

Crise moderna e racionalidade argumentativa no direito: o modelo de Aulis Aarnio

João Paulo Allain Teixeira

Sumário

1. Racionalidade e realidade. 2. A racionalidade na tradição antiga. 2.1. Ontologia *versus* retórica. 2.2. Entre verdade e verossimilhança. 3. A racionalidade na era moderna. 4. Sobre as possibilidades da racionalidade na crise da modernidade. 4.1. O quadro geral da crise. 4.2. A racionalidade rediviva. 5. Rediscutindo a validade jurídica. 5.1. Validade sistêmica. 5.2. Validade efetiva. 5.3. Validade axiológica. 6. A preocupação com segurança e justiça em Aulis Aarnio. 7. Aceitabilidade racional como justificação das decisões judiciais.

1. Racionalidade e realidade

Tradicionalmente à idéia de racionalidade está associado o conhecimento objetivo da realidade. Para tanto, é necessário reduzir o espaço para interferências oriundas de paixões, crenças e demais expressões de subjetividade. Isso permite uma progressiva identificação entre racionalidade e verdade, objetividade e necessidade, não sendo considerado racional aquilo que é meramente subjetivo e contingente. Toda forma de pensamento que fuja desse esquema será considerada falsa e irracional (cf. CHAÚÍ, 1999).

De acordo com essa perspectiva, a racionalidade consistiria na singular capacidade da mente humana em buscar a verdade. Isso seria possível pela adoção de uma forma de pensar capaz de estabelecer uma relação de necessidade entre os pontos de partida e os pontos de chegada. Assim, duas

João Paulo Allain Teixeira é Mestre e Doutorando em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco. Mestrando em Teorias Críticas do Direito pela Universidad Internacional de Andalucía (Espanha). Professor de Direito Constitucional e Direito Internacional Público na Universidade Católica de Pernambuco e na Faculdade de Direito de Olinda.

pessoas diferentes poderiam chegar aos mesmos resultados apesar da diferença entre suas vivências e experiências pessoais. Uma vez seguindo as regras lógicas, o resultado alcançado seria sempre o mesmo (cf. NUDLER, 1996).

Entretanto, tal perspectiva representa apenas uma possibilidade de racionalidade, exacerbada na modernidade é verdade, mas que uma análise histórica permite descortinar um quadro bem mais amplo sobre os limites e possibilidades de um pensamento racional.

2. A racionalidade na tradição antiga

2.1. Ontologia versus retórica

Tomemos como ponto de partida o pensamento filosófico da antiguidade clássica. Nesta época, reverenciada pelos historiadores como o alvorecer de toda a tradição que fundamenta a cultura ocidental, encontramos uma clara preocupação com a explicação racional dos eventos da natureza e da sociedade. É quando o pensamento mítico vai paulatinamente cedendo espaço para as explicações racionais. É o momento da afirmação do *logos* sobre o *mythos*¹, da razão sobre a crença, da objetividade sobre a subjetividade, da *episteme* sobre a *doxa*.

“Pode-se de fato dizer que a razão se resume em dois traços relacionados um ao outro, um negativo, o outro positivo. Negativamente é a rejeição de toda autoridade, em particular de toda autoridade exterior ao julgamento de cada um (preconceitos, tradições, crenças a priori, julgamento do mestre, texto sagrado, etc.). Positivamente, é uma capacidade de universalização: uma conduta, uma crença, um discurso são geralmente qualificados de racionais se são universalizáveis, isto é, se dependem, cada um deles, apenas de sua faculdade discursiva, ou seja, de um discurso por direito enunciável e aprovável por todos” (WOLFF, 1999, p. 68).

Como se percebe, o pensamento filosófico do ocidente parece valorizar a unidade em detrimento da multiplicidade. Essa tendência tem origem com a busca pelo ser, a busca pela essência das coisas². Nesse sentido, “o ser é aquilo que é uno e é uno aquilo que não muda, aquilo que necessariamente permanece, e que sempre permaneceu, idêntico a si mesmo” (GRACIO, 1998, p. 17).

Conhecida é a polêmica entre Heráclito e Parmênides, que representa justamente a busca pelo ser. Afirma Heráclito que uma coisa é e não é ao mesmo tempo, posto que em permanente devir: “tudo flui”.

Mas Parmênides, preocupado em identificar elementos que permitam a caracterização do ser, acaba por afirmar que uma coisa não pode ser e não ser ao mesmo tempo. Uma coisa é ou não é, daí a origem de um dos princípios lógicos fundamentais, o princípio da identidade.

Como se percebe, há uma busca incessante pela superação do contingente em busca do necessário, universalmente generalizável.

Essa busca bem pode ser percebida também na perspectiva platônica, que atribuirá menor valor a toda forma de raciocínio que não conduza à essência do ser. Desse modo, “todos os discursos que se alimentem da divergência de pontos de vista ou que vinquem a diferença de perspectivas só poderão roçar a charlatanice ou demonstrar errância” (GRACIO, 1998, p. 22).

2.2. Entre verdade e verossimilhança

Os gregos, além de grandes esportistas, eram exímios praticantes de lutas e competições que se estendiam para além dos domínios dos estádios e ginásios. Essas disputas, puramente verbais, eram exercidas pela dialética, quando dois adversários se apresentavam em praça pública, cada um deles sustentando uma tese e a defendendo contra os ataques do outro. Sairia vencedor quem conseguisse reduzir o adversário ao silêncio, para júbilo dos espectadores (cf. REBOUL, 1998, p. 27).

Durante muito tempo, o modelo retórico que prevalecia era a sofística, que consistia em um procedimento discursivo em que a fundamentação racional era elemento meramente coadjuvante. Para o sofista, o exercício da retórica consiste em convencer pela aparência lógica do discurso, bem como pelo encanto do estilo.

A retórica sofística pretendia a eficácia do discurso do orador, quando o adversário ficava sem réplica. Aqui, a preocupação maior é com o domínio através da palavra. Assim, a retórica sofística não está devotada ao saber, ao conhecimento verdadeiro, mas ao poder pela palavra (REBOUL, 1998 p. 10).

Em certo sentido, a prática sofística contribui para a qualificação da retórica como um instrumento de manipulação da realidade, uma prática despótica e ilegítima (cf. REBOUL, 1998, p. 10). Isso permitia identificar a dialética com técnicas de persuasão, em que estão ausentes quaisquer considerações de ordem ética.

Ainda na antiguidade, uma nova perspectiva retórica surge com Aristóteles, que refunda a retórica em torno de um discurso racional. Essa nova perspectiva contribui decisivamente para a sistematização e desenvolvimento da retórica antiga.

Aristóteles tem o grande mérito de ter sistematizado as bases do raciocínio no *Organon*, que passa a ser considerado como o órgão, o instrumento para a retidão de pensamento. No mesmo sentido, são considerados os Primeiros Analíticos como o primeiro tratado sistemático de lógica formal.

Para Aristóteles é possível elaborar duas espécies de raciocínio: o primeiro, apodítico, partindo de uma demonstração analítica (constante nos Primeiros Analíticos) e o segundo consistindo em uma argumentação dialética (constante nos Tópicos).

O processo demonstrativo consiste em um processo de inferência a partir de premissas verdadeiras, enquanto a argumentação dialética parte de premissas verossímeis. Em um caso e outro, a estrutura do silogismo é idêntica, onde temos uma pre-

missa maior, uma premissa menor e a conclusão.

Sob a perspectiva aristotélica, as demonstrações científicas seriam apodíticas; as argumentações retóricas, por sua vez, seriam dialéticas. A grande diferença está em que os argumentos dialéticos concluem a partir de premissas aceitas pela comunidade como possivelmente verdadeiras (verossímeis). Tal seria possível pela instauração de um diálogo em que as diversas posições são confrontadas em um procedimento crítico.

Superando a retórica sofística, Aristóteles constrói uma teoria da argumentação não devotada à verdade, mas ao consenso sobre o verossímil, procedendo então por silogismos implícitos, os chamados entimemas³.

Assim, Aristóteles apresenta a retórica não como um poder de dominação, mas como um poder de defesa. Em Aristóteles, prevalece o entendimento segundo o qual nem sempre o conhecimento científico é capaz de convencer a todos os auditórios, notadamente aqueles em que falte instrução. Nesse sentido, poderíamos imaginar que a dialética nada mais seria do que um ‘quebra-galho’, uma forma de falar aos auditórios incultos, que só encontra a seu favor o senso comum. Tal qualificação permitiria associar à retórica a qualidade de “filosofia do pobre” (cf. REBOUL, 1998, p. 26). É que, entre o domínio da demonstração científica ou lógica e a ignorância pura e simples, existe uma ampla faixa argumentativa (cf. REBOUL, 1998, p. 91).

Por isso, a dialética proporciona o privilégio da opinião aceita em detrimento da verdade, não tendo a preocupação científica de determinar o que são verdadeiramente as coisas, mas como parecem ser⁴.

Para tanto, seria necessário encontrar um ponto em que se desse o consenso. Não o consenso aparente, com o que se contentavam os sofistas, mas o consenso real.

A argumentação depende então do recurso a “noções comuns”, que no dizer de Reboul “não são opiniões vulgares, mas

aquilo que cada um pode encontrar por seu bom senso, em domínios nos quais nada seria menos científico do que exigir respostas científicas” (1998, p. 27).

3. A racionalidade na era moderna

Apesar de certa dificuldade conceitual⁵, para a historiografia é possível identificar a caracterização da modernidade com o Renascimento, durante os séculos XV e XVI. Influenciada por ideologias libertárias e criatividade individual no resgate da cultura greco-romana, os novos tempos representavam o prenúncio de uma forma inédita de conceber o mundo.

É nesse período que estão compreendidos acontecimentos substancialmente significativos como o são a Ilustração e as revoluções burguesas. Todos esses acontecimentos são galhos de uma mesma árvore sustentada por uma mesma raiz. Em verdade, o projeto da modernidade bem pode ser compreendido como um amplo processo em que a racionalidade encontra um campo fértil para o seu desenvolvimento.

A Razão moderna representa um doloroso momento de ruptura com o passado teológico. Quando se afirma a si própria como porta voz dos “novos tempos”, a modernidade funda também os limites dos “velhos tempos”⁶. A nova racionalidade representa a “orfandade” do homem diante da perda dos deuses enquanto oráculos teológicos para as respostas sobre o início e o fim da vida (cf. CASULLO, 1996, p. 25). Por isso a modernidade guarda uma tensão interna, pois se funda em um retorno ao clássico, mas ao mesmo tempo se propõe a algo inédito.

O espetáculo da modernidade erige a Razão ao centro do universo. A realidade será idealizada a partir dos indicadores da razão reinante. A busca da verdade, absoluta torna-se a mais clara tradução do que seja a racionalidade moderna⁷.

A modernidade provoca um superdimensionamento da lógica formal de fundo analítico em detrimento da racionalidade argu-

mentativa. Em certa medida, deve-se essa concepção a Descartes, para quem a idéia de verossimilhança não se compadece com os propósitos da ciência.

Assim, se na Idade Média a retórica ainda respirava, na modernidade o advento de uma lógica axiomático-dedutiva como expressão máxima da racionalidade acaba por gradativamente sufocar os espaços para o exercício da lógica fundada na argumentação.

Muitos atribuem o declínio da retórica ao cristianismo (cf. COELHO, 1996, p. XII). Na verdade, tal afirmação é discutível. Se por um lado é possível afirmar o desprezo do pensamento dialético pelo racionalismo como decorrência da necessidade de construção de explicações sempre que possíveis científicas, o papel do cristianismo nesse processo não nos parece ser tão claro.

Assim, afirma-se que o cristianismo não se compadece com a dialética pela impossibilidade de convivência com a multiplicidade de premissas igualmente possíveis para o ponto de partida argumentativo.

É indubitável que o cristianismo representa uma ruptura com a cultura pagã antiga, mas

“... os cristãos logo aceitaram a escola romana e a cultura que ela veiculava. Em seguida, quando todas as estruturas administrativas do Império desmoronaram, foi a Igreja que se tornou depositária dessa cultura antiga, retórica inclusive (REBOUL, 1998, p. 77).

Como nota Olivier Reboul, isso assim aconteceu porque a Igreja, no papel de missionário, não podia rejeitar a tradição antiga principalmente no tocante à língua (grego e latim) e nas formas de pensar. A Igreja não deixaria a retórica nas mãos de adversários, antes se deixando influenciar em grande medida pela tradição antiga. Na própria Bíblia; é possível encontrar uma variedade de expedientes tipicamente persuasivos. Basta observar a riqueza de metáforas e figuras diversas de linguagem (REBOUL, 1998, p. 77-78).

As razões para o declínio da retórica parecem estar decisivamente ligadas ao sur-

gimento do racionalismo moderno, que se encarrega de desferir-lhe o golpe de piedade. Deve-se principalmente ao pensamento cartesiano a responsabilidade pela destruição da dialética dos espaços da dialética na modernidade.

Descartes repudia a dialética por esta nunca proporcionar o surgimento da verdade, senão do meramente verossímil. Nesse caso, tudo quanto não for verdadeiro será por exclusão falso. A filosofia cartesiana consistirá em um exercício de busca da verdade, dependendo de um encadeamento lógico similar às demonstrações matemáticas⁸.

Com isso, as opiniões ou são racionalmente comprováveis pelo método científico ou são descartáveis e inúteis.

Mas a retórica permanecia viva, vindo a ser redescoberta em todo o seu esplendor na segunda metade do século XX.

Em defesa de que a retórica sempre teve o seu papel de destaque, pode-se dizer que o discurso científico não cabe em todas as situações. A argumentação é um método que fica entre a evidência e a ignorância, entre o necessário e o arbitrário. Por isso, entre o domínio da demonstração e o domínio da ignorância, é possível encontrar o domínio da argumentação (cf. REBOUL, 1998, p. 91).

