

ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 28/01/2010

All'indirizzo <http://censura.diritto.it/docs/28856-verdade-e-justi-a-no-processo-truth-and-justice-in-process>

Autore: Jeová Marques de Oliveira - Érico de Oliveira Della Torres

Verdade e Justiça no Processo Truth and Justice in Process

Verdade e Justiça no Processo

Truth and Justice in Process

Jeová Marques de Oliveira*

Érico de Oliveira Della Torres**

Resumo

O Direito sempre foi visto com desconfiança por uma grande parte de pensadores e filósofos. Conforme estes, trata-se de um saber humano impossível de ser estruturado racionalmente, daí ser imposto pela força, expressando um dos instrumentos repressivos do poder dominante. Com a consolidação da democracia na maioria dos Estados contemporâneos, houve o florescimento das chamadas teorias deliberativas, que procuram legitimar racionalmente os conceitos de justiça e verdade na ciência jurídica. Este artigo propõe-se a analisar o reflexo dessas novas teorias na seara processual.

Palavras-chave: Direito Processual. Verdade Processual. Justiça Processual.

Abstract

The law has always been viewed with suspicion by a large number of thinkers and philosophers. According to them, it is a human knowledge impossible to rationally structured, it be imposed by force, expressing one of the repressive instruments of power. With the consolidation of democracy in most of States contemporaries, saw the flowering of so-called deliberative theories that seek rationally legitimize the concepts of justice and truth in legal science. This paper proposes to analyze the reflex of these new theories in procedural area.

Keywords: Procedural Law. Procedural Truth. Procedural Justice.

* Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia.

** Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia.

Introdução

Nos últimos tempos, grande parte dos estudos das chamadas ciências humanas dedicaram-se a analisar a possibilidade e o desenvolvimento de teorias racionais para essa área do conhecimento. Os conceitos de verdade e justiça situam-se no ponto central do debate.

O Direito, por muito tempo relegado ao irracionalismo, era visto apenas como produto de imposição do poder dominante. Não havia espaço para a construção de uma ciência jurídica com fundamento na razão humana.

Com a recente consolidação de muitos Estados Democráticos de Direito, abriu-se espaço para que uma série de estudos fossem realizados com o intuito de legitimar racionalmente uma ordem jurídica considerada justa. Um dos pilares centrais do regime democrático não pode ficar ao alvitre do decisionismo irracional.

A processualidade jurídica constitui um dos meios pelo qual o Direito se materializa na sociedade. Como parte do Direito, também sofre essa reorientação teórica, pois um processo legítimo é aquele capaz de oferecer uma decisão em conformidade com a verdade e com a justiça.

Não se pretende com este breve estudo oferecer conceitos absolutos de verdade e justiça aplicáveis ao campo processual, porém oferecer uma perspectiva de abordagem através da deliberação racional a fim de se afastar definitivamente a concepção de decisões processuais intuitivas, absurdas e irracionais.

1 Verdade: um conceito plurissignificativo

Sem dúvida, o conceito de verdade, é um daqueles que mais instigou o pensamento humano através dos tempos. Seja pela natureza da questão em análise ou pela abordagem do julgador, a problemática de se encontrar uma solução reputada como verdadeira não é nada factível.

Gadamer, com fulcro no pensamento de Heidegