integrativa⁵⁵¹.

Antes de mais nada, cumpre salientar que respeitamos os entendimentos esposados nas decisões supra, mas com eles não se concorda diante da **escala de valores** que se pretende demonstrar no presente trabalho.

A primeira observação que se pode fazer, então, com relação às decisões acima referidas é a de que o Judiciário transfigurou o conflito concreto em termos jurídicos e juridicamente decisíveis, resolvendo o **conflito jurídico**, mediante o artifício do **deslocamento ideológico discursivo**, mas não o **conflito social**⁵⁵².

Dita forma de interpretação é prática corrente e ocorre de maneira difusa entre os operadores do direito. Os juristas, mediante a utilização da retórica e de recursos como a **vontade do legislador**, a **busca da *mens legis***, a **não-auto-aplicabilidade da norma constitucional**, etc., tentam transmitir uma idéia de que estão efetivamente buscando o **real** sentido do texto jurídico⁵⁵³ para decidir os casos que lhes são submetidos à apreciação.

Tal idéia, entretanto, é apenas aparente, sendo que, na prática, ditos recursos nada resolvem, uma vez que os valores éticos predominantes, tais como a vida, justiça social, etc., assegurados pelo texto constitucional, são transpostos a um nível inferior na hierarquia axiológica: passam a predominar os valores lógicos⁵⁵⁴ em detrimento dos valores éticos.

INSS. Recorrido: Nair Salustiana Resende. Relator: Min. Luiz Vicente Cernicchiaro. Acórdão de 06 de fevereiro de 1996.

⁵⁵⁰ STRECK, L. L. *Op. cit.*, p. 200.

⁵⁵¹ *Idem*, p. 201.

⁵⁵² *Idem*, p. 200.

⁵⁵³ *Idem*, p. 201.

⁵⁵⁴ Pelo raciocínio puramente lógico, por exemplo, é possível dizer que o **artigo 196 da Constituição Federal não confere direito subjetivo individual**; ou onde se lê **dever não se pode ler obrigação**; ou ainda a norma é

NIETZSCHE, ao tratar da intelectualidade, da verdade e da mentira, afirma que o **mentiroso** usa as designações válidas, as palavras, para fazer aparecer o não-efetivo como efetivo; ele diz, por exemplo: **sou rico**, quando para seu estado seria precisamente **pobre** a designação correta. Ele faz mau uso das firmes convenções por meio de trocas arbitrárias ou mesmo inversões dos nomes⁵⁵⁵.

O homem, assim, tem uma propensão invencível a deixar-se enganar⁵⁵⁶. Pode-se dizer, então, que o jurista, que é humano, mente segundo uma convenção sólida, **mente em rebanho**, em um **estilo obrigatório para todos**, como diz o **pensador de nossas angústias**⁵⁵⁷.

Isso porque os juristas de profissão, afirma WARAT, encontram-se condicionados em suas práticas cotidianas por um conjunto de representações, noções, metáforas e preconceitos valorativos e teóricos, que governam seus atos, decisões e atividades⁵⁵⁸.

O **sentido comum teórico** dos juristas é um complexo de saberes acumulados, apresentados pelas práticas jurídicas institucionais; expressa, assim, um conjunto de representações funcionais provenientes de conhecimentos morais, teológicos, metafísicos, estéticos, políticos, epistemológicos, profissionais e familiares que os juristas aceitam em suas atividades através da dogmática jurídica, da teoria geral do direito e da filosofia do direito⁵⁵⁹.

Esse sentido comum teórico funciona como um legitimador do discurso produzido pelo Judiciário, pelas escolas de direito, pelo Legislativo e pela Administração Pública, abarcando todo o conhecimento institucionalmente privilegiado, incluindo sua ideologia e todo o saber acumulado ao alcance dos juristas, que tratam de imprimir um caráter científico ao seu discurso teórico⁵⁶⁰.

FARIA lembra que, no exercício de suas funções judicantes, a magistratura forjou a partir do Estado liberal uma cultura técnica própria que, hoje, revela-se em descompasso com a realidade. Resultante da dogmatização de princípios como os da imparcialidade política e da

programática e como tal não confere sua satisfação antes que o legislador cumpra o dever de complementá-la com a legislação integrativa; etc.

⁵⁵⁵ NIETZSCHE, F. W. *Op. cit.*, p. 54.

⁵⁵⁶ *Idem*, p. 59.

⁵⁵⁷ *Idem, ibidem*. O termo **pensador de nossas angústias** é utilizado por GIACOIA JUNIOR ao definir Nietzsche. GIACOIA JUNIOR, Oswaldo. *Nietzsche*. São Paulo: Publifolha, 2000, p. 12.

⁵⁵⁸ WARAT, Luís Alberto. O sentido comum teórico dos juristas. In: José Eduardo Faria (org.). *A crise do direito numa sociedade em mudança*. Brasília: Universidade de Brasília, 1988, p. 31-42.

⁵⁵⁹ *Idem, ibidem*.

neutralidade axiológica, essa cultura propiciou ao Judiciário uma forma particular de auto-conhecimento, baseada num intrincado conjunto de categorias e conceitos que o definem como um poder basicamente declarativo e reativo⁵⁶¹.

Repetido por sucessivas gerações de juízes e aperfeiçoado pelos intelectuais orgânicos do Estado liberal, que tradicionalmente encaram as normas abstratas, gerais e impessoais do direito positivo como **emanação da vontade racional de homens livres**, esse conjunto de categorias e conceitos valoriza o Judiciário como um poder soberano e independente⁵⁶².

Ocorre que esse **auto-conhecimento**, segundo FARIA, produziu um outro efeito: o processo pelo qual o discurso institucional se tornou evidente e transparente para o interior da instituição fez com que ele se tornasse hermético, cifrado, esotérico para a sociedade exterior à instituição. O discurso do auto-conhecimento, que abriu canais no interior da instituição, fechou os canais por que a sociedade exterior poderia ter acesso à instituição⁵⁶³.

Esse **fechamento estrutural** do Judiciário passou a ser um grave problema e sua função passa a ser posta em questão, uma vez que a crescente tensão e a explosão de conflitos coletivos no âmbito de uma sociedade marcada pelas desigualdades regionais e pelo fracasso das políticas públicas fragilizam o discurso institucional do Judiciário⁵⁶⁴.

As considerações de BELLINETTI são pertinentes: via de regra, todo governo autocrático procura hipotrofiar o Judiciário, impingindo um agnosticismo axiológico às atividades jurisdicionais. Com isso, garante a **justiça formal** e a eficácia das leis que edita para supeditar o modelo social e a pretensão do monopólio do poder, criando a falsa idéia de legitimidade que a grande maioria, oprimida e desinformada, ingenuamente consome no seu dia a dia. Um exemplo clássico disso são os países que possuem Constituições magníficas, recheadas de elementos do mais alto significado humano e social, mas que sempre, em função da própria estrutura constitucional utilizada, necessitam de complementos legais hierarquicamente postergados para **um momento mais propício**. Na prática, pois, funcionam apenas como figura de retórica para iludir a grande massa e relaxar as sempre existentes tensões sociais. Para que isso funcione, é evidente a necessidade de que os responsáveis pela

⁵⁶⁰ *Idem, ibidem.*

⁵⁶¹ FARIA, José Eduardo. As transformações do Judiciário em face de suas responsabilidades sociais. In: FARIA, José Eduardo (org.). *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 52-67.

⁵⁶² *Idem, ibidem.*

⁵⁶³ *Idem, ibidem.*

⁵⁶⁴ *Idem, ibidem.*

atividade jurisdicional professem o já referido agnosticismo axiológico. É a figura do julgador que, convicto de que sua atividade é meramente intelectual, reconheça a justiça intrínseca do preceito constitucional, mas declara a impossibilidade de sua aplicação face à não-existência do complemento legal, que ele não poderia suprir⁵⁶⁵.

Cabe ao **discurso crítico** e à axiologia, entretanto, intervirem no **sentido comum teórico** para desarticular todos os efeitos que freiam o impulso de superação e desenvolvimento do direito, não esquecendo, porém, que o **discurso crítico** não pode ter nenhuma pretensão de completude, porquanto deve estar sempre em processo de reelaboração⁵⁶⁶.

As normas programáticas, mantendo um formalismo de fachada, possibilitam uma discricionariedade administrativa e uma politização das reivindicações jurídicas que estão a exigir do magistrado uma versatilidade e uma formação profissional incompatíveis com o que lhe é ensinado nas faculdades de direito⁵⁶⁷.

Daí que abrir-se o Judiciário a uma visão multidisciplinar do direito e da vida é *conditio sine qua non* para a consolidação de um Estado social.

Afirma CAMPILONGO que o sistema de valores inerente à função judiciária no Estado liberal é marcado pela ideologia da fidelidade à lei. A rígida delimitação da competência do sistema judicial – marcadamente distinta da competência administrativa e legislativa – reforça a imagem doutrinária do juiz técnico, esterilizado politicamente e que faz adjudicação de um silogismo capaz de garantir, dogmaticamente, a certeza do direito⁵⁶⁸.

A nova imagem do juiz, porém, deve ser a de um sujeito ativo do processo político; papel esse que exige do julgador posturas muitas vezes incompatíveis com o rigor formalista. O desafio do Judiciário, no campo dos direitos sociais, é o de conferir eficácia aos programas de ação do Estado, isto é, às políticas públicas, controlando a constitucionalidade e o caráter democrático das regulações sociais⁵⁶⁹.

⁵⁶⁵ BELLINETTI, L. F. *Op. cit.*, p. 104.

⁵⁶⁶ WARAT, L. A. *Op. cit.*, p. 31-42.

⁵⁶⁷ CAMPILONGO, Celso Fernandes. Os desafios do judiciário: um enquadramento teórico. In: FARIA, José Eduardo (org.). *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 30-51.

⁵⁶⁸ *Idem, ibidem*.

⁵⁶⁹ *Idem, ibidem*. O Poder Judiciário deve romper com a tradição do formalismo. Há necessidade de uma interpretação constitucional material-valorativa, pois o Judiciário tem o papel de um arquiteto social com grande influência na implementação das políticas sociais. Nesse sentido ver: KRELL, Andreas J. Controle judicial dos serviços públicos básicos na base dos direitos fundamentais sociais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *A*

Exemplo do que se afirma encontra-se em decisão do Judiciário gaúcho que condenou o Estado do Rio Grande do Sul a instalar uma casa de internação para adolescentes na comarca de Santo Ângelo. A sentença e o acórdão afastaram as alegações de que o Judiciário se estaria imiscuindo na seara administrativa e violando os critérios de discricionariedade, oportunidade e conveniência da Administração Pública, que se mantinha omissa mesmo diante de previsão legal no sentido de que assim deveria proceder⁵⁷⁰.