A verossimilhança é decorrente do próprio objeto e não exatamente da incompetência ou ignorância do auditório. É que algumas questões, pela sua própria natureza, não se compadecem com o método demonstrativo. Assim, por exemplo, questões jurídicas e políticas essencialmente avessas a qualquer determinação de verdade ou falsidade melhor são pesquisadas pelo método argumentativo.

De qualquer modo, a pretensão da cientificidade nem sempre é adequada em função da própria natureza do objeto que se pesquisa.

O pensamento da modernidade caracterizou-se pela predominância da busca da verdade, sem espaço para o meramente contingente: “a racionalidade trabalhava no sentido de eliminar o acaso na natureza, a

contingência na história e a fortuna na ética e na política” (CHAUÍ, 1999, p. 22). Esse tipo de racionalidade é que permitiu o avanço da técnica e do modo de produção capitalista, hoje dominantes.

Esse movimento consiste em uma racionalização da experiência, sendo o marco do estabelecimento das dicotomias sujeito-objeto, consciência-coisa, verdade-aparência, natureza-homem, razão-experiência, enfim, necessidade-liberdade (cf. CHAUI, 1999, p. 25).

Na lição de Boaventura de Sousa Santos, a tensão representada pelo advento da modernidade permite admitir que o seu projeto está assentado em dois pilares: de um lado, o pilar da regulação; de outro lado, o pilar da emancipação. O pilar da regulação é representado pelos princípios do Estado (HOBBS), mercado (LOCKE) e comunidade (ROUSSEAU). Na outra ponta, o pilar da emancipação repousa sobre três esferas distintas de racionalidade: esfera científica (racionalidade cognitivo-instrumental da ciência e da técnica), esfera da moralidade (racionalidade moral-prática da ética e do direito) e esfera artística (racionalidade estético-expressiva da arte e da literatura) (SANTOS, 1997, p. 77; HABERMAS, 1996, p. 137).

Na interpretação de Habermas, a emancipação pretendida pela modernidade consiste em organizar o cotidiano social de modo racional. Isso permitiria não apenas o controle das forças naturais, mas também a compreensão do mundo e do indivíduo, e, por consequência, o progresso moral, a justiça institucional e a felicidade humana (HABERMAS, 1996, p. 138).

Os dias atuais revelam um quadro de crise. Crise da civilização, crise da racionalidade, crise enfim da modernidade. Parte-se da constatação de que as promessas da modernidade não se realizaram. Teríamos um excesso de promessas com um déficit do seu cumprimento (SANTOS, 1997, p. 78).

Na análise de Boaventura de Sousa Santos, isso se deve à dupla vinculação entre os pilares da regulação e emancipação. Se de

um lado estão vinculados entre si, por outro lado estariam vinculados também “à concretização de objectivos práticos de racionalização global da vida colectiva e da vida individual” desde o início do projeto da modernidade a partir do século XIV (SANTOS, 1997, p. 78).

Nesse sentido, a pretensa separação em diferentes espécies de racionalidade provocou o surgimento de uma tecnocracia, entendida como grupos de especialistas, aumentando a distância entre a cultura especializada e a cultura da maioria (HABERMAS, 1996, p. 137-138).

O debate que se põe agora é o seguinte: seria necessário reviver as intenções do iluminismo ou simplesmente rechaçar todo o legado da modernidade? Será o projeto da modernidade uma causa perdida?

A este período de transição em que impera a perplexidade e as perguntas são maiores que as respostas convencionou-se chamar de pós-modernidade, na falta de outro termo que melhor designe o momento⁹.

4. Sobre as possibilidades da racionalidade na crise da modernidade

4.1. O quadro geral da crise

Apesar do desenvolvimento da técnica e das ciências proporcionado pela racionalidade moderna, o debate filosófico aponta, como visto, um quadro desolador em que são questionados os benefícios da modernidade para a civilização ocidental.

A constatação vai no sentido de admitir que o espírito científico da modernidade

“não soube... se dar uma política, uma moral, um ideal, nem leis civis ou penais que estivessem em harmonia com os modos de vida que ele criou e até mesmo com os modos de pensamento que a difusão universal e o desenvolvimento de certo espírito científico impõem pouco a pouco a todos os homens” (NOVAES, 1999, p. 14).

Assim, tem razão Marilena Chauí quando percebe que

“probabilismo científico, engenharia política, engenharia genética, automação, jogo e acaso financeiros, dispersão e abstração da produção, velocidade da informação e da comunicação, proliferação de imagens: tudo isso se articula para determinar a crise da razão, a afirmação da contingência radical da natureza e das ações humanas, e pede a reorganização do fragmentado e do disperso pelo caminho do mito, da magia, da astrologia e do fundamentalismo religioso” (CHAUÍ, 1999, p. 23).

Seja quanto ao seu modo de produção característico, o capitalismo, seja quanto à orientação política típica, o liberalismo, seja quanto ao modo de pensar a realidade em busca do absoluto, é preciso discutir as possibilidades de uma racionalidade neste momento de transição.

Assim, temos um descompasso no qual o desenvolvimento da técnica não foi capaz de distribuir bem-estar a toda a humanidade. Isso é bem claro se verificarmos o processo de industrialização em massa proporcionado pela revolução industrial, anunciando a tensão entre capital e trabalho que iria marcar os nossos dias.

Em verdade, apesar da grande ruptura provocada pela revolução francesa, que põe abaixo as estruturas do *ancien régime*, o regime então implantado, não intervencionista por excelência, se de um lado proporcionou o crescimento do desenvolvimento do domínio técnico do homem sobre a natureza, por outro lado permitiu que fosse cavado um fosso de grandes proporções entre as pessoas, regidas que estavam pelas leis do mercado então dominante.

Mas ainda restaram algumas tentativas para que a racionalidade moderna tentasse se redimir. Foi nesse contexto que surgiram as perspectivas de abertura do Estado para o social, como forma de abrandar a dureza do liberalismo puro e patrocinar o desenvolvimento da educação, saúde, lazer, pre-

vidência, bens enfim que permitissem o bem-estar social.

Falar em Estado social não é o mesmo que falar em Estado socialista. Como observa Bonavides,

“o Estado social representa efetivamente uma transformação superestrutural por que passou o antigo Estado Liberal. Seus matizes são riquíssimos e diversos. Mas algo, no Ocidente, o distingue, desde as bases, do Estado proletário que o socialismo marxista intenta implantar: é que ele conserva sua adesão à ordem capitalista, princípio cardinal a que não renuncia. Daí compadecer-se o Estado social no capitalismo com os mais variados sistemas de organização política, cujo programa não importe em modificações fundamentais de certos postulados econômicos e sociais” (1980, p. 205).

Não se confundem pois essas duas categorias.

Ainda assim, o chamado *Welfare State* encontra-se na encruzilhada do dilema capital/trabalho, e portanto não há uma transformação radical das estruturas de poder dominantes. Antes pelo contrário, teríamos o mesmo Estado e a mesma racionalidade em busca de estratégias de legitimação.

