

**RACIONALIDADE JURÍDICA E DIREITO: UM PRESSUPOSTO PARA ESTUDAR O PROCESSO CIVIL CONTEMPORÂNEO SOB A ÉGIDE DO FORMALISMO-VALORATIVO.**

*Carolina Machado Cyrillo da Silva*

*Advogada. Doutoranda em Direito pela Universidad de Buenos Aires (UBA). Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Especialista em Processo e Constituição pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Professora do Centro Universitário Metodista –IPA, do Curso de Especialização em Processo e Constituição – UFRGS e do Curso de Especialização em Processo Civil – IMED.*

**Resumo:** Este trabalho tem por objetivo estabelecer a relação entre a racionalidade jurídica, direito e o processo civil contemporâneo. Para traçar este objetivo será apresentado o paradigma da cientificidade do direito como objetividade e exatidão para então trabalhar a crítica contemporânea à teoria do direito, bem como introduzir a comparação entre as fases metodológicas do processo civil e a respectiva teoria da racionalidade jurídica associada para o fim desenvolver o direito processual civil contemporâneo, sob a égide do Formalismo-Valorativo, como forma de resgate da racionalidade prática para o direito.

**Palavras-chave:** Racionalidade Prática, Teoria do Direito, Processo Civil, Formalismo-Valorativo.

**Abstract:** This study aims to establish the relationship between the legal reason, law and civil procedure. To trace this goal will be presented the paradigm of scientific objectivity of law and then work to contemporary critical theory of law and enter a comparison of the methodological steps of civil procedure and its associated of legal reason in order to develop the contemporary civil procedure, under the aegis of Formalism-values as a way to rescue the practical reason in Law.

**Keywords:** Practical Reason, Theory of Law, Civil Procedure, Formalism-value

**Sumário:** I – Introdução; II- A origem do problema da racionalidade jurídica; III – Racionalidade jurídica no debate jurídico contemporâneo; IV- O resgate da racionalidade prática como racionalidade jurídica; V- Fases metodológicas do direito processual- praxismo, processualismo, instrumentalismo e formalismo-valorativo; VI- Conclusão; VII-Bibliografia.

## I – Introdução

Este trabalho tem como objetivo introduzir o tema sobre a racionalidade jurídica no estudo do Direito Processual Civil. Para que se tenha uma compreensão global do fenômeno processual contemporâneo como efetividade da tutela jurisdicional, mister se faz precisar a metodologia envolvida como pressuposto chave para implementação de um saber jurídico aliado aos cânones da cultura e da justiça.

Neste sentido, brevemente, analisar-se-á a questão da forma de racionalidade própria do direito, focando a discussão nos debates contemporâneos sobre o tema, identificando, contudo sua origem no modo de pensar o direito como justiça como faziam os antigos.

A preocupação com os modos de se alcançar o conhecimento, assim como todas as conseqüências resultantes, tanto na modernidade como nos debates contemporâneos, já podem ser sentidas com a leitura dos pensadores antigos. E antigos não apenas referindo à tradição da Grécia Antiga que deu origem ao pensamento do Ocidente, mas também no pensamento hebraico e no Oriente. Paulo Roney Ávila Fagundes<sup>1</sup> vai dizer que para o Taoísmo todo fenômeno da natureza possui polaridades, uma *ying* e outra *yang*, num verdadeiro desenrolar dialético. Na tradição hebraica a forma como o Talmud, comentário a Torá, é redigido e interpretado pelas escolas talmúdicas evidencia que nesta tradição o conhecimento se faz pelo diálogo e pela dialética.<sup>2</sup> Os textos talmúdicos fazem da crise e do conflito um harmonioso acordo entre questões filosóficas, religiosas e políticas.

Na antiguidade grega as posições de Heráclito e Parmênides sobre a natureza do movimento já exprimem um certo método dialético. Contudo, em seu método de elaboração de paradoxos Zenão de Eléa é o inventor da dialética. Sócrates, com o jogo de perguntas e respostas na busca da verdade, utilizava a dialética como forma

---

<sup>1</sup> FAGÚNDEZ, Paulo Roney Ávila. *Racionalidade e intuição: Ocidente, Oriente, Novos e Velhos Paradigmas*, in FAGÚNDEZ, Paulo Roney Ávila (org). *A crise do conhecimento jurídico – perspectivas e tendências do Direito Contemporâneo*. Brasília: OAB, 2004. p. 232.

<sup>2</sup> Sobre a dialética no Talmud consulte-se: FRYDMAN, Benoit. *Les sens des lois. Bruxelles: Bruylant*, 2005. p. 104.

instrumental para ganhar os debates. Para Platão a dialética é sinônimo de filosofia, o método mais eficaz de aproximação entre as idéias particulares e as universais.<sup>3</sup>

Contudo, foi Aristóteles quem sistematizou uma teoria da argumentação dialética, que se desenrolou com maior ou menor sucesso em toda a tradição do Ocidente. A teoria dialética de Aristóteles, festejada pelos medievais, foi aos poucos perdendo força na modernidade para uma outra concepção, também aristotélica, de demonstração que atendia os ideais modernos de racionalidade como precisão, objetividade e exatidão.

No século XX, em especial após a segunda guerra mundial, volta a baila a necessidade de se estudar a forma de argumentação própria dos debates judiciais, uma vez que a humanidade constatou que as *Leis de Nuremberg* codificaram, num sistema jurídico logicamente válido, a exclusão de uma considerável parcela da humanidade. A partir disso, iniciaram-se diversos estudos sobre a metodologia do direito, em especial aquelas que se propunham a dar tratamento racional aos argumentos quem envolviam juízos de valores no sistema jurídico.

É neste plano que se pretende dar as primeiras linhas na construção de um Processo Civil Contemporâneo assentado sobre os pilares éticos, culturais exigíveis no Estado Constitucional e para isso, usar-se-á o modelo proposto pelo Formalismo-Valorativo, teoria do Direito e do Processo que tem como precursor Carlos Alberto Álvaro de Oliveira.<sup>4</sup>

A importância do estudo do raciocínio jurídico e da racionalidade prática, bem como sua construção está na necessidade de desenvolver a questão da racionalidade do saber jurídico de modo diverso daquele proposto pelas teorias demonstrativas de ver o direito, onde a pretensão de objetividade e exatidão da ciência do direito levou a exclusão de todas as considerações sobre justiça do âmbito do objeto do conhecimento jurídico.

Portanto, este texto vai estruturado em duas partes: a primeira apresenta o ideal de racionalidade jurídica contemporânea e para isso será utilizada a Lógica Jurídica de Chaïm Perelman, mostrando que seu surgimento se deu por força da crítica à psique matemática e dedutiva aplicável as disciplinas do conhecimento que tem por objetivo

---

<sup>3</sup> A este respeito consulte-se GADAMER, Hans-Georg. *El inicio de la sabiduría*. Barcelona: Paidós, 2001

<sup>4</sup> ALAVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do Formalismo no Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2003. A obra encontra-se na 4ª edição pela mesma editora com publicação em 2010, também publicada em língua espanhola sob título *Del Formalismo en el Proceso Civil*. Lima: Palestra editores, 2007.

uma ação humana (ciências práticas). Esta racionalidade jurídica voltada para a ação humana é a racionalidade prática, identificada com raciocínios dialéticos, capazes de dar conta das deliberações judiciais que envolvem juízos de valores.

A segunda parte apresenta a teoria do Formalismo-Valorativo no processo civil contemporâneo, no modelo identificado por Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, com o objetivo de identificar que tal teoria se amolda ao pressuposto de racionalidade prática desenvolvido na primeira parte, como forma de racionalidade jurídica própria capaz de dar conta da percepção do processo civil contemporâneo com o prisma da efetividade.

## II - A origem do problema da racionalidade jurídica

A formulação do estatuto metodológico do Direito, com suas implicações epistemológicas, é fenômeno historicamente recente, cujas origens podem ser buscadas na chamada Escola Histórica do Direito<sup>5</sup>. A partir de então, o tema da metodologia do saber jurídico vem se desenvolvendo como questão de suma importância para a reflexão filosófica sobre Direito.

Muito embora a discussão sobre como se deve proceder na metodologia e argumentação em Direito seja recente, o seu estudo e tratamento encontram-se presentes em todo o desenrolar da história da filosofia e do Direito. A preocupação com os modos de se alcançar o conhecimento, assim como todas as conseqüências resultantes, tanto na modernidade como nos debates contemporâneos, já podem ser sentidas com a leitura dos pensadores antigos.

No século XVII, Descartes<sup>6</sup>, por sua vez, explica que a melhor ocupação é cultivar a razão e o método é o meio para aumentar gradativamente o conhecimento, para que seja possível verificar todas as coisas através da razão e não aceitar que as verdades reveladas estejam acima da inteligência e do raciocínio do homem. O método é forma de libertar o homem pouco a pouco de uma porção de erros que ofuscam a luz natural e que tornam menos capazes de ouvir a razão. Assim, jamais se deve acolher algo como verdadeiro, a menos que não se tenha nenhuma razão para duvidar. Descartes considerava como falso tudo aquilo que era verossímil.

---

<sup>5</sup> VILLEY, Michel. *Filosofia do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 221.

<sup>6</sup> DESCARTES, René. *Discurso do Método*. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 7.

Portanto, só era racional aquilo que fosse possível de demonstração a partir de claras e precisas provas *apodícticas* ou evidências dos axiomas. O modelo *more geométrico* era o padrão a ser seguido para que fosse possível aceitar algo como ciência. Portanto, com a filosofia de Descartes inaugura-se o ideal de racionalidade precisa e científica que está na base do pensamento da modernidade<sup>7</sup>.

Com efeito, ainda no século XVII, Thomas Hobbes desenvolve o fundamento do que hoje se conhece como positivismo jurídico. Segundo Hobbes<sup>8</sup> num estágio anterior à formação do Estado, os homens são essencialmente iguais: igualdade de fato, na falta de recursos e no direito sobre o todo. Nesse contexto, na inexistência de regras, não há a nítida noção de direitos, sejam eles sobre a propriedade ou sobre a vida. Ou seja, o homem tem direito a tudo e ao mesmo tempo direito a nada.

Assim, os pressupostos do positivismo jurídico tiveram origem no momento em que o homem, através de seu consentimento, processou a passagem do estado de natureza para o Estado Civil, não cogitando mais a lei do mais forte. Como ensina Hobbes, através do contrato, cria-se uma pessoa de direito público, um ente artificial, uno e indivisível, ou seja, um representante dos súditos que exerce a soberania. Diz Perelman<sup>9</sup> que para Hobbes o direito não é a expressão da razão, mas sim a manifestação da vontade do soberano. De fato a unificação das vontades individuais em uma só pessoa, para Hobbes, chama-se Estado – o Leviatã<sup>10</sup>. O Leviatã, com efeito, necessita de representação para manutenção da unidade da vontade. Assim, o soberano é a identificação dessa unidade num sujeito.

Este soberano, que representa a unificação da vontade, é o poder absoluto, sendo os demais membros do Estado Civil identificados como súditos. Por ser o soberano a unidade da vontade dos súditos, cada um é autor de todos os atos praticados pelo soberano de modo que são obrigados, por força da terceira lei natural hobbesiana, a aceitar os atos do soberano, pois se comprometeram a cumprir o pacto que celebraram. Este é para o pensamento hobbesiano o postulado da justiça. Nos dizeres de Hobbes<sup>11</sup>

---

<sup>7</sup> PERELMAN, Chaim, *Tratado da Argumentação Jurídica – A Nova Retórica*. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p.1.

<sup>8</sup> HOBBS, Thomas. *Leviatã – ou matéria, forma e poder de um Estado Eclesiástico e Civil*. São Paulo: Martins Claret, 2002. p. 100.

<sup>9</sup> PERELMAN, Chaim. *Lógica jurídica*. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p.18.

<sup>10</sup> HOBBS, Thomas. *Leviatã*. Op.Cit. p. 131.

<sup>11</sup> Idem, p. 133.

*“os homens têm de cumprir os pactos que celebraram. Sem esta lei os pactos seriam vãos e não passariam de palavras vazias.”*

Portanto, o racionalismo de Descartes e o individualismo de Hobbes fornecem a chave do “contrato social” considerado nos séculos XVII e XVIII o princípio gerador das sociedades políticas. Embora Deus seja o criador do mundo, não é seu legislador imediato. O recuo do teologismo e do individualismo é tamanho que, embora não seja suficiente para laicizar integralmente o direito, impõe uma revisão da normatividade jurídica, cujos fundamentos pertencem à racionalidade do homem sujeito. No contexto teórico e puramente cognitivo em que se situa então a investigação sobre o homem, o problema da ordem jurídica insere-se mais numa filosofia do conhecimento que numa filosofia prática com finalidade ética. Por isso, o conceito de direito passou a ser problematizado no âmbito de uma concepção da natureza humana em que a razão como instrumento do conhecimento se firma como pedra angular<sup>12</sup>. Neste sentido, já é possível falar em tecnicidade do Direito.

O jusnaturalismo moderno, dos séculos XVII e XVIII, reflete o deslocamento do objeto do pensamento da natureza para o homem, e isto é característico da modernidade. O direito natural, como direito da razão, é a fonte de todo o direito. Direitos inatos, estado de natureza e contrato social foram os conceitos que permitiram elaborar uma doutrina do direito e do Estado a partir da concepção individualista da sociedade e da história. Tais conceitos marcam o mundo moderno.<sup>13</sup>

O Direito Natural Moderno ou Jusnaturalismo Moderno corresponde ao ideal de saber lógico-demonstrativo, numa corporificação do direito enquanto sistema.

Na escola moderna do Direito Natural, racionalista, o direito é deduzido de definições primeiras, ou de axiomas da razão pura a partir dos quais as leis se ordenam num sistema dedutivo.<sup>14</sup> Os axiomas da razão pura são máximas gerais de conduta moral. Ensina Michel Villey que *“os teóricos desta escola (de Pufendorf a Wolf, passando pelo francês Domat, autor das ‘leis civis ordenadas segundo sua ordem natural’) foram os primeiros construtores de sistemas de direito dedutivos”*.<sup>15</sup>

---

<sup>12</sup> GOYARD-FABRE, Simone. *Os fundamentos da ordem jurídica*. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 45.

<sup>13</sup> LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos – um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das letras, 2001. p. 38

<sup>14</sup> VILLEY, Michel. *Filosofia do Direito*, op. cit. p. 248.

<sup>15</sup> *Ibidem*.

Explica Yves Charles Zarka que “a maioria dos teóricos do direito natural do século XVII”<sup>16</sup> exprimem o projeto comum de fundar um sistema racional do direito e, a maioria das vezes, usam como referência para isto o modelo demonstrativo das matemáticas.

A filosofia de Spinoza, explica Perelman,<sup>17</sup> é inspirada neste ideal de racionalidade universal e Leibniz é o autor da fórmula “*cum Deus calculat, fit mundus*” (o mundo se realiza segundo cálculos divinos). Ora, se Deus é matemático e o mundo é conforme seu projeto matemático, a regra dos homens de ciência deve se reportar às equações divinas, e segundo estas (as equações divinas) são formuladas as leis da natureza. A regra dos filósofos era taxar como confusas e incertas todas as opiniões e idéias que não fossem possíveis de serem encaixadas a esses grandes quantificadores.<sup>18</sup>

Com o advento da modernidade científica e a exaltação das verdades racionais, acessíveis a todos os seres dotados de razão, verifica-se a mudança do paradigma metodológico. Ou seja, só é digno de saber científico aquilo que pode ser verdadeiro para todos, que empregando corretamente um método, encontrem uma mesma verdade correta. No direito a consequência deste ideal é a redução do objeto de investigação à lei.

A lei como objeto do direito deveria ser dotada de uma sistematicidade lógico formal, a fim de constituir uma ciência objetiva e precisa alheia aos conceitos irracionais e arbitrários como a Justiça. Isto é, o direito só é racional e científico se abandonar os juízos de valores que lhes são estranhos e dedicar-se ao estudo da lei positiva.

Conclui-se, portanto, que o ideal de racionalidade que permeia o Ocidente na modernidade é o de razão científica ligada às concepções matemáticas de pensar todo o tipo de fenômeno.<sup>19</sup> Nesta perspectiva, somente é considerado racional aquilo que é conforme os padrões dessa ciência matemática<sup>20</sup>. Assim, toda concepção que parte de

---

<sup>16</sup> ZARKA, Yves Charles. *O direito natural moderno*. In, RENAUT, Alain (Org.). *História da Filosofia Política/2 – Nascimento da modernidade*. Lisboa: Instituto Piaget, 2002, p. 234.

<sup>17</sup> Idem, p. 4.

<sup>18</sup> Idem, p. 6.

<sup>19</sup> A este respeito consulte-se: FRYDMAN, Benoit. *Lê sens des lois – histoire de l’interprétation et de la raison juridique*. Bruxelas: Bruyant, 2005. p. 226.

<sup>20</sup> VILLEY, Michel. *A formação do pensamento jurídico moderno*. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 588

uma dialética, onde as premissas são opiniões geralmente aceitas, é vista como irracional ou “metafísica”.

### III - Racionalidade jurídica no debate jurídico contemporâneo.

No século XIX prosseguindo os esforços da escola de Savigny, o estudo histórico conduziu gradualmente à mudança da compreensão do Direito propondo, como diz Chäim Perelman,<sup>21</sup> que “o direito não constitui um sistema mais ou menos fechado, que os juízes devem aplicar utilizando os métodos dedutivos, a partir de textos convenientemente interpretados.” Portanto, não deve o juiz simplesmente deduzir a partir de textos legais, mas deve procurar no texto a vontade do legislador, pois o que importa ao direito é o fim perseguido: o espírito da lei.<sup>22</sup> A justificativa está no fato de que compreensão da Escola Histórica do fenômeno do Direito não diz respeito à lei ou à norma formulada e positivada pelo legislador, mas à fonte originária do direito como situação histórica em constante transformação.<sup>23</sup>

Na França em 1804, o Código de Napoleão foi a consagração das conquistas da Revolução Francesa e serviu de base para toda postura positivista. Através da Escola da Exegese,<sup>24</sup> a compreensão do direito foi reduzida à análise da lei.

Essa concepção fundada na tradicional separação dos poderes identifica o Direito com a lei e confere aos tribunais a obrigação de julgar conforme esta lei, daí a expressão “juiz boca da lei”. Neste sentido, o julgador satisfaz a necessidade da segurança jurídica e conduz a uma precisão que pode dar ao direito o estatuto de uma verdadeira ciência, já que a operação de aplicação da lei é de natureza impessoal.<sup>25</sup>

Portanto, o silogismo judiciário da escola da exegese configurava-se da seguinte maneira: estabelecidos os fatos, a premissa maior deve ser fornecida pela regra de direito apropriada, a menor pela constatação que as condições previstas na regra haviam sido preenchidas, sendo a conclusão dada pela resolução do silogismo através da aplicação da lei ao caso concreto.

---

<sup>21</sup> PERELMAN, Chaïm, *Lógica Jurídica*, São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 70.

<sup>22</sup> Ibidem.

<sup>23</sup> FERRAZ JR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*. São Paulo: Atlas, 2001. p. 76.

<sup>24</sup> PERELMAN, Chaïm. *Lógica jurídica*. Op. cit, p. 31.

<sup>25</sup> Idem. p. 33.

A sistematicidade permite que todas as disposições do Código formem um conjunto ordenado e coerente, já que os detalhes podem ser deduzidos logicamente dele. Para além do método lógico, a sistematização do direito significa que a inteligibilidade do todo, mesmo quando ainda não está realizado, repousa na força dos princípios.<sup>26</sup> O Código é uma representação lógica do universo jurídico que segue encadeamentos de razões e se pretende conforme as exigências da razão.

O positivismo da Exegese atendia aos interesses da nova classe dominante que atingiu o poder: a burguesia, que desconfiava dos juízes vinculados ainda ao Antigo Regime. Michael E. Tigar e Madeleine R. Levy explicam porque o positivismo jurídico foi uma atitude tão conveniente para a jurisprudência da burguesia no século XIX: “*uma classe social tão firmemente enraizada, mas ainda assim tão temerosa de seus contestadores, julgará especialmente útil um sistema de pensamento que nega seu próprio passado revolucionário e focaliza o caráter concreto, no tempo presente, de seu poder*”.<sup>27</sup>

A interpretação exegética, diz Norberto Bobbio, “*é o primeiro modo com o qual se inicia a elaboração científica de um direito que tenha sido codificado ex novo pelo legislador*.”<sup>28</sup>

Mas a ambição de prever tudo – o rigor sistemático – além de impossível é também perigosa, pois pode anular a função do juiz e eliminar o recurso à “razão natural”,<sup>29</sup> o que imobilizaria o direito num sistema fechado e lhe impediria qualquer evolução. Desse modo, a postura exegética do silogismo judiciário,<sup>30</sup> cuja premissa maior é fornecida por uma norma geral, sendo o caso particular subsumido ao termo escrito da lei, não dava conta da realidade, como foi percebido através dos problemas de lacuna do direito, obscuridade ou mesmo inadequação e desuso.

O positivismo jurídico do século XIX, portanto, se caracteriza pela recusa de tudo aquilo que fosse extra-legal, bem como, de todo o direito que não fosse criado a partir de uma convenção humana, como o direito divino, natural ou racional. O pensamento em direito é aqui o pensamento sobre a legalidade. E a fundação deste

---

<sup>26</sup> Ibidem.

<sup>27</sup> TIGAR, Michael E e LEVY, Madeleine R. *Direito e Ascensão do Capitalismo*, Rio de Janeiro: Zahar, 1977, p.282.

<sup>28</sup> BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico – lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ícone, 1995. p. 83.

<sup>29</sup> GOYARD-FABRE, Simone, *Os fundamentos da ordem jurídica*. op. cit. p.114.

