

# Revista de Informação Legislativa

Brasília • ano 40 • nº 158

abril/junho – 2003

Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal

# A norma no pragmatismo jurídico e a lógica do razoável

Um paralelo da filosofia jurídica de Oliver Wendell Holmes e de Luis Recaséns Siches

Márcia Ferreira Cunha Farias

## Sumário

Introdução. 1. Segurança jurídica, decisão judicial e o pragmatismo na tópica de Viehweg; 1.1. Direito e arbitrariedade. 1.2. A função pragmática das decisões judiciais e a necessária construção de uma lógica judicial argumentativa e concreta. 2. Recaséns Siches e a lógica do razoável. 2.1. Recaséns Siches e a filosofia do Direito. 2.2. Recaséns Siches e a lógica do razoável como mecanismo de segurança jurídica. 3. Dimensões da lógica do razoável. 3.1. Aspecto histórico e fático da lógica do razoável. 3.2. Aspecto valorativo da lógica do razoável. 3.3. Aspecto concreto da lógica do razoável. 3.4. Aspecto teleológico e cultural da lógica do razoável. 3.5. Aspecto proporcional da lógica do razoável. 4. O pragmatismo norte-americano. 4.1. O pragmatismo como teoria do significado na visão de seu fundador. 4.2. O aspecto moral do pragmatismo na visão de William James. 4.3. O aspecto jurídico do pragmatismo na visão de Holmes. 5. A lógica do razoável e a visão pragmática do Direito como métodos hermenêuticos de condução à segurança jurídica. 5.1. A lógica formal e a lógica do razoável. 5.2. A lógica formal e a lógica jurídica de Holmes. 5.3. A lógica jurídica de Holmes e a lógica do razoável como métodos hermenêuticos de condução à segurança jurídica.

## Introdução

Peter HÄBERLE, professor titular de Direito Público e de Filosofia do Direito da Universidade de Augsburg, na Alemanha, afirma que o Juiz não é o único intérprete da Constituição, pois os cidadãos e todos aque-

Márcia Ferreira Cunha Farias é Procuradora-Geral do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas do Distrito Federal. Mestranda em Direito Público pela UFPE.

les que participam da sociedade, indivíduos e grupos, a opinião pública, são forças vigorosas de interpretação, partindo do pressuposto de que não existe norma jurídica, senão norma jurídica interpretada (1997).

A decisão judicial não decorre da pura aplicação da lei considerando um determinado caso concreto. Ao contrário, a decisão judicial é, essencialmente, uma decisão humana. O Juiz não apenas aplica o Direito, mas o constrói.

O Juiz, ao proferir a sentença, ponto final do processo decisório, faz uma adequação da norma, genérica e abstrata, a uma realidade concreta, transformando em Direito aplicado um Direito posto.

O ponto relevante da obra de Recaséns SICHES consiste em que, independentemente da vontade da lei ou da vontade do legislador, o processo de individualização das leis nas decisões judiciais refere-se, mais especificamente, à sua concretude e à sua temporalidade. Assim, o juiz, como afirma Margarida Lacombe CAMARGO, ao privilegiar os efeitos concretos do Direito na sociedade, “muitas vezes depara-se com a necessidade de uma releitura da lei para fazer justiça, ou, ao menos, evitar injustiça. Mas, para escapar de qualquer tipo de crítica ou acusação em virtude de terem agido arbitrariamente ou negligentemente, ameaçando a ordem e a estabilidade social, precisam os juízes elaborar uma justificativa que apresente uma aparência lógica e que seja, portanto, convincente. O que Recaséns SICHES almeja é que os juízes possam agir sem culpa; fazer justiça sem culpa, ‘sob a luz do meio-dia’” (1999, p. 167).

Em relação a Oliver Wendell HOLMES, a pedra angular de sua filosofia jurídica é a idéia de que o Direito é experiência, e não procedimento lógico<sup>1</sup>. HOLMES pregava que o magistrado, ao julgar, deveria observar, sempre, as circunstâncias do caso concreto e sua inserção na sociedade. Assim também a lei desenvolver-se-ia na mesma medida das mudanças sociais. O conceito de razoável, embora não explícito em HOL-

MES, expressa-se na adequação da norma à realidade social; novamente, contudo, o razoável não pode ser um conceito egocêntrico: HOLMES adotou a doutrina do *judicial restraint*, segundo a qual o juiz não deveria deixar que suas opiniões sociais dominassem a fundamentação de suas decisões.

É nesse contexto de estabilidade dinâmica que surge o postulado da segurança jurídica. Assim, a segurança jurídica pode ser vista como um valor transcendente ao ordenamento jurídico, no sentido de que a sua investigação não se confina ao sistema jurídico positivo, mas, antes, inspira os *nomos* que, no âmbito do Direito, atribuem-lhe efetividade. É preciso dar a cada cidadão a certeza de que, ao pleitear um direito junto ao Poder Judiciário, não será surpreendido com mudanças absurdas na aplicação da lei ou em sua interpretação; no entanto, deverá, também, ser garantida a adequação da norma às circunstâncias fáticas do caso.

O presente trabalho tem por objetivo demonstrar que a lógica do razoável de Recaséns SICHES e a visão da norma no pragmatismo de Oliver Wendell HOLMES constituem métodos hermenêuticos que se coadunam com a Tópica e a Argumentação. Além disso, podem conduzir à segurança jurídica, posto que razoável não é simplesmente o que cada juiz entende por “razoável” – necessária se faz a busca do razoável *nos limites impostos pela lei* e que tendem a conduzir a uma uniformidade mínima, em respeito a essa segurança jurídica.

## 1. Segurança jurídica, decisão judicial e o pragmatismo na tópica de Viehweg

### 1.1. Direito e arbitrariedade

Conforme ensina Recaséns SICHES:

“La arbitrariedad consiste, pues, en que el poder público, con un mero acto de fuerza, salte por encima de lo que es norma o criterio válido y vigente en un caso concreto y singular, sin

responder a ninguna norma o criterio, o principio de carácter general, y sin crear una nueva regla que anule la anterior y la sustituya. Podemos decir metafóricamente del mandato arbitrario que no tiene padres ni engendra hijos; es decir, que no se basa en un criterio, principio o norma general, y que a su vez no engendra ninguna nueva norma. El mandato arbitrario es el que simplemente responde a un mero *porque sí, porque me da la gana*, porque así es me antoja; en suma, el que corresponde a un capricho que no dimana de un criterio general. En cambio, el mandato jurídico es el fundado en normas, criterios o principios objetivos, de una manera regular y que tiene validez para todos los casos análogos que se presenten.

Es precisamente característica esencial de la norma jurídica *el ligar de modo necesario al mismo poder que la dictó* – se entiende, mientras ese poder no la derogue con carácter general, en ejercicio de una competencia de igual rango que la que tenía la autoridad que había creado la norma anterior” (1979, p. 108).

A arbitrariedade para Recaséns SICHES é uma afronta direta ao ordenamento jurídico. É a indevida unificação entre a atividade legislativa e a atividade judicial de uma forma absoluta. É o desrespeito, por ato injustificado por regras ou princípios, ao conjunto de normas estabelecidas previamente para regular a relação social; é a busca da solução do problema fora do sistema jurídico; é a incerteza do jurisdicionado do destino a ser dado à sua lide.

Nos termos das colocações de Margarida CAMARGO:

“O pensamento jurídico moderno, ou as várias correntes filosóficas que pensaram o direito no século XIX, tiveram suas preocupações em torno dos valores que servem de essência ao próprio Direito. Seriam eles: a justiça,

a certeza e a segurança. Entendemos que toda condição ética e moral concentra-se no âmbito da justiça, assim como a ordem se refere à certeza e à segurança. É repassarmos a história do mundo moderno para percebermos que, mesmo antes da questão da ‘justiça’, impõe-se a necessidade da ‘segurança’” (1999, p. 57).

A segurança e a ordem são os valores típicos do mundo moderno. Com eles deu-se a criação do Estado de Direito, cujo objetivo foi o de estabelecer previsões e evitar o arbítrio.

Sobre o Estado de Direito, rica é a colocação de SICHES:

“El poder público está ligado por las normas formalmente válidas, incluso por las mismas que él haya dictado; y obra jurídicamente sólo en la medida en que se acomode a ellas, y dentro de las facultades, que las mismas le concedam” (1979, p. 109).

Conforme sintetiza José Afonso da SILVA (1995, p. 113-122), as características do Estado de Direito, ou do Estado Liberal de Direito, eram:

- (a) submissão ao império da lei;
- (b) divisão de poderes;
- (c) enunciado e garantia dos direitos individuais.

O individualismo e o neutralismo do Estado liberal conduziram a graves injustiças, e a necessidade de justiça social trouxe a concepção do Estado Social de Direito, com o perfil de compatibilização entre o capitalismo e o assistencialismo.

Na verdade, a igualdade, na concepção clássica do Estado de Direito, tinha por fundamento a generalidade das leis, elemento puramente formal e abstrato. No cotidiano da sociedade, não havia como efetivar essa igualdade.

Mais recentemente, as Constituições dos Estados buscam efetivar o Estado Democrático de Direito, que tem por fim a organização social institucionalizada e a garantia eficaz dos direitos por meio de princípios,

da hierarquia de normas, da democracia, dos direitos fundamentais, da justiça social e da divisão de poderes (SILVA, 1995, p. 122-123).

Por outro lado, na pós-modernidade, a segurança e a ordem não são vistas como valores absolutos garantidos pelo formalismo do racionalismo jurídico-matemático que caracterizou a Escola da Exegese<sup>2</sup>.

Abre-se espaço para o valor da justiça, garantido pela razoabilidade referente a cada caso concreto.

Nesse aspecto, não se pode confundir o ato arbitrário com o poder judicial criador. No arbítrio, ocorre um mero capricho, como já transcrito de Siches (*porque sí, porque me da la gana*). A decisão arbitrária não se vincula a nenhum elemento do ordenamento jurídico, seja ele princípio ou regra.

No Estado Democrático de Direito, a esfera na qual os Tribunais atuam não é um espaço privado, mas, sim, um espaço público, na medida em que suas decisões produzem reflexos na sociedade, no Estado que se quer democrático e na vida dos cidadãos. Isso porque, enquanto os Poderes Legislativo e Executivo buscam no voto popular sua legitimidade, o Poder Judiciário há de alcançá-la no exercício pleno das atribuições que lhe são conferidas pela soberania popular, somente podendo ser fiscalizada e controlada a correção desse exercício por meio da publicidade dos meios de tomada de decisões, que definam a maneira com que se fez uma opção entre as existentes (HABERMAS, 1997, p. 17).

A importância da função de justificação da decisão posta pelo Poder Judiciário revela-se em preceito constitucional, na medida em que a fundamentação das decisões judiciais está expressamente prevista no art. 93, inciso IX, *verbis*:

“IX - todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei, se o interesse público o exigir, limitar a presença, em determinados atos, às

próprias partes e seus advogados, ou somente a estes” (grifo nosso).

### *1.2. A função pragmática das decisões judiciais e a necessária construção de uma lógica judicial argumentativa e concreta*

A argumentação jurídica figura, também, como expressão da racionalidade da dogmática jurídica. No entanto, interessa não apenas ao jurista ou ao filósofo do Direito, como também ao cidadão participante das questões relativas à coisa pública. Portanto, a função pragmática do Direito interessa não só ao caráter científico da ciência do Direito, mas, principalmente, à segurança das decisões judiciais.