Por isso, razão parece ter Bonavides ao considerar que o Estado social é apenas uma “superação ideológica” do liberalismo antigo, atuando de modo eficiente quanto à preservação por longo tempo do próprio Estado (1980, p. 210).

Como o Estado social mostra-se incapaz de promover a dinamização social, posto que em sua essência regido pelas leis do mercado, a crescente intervenção proporciona seguidos déficits públicos, levando o Estado a novas crises. Daí se falar em um retorno ao Estado liberal por meio de um neoliberalismo em que o Estado retorna a níveis mínimos de intervencionismo. O Leviatã do século XXI não é mais o Estado; o ente dotado de poderes irresistíveis atende agora pelo nome de mercado.

Interessante interpretação para a crise da modernidade é dada por Jürgen Habermas, para quem é possível encontrar na sociedade dois aspectos em íntima relação: O sistema (*System*) e o mundo da vida (*Lebenswelt*). Nesse sentido, o sistema representaria a realidade objetiva que se manifesta nas relações externas entre os membros da sociedade, sendo coordenado por meios não lingüísticos, poder e dinheiro, que coordenam a estrutura burocrática da sociedade.

Ao lado do sistema encontra-se a *Lebenswelt*, que repousa sobre a comunicação recíproca entre os membros da sociedade e tem como objetivo a compreensão recíproca.

Essa distinção permite diferenciar duas racionalidades distintas. No sistema, temos uma racionalidade técnico-instrumental, consistindo em uma racionalidade com respeito a fins. Essa racionalidade explica o desenvolvimento tecnológico nas sociedades modernas, definindo um certo padrão de bem-estar. Na *Lebenswelt*, a racionalidade é orientada pela comunicação, ocupando-se da compreensão mútua. Essa racionalidade tem fundamento em uma lógica argumentativa.

Acontece que o desenvolvimento social proporcionado pela modernidade provocou um hiperdimensionamento da racionalidade instrumental, típica do sistema, e um conseqüente estreitamento da racionalidade comunicacional da *Lebenswelt*, em um processo chamado por Habermas de “colonização do mundo da vida”, levando a uma crescente burocratização do cotidiano (apud AARNIO, 1992, p. 283-285).

Esse quadro contribui para uma crescente mistificação da racionalidade moderna em que o processo de industrialização transformou o domínio técnico em um mistério de magia: “os objetos tecnológicos que conhecemos hoje, isto é, os autômatos, operam para nós e sem nós, misteriosamente. Sua fabricação é secreta, sua operação é secreta, e nossa relação com eles, mágica”. Isso explica o retorno à religiosidade e ao misticismo, em que a convivência de fadas, duendes, anjos e profetas do apocalipse com um

universo cada vez mais automatizado anunciam de forma crua a crise da civilização ocidental (cf. CHAUI, 1999, p. 23).

4.2. *A racionalidade rediviva*

Tradicionalmente, associa-se à idéia de crise uma noção desfavorável, que revela um aspecto negativo de fim, derrota ou morte. Entretanto, a etimologia da palavra crise tem sua origem na medicina de Hipócrates, indicando uma transformação decisiva que ocorre no ponto culminante de uma doença. A partir do ponto crítico, o desenvolvimento da doença poderá adotar um caminho favorável ou não, portanto de vida ou de morte (cf. ABAGNANO, 1999, p. 222).

O quadro da crise tem levado à rediscussão do papel e dos limites da racionalidade em adequação aos novos tempos. Para alguns críticos mais radicais, a racionalidade dominante na modernidade seria simplesmente insuficiente e inadequada para pensar a realidade. Daí as propostas pós-estruturalistas que buscam a valorização da subjetividade principalmente por meio de experiências desconstrutivistas.

Radicalismos à parte, assistimos hoje à reaproximação da lógica e da retórica. Assim, se por muito tempo a lógica indutiva predominou no horizonte do conhecimento, hoje é possível o deslocamento do estudo de proposições intemporais para elocuições contextualizadas no tempo e no espaço (TOULMIN, 1994, p. 20).

Por isso, se o privilégio da modernidade incidia primariamente sobre teorias generalizáveis por universais e intemporais, a partir do segundo Wittgenstein¹⁰ o sentido das coisas é deslocado para uma relação interpessoal, pragmática portanto.

“Presentemente, as questões sobre as circunstâncias em que os argumentos são apresentados, ou sobre a audiência a que se dirigem – numa palavra, questões “retóricas” – desalojaram questões de validade formal enquanto preocupação primária da filosofia, mesmo da filosofia da ciência” (TOULMIN, 1994, p. 27).

Na verdade, o renascimento da retórica contribui para a compreensão da realidade dentro dos moldes racionais. É hora de rejeitar os absolutismos e construir o entendimento de que a democracia e a justiça nesses tempos de crise passam necessariamente pela defesa da pluralidade e da multiplicidade (cf. GRÁCIO, 1998).

5. *Rediscutindo a validade jurídica*

O conceito de validade é provavelmente um dos conceitos nucleares da teoria jurídica, demandando uma análise mais detida. Com efeito, apesar da relevância apresentada por tal conceito, nem sempre parece haver um consenso doutrinário acerca de seus fundamentos.

Nesse sentido, interessante proposta metodológica nos é apresentada pelo finlandês Aulis Aarnio, Professor da Universidade de Helsinki. Aarnio propõe a rediscussão do conceito de validade como forma de compreender a fundamentação racional do direito.

Usualmente, associam-se, em teoria jurídica, as noções de validade e vigência, de um tal modo que o direito válido é aquele que está em vigor. Com isso, a constatação de que uma norma é válida decorre diretamente da sua vigência e vice-versa. Como nota o professor finlandês, uma tal definição é insuficiente, sendo possível enumerar três idéias distintas do conceito de validade, cada uma delas refletindo diferentes conseqüências para a teoria do direito (AARNIO, 1992, p. 43).

Socorrendo-se de Wroblewsky, Aarnio designa tais concepções mediante os conceitos de validade sistêmica, validade efetiva e validade axiológica (aceitabilidade). Daí admitir-se que a vigência enquanto qualidade do direito, pode ser aplicada em qualquer dos sentidos acima. Tratemos sucessivamente dessas três concepções de validade.

5.1. *Validade sistêmica*

A primeira concepção de validade está associada à tradição clássica do direito que

vincula as qualidades relativas à validade a uma adequação à norma fundamental.

Nesse caso, no tocante à validade formal, é possível enumerar dois conteúdos diferentes. Isso é possível pela análise das noções de validade interna e validade externa. No primeiro conceito, temos uma preocupação da validade enquanto critério de aferição da pertinência de uma norma ao sistema. No segundo caso, a validade ocupar-se-á da própria validade do sistema enquanto tal (cf. AARNIO, 1992, p. 44).

A prática jurídica tradicional parece importar-se unicamente com a validade em sua modalidade interna, como se o simples fato de a norma haver sido elaborada de acordo com os procedimentos estabelecidos pelo próprio sistema fosse suficiente para a determinação da sua validade.