<sup>30</sup> VILLEY, Michel. *Filosofia do Direito*. Op. cit. p. 248.

positivismo da legalidade oferece à teoria do direito todo um pensamento voltado à uma norma auto-suficiente, à vontade da lei como um dado objetivo. Ou seja, o positivismo serve-se de um método puramente jurídico, e esta pureza consiste em eliminar todo tipo de consideração metafísica e meta-jurídica e voltar sua atenção à lei ela mesma. Portanto o terreno do direito é sólido, objetivo, seguro e estável não se submetendo a moral, à economia, à ideologia e à política.<sup>31</sup>

Por sua vez, Hans Kelsen na *Teoria Pura do Direito*<sup>32</sup> procurou entender o Direito como uma Ciência do Direito, que não seja equivalente à sociologia do direito ou a história do Direito. Logo no prefácio da *Teoria Pura do Direito*, Kelsen expõe que seu projeto é formular uma teoria acerca do Direito, que não seja uma doutrina política, evidenciando sua preocupação com a subordinação das ciências à Política. Kelsen pretende fazer uma Ciência do Direito, pois, para ele, se existe alguma pretensão de entender o direito enquanto conhecimento verdadeiro essa pretensão só passará a ser considerada se o conhecimento do Direito for um conhecimento científico. Diz Kelsen:<sup>33</sup>

Desde o começo foi meu intento elevar a jurisprudência, que – aberta ou veladamente – se esgotava quase por completo em raciocínios de política jurídica, à altura de uma genuína ciência, de uma ciência do espírito. Importava explicar, não as suas tendências endereçadas à formação do Direito, mas as suas tendências exclusivamente dirigidas ao conhecimento do Direito, e aproximar tanto quanto possível os seus resultados do ideal de toda ciência: objetividade e exatidão.

É importante esclarecer que Hans Kelsen<sup>34</sup> é um homem do seu tempo e sofre a influência inegável do conhecido Ciclo de Viena que se origina de um movimento maior que é a filosofia analítica de Bertrand Russel. Portanto, é neste contexto hostil a toda forma de especulação metafísica que se deve compreender a cientificidade do projeto de Kelsen.

---

<sup>31</sup> SCHMITT, Carl. *Les trois types de pensée juridique*. Paris: PUF, 1995. p. 85/86.

<sup>32</sup> KELSEN, Hans *Teoria Pura do Direito*, São Paulo: Martins Fontes, 2003.

<sup>33</sup> KELSEN, Hans. *Op. cit.*, p. XI.

<sup>34</sup> Neste sentido e sobre a relação entre a *Teoria Pura do Direito* e o conceito de ciência em Kelsen consulte-se: HACK, Pierre. *La philosophie de Kelsen – Epistémologie de la Théorie Pure du Droit*. Genève : Helbing & Lichtenhahn: 2003.

Metafísica, no sentido que Kelsen<sup>35</sup> lhe dá significa uma concepção religiosa do mundo, ou seja, não racional. Portanto, o Direito que o autor toma por base para a construção de uma teoria científica, alheia à metafísica, é concepção de direito criado e aplicado pelos homens, isto é, sobre o direito positivo, pois a idéia de justiça e o direito natural não são ciência, mas sim metafísica.<sup>36</sup> Dentro desta concepção a consideração sobre a justiça, por não se tratar de um conhecimento científico, é vista por Kelsen como sendo irracional.

A ciência para Kelsen se define por criar seu objeto não como entidade real, mas como um todo intelegível.<sup>37</sup> Contrária à política, que deve operar compondo interesses divergentes, a ciência tem por função se preocupar com o inteligível: a ciência é racional, o que significa que pertence à inteligência e não à vontade. Assim, neste contexto a ciência, que se ocupa do inteligível, dá aos fenômenos uma descrição precisa e objetiva, portanto, não contém valores.

É importante esclarecer que o conceito de ciência empregado pelo autor é restrito aos domínios do conhecimento de duas categorias. A primeira delas que diz respeito às ciências naturais ou dos fatos causais e a segunda a ciência normativa.<sup>38</sup>

Explica Kelsen, “*do fato de a proposição jurídica descrever algo, não se segue que esse algo descrito seja um fato da ordem do ser, pois não só os fatos da ordem do ser, mas também as normas de dever ser (Soll-normen) podem ser descritos*”.<sup>39</sup>

Assim, pode-se entender que para Kelsen existe uma separação metodológica e duas espécies distintas de ciência. A primeira delas relaciona causalmente os elementos; e a outra o faz imputativamente. Explica-se que a ciência normativa por descrever o conteúdo normativo, o dever ser, não se vale de leis causais. Esta ciência utiliza, por outro lado, a mesma lógica, a mesma racionalidade e busca os mesmos ideais normativos de objetividade e exatidão. As ciências sociais devem se ocupar de todo o conteúdo humano como a intuição, os sentimentos, desejos, paixões, que são indeterminados causalmente.

Note-se que, no entanto, como afirma Luis Fernando Barzotto,<sup>40</sup> em Direito à oposição entre o fenômeno natural e o social não deve ser tomada de modo absoluto,

---

<sup>35</sup> HACK, Pierre, *op. cit.* p. 24.

<sup>36</sup> KELSEN, Hans, *Op. cit.* p. 87.

<sup>37</sup> HACK, Pierre, *op. cit.* p. 24

<sup>38</sup> KELSEN Hans. *Op. Cit.* p. 85.

<sup>39</sup> *Idem*, p. 89.

pois, em muitas vezes, os fatos jurídicos podem ser considerados numa dimensão espaço-temporal.

Portanto, Kelsen<sup>41</sup> dispõe que o Direito como norma ou sistema de normas deve ser limitado ao conhecimento, à descrição das normas jurídicas, e às relações por estas constituídas. Para tanto, pretende “*libertar a ciência jurídica de todos os elementos que lhe são estranhos.*”<sup>42</sup> Eis o postulado metodológico fundamental de sua teoria. O Direito é, para o autor, um sistema de normas e não um mero conjunto. Isto quer dizer que dentro de sua composição interna é dotado de lógica.

Todas as normas de uma mesma ordem normativa têm o seu fundamento de validade em uma mesma norma fundamental. A norma fundamental é uma norma pressuposta,<sup>43</sup> ou seja, uma norma meramente pensada. Todo o Direito se fundamenta, portanto, sobre um pressuposto, uma norma que em nada mais se funda. A norma fundamental pressuposta por Kelsen não é, portanto, jurídica, mas sim meta-jurídica.

Tem-se nesta concepção, a seguinte caracterização do direito: o direito é uma ordem normativa. Uma ordem normativa é um sistema de normas vinculadas por um fundamento comum de validade, que é tido por objetivo por haver sido posto em conformidade com uma norma.

Portanto, o positivismo voluntarista de Hans Kelsen, sustenta, dentre outras coisas, a impossibilidade de se fundar empiricamente os juízos de valor. Na afirmação de Hans Kelsen, “*são as normas jurídicas o objeto da ciência jurídica, e a conduta humana só o é na medida em que é determinada nas normas jurídicas como pressuposto ou consequência, ou – por outras palavras – na medida em que constitui conteúdo de normas jurídicas.*”<sup>44</sup>

Como um representante típico do cientificismo do século XIX, Kelsen insiste que “*o conhecimento jurídico para ser científico deve ser neutro, no sentido de que não pode emitir qualquer juízo de valor acerca da opção adotada pelo órgão competente para a edição da norma jurídica.*”<sup>45</sup> Afirma também que o estudo dos fatores interferentes na produção normativa e a consideração dos valores envolvidos com a

---

<sup>40</sup> BARZOTTO, Luis Fernando. *O Positivismo Jurídico Contemporâneo – uma introdução a Kelsen, Ross e Hart*. São Leopoldo: Unisinos, 2003. p. 34.

<sup>41</sup> KELSEN, Hans, *op. cit.* p.84.

<sup>42</sup> *Idem*, p.1.

<sup>43</sup> BARZOTTO, Luis Fernando. *Op. Cit.* 41.

<sup>44</sup> KELSEN, Hans, *op. cit.*, p. 79.

<sup>45</sup> *Idem*, p. 80.

norma, não são apenas inúteis, inócuos, dispensáveis, mas podem viciar a veracidade das afirmações. É a celebração ao extremo da neutralidade científica. Por isso, vai dizer Michel Waline,<sup>46</sup> que a regra de ouro do positivismo jurídico é “*coloque entre parênteses*” todas as questões filosóficas.

Hans Kelsen, construiu uma Teoria do Direito capaz de garantir *status* de uma verdadeira ciência ao Direito, livre de toda ideologia, de toda intervenção de considerações meta-jurídicas. Uma ciência do Direito não é possível, segundo Hans Kelsen, a não ser que seu objeto seja fixado sem interferências estranhas ao direito positivo, razão pela qual, a *Teoria Pura do Direito* é conhecida como o Positivismo Jurídico.<sup>47</sup>

A ciência do Direito, como conhecimento de um sistema de normas jurídicas, não pode constituir-se, segundo expõe Kelsen, se não for excluído tudo aquilo que é estranho ao seu objeto.<sup>48</sup> O Direito, sendo um sistema de normas coercitivas válidas em um Estado determinado, pode ser diferenciado nitidamente, por um lado, das ciências que estudam os fatos, a diferença entre o ser e o deve ser (o *Sein* oposto ao *Sollen*). Nessa perspectiva, o Direito consiste em um sistema de normas diverso da moral ou do direito natural.

A Teoria Pura do Direito se caracteriza, por um intransigente dualismo que opõe, por um lado, o ser ao dever ser, a realidade ao valor (e conseqüentemente as ciências da natureza às ciências do espírito, a natureza à sociedade, bem como à causalidade à imputação) e, por outro, o direito à moral e o direito positivo ao direito natural.<sup>49</sup>

A ciência do Direito, enquanto conhecimento do Direito Positivo, deve eliminar taxativamente todas as considerações que são essencialmente estranhas a seu objeto e que introduzem, por intermédio de ideologias de toda espécie, posições decorrentes da política, moral e ética.<sup>50</sup>

---

<sup>46</sup> A expressão no original em francês é “*Mettre entre parenthèses*”. WALINE, Michel. *Positivisme philosophique, juridique et sociologique*. In, *Melanges Carré de Malberg*. Paris: Sirey, 1933, p. 517.

<sup>47</sup> KELSEN, Hans, op. Cit. p. 80.

<sup>48</sup> Idem, p. 1

<sup>49</sup> PERELMAN, Chaim. *Ética e Direito*. op. cit., p. 475.

<sup>50</sup> Ibidem.

O objeto da ciência do direito para o positivismo é claro: o direito positivo, a saber, a Constituição e as leis. Ora, longe de considerações filosóficas, a ciência do direito positivo pode alcançar um status epistemológico das outras ciências.<sup>51</sup>

Foi extraíndo as conseqüências lógicas que Hans Kelsen concebeu a *Teoria Pura do Direito*, em que o ponto de partida (a norma fundamental) bem como todos os pontos de passagem (de uma norma geral a uma norma particular, ou de uma norma a um caso de sua aplicação), dependem de decisões, de atos de vontade, que não se fundam em Direito, mas se justificam por considerações de ordem política ou moral<sup>52</sup> (daí por que se questiona a pureza metodológica do Direito).