#### *1.2.1. Relevância do pragmatismo no discurso jurídico*

A validade do pensamento pode estar comprometida numa forma linguística defeituosa ou pouco transparente. Daí a possibilidade de uma abordagem pragmática para as ciências sociais, uma vez que, nessa área do conhecimento, afiguram-se claras as deficiências semânticas da linguagem. Eis por que a lógica moderna deve ter um raio de abrangência muito maior que a clássica, justificando-se, pois, a criação de uma lógica própria para o trato das ciências sociais que ressalte o acentuado conteúdo pragmático da linguagem jurídica; logo, torna-se fundamental afirmar que, diante de textos normativos denotativamente imprecisos (vagos), como o texto constitucional, faz-se necessário o recurso à argumentação, como raciocínio que visa à aplicação das normas jurídicas aos casos concretos<sup>3</sup>.

Nesse sentido, o processo argumentativo não tem como ponto de partida evidências (juízo de realidade), mas sim juízos de valor, que são resgatados por meio das normas jurídicas. A argumentação no Direito pressupõe a articulação de um discurso com o fim de persuadir o órgão responsável pela decisão ou, ainda, por eventual revisão da decisão a aderir à interpretação que se quer ter como vinculante para o caso con-

creto (conflito social que exige decisão jurídica), ou, no caso da Suprema Corte, o convencimento de que a sua decisão (até por ser definitiva) é a mais acertada.

Segundo Aristóteles, há argumentações rigorosas, lógicas, estabelecidas a partir de princípios indubitáveis, evidentes, e há argumentações dialéticas, imprecisas, elaboradas a partir de meras opiniões e princípios dubitativos.

Se, no primeiro caso, fica fácil obter o convencimento dos destinatários da comunicação, o mesmo não ocorre com o último, que necessita de artifícios e estratégias para se impor. É aí que ressalta a importância da retórica, como arte de persuadir e convencer os ouvintes. Para Santo Isidoro de Sevilha, a retórica é a ciência do bem falar nos assuntos civis, para persuadir o ouvinte de coisas justas e boas, com abundância de eloquência.

Ora, o Direito, em toda a sua complexa realidade, consiste justamente numa tarefa de convencer e persuadir a respeito de certas situações, o que o torna eminentemente argumentativo e hermenêutico.

Tal tarefa, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, mostra-se fundamental, tendo em vista até a impossibilidade de reforma de seus pronunciamentos, que só poderão ser objeto de crítica da opinião pública.

Há que ressaltar os aspectos pragmáticos da linguagem jurídica nesse particular, em virtude de que os discursos que tentam fazer prevalecer uma determinada interpretação das normas jurídicas possuem apenas um uso ou função informativos (enquanto meras descrições das normas jurídicas), mas surgem como explicitamente diretos e expressivos, porquanto destinados a influir na decisão a ser tomada pelo órgão competente, e também porque envolvem não apenas aspectos racionais, mas também emotivos, em face da carga emocional dos termos e expressões invocados em sustentação a uma determinada interpretação.

A retórica assume, nesse contexto, papel primordial enquanto processo argumenta-

tivo que, ao articular discursivamente valores, tem por objetivo a persuasão dos destinatários da decisão jurídica quanto à razoabilidade da interpretação prevalecente<sup>4</sup>.

A fundamentação das decisões judiciais expressa-se por meio de discursos retóricos, como processos argumentativos que, ao articular valores, visam a persuadir as partes e os órgãos responsáveis por eventual revisão dessa decisão da razoabilidade da interpretação esposada pelo órgão prolator da mesma. Põe-se em relevância, desse modo, que, além das peças e das sustentações orais produzidas pelas partes do processo, também os atos decisórios do Poder Judiciário apresentam, nesse contexto, um conteúdo eminentemente retórico.

Nesse sentido, Learned Hand (CARTER, 1985, p. 258), Juiz da Suprema Corte norte-americana, ilustra que “um juiz deve pensar em si mesmo como um artista... que embora conheça os manuais, nunca deveria confiar neles para guia; em última instância, deve confiar no sentido instintivo acerca de onde reside a separação entre a palavra e os propósitos que subjazem atrás dela; deve atuar de forma a ser correto com ambos”. Assim, o autor prega a necessidade da busca dos valores na norma jurídica, os quais são objeto precípua da lógica do razoável e da visão de norma no pragmatismo jurídico de Holmes.

### *1.2.2. O conteúdo pragmático do Direito e o pensamento tópico*

Em seu livro *Tópica e jurisprudência*, Theodor VIEHWEG (1979) analisa o pensamento dogmático que tem predominado no direito através dos séculos e procura demonstrar o caráter do discurso de que se utilizam os juristas, notadamente nas práticas judiciais, ressaltando o caráter aporético da jurisprudência (conflito entre opiniões).

Desde logo, cumpre observar que, diferentemente dos sistematizadores dos quais Kelsen é o exemplo mais típico, Viehweg não criou nem propôs um novo tipo de discurso para o direito, mas vislumbrou-o ao anali-

sar as produções jurídicas em que tal discurso se encontrava latente ou implícito. O método tópico-retórico não foi, pois, criado por Viehweg, mas reencontrado e difundido pelo pensador alemão.

A tópica é muito antiga e teve opositores como Sócrates e Platão, que a consideravam como uma condenável arte de disputar pertencente ao domínio dos retóricos e sofistas. Aristóteles, que lhe deu nome de “Topika”, reservou para a filosofia o discurso apodíctico e para a tópica, o discurso dialético, significando com isso que aquela se ocupa do verdadeiro, enquanto esta, do meramente opinável. O pensador grego chegou a projetar um catálogo de tópicos universais para todos os problemas pensáveis e Cícero utilizou conscientemente o discurso tópico-retórico.

Sinteticamente, a tópica constitui técnica de pensamento que se orienta a partir do problema que se quer solucionar. Opõe-se ao pensamento sistemático, que se orienta a partir de um paradigma geral. Segundo o pensamento tópico, o que releva é a solução do problema, não importando a qual ou a quais sistemas tenha-se de recorrer para isso – é uma busca de caminhos para eliminar uma aporia. Segundo o pensamento sistemático, o que importa é a fidelidade ao sistema: se determinado problema não encontra solução dentro do sistema utilizado, é porque se trata de um problema insolúvel. Para o pensamento tópico, pelo contrário, não existe problema insolúvel.

A técnica do pensamento problemático, portanto, não parte do ponto de vista geral para resolver o caso particular; pelo contrário, põe o problema particular no primeiro plano de atenção e, sem jamais perdê-lo de vista, faz incursões nos diversos sistemas existentes em busca de pontos de vista que lhe sejam pertinentes. Esses pontos de vista são os *topoi* ou tópicos, lugares-comuns revelados pela experiência bem sucedida. Isolados, não têm os tópicos nenhuma relação entre si. O que os relaciona e atrai são os dados do problema e o que os elegeram

rejeita é a solução que se pretenda dar ao problema.

Segundo VIEHWEG (1979), existem tópicos universais e tópicos somente aplicáveis a determinado ramo do saber.

A verdade é que os tópicos encontram-se em todos os ramos do conhecimento, não apenas nas chamadas ciências humanas, mas até mesmo em algumas das ditas ciências exatas. O próprio legislador por vezes os recolhe, dando-lhes *status* de lei. Os tópicos nada mais são que opiniões acreditadas que, por seu poder retórico, dispensam verificação ou demonstração. Eles nada têm com a verdade (tomada essa palavra com seu usual sentido absoluto), mas sim com a verossimilhança. As conclusões que se obtêm, quando tópicos são tidos como premissas, não são lógicas, mas dialéticas. Portanto, a tópica é uma prática de argumentação.

Com base na leitura da obra de VIEHWEG e na de Aristóteles, identificam-se, pois, cinco passos a serem seguidos pelo operador jurídico com a finalidade de convencer sua platéia (aspecto pragmático da linguagem) e, conseqüentemente, comunicar-se:

1º passo: a determinação do problema, ou seja, a identificação e delimitação do caso com todas as suas circunstâncias;

2º passo: o inventário dos tópicos pertinentes ao caso;

3º passo: a seleção dos tópicos pró e contra, agrupando-os segundo as soluções possíveis para o caso;

4º passo: a montagem da argumentação, exaltando os tópicos pró e desqualificando (refutando ou omitindo) os tópicos contra em relação à solução eleita pelo intérprete;

5º passo: a síntese da conclusão julgada justa.

Observa-se que, subjacente ao raciocínio de Viehweg, encontra-se a noção da importância do fato concreto para a resolução do problema jurídico, conforme ressaltado por Recaséns Siches na análise da realidade fáctica que se constitui em uma das características *del logos de lo razonable*; do mesmo modo, parte Holmes da experiência, da re-

petição de casos concretos, para apresentar a lógica jurídica<sup>5</sup>.

## 2. *Recaséns Siches e a lógica do razoável*

### 2.1. *Recaséns Siches e a filosofia do Direito*

Luís Recaséns Siches, Professor catedrático da Universidade de Madrid e professor emérito da Universidade Nacional do México, filósofo, advogado e historiador, foi discípulo de Ortega Y Gasset e buscava integrar o valor histórico da existência humana como pressuposto para elaboração de uma teoria de valores.

Na visão de REALE, sobre filósofos jurídicos relacionados à teoria tridimensional do direito, “lugar à parte ocupa Luís Recaséns Siches, o qual, através de uma original concepção inspirada nos princípios do ‘raciovitalismo’ de Ortega y Gasset, elaborou, inicialmente, um tridimensionalismo perspectivístico, que exerceu larga influência no mundo jurídico latino-americano, para, afinal, acolher a solução por mim proposta, em termos de ‘tridimensionalidade específica’”(2001, p. 41).

Recaséns SICHES tinha, como Reale, uma visão tridimensional do Direito em valor, norma e fato:

“Nessa concepção conservam-se as três dimensões de que tenho tratado – valor, norma e fato –, porém indissolúvelmente unidas entre si em relações de essencial implicação. O direito não é um valor puro, nem é mera norma com certos característicos especiais, nem é um simples fato social com notas particulares. O Direito é uma obra humana social (fato) de forma normativa destinada à realização de valores”(1975, p. 159).

Portanto, é relevante a contribuição de Recaséns Siches à teoria tridimensional, no estudo da conceituação do direito e no da concreção do fenômeno normativo, visto ser o direito um produto de cultura, e, por con-

seguinte, histórico, cujas três dimensões não se dão como três objetos justapostos, mas são, ao contrário, três aspectos essencialmente entrelaçados, de modo indissolúvel e recíproco.

Nesse aspecto, ressalta REALE :

“Em outro ponto a doutrina de Recaséns coincide com a que venho expondo, embora por outros fundamentos: é quanto à historicidade essencial da experiência jurídica, que não exclui mas antes implica o reconhecimento das que denomino invariantes axiológicas, condicionadoras das situações sociais históricas particulares. O pensamento de Recaséns situa-se nos quadros de uma ampla compreensão do direito como experiência que se desenvolve segundo exigências da ‘razão vital’ e da razão histórica, não segundo relações lógico-matemáticas do logos da razão abstrata, mas sim em consonância com o logos concreto do razoável, que encontra nos motivos existenciais a sua fonte constitutiva”(2000, p. 42).