Essa noção refere-se à validade em sentido estrito. Com isso, a preocupação usual dos operadores jurídicos está limitada a uma noção restrita do conceito de validade.

Como vimos, esta é também o centro das preocupações da teoria pura do direito, em que Kelsen reduz a validade a uma relação internormativa que tem como fundamento último o dever-ser supremo encerrado pela *Grundnorm*. A preocupação de Kelsen consiste em fechar o direito no mundo do dever-ser, impedindo que elementos do mundo do ser possam servir de fundamento para a validade normativa (cf. AARNIO, 1992, p. 44).

Como nota Aarnio, uma tal perspectiva bem poderia ser interessante se buscássemos respostas para a validade interna do sistema. Passando para o plano da validade externa, a teoria pura do direito já não consegue nos dar respostas satisfatórias. Isso significa que a teoria pura do direito não consegue estabelecer a fundamentação do sistema enquanto tal. É por isso que a fundamentação do direito precisa ser discutida além dos marcos teóricos da tradição formalista da teoria pura do direito.

Explicando melhor: de acordo com a teoria pura do direito, não dispomos de nenhuma critério para a aferição da juridicidade

de de uma norma por critérios outros que não sejam a sua própria validade formal. Nesse sentido, o que permitiria atribuir juridicidade a uma prática seria simplesmente a vontade de uma autoridade investida pelo ordenamento. Isso dificulta sobremaneira a compreensão do fenômeno do pluralismo jurídico, por exemplo.

Com efeito, se tomarmos dois sistemas normativos (S1 e S2), cada um deles dispondo da sua respectiva norma fundamental conferindo-lhe a validade (G1 e G2), com base em que critérios diríamos que um sistema é válido e o outro não? Essa situação é ilustrada por Aarnio no exemplo clássico do confronto entre a ordem jurídica estatal e a ordem jurídica da Mafia, em que o recurso ao raciocínio tradicional da dogmática não consegue nos explicar por que devemos considerar a ordem jurídica estatal como sendo válida e a ordem mafiosa inválida (cf. AARNIO, 1992, p. 46).

Em certa medida, esforçou-se Kelsen para sair desse impasse recorrendo ao princípio da efetividade. Assim, a separação entre ser e dever-ser é atenuada em sua rigidez pela própria teoria pura do direito, que admite que a norma fundamental confere força ao sistema conquanto seja ele uma ordem jurídica globalmente efetiva. Nas palavras de Aarnio, "... há algo do mundo do Sein que se torna uma condição necessária de obrigatoriedade de um sistema de normas jurídicas"¹¹.

Assim, como vimos no capítulo 4, o problema das práticas extra-estatais consiste simplesmente em irregularidades, por contrárias que se apresentem ao direito estatal. A relação de dever-ser é construída a partir de fundamentos meramente formais. Por isso, é preciso buscar elementos materiais que fundamentem a própria validade do sistema, e não apenas as normas que o compõem.

A fundamentação do direito a partir da Teoria Pura do Direito não passa por nenhuma consideração de ordem axiológica. Assim, a moralidade não guarda qualquer relação com a obrigatoriedade do direito.

Em busca de uma fundamentação moral do direito, Aarnio passa a discutir a noção de validade sistemática externa. Com efeito, é possível entender a validade externa de um sistema tanto em sentido formal como em sentido material. Tal discussão deságua inevitavelmente no tema da legitimidade de um sistema normativo.

Com apoio em Aleksander Peczenik, Aarnio elabora duas diferentes perspectivas sobre a norma fundamental (cf. AARNIO, 1992, p. 47-48):

G1 – A constituição deve ser (legalmente) respeitada.

G2 – Se certas razões essenciais (E), certos fatos sociais (F) e certos critérios morais mínimos (M) existirem, então a norma G1 deve ser respeitada.

Observando as duas formulações, percebemos que na primeira, G1, há uma clara inspiração kelseniana para a fundamentação do direito, nos moldes da teoria pura do direito, em que o dever-ser é fundamentado por um dever-ser superior; a formulação contida em G2, por sua vez, permite a fundamentação do dever-ser a partir de elementos do mundo do ser.

Assim, como nota Aarnio, a fundamentação de um sistema jurídico deve obedecer a exigências morais mínimas. Com isso, a juridicidade de uma ordem estaria condicionada à presença do respeito a certos critérios morais. Com isso, os sistemas jurídicos existentes em regimes autoritários ou totalitários, como aquele vigorante na Alemanha nazista, devem ser rejeitados.

5.2. *Validade efetiva*

Validade sistêmica não se confunde com validade efetiva. A validade da norma em sentido efetivo diz respeito à sua real efetividade em contraposição a uma norma formalmente considerada.

A validade efetiva de que aqui se cogita, porém, não se refere ao fato de que a conduta dos cidadãos seja orientada regularmente pela norma, mas à aplicação efetiva pelos órgãos de poder. Para essa perspectiva, o di-

reito é realizado na sociedade quando posto em aplicação pelos órgãos do poder. Trata-se aqui de admitir o sistema jurídico como um sistema coercitivo (cf. AARNIO, 1992, p. 50).

Uma concepção representativa dessa idéia de efetividade das normas jurídicas é o realismo jurídico, de acordo com o qual o objetivo da ciência jurídica é a análise das práticas das autoridades tendo em vista a previsão do que as autoridades farão no futuro.

Na lição de Aarnio, quando o Parlamento edita uma norma, não faz apenas indicações sobre um estado de coisas particular. Ele dirige apenas o comportamento social. Por meio da norma, as pessoas adotam certas imagens que definem a ação delas. Enquanto atividade social, essas imagens se situam para além do indivíduo e por eles se forma a relação de significação e de motivação que ligam os indivíduos entre si.

Nasce assim uma ideologia normativa, e essa ideologia é sentida como uma realidade obrigatória. As decisões se submetem a essa ideologia, e as autoridades ocupam uma posição decisiva do ponto de vista da validade do direito. Por essa razão, a ideologia normativa que as autoridades adotam determina qual o direito válido na sociedade (cf. AARNIO, 1992, p. 53).

Assim, a validade de uma norma jurídica significa que essa norma deve ser encontrada numa ideologia normativa que é considerada obrigatória. Dizer que uma norma é efetiva permite que possamos apresentar adequadamente a ideologia que um decisor sente como obrigatória. Assim, só é efetivo o direito que guia realmente a atividade das autoridades (cf. AARNIO, 1992, p. 53-54).

Uma norma é válida se a autoridade se conduz ela mesma de acordo com o que a norma exige, e a autoridade age dessa maneira se ela considera que a norma é obrigatória; a norma motiva de algum modo a ação da autoridade (cf. AARNIO, 1992, p. 54).

5.3. *Validade axiológica*

Passando para o plano da validade em sentido axiológico, Aarnio observa que,

quando se fala de validade axiológica, esta freqüentemente se associa ao direito natural como fundamentação do direito positivo. Mas, como nota Aarnio, existem outros tipos de critérios axiológicos que desempenham relevante papel para a compreensão da validade no direito.