Ocorre que a *Teoria Pura do Direito* não dá conta da obrigação de decidir que tem o juiz num determinado caso concreto. Ou seja, em determinadas situações o direito não pode ser aplicado no caso concreto, pois, dentro da perspectiva desta teoria quando nem uma nem outra interpretação da lei é possível, pois, legislador prescreveu algo sem sentido, não existe qualquer norma jurídica objetivamente válida, ainda que tenha sido posta em harmonia com a norma fundamental.<sup>53</sup> Não havendo norma válida o juiz não vai julgar conforme o Direito, mas a partir de um ato de sua vontade, amparado em valores meta-jurídicos e, portanto a decisão tomada não será racional e sim subjetiva ou metafísica.

A preocupação com a conclusão acima é que vai motivar os autores da segunda metade do século XX a romperem com o paradigma de exatidão, precisão certeza e cientificidade pura aplicável ao direito. Ou seja, tais autores não estavam satisfeitos com o fato de que para tornar-se ciência o direito deveria abandonar de sua racionalidade a investigação e tratamentos dos juízos de valores, dentre eles a justiça.

#### **IV- O Resgate da Racionalidade Prática como Racionalidade Jurídica.**

No século XX, por sua vez, Chaim Perelman se propôs a adaptar o modelo dialético de Aristóteles como forma de argumentação própria dos debates judiciais.

---

<sup>51</sup> GOYARD-FABRE, Simone. *De quelques ambiguïtés du positivisme juridique*, In, *Cahiers de philosophie politique et juridique* n. 13. Caen: Centre de Publications de L'Université de Caen, 1990. p. 26.

<sup>52</sup> PERELMAN, Chaim. *Ética e Direito*. op. cit p. 481.

<sup>53</sup> KELSEN, Hans. Op. Cit. p. 231.

Perelman formado na tradição do positivismo lógico<sup>54</sup> surpreendeu-se ao constatar que as *Leis de Nuremberg* codificaram, num sistema jurídico logicamente válido, a exclusão de uma considerável parcela da humanidade. A partir disso entendeu que nenhum sistema de direito que não visasse a justiça poderia ser considerado como válido e razoável. Passou a desenvolver em seus estudos uma metodologia do direito que fosse capaz de dar conta do envolvimento dos juízos de valores, de forma racional, no sistema jurídico. Chegou a conclusão que através da lógica formal tal envolvimento não seria possível<sup>55</sup>.

Foi estudando Aristóteles que Chaïm Perelman entendeu que a dialética seria o meio apropriado para tratar racionalmente os juízos de valores e, portanto, seria a forma adequada de raciocinar em direito sem abandonar a justiça. Assim, é tomando o pensamento de Chaïm Perelman como fio condutor, principalmente em seus escritos sobre a Justiça e em sua *Lógica Jurídica*, que será desenvolvido o estudo, que tem como objetivo estabelecer uma relação entre a filosofia do direito e a teoria do processo civil como efetividade da tutela jurisdicional<sup>56</sup>.

A Teoria da Argumentação Jurídica surge como alternativa entre o positivismo lógico voltado ao direito e o absoluto irracionalismo dos embates judiciários baseados no direito natural.<sup>57</sup> Sua eclosão sob o nome de “Lógica Jurídica” dá-se no debate pós-guerra quando, como nos diz Chaïm Perelman “*pôs em evidência o fato de que um Estado e sua legislação podiam ser iníquos, e mesmo criminosos...*”<sup>58</sup>

---

<sup>54</sup> Antes de tornar-se jurista Chaïm Perelman defendeu na Universidade Livre de Bruxelas tese sobre o pensamento de Gottlob Frege. A tese de doutorado intitulada *Etude sur Frege* foi apresentada em 1938.

<sup>55</sup> Noutra oportunidade desenvolvi a relação entre a teoria do direito de Chaïm Perelman e a Aristóteles, que foi fruto de investigação do meu curso de Mestrado em Direito no PPG da Universidade Federal de Santa Catarina, publicado em 2007. CYRILLO DA SILVA, Carolina. *Chaïm Perelman – Da argumentação a Justiça um retorno a Aristóteles*. Porto Alegre: Linus Editores, 2007.

<sup>56</sup> Para uma aplicação da racionalidade argumentativa nos domínios do Direito processual Civil, nadoutrina brasileira, consulte-se: ALVÁRO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *A garantia do contraditório* – in, *Do formalismo no processo civil*, 2ª edição, São Paulo: Saraiva, 2003, p.227/243. ZANETI JR, Hermes. *O problema da verdade no processo civil: modelo de prova e procedimento probatório* – in, *Gênese – Revista de Direito Processual Civil* n° 31. Curitiba: Gênese, 2004, p.34/68. MITIDIERO, Daniel Francisco. *Processo e Cultura: praxismo, processualismo, e formalismo em Direito Processual Civil* – in, *Gênese – Revista de Direito Processual Civil* n° 33, Curitiba: Gênese, 2004, p. 484/510. Na doutrina italiana, consulte-se: GIULIANI, Alessandro. *Il concetto di prova: contributo alla logica giuridica*. Milano: Giuffrè, 1971. PICARDI, Nicola. *Processo Civile “diritto moderno”* in, *Enciclopédia Del Diritto* – vol. XXXVI. Milano.

<sup>57</sup> ATIENZA, Manuel. *As Razões do Direito – Teorias da Argumentação Jurídica, Perelman, Toulmin, MacCormick, Alexy e outros*. São Paulo: Landy, 2002. p. 109.

<sup>58</sup> PERELMAN, Chaim. *Lógica Jurídica*. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 184.

Nesta perspectiva argumentativa mais flexível é que se inicia o debate a cerca da argumentação jurídica e da metodologia aplicável ao Direito – travado, principalmente, com o chamado pós-positivismo jurídico. Esta corrente da teoria do Direito, que surgiu como crítica, principalmente ao positivismo normativista jurídico de Kelsen, segue ganhando força ainda hoje e merece atenção especial daqueles que se interessam pela velha questão: o que é o Direito?

Sob o título “*Lógica Jurídica*” aparecem, contemporaneamente, as mais diferentes teorias. Na segunda metade do século XX há uma explosão das teorias lógicas e da argumentação jurídica. Apenas para citar alguns exemplos: a retomada *Tópica* de Theodor Viehweg,<sup>59</sup> *A Lógica do Razoável* de Luis Recasens Siches,<sup>60</sup> as teorias da Argumentação de Stephen Toulmin, Robert Alexy e Manuel Atienza. a dialética anti-dedutivista de Michel Villey e a *Lógica Jurídica e a Nova Retórica* de Chaïm Perelman<sup>61</sup>

Tais teorias são responsáveis por notáveis contribuições à renovação da Teoria do Direito na segunda metade do século XX, ligadas à perspectiva da compreensão do Direito como argumentação, como forma de solução dos conflitos e da controvérsia através do critério corretivo da Justiça, dando efetividade aos direitos fundamentais.<sup>62</sup>

De fato, as lógicas jurídicas têm em comum a preocupação com um tipo de racionalidade prática mais aproximada das técnicas da refutação, da controvérsia ou argumentação do que com a lógica formal, que a modernidade considera como a única capaz de ser chamada de lógica<sup>63</sup> e, portanto, única forma racional de tratar os fenômenos científicos.

Este movimento de retomada de um raciocínio prático para determinadas matérias do conhecimento humano não é restrita ao direito. Ensina Enrico Berti<sup>64</sup> a “*reabilitação da filosofia prática*” de Aristóteles, sobretudo vinculada à metodologia,

---

<sup>59</sup> VIEHWEG, Theodor. *Tópica y Jurisprudência*, op. cit.

<sup>60</sup> Luis Recasens Siches além de propor a teoria que chamou de “lógica razonable” fez o maior estudo histórico da consideração dos raciocínios jurídicos nas teorias do Direito do ocidente. A meu ver é o mais completo trabalho sobre o tema e o que oferece a melhor abordagem do assunto. SICHES, Luis Recasens. *Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa y Lógica “razonable”*. México: Fondo de Cultura Económica, 1971.

<sup>61</sup> idem.

<sup>62</sup> Tentar-se-á, como dito na introdução, provar que Perelman propõe a solução dos conflitos das normas jurídicas através da Regra da Justiça, o que será objeto específico do terceiro capítulo do presente trabalho.

<sup>63</sup> VILLEY, Michel. *Filosofia do direito*. Op. Cit. p. 235.

<sup>64</sup> BERTI, Enrico, *As razões de Aristóteles*. Op. Cit. XIV.

ocorre por volta dos anos 60 em diversas obras como a *Teoria da Argumentação*<sup>65</sup> de Chaïm Perelman e em *Verdade e Método*<sup>66</sup> de Hans-Georg Gadamer.

Com efeito, para Chaïm Perelman<sup>67</sup> o filósofo, o teórico e o operador do Direito devem voltar suas atenções para as razões de decidir do juiz, ou seja, para a argumentação no processo e nos conflitos judiciais<sup>68</sup> bem como, com a relação entre o Direito e a Justiça.

Como ele próprio diz:

a concepção positivista tinha como conseqüência inevitável restringir o papel da lógica, dos métodos científicos e da razão a problemas de conhecimento puramente teóricos, negando a possibilidade de um uso prático da razão. Opunha-se, por isso, à tradição aristotélica, que admitia uma razão prática, que se aplica a todos os domínios da ação, desde a ética até a política, e justifica a filosofia como a busca da sabedoria.<sup>69</sup>

Chaim Perelman interessou-se, portanto, pela criação de uma lógica dos juízos de valor, ou seja, uma lógica que pudesse fornecer critérios objetivos e universais para a aferição de valores, ao invés de tratá-los como arbitrários e irracionais. Seguindo este caminho, por discordar da posição positivista que, ao limitar o papel da lógica, do método científico e da razão à solução de problemas de fundo meramente teórico, abandona a solução dos problemas humanos à emoção, aos interesses e à violência.<sup>70</sup>

Para o autor tal postura

[...] equivale à renúncia a qualquer filosofia prática, não podia satisfazer-me, pois significava abandonar às emoções, aos interesses e, no final das contas, à violência o controle de todos os problemas relativos

---

<sup>65</sup> PERELMAN, Chaïm. *Teoria da Argumentação – a Nova Retórica*. Op.cit.

<sup>66</sup> GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método*. Rio de Janeiro: Vozes, 2003.

<sup>67</sup> PERELMAN, Chaïm, *Retóricas*. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p 299.