O magistrado deve atuar ativamente no processo de afirmação da cidadania e da justiça substantiva. Assim, **aplicar o direito** tende a configurar-se apenas num resíduo da atividade judiciária, agora também combinada com a escolha de valores e aplicação de modelos de justiça. O juiz, portanto, não aparece mais somente como o **responsável pela tutela dos direitos e das situações subjetivas**, mas como um dos titulares da distribuição de recursos e da construção de equilíbrios entre interesses supra-individuais⁵⁷¹.

Como já foi demonstrado, a intelectualidade deve ser aliada à sensibilidade axiológica para que as decisões possam ser instrumento de realização dos mais altos valores. Tomar emprestada a teoria tridimensional do direito pode ser a via para uma correta apreciação e realização dos valores de acordo com suas escalas hierárquicas.

Não se pode perder de vista, também, que o Judiciário, por tudo o que foi afirmado, tem uma dimensão política que não pode ser desconsiderada, pena de lhe ser suprimida sua visão valorativa do direito⁵⁷².

Constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 25-60. No mesmo sentido, SARLET, para quem o Judiciário encontra-se vinculado no âmbito das funções positiva e negativa da eficácia vinculativa dos direitos fundamentais. SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 331.

⁵⁷⁰ PORTO ALEGRE. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. *Ação civil pública. Adolescente infrator.* Art. 227, caput, da Constituição Federal. Obrigação de o Estado-membro instalar e manter programas de internação e semiliberdade para adolescentes infratores. 1. Descabimento de denúncia da lide a União e ao Município. 2. Obrigação de o Estado-membro instalar (fazer obras necessárias) e manter programas de internação e semiliberdade para adolescentes infratores, para o que deve incluir a respectiva verba orçamentária. Sentença que corretamente condenou o Estado a assim agir, sob pena de multa diária, em ação civil pública proposta pelo Ministério Público. Norma constitucional expressa sobre a matéria e de linguagem por demais clara e forte, a afastar a alegação estatal de que o Judiciário estaria invadindo critérios administrativos de conveniência e oportunidade e ferindo regras orçamentárias. Valores hierarquizados em nível elevadíssimo, aqueles atinentes a vida e a vida digna dos menores. Discricionariedade, conveniência e oportunidade não permitem ao administrador se afaste dos parâmetros principiológicos e normativos da Constituição Federal e de todo o sistema legal. 3. Provimento em parte, para aumentar o prazo de conclusão das obras e programas e para reduzir a multa diária. Apelação cível n. 596017897. Santo Ângelo. Apelante: Estado do Rio Grande do Sul. Apelado: Ministério Público. Relator: Sérgio Gischkow Pereira. Acórdão de 12 de março de 1997.

⁵⁷¹ CAMPILONGO, C. F. *Op. cit.*, p. 30-51.

⁵⁷² PUGGINA, Márcio Oliveira. Deontologia, magistratura e alienação. *Revista Ajuris.* Porto Alegre: Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, n. 59, ano XX, p. 169-198, nov. 1993.

O direito - fato, valor e norma - realiza-se em dois momentos sucessivos: o momento da criação da norma e o momento de sua aplicação, que pode ser espontânea ou por meio da função jurisdicional⁵⁷³.

No primeiro momento, o legislador tem diante de si os fatos sociais; valora alguns em detrimento de outros e emite um juízo de valor que se vai consubstanciar na norma jurídica. Este juízo de valor é um juízo político a serviço de um legislador que não é neutro e é politicamente comprometido com o sistema⁵⁷⁴.

O segundo momento é o da aplicação via função jurisdicional. A trajetória do juiz seria inversa à do legislador, uma vez que este parte dos fatos e emite juízos políticos para chegar à norma, enquanto aquele deveria partir da norma para chegar aos fatos - silogismo tradicional. Para os positivistas, o silogismo da sentença encerrar-se-ia aqui, esquecendo-se o terceiro elemento, que é o valor⁵⁷⁵.

Ocorre que o juiz é protagonista incontestável do drama processual. O Judiciário é uma instituição voltada à democracia tanto no que se refere à sua intervenção no âmbito social como no que diz respeito à sua expressão política⁵⁷⁶.

Assim, se o fato é a causa de pedir e a norma é o fundamento jurídico, o **valor** está presente na sentença; ato pelo qual o juiz, tanto quanto o legislador, emite um juízo político de valor, redimensionando a norma à luz do caso concreto⁵⁷⁷. A sentença deve ser considerada um ato necessariamente político, sob pena de descaracterização da função jurisdicional. Esta dá ao juiz o poder único e soberano de elaborar a adaptação da norma abstrata às peculiaridades do caso concreto. No momento da aplicação do direito, apenas a lei é um dado fixo; o fato e o juízo de valor são variáveis presentes ao juiz⁵⁷⁸.

Refere FARIA que alguns textos legais recentes, como o Código de Defesa do Consumidor e o Estatuto da Criança e do Adolescente, não têm mais as funções exclusivamente repressivas típicas do Estado liberal, que exigem dos seus

⁵⁷³ *Idem, ibidem.*

⁵⁷⁴ *Idem, ibidem.*

⁵⁷⁵ *Idem, ibidem.*

⁵⁷⁶ NALINI, José Renato. *O juiz e o acesso à justiça*. 2. ed. São Paulo: RT, 2000, p. 13.

⁵⁷⁷ PUGGINA, M. O. *Op. cit.*, p. 169-198.

⁵⁷⁸ *Idem, ibidem.*

aplicadores pautas hermenêuticas bastante restritas para a captação do sentido do conteúdo das normas, por meio de interpretações lógico-sistemáticas baseadas na legalidade⁵⁷⁹.

No atual Estado-providência, com seus diferentes e complexos papéis como provedor de serviços básicos, como promotor de novas relações sociais, como planejador de atividades econômicas e até mesmo como agente diretamente produtor de bens e serviços, muitas de suas leis caracterizam-se por suas funções promocionais. Tal exige do Judiciário um amplo esforço de compreensão valorativa de suas regras, mediante procedimentos mais abertos e flexíveis do que os previstos pela hermenêutica comum ao Estado liberal⁵⁸⁰.

Para FARIA, então, aplicar judicialmente essas leis passa a ser promover a realização política de determinados valores, moldando e afetando a realidade sócio-econômica a partir de um projeto específico expresso pelas normas em vigor. Consistindo em condição necessária de legitimação do Estado-providência, esses novos textos legais não se limitam a estabelecer ou delegar competências, a fixar obrigações ou enunciar princípios⁵⁸¹.

Oriundos de fontes materiais diversas, muitas vezes conflitantes, e editados em tempos distintos, tutelando interesses que nem sempre são combináveis e conciliáveis entre si, esses textos destacam-se por duas características inéditas: por um lado, impõem tratamentos diferenciados em favor de determinados segmentos sociais, o que corrói e subverte o tradicional princípio do **universalismo jurídico** inerente aos sistemas normativos liberais; por outro, exigem iniciativas inéditas por parte do Executivo, em termos de formulação, implementação e execução de políticas públicas⁵⁸².

A transição do liberalismo individualista para o Estado social de direito assinala-se por substancial incremento da participação dos órgãos públicos na vida da sociedade. Projetado no plano processual, traduz-se o fenômeno pela intensificação da atividade do juiz, cuja imagem já não se pode comportar no arquétipo do observador distante e impassível da luta

⁵⁷⁹ FARIA, José Eduardo. As transformações do judiciário em face de suas responsabilidades sociais. In: FARIA, José Eduardo (org.). *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 52-67.

⁵⁸⁰ *Idem, ibidem*. Não se deve esquecer que a interpretação tem significado decisivo para a consolidação e preservação da força normativa da Constituição. A chamada vontade de constituição afigura-se decisiva para a práxis constitucional. Ela é fundamental. HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1991, p. 22-29.

⁵⁸¹ FARIA, J. E. *Op. cit.*, p. 52-67.

⁵⁸² *Idem, ibidem*.

entre as partes, simples fiscal incumbido de vigiar-lhes o comportamento, para assegurar a observância das **regras do jogo** e, no fim, proclamar o vencedor⁵⁸³.

Se no Estado liberal as leis tinham por finalidade básica definir as **regras do jogo**, no Estado-providência as normas de **caráter social** são especialmente concebidas para modificar os resultados desse jogo, alterando implicitamente suas regras⁵⁸⁴.

Com relação às chamadas normas programáticas, FARIA comenta, ainda, que, em razão da formação profissional normativista e formalista, voltada à proteção dos cidadãos nas relações entre si e baseado no postulado da independência entre os poderes, é compreensível que a magistratura brasileira hesite diante dos desafios que lhe são interpostos pela necessidade de utilização das regras de julgamento tradicionais⁵⁸⁵.

Condicionada pelas suas tarefas tradicionais no plano da justiça civil e penal, é natural que a magistratura se revele, num primeiro momento, **contida** na interpretação das normas programáticas e na aplicação dos direitos sociais, principalmente daqueles que, inseridos no texto constitucional como direitos fundamentais, implicam o abandono de concepções rigidamente individualistas do processo jurisdicional⁵⁸⁶.

Os juízes, entretanto, em face dos direitos sociais essencialmente dirigidos à gradual transformação do presente e formação do futuro, devem assumir a posição de negar o caráter preceptivo dos direitos programáticos, aceitando a realidade da transformada concepção do direito e da nova função do Estado, do qual constituem um ramo⁵⁸⁷ com função política.

O juiz avalia ou mesmo manipula o próprio fato. Muitas vezes recorre às ficções jurídicas, que constituem uma qualificação dos fatos sempre contrária à realidade jurídica, para evitar a aplicação da lei que considera injusta⁵⁸⁸. Dito recurso é freqüente no campo do direito penal, quando se quer evitar a aplicação da lei que o juiz considera injusta nas circunstâncias do caso⁵⁸⁹.

PERELMAN cita o exemplo da revolta geral dos juízes ingleses, contrários à legislação em vigor no início do século, que previa pena de morte para todos os culpados de

⁵⁸³ MARINONI, L. G. *Op. cit.*, p. 145.

⁵⁸⁴ FARIA, J. F. *Op. cit.*, p. 52-67.