Margarida Lacombe CAMARGO, por outro lado, coloca a contribuição de Recaséns Siches no âmbito do que ela chama de pós-positivismo:

“Luís Recaséns Siches escreve a ‘Nova Filosofia da Interpretação do Direito’ sob o impacto da crise vivida pelo direito nos anos que se seguiram à Segunda Guerra Mundial, e que deu origem ao que podemos chamar agora de *pós-positivismo*. Entendemos como pós-positivismo o pensamento jusfilosófico que enfrenta mais de perto as insuficiências do modelo lógico-formal para o tratamento das questões jurídicas.

Recaséns Siches fala em crise, baseando-se no fato de que os valores da sociedade de sua época não correspondiam mais aos valores consagrados anteriormente. A certeza e a objetividade trazidas pelo científicis-

mo e pelo formalismo não se adequavam mais ao clamor da verdadeira justiça, encontrada na sociedade. Caem os sistemas formais e a filosofia do direito tem que dar conta de uma nova fundamentação e método que então se impunham”(1999, p. 157).

Dirceu GALDINO ressalta a contribuição de Recaséns Siches na lógica do razoável:

“A lógica do razoável quebra a lógica formal (tradicional), porque reconhece que a norma jurídica é um produto da vida humana, e, especificamente, é vida humana objetivada. Em sua estrutura, a norma, imposta pelo Estado, incorpora um tipo de ação humana, que se torna uma conduta para ação, um critério ou um plano. Contudo, esses elementos não podem ser captados inteiramente pela lógica formal, insensível às suas características específicas. Para apreender-lhes a essência, tornam-se imprescindíveis métodos adequados que se afeiçoem à natureza do objeto – a vida humana – e que também decorram da razão.

Frente à vida humana há que ser adotada uma atitude finalística, valorativa. Daí não se captar a norma jurídica, em sua essencialidade, senão com métodos tomados da lógica, mas de uma lógica especial, a lógica do *razonable*. Essa lógica tem por pressuposto experiências humanas, realidades e juízos de valor. Alicerçando-se nesses elementos, aprecia-se e revive-se uma norma jurídica, em cada caso; de maneira que a solução por ela apresentada para um caso determinado não terá a generalidade que a lógica tradicional apregoa, porém estará impregnada de particularidade valorativa, de especificidade”(1990).

## 2.2. Recaséns Siches e a lógica do razoável como mecanismo de segurança jurídica

Ao constatar que a filosofia jurídica acadêmica do século XX não vinha desempe-

nhando papel suficientemente importante no desenvolvimento do Direito de nossa época, Recaséns Siches buscou, para alargar os horizontes de juízes e advogados, idéias que servem como fonte de inspiração para o aperfeiçoamento do Direito positivo.

Entre suas contribuições, a que mais se destaca no âmbito deste estudo é a proposta articulada de uma nova filosofia da interpretação do Direito que propõe uma revisão das concepções tradicionais da função judicial e dos métodos interpretativos, mas, também e sobretudo, procura definir as bases teóricas de uma lógica material do Direito, a ser utilizada em substituição à lógica tradicional: trata-se da lógica do razoável.

Em sua obra sobre uma nova filosofia de interpretação, em contraponto à lógica formal, afirma Recaséns SICHES:

“El Derecho es seguridad; pero, seguridad en que? Seguridad en aquello que se considera justo y que a la sociedad de una época le importa fundamentalmente garantizar, por estimarlo ineludible para sus fines. (...) Lo que el derecho debe proporcionar es precisamente seguridad en lo justo.

(...) Lo que el Derecho puede ofrecernos es sólo un relativo grado de certeza y seguridad, un mínimo indispensable de certeza y seguridad para la vida social”(1986, p. 15).

Conforme assinala Margarida CARMARGO, na época em que Recaséns Siches desenvolve sua teoria da lógica do razoável, “o aparelho judicial do Estado é chamado a dar efetividade aos direitos sociais consagrados em lei após muito esforço e muita luta” (1999, p. 159).

Trata-se da visão de justiça distributiva que se impõe, retirando a exclusividade dos valores relativos à segurança da ordem social, sob a ênfase do individual. A crise que se verifica corresponde, na realidade, à tensão existente, por um lado, entre as exigências de certeza e segurança e os novos valores relativos à justiça; e, de outro, à necessi-

dade natural de ordem e estabilidade sociais, diante dos anseios, também naturais, por novas transformações que acompanhem o progresso.

Para defesa de uma nova filosofia, Recaséns Siches estabelece, em seu trabalho, nos termos de Margarida CAMARGO:

“uma distinção entre *filosofia jurídica acadêmica e filosofia jurídica não-acadêmica*. A primeira corresponde àquela ensinada nas universidades sob o título de Teoria Geral do Direito, cuja preocupação é divulgar conceitos de ordem geral cabíveis em todo e qualquer ordenamento jurídico como instrumento facilitador para o tratamento científico de questões específicas de direito. Seriam, basicamente, os conceitos de sujeito de direito, objeto jurídico, fato jurídico, relação jurídica, a distinção entre direito e moral, os ramos do direito etc. Diferente é a filosofia jurídica não-acadêmica, que se mostra mais preocupada com os problemas oriundos da prática jurídica, independentes de conceitos de ordem geral. O aplicador do direito muitas vezes se depara com problemas que dificultam a escolha da norma certa para o caso certo, bem como a escolha do conteúdo certo para aquele caso”(1999, p. 159-160).

Assim, a filosofia não-acadêmica almeja resolver questões pertinentes à interpretação e à aplicação do Direito. Notando a importância do valor jurídico *certeza*, sem se descuidar da *justiça*, Recaséns Siches procura um método, uma lógica própria para as questões humanas.

Não sendo arbitrário, o agir humano possui uma razão própria, distinta das que movem os fenômenos da natureza. As obras humanas são dotadas de sentido, de finalidade, de objetivo. Assim, meios e fins se relacionam, também, no contexto da referência histórica.

Nas palavras do próprio Recaséns SICHES:

“El análisis de la humana existencia y, sobre todo, de la acción humana descubre los siguientes puntos:

A) Que el hombre actúa u opera siempre en un mundo concreto, en una circunstancia real, limitada y caracterizada por rasgos y condiciones particulares.

B) Que ese mundo concreto es limitado, es decir, que ofrece algunas posibilidades, pero que carece de otras posibilidades.

C) Que en la búsqueda, mediante la imaginación, de lo que es posible producir en ese mundo limitado y concreto para resolver el problema de una necesidad, intervienen múltiples valoraciones: Primero, sobre la adecuación de la finalidad o meta para satisfacer la necesidad en cuestión; segundo, sobre la justificación de ese fin desde varios puntos de vista estimativos: utilitario, moral, de justicia, de decencia, etcétera; tercero, sobre la corrección ética de los medios; y cuarto, sobre la eficacia de los medios.

D) Que en todas las operaciones para establecer el fin y para encontrar los medios, los hombres se guían no sólo por las luces de sus mentes personales, sino también por las enseñanzas derivadas de sus propias experiencias y de las experiencias ajenas”(1979, p. 257).

Toda obra humana não é valor puro, mas ação humana, ou produto desta ação. Nesse aspecto, a norma jurídica como um produto histórico intencionalmente referido a valores deve levar em conta a lógica do razoável.

Siches pode ser visto como autor que prega a importância do problema, do fato social para o Direito, da mesma maneira pragmática de Viehweg:

“Com a idéia inicial de lógica material, Recaséns Siches se posiciona junto a autores como Viehweg e Perelman, que tratam o direito de forma

assistemática. Recaséns Siches não enfrenta propriamente a questão metódica proposta pela tópica aristotélica, resgatada por Viehweg, e nem a retórica, retomada por Perelman, que adotam como base de raciocínio opiniões ‘lugar comum’. Essas bases de verossimilhança, e não de verdades, levam à formulação de um raciocínio opinativo que guarda força apenas em seus argumentos; ao contrário do raciocínio matemático, que se apóia na certeza das inferências retiradas das premissas e que levam a uma solução correta. Não obstante a possibilidade de se estabelecer um raciocínio não-sistemático, à medida que se privilegia o problema – o fragmento, em lugar do todo –, e também poder, com o auxílio da tópica, iluminar o problema sob os seus diversos ângulos, são ambas as possibilidades aproveitadas por Recaséns Siches. Na realidade, seria esta a grande contribuição de Recaséns Siches: buscar, a partir do problema, a axiologia do direito”(CAMARGO, 1999, p. 166-167).

HOLMES, num mesmo sentido, ressalta que o Direito está aberto a novas interpretações diante de mudanças nos hábitos sociais; e as decisões judiciais espelham as circunstâncias temporais e geográficas em que são proferidas:

“Such matters really are battle grounds where the means do not exist for determinations that shall be good for all time, and where the decision can do no more than embody the preference of a given body in a given time and place. *We do not realize how large a part of our law is open to reconsideration upon a slight change in the habit of the pulic mind*”(apud MARKE, 1955, p. 70).

Essa afirmativa de Holmes serve a demonstrar, também – principalmente hoje, em que os meios de comunicação de massa, ou a mídia, são amplos e velozes –, como a opinião pública influi na decisão judicial.

A consciência social e o momento histórico, em Holmes, são de extremo peso nas ponderações da fundamentação da decisão.

### 3. Dimensões da lógica do razoável

Para Recaséns SICHES (1979, p. 258-259), há *sete* características basilares da lógica do razoável, a saber:

- ser limitada pela realidade concreta do mundo em que opera – aspecto histórico da lógica do razoável;
- ser impregnada de valores – aspecto valorativo da lógica do razoável;
- seus valores são concretos, vinculados a uma determinada situação humana – aspecto concreto da lógica do razoável;
- busca objetivos e finalidades no agir humano – aspecto teleológico da lógica do razoável;
- as finalidades e os objetivos condicionam-se à realidade humana – aspecto cultural da lógica do razoável;
- rege-se por razões de congruência e adequação – aspecto proporcional da lógica do razoável;
- vincula-se aos ensinamentos extraídos da experiência humana e histórica – aspecto fático da lógica do razoável.

Em face da semelhança ou correlação de algumas dessas características, vamos agrupá-las em cinco categorias, que serão detalhadas a seguir:

- aspecto histórico e fático da lógica do razoável
- aspecto valorativo da lógica do razoável
- aspecto concreto da lógica do razoável
- aspecto teleológico e cultural da lógica do razoável
- aspecto proporcional da lógica do razoável

#### 3.1. Aspecto histórico e fático da lógica do razoável

Conforme ensina Recaséns SICHES:

“A la vista de este esbozo de análisis de la acción humana, resulta posible darse cuenta de que la lógica de la

acción humana o lógica de lo razonable, presenta, entre otras, las siguientes características:

Primero, está limitada o circunscrita, está condicionada y está influida, por la realidad concreta del mundo en el que opera – en el Derecho, está circunscrita, condicionada e influida por la realidad de un mundo social e histórico particular, en el cual, con el cual y para el cual son producidas las normas jurídicas, lo mismo las generales (leyes), que las individualizadas (sentencias judiciales y resoluciones administrativas ).

(...)

Séptimo, la lógica de lo razonable está orientada por las enseñanzas extraídas de la experiencia de la vida humana y de la experiencia histórica, esto es, de la experiencia individual y de la experiencia social – presente y pasada –, y se desenvuelve instruida por esa experiencia”(1979, p. 258-259).

A dimensão histórica e fática da lógica do razoável ratifica a afirmação de que a lógica do razoável é a lógica da ação humana no mundo em que se encontra, datada e posicionada no espaço.

A norma jurídica surge em um determinado tempo e espaço e deve ser aplicada em outro tempo e espaço. Esses elementos temporais e espaciais são importantíssimos para a conformação da norma com a sua realidade.