<sup>68</sup> Em Aristóteles, o silogismo dialético é aquele que não parte de premissas necessárias, mas de premissas admitidas, a partir das opiniões geralmente aceitas. O silogismo analítico, ou demonstrativo, toma por premissas proposições universais, primeiras e necessárias. O silogismo dialético, por sua vez, toma por premissas opiniões. Portanto, é da utilidade prática que surge a sua necessidade e o que interessa ao presente estudo. Porém, para uma compreensão global do que vem a ser a Dialética de Aristóteles e sua aplicação na teoria do direito consulte-se: CYRILLO DA SILVA, Carolina. *Chaïm Perelman – Da argumentação a Justiça um retorno a Aristóteles*. Porto Alegre: Linus, 2007.

<sup>69</sup> PERELMAN, Chaïm, *Lógica Jurídica*. Op.cit. p. 136.

<sup>70</sup> Ibidem.

à ação humana, especialmente à ação coletiva, todos aqueles relacionados tradicionalmente a moral, ao direito e a política.<sup>71</sup>

Segundo Luis Recaséns Siches,<sup>72</sup> a idéia de que a única forma de racionalidade admitida é aquela do pensar matemático do tipo cartesiano, onde não havia interesse científico por aquilo que fosse opinável e variável, mas apenas naquilo que fosse verdadeiro empregando um cálculo, fez com que Perelman considerasse que estes filósofos entendiam que a razão se limitava ao conhecimento e aplicação de fórmulas. Nessa perspectiva, o campo de intervenção da faculdade humana de raciocinar e provar através de atos decisórios não era uma atividade racional.

Chaim Perelman formulou, portanto, uma pequena distinção entre o racional e o razoável. Aquilo que é racional pode ser descrito como o que corresponde às relações necessárias, associadas às verdades evidentes,<sup>73</sup> como a razão matemática, por exemplo. Por sua vez, o razoável é aquilo influenciado pelas situações contingentes, como o senso comum ou o bom senso. O razoável muda conforme as circunstâncias que se apresentam. O razoável muda na medida em que a humanidade se modifica<sup>74</sup>.

Explica Chaïm Perelman que em direito o critério de decisão razoável é aquele vinculado à equidade, pois quando a aplicação de uma lei parece desarrazoada é legítimo que se recorra a equidade como forma de correção da aplicação.<sup>75</sup> Do que se conclui que na matéria prática e contingente – como é o direito – o critério de aplicação deve guardar relação com aquilo que é razoável e não necessariamente com aquilo que é racional, no sentido acima empregado.

Nos seus dizeres<sup>76</sup>

Assimilar o raciocínio judiciário a um silogismo, cuja conclusão seria verdadeira, porque pode ser demonstrada formalmente a partir de premissas verdadeiras, é mascarar a própria natureza do raciocínio prático, é transformá-lo num raciocínio impessoal, do qual se terá eliminado todo o fator de decisão, que é, contudo essencial. O que há de

---

<sup>71</sup> PERELMAN, Chaim. *Lógica Jurídica*. Op. Cit. p. 137

<sup>72</sup> SICHES, Luis Recaséns. Op. Cit. p. 378.

<sup>73</sup> Idem, p. 28.

<sup>74</sup> O Razoável, digo eu, é forma de manter no ciclo científico a formulação e relação entre direito, sociedade e cultura.

<sup>75</sup> PERELMAN, Chaim. *Ética e Direito*. Op. Cit. p. 435.

<sup>76</sup> PERELMAN, Chaïm. *Ética e Direito*, op. cit., 481.

especificamente jurídico no raciocínio do juiz não é de modo algum a dedução formalmente correta de uma conclusão a partir de premissas – nisso a dedução em direito nada tem de particular – mas são os raciocínios que conduzem ao estabelecimento de premissas no âmbito de um sistema de direito em vigor.

Com efeito, o direito não é direito sem se manifestar na prática e como prática, do que se vê através de Castanheira Neves, pois a efetiva dimensão da prática humano-social é que transforma a juridicidade em direito<sup>77</sup>.

Desse modo, como salienta Manuel Atienza a importância da obra de Perelman,

“... reside em seu objetivo de reabilitar a razão prática, ou seja, introduzir algum tipo de racionalidade na discussão de questões concernentes à moral, ao Direito, à política etc., que venha a significar algo assim como uma via intermediária entre razão teórica (a das ciências lógico-experimentais) e a pura e simples irracionalidade.”<sup>78</sup>

Destarte, como a prática jurídica oferece padrões para a razão prática, cabe ao estudioso do Direito e aos seus aplicadores não deixar de perceber que a razão prática é a perspectiva adequada a um pensamento vinculado à ação, logo, sua aplicação não é arbitrária nem irracional.

Portanto, é da necessidade do resgate da racionalidade prática para o direito que se deve partir para tratar da questão da efetividade do processo como se passará a expor.

## **V - Fases metodológicas do direito processual – Praxismo, Processualismo, Instrumentalismo e Formalismo-Valorativo.**

Feita a introdução ao sobre o pressuposto metodológico do direito falta fazer a relação com o Direito Processual Civil.

---

<sup>77</sup> CASTANHEIRA NEVES, A. *Metodologia Jurídica — Problemas Fundamentais*. Coimbra : Coimbra Editora, 1993, p. 25.

<sup>78</sup> ATIENZA, Manuel.op. cit, p. 109.

Nesta parte do trabalho tratar-se-á de mostrar que o resgate da racionalidade prática do direito operada no século XX por Chaïm Perelman e pelos seguidores do resgate da racionalidade prática para o direito é compatível com o tratamento contemporâneo dado ao direito processual civil na perspectiva do Formalismo-Valorativo<sup>79</sup>.

Ensina Daniel Mitidiero nos “*Elementos para uma Teoria Contemporânea do Processo Civil Brasileiro*”<sup>80</sup> que existe uma íntima relação entre direito e cultura e que tal fica evidente quando trabalha-se com o direito processual civil, que parafraseando Pontes de Miranda, entende ser “o ramo das leis mais rente à vida”.

Nesta perspectiva pretende trabalhar a história da cultura do direito processual civil no que entende serem fases metodológicas de compreensão do fenômeno processual.

A teoria das fases metodológicas trabalhadas por Daniel Mitidiero nos seus “*Elementos ..*” vai revista e ampliada na tese de doutoramento do autor<sup>81</sup>, como a seguir será exposto.

A importante contribuição de Daniel Mitidiero nessa sistematização, trabalhada com esteira nas bases fundantes “*Do Formalismo no Processo Civil*”<sup>82</sup> de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, esta em identificar o modelo de racionalidade jurídica que permeia toda a formação da cultura jurídica, de modo a relacionar a Filosofia do Direito ao Direito Processual Civil, como sendo a primeira base de sustentação teórica da ordem fundamental do Direito e o segundo meio de concretização da Justiça (efetividade), buscada como fim último do Direito<sup>83</sup>.

Num primeiro momento tem-se o modelo processual do praxismo que antecede ao aparecimento do direito processual enquanto ciência. Nesta perspectiva trabalha-se

---

<sup>79</sup> ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do formalismo no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2003. Consulte-se, ainda, MITIDIERO, Daniel. *Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005,

<sup>80</sup> MITIDIERO, Daniel Francisco. *Elementos para uma Teoria Contemporânea do Processo Civil Brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.p. 11.

<sup>81</sup> A tese de doutorado em questão encontra-se publicada em português MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no Processo Civil – pressupostos sociais, lógicos e éticos*. São Paulo: RT, 2009. Em espanhol MITIDIERO, Daniel. *Colaboración en el Proceso Civil - Presupuestos Sociales, Lógicos y Éticos*. Lima: Communitas, 2009.

<sup>82</sup> ALVARO DE OLIVERIA, Carlos Alberto. *Do Formalismo no Processo Civil*. São Paulo : Saraiva, 2003.

<sup>83</sup> Ao assumir que a Justiça é fim último do direito estou me filiando a uma visão Aristotélica-Tomista-Perelmaniano do fenômeno jurídico o que é absolutamente proposital.

com o *iudicium* e não com o *processus*<sup>84</sup>. Metodologicamente podia se dizer que no praxismo a postura era a do processo sincrético, isto é, o processo tendo sua existência ligada ao direito substantivo.

Em relação à racionalidade envolvida tinha-se na fase praxista um modelo de racionalidade prática, vinculada a solução dos casos concretos, com possibilidade dos atores processuais lançarem argumentos na persecução do justo particular, donde segue-se que no modelo praxista o sentido ético da jurisdição encontra-se arraigada ao próprio modelo de direito envolvido. São expressões do praxismo as adoções pelo direito romano da *legis actiones*, o *agere per formulas* e a *cognitio extra ordinem*.<sup>85</sup>

Num segundo momento o processo praxista foi sucedido pelo modelo do processualismo<sup>86</sup>. Tal modelo identifica-se com a modernidade e é marcado por todo o ideal de ciência que permeou o período, como visto no parte I do presente trabalho.

No rigor científico da psique matemática o processualismo dá cientificidade ao direito processual civil, o método era o científico, através do qual seria possível extirpar do direito processual todo e qualquer resíduo de direito material, uma vez que a idéia era justificar a possibilidade científica do direito processual civil como um ramo próprio e autônomo.

Em relação à racionalidade jurídica, essa se identificava com uma racionalidade teórica, do tipo dedutivo<sup>87</sup>, apta a retirar do plano da relação jurídica processual o problema da justiça, colocando em seu lugar o problema da norma jurídica ou do ordenamento jurídico positivo, ou seja da norma estatal e das suas relações internas a partir do preceito da validade formal.<sup>88</sup> No processualismo é verdadeiro falar que o processo civil fora relegado a um expediente de índole técnica.

O modelo do processualismo tem especial influência no direito processual civil brasileiro, em especial pela formação do Código de Processo Civil de 1973, o chamado código Buzaid.

---

<sup>84</sup> MITIDIERO, Daniel Francisco. *Elementos*...p. 17

<sup>85</sup> KASER, Max. *Direito Privado Romano*. Lisboa : Calouste Gulbenkian, 1999. p. 433.

<sup>86</sup> MITIDIERO, Daniel Francisco. *Elementos*...Op.Cit. p. 19.

<sup>87</sup> Quando Daniel Francisco Mitidiero na obra ‘Elementos...p. 19’ explica o modelo de racionalidade envolvida no processualismo faz referência a uma racionalidade do tipo positivo, querendo expressar que tal racionalidade se amolda a corrente do positivismo jurídico normativista que pretende aplicar o modelo dedutivo (ou silogismo) ao Direito. Aqui optou-se por questões de rigor científico e similitude de linguagem com a primeira parte do trabalho a chamar de racionalidade do tipo dedutivo, ainda que querendo significar a mesma corrente.

<sup>88</sup> A respeito da validade do ordenamento jurídico e sua relação com a validade das normas de justiça consulte-se KELSEN, Hans. *A Justiça e o Direito Natural*. Lisboa : Almedina, 2006.