⁵⁸⁵ *Idem, ibidem.*

⁵⁸⁶ *Idem, ibidem.*

⁵⁸⁷ *Idem, ibidem.*

⁵⁸⁸ PERELMAN, C. *Lógica jurídica*, p. 86.

crime maior. A lei enumerava entre os crimes maiores qualquer roubo no valor de pelo menos quarenta xelins. Durante anos os juízes avaliaram em 39 xelins, no máximo, qualquer roubo que fosse, para não ter de punir o roubo com a pena de morte. Até o dia em que, em um processo, tendo sido avaliado em trinta e nove xelins o roubo de dez libras esterlinas, isto é, de duzentos xelins, a ficção tornou-se flagrante e a lei foi modificada pouco tempo depois⁵⁹⁰.

A manipulação do fato ou o recurso à ficção jurídica, como se vê, são necessários para que o julgador possa, motivadamente, decidir com razoabilidade, equidade e justiça. Refere ATIENZA que, quem tem de resolver um problema jurídico, não parte necessariamente da idéia de que o sistema jurídico oferece uma solução correta – política e moralmente correta – desse problema. Pode muito bem ocorrer o caso de que o juiz tenha de resolver uma questão e argumentar a favor de uma decisão que é a que ele julga correta, embora, ao mesmo tempo, tenha plena consciência de que essa não é a solução a que o direito positivo leva⁵⁹¹.

É na dimensão valorativa que o Judiciário se afirma como Poder Político do Estado, independente e soberano. A supressão dessa dimensão da função jurisdicional é a mais significativa forma de alienação do juiz. A sentença, enquanto ato de valoração do fato social, é fonte de criação do próprio direito, sendo produto distinto do que resulta da mera aplicação automática do direito positivo⁵⁹².

Criar e recriar o direito, a partir da sentença, pressupõe, portanto, valoração; pressupõe consciência axiológica e recusa a qualquer forma de daltonismo dos valores. Não se pode, como afirma HESSEN, negar os valores⁵⁹³, pena de não se conseguir dar ao direito o seu verdadeiro e justo sentido.

Os argumentos lógicos e retóricos utilizados nas decisões acima referidas, embora possam denotar intelectualidade, parecem afastar-se da idéia de que a vivência do valioso exige algo mais do que o simples pensar⁵⁹⁴ ou o exercício de mera retórica.

Não é considerando os valores como destituídos de objetividade e validade que o juiz conseguirá cumprir sua missão. É com olhos postos na hierarquia dos valores, privilegiando

⁵⁸⁹ *Idem, ibidem.*

⁵⁹⁰ *Idem, p. 86-87.*

⁵⁹¹ ATIENZA, M. *Op. cit.*, p. 334-335.

⁵⁹² *Idem, ibidem.*

⁵⁹³ HESSEN, J. *Op. cit.*, p. 22-23.

⁵⁹⁴ *Idem, p. 151.*

os valores éticos em detrimento dos lógicos e estéticos, que o magistrado pode proferir as melhores decisões.

GIACOIA JUNIOR, comentando Nietzsche, lembra que para este filósofo o esvaziamento dos valores autênticos pode conduzir o homem de volta à barbárie, à destruição daquilo que de mais precioso a humanidade conquistou ao longo da história: a dignidade da pessoa humana⁵⁹⁵.

Como homem, o juiz tem uma dimensão espiritual que deve estar voltada à realização do sentido da vida. Sua experiência dos valores e a concretude da vida é que determinarão sua concepção de mundo, influenciando o seu maior ou menor comprometimento com a justiça.

Não só a espiritualidade do juiz é condição de realização de valores éticos, mas também a sua liberdade. E, nesse aspecto - embora não seja objeto do presente trabalho -, impressiona, por exemplo, a possibilidade de cerceamento da liberdade do juiz com a tentativa de imposição por parte dos legisladores da chamada **súmula vinculante**.

Para MACIEL, a vinculação da jurisprudência pode-se constituir em uma **camisa de força** atingindo gravemente a liberdade e a autonomia do Judiciário, tornando-o subserviente ao Poder Central. A essência da função jurisdicional, em decorrência dessa concepção, acaba-se diluindo, pois a jurisprudência deixa de operar de baixo para cima e passa a operar arbitrariamente de cima para baixo engessando o pensamento dos juízes⁵⁹⁶.

Evidentemente, refere STRECK, não se pode dizer que a súmula é um **mal em si**, pois deve ser considerado o papel criativo da interpretação e sua importância como processo revitalizador do ordenamento jurídico. Nefasta, entretanto, é a padronização da jurisprudência, obstaculizando o progresso do direito⁵⁹⁷ e cerceando a liberdade do juiz.

Se a atividade moral é uma atividade livre e se os valores éticos - vida, justiça, etc. - se precipitam na realidade por meio da atividade judicial, o juiz deve ser livre para ajudar a construir um direito mais justo.

Não se quer, por evidente, negar o importante papel das leis ou das súmulas pela simples vontade de negá-lo. As leis são uma conquista da sociedade e um parâmetro para a

⁵⁹⁵ GIACOIA JUNIOR, O. *Op. cit.*, p. 17.

⁵⁹⁶ MACIEL, Cláudio Baldino, *apud* STRECK, Lenio Luiz. *Súmulas no direito brasileiro: eficácia, poder e função*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995, p. 183-184.

atividade judicial; e como tal devem ser vistas. As súmulas, de igual forma, são orientações que, muitas vezes, fornecem ao julgador o caminho seguro e correto para que possa realizar os valores éticos.

Não se pode, entretanto, fazer de ambas as únicas fontes do direito, pois este, construído a partir das fontes institucionais - lei, jurisprudência, etc. -, entra num processo de retro-alimentação, num sistema fechado, que o faz evoluir muito lentamente⁵⁹⁸.

Para PORTANOVA, justiça, política e ética são as verdadeiras fontes do direito. Assim, a conceituação do direito vai depender da prática histórica de cada um, já que os juristas se colocam de modo diferente perante o conflito: uns vêem o direito como exploração, outros vêem como libertação⁵⁹⁹.

O pluralismo jurídico, por exemplo, vê o direito como uma prática libertária. As fontes naturais do direito estão na sociedade, pois nascem das crises e se revelam no cotidiano⁶⁰⁰.

A escola do direito livre, de igual modo, tem pretensões libertárias. Para essa escola, a validade do direito deriva de uma idéia, princípio ou propósito, inerentes ao direito: a idéia de justiça, as atitudes ético-jurídicas predominantes do povo, o princípio de justiça social, etc. A lei é considerada como um intento de levar a cabo essa idéia; a tarefa de interpretação legislativa é definida como um pensar plenamente a lei em harmonia com o princípio imanente ao direito⁶⁰¹. O juiz, dessa maneira, fica liberto para manifestar considerações sociológicas e exercer um papel construtivo.

Ocorre que faltam balizamentos à ação do juiz, uma vez que parece muito vago recomendar o desprezo à lei, à doutrina e à jurisprudência, sem apresentar alternativas⁶⁰².

O juiz, então, deve ter o poder de aplicar o direito positivado dentro do princípio da epiqueia, entendida esta como a licitude de operar fora da letra da norma, colocando assim, no caso concreto, a hermenêutica como mediadora entre a lei e a consciência jurídica da sociedade⁶⁰³.

⁵⁹⁷ STRECK, L. L. *Op. cit.*, p. 289.

⁵⁹⁸ MELO, O. F. *Op. cit.*, p. 76.

⁵⁹⁹ PORTANOVA, R. *Motivações ideológicas da sentença*, p. 89.

⁶⁰⁰ MELO, O. F. *Op. cit.*, p. 80.

⁶⁰¹ ROSS, Alf. *Direito e justiça*. Tradução de Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2000, p. 186.

⁶⁰² *Idem*, p. 77-78.

⁶⁰³ *Idem*, p. 78.

A liberdade do juiz está, portanto, nessa possibilidade de, à vista da situação fática que lhe é levada à apreciação, relegar a lei a segundo plano, decidir à margem dela ou contra ela, se estiver em desacordo com o justo⁶⁰⁴.

A dignidade da condição humana não está no que o homem opina ou faz, no que ele representa ou deixa de representar, senão apenas no que ele efetivamente é, uma vez que não se pode esquecer que as normas do **Dever Ser** são construções humanas e que a idéia de justiça, no plano axiológico, é uma valoração humana e, por isso mesmo, pertence ao reino da liberdade. E liberdade esta como dignidade para o ser humano. Diante dessa realidade, o juiz não pode quedar-se como mero aplicador da norma. Frente ao caso concreto, deverá, analisadas as circunstâncias, ponderados os valores jurídicos, sociais, políticos e econômicos, aplicar o justo⁶⁰⁵.

O direito não é um obstáculo ao progresso e à modernização. Deve ser entendido como um instrumento forte e adequado para permitir e assegurar valores fundamentais como a liberdade, a igualdade e a solidariedade, em forma concreta. Para tanto, deve ser entendido como fato, valor e norma. Se assim não for, não permitirá jamais a necessária aproximação entre o mundo das práticas sociais e o da positividade⁶⁰⁶.

Também não pode o jurista deixar-se enredar pelo maniqueísmo das posições antitéticas que muitos autores apresentam como escolhas obrigatórias - positivismo *versus* anarquismo⁶⁰⁷.

Uma posição maniqueísta não encontra respaldo na atitude política de buscar um direito melhor e mais adequado às necessidades sociais. A escolha de uma ou outra norma deve ser presidida pela legitimidade ética caso se queira guardar uma posição de coerência com a própria noção de direito⁶⁰⁸.

Ética, política e direito, embora sejam expressões diferenciadas, são interagentes da conduta humana. Cabe à ética decidir qual a resposta sobre o que é moralmente correto, ao direito, sobre o que é racionalmente justo e à política, sobre o que seja socialmente útil. Não há que haver conflitos insanáveis nessas três vertentes de padrões de conduta se o sentimento

⁶⁰⁴ ROENICK, Henrique Osvaldo Poeta. Da necessidade de uma visão crítica do direito. *Revista Ajuris*. Porto Alegre: Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, n. 44, ano XV, p. 153-165, nov. 1988.

⁶⁰⁵ *Idem, ibidem*.

⁶⁰⁶ MELO, O. F. *Op. cit.*, p. 99.

⁶⁰⁷ *Idem*, p. 100-101.

⁶⁰⁸ *Idem*, p. 116.

e a idéia fundantes de todas elas forem o reconhecimento e a permanente valorização dos direitos fundamentais do homem⁶⁰⁹.

À fundamentação da política jurídica importa sobretudo um humanismo que tenha por base as possibilidades e interesses do homem, resultando numa postura ética universal, dentro do preconizado pelo iluminismo que desenhou a utopia da autonomia do homem e da sociedade. Para os humanistas dos séculos XIX e XX há em comum a constatação de que o direito é um fenômeno humano e, portanto, o fundamento do direito há que ser buscado no interior e no exterior da norma. O humanismo jurídico ultrapassa, assim, tanto o normativismo lógico quanto o positivismo sociológico e o jusnaturalismo na valorização do homem como sujeito e objeto do direito, obtendo uma reordenação filosófica onde, por certo, a política do direito encontra ambiente adequado para sua ação⁶¹⁰.

Para poder repensar o direito, deve o juiz selecionar, de todas as fontes, as que melhor se adaptem à realidade. A escolha das normas mais justas e úteis é a tarefa permanente da política jurídica⁶¹¹ e judiciária.

Segundo VIEIRA, a vida, dom maior, direito natural e fundamental, não tem preço, mesmo para uma sociedade que perdeu o sentido de solidariedade num mundo marcado pelo egoísmo, hedonismo e insensibilidade⁶¹². Logo, num dos casos anteriormente referidos - liminar que sustou o fornecimento do medicamento -, não haveria, dentro de uma ótica dos valores, como deixar de reconhecer o direito de uma criança à saúde e negar a esta o remédio que necessitava⁶¹³.

⁶⁰⁹ *Idem*, p. 59.

⁶¹⁰ *Idem*, *ibidem*.

⁶¹¹ *Idem*, p. 100-101.

⁶¹² VIEIRA, Xavier, *apud* STRECK, L. L. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*, p. 201.

⁶¹³ Felizmente, a jurisprudência vem avançando no que diz respeito à auto-aplicabilidade do art. 196 da Constituição Federal. Nesse sentido a decisão do Supremo Tribunal Federal em sentido contrário às decisões criticadas: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *PACIENTE COM "HIV/AIDS". PESSOA DESTITUÍDA DE RECURSOS FINANCEIROS. DIREITO À VIDA E À SAÚDE. FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS. DEVER CONSTITUCIONAL DO PODER PÚBLICO (CF, ARTS. 5º, "CAPUT", E 196). PRECEDENTES (STF). RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. O DIREITO À SAÚDE REPRESENTA CONSEQÜÊNCIA CONSTITUCIONAL INDISSOCIÁVEL DO DIREITO À VIDA. O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular – e implementar – políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, inclusive àqueles portadores do vírus "HIV", o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar. O direito à saúde – além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas – representa consequência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da*

O discurso ético é o único capaz de iluminar os significados da ação humana. A ruptura da ética com a política e o direito possibilitou a justificação do totalitarismo e da tirania, e só um direito novo, corporificado em normas de justiça legitimadas na ética, pode vincular novamente as três vertentes⁶¹⁴.

O direito, diz BARBOSA MOREIRA, como toda ciência e toda arte, exige a utilização de uma técnica. Ninguém pode aventurar-se com esperança de êxito a qualquer profissão jurídica se não se familiarizou com as peculiaridades da linguagem do direito. Ninguém será bom advogado, bom promotor, bom defensor público, bom juiz, se não apreendeu os métodos básicos de interpretação das normas, se não adquiriu a aptidão para orientar-se na rede complexa e sutil em que se articulam os institutos jurídicos. O rigor terminológico é indispensável não só no direito como em todos os terrenos do conhecimento humano, sendo erro de extrema gravidade e de conseqüências funestas menosprezar a dimensão técnica do direito. Mas não será menos grave o erro, nem menos funestas as conseqüências, se se quiser limitar o direito a essa dimensão⁶¹⁵.

Mais do que a técnica é a ética que deve ser o móvel condutor do processo e dos procedimentos judiciais⁶¹⁶. Mas não é somente na condução do processo pelo juiz e nas decisões judiciais que os valores éticos devem estar presentes. Quando se fez a afirmação de que o Código de Processo Civil não contemplou a teoria tridimensional do direito, foi referido inexistir menção a **valor** quando da narração dos fatos por meio da petição inicial e quando da impugnação ao direito do autor por meio da contestação.

população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional. A INTERPRETAÇÃO DA NORMA PROGRAMÁTICA NÃO PODE TRANSFORMÁ-LA EM PROMESSA CONSTITUCIONAL INCONSEQÜENTE. O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política – que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro – não pode converter-se em promessa constitucional inconseqüente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental, ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado. DISTRIBUIÇÃO GRATUITA DE MEDICAMENTOS A PESSOAS CARENTES. O reconhecimento da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes, inclusive àquelas portadoras do vírus “HIV/AIDS”, dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (arts. 5º, caput, e 196) e representa, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade. Precedentes do Supremo Tribunal Federal. Agravo regimental no recurso extraordinário n. 273.834-4. Rio Grande do Sul. Agravante: Município de Porto Alegre. Agravado: Cristiane Carneiro Bortolaz. Interessado: Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Min. Celso de Mello. Acórdão de 31 de outubro de 2000. REVISTA de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Porto Alegre. v. 207, p. 29-36, ago. 2001.

⁶¹⁴ MELO, O. F. *Op. cit.*, p. 59.

⁶¹⁵ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Temas de direito processual: Sexta série*. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 301-302.

A lei processual, assim, tanto na ação como na defesa, preocupa-se somente com os fatos e os fundamentos jurídicos do pedido, esquecendo-se do valor. Destarte, determinadas demandas são ajuizadas sem que os demandantes e demandados tenham o mínimo de comprometimento com os valores éticos que devem nortear a conduta de qualquer pessoa e, principalmente, do jurista como agente ético que deve ser.

O daltonismo dos valores pode-se fazer presente em qualquer momento do processo: tanto no ajuizamento da demanda como na defesa em juízo; tanto na produção das provas quanto na decisão do julgador.

A prática judiciária tem demonstrado que a cada dia surgem mais e mais conflitos. Há uma **cultura do litígio** que, aos poucos, toma conta da sociedade e acaba por desaguar no Judiciário. Muitos desses litígios, entretanto, não denotam um caráter ético, servindo apenas de pano de fundo para a busca de vantagem fácil.

Exemplifica-se com o seguinte caso:

Em uma comarca do interior gaúcho, *A*, ex-policia militar, sob o abrigo da assistência judiciária gratuita, ajuizou demanda indenizatória por danos materiais e danos morais cumulada com lucros cessantes contra *B*, o Estado do Rio Grande do Sul, pretendendo lhe fossem pagos R\$ 180.000,00 a título de indenização. Aduziu que, no quartel da Polícia Militar da cidade, durante a realização de educação física, teve o polegar da mão direita fraturado em razão de treinamento - estava jogando futebol. Vislumbrando a gravidade da lesão, teria solicitado, por diversas vezes, ao comandante da facção, a dispensa do treinamento e da educação física para evitar maiores seqüelas, sendo que apenas obteve negativas. Alegou, também, que, mesmo diante da gravidade da fratura e da impossibilidade de trabalhar por trinta dias, não teria recebido autorização de dispensa do trabalho e da educação física, o que comprometera ainda mais a lesão. Assim, tendo permanecido em efetiva atividade, mesmo tendo apresentado diversos atestados, o dedo polegar de sua mão direita veio a sofrer danos, inclusive fazendo com que se tornasse incapaz de utilizar arma de fogo. Tal teria feito com que tivesse de ingressar no plano de demissão voluntária da Brigada Militar, já que não podia mais realizar seu serviço externo. Mencionou, ainda, que sua situação, por ser grave, prejudicava, inclusive, sua atividade atual, que era de chapeador, cuja função tinha de ser realizada com muita dor e desconforto. Disse, também, que seu comandante imediato não

⁶¹⁶ PORTANOVA, R. *Op. cit.*, p. 143.

teria diligenciado a fim de minimizar sua lesão e tampouco lhe teria possibilitado um tratamento adequado, já que incluía seu nome na escala de serviço não o tendo dispensado. O Estado contestou a demanda e denunciou a lide ao comandante da facção que teria sido o responsável pelo agravamento da lesão. Realizou-se a instrução e não ficou comprovado que o demandante não tivesse conseguido a licença junto ao seu superior hierárquico para tratamento do dedo. Ao contrário, a prova produzida pelo Estado e pelo litisdenunciado deu conta de que jamais foi negado o encaminhamento de atestados do autor ou pedidos de licença-saúde. E outro detalhe: o comandante do pelotão, a quem deveria o autor ter-se dirigido se não lhe tivesse sido concedida a licença, era - pasme-se - irmão do demandante. A sentença, então, julgou a demanda improcedente⁶¹⁷.

Primeiramente, no caso apontado, cumpre salientar a má-utilização do instituto da gratuidade de custas. Quando referimo-nos à **assistência judiciária gratuita**, em verdade, está-se tratando da **gratuidade de custas**. Nesse sentido, cumpre ressaltar que a doutrina entende que há três institutos distintos, ou seja, gratuidade de custas, assistência judiciária e assistência jurídica integral e gratuita. Tecnicamente, portanto, a distinção é a seguinte: a) assistência jurídica integral e gratuita: compreende a consulta e a orientação extrajudiciais, representação em juízo e gratuidade do respectivo processo; b) assistência judiciária: é o serviço público organizado, consistente na defesa em juízo do assistido, que deve ser oferecido pelo Estado, mas que pode ser desempenhado por entidades não-estatais, conveniadas ou não com o Poder Público; e c) gratuidade da justiça: é a gratuidade de todas as custas e despesas, judiciais ou não, relativas a atos necessários ao desenvolvimento do processo e à defesa dos direitos do beneficiário em juízo, objeto da Lei 1.060, de 5.2.1950⁶¹⁸.

Veja-se que o autor deduziu verdadeira lide temerária visando a **acertar** no que se pode chamar de **loteria jurídica a custo zero**: se obtivesse êxito na demanda, tudo ganharia; se perdesse, nada perderia, uma vez que, fazendo jus ao benefício da gratuidade, embora fosse condenado a pagar custas e honorários advocatícios, tais despesas ficariam suspensas não comprometendo suas finanças. O beneficiário da justiça gratuita, quando vencido na ação, não fica isento da condenação nos ônus da sucumbência. Tem, no entanto, o dever de pagar suspenso por força do artigo 12 da Lei 1.060/50. Se não alterada a situação financeira do

⁶¹⁷ TUCUNDUVA. Comarca de Tucunduva. Processo n. 2.176/137. Requerente: J. J. C. Requerido: Estado do Rio Grande do Sul. Denunciado da lide: V. E. B. Juiz: Adalberto Narciso Hommerding. Decisão de 26 de fevereiro de 2001.