Nesse sentido, importantíssima a colocação de Miguel REALE a respeito de a norma jurídica estar situada no tempo e no espaço e da necessidade de o intérprete adequá-la às necessidades sociais:

“Mas acontece que a norma jurídica está imersa no mundo da vida, ou seja, na nossa vivência cotidiana, no nosso ordinário modo de ver e de apreciar as coisas. Ora, o mundo da vida muda. Então acontece uma coisa que é muito importante e surpreendente: uma norma jurídica, sem sofrer qual-

quer mudança gráfica, uma norma do Código Civil ou do Código Comercial, sem ter alteração alguma de uma vírgula, passa a significar outra coisa. Querem um exemplo? Há um artigo do Código Civil, o de número 924, segundo o qual pode o Juiz reduzir a multa convencional no contrato proporcionalmente ao adimplemento da avença. Pois bem, na época de individualismo que se seguiu ao Código Civil de 1916 até a década de 30, que faziam os advogados? Os advogados são uns seres muito espertos, dotados de esperteza da técnica que é fundamental. Os advogados punham no contrato: a multa será sempre devida por inteiro, qualquer que seja o tempo de adimplemento do contrato. De maneira que aconteceu um caso muito doloroso em São Paulo, quando uma pobre costureira, que havia cumprido o contrato até o 20º mês, na compra de uma máquina de costura, não conseguiu pagar as duas últimas prestações. O credor exigia, além da devolução da máquina, mais a multa por inteiro. Ora, pela primeira vez na história do Direito brasileiro o Tribunal de Justiça de São Paulo declarou: ‘Alto lá! O contrato não pode prevalecer sobre a lei, sendo a ressalva contratual nula de pleno direito’. Até então não havia sido posta em dúvida a cláusula contratual, por entender-se que o artigo do Código Civil era apenas dispositivo. O Tribunal de São Paulo, ao contrário, entendeu, e entendeu bem, que essa norma legal era de ordem pública, dirigida ao juiz para um juízo de equidade. Além disso, determinou que o bem fosse avaliado, cabendo à costureira parte do valor apurado, o que a lei veio depois consagrar”(2000, p. 125).

### 3.2. *Aspecto valorativo da lógica do razoável*

Conforme ensina Recásens SICHES:

“A la vista de este esbozo de análisis de la acción humana, resulta posible darse cuenta de que la lógica de la acción humana o lógica de lo razonable, presenta, entre otras, las siguientes características:

(...)

Segundo, está impregnada de valoraciones, esto es, de criterios estimativos o axiológicos. Adviértase que esa dimensión valoradora es por completo ajena a la lógica formal, o a cualquier teoría de la inferencia. Ese estar impregnada de valoraciones es uno de los rasgos que decisivamente diferencia la lógica de lo razonable frente a la lógica de lo racional”(1979, p. 258).

A dimensão valorativa da lógica do razoável destaca a diferença entre a lógica formal e a lógica do razoável.

Em que medida se pode falar de uma “lógica jurídica”? Certamente não se trata da mera aplicação da lógica tradicional ao Direito; afinal, como bem aponta PERELMAN, não há mais sentido em falar de “lógica jurídica” quando nos referimos à aplicação da lógica geral aos fins específicos do Direito; assim como falarmos em “lógica bioquímica” ou “lógica zoológica” ao utilizarmos as leis da lógica geral aplicadas à bioquímica ou à física (1988, p. 13).

Excluída essa concepção, encontramos no pensamento jurídico duas tendências básicas sobre o conceito de lógica jurídica: para alguns, a lógica jurídica é parte de uma disciplina mais abrangente, a lógica deontica, que se ocupa de todos os campos do conhecimento que lidam com normas. Para essa corrente, a lógica jurídica é uma lógica que se ocupa da formalização da linguagem jurídica e tem por objetivo examinar as estruturas formais do Direito<sup>6</sup>.

Outra vertente doutrinária, na qual se incluem Recaséns Siches e Miguel Reale, constatou que a experiência jurídica tem demonstrado que, na prática cotidiana, os aplicadores do Direito se utilizam de uma série de técnicas intelectuais peculiares ao

seu campo, técnicas estas que, consideradas em conjunto, configuram inegavelmente uma espécie diferente de saber. Essa outra lógica, assim definida, chamada por alguns de lógica material do Direito (em oposição à lógica formal tradicional), é denominada por Recaséns SICHES *lógica do razoável*.

A expressão “lógica do razoável” denota a convicção de que esse saber a que nos referimos é um saber que atua dentro do campo da razão, mas ao mesmo tempo transcende as categorias da lógica formal. Trata-se de uma forma de conhecimento que, não obstante seja distinta da lógica formal, ainda reivindica para si o *status* da racionalidade.

### 3.3. Aspecto concreto da lógica do razoável

Conforme ensina Recaséns SICHES:

“A la vista de este esbozo de análisis de la acción humana, resulta posible darse cuenta de que la lógica de la acción humana o lógica de lo razonable, presenta, entre otras, las siguientes características:

(...)

Tercero, tales valoraciones son concretar, es decir, están referidas a una determinada situación humana real, a una cierta constelación social y, en consecuencia, deben tomar en cuenta todas las posibilidades y todas las limitaciones reales”(1979, p. 258).

A dimensão concreta da lógica do razoável destaca a necessidade de utilização dos elementos do caso particular, a dimensão da equidade da norma, da justiça do caso concreto.

Nesse aspecto, pode estar, inclusive, a escolha do método interpretativo mais eficaz para determinada situação fática sujeita à Ciência Jurídica.

Assim, tratando dos métodos hermenêuticos e da lógica do razoável em Siches, Gustavo PACHECO afirma:

“em cada caso o juiz deve interpretar a lei segundo o método que leve à solução mais justa entre todas as possíveis, inclusive

quando o legislador impertinente-mente tiver ordenado um determinado método de interpretação (...) O ordenamento jurídico positivo, e portanto o legislador, se propõe, através das normas que emite, obter o maior grau de realização da justiça, e dos valores por ela implicados, em uma determinada sociedade. Tal é, ao menos em princípio, a intenção de todo sistema de Direito positivo, independentemente de qual seja o grau, maior ou menor, em que tenha conseguido realizar com êxito este intuito. Assim, o legislador se propõe com suas leis a realizar da melhor maneira possível as exigências da justiça. Portanto, se o juiz trata de interpretar essas leis de modo que o resultado de aplicá-las aos casos singulares traga a realização do maior grau de justiça, não faz outra coisa senão servir exatamente ao mesmo fim a que se propôs o legislador. O juiz é muito mais fiel à vontade do legislador, e à finalidade a que este se propôs, quando interpreta as leis precisamente de tal maneira que sua aplicação aos casos singulares resulte o mais próximo possível da justiça, do que quando as interpreta de uma maneira literal, ou reconstruindo imaginativamente a vontade autêntica do legislador, se esses métodos aplicados ao caso aventado produzem uma solução menos justa” [grifo nosso](1994, p. 122).

Observe-se, por outro lado, que Recaséns Siches não defende o abandono do dogma da submissão do juiz ao Direito positivo, considerado por ele como garantia básica de justiça e do pleno funcionamento do ordenamento jurídico.

### *3.4. Aspecto teleológico e cultural da lógica do razoável*

Conforme ensina Recaséns SICHES:

“A la vista de este esbozo de análisis de la acción humana, resulta posi-

ble darse cuenta de que la lógica de la acción humana o lógica de lo razonable, presenta, entre otras, las siguientes características:

Cuarto, las valoraciones constituyen la base o apoyo para la formulación de los objetivos, esto es, para el establecimiento de las finalidades. Tales objetivos o finalidades impregnan la lógica de lo humano o de lo razonable; y dan a ésta su característica estructura especial.

(...)

Quinto, pero la formulación de objetivos o establecimiento de fines no sólo se apoya sobre valoraciones, sino que además está condicionado por las posibilidades que le ofrezca la realidad humana social concreta. El señalamiento de los fines u objetivos es el resultado de la combinación del conocimiento sobre una realidad humana social particular con unas valoraciones concebidas como pertinentes respecto de lo que se debe hacer con esa realidad”(1979, p. 258).

A dimensão teleológica e cultural da lógica do razoável destaca que a conduta humana é finalística.

Admite-se que toda conduta humana deve ser voluntária, isto é, que sem vontade não há conduta. A vontade implica sempre uma finalidade, porque não se concebe que haja vontade de nada ou vontade para nada; a vontade sempre é vontade de algo, isto é, a vontade sempre tem um conteúdo, que é uma finalidade. Assim, afirma SICHES:

“La estructura del hacer humano consiste en que se quiere hacer lo que se hace, por algo (por un motivo, que deriva de una urgencia, de una necesidad, de un afán) y para algo (con una finalidad), todo lo cual está dotado de sentido o significación”(1979, p. 18).

Nesse diapasão, colaciona-se o pensamento de REALE:

“Toda pessoa é única e nela já habita o todo universal. Deve, assim, ser

vista como centelha que condiciona a chama e a mantém viva, e na chama a todo instante crepita, renovando-a criadoramente, sem reduzir-se uma à outra. Embora precária a imagem, o que importa é tornar claro que dizer pessoa é dizer singularidade, *intencionalidade, liberdade, inovação, transcendência, o que se torna impossível em qualquer concepção transpersonalista*”(2000, p. 135).

### 3.5. Aspecto proporcional da lógica do razoável

Conforme ensina Recaséns SICHES:

“A la vista de este esbozo de análisis de la acción humana, resulta posible darse cuenta de que la lógica de la acción humana o lógica de lo razonable, presenta, entre otras, las siguientes características:

(...)

Sexto, consiguientemente la lógica de lo razonable está regida por razones de congruencia o de adecuación:

A) Entre la realidad social y los valores, es decir: cuáles sean los valores apropiados para la ordenación de una determinada realidad social.

B) Entre los valores y los fines u objetivos, esto es, cuáles sean los objetivos valiosos.

C) Entre los objetivos y la realidad social concreta, esto es: cuáles sean los propósitos de posible y conveniente realización.

D) Entre los fines u objetivos y los medios, en cuanto a la adecuación de los medios para los fines.

E) Entre los fines y los medios respecto de la corrección ética de los mediar. Se trata de evitar la caída abismal en la perversa máxima de que el fin justifica los medios; máxima de intrínseca maldad, porque cuando se trata de servir un fin bueno con medios malos el fin pierde la bondad, contagiándose de los medios.

F) Entre los fines y los medios, en lo que se refiere a la eficacia de los medios”(1979, p. 258-259).

A dimensão proporcional ou da razoabilidade da lógica do razoável destaca um aspecto muito em voga na hermenêutica constitucional, o de que as leis devem ser adequadas às suas finalidades.

A idéia de razoabilidade permeou grande parte da produção intelectual de Recaséns SICHES, que enfatiza que toda a produção do Direito (que se inicia com o trabalho legislativo e culmina com a aplicação concreta às situações individuais) deve estar inspirada pela noção do razoável, cuja análise não se restringe aos elementos objetivos, mas inclui as circunstâncias espaço-temporais que limitam, influem e condicionam o homem, como ente possuidor de valores (1971, p. 533).

Gilmar Ferreira MENDES utiliza proporcionalidade e razoabilidade como expressões intercambiáveis e contidas na cláusula do devido processo legal do artigo 5º, LIV, da Constituição Federal. Essa conclusão foi obtida após a análise de decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, especialmente quanto ao julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 958-3-RJ, acerca da constitucionalidade do artigo 5º, seus parágrafos e incisos, da Lei n. 8.713, de 30 de setembro de 1993:

“Portanto, o Supremo Tribunal Federal considerou que, ainda que o legislador pudesse estabelecer restrições ao direito dos partidos políticos de participar do processo eleitoral, a adoção de critério relacionado com fatos passados para limitar a atuação futura desses partidos parecia manifestamente inadequada e, por conseguinte, desarrazoada.

Essa decisão consolida o desenvolvimento do princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade como postulado constitucional autônomo que tem sua *sedes materiae* na disposição constitucional que disciplina o devi-

do processo legal (art. 5º, inciso LIV). Por outro lado, afirma-se de maneira inequívoca a possibilidade de declarar a inconstitucionalidade da lei em caso de sua dispensabilidade (inexigibilidade), inadequação (falta de utilidade para o fim perseguido) ou de ausência de razoabilidade em sentido estrito (desproporção entre o objetivo perseguido e o ônus imposto ao atingido)”(1994, p. 469-475).

#### 4. O pragmatismo norte-americano

“Consider what effects, that might conceivably have practical bearings, we conceive the object of our conception to have. Then, our conceptions of these effects is the whole of our conception of the object”.

Charles S. Peirce<sup>7</sup>

Segundo ABBAGNANO, “o pragmatismo é a forma que foi assumida, na filosofia contemporânea, pela tradição clássica do empirismo inglês”. Para Locke, como para Hume, pode-se considerar válido qualquer produto da atividade humana, desde que seja possível encontrar na experiência os elementos de que resulta e desde que esses sejam relacionados entre si do mesmo modo que na experiência (2000, p. 7).

Para Peirce, fundador do Pragmatismo, esse é “um método de tornar claras as idéias, relacionando-as com seus efeitos”<sup>8</sup>.

Assim, na longa discussão entre o empirismo e o idealismo, o pragmatismo aproxima-se do empirismo, conforme destaca Peirce, em seu artigo “How to make our ideas clear”<sup>9</sup>.

Tratando da investigação científica, Peirce destaca que há diferentes modos para estudar a velocidade da luz. Entretanto, todos eles convergem para um determinado núcleo comum. Assim, diferentes concepções fluem para a verdade, que é a realidade<sup>10</sup>.

O Pragmatismo surge na Universidade de Harvard nos EUA, no final do século XIX e início do século XX. Devem-se ressaltar

para sua compreensão os seus três autores clássicos: Charles Peirce, William James e John Dewey.

No âmbito deste trabalho que se volta à segurança jurídica das decisões judiciais, analisaremos somente os dois primeiros autores acima citados, pois que fundamentais à compreensão da filosofia pragmática do *Justice* HOLMES.

##### 4.1. O pragmatismo como teoria do significado na visão de seu fundador

Charles Peirce, autor com vasta bibliografia em temas que hoje seriam chamados de “filosofia da ciência”, a partir dos quarenta e oito anos de idade, consagrou-se à filosofia. Foi, também, bastante conhecido pelo desenvolvimento da lógica simbólica e da semiótica, a teoria dos signos e símbolos.

Nunca escreveu um livro. Viveu e trabalhou na obscuridade. Foi seu amigo William James, que tornou o pragmatismo americano conhecido mundo afora (cf. KURTZ, 1969, p. 45).

Para Peirce, o conhecimento não é um fato impessoal; adquire-se conhecimento como participante e não como mero espectador. Nesse diapasão, ABBAGNANO sintetiza:

“A tese filosófica fundamental de Peirce é que o único fim de toda a indagação ou forma de proceder racional é o estabelecimento de uma crença, entendendo-se por crença um hábito ou uma regra de ação que, mesmo que não conduza imediatamente a um acto, torna possível um dado comportamento quando a ocasião se apresenta” (2000, p. 9).

Nada é definitivo no nosso conhecimento. ABBAGNANO, citando Peirce, afirma que *uma proposição verdadeira é uma proposição acreditada que não conduzirá a qualquer decepção enquanto não for compreendida de forma diferente daquela como foi inicialmente entendida* (2000, p. 10).

Peirce influenciou os trabalhos de William James e John Dewey, não obstante cada

um deles tivesse preocupações diversas com temas distintos. Assim, de acordo com Bryan MAGEE:

“Quando os Estados Unidos se firmaram como uma nação independente perto do final do século XVIII, isso deu novo ímpeto ao desenvolvimento de uma cultura e de uma abordagem das idéias especificamente norte-americanas. Mas foi preciso quase outro século para que a filosofia norte-americana se desenvolvesse a ponto de atrair a atenção internacional; e veio então uma época, no final do século XIX e começo do XX, em que o departamento de filosofia de Harvard foi considerado por muitas opiniões abalizadas como o melhor do mundo. Três extraordinários filósofos norte-americanos dessa época adquiriram desde então status de clássicos e ficaram conhecidos como ‘os pragmatistas americanos’. Destes, o mais original foi Charles Sanders Peirce; o mais agradável de ler, William James; e o de projeção mais ampla, John Dewey” (2000, p. 186).

No âmbito da mutabilidade das verdades, a influência de Peirce em Dewey é enorme. Conforme destaca Martyn OLIVER:

“Em *The Quest for Certainty* (A Busca da Certeza), Dewey afirma que a investigação filosófica tradicional, que busca descobrir verdades permanentes baseadas em um conhecimento seguro e imutável do mundo, é uma atividade inútil, pois ela está sempre em mutação. O critério da verdade não é fornecido por estruturas permanentes da realidade, mas sim pela experiência. Por isso, a filosofia quase nunca tem conseqüências práticas, já que procura encontrar um ponto de objetividade arquimediano além da experiência e, portanto, além da prática” (1998, p. 138).

O significado de uma idéia deve ser descoberto com base nos seus efeitos práticos. Em *How to make our ideas clear?* (1878), afir-

ma Peirce que idéia clara é aquela que não se confunde com nenhuma outra. Nesse aspecto, MAGEE assinala:

“Talvez a tese central de Peirce seja a de que o conhecimento é uma atividade. Somos levados a inquirir, a querer saber, por alguma necessidade, carência ou dúvida. Isso nos leva a avaliar nossa situação-problema, a tentar ver nessa situação o que está errado, ou faltando, e os modos como pode ser corrigido.(...) O primeiro artigo importante de Peirce se chamava ‘Como tornar claras nossas idéias’ (1878), e ali se sustenta que para entender um termo claramente devemos perguntar a nós mesmos que diferença faria a sua aplicação à nossa avaliação de nossa situação-problema, ou de uma solução proposta para ela. Essa diferença constitui o significado do termo” (2000, p. 186).

Nesse artigo, Peirce defende a tese central de que o “conhecimento é uma atividade prática”. Somos levados a indagar por alguma necessidade ou dúvida (KURTZ, 1969, p. 66).

No mesmo sentido, William James afirma que “a filosofia não é uma ciência estanque, é algo para ser vivido integralmente”<sup>11</sup>.

Peirce exemplifica que, no cotidiano, o homem deve fazer opções e avaliar a situação-problema apresentada. Em indagações simples, tal qual, como pagar o cocheiro que nos transportou? com um *nickel* ou com cinco moedas de um centavo?, a resposta deveria ser: pagar com a(s) primeira(s) moeda(s) que aparecer (em) (cf. KURTZ, 1969, p. 65-66).

O conceito de uma idéia vincula-se aos efeitos daquela idéia. Assim, o conceito de ser “duro” (*hard*) vincula-se a não ser facilmente arranhado por outras substâncias. O conceito de “duro” vincula-se, portanto, aos efeitos de ser duro. Algo pode ser duro em uma determinada circunstância (comparativa) e mole em outra. O que demonstra que o conhecimento não é absoluto e imutável (KURTZ, 1969, p. 70).

Também, por meio de Peirce desenvolve-se a semiótica, sendo o pragmatismo o método para determinar os significados dos termos.

#### 4.2. O aspecto moral do pragmatismo na visão de William James

William James, médico que ensinou sucessivamente fisiologia, filosofia e psicologia em Harvard, foi o autor que tornou o pragmatismo mundialmente conhecido, tendo sido conferencista em universidades européias.

Em *Philosophical conceptions and practical results*, afirmou James que Peirce foi o fundador do Pragmatismo (cf. KURTZ, 1969, p. 105).

Enquanto Peirce propunha que o pragmatismo fosse uma teoria do significado (semiótica), com uma preocupação com a ciência, James tratou-o como uma teoria da verdade no campo da moral e da religião.

Para James, o pragmatismo é uma teoria da verdade que permite para um determinado indivíduo testar uma determinada idéia em uma determinada circunstância<sup>12</sup>.

Para ele, verdadeiro é qualquer coisa que responda, satisfatoriamente, às indagações humanas. Exemplifica com a crença religiosa, que auxilia uma mãe que perdeu seu filho, na medida em que extrai conforto ao acreditar que seu filho está no céu (cf. MAGEE, 2000, p. 189).

Nesse sentido, ABBAGNANO afirma:

“O método pragmático foi enxertado no tronco da filosofia tradicional e utilizado para uma defesa do espiritualismo por William James (...) Segundo este ponto de vista, tornam-se ‘verdadeiras’ as crenças que são úteis para a ação”(2000, p. 11-12).

Para James, as questões morais necessitam de resposta como as questões do mundo visível. Na obra *The will to belief*, afirma que “um organismo social de qualquer tipo, grande ou pequeno, é o que é porque cada membro segue a sua consciência moral com a confiança que os outros farão o mesmo” (KURTZ, 1969, p. 138).

Destacando esse aspecto, ABBAGNANO afirma:

“A tese fundamental de ‘A vontade de crer’ consiste em que, sendo a função do pensamento servir a ação, o pensamento não tem o direito de inibir ou bloquear crenças úteis ou necessárias para uma ação eficaz no mundo.(...) A simpatia, o amor, conquistam-se com a fé na sua possibilidade. E qualquer organismo social, por pequeno ou grande que seja, se rege pela confiança em que cada um fará o que deve, e é, assim, uma consequência desta confiança” (2000, p. 13).

James influenciou a Psicologia moderna, na obra *The principles of psychology* (1890) – clássico da psicologia até hoje. Sua teoria psicológica tem raízes em Darwin (que influenciará, também, Holmes) e contribuiu para o crescimento da psicologia do comportamento (behaviorismo) – consciência como uma função e não como um ser (coisa)<sup>13</sup>.

A psicologia do comportamento vincula-se intimamente à importância da realidade que permeia toda a filosofia pragmatista. O comportamento dos seres humanos e dos animais é visto igualmente em termos de respostas condicionadas aos estímulos ambientais.

Na concepção do *radical empirism*, James expressa que a filosofia só deve tratar de objetos vinculados à experiência, pois o pensamento, por distinto que possa ser da matéria, é *essencialmente um espelho da realidade externa*. Nesse aspecto, James dará ênfase à análise do concreto em oposição à análise racional-idealista do todo.

Nessa afirmação, James influenciará Richard Rorty, pragmático americano contemporâneo, que, na obra *A filosofia e o espelho da natureza*, afirma que os argumentos construídos pelos filósofos para suas filosofias do conhecimento e da verdade são acidentais, e não mais ou menos objetivos.

William James assinala no artigo *A world of pure experience* que:

“Para ser radical, o empirismo não deve admitir na sua estrutura qualquer elemento que não é fruto da experiên-

cia e nem excluir qualquer elemento que seja fruto desta”(KURTZ, 1969, p. 152).