Ensina Daniel Francisco Mitidiero<sup>89</sup>

Ao apresentar o Projeto do Código de Processo Civil de 1973, expondo-lhe os motivos, Alfredo Buzaid asseverava que a elaboração de um Código de Processo encerra uma empresa `eminente técnica. Em outra oportunidade, ao gizar as linhas fundamentais de nosso Código, em conferência na Universidade de Keyo, Buzaid fora mesmo mais enfático: o `processo civil é uma instituição técnica`. Ressai de logo, nessas assertivas, o espírito de toda uma época: o processualismo científico, de início incontestável em Oskar Bülow, no final do século XIX, parcialmente sistematizado ainda àquele tempo por Adolf Wach, desembarcado no Brasil pela mão da Escola Italiana do século XX, cujo mestre maior fora Giuseppe Chiovenda, trazido na bagagem de seu discípulo Enrico Tullio Liebman.

Com efeito, o modelo do processo civil como técnica, ou processualismo, se encaixa na perspectiva de cientificidade do ideal moderno de exatidão, precisão e certezas.

No modelo do processualismo o papel do jurista é o de trabalhar com o conjunto das normas (e pelo momento histórico normas entendidas como regras, ou seja trabalhadas a partir do conceito de validade e de invalidade formal, com dependência dos critérios de soluções de antinomias do ordenamento jurídico).

Neste sentido, mister se faz lembrar que o papel do jurista não é pugnar pela justiça, uma vez que esta não é objeto da ciência do direito. Ao juiz é dado aplicar a lei (ou a vontade da lei) sem que haja questionamento sobre sua legitimidade.

O processualismo exerce no processo civil os mesmos efeitos que a Escola da Exegese e Teoria Pura do Direito exerceram sobre a Teoria e Filosofia do Direito, a saber: reduzir o conceito de direito ao conceito de ciência do direito expurgando da investigação todo caráter axiológico e prático dos embates jurídicos.

---

<sup>89</sup> MITIDIERO, Daniel Francisco. *Bases para construção de um processo civil cooperativo: o Direito processual civil no marco teórico do formalismo – valorativo*. Disponível em [www.lume.ufrgs.br/handle/10183/13221](http://www.lume.ufrgs.br/handle/10183/13221) acessado em 15.11.2008. Neste sentido consulte-se BUZAID, Alfredo. *Projeto do Código de Processo Civil de 1973: exposição de motivos*. Brasília, 1972, n. 5. BUZAID, Alfredo. Linhas fundamentais do sistema do Código de Processo Civil Brasileiro. In: ESTUDOS e pareceres de direito processual civil, com notas de adaptação ao direito vigente de Ada Pellegrini Grinover e Flávio Luiz Yarshell. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. Evolución de la doctrina procesal” In: ESTUDIOS de teoría general e historia del proceso (1945-1972). México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1974, v. 2, p. 308. Alude Niceto à conhecida obra de BÜLOW, Oskar. *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*. Tradução Miguel Angel Rosa Lichtschein. Buenos Aires: Ejea, 1964).

Diz Daniel Mitidiero<sup>90</sup>

As grandes linhas do direito processual civil enquanto disciplina autônoma foram traçadas no processualismo, também por isso normalmente chamado de período “conceitualista” ou “autonomista”. As discussões inerentes à “ação”, verdadeiro pólo metodológico da nova ciência, e à caracterização de inúmeros outros institutos do processo civil (atos processuais, litispêndência, eficácia de sentença, coisa julgada *et coetera*) dominou a atenção dos processualistas, crentes de que estavam a praticar uma ciência pura, de toda infensa a valores – uma ciência, enfim, eminentemente técnica (o nosso Código de Processo Civil, a propósito, é fruto eloqüente dessa postura científica).

Do que se segue que tal modelo é o que garante autonomia e cientificidade ao direito processual civil e garante a supremacia da fiel separação de poderes, típica do modelo europeu.<sup>91</sup>

Por sua vez, em crítica ao processualismo surge o modelo instrumentalista do processo civil, que tem por objetivo resgatar em certa medida o vínculo entre processo e direito material, que havia sido rompido pelo processualismo.

Este modelo do instrumentalismo, ou instrumentalidade ou ainda instrumentalidade garantista<sup>92</sup> é o modelo proposto por Cândido Range Dinamarco<sup>93</sup> e tem como objetivo romper com a autonomia extrema do processo em relação ao direito material, relativizando o binômio direito x processo.

A instrumentalidade garantista no processo civil, todavia, não resgata a racionalidade prática do direito, tampouco rompe com o normativismo cientificista que foi trabalhado na parte I do presente estudo.

---

<sup>90</sup> MITIDIERO, Daniel Francisco. Bases...op. cit.

<sup>91</sup> Sobre a discussão da rígida separação dos poderes no modelo europeu em contrapartida ao direito da common law, em especial sobre a discussão do sistema de freios contrapesos dos poderes, consulte-se : CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legislativos ?* Porto Alegre : Fabris, 1999.

<sup>92</sup> Daniel Francisco Mitidiero usa em sua tese de doutorado o termo perspectiva instrumentalista, aqui opto por tratar a perspectiva com o nome de Instrumentalidade Garantista seguindo o vocabulário amplamente aceito em Direito processual penal que tem a mesma matriz teórica. Neste sentido : FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão*. São Paulo : RT, 2003 ; LOPES JR. Aury. *Introdução ao processo Penal – Fundamentos da Instrumentalidade Garantista*. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2006.

<sup>93</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. São Paulo: Malheiros, 2008.

Nas palavras de Cândido Rangel Dinamarco “o clima de legalidade ditado constitucionalmente no Estado-de-Direito repele a institucionalização de sentenças *contra legem*, ainda que ‘a lei vigente conduza a resultados viciados ou injustos’”<sup>94</sup>

Daí se segue que o modelo da instrumentalidade garantista não tem intenção de romper com o normativismo nem totalmente com o processualismo, uma vez que não devolve a Justiça como objetivo do direito e da racionalidade jurídica, nem conduz a um papel ativo do juiz na efetividade de direitos, ainda que rompa com a idéia processualista de que processo é um direito autônomo em relação ao direito material. A instrumentalidade garantista dá ao julgador o mesmo papel que os processualistas pretendiam: a saber, o juiz preso a “boca da lei”.

Com efeito, o modelo de racionalidade envolvida é ainda o da racionalidade teórica, onde o papel do julgador é o de exprimir o direito através dos modelos dedutivos e silogísticos.

Por sua vez, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira<sup>95</sup> inicia uma corrente metodológica do processo civil nos moldes do Estado Constitucional, que posteriormente é tratada como Formalismo-Valorativo<sup>96</sup>.

Constatou o autor que a racionalidade do direito processual não deveria ser a racionalidade meramente técnica, mas a orientada por uma validade normativa que a fundamente e ao mesmo tempo fundamentada, pelo discurso racional do juízo, de modo a que a sociedade possa controlar tanto a correção material, quanto a concordância dogmática da decisão<sup>97</sup>, não desconhecendo que o valor justiça, espelhando a finalidade jurídica do processo, encontra-se intimamente relacionado com a atuação concreta e eficiente do direito material, entendido em sentido amplo como todas as situações subjetivas de vantagem conferidas pela ordem jurídica aos sujeitos de direito.

Nesta senda, propugna por uma construção de um modelo processual civil baseado em duas premissas, a saber: 1) o abandono do formalismo exacerbado; 2) a cooperação entre o órgão judicial e as partes<sup>98</sup>.

---

<sup>94</sup> DINAMERCO, Cândido Rangel. A Instrumentalidade... p. 199.

<sup>95</sup> ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do formalismo...* p. 254.

<sup>96</sup> Carlos Alberto Alvaro de Oliveira em diversas manifestações se diz influenciado pelo jurista Nicola Picardi na formulação da teoria do formalismo valorativo. A este respeito consulte-se. PICARDI, Nicola. I – Processo Civile: c) Diritto Moderno. In: ENCICLOPEDIA del diritto. Milano: Giuffrè, 1987, p. 106, v. 36.

<sup>97</sup> ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do formalismo...* p. 246.

<sup>98</sup> ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do formalismo...* p. 246.

Por sua vez, Daniel Mitidiero na sua tese de doutorado <sup>99</sup> explica que dado o caráter histórico da experiência jurídica, cada modelo de organização social corresponda um determinado papel atribuído à magistratura. Os poderes e deveres do juiz nessa ou naquela sociedade estão inequivocamente atados à organização política desse ou daquele agrupamento social.

Assim sendo, a cláusula do devido processo legal encontra-se na Constituição da República do Brasil no art. 5º, inciso LIV, tal princípio que exige como corolários a proibição de juízos de exceção e o princípio do juiz natural (art. 5º, incisos XXXVII e LIII), a igualdade (art. 5º, *caput*), aí compreendida a paridade de armas, o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes (art. 5º, inciso LV), consideradas inadmissíveis as provas obtidas por meios ilícitos (art. 5º, inciso LVI), devendo o litígio ser solucionado por meio de decisão fundamentada (art. 93, inciso IX).

No sistema constitucional pátrio a prestação jurisdicional é indeclinável. Ao juiz é defeso recusar decidir alegando lacuna ou conflito entre as leis.<sup>100</sup> Além disso, as decisões judiciais requerem motivação, sob a consequência de se decretarem nulas. Ao ser obrigado a julgar e a motivar suas decisões<sup>101</sup> deve o juiz fazer a aplicação do Direito tomando-o como um sistema, interpretando-o de modo a remover as incompatibilidades e contradições internas e motivando as sentenças de modo que elas sejam aceitas como legítimas.<sup>102</sup>

O juiz, para a correta aplicação do Direito, deverá recorrer a vários elementos, principalmente quando vier a se deparar com conflitos de difícil solução. Dentre os elementos a serem utilizados devem estar o sistemático, o lógico e o justo. Interpretar o

---

<sup>99</sup> MITIDIERO, Daniel Francisco. *Bases para construção de um processo civil cooperativo: o Direito processual civil no marco teórico do formalismo – valorativo*. Disponível em [www.lume.ufrgs.br/handle/10183/13221](http://www.lume.ufrgs.br/handle/10183/13221), acessado em 15.11.2008.

<sup>100</sup> Na Constituição Federal o art. 5º, inciso XXXV, dispõem que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, o que, em combinação com o expresso no art. 126, do Código de Processo Civil Brasileiro, que dispõe: “o juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito” constitui o chamado princípio da proibição do *non liquet*, herança do art. 4º, do Código Civil Francês, que por sua vez, é a antítese de todo o processo romano.

<sup>101</sup> Constituição Federal art. 93, inciso, 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 exigir, limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes;

<sup>102</sup> PERELMAN, *Ética e Direito*, op. cit., p. 472

texto legislativo pressupõe vontade e raciocínio. Dar efetividade aos direitos é ir além da interpretação.

Nesta perspectiva, imperioso lembrar que na busca de tomada de decisões no âmbito da racionalidade jurídica deve-se ter em mira uma questão fundamental para a Teoria do Direito no Estado Constitucional, a saber a efetividade do direito.

Com apoio em Carlos Alberto Álvaro de Oliveira<sup>103</sup> é possível dizer que no plano processual, a questão da efetividade ganha corpo a partir da consciência adquirida no início do século XX quanto ao caráter público do processo. Assim, segue o autor, se o processo, na sua condição de autêntica ferramenta de natureza pública indispensável para a realização da justiça e da pacificação social, não pode ser compreendido como mera técnica mas, sim, como instrumento de realização de valores e especialmente de valores constitucionais<sup>104</sup>, impõe-se considerá-lo como direito constitucional aplicado.

Com efeito, conclui que sob a perspectiva contemporânea do Direito Processual Civil, em especial sob a égide do formalismo-valorativo, há de se pensar o direito como garantia da busca da justiça no caso concreto, da efetividade, empreendendo o processo justo, alçado aos valores constitucionais como um procedimento em contraditório. Constata Carlos Alberto Alvaro de Oliveira<sup>105</sup> que “o estabelecimento, como princípio geral do processo, do princípio da adequação formal, facultando ao juiz, obtido o acordo das partes, e sempre que a tramitação processual prevista na lei não se adapte perfeitamente às exigências da demanda aforada, a possibilidade de amoldar o procedimento à especificidade da verdade e acerto da decisão, prescindindo dos que se revelem inidôneos para o fim do processo”.

Assim, pode-se dizer que a contemporânea teoria do direito processual civil intitulada Formalismo-Valorativo vai ao encontro das teorias Lógico Jurídicas, em especial a de Chaïm Perelman trabalhada na parte antecedente, uma vez que resgata a função da racionalidade prática para os embates judiciais e atribui um novo poder-dever ao julgador: a necessidade de trabalhar no caso concreto a efetividade do direito, nos limites da racionalidade, da razoabilidade e no reconhecimento cultural dos preceitos de justiça.

---

<sup>103</sup> ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Efetividade e Processo de Conhecimento*. Disponível em [www.mundojuridico.com.br](http://www.mundojuridico.com.br) acessado em 15.11.2008.

<sup>104</sup> ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do Formalismo...p. 83 e seguintes*.

<sup>105</sup> ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do formalismo...p.254*.

A necessidade Constitucional de motivação nas sentenças judiciais, nesta banda, não se amolda mais com o simples emprego do silogismo judiciário, ao juiz é imposto o dever se raciocinar, argumentar e efetivar direitos, dando-lhe um papel para além do “boca da lei” transformando-o em ator político efetivador de direitos.<sup>106</sup>

## VI – Conclusão

Na busca da solução justa a dialética é meio, pois a estrutura da argumentação dialética, que motiva uma decisão, é diferente do silogismo científico, pelo qual se passa das premissas à conclusão necessariamente. A passagem dos argumentos dialéticos à decisão, ao contrário, não é obrigatória, pois uma decisão envolve sempre a possibilidade de decidir de outro modo ou, simplesmente, de não decidir. Quando as premissas são enfraquecidas, através da dialética, não se impõe uma decisão como obrigatória, mas como a mais provável, razoável, ou como sendo a melhor possível naquele caso concreto.

Portanto é a estrutura acima que Chaïm Perelman vai resgatar no século XX, ao reinventar uma teoria da argumentação jurídica nos moldes propostos pela relação entre dialética e justiça.

Perelman constatou que a tradicional filosofia do Ocidente, desde o século XVII, sofreu influência do desenvolvimento da *psique* matemática e das ciências naturais baseadas na experiência, na medida, o pensamento e o cálculo. Tudo aquilo que não fosse possível de ser reduzido a uma quantidade deveria ser considerado como vago e confuso. A partir disso, Perelman traça uma evolução histórica tanto do conceito de Direito quanto das técnicas do raciocínio jurídico. Em Roma e na Idade Média, mostra como o Direito é elaborado segundo um modelo dialético ou argumentativo; nos teóricos jusracionalistas dos séculos XVII e XVIII – que se ocuparam em construir uma jurisprudência universal, fundada em princípios racionais – destaca um modelo de raciocínio dedutivo.

Explica que ao ideal de jurisprudência universal se opuseram três teses: a de Hobbes, a de Montesquieu e a de Rousseau. Tais idéias confluíram na Revolução Francesa e determinaram a nova concepção de direito: o conjunto de leis. O conjunto de

---

<sup>106</sup> A tese aqui apresentada de forma superficial tem o condão apenas de apresentar o problema que será objeto de futuras pesquisas, dado a limitação de objeto de pesquisa do presente trabalho monográfico.

leis marcou a finalidade das grandes codificações. Com o Código de Napoleão surge a *escola da exegese* que dominou o conhecimento jurídico continental até aproximadamente 1880, concebendo o direito como um sistema dedutivo e o raciocínio judicial, segundo a teoria do silogismo.

No século XX, por sua vez, inspirado no modelo do positivismo científico Hans Kelsen estuda o direito enquanto ciência. A *Teoria Pura do Direito* tinha como missão conceber o direito segundo o ideal de toda ciência, com objetividade e exatidão. Para tanto, pretendia libertar a ciência jurídica de todos os elementos que lhe fossem estranhos, como a consideração sobre os juízos de valor. Este era o postulado metodológico fundamental de sua teoria do direito enquanto ciência. Portanto, se o direito é um sistema científico exato e objetivo é um sistema de normas dotado de lógica formal.

Após a Segunda Guerra Mundial Chaïm Perelman interessou-se pela criação de uma lógica dos juízos de valor, que pudesse fornecer critérios objetivos e universais para a aferição de valores, ao invés de tratá-los como arbitrários e irracionais. Seguiu este caminho, por discordar da posição positivista de limitar o papel da lógica, do método científico e da razão à solução de problemas de fundo meramente teórico. Chegou à conclusão inesperada de que não há uma lógica formal dos juízos de valor, mas que, em todos os campos do conhecimento onde ocorre controvérsia de opiniões, seja na filosofia moral ou no direito, é possível recorrer à argumentação. Ficou convencido da existência de técnicas de argumentação e persuasão, em particular aquelas estudadas por Aristóteles nos *Tópicos* e na *Retórica*, do tipo dialético, como forma de racionalidade peculiar das ciências morais como a política, a ética e o direito. Assim, a dialética pode ser utilizada como instrumento para se chegar a um acordo sobre os valores e sua aplicação.

A partir de então, passou a estudar como desenvolver, no domínio do Direito, a retórica (ou dialética) concebida como uma maneira de discutir e alcançar a um acordo sobre valores, sem abandonar o campo da razão, mas transcendendo as categorias da lógica formal baseada na demonstração científica. Com efeito, ao efetuar a reabilitação do método que regula os raciocínios argumentativos do tipo dialético estabeleceu a relação da argumentação com a noção de justiça.

Para compatibilizar o direito positivo e o fim da justiça, Chaïm Perelman focalizou sua teoria nas razões de decidir o juiz no processo judicial. Explicou que o raciocínio jurídico se dá primordialmente nas razões do juiz em aplicar o direito no caso concreto. O juiz não deve apenas se contentar em deduzir a partir de texto legais, mas deverá recorrer a vários elementos, principalmente quando vier a se deparar com conflitos de difícil solução. Esta lógica que se ocupa das controvérsias, das decisões e das razões de escolha dos juízes não é uma lógica formal baseada na busca de uma verdade, no sentido de precisão, mas é uma lógica que deve procurar a verdade prática, ou seja, aquela que trabalha para estabelecer como é melhor agir numa determinada situação concreta, por isso foi chamada de *Lógica Jurídica*.

Assim, ao chegar a uma decisão concreta que seja possível, aceita, razoável explica-se a relação entre justiça e dialética, que Aristóteles legou a Chaïm Perelman. A justiça é o fim último do Direito. Para que o direito realize o seu fim os raciocínios jurídicos devem formar-se nas bases dialéticas, atentos aos casos concretos e não apenas de modo a contemplar o universal. O justo é aqui o concreto do ato particular. Portanto, é nesse ponto que Chaïm Perelman se afasta daquilo que chamou de positivismo e retoma o uso da razão prática no domínio do direito. Esta é a grandeza de sua obra.

Por sua vez, no domínio específico do Direito Processual civil este debate a cerca da racionalidade jurídica não ficou esquecido.

Com efeito, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira e Daniel Francisco Mitidiero se propuseram a estudar o Direito processual civil para além de sua vinculação como mera técnica.

Para tanto, analisaram a vinculação entre direito e cultura e identificaram que o processo civil contemporâneo do Estado Constitucional, não poderia estar vinculado e amarrado a cientificidade e tecnicidade que lhes fora imposta pelo modelo científico da precisão e certeza da psique moderna da racionalidade humana. Isto é, para persecução do processo no Estado Constitucional a racionalidade processual tem que ir além da simples dedução silogística

Ou seja, o direito processual civil não é, para os autores, mera técnica e sim meio de efetivação de direitos fundamentais. A efetividade de direitos requer que a Justiça volte a pautar os julgamentos e os atos processuais, devolvendo, com isso a

Justiça como fim do direito e resgatando no ramo do direito mais prático racionalidade jurídica prática.

Para tanto, cunharam uma nova forma de compreender o processo civil, a saber: O Formalismo-Valorativo, que tem como sustentação a racionalidade prática como método próprio de compreensão do direito.

Neste sentido, é possível concluir que a relação entre Direito Processual Civil e racionalidade dialética da Filosofia do Direito ganha relevo, uma vez que não há como pensar o processo civil no Estado Constitucional, sem entender o direito como justiça. Em outras palavras, o processo civil como cultura, como justiça no caso concreto não pode pressupor um modelo matemático de derivação/demonstração pena de desnaturalizar-se o real sentido de ser de tal ramo do direito, a saber, a tutela efetiva aliada aos valores máximos do sistema Constitucional.

## **BIBLIOGRAFIA**

ABITBOL, Gabriel. *Herméneutique normative et logique juridique du Talmud*, Paris, 1989.

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

ALEXY, Robert, *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALVÁRO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto, *Do formalismo no processo civil*, 2ª edição, São Paulo: Saraiva, 2003.

ARISTÓTELES, *Arte Retórica e Arte Poética*. São Paulo: Ediouro, 16ª edição.

\_\_\_\_\_, *Ética a Nicomaco*, São Paulo: Martin Claret, 2001.

\_\_\_\_\_, *Organon: Categorias, Da interpretação, Analíticos anteriores, Analíticos posteriores, Tópicos, Refutações sofisticas*. São Paulo: Edipro, 2005.

\_\_\_\_\_, *Política*. São Paulo: Martin Claret, 2002.

ATIENZA, Manuel. *As Razões do Direito – Teorias da Argumentação Jurídica, Perelman, Toulmin, MacCormick, Alexy e outros*. São Paulo: Landy, 2002.

\_\_\_\_\_, *Trás la justicia*. Espanha: Ariel Derecho, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 2001.

BARZOTTO, Luis Fernando. *O Positivismo Jurídico Contemporâneo – uma introdução a Kelsen, Ross e Hart*. São Leopoldo: Unisinos, 2003.

BASTIT, Michel et FOLLON, J. *Logique et metaphysique dans l’organon d’Aristote – acte du colloque de dijón*. Louvain: Editions Peeters/Louvain-la-neuve, 2001.

BASTIT, Michel. *Naissance de la loi moderne*. Paris: PUF, 1990.