⁶¹⁸ ASSIS, Araken de. Garantia de acesso à justiça: benefício da gratuidade. In: CRUZ E TUCCI, José Rogério (coordenador). *Garantias constitucionais do processo civil*. São Paulo: RT, 1999, p. 9-46.

beneficiário – o que pode dar causa à cessação do benefício -, a cobrança, em cinco anos, contados do trânsito em julgado da sentença, prescreve⁶¹⁹.

Se a igualdade de oportunidades deve ser dada a todos fazendo com que as desigualdades sejam ordenadas de tal modo a trazer o maior benefício possível aos menos favorecidos, o proceder aético do autor desrespeitou dito princípio.

Por certo que aqueles que demonstrarem escassez de recursos financeiros têm direito ao benefício da gratuidade. A oportunidade de acesso à justiça - acesso à ordem jurídica justa - deve ser dada a todos em condição de igualdade equitativa. Acesso à justiça não se identifica, pois, com a mera admissão ao processo, ou possibilidade de ingresso em juízo. É a idéia central a que converge toda a oferta constitucional e legal desses princípios e garantias⁶²⁰ e determina duas finalidades básicas do sistema jurídico: um sistema pelo qual as pessoas possam reivindicar seus direitos e resolver seus litígios sob os auspícios do Estado; e um sistema que seja igualmente acessível a todos produzindo resultados que sejam individual e socialmente justos⁶²¹.

Ocorre que a utilização inadequada do instituto não produz resultados individual e socialmente justos e não traz o maior benefício possível nem aos menos favorecidos nem aos demais, uma vez que, se for utilizado para o financiamento de lides temerárias e loterias jurídicas, compromete a boa distribuição da justiça atravancando o Judiciário e onerando a própria sociedade.

Certamente, o agir da forma como agiu o demandante é causa de múltiplas preocupações, pois, a se adotar seu modelo de conduta, estar-se-á inviabilizando o Poder Judiciário, o Estado, enfim, a sociedade como um todo: será mais uma demanda com que o juiz deverá ocupar-se; mais serviço para os serventuários da justiça; mais processos a se empilharem no fórum; mais dinheiro a sair dos cofres públicos; mais tempo para que outros processos possam chegar a ser analisados; etc.

Como se pode constatar, no caso narrado, o capricho do autor engessou o **Dever Ser ético**, pois fez uso do processo para tentar obter vantagem que não lhe era devida; realizou o **vergonhoso** quando não devia fazê-lo; fechou-se no plano do seu egoísmo e não foi capaz de se elevar até a esfera do verdadeiro e do justo. Desconsiderou, assim, o imperativo kantiano

⁶¹⁹ *Idem, ibidem.*

⁶²⁰ CINTRA, A. C. A., GRINOVER, A. P., DINAMARCO, C. R. *Op. cit.*, p. 33.

que deve reger todo o agir do agente moral; não avaliou suas motivações pessoais e as conseqüências de sua ação, faltando-lhe consciência de si e dos outros. Nem se comente o valor exorbitante que pediu do Estado a título de indenização em razão de um **dedo quebrado** que não procurou tratar.

A má-fé deve ser excluída da vida moral. Ações que a empregarem são destituídas de ética, não se constituindo em caminho para realização dos verdadeiros valores. Se o homem é livre para escolher, deve refletir sobre o querer e sobre as suas aspirações obedecendo o **Dever Ser moral** que lhe é revelado.

Pode-se dizer, a partir das análises supra, que um dos caminhos para a viabilização do Judiciário passa pelo desenvolvimento do **órgão axiológico**⁶²² daqueles que diariamente labutam no foro. Desde o cidadão que vai a júízo, passando pelo advogado que patrocina a causa e chegando até o Juiz, o agir moral com vistas à realização de valores éticos é a conduta que se deve impor.

Se ao profissional do direito são imprescindíveis a capacitação técnico-jurídica e a consciência crítica e integrativa do contexto social, não menos importante é a probidade profissional como ferramenta do júízo prático-moral⁶²³.

Segundo ARISTÓTELES,

*“a virtude se acha em nosso poder. Mas assim sucede também com o vício. Já que onde está em nosso poder o fazer, igualmente está em nosso poder o não fazer; e onde depende de nós o não, mesmamente depende de nós o sim. Donde, se fazer o bem está em nós, estará em nós também o não fazer o mal; ou então, se em nós está o não fazer o bem, estará em nós também fazer o mal. Logo, se de nós depende igualmente fazer o bem e o mal, ou não o fazer (e nisto se diz consistir a bondade e a maldade), de nós depende o sermos probos ou perversos”*⁶²⁴.

⁶²¹ CAPPELLETTI, M., GARTH, B. *Op. cit.*, p. 8.

⁶²² Entendemos que esse órgão axiológico é o centro de nossas emoções, sentimentos e intelectualidade. É o órgão que capta, que sente, que compreende e que decide acerca das nossas atitudes e comportamentos.

⁶²³ SILVEIRA, J. L. *Op. cit.*, p. 111.

⁶²⁴ ARISTÓTELES. *Op. cit.*, p. 76.

Na concepção de pessoa moral, interpretação possível do imperativo kantiano, está a suposição de que as pessoas morais são potencialmente capazes de pelo menos um mínimo **senso de justiça**⁶²⁵.

O valor, portanto, é elemento indissociável do direito e, por conseguinte, da atividade judiciária.

Embora a legislação não seja explícita quanto à obrigatoriedade de a petição inicial, a contestação e a sentença virem a se adequar a todas as dimensões do direito - fato, valor e norma -, refere PORTANOVA que, mesmo que não haja absoluta clareza, é possível concluir-se pela efetiva obrigatoriedade. A teoria tridimensional do direito e os escopos do processo ensejam esse entendimento. E, quanto à sentença, convém não esquecer a determinação cogente do art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil. Estando o juiz obrigado a aplicar a lei, e levando em consideração o bem comum e os fins sociais, está, por igual, obrigado a revelar, motivar e fundamentar o bem comum e o fim social que levou em conta⁶²⁶.

É verdade que por vários caminhos pode chegar o juiz a uma decisão; várias são as vias de argumentação de que pode o advogado valer-se para defender seu constituinte. A retórica, a dialética, as teorias da argumentação em geral, os princípios gerais do direito e a tópica aí estão para servir à boa distribuição da justiça. De igual modo, a doutrina e a jurisprudência. A lei, a dogmática, o positivismo jurídico, o pluralismo, a política jurídica, o direito alternativo, o garantismo, enfim, todos fornecem instrumental para a realização dos valores éticos. Cabe, evidentemente, ao agente ético - cidadão, advogado, promotor de justiça, juiz, etc. - utilizar esse instrumental da melhor maneira possível com vistas a fazer do direito, mais especificamente do processo, um meio que atenda aos ditames éticos, e não só aos da lei, e que, atento à realidade social, econômica, cultural e política, realmente possa servir de canal do justo produzindo decisões individual e socialmente justas.

O juiz pode ser considerado um **nômade** sem precisar sair do lugar. Na busca do justo, pode migrar da lei para as outras vias de interpretação e aplicação do direito⁶²⁷; pode ser alternativo ou dogmático; pode aplicar uma ou outra teoria. Tudo dependerá da situação concreta. Seu poder criador e valorador deve ultrapassar as convenções sociais, pois a vida se expande para muito além dos textos legais, dos costumes, da doutrina e da jurisprudência.

⁶²⁵ ARRUDA JR., E. L. *Op. cit.*, p. 39-56.

⁶²⁶ PORTANOVA, R. *Princípios do processo civil*, p. 251.

O desembargador SILVEIRA NETTO, do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em acórdão recente, lembrou lição do juiz francês Oswald Baudot, ao paraninfar uma turma de novos juízes. Baudot pronunciou a seguinte oração à qual deu o nome **Arenga aos magistrados que estréiam**:

“Em vossas funções não deveis dar exagerada importância à lei e de um modo geral desprezar os costumes, as circulares, os decretos e a jurisprudência. Deveis ser mais sábios do que o Tribunal de Justiça, sempre que se apresentar a ocasião. A justiça não é uma verdade estagnada em 1810. É uma criação perpétua. Ela deve ser feita por vós. Não espereis o sinal verde de um Ministro ou do legislador, ou das reformas sempre em expectativa. Consultai o bom senso, a equidade, o amor ao próximo, antes da autoridade e da tradição. A lei se interpreta. Ela dirá o que quiserdes que ela diga. Sem mudar um til pode-se como os mesmos sólidos considerandos do mundo, dar razão a uma parte ou à outra, absolver ou condenar à pena máxima. Desse modo, que a lei não vos sirva de alibi”⁶²⁸.

De certa forma, o direito posto, nas mãos do juiz, vive, morre e renasce. É a própria expressão do **trágico**. Dizer **sim** à multiplicidade da vida é dizer **não** a qualquer tentativa de aprisioná-la, inclusive ao direito. Pode-se dizer, então, que é da essência do direito o prazer de viver, morrer e renascer, construir e destruir, a fim de vencer a contínua dança das forças do destino, como refere NAFFAH NETO⁶²⁹.

Certo é que, por si sós, o legalismo e o positivismo exacerbados nada resolvem. A lei é comprometida ideologicamente. O positivismo jurídico julga poder desenvolver-se e viver sem a idéia de valor. Ambos iludem ou negam os problemas filosóficos, sociais, culturais, políticos, éticos e econômicos. Mas não respondem às profundas exigências do ser humano. A utopia da neutralidade da lei foi fragorosamente derrotada pela sociedade democrática e pluralista do final do século XX, concebida para permitir a convivência dos contrários, a co-

⁶²⁷ O Juiz não só **pode** como **deve** migrar, uma vez que seu fim deve ser o de promover a instrumentalização e concretização dos direitos fundamentais. Esse é o seu compromisso político com a Constituição e com a justiça.

⁶²⁸ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *SEGURO SAÚDE – Contrato de adesão – Cláusula excludente considerada abusiva – Obrigatoriedade do pagamento das despesas com tratamento de AIDS – Dano moral afastado – Embargos infringentes acolhidos, em parte. Embargos infringentes n. 2.324.4/1-02. Relator: Des. Silveira Netto. Acórdão de 26 de março de 2001. Cadernos de jurisprudência dominante, São Paulo, p. 66-70, jan. 2001.*

⁶²⁹ NAFFAH NETTO, Alfredo. *Outr’em-mim: ensaios, crônicas, entrevistas*. São Paulo: Plexus, 1998, p. 45.

participação harmônica e pacífica de toda sorte de antagonismos políticos e crenças religiosas e morais⁶³⁰.