Explica Will DURANT que o pragmatismo americano volta-se ao resultado dos atos humanos, não a suas origens:

“Em vez de perguntar onde surgiu a idéia, ou quais são as suas premissas, o pragmatismo examina os seus resultados; ele ‘desloca a ênfase e olha para frente’; ele é a ‘atitude de desviar o olhar das primeiras coisas, dos princípios, das categorias, das supostas necessidades, para as coisas finais, os frutos, as conseqüências, os fatos’. A escolástica perguntava: ‘O que é a coisa?’ – e perdeu-se em quiddidades; o darwinismo perguntava: ‘Qual é a sua origem?’ – e perdeu-se em nebulosas; o pragmatismo pergunta: ‘Quais as conseqüências?’ – e volta o rosto do pensamento para a ação e o futuro”(2000, p. 464-465).

Nesse aspecto das *conseqüências e do agir concreto* é que o pragmatismo irá influenciar o direito no realismo jurídico de Oliver Wendell Holmes.

#### 4.3. O aspecto jurídico do pragmatismo na visão de Holmes

Oliver Wendell Holmes Jr. (1841-1935) foi contemporâneo de William James (1842-1941). Nomeado juiz da Corte Suprema em 1902, pelo Presidente Theodore Roosevelt, ocupou o cargo por trinta anos.

Holmes Jr. nasceu em Boston, Massachusetts, primeiro de três filhos de uma família de classe média. Seu pai era médico e *littérateur*. A habilidade verbal do pai estava presente no filho, que tinha um estilo levemente combativo. De sua mãe, Holmes herdou forte sentido de dever puritano e um ceticismo por tudo que não fosse evidente.

Na juventude, Holmes foi influenciado por Ruskin, Carlyle e Emerson, a quem conheceu pessoalmente, pois freqüentavam, os três, ocasionalmente, a casa de seus pais. Emerson, especialmente, instigou em Holmes a investigação filosófica.

Como seus contemporâneos, Emerson buscava uma espécie de substituto científico para a religião. Entendia ele que a ciência, particularmente a ciência da evolução, explicaria e justificaria as instituições humanas; por isso, buscava na ciência da evolução a justificação do dever.

Outra grande influência em sua juventude foi o renascer, na Grã-Bretanha e nos Estados Unidos, dos princípios do cavaleirismo (*chivalry*).

No entender de Holmes, os juízes primeiro decidiam as causas para, após, justificar suas decisões. Desde 1872, e até o final de sua vida, Holmes expressava a idéia de que a lei refletia não a opinião da maioria, mas os interesses de uma classe dominante. Consciente ou inconscientemente, os juízes expressavam os desejos da classe da qual advinham.

A conclusão principal de *The common law*, sua grande obra, é a seguinte: se a lei é apenas um instrumento para atingir determinados objetivos de ordem material, segue-se que a lei deveria ocupar-se apenas do comportamento exterior; seu conteúdo meramente moral ou subjetivo deveria ser-lhe retirado por meio do processo de evolução. Holmes sustentava poder distinguir no direito em desenvolvimento uma tendência a apoiar-se em “padrões externos” de comportamento, em vez de estados subjetivos da mente ou culpabilidade pessoal.

Sendo assim, Holmes voltava sua atenção às conseqüências objetivas e materiais da lei. Aqui insere-se sua teoria de que, para entender a lei, deve-se partir do ponto de vista de um homem mau, que não tem compromisso com a moralidade (“a bad man who does not care for morality”) (apud MARKE, 1955).

Para Holmes, deve-se entender a lei de maneira prática, vendo-a dissociada da moralidade. Um homem mau tem tantos motivos quanto um homem bom para evitar confrontos com a força pública, embora não se importe com regras éticas da sociedade na qual vive. O que ele quer a todo

custo evitar é a multa, a pena de reclusão, ou seja, a sanção.

A norma, para Holmes, não se confunde com a moral, embora seja por ela limitada. Mas, o que constitui a norma? Lembra Holmes que alguns doutrinadores ensinam que a norma é distinta da jurisprudência, das decisões das cortes judiciais; que é um sistema de pensamento, uma dedução de princípios de ética ou de dados axiomas ou qualquer outra coisa, que pode ou não coincidir com as decisões judiciais. Se lembrarmos do “homem mau”, contudo, veremos que, para ele, não interessam axiomas ou soluções; para ele, o que importa são as decisões das cortes. A promessa de sanção e sua concretização são, exatamente, aquilo que constitui a norma<sup>14</sup>.

Para Holmes, as idéias dominantes eram identificadas com classes dominantes ou grupos raciais. O triunfo das idéias refletiria a vitória do grupo. Sendo assim, a lei seria esse reflexo, ou seja, a garantia de sobrevivência desse grupo.

Embora, hoje, essas idéias não pareçam científicas, é preciso lembrar que, quando Holmes escrevia sua obra *The common law*, as leis da genética ainda não haviam sido estabelecidas, e grande parte do que hoje consideramos “cultura” acreditava-se ser herdado. Era comum à época, por exemplo, referir-se à classe dos trabalhadores como uma “raça” distinta daquela de seus empregadores.

O pensamento de Holmes, nesse ponto, faz eco ao darwinismo social, idéia formulada na década de 1850 pelo filósofo e sociólogo inglês Herbert Spencer, cujas declarações iniciais antecederam *Da origem das espécies* de Darwin. Para Spencer, o progresso humano é uma questão de competição bem-sucedida que resulta na sobrevivência do mais forte; os mais fortes e superiores sobrevivem, ao passo que os mais fracos perecem ou são dominados por aqueles, processo que conduz ao aperfeiçoamento contínuo das sociedades.

O darwinismo social foi postura comum no final do século XIX e início do século XX, atraindo sobretudo a atenção dos conservadores, pois justificava o *status quo*. Era muito empregado para explicar a expansão imperialista e a estratificação social, as disparidades econômicas e a desigualdade social como naturais e inevitáveis: o domínio de uma nação, classe ou raça sobre outra simplesmente demonstrava que esta era mais apta a governar. Entre os pensadores spencerianos de maior destaque na época estão o teórico político inglês Walter Bagehot, cujo livro *Física e política*, de 1872, correlacionava as ciências naturais e sociais, e o sociólogo americano William Graham Sumner, que afirmava que o imperativo evolucionista torna as reformas sociais ineficazes e desnecessárias.

É de destacar ainda a *eugenia*, vinculada ao darwinismo social e, em parte, por ele inspirada. Segundo essa teoria, seria possível aprimorar a genética humana por meio de procriação seletiva. Inspirado na idéia de que certos indivíduos e grupos étnicos são geneticamente superiores aos outros, os eugenistas afirmavam que os traços desejáveis, como inteligência e moral, podem aumentar na população pela promoção da procriação entre os “mais aptos” (o que geralmente era sinônimo de anglo-saxões) e pelo desestímulo ou pela prevenção da procriação dos “não-aptos”. O movimento teve grande repercussão nos Estados Unidos, na Grã-Bretanha e na Alemanha nos anos precedentes às guerras mundiais. Foi responsável pelas leis americanas que restringiam a imigração do Sul e do Leste europeus, proibiam a miscigenação e exigiam a esterilização de criminosos e de deficientes mentais (ROHMANN, 2000, p. 93-94).

Hoje, com o anúncio recente de que os cientistas iniciarão a clonagem de seres humanos, a eugenia estará sendo repensada. Daí por que esse assunto, a clonagem de pessoas, já cientificamente possível, vem sendo calorosamente debatido pelos juristas. Podem ser clonados criminosos ou defi-

cientes? Ou apenas indivíduos considerados “mais aptos”, ou advindos de determinada classe ou raça?<sup>15</sup>

Holmes, entretanto, adicionou suas próprias idéias ao evolucionismo. Os juristas tinham grande dificuldade de entender como as várias normas eram interpretadas e aplicadas pelos tribunais. O proprietário, por exemplo, tinha um dever para com seus hóspedes, mas não em relação aos invasores. As companhias férreas tinham deveres complexos em relação a seus passageiros e aos proprietários das cargas que levavam e traziam, e outros deveres em relação a pedestres que cruzassem suas linhas. Holmes, também, de início lutava com essas questões. Em 1880, contudo, concebeu um novo conceito. A questão, sempre, caso a caso, envolveria a imposição, ou não, de sanções. Importava examinar não as regras, em si, mas as circunstâncias sob as quais a infração à regra seria punida. Ao observar essas circunstâncias ignorando a racionalização sobre dever e regras de conduta, a Holmes foi possível formular conceitos sobre a norma e sua relação com a sociedade. Seu princípio organizatório era o seguinte: *uma sanção seria imposta por danos que uma pessoa comum poderia ter previsto.*

Com esse princípio, Holmes unificava todos os ramos do Direito, permitindo a maior liberdade pessoal possível e, ao mesmo tempo, evitando danos aos outros. A discussão na obra *The common law* sugere que os juízes gradualmente traduzissem esse princípio geral em regras específicas de conduta. Essa teoria de Holmes teve grande influência na análise econômica da lei, embora Holmes não estivesse preocupado com as conseqüências econômicas da norma. Ele entendia que a norma tinha raízes mais profundas. Em *The common law*, ele argumenta que a norma evoluiu de origens mais primitivas até o “padrão externo” da sanção, como forma de substituição da regra pacífica pelo antigo regime de violência. Nesse processo, tornou-se um instrumento para servir a fins sociais.

## 5. A lógica do razoável e a visão pragmática do Direito como métodos hermenêuticos de condução à segurança jurídica

### 5.1. A lógica formal e a lógica do razoável

Ressaltando a busca de uma nova lógica de interpretação distinta da lógica formal dedutiva, que considerava o Direito como um sistema estanque, Recaséns SICHES faz menção à obra de Viehweg e Perelman para condenar o pensamento jurídico sistêmico e dedutivo:

“El profesor alemán Theodor Viehweg, reivindicando la tónica, la retórica y la dialéctica de Aristóteles, Cicerón y los jurisconsultos romanos, muestra que el pensamiento jurídico *no puede ser jamás sistemático, ni deductivo*, sino que debe ser pensamiento sobre problemas, en torno a problemas, que considere todos los componentes de tales problemas, lo mismo los hechos humanos sociales que los integran, como también los criterios valoradores adecuados: debe ser lo que se llama pensamiento *aporético*, es decir, pensamiento que parte o arranca de la consideración pormenorizada y profunda de un problema humano, al revés de lo que sucede con el pensamiento sistemático que pretende extraer racionalmente consecuencias de premisas supuestamente axiomáticas.

Por una línea similar a la de Theodor Viehweg, el profesor belga Chaim Perelman, inspirándose también en la dialéctica y en la retórica de la Antigüedad Clásica, condena definitivamente el pensamiento silogístico y matematizante en campo del Derecho; y propugna una forma de razonamiento más elevado, que es la *deliberación* sobre las *argumentaciones* presentadas en los casos jurídicos; y desenvuelve toda una doctrina sobre la ar-

gumentación y la deliberación, las cuales nos llevan a la evidencia de carácter absoluto, pero conducen al hallazgo de la solución más justa y más adecuada para decidir los problemas jurídicos prácticos. Perelman elabora una *nueva retórica*, com, una nueva doctrina sobre el diálogo y la deliberación, y sobre la confrontación entre argumentos diferentes”(1979, p. 228).

Recaséns SICHES destaca, pois, a importância de centralizar a atividade hermenêutica no problema, conforme é dada ênfase pela Tópica e pela Retórica-argumentativa, como meios de alcançar a decisão judicial prudente para a questão.