Assim, em alguns casos encontraremos normas que, apesar de formalmente válidas, não são aplicadas.

Uma possível explicação seria dada pelo entendimento segundo o qual essa norma não corresponde ao sistema de valores predominante na sociedade. Por isso, como bem percebe Aarnio, nem todas as normas que são formalmente válidas possuem garantia de que vão dispor de aceitabilidade axiológica. Do mesmo modo, é possível admitir que uma norma regularmente aplicada por uma autoridade esteja em conflito com o sistema de valores predominante. Em outras palavras, a norma é formalmente válida e efetiva sem contudo ser aceitável do ponto de vista de um sistema de valores (cf. AARNIO, 1992, p. 57).

Isso se deve em grande medida ao ideal de segurança jurídica que precisa erigir defesas contra o arbítrio e em certo sentido também pela necessidade de estabelecer um certo controle racional sobre as decisões jurídicas.

Mas a realidade nem sempre corresponde com o ideal de racionalidade, antes se apresentando preenchida de elementos irracionais, tão presentes na crise do direito moderno. Por isso, preferimos com Aarnio a reconstrução do conceito de validade em torno da idéia de aceitabilidade racional.

Assim, para Aarnio (1992, p. 57-58), uma norma é válida em uma sociedade se forem atendidos alguns pressupostos que não se esgotam na validade interna, antes demandando também uma fundamentação externa e uma fundamentação moral¹².

Assim, para Aarnio, uma norma é aceitável (válida) em uma sociedade se as pessoas forem racionais na argumentação delas e se um certo conjunto de valores prevalece (1992, p. 58).

Como visto, podemos referir-nos à validade em três sentidos: como validade formal, efetividade e aceitabilidade. Explica Aarnio que os problemas teóricos aparecem quando tentamos utilizar uma das significações desse conceito como sendo o tipo autêntico de validade.

Não obstante, a validade axiológica parece ser a mais importante quando falamos de justificação. A base da justificação de uma interpretação consiste freqüentemente em argumentos “extra-jurídicos”, entre os quais encontramos uma certa referência a um certo sistema de valores.

É unicamente à luz da validade axiológica que é possível compreender a relatividade das interpretações. A validade sistêmica, no sentido interno, como no sentido externo, é apenas uma das condições prévias de aceitabilidade.

6. A preocupação com segurança e justiça em Aulis Aarnio

É possível estabelecer um referencial conciliatório entre segurança e justiça no direito a partir do entendimento da noção de racionalidade como razoabilidade, tal como proposto por Aulis Aarnio.

Neste ponto, é possível identificar um certo nível de influência habermasiana em Aarnio. Em Habermas, a tensão entre segurança e justiça se manifesta pelo binômio facticidade e validade. Afirma Habermas que as decisões judiciais não de satisfazer simultaneamente a um duplo requisito: consistência com o ordenamento jurídico e aceitabilidade geral.

Temos assim duas dimensões, quais sejam, a da justificação interna e a da justificação externa, explicando que o problema da racionalidade da jurisprudência consiste em como pode a aplicação de um direito contingentemente surgido ser realizada de modo internamente consistente e externamente fundada de modo racional a fim de garantir simultaneamente segurança jurídica e justiça¹³.

Como Aarnio, Habermas vai-se opor à *Reine Rechtslehre*, afirmando que a validade de uma norma é o resultado de uma permanente tensão entre facticidade (validade social) e legitimidade, por ele relacionada a uma validade racional ou comunicativa. Trata-se de reconhecer que as normas jurídicas devem possuir uma dupla dimensão: por um lado, o cumprimento habitual e, por outro lado, a coação que o assegure.

Em Habermas, papel decisivo na legitimação das normas vai desempenhar o processo de criação normativa, que deverá seguir um procedimento consensual e argumentativo de acordo com uma razão comunicativa. A isso estaria relacionada a própria realização da democracia. Por isso pode-se dizer que o direito só cumpre *racionalmente* a sua função integradora quando é fruto do discurso racional fundado em um processo participativo (cf. GARCÍA AMADO, 1997, p. 20-21).

Nesse sentido, parece acertado dizer que a certeza jurídica está relacionada com a necessidade de evitar a arbitrariedade. Por outro lado, a boa aplicação do direito depende que o resultado seja razoável, ou em outras palavras aceitável.

7. Aceitabilidade racional como justificação das decisões judiciais

A aceitabilidade como conceito-chave nesse processo corresponde portanto a um esforço em direção da reconstrução teórica do tradicional conceito de validade no direito.

Legislação e jurisdição não são dois momentos isolados, permitindo uma total autonomia entre o abstrato e o concreto. Aulis Aarnio mostra que existe relação entre quem dita o texto (o legislador) e quem o interpreta (o juiz ou o administrador). Mas é também importante lembrar que o intérprete está em relação com outros membros da audiência interpretativa. Portanto, a decisão a ser proferida não pode ser satisfatória exclusivamente para quem a dita. Ne-

cessário se faz então que as decisões judiciais possam alcançar um nível de aceitabilidade geral (cf. AARNIO, 1995, p. 27-28).

Aarnio rejeita a tese de que a segurança do direito só possa ser alcançada pela tese da uma “única decisão justa”, sem entretanto admitir o perigo das decisões fundadas num alto grau de subjetividade. Trata-se aqui precisamente de achar um ponto intermediário, em que seja possível encontrar a “melhor interpretação”.

Para ser encontrada a “melhor interpretação”, diz Aarnio ser necessário que a audiência siga os princípios do discurso racional. Nesse sentido, o resultado da interpretação não seria a “verdade” no sentido tradicional de correspondência com o real, mas uma verdade criada por meio do debate no processo argumentativo.

A necessidade desse processo fica muito clara ante a ambigüidade e vagueza da língua, quando percebemos que muitas vezes a linguagem é fator de incerteza. Nessa situação, a incerteza pode advir tanto sobre a dúvida a respeito do sentido contido em certo texto quanto da dificuldade em saber qual dos sentidos encontrados é o mais adequado. Nesses casos, a aplicação do direito depende em grande medida de uma atitude inequivocamente valorativa.

Em uma sociedade verdadeiramente democrática, parece difícil encontrarmos um acordo geral com fundamento em valores, dada a relatividade existente. Não obstante, será possível encontrar um consenso valorativo a partir da posição dos valores da maioria.

Nesse sentido, o conceito de aceitabilidade encontra-se ligado ao conteúdo material da interpretação e não à forma do raciocínio ou às propriedades do procedimento de justificação nele mesmo¹⁴.

Assim, não é o processo de raciocínio que é razoável, mais apropriadamente, porém, fala-se do resultado razoável da interpretação. Para ser aceitável, esse resultado deve corresponder ao conhecimento e ao sistema de valores da comunidade jurídica.

Com isso, a aceitabilidade substancial teria como referência duas propriedades distintas: de um lado a solução tem de estar de acordo às leis, como forma de assegurar a presunção de legalidade; por outro lado a solução encontrada não pode ir contra a moralidade social vigente, como forma de assegurar a presunção de razoabilidade.