Afirma ARRUDA JR. que, sem desmerecer as perspectivas que abstraem das filosofias de conteúdo, renunciando a maiores reflexões sobre o justo e o injusto em dada ordem jurídica, o certo é que sem uma pitada valorativa as correntes herdeiras do positivismo estarão condenadas à incompletude⁶³¹.

O direito precisa encontrar um caminho para aproximar ciência, filosofia, *praxis* e ética. Não pode permanecer frio, distante e falsamente neutro do sentimento de dever que governa os princípios da ação humana⁶³².

A concepção positiva do direito, tão-somente, deve ser descartada, pois renuncia ao suporte de uma transcendência, uma vez que o homem, embora crie campos restritos de indagação do real, não abdica de sua natureza essencial, como ser que está no mundo⁶³³. Não pode, portanto, ser o direito transformado em uma ciência análoga à matemática, sem qualquer compromisso com a justiça concreta.

O direito deve ter um compromisso com a felicidade e o destino do homem. O distanciamento criado entre o mundo fenomenológico, o cientificismo - ciência e técnica -, o dever moral e a natureza metafísica do homem são responsáveis pelo aniquilamento das aspirações de uma síntese satisfatória entre homem e mundo⁶³⁴.

É dever do juiz e dos juristas em geral questionar o direito posto e o senso comum teórico que permeia o cotidiano forense. Devem tomar não a atitude cômoda do cético, mas a de questionamento da realidade jurídico-social quebrando, inclusive, o mito da falsa neutralidade e conferindo uma coloração ética às suas ações⁶³⁵.

⁶³⁰ BAPTISTA DA SILVA, O. A. *Op. cit.*, p. 203.

⁶³¹ ARRUDA JR., E. L. *Op. cit.*, p. 39-56.

⁶³² SILVEIRA, J. L. *Op. cit.*, p. 186.

⁶³³ *Idem, ibidem.*

⁶³⁴ *Idem, ibidem.*

⁶³⁵ Há que se lembrar que o compromisso moral do juiz – e não se pode fugir dessa assertiva –, no Estado Democrático de Direito, não é com o seu particular sentimento de justiça, mas com o próprio Estado Democrático de Direito, refletido na Constituição e nos valores positivados constitucionalmente. Se não procurar realizar ditos valores ou não lhe agradar o elenco de direitos fundamentais e o escopo do Estado Democrático de Direito, **deve abandonar a carreira**. A legitimação do Poder Judiciário envolve a adequação de sua ação aos valores plasmados nos direitos fundamentais positivados na Constituição Federal.

Para tanto, poderão empregar até mesmo ações divergentes daquelas adotadas pelo senso comum teórico dos juristas, desde que éticas. Afinal, já afirmava NIETZSCHE, que *“pequenas ações divergentes são necessárias e valem mais”*⁶³⁶.

A convicção fundamental, então, que deve presidir a consciência e o espírito do julgador é a da fé nos valores éticos e na justiça: convicção esta que representa um categórico **não** oposto a todas as concepções do mundo que pretendam negar os valores e direitos do espírito entronizando o *bios* e dissolvendo o homem num complexo de fatores vitais-biológicos tão-somente⁶³⁷.

⁶³⁶ NIETZSCHE, F. W. *Op. cit.*, p. 159.

⁶³⁷ HESSEN, J. *Op. cit.*, p. 342.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A teoria dos valores tem importância para as disciplinas axiológicas e para a teoria da concepção do mundo. Como concepção do mundo implica concepção da vida, o sentido da vida reside na realização dos valores. Somente aquele que realizar os verdadeiros valores realizará o sentido da vida, sendo o estudo dos valores condição para o enriquecimento e conhecimento do homem.

O direito é uma das manifestações da cultura. A cultura é realização dos valores. Portanto, o direito e, por conseguinte, o processo judicial são objetos culturais. O momento trágico do processo e, portanto, da cultura consiste no fato de a afirmação de um valor e a dedicação a esse valor arrastarem consigo, ao mesmo tempo, a negação de um outro valor. Assim, em cada decisão judicial, o juiz está diante do trágico. Muitas vezes, ao dizer sim à lei, diz não à justiça; em outros, ao dizer sim à justiça, diz não à lei.

O valor supremo que o processo busca é o valor justiça. Ocorre que, muitas vezes, em razão da forma, da lei ou da segurança, esse valor fica relegado a segundo plano. Ora, se a tendência da alma humana é subir sempre, o homem não pode entregar-se ao culto dos ídolos mundanos, tais como a forma e o tecnicismo, já que deve realizar valores éticos para conseguir atingir seu fim supremo.

Os valores, a par de outras características, apresentam uma estrutura escalonada, sendo que os valores sensíveis são inferiores aos espirituais. Dentro dos valores espirituais, podemos situar os valores éticos, que são superiores aos estéticos e lógicos e possuem uma validade objetiva e absoluta. A justiça é o valor ético predominante na escala hierárquica. Muitas vezes, por exemplo, ao se observar rigorosamente institutos como a preclusão, o valor justiça, em nome do valor segurança, conferido pela formalidade processual e pela legalidade - valores lógicos e ideológicos -, não é alcançado.

O juiz, como agente moral, ao apreciar a situação fática que lhe é submetida, deve fazer uso de seu órgão axiológico, do seu sentir emocional, a fim de dar preferência ao valor justiça em detrimento dos demais. O valor segurança é um valor relativo; a divinização do processo, da forma e da técnica é um perigo para o homem, já que o processo é um bem terreno e mundano. O culto aos valores inferiores ocasiona o desaparecimento do verdadeiro bem.

O conhecimento dos valores acarreta um confronto entre intelectualismo e sentimentalismo, sendo que este deve ser o fator preponderante, uma vez que os valores pertencem ao lado emotivo da alma humana, estando a ela subordinados, e não a uma ordem intelectual de idéias. Aquele que desconhece o verdadeiro sentido dos valores éticos é portador do chamado daltonismo dos valores. No direito, destruir os falsos ídolos, tais como o formalismo, o tecnicismo e a lógica formal, que são os valores mais venerados pelo jurista tradicional, assumindo o risco de pensar novos valores e abrir novos horizontes, deve ser a tarefa do jurista moderno.

O juiz é falível, por certo. Mas, é menos danoso que, no caso concreto, se fique com a falibilidade do juiz, que está próximo das partes e tem uma visão do momento concretizado, do que com a do legislador, que é dono da situação abstrata. O juiz deve combinar intelectualidade e emocionalidade a fim de realizar os valores preponderantes.

O processo não é um fim em si mesmo: é instrumento de realização do direito material. O processualismo exacerbado o retira da trilha e, muitas vezes, não propicia a solução mais justa.

O Judiciário, ao decidir, não pode resolver apenas o conflito jurídico, deslocando o discurso; deve, antes de tudo, resolver o conflito social cuidando para que o valor justiça não seja transposto a um nível inferior na escala axiológica.

Qualquer um pode mentir, pode enganar. O homem, inclusive, tem a propensão de se deixar enganar. O jurista acostumou-se a mentir em rebanho e legitimou seu discurso por meio da dogmática jurídica. Hoje, entretanto, o discurso dogmático tornou-se esclerosado, pois fechou as portas do direito à sociedade sem que o jurista tenha se dado conta.

O Judiciário fechou-se estruturalmente e, desconhecedor dos valores, na maioria das vezes, garante apenas uma justiça formal que, ao cabo de tudo, nada resolve, já que as tensões sociais não são aliviadas.

À teoria dos valores cabe intervir nesse senso comum para que o direito possa desenvolver-se rumo à afirmação da cidadania e da justiça substantiva. O Judiciário tem uma dimensão política que não pode ser esquecida. A sentença deve ser considerada um ato necessariamente político, pois a função jurisdicional dá ao juiz o poder único e soberano de elaborar a adaptação da norma abstrata às peculiaridades do caso concreto. No momento da

aplicação do direito, apenas a lei é um dado fixo; o fato e o juízo de valor são variáveis presentes ao juiz. No atual Estado-providência, exige-se do Judiciário um amplo esforço de compreensão valorativa de suas regras, mediante procedimentos mais abertos e flexíveis do que os previstos pela hermenêutica comum ao Estado liberal.

A atividade do juiz intensificou-se de tal maneira que já não se pode comportar sua imagem no arquétipo do observador distante e impassível da luta entre as partes, simples fiscal incumbido de vigiar-lhes o comportamento, para assegurar a observância das regras do jogo e, no fim, proclamar o vencedor. No Estado-providência as normas de caráter social são especialmente concebidas para modificar os resultados desse jogo, alterando implicitamente suas regras.

É na dimensão valorativa que o Judiciário se afirma como Poder Político do Estado, independente e soberano. A sentença, enquanto ato de valoração do fato social, é fonte de criação do próprio direito, sendo produto distinto do que resulta da mera aplicação automática do direito positivo. Criar e recriar o direito, a partir da sentença, pressupõe, portanto, valoração; pressupõe consciência axiológica e recusa a qualquer forma de daltonismo dos valores. Não é considerando os valores como destituídos de objetividade e validade que o juiz conseguirá cumprir sua missão. É com olhos postos na hierarquia dos valores, privilegiando os valores éticos em detrimento dos lógicos e estéticos, que o magistrado pode proferir as melhores decisões.

A liberdade do juiz está na possibilidade de, à vista da situação fática que lhe é levada à apreciação, relegar a lei a segundo plano, decidir à margem dela ou contra ela, se estiver em desacordo com o justo. O juiz não pode quedar-se como mero aplicador da norma. Frente ao caso concreto, deverá, analisadas as circunstâncias, ponderados os valores jurídicos, sociais, políticos e econômicos, aplicar o justo. O direito deve ser entendido como um instrumento forte e adequado para permitir e assegurar valores fundamentais como a liberdade, a igualdade e a solidariedade, em forma concreta. Para tanto, deve ser entendido como fato, valor e norma. Se assim não for, não permitirá jamais a necessária aproximação entre o mundo das práticas sociais e o da positividade.