Como afirma Paulo Roberto Soares MENDONÇA,

“Recaséns Siches inverte o eixo da operação interpretativa, a qual passa a estar centrada no caso e não na norma e, com isso, faz com que a norma aplicável seja aquela realmente adequada ao fato existente e não apenas uma mera adaptação de uma lei genérica. A decisão passa então a apresentar um caráter construtivo, uma vez que atualiza o sentido da norma a cada causa julgada, com o que a ‘literalidade do texto legal torna desnecessário um esforço hermenêutico, no sentido de obter uma explicação ‘racional’, para uma decisão que considera de antemão como ‘justa’. A decisão originada pela aplicação da ‘lógica do razoável’ pode ser melhor classificada como ‘correta’, porque fundada em valores socialmente relevantes” (1997, p. 56-57).

Por fim, evitando a babel dos métodos hermenêuticos tradicionais, SICHES propugna a existência de um *único* método, *el logos de lo razonable*:

“Conviene insistir sobre el punto de que debemos desechar de una vez y para siempre el referirnos a una pluralidad de diversos métodos de interpretación. Ya expuse que el método

de interpretación es uno solo; este solo método es el *del\_logos* de lo razonable, o, si se prefiere llamarlo así, el de la equidad”(1979, p. 246).

As limitações da aplicação da lógica tradicional ao Direito são demarcadas com precisão por Recaséns SICHES:

“Reconocer que la lógica de lo racional es impertinente, inútil y muchas veces perjudicial en el campo de la jurisprudencia; y que, para la jurisprudencia, la lógica que viene en cuestión es la de lo razonable” (1979, p. 248).

Assim, Siches demonstra que a lógica tradicional no campo do Direito não deve ser empregada com exclusividade, pena de criar insegurança – o resultado do processo de decisão pode não ser adequado à realidade. O que Recaséns Siches pretende demonstrar é que tal lógica tem um campo de aplicação bastante limitado na esfera jurídica, e que querer transcender esse campo leva inevitavelmente à possibilidade de que sejam proferidas sentenças que, ainda que estejam de acordo com os requisitos da lógica tradicional, são notoriamente injustas.

Durante muito tempo, juristas conscientes buscaram evitar as decisões injustas por meio de malabarismos técnicos que procuravam demonstrar que a solução justa estava de acordo com a lógica tradicional. Mostrando as verdadeiras razões que fundamentam as soluções justas que repelem a lógica tradicional, Recaséns Siches se propõe a mostrar a esses juristas que o seu procedimento era e é correto, eliminando-se, assim, o “complexo de culpa” decorrente da não aplicação da lógica tradicional.

Como funciona a lógica do razoável? Recaséns Siches responde a essa pergunta analisando detalhadamente um caso concreto, já aventado anteriormente por outros juristas. Em uma estação ferroviária da Polônia, havia uma placa transcrevendo um artigo do regulamento da ferrovia, que proibia a presença de cachorros na plataforma. Certa vez, uma pessoa tentou entrar acom-

panhada por um urso, e o empregado encarregado da vigilância lhe barrou a passagem. A pessoa protestou, alegando que o artigo do regulamento proibia apenas a presença de cachorros, e não de outros animais. Surgiu, portanto, um conflito em torno da interpretação daquele artigo.

Recaséns Siches mostra, a partir daí, como a aplicação estrita da lógica tradicional a esse caso levaria forçosamente à conclusão de que a pessoa que trazia o urso tinha direito a entrar com ele na plataforma. Não há maneira de se atribuir à norma em questão outro sentido; o autor do regulamento não usou uma designação ampla, tal como “animais perigosos”, “animais de grande porte”, nem sequer simplesmente “animais”, usou a palavra “cachorros”, de significado absolutamente unívoco.

É claro que até mesmo um leigo perceberia que a conclusão a que chegou o passageiro era absurda, mesmo sendo a única correta do ponto de vista da lógica tradicional.

Assim, nesse didático exemplo de Siches, fica caracterizada a inadequação da lógica tradicional à resolução de problemas jurídicos. Observa-se, por outro lado, que o empregado da estação utilizou-se, intuitivamente, da lógica do razoável, obtendo solução mais adequada e segura ao problema.

Recaséns Siches mostra que o raciocínio do empregado para chegar à interpretação adequada passou pela análise de valores subjacentes à norma jurídica (dimensão valorativa), aos fins dessa norma (dimensão teleológica) e à relação entre meios e fins da norma (dimensão proporcional) para a sua aplicação no caso concreto (dimensão concreta).

Portanto, as dimensões estudadas na seção anterior constituem princípios diretivos a serem aplicados na hermenêutica de busca da solução jurídica segura para a pacificação social.

Em lapidar artigo, ressalta o Ministro do Superior Tribunal de Justiça Carlos Alberto Menezes DIREITO:

“O Juiz tem, nos dias de hoje, um amplo campo do agir interpretativo.

De modo geral, as teorias de interpretação procuram justificar esse papel construtivo do Juiz, como fundamento para a realização da justiça, para a distribuição pelo Estado da prestação jurisdicional ancorada na idéia da justiça para todos. A lei, por isso, passa a ser apenas uma referência, dela devendo o Juiz extrair a interpretação que melhor se ajuste ao caso concreto, com a preocupação única de distribuir a justiça, ainda que, para tanto, tenha de construir sobre a lei, mesmo que a proposição esteja com clareza suficiente para o caso sob julgamento” (1999, p. 45).

A hermenêutica ganha hoje sempre mais vigor diante da rapidez com que a realidade social se transforma; nesse aspecto, a lógica do razoável, com suas dimensões já estudadas, contribui, enormemente, para a criação judicial, sem que se perca a segurança jurídica.

É indispensável assinalar, como destaca Siches, o aspecto concreto da lógica do razoável: *es decir, están referidas a una determinada situación humana real.*

A rápida transformação social e a adequação da lei a casos concretos os mais diversos não devem impedir o Juiz de buscar, a cada passo, distribuir justiça, e de o fazer com uniformidade, com coerência, de forma que o cidadão não seja surpreendido por interpretações díspares.

A decisão judicial deve inserir-se nos mandamentos da lei, mas com a temperança do razoável e do atual, pois o Juiz “é um agente do Estado, é sempre bom repetir, que concretiza o trabalho do legislador. A lei só está concretizada quando interpretada e aplicada ao caso concreto. E esse trabalho não é de todo simples, como pode parecer. Aí o grave risco de transformar-se a atividade judicante em uma rotina de produzir sentenças. É claro que em um país como o nosso, com uma enorme carga de processos, com poucos juízes e muitos processos, a tentação é grande em deixar-se levar pelo desá-

nimo. O Juiz deve considerar o ato de julgar como um trabalho que exige não apenas o seu conhecimento, mas, também, disciplina. A disciplina é para subordinar-se ao comando da lei, sem perder a capacidade de construir para fazer justiça ao caso que está sob a sua responsabilidade; disciplina para não transformar o seu julgamento no desaguadouro das suas insatisfações e crenças pessoais; disciplina para meditar sobre o processo” (DIREITO, 1999, p. 49).

O trabalho de interpretação, por maior amplitude que possa ter, não tem legitimidade para ultrapassar os largos limites do ordenamento jurídico. Entretanto, como ressalta Siches, os limites do ordenamento podem ser flexibilizados à luz do problema para adequação da norma à realidade concreta, com fundamentação sólida, que permita que os juízes decidam “à luz do meio-dia e sem culpa”.

### 5.2. A lógica formal e a lógica jurídica de Holmes

Em sua palestra *The Path of the Law*, proferida na Faculdade de Direito da Universidade de Boston, HOLMES (1897) esclarece seu conceito de Direito. O Direito não é um mistério, algo místico e pouco objetivo. Ao contrário, é uma profissão, ou, mais, a alavanca que será necessariamente acionada para que o Estado ponha em prática a decisão judicial. Assim, as pessoas precisam ser advertidas e aconselhadas sobre como agir para que não infringam a lei: essa é a tarefa dos advogados, dos operadores do Direito.

A lei, por sua vez, deve conter um enunciado geral, e, a partir de uma série de decisões judiciais, é possível ao cidadão entender como deve agir para que não infrinja a lei; ou, ao contrário, o que ocorrerá se a infringir. A norma passa, então, a constituir uma profecia, à qual dá-se o nome de sentença<sup>16</sup>.

Holmes descreve a decisão judicial, portanto, como um acontecimento futuro certo, absolutamente predizível<sup>17</sup>. Essa predictabilidade confere ao litigante segurança jurídica, dá-lhe todos os instrumentos para en-

tender como será julgado, nesta ou naquela circunstância.

Essas *previsões*, contudo, não são infinitas, difíceis, portanto, de dar-se a conhecer. Devem ser generalizadas e reduzidas a um sistema jurídico do qual possa o magistrado dispor (cf. MARK, 1955, p. 60). Constituem, para Holmes, a essência do Direito: *The prophecies of what the courts will do in fact, and nothing more pretentious, is what I mean by the law* (p. 63).

Para Holmes, a idéia de que a lógica formal é a única força presente na decisão judicial e no Direito é falaciosa.

Admite o jurista que o Direito é desenvolvido pela lógica, em sentido *lato*. Contudo, é inadmissível afirmar que um sistema jurídico possa ser operado de forma matemática, obtendo-se, de certas causas, determinados efeitos.

Refere-se Holmes a um colega magistrado que lhe teria dito jamais proferir uma decisão até ter certeza de que estava correta. Embora a decisão judicial utilize-se da lógica, a certeza, para Holmes, é uma ilusão, e a tranqüilidade que dela advém não faz parte do destino da humanidade.

É possível dar forma lógica a qualquer conclusão, mas a ela chega-se não pela lógica, exclusivamente, mas, acima de tudo, por uma valoração do juiz, freqüentemente inarticulada e inconsciente. Essa é a raiz e o nascedouro de todo o procedimento decisório (cf. MARK, 1955, p. 69).

Nesse ponto, aproximam-se Holmes e Recaséns Siches. Ambos admitem a importância da lógica formal no procedimento decisório, mas não o reduzem a apenas isso. Ressalta Alípio SILVEIRA, a comentar a lógica do razoável de Siches: *as duas lógicas – a clássica e a do razoável – entram na estrutura da decisão, mas não com idêntico caráter funcional. A lógica do razoável ora pode ser reforçada pela primeira, ora pode predominar sobre ela. O que não se pode admitir é que a lógica clássica tenha primazia. Sempre predominará a lógica do razoável, não passando a lógica clássica de um instrumento dela, de um dos elementos de que se*

vale a lógica do razoável para chegar à solução mais justa possível, em face do sistema de valores que informam cada caso concreto” ([19--?], p. 201-202).

### 5.3. A lógica jurídica de Holmes e a lógica do razoável como métodos hermenêuticos de condução à segurança jurídica

A obra de Oliver Wendell Holmes e de Luis Recaséns Siches têm pontos de contato: a solução do caso concreto partindo-se da situação-problema, e não da norma; a negativa de que a lógica formal é suficiente – ou até mesmo prevalente – à fundamentação da decisão judicial; o reconhecimento da idéia de que o juiz, ao julgar, influencia-se por conceitos próprios, embora não possa arbitrariamente decidir; a compreensão do direito como experiência desenvolvida a partir da razão histórica e de uma racionalidade humana, a que REALE se refere como “razão vital” (2000, p. 42).