Nesse sentido, no tocante à racionalidade formal das decisões judiciais, é necessário a mudança de enfoque da racionalidade sistêmica para a racionalidade argumentativa. No que concerne ao conteúdo, seria possível identificar a “melhor” decisão quando do processo de argumentação racional resultasse uma decisão aceitável, isto é, razoável.

A busca do juiz pela resposta correta deve acontecer de modo discursivo, e portanto intersubjetivo. Da teoria do discurso faz depender a aceitabilidade da decisão, não da qualidade dos argumentos, mas da estrutura do próprio processo argumentativo (cf. GARCÍA AMADO, 1997, p. 55).

Como se percebe, Aarnio reaproxima o direito da moral, dotando-o de um conteúdo encontrável durante o processo argumentativo. Assim, os conceitos de legalidade e razoabilidade são reciprocamente complementares, proporcionando a passagem do Estado de direito (dimensão formal) para o Estado de justiça (dimensão material).

As perspectivas de aproximação da forma ao conteúdo têm sido bastante profícuas para o direito. O modelo de Aarnio não é o único nesse sentido, posto que o atual debate na filosofia do direito parece voltar-se decisivamente para esse problema.

Não desejamos, na presente dissertação, esgotar o tema, mas unicamente contribuir para o debate, buscando sistematizar alguns aspectos da passagem da concepção clássica das decisões judiciais em contraste com as perspectivas pós-positivistas, enfatizando a necessidade de conciliação entre segurança e justiça no direito.

Compete ao verdadeiro jurista não se deixar seduzir pelo canto de sereia que vê

na forma o mais elevado ideal do saber jurídico, como se não houvesse qualquer preocupação do direito em promover a justiça.

É preciso, portanto, superar o fetichismo legalista em direção à realização da justiça. Não a justiça subjetivamente determinada, mas a justiça pautada pelo diálogo e pelo consenso. O desafio está lançado. Que as próximas gerações de juristas possam encontrar nesse desafio a serena e permanente motivação para realizar o direito justo.

Notas

¹ Na lição de Mircea Eliade, a consciência mítica não representa uma mera “irrupção patológica de instintos, bestialidade ou infantilidade”, mas “fenômenos humanos, fenômenos de criação do espírito” (ELIADE, 1972, p. 9). Assim, “o mito conta uma história sagrada; ele relata um acontecimento ocorrido no tempo primordial, o tempo fabuloso do ‘princípio’. Em outros termos, o mito narra como, graças às façanhas dos Entes Sobrenaturais, uma realidade passou a existir, seja uma realidade total, o Cosmo, ou apenas um fragmento: uma ilha, uma espécie vegetal, um comportamento humano, uma instituição. É sempre, portanto, a narrativa de uma ‘criação’: ele relata de que modo algo foi produzido e começou a *ser*. [...] Em suma, os mitos descrevem as diversas, e algumas vezes dramáticas, irrupções do sagrado (ou do ‘sobrenatural’) no Mundo. É essa irrupção do sagrado que realmente fundamenta o Mundo e o converte no que é hoje” (p. 11). “‘Viver’ os mitos implica, pois, uma experiência verdadeiramente ‘religiosa’, pois ela se distingue da experiência ordinária da vida quotidiana. A ‘religiosidade’ dessa experiência deve-se ao fato de que, ao reatualizar os eventos fabulosos, exaltantes, significativos, assiste-se novamente às obras criadoras dos Entes Sobrenaturais. Não se trata de uma comemoração dos eventos míticos mas de sua reiteração. O indivíduo evoca a presença dos personagens dos mitos e torna-se contemporâneo deles. Isso implica igualmente que ele deixa de viver no tempo cronológico, passando a viver no Tempo primordial, no Tempo em que o evento *teve lugar pela primeira vez*” (p. 22). “Nas civilizações primitivas, o mito desempenha uma função indispensável: ele exprime, enaltece e codifica a crença; salvaguarda e impõe os princípios morais; garante a eficácia do ritual e oferece regras práticas para a orientação do homem. O mito, portanto, é

um ingrediente vital da civilização humana; longe de ser uma fabulação vã, ele é ao contrário uma realidade viva, à qual se recorre incessantemente; não é absolutamente uma teoria abstrata ou uma fantasia artística, mas uma verdadeira codificação da religião primitiva e da sabedoria prática”. No mesmo sentido Cassirer vai afirmar que “tais representações não são extraídas de um mundo já acabado do ser; não são meros produtos da fantasia, que se desprendem da firme realidade empírico-positiva das coisas, para elevar-se sobre elas, como tênue neblina, mas sim, representam para a consciência primitiva a totalidade do Ser” (CASSIRER, 1997, p. 23).

² Nesse sentido, veja-se o debate sobre a relevância da ontologia para a modernidade e especificamente para o direito respectivamente em Adeodato, 1996, e Maia, 2000.

³ “Aristóteles nos diz que no entimema não são enunciadas todas as premissas – subentende-se que são conhecidas ou aceitas pelo auditório – e aquelas em que nos fundamentamos seriam apenas verossímeis ou plausíveis: a estrutura do raciocínio dialético seria, quanto ao resto, a do silogismo” (PERELMAN, 1998, p. 2).

⁴ Nesse sentido, é válido o registro de Perelman, para quem “os raciocínios dialéticos que Aristóteles examinou nos tópicos, na Retórica e nas Refutações sofisticadas se referem, não às demonstrações científicas, mas às deliberações e às controvérsias. Dizem respeito aos meios de persuadir e de vencer pelo discurso, de criticar as teses do adversário, de defender e justificar as suas próprias, valendo-se de argumentos mais ou menos fortes” (1998, p. 2).

⁵ Tal dificuldade se deve principalmente ao fato de que atribuir o caráter de antigo e moderno a um ou outro lugar da história, significa expressar aceitação ou rechaço. Significa contemplar alguns traços do passado como antigos e alguns traços do presente como modernos. Exemplificativamente, os conceitos de “antigo” e “medieval”. Os autores do mundo antigo não se intitulavam antigos e nem os pensadores da Idade Média se designavam como medievais. Eles se sentiam filhos de um novo tempo. Por esse motivo o conceito de modernidade encerra uma auto-referência que dificulta a sua conceituação (cf. VIANO, 1996, p. 175 –176).

⁶ Nesse sentido, a procedente análise de Nicolás Casullo: “Lo moderno se gesta desde una clave trágica: la palabra ilumina y esconde. Da cuenta de las metamorfosis y aparece como conciencia del nuevo hogar del hombre, a la medida de sus obsesiones. Una lógica discursiva y sistematizadora de lo humano proyectará y marginará, anunciará y limitará” (CASULLO, 1996, p. 22).