Ética, política e direito, embora sejam expressões diferenciadas, são interagentes da conduta humana. Cabe à ética decidir qual a resposta sobre o que é moralmente correto, ao direito, sobre o que é racionalmente justo e à política, sobre o que seja socialmente útil. Não

há que haver conflitos insanáveis nessas três vertentes de padrões de conduta se o sentimento e a idéia fundantes de todas elas forem o reconhecimento e a permanente valorização dos direitos fundamentais do homem. Para poder repensar o direito, deve o juiz selecionar, de todas as fontes, as que melhor se adaptem à realidade. A escolha das normas mais justas e úteis é a tarefa permanente da política jurídica e judiciária. O discurso ético é o único capaz de iluminar os significados da ação humana. Mais do que a técnica é a ética que deve ser o móvel condutor do processo e dos procedimentos judiciais. Mas não é somente na condução do processo pelo juiz e nas decisões judiciais que os valores éticos devem estar presentes. Embora o Código de Processo Civil não tenha contemplado a teoria tridimensional do direito na petição inicial, na impugnação quando da contestação e na sentença, nem por isso deve-se entender que na prática judiciária o valor deve ficar relegado.

A utilização inadequada de institutos como a assistência judiciária gratuita não produz resultados individual e socialmente justos e não traz o maior benefício possível nem aos menos favorecidos nem aos demais, uma vez que, se for utilizado para o financiamento de lides temerárias e loterias jurídicas, compromete a boa distribuição da justiça atravancando o Judiciário e onerando a própria sociedade.

O caminho para a viabilização do Judiciário passa pelo desenvolvimento do órgão axiológico daqueles que diariamente labutam no foro, desde o cidadão que vai a juízo, passando pelo advogado que patrocina a causa e chegando até o juiz. Se ao profissional do direito são imprescindíveis a capacitação técnico-jurídica e a consciência crítica e integrativa do contexto social, não menos importante é a probidade profissional como ferramenta do juízo prático-moral.

O juiz pode chegar a uma decisão por vários caminhos. Várias são as vias de argumentação de que pode o advogado valer-se para defender seu constituinte. A retórica, a dialética, as teorias da argumentação em geral, os princípios gerais do direito e a tópica aí estão para servir à boa distribuição da justiça. De igual modo, a doutrina e a jurisprudência. A lei, a dogmática, o positivismo jurídico, o pluralismo, a política jurídica, o direito alternativo, o garantismo, enfim, todos fornecem instrumental para a realização dos valores éticos. Cabe, entretanto, ao cidadão, ao advogado, ao promotor de justiça e ao juiz utilizar esse instrumental da melhor maneira possível com vistas a fazer do direito, mais especificamente do processo, um meio que atenda aos ditames éticos, e não só aos da lei, e que, atento à realidade social,

econômica, cultural e política, realmente possa servir de canal do justo produzindo decisões individual e socialmente justas.

O direito não pode permanecer frio, distante e falsamente neutro do sentimento de dever que governa os princípios da ação humana, ou seja, a ética. O direito não é análogo à matemática, que não tem qualquer compromisso com a justiça concreta. O direito deve ter um compromisso com a felicidade e o destino do homem.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALBERONI, Francesco. *Valores: o bem, o mal, a natureza, a cultura, a vida*. Tradução de Y. A. Figueiredo. Rio de Janeiro: Rocco, 2000.
- ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001.
- ALVIM, Arruda. *A argüição de relevância no recurso extraordinário*. São Paulo: RT, 1988.
- ARAÚJO, Alcione. O roubo do tempo. In: SADER, Emir (org.). *Sete pecados do capital*. Rio de Janeiro: Record, 1999, p. 121-160.
- ARISTÓTELES. *A ética*. Tradução de Paulo Cássio M. Fonseca. Bauru: Edipro, 1995.
- _____. *Retórica*. Tradução e notas de Manuel Alexandre Júnior, Paulo Farmhouse Alberto e Abel do Nascimento Pena. Lisboa: Imprensa Nacional – Casa da Moeda, 1998.
- ARRUDA JR., Edmundo Lima de. Uma teoria liberal da justiça: John Rawls. In: BORGES FILHO, Nilson (org.). *Direito, estado, política e sociedade em transformação*. Porto Alegre: Fabris, 1995, p. 39-55.
- _____. (org.). *Max Weber: direito e modernidade*. Florianópolis: Letras Contemporâneas, 1996.
- ASSIS, Araken de. Garantia de acesso à justiça: benefício da gratuidade. In: CRUZ E TUCCI, José Rogério (coordenador). *Garantias constitucionais do processo civil*. São Paulo: RT, 1999, p. 9-46.
- ATIENZA, Manuel. *As razões do direito: teorias da argumentação jurídica*. Tradução de Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy, 2000.
- AZEVEDO, Plauto Faraco de. *Justiça distributiva e aplicação do direito*. Porto Alegre: Fabris, 1998.
- BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Ação de imissão de posse*. 2. ed. São Paulo: RT, 1997.
- _____. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. São Paulo: RT, 1996.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Temas de direito processual: Sexta série*. São Paulo: Saraiva, 1997.
- BARROS, Wellington Pacheco. *A interpretação sociológica do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995.
- BARZOTTO, Luis Fernando. *O positivismo jurídico contemporâneo: uma introdução a Kelsen, Ross e Hart*. São Leopoldo: Unisinos, 1999.

BELLINETTI, Luiz Fernando. *Sentença civil: perspectivas conceituais no ordenamento jurídico brasileiro*. São Paulo: RT, 1994.

BITTAR, Eduardo C. B. *A justiça em Aristóteles*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999.

BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. Tradução e notas de Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

_____. *Teoria do ordenamento jurídico*. Tradução de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 10. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1999.

BORGES FILHO, Nilson (org.). *Direito, estado, política e sociedade em transformação*. Porto Alegre: Fabris, 1995.

CADEMARTORI, Sérgio. *Estado de direito e legitimidade: uma abordagem garantista*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Direito, poder, justiça e processo: julgando os que nos julgam*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. Os desafios do judiciário: um enquadramento teórico. In: FARIA, José Eduardo (org.). *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 30-51.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Tradução de A. Menezes Cordeiro. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

CAPPELLETTI, Mauro. A ideologia no processo civil. *Revista Ajuris*. Porto Alegre: Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, n. 30, ano XI, p. 16-33, mar. 1984.

_____. *Juizes legisladores?* Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Fabris, 1993.

_____, GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CARNEIRO, Athos Gusmão. *Intervenção de terceiros*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

CARVALHO, Amilton Bueno de. A lei. O juiz. O justo. *Revista Ajuris*. Porto Alegre: Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, n. 39, ano XIV, p. 132-152, mar. 1987.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

CHAUÍ, Marilena. *Convite à filosofia*. 10. ed. São Paulo: Ática, 1998.

_____. *O que é ideologia*. 14. ed. São Paulo: Brasiliense, 1980.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

COLUSSI, Maria da Glória. *Fundamentos de teoria geral do direito e do processo*. 2. ed. Curitiba: JM, 2001.

COSTA, José Silveira da. *Max Scheler: o personalismo ético*. São Paulo: Moderna, 1996.

COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del derecho procesal civil*. 3. ed. 17. reimpr. Buenos Aires: Depalma, 1997.

CRESCI SOBRINHO, Elicio de. *Justiça alternativa*. Porto Alegre: Fabris, 1991.

CRUZ E TUCCI, José Rogério (coordenador). *Garantias constitucionais do processo civil*. São Paulo: RT, 1999.

_____, AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Lições de história do processo civil romano*. São Paulo: RT, 1996.

CZERNA, Renato Cirell. *O pensamento filosófico e jurídico de Miguel Reale*. São Paulo: Saraiva, 1999.

DE KONINCK, Thomas. Pela cultura. In: ROSENFELD, Denis, ZINGANO, Marco *et. al.* *Filosofia política: nova série*. v. 4. Porto Alegre: L&PM, 1999, p. 7-34.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

_____. *Uma questão de princípio*. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

ÉFESO, Heráclito de. Pré-socráticos. In: *Os pensadores*. Tradução de Wilson Regis. São Paulo: Nova Cultural, 2000.

ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Tradução de João Baptista Machado. 7. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

FARIA, José Eduardo (org.). *A crise do direito numa sociedade em mudança*. Brasília: Universidade de Brasília, 1988.

_____. As transformações do Judiciário em face de suas responsabilidades sociais. In: FARIA, José Eduardo (org.). *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 52-67.

_____. (org.). *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*. São Paulo: Malheiros, 1998.

_____. O judiciário e o desenvolvimento sócio-econômico. In: FARIA, José Eduardo. *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 11-29.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *A ciência do direito*. São Paulo: Atlas, 1977.

_____. *Direito, retórica e comunicação*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

_____. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. São Paulo: Atlas, 1991.

FERRAJOLI, Luigi. O direito como sistema de garantias. In: OLIVEIRA JR., José Alcebiades de (org.). *O novo em direito e política*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, 89-109.

FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. *Arbitragem, jurisdição e execução*. São Paulo: RT, 1999.

GALVES, Carlos Nicolau. *Manual de filosofia do direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

GIACOIA JUNIOR, Oswaldo. *Nietzsche*. São Paulo: Publifolha, 2000.

GOMES, Fábio. *Carência de ação*. São Paulo: RT, 1999.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e moral*. Tradução de Sandra Lippert. Lisboa: Instituto Piaget, 1992.

HART, H. L. A. *O conceito de direito*. Tradução de A. Ribeiro Mendes. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

HEIDEGGER, Martin. Conferências e escritos filosóficos. In: *Os pensadores*. Tradução de Ernildo Stein. São Paulo: Nova Cultural, 2000.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1991.

HESSEN, Johannes. *Filosofia dos valores*. Tradução de L. Cabral de Moncada. 3. ed. Coimbra: Armênio Amado, 1967.

_____. *Teoria do conhecimento*. Tradução de João Vergílio Gallerani Cuter. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

HOBBS, Thomas. *Diálogo entre um filósofo e um jurista*. Tradução de Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy, 2001.

_____. *Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil*. In: *Os pensadores*. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Nova Cultural, 2000.

HUME, David. *Investigação acerca do entendimento humano*. Tradução de Anoar Aiex. In: *Os pensadores*. São Paulo: Nova Cultural, 2000.

JACQUARD, Albert, PLANÈS, Huguette. *Filosofia para não-filósofos*. Tradução de Guilherme João de Freitas Teixeira. Rio de Janeiro: Campus, 1998.

KANT, Emmanuel. *Doutrina do direito*. Tradução de Edson Bini. 2. ed. São Paulo: Ícone, 1993.

KANT, Immanuel. *Crítica da razão pura*. In: *Os pensadores*. Tradução de Valerio Rohden e Udo Baldur Moosburger. São Paulo: Nova Cultural, 2000.

_____. Primeira introdução à crítica do juízo. In: TERRA, Ricardo Ribeiro (org.). *Duas introduções à crítica do juízo*. Tradução de Rubens Rodrigues Torres Filho. São Paulo: Iluminuras, 1995.