BERTI, Enrico. *Aristóteles no século XX*, São Paulo: Loyola, 1997.

\_\_\_\_\_, *As razões de Aristóteles*. São Paulo: Loyola, 2002.

BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico – lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ícone, 1995.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores ?* Porto Alegre : Fabris, 1999.

CASTANHEIRA NEVES, A. *Metodologia Jurídica — Problemas Fundamentais*. Coimbra : Coimbra Editora, 1993.

CYRILLO DA SILVA, Carolina. *Chaim Perelman – Da argumentação a Justiça um retorno a Aristóteles*. Porto Alegre: Linus, 2007.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Roteiro de Lógica Jurídica*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

DESCARTES, René. *Discurso do Método*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. São Paulo: Malheiros, 2008.

DUGUIT, Leon. *Fundamentos do Direito*. São Paulo: Ícone, 1996.

FAGUNDÉZ, Paulo Roney Ávila (org). *A crise do conhecimento jurídico – perspectivas e tendências do Direito Contemporâneo*. Brasília: OAB, 2004.

FARJEAT, Luis Xavier López. *Teorias aristotélicas Del discurso*. Navara: EUNSA, 2002.

FERRAZ JR, Tercio Sampaio. *A ciência do direito*. São Paulo: Atlas, 1980.

\_\_\_\_\_. *Introdução ao estudo do direito*. São Paulo: Atlas, 2001.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão*. São Paulo : RT, 2003.

FINNIS, John. *Aquinas – Moral, Political, and Legal Theory*. New York: Oxford University Press, 1998;

FRYDMAN, Benoit e HAARSCHEER, Guy. *Philosophie du droit*. Paris: Dalloz 2002.

FRYDMAN, Benoit. *Lê sens des lois – histoire de l'interprétation et de la raison juridique*. Bruxelas: Bruyant, 2005.

GADAMER, Hans-Georg. *El inicio de la sabiduría*. Barcelona: Paidós, 2001.

\_\_\_\_\_. *El problema de la conciencia histórica*. Madrid: Tecnos, 2003.

\_\_\_\_\_. *Verdade e Método*. Rio de Janeiro: Vozes, 2003.

GIULIANI, Alessandro. *Il concetto di prova: contributo alla logica giuridica*. Milano: Giuffrè, 1971.

GOYARD-FABRE, Simone. *De quelques ambiguïtés du positivisme juridique*, In, *Cahiers de philosophie politique et juridique n. 13*. Caen: Centre de Publications de L'Université de Caen, 1990.

\_\_\_\_\_. *Les embarras philosophiques du droit naturel*. Paris: Vrin, 2003.

\_\_\_\_\_. *Os fundamentos da ordem jurídica*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

\_\_\_\_\_. *Os princípios filosóficos do direito político moderno*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

HACK, Pierre. *La philosophie de Kelsen – Epistémologie de la Théorie Pure du Droit*. Genève : Helbing & Lichtenhahn: 2003.

HOBBS, Thomas. *Leviatã – ou matéria, forma e poder de um Estado Eclesiástico e Civil*. São Paulo: Martins Claret, 2002.

HÖFFE, Otfried. *Aristóteles*. In, RENAUT, Alain. *História da Filosofia Política 1 – A liberdade dos antigos*. Lisboa: Instituto Piaget. 2001.

KASER, Max. *Direito privado romano*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999.

KELSEN, Hans *Teoria Pura do Direito*, São Paulo: Martins Fontes, 2003.

LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos – um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das letras, 2001.

LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. *Teoria dos Direitos Fundamentais Sociais*. Porto Alegre : livraria do Advogado, 2006.

LOPES JR. Aury. *Introdução ao processo Penal – Fundamentos da Instrumentalidade Garantista*. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2006.

MANELI, Mieczyslaw. *A Nova Retórica de Perelman – filosofia e metodologia para o século XXI*, São Paulo: Manole, 2004.

McKEON, Richard. *Greek Dialectics: Dialectic and Dialogue*. In PERELMAN, Chaim et all - *Dialectic and Rhetoric, in Dialectic – Dialectiques*, ED.Martinus Nijhoff. Holanda: 1975.

MITIDIERO, Daniel Francisco. *Processo e Cultura: praxismo, processualismo, e formalismo em Direito Processual Civil* – in, *Gênese* – Revista de Direito Processual Civil n° 33, Curitiba: Gênese, 2004.

MITIDIERO, Daniel. *Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005

MITIDIERO, Daniel Francisco. *Bases para construção de um processo civil cooperativo: o Direito processual civil no marco teórico do formalismo – valorativo*. Disponível em [www.lume.ufrgs.br/handle/10183/13221](http://www.lume.ufrgs.br/handle/10183/13221) acessado em 15.11.2008

MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no Processo Civil – pressupostos sociais, lógicos e éticos*. São Paulo: RT, 2009. MITIDIERO, Daniel. *Colaboracion en el Proceso Civil - Presupuestos Sociales, Lógicos y Éticos*. Lima: Communitas, 2009.

MONTEIRO, Cláudia Servilha. *Teoria da Argumentação Jurídica e Nova Retórica*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001.

NEVES, A. Castanheira. *O direito hoje e com Que Sentido? O problema actual da autonomia do direito*. Lisboa: Instituto Piaget, 2002.

PEREDA, Carlos – *Teorias de la argumentacion*, in OLIVÉ, Leon. *Enciclopédia Ibero Americana de Filosofia – Racionalidad epistemica*. Madrid: Trotta, 1995.

PEREIRA, Oswaldo Porchat. *Ciência e Dialética em Aristóteles*. São Paulo: UNESP, 2001.

PERELMAN, Chaïm e OLBRECTHS-TYTECA, Lucie. *Tratado da Argumentação Jurídica – A Nova Retórica*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

PERELMAN, Chaïm, *Philosophie morale – L’antiquité e le moyen âge*. Bruxelas: Presse universitaires de Bruxelles, 1967.

\_\_\_\_\_, *Retóricas*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

\_\_\_\_\_. *De la Justice*. Bruxelas: Office de publicité, 1945.

\_\_\_\_\_. *Ética e Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

\_\_\_\_\_. *Études de logique juridique – vol. VII, L’usage et l’abus de notions confuses*, Bruxelles: Bruylant, 1978.

\_\_\_\_\_. *Études de logique juridique – vol. VII, L’usage et l’abus de notions confuses*, Bruxelles: Bruylant, 1978.

\_\_\_\_\_, Chaïm. *L’Empire Rhétorique*. Paris: Vrin, 1997.

\_\_\_\_\_, Chaïm. *La question juive*, in - *Synthèses*, n°3. Bruxelas, 1946.

\_\_\_\_\_, Chaim. *Lógica Jurídica*. São Paulo: Martins Fontes, 2002. PHILIPPI, Jeanine Nicolazzi. *A Lei uma abordagem a partir da leitura cruzada entre Direito e Psicanálise*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

PICARDI, Nicola. *Processo Civile “diritto moderno”* in, Enciclopédia Del Diritto – vol. XXXVI. Milano: Giuffrè, 1987. p. 101/118.

PISTORI, Maria Helena Cruz. *Argumentação Jurídica – Da antiga retórica a nossos dias*. São Paulo. LTr: 2001.

PONTES, Kassius Diniz da Silva et all. *O raciocínio jurídico na filosofia contemporânea*. São Paulo: Carthago editorial, 2002.

REALE, Giovanni. *História da Filosofia – patristica e escolástica*. São Pulo: Paulus, 2003.

REBOUL, Olivier. *Introdução à retórica*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

RENAULT, Alain (direção) *História da Filosofia Política/1 – A liberdade dos Antigos*, Lisboa: Instituto Piaget, 1999.

\_\_\_\_\_, *Historia da Filosofia Política – 3 – Luzes e Romantismo*. Lisboa: Instituto Piaget, 2000.

\_\_\_\_\_, *Historia da Filosofia Política – 4 – As críticas da modernidade política*. Lisboa: Instituto Piaget, 2000.

RHONHEIMER, Martin. *Ley Natural y Razón Prática – una visión tomista de la autonomia moral*. Navarra: EUNSA, 2000.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

SCHMITT, Carl. *Les trois types de pensée juridique*. Paris: PUF, 1995.

SICHES, Luis Recaséns. *Experiência jurídica, natureza de la cosa y Lógica “razonable”*. México: fondo de cultura econômica, 1971.

STRAUSS, Leo. *Droit Naturel et Histoire*. Paris: Flammarion, 1986.

\_\_\_\_\_. *Progreso o retorno?*. Brcelona: Paidos, 2004.

\_\_\_\_\_. *Qu’est-ce que la philosophie politique*. Paris: PUF, 1992.

STRENGER, Irineu. *Lógica Jurídica*. São Paulo: LTr, 1999.

SUDATTI, Ariani Bueno. *Raciocínio Jurídico e Nova Retórica*. São Paulo: Quartier Latin, 2003.

TARUFFO, Michele. *La motivazione della sentenza civile*. Padova: Cedam, 1975.

TIGAR, Michael E. et LEVY, Madeleine R. *Direito e Ascensão do Capitalismo*, Rio de Janeiro: Zahar, 1977.

TROPER, Michel. *La filosofía del derecho*. Madrid: Tecnos, 2004.

VERGNIÈRES, Solange. *Ética e Política em Aristóteles*. São Paulo: Paulus, 1998.

VIEHWEG, Theodor. *Tópica y Jurisprudência*. Madrid: Taurus, 1986.

VILLEY, Michel. *Filosofia do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003. \_\_\_\_\_, *L’art du dialogue dans la Somme théologique – in, Archives de Philosophie du droit – tome 29 – dialogue, dialectique em philosophie et en droit*. Paris: Sirey, 1984.

\_\_\_\_\_. *La formation de la pensée moderne*. Paris: Montchrestien, 1986.

\_\_\_\_\_. *Leçons d'histoire de la philosophie du droit*. Paris: Dalloz, 1984.

\_\_\_\_\_. *Leçons d'Histoire de la philosophie du droit*. Paris: Dalloz, 2002.

\_\_\_\_\_. *Questions de Saint Thomas sur le Droit et la Politique*. Paris: PUF, 1987.

WALINE, Michel. *Positivisme philosophique, juridique et sociologique*. In, *Melanges Carré de Malberg*. Paris: Sirey, 1933.

ZANATTA, Marcello. *Dialectique et science chez aristote* - In, Bastit. Michel et Follon, J. *Logique et metaphysique dan l 'organon d'Aristote – acte du colloque de dijon*. Bruxelles: Editions Peeters Louvain-la-neuve, 2001.

ZANETI JR, Hermes. *O problema da verdade no processo civil: modelo de prova e procedimento probatório* – in, *Gênese – Revista de Direito Processual Civil n° 31*. Curitiba: Gênese, 2004.

ZARKA, Yves Charles. *O direito natural moderno*. In, RENAUT, Alain (Org.). *História da Filosofia Política/2 – Nascimentos da modernidade*. Lisboa: Instituto Piaget, 2002.