⁷ Ver Casullo (1996, p. 26). Essas transformações encontram reflexos nos vários domínios da

vida: “los grandes descubrimientos en las ciencias físicas, que cambian nuestras imágenes del universo y nuestro lugar en él; la industrialización de la producción, que transforma el conocimiento científico en tecnología, crea nuevos medios humanos y destruye los viejos, acelera el ritmo de la vida, genera nuevas formas de poder jurídico y lucha de clases; inmensos trastornos demográficos, que separan a millones de personas de sus ancestrales hábitats, arrojándolas violentamente por el mundo en busca de nuevas vidas; el rápido crecimiento urbano y con frecuencia cataclísmico; sistemas de comunicación masivos, dinámicos en su desarrollo, que envuelven y unen a las sociedades y las gentes más diversas; estados nacionales cada vez más poderosos, que se estructuran y operan burocráticamente y se esfuerzan constantemente por extender sus dominios; movimientos sociales masivos de la gente y de los pueblos, que desafían a sus gobernantes políticos y económicos, intentando ganar algún control sobre sus vidas; y finalmente, un mercado mundial capitalista siempre en desarrollo y drásticamente variable, que reúne a toda esa gente e instituciones” (BERMAN, 1996, p. 68).

⁸ Como esclarece Perelman, “Descartes e os racionalistas puderam deixar de lado a retórica na medida em que a verdade das premissas era garantida pela evidência, resultante do fato de se referirem a idéias claras e distintas a respeito das quais nenhuma discussão era possível. Pressupondo a evidência do ponto de partida, os racionalistas desinteressaram-se de todos os problemas levantados pelo manejo de uma linguagem. Mas, assim que uma palavra pode ser tomada em vários sentidos, assim que se trata de aclarar uma noção vaga e confusa, surge um problema de escolha e de decisão, que a lógica formal é incapaz de resolver; cumpre fornecer as razões da escolha para obter a adesão à solução proposta, e o estudo dos argumentos depende da retórica” (1998, p. 142).

⁹ “Como todas as transições são simultaneamente semicegas e semi-invisíveis, não é possível nomear adequadamente a presente situação. Por esta razão lhe tem sido dado o nome inadequado de pós-modernidade. Mas à falta de melhor, é um nome autêntico na sua inadequação” (SANTOS, 1997, p. 77).

¹⁰ Costuma-se admitir que existem duas fases bem marcadas no pensamento de Wittgenstein: a primeira referindo-se ao Tratado Lógico Filosófico e a segunda referindo-se às Investigações Filosóficas.

¹¹ “Donc quelque chose Qui appartient au monde du ‘Sein’ – effectivité (efficacy) – devient une condition nécessaire de l’obligatorieté d’un système de normes juridiques” (AARNIO, 1992, p. 46).

¹² No mesmo sentido, veja-se a seguinte consideração de Perelman, para quem o “... ceticismo acerca do papel da razão prática apresenta, por sua

vez, um duplo inconveniente. Reduzindo ao nada o papel e as esperanças tradicionais da filosofia, ele abandona a fôteres irracionais, e afinal de contas à força e à violência individual e coletiva, a solução dos conflitos concernentes à prática. Recusa, por outro lado, qualquer sentido à noção de razoável, de modo que, como as expressões ‘escolha razoável’, ‘decisão razoável’, ‘ação razoável’ passam a ser apenas racionalizações, falsas aparências, fica impossível que as discussões e as controvérsias possam terminar de outro modo que não seja pelo recurso à força, a razão do mais forte sendo sempre a melhor... Se rejeitarmos esse niilismo, se acreditarmos que nem tudo que concerne aos valores é arbitrário e que os juízos de realidade não são inteiramente independentes deles, afastaremos como infundado o fosso aberto pelo positivismo entre os juízos de realidade e os juízos de valor”(PERELMAN, 1998, p. 152-154).

¹³ “El problema de la racionalidad de la administración de justicia consiste, por tanto, en que la aplicación de un derecho surgido contingentemente pueda hacerse de forma internamente consistente y fundamentarse externamente de modo racional, para asegurar simultáneamente la *seguridad jurídica* y la *rectitud o corrección normativas*”(HABERMAS, 1998, p. 268).

¹⁴ Não é por outro motivo que a experiência da Alemanha nazista deve ser rejeitada. Com efeito, tal concepção de direito não alcança “os mínimos requisitos de padrões morais”, contrariando toda a herança cultural do ocidente (cf. AARNIO, 1996, p. 17).

Bibliografia

- AARNIO, Aulis. *Le rationnel comme raisonnable: la justification en droit*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1992.
- _____. *Derecho, racionalidad y comunicación social: ensayos sobre filosofía del derecho*. México: Fontamara, 1995.
- ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- ADEODATO, João Maurício. *Filosofia do direito: uma crítica à verdade na ética e na ciência*. São Paulo: Saraiva.
- BONAVIDES, Paulo. *Do Estado liberal ao Estado social*. Rio de Janeiro: Forense, 1980.
- CASSIRER, Ernst. *Linguagem e mito*. São Paulo: Perspectiva, 1972.
- CASULLO, Nicolás. Modernidad, biografía del ensueño y la crisis. In: *El debate modernidad / posmodernidad*. Buenos Aires: El Cielo por Asalto, 1996, p. 11-63.
- CHAUÍ, Marilena. Contingência e necessidade. In: *A crise da razão*. São Paulo: Companhia das Letras, 1999, p. 19-26.
- COELHO, Fábio Ulhoa. Prefácio à edição brasileira. In: PERELMAN, Chain. *Tratado da argumentação: a nova retórica*. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p. XI - XVIII.
- ELIADE, Mircea. *Mito e realidade*. São Paulo: Perspectiva, 1972.
- GARCÍA AMADO, Juan Antonio. *La filosofía del derecho de habermas y luhmann*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1997.
- GRÁCIO, Rui Alexandre. *Consequências da retórica: para uma revalorização do múltiplo de do controverso*. Coimbra: Pé de Páginas, 1998.
- HABERMAS, Jürgen. Modernidad, un proyecto incompleto. In: *El debate modernidad / posmodernidad*. Buenos Aires. In El Cielo por Asalto, 1996. p. 131-144 .
- HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validez*. Madrid: Trotta, 1998.
- MAIA, Alexandre da. *Ontologia jurídica: o problema de sua fixação teórica (com relação ao garantismo jurídico)*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.
- NOVAES, Aduino. A lógica atormentada. In: *A crise da razão*. São Paulo: Companhia das Letras, 1999. p. 9-18.
- NUDLER, Oscar. Introducción. In: *La racionalidad: su poder y sus límites*. Buenos Aires: Paidós, 1996, p. 13-28.
- PERELMAN, Chaïm. *Lógica jurídica*. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- REBOUL, Olivier. *Introdução à retórica*. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. São Paulo: Cortez, 1997.
- TOULMIN, Stephen. Racionalidade e razoabilidade. In: *Retórica e comunicação*. Porto: Edições Asa, 1994, p. 19-30.
- VIANO, Carlo A. Los paradigmas de la modernidad. In: *El debate modernidad / posmodernidad*. Buenos Aires: El Cielo por Asalto, 1996. p. 175-193.
- WOLFF, Francis . Nascimento da razão, origem da crise. In: *A crise da razão*. São Paulo: Companhia das Letras, 1999. p. 67-82.