É preciso ter em mente, contudo, que Holmes nasceu em 1841 e, em 1902, foi nomeado Juiz da Suprema Corte norte-americana, onde serviu até quatro anos antes de sua morte, em 1935. Recaséns Siches, por outro lado, escreveu boa parte de sua extensa bibliografia após a Segunda Grande Guerra, embora seu manual sobre a Filosofia do Direito no século XX date de 1929<sup>18</sup>. A passagem da história e a evolução do pensamento jurídico-filosófico encarregaram-se de aperfeiçoar e expandir em Siches algumas das idéias já presentes em Holmes. Demais disso, Recaséns Siches era cosmopolita: foi professor-visitante em dezenas de universidades, situadas na Europa e na América (inclusive em Brasília); escreveu nos idiomas espanhol, inglês, italiano, português, francês e alemão, e traduziu obras alheias do alemão, do italiano e do inglês para o espanhol (afé incluídas obras de Kelsen, Fischer, Radbruch, Weber, Del Vecchio e Kunz). Holmes manteve-se no eixo Inglaterra – Nova Inglaterra.

Os paralelos traçados no presente estudo, contudo, servem ao propósito de demonstrar que, ao mesmo passo que os juí-

zes devem submeter a norma ao caso concreto – e não o contrário –, utilizando-se de método hermenêutico que privilegie a lógica jurídica sobre a lógica formal, não podem distanciar-se da norma, julgando de maneira arbitrária. As conseqüências da infração à norma devem ser sempre as mesmas, guardadas as similaridades e diferenças dos casos concretos, para que o homem comum – o cidadão – ou o *homem mau*, nas palavras de Holmes, possa ter convicção de que sua causa será julgada neste ou naquele sentido. A essa relativa certeza – pois, como afirma Holmes, não há certeza absoluta no Direito – dá-se o nome de *segurança jurídica*.

A segurança jurídica tem raízes no princípio jurídico da igualdade, que consiste em igualar os iguais e desigualar os desiguais, no clássico ensinamento de Aristóteles.

É preciso que o litigante sinta-se seguro de que à sua causa será dada a mesma decisão final que à causa de outro litigante, em situação idêntica. E, por situação idêntica, deve-se entender não apenas caso concreto idêntico, mas, ainda, ocorrido no mesmo tempo e no mesmo espaço; enfim, sob as mesmas circunstâncias.

A segurança jurídica, assim, não diz respeito apenas a pessoas iguais ou em situação igual, mas a casos concretos idênticos submetidos à mesma norma; ou, mais precisamente, à mesma norma submetida a casos concretos idênticos<sup>19</sup>.

### Notas

<sup>1</sup> “The life of the law has not been logic; it has been experience. The felt necessities of the time, the prevalent moral and political theories, intuitions of public policy, avowed or unconscious, even the prejudices which judges share with their fellow-men, have had a good deal more to do than the syllogism in determining the rules by which men should be governed” (1991, p. 1).

<sup>2</sup> Segundo Tércio Sampaio Ferraz Júnior, “o núcleo constituinte dessa teoria já aparece esboçado ao final do século XVIII. O jusnaturalismo já havia cunhado para o direito o conceito de sistema, que se resumia, em poucas palavras, na noção de

conjunto de elementos estruturados pelas regras de dedução. No campo jurídico, falava-se em sistema da ordem da razão ou sistema das normas conforme a razão, entendendo-se com isto a unidade das normas a partir de princípios dos quais tudo o mais era deduzido. Interpretar significava, então, inserir a norma em discussão na totalidade do sistema. O relacionamento, porém, entre sistema e totalidade acabou por colocar a questão geral do sentido da unidade do todo” (1991, p. 240).

<sup>3</sup> Conforme assinala José Carlos Moreira ALVES, no discurso inaugural da Assembléia Nacional Constituinte de 1987, um dos argumentos herdados do Estado liberal e hoje ainda fluente nos debates quanto à extensão do texto constitucional se baseia na afirmação de que a Carta sintética, de princípios elevados e transcendentais, tem o mérito de permitir que as mudanças sociais se realizem sem que se alterem os mecanismos do processo político (1988, p. 10).

<sup>4</sup> A primazia da retórica para o raciocínio jurídico é assinalada por CHAIM PERELMAN em sua obra *La Lógica jurídica y la nueva retórica* (1988).

<sup>5</sup> Para Holmes, a norma jurídica desvela uma trama em que todo o passado da humanidade é detalhado. Belíssima é sua parábola, inserta no discurso feito à Associação de Advogados de Suffolk, em jantar por esta oferecido, em 5.2.1885:

*“When I think thus of the law, I see a princess mightier than she who once wrought at Bayeux, eternally weaving into her web dim figures of the ever-lengthening past, – figures too dim to be noticed by the idle, too symbolic to be interpreted except by her pupils, but to the discerning eye disclosing every painful step and every world-shaking contest by which mankind has worked and fought its way from savage isolation to organic social life”* (MARKE, 1955, p. 92).

<sup>6</sup> Para maiores informações a respeito da lógica deontica, vide Lourival VILANOVA (1997).

<sup>7</sup> “Para desenvolver o significado de uma coisa, devemos simplesmente determinar quais os hábitos que ela produz, pois aquilo que uma determinada coisa significa consiste precisamente nos hábitos a que dá origem”. Essa máxima foi proposta por PEIRCE no *Popular Science Monthly* em Janeiro de 1878, p. 287 (*apud* KURTZ, 1969, p. 79).

<sup>8</sup> “The meaning of an idea is to be discovered by reference to its conceivable practical bearings” (KURTZ, 1969, p. 46).

<sup>9</sup> “Thus we may define the real as that whose characters are independent of what anybody may think them to be” (KURTZ, 1969, p. 75).

<sup>10</sup> “The opinion which is fated to be ultimately agreed to by all who investigate is what we mean by the truth, and the object represented in this opinion is the real” (KURTZ, 1969, p. 75).

<sup>11</sup> “To James, philosophy was not a cloistered affair; it was to be lived and acted upon. James, a

liberal in his political and social sentiments, was a civil service reformer, a pacifist, and an anti-imperialist, and he was sympathetic to some sort of ‘socialistic equilibrium’” (KURTZ, 1969, p. 102).

<sup>12</sup> “A theory of truth, which allowed for particular individual and subjective consequences as the test of an idea, thus making room for religious and moral ideas”. “True ideas are those that we can validate, corroborate and verify. False ideas are those that we can not” (KURTZ, 1969, p. 120).

<sup>13</sup> “James’s influence on psychology was considerable, and he is frequently credited, with having established the first psychological laboratory in America. His great work, *The Principles of Psychology* (1890), which took fourteen years to complete, is still considered a classic. Under the influence of Darwin, James developed a biological and functional psychology. His view that consciousness was a ‘function’, not an ‘entity’ or ‘stuff’, contributed to the growth of behaviorism” (KURTZ, 1969, p. 104).

<sup>14</sup> *The prophecies of what the courts will do in fact, and nothing more pretentious, are what I mean by the law* (HOLMES, 1897).

<sup>15</sup> Quem assistiu ao filme *The Boys from Brazil*, inspirado na obra homônima de Ira Levin, terá viva imagem de como a clonagem de seres humanos de há muito habita o imaginário humano e de como verdadeiras aberrações podem ser produzidas.

<sup>16</sup> “It is to make the prophecies easier to be remembered and to be understood that the teachings of the decisions of the past are put into general propositions and gathered into text-books, or that statutes are passed in a general form. The primary rights and duties with which jurisprudence busies itself again are nothing but prophecies. (...) But, as I shall try to show, a legal duty so called is nothing but a prediction that if a man does or omits certain things he will be made to suffer in this or that way by judgment of the court; and so of a legal right” (MARKE, 1955, p. 60).

<sup>17</sup> “The object of our study, then, is prediction, the prediction of the incidence of the public force through the instrumentality of the courts” (MARKE, 1955, p. 59).

<sup>18</sup> *Direcciones contemporáneas del pensamiento jurídico. La Filosofía del Derecho en el siglo XX*. (Manual n. 198 da Colección Labor, Barcelona).

<sup>19</sup> A respeito do conteúdo jurídico do princípio da igualdade, cumpre reverenciar a obra de mesmo nome de Celso Antônio Bandeira de Mello (1994).

## Bibliografia

ABBAGNANO, Nicola. *História da filosofia*. Lisboa: Presença, 2000. v.11

- ALVES, José Carlos Moreira. Discurso inaugural da Assembléia Nacional Constituinte, 1987. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, Senado Federal, n. 93, 1988.
- CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. *Hermenêutica e argumentação: uma contribuição ao estudo do direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- CARTER, Lief. H. *Derecho constitucional contemporáneo*. Buenos Aires: Abeledo – Perrot, 1985.
- DIREITO, Carlos Alberto Menezes. A decisão judicial. *Revista de Direito Renovar*, Rio de Janeiro, n. 15, set./dez. 1999.
- DURANT, Will. *A história da filosofia*. Tradução de Luiz Carlos do Nascimento Silva. São Paulo: Nova Cultural, 2000.
- FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio Ferraz. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. São Paulo: Atlas, 1991.
- GALDINO, Dirceu. A concordata e a correção monetária: equidade e lógica do razoável. *Revista de direito civil, imobiliário, agrário e empresarial*, São Paulo, ano 14, jan./mar. 1990.
- HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1997.
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.
- HOLMES JÚNIOR, Oliver Wendell. *The common law*. Nova Iorque: Dover, 1991.
- KURTZ, Paul. *American philosophy in the twentieth century*. London: Collier-Macmillan, 1969.
- MAGEE, Bryann. *História da filosofia*. Tradução de Marcos Bagno. São Paulo: Loyola, 2000.
- MARKE, Julius J. *The Holmes reader*. Nova York: Oceana, 1955.
- MENDES, Gilmar Ferreira. A proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. *Repertório de Jurisprudência IOB*, n. 23/94, dez. 1994.
- MENDONÇA, Paulo Roberto Soares. *A argumentação nas decisões judiciais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.
- OLIVER, Martyn. *História ilustrada da filosofia*. Tradução de Adriana Toledo Piza. São Paulo: Manole, 1998.
- PACHECO, Gustavo de Britto Freire. Recaséns Siches e a lógica do razoável. *Direito, Estado e Sociedade*, Rio de Janeiro: n. 4, jan./jul. 1994.
- PERELMAN, Chaim. *La lógica jurídica y la nueva retórica*. Madrid: Civitas, 1988.
- REALE, Miguel. *Teoria tridimensional do direito*. São Paulo: Saraiva, 2000.
- ROHMANN, Chris. *O livro das idéias: pensadores, teorias e conceitos que formam nossa visão de mundo*. Tradução de Jussara Simões. Rio de Janeiro: Campos, 2000.
- SICHES, Luis Recaséns. *Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa y lógica "razonable"*. México: Dianóia, 1971.
- \_\_\_\_\_. *Introducción al estudio del derecho*. México: Porrúa, 1979.
- \_\_\_\_\_. *Nueva filosofía de la interpretación del derecho*. México: Porrúa, 1980.
- \_\_\_\_\_. *Tratado general de filosofía del derecho*. México: Porrúa, 1975.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.
- SILVEIRA, Alípio. *Hermenêutica jurídica: seus princípios fundamentais no direito brasileiro*. São Paulo: Brasiliense, [19-?]. v. 1.
- VIEHWEG, Theodor. *Tópica e jurisprudência*. Tradução de Tércio Sampaio Júnior Brasília: Imprensa Federal, 1979.
- VILANOVA, Lourival. *As estruturas lógicas e o sistema de direito positivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.