KEHL, Maria Rita. O fetichismo. In: SADER, Emir (org.). *Sete pecados do capital*. Rio de Janeiro: Record, 1999, p. 81-106.

KELSEN, Hans. *O problema da justiça*. Tradução de João Baptista Machado. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

_____. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo, 1998.

KRELL, Andreas J. Controle judicial dos serviços públicos básicos na base dos direitos fundamentais sociais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *A Constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 25-60.

KUNTZ, Rolf. A redescoberta da igualdade como condição de justiça. In: FARIA, José Eduardo (org.). *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 144-155.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Estudos sobre o processo civil brasileiro*. São Paulo: Bushatsky, 1966.

Logos: Enciclopédia Luso-brasileira de filosofia. v. 2. Lisboa-São Paulo: Verbo, 1990.

LÖWY, Michael. *As aventuras de Karl Marx contra o Barão de Münchhausen: marxismo e positivismo na sociologia do conhecimento*. Tradução de Juarez Guimarães e Suzanne Felicie Léwy. 7. ed. São Paulo: Cortez, 2000.

LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito II*. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985.

LUIZI, Luiz. *Filosofia do direito*. Porto Alegre: Fabris, 1993.

LYRA FILHO, Roberto. *O que é direito*. 12. ed. São Paulo: Brasiliense, 1991.

MAGALHÃES, Juliana Neuenschwander. O uso criativo dos paradoxos do direito. In: ROCHA, Leonel Severo (org.). *Paradoxos da Auto-observação*. Curitiba: JM, 1996.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil: o acesso à justiça e os institutos fundamentais do direito processual*. São Paulo: RT, 1993.

MARX, Karl. *O capital*. Tradução de Gabriel Deville. Bauru: Edipro, 1998.

MATEOS GARCÍA, Angeles. *A teoria dos valores de Miguel Reale: fundamento de seu tridimensionalismo jurídico*. Tradução de Talia Bugel. São Paulo: Saraiva, 1999.

MATTA, Emmanuel. A atualidade da teoria pura do direito: Kelsen e Bobbio. *Revista Cidadania e justiça*. Rio de Janeiro: Associação dos Magistrados Brasileiros, n. 9, ano 4, p. 70-86, 2. sem. /2000.

MELGARÉ, Plínio. A ética como dimensão constitutiva do direito. *Revista Ajuris*. Porto Alegre: Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, n. 80, ano XXVI, p. 291-314, dez. 2000.

MELO, Osvaldo Ferreira de. *Fundamentos da política jurídica*. Porto Alegre: Fabris, 1994.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *O espírito das leis: as formas de governo, a federação, a divisão dos poderes, presidencialismo versus parlamentarismo*. Tradução de Pedro Vieira Mota. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

MOREIRA ALVES, José Carlos. *Direito romano*. 10. ed. v. I. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

NAFFAH NETO, Alfredo. *Outr'em-mim: ensaios, crônicas, entrevistas*. São Paulo: Plexus, 1998.

NALINI, José Renato. *O juiz e o acesso à justiça*. 2. ed. São Paulo: RT, 2000.

NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. Obras incompletas. In: *Os pensadores*. Tradução e notas de Rubens Rodrigues Torres Filho. São Paulo: Nova Cultural, 2000.

NOVOA MONREAL, Eduardo. *O direito como obstáculo à transformação social*. Tradução de Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Fabris, 1988.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 1997.

_____. Procedimento e ideologia no direito brasileiro atual. *Revista Ajuris*. Porto Alegre: Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, n. 33, ano XII, p. 79-85, mar. 1985.

OLIVEIRA JR., José Alcebíades de (org.). *O novo em direito e política*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

PASUKANIS, Eugeny Bronislanovich. *A teoria geral do direito e o marxismo*. Tradução de Paulo Bessa. Rio de Janeiro: Renovar, 1989.

PERELMAN, Chaïm. *Ética e direito*. Tradução de Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

_____. *Lógica jurídica: nova retórica*. Tradução de Verginia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

_____. *Retóricas*. Tradução de Maria Ermantina Galvão G. Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

_____, OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da argumentação: a nova retórica*. Tradução de Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *O problema fundamental do conhecimento*. Campinas: Bookseller, 1999.

PORTANOVA, Rui. *Motivações ideológicas da sentença*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

_____. *Princípios do processo civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

PORTO, Sérgio José. Direito, Ufrgs – 1970. *Correio do Povo*, Porto Alegre, 9 mar. 2001, p. 4.

PUGGINA, Márcio Oliveira. Deontologia, magistratura e alienação. *Revista Ajuris*. Porto Alegre: Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, n. 59, ano XX, p. 169-198, nov. 1993.

QUINTON, Anthony. *Hume*. Tradução de José Oscar de Almeida Marques. São Paulo: Unesp, 1999.

RADBRUCH, Gustav. *Introdução à ciência do direito*. Tradução de Vera Barkow. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Tradução de Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

_____. *Fundamentos do direito*. 3. ed. São Paulo: RT, 1998.

_____. *Lições preliminares de direito*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. *Teoria tridimensional do direito*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

RECASÉNS, SICHES, Luis. *Tratado de sociologia*. Tradução de João Baptista Coelho Aguiar. v. I. Porto Alegre: Globo, 1968.

_____. _____. v. II. Porto Alegre: Globo, 1968.

REVISTA de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Porto Alegre. v. 207, p. 29-36, ago. 2001.

REVISTA Trimestral de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Brasília. v. 136, p. 1292-1306, jun. 1991.

ROCHA, Leonel Severo. *Epistemologia jurídica e democracia*. São Leopoldo: Unisinos, 2001.

_____. *Paradoxos da Auto-observação*. Curitiba: JM, 1996.

ROENICK, Henrique Osvaldo Poeta. Da necessidade de uma visão crítica do direito. *Revista Ajuris*. Porto Alegre: Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, n. 44, ano XV, p. 153-165, nov. 1988.

ROHMANN, Chris. *O livro das idéias: pensadores, teorias e conceitos que formam nossa visão de mundo*. Tradução de Jussara Simões. Rio de Janeiro: Campus, 2000.

ROSENFELD, Denis, ZINGANO, Marco *et. al.* *Filosofia política: nova série*. v. 4. Porto Alegre: L&PM, 1999.

ROSS, Alf. *Direito e justiça*. Tradução de Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2000.

RUBIN, Isaak Illich. *A teoria marxista do valor*. Tradução de José Bonifácio de S. Amaral Filho. São Paulo: Brasiliense, 1980.

SADER, Emir (org.). *Sete pecados do capital*. Rio de Janeiro: Record, 1999.

SAINT-PIERRE, Héctor Luis. *Max Weber: entre a paixão e a razão*. 3. ed. Campinas: Unicamp, 1999.

SANGALLI, Idalgo José. *O fim último do homem: eudamonia aristotélica à beatitudo agostiniana*. Porto Alegre: Edipucrs, 1998.

SANTOS, Boaventura de Souza. *Introdução a uma ciência pós-moderna*. Rio de Janeiro: Graal, 1989.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 12. ed. 3. v. São Paulo: Saraiva, 1992.

SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *A Constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

_____. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

_____. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1998*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SAVATER, Fernando. *Ética para meu filho*. Tradução de Monica Stahel. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

SCHELER, Max. *Da reviravolta dos valores*. Tradução de Marco Antônio dos Santos Casa Nova. Petrópolis: Vozes, 1994.

_____. *Visão filosófica do mundo*. Tradução de Regina Winberg. São Paulo: Perspectiva.

SILVA, Moacyr Motta da. Princípio da razoabilidade como expressão do princípio da justiça e a esfera de poderes jurisdicionais do juiz. *Revista da ESMESC*. Florianópolis: Escola Superior da Magistratura do Estado de Santa Catarina, v. 6, ano 5, p. 79-92, mai. 1999.

SILVEIRA, José Luongo da. *Noções preliminares de filosofia do direito*. Porto Alegre: Fabris, 1998.

SNODGRASS, Mary Ellen. *Hiper-apontamentos Europa-América explicam clássicos gregos*. Tradução de Saul Barata. Portugal: Publicações Europa-América, 1988.

SOUZA, Jessé. O direito e a democracia moderna: a crítica de Habermas a Weber. In: ARRUDA JR., Edmundo Lima de (org.). *Max Weber: direito e modernidade*. Florianópolis: Letras Contemporâneas, 1996, p. 201-213.

SOVERAL, Eduardo Abranches de. *Ensaio sobre ética*. Lisboa: Imprensa Nacional – Casa da Moeda, 1993.

STRATHERN, Paul. *Schopenhauer em 90 minutos*. Tradução de Maria Helena Geordane. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

_____. *Súmulas no direito brasileiro: eficácia, poder e função*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. A efetividade do processo e a reforma processual. *Revista Ajuris*. Porto Alegre: Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, n. 59, ano XX, p. 253-268, nov. 1993.

TERRA, Ricardo Ribeiro (org.). *Duas introduções à crítica do juízo*. Tradução de Rubens Rodrigues Torres Filho. São Paulo: Iluminuras, 1995.

TESHEINER, José Maria Rosa. *Elementos para uma teoria geral do processo*. São Paulo: Saraiva, 1993.

TOULMIN, Stephen. *Os usos do argumento*. Tradução de Reinaldo Guarany. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

VELOSO, Dom Eurico dos Santos. *Fundamentos filosóficos dos valores no ensino religioso*. Petrópolis: Vozes, 2001.

VERGNIÈRES, Solange. *Ética e política em Aristóteles: physis, ethos, nomos*. Tradução de Constança Marcondes Cesar. São Paulo: Paulus, 1998.

WALKER, Ralph. *Kant: Kant e a lei moral*. Tradução de Oswaldo Giacóia Junior. São Paulo: UNESP, 1999.

WARAT, Luís Alberto. O sentido comum teórico dos juristas. In: FARIA, José Eduardo (org.). *A crise do direito numa sociedade em mudança*. Brasília: Universidade de Brasília, 1988, p. 31-42.

WEISCHEDEL, Wilhelm. *A escada dos fundos da filosofia: a vida cotidiana e o pensamento de 34 grandes filósofos*. Tradução de Edson Dognaldo Gil. São Paulo: Angra, 1999.

WOLKMER, Antonio Carlos. *Ideologia, estado e direito*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. *Introdução ao pensamento jurídico crítico*. 2. ed. São Paulo: Acadêmica, 1995.

_____. *Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura no direito*. 2. ed. São Paulo: Alfa Omega, 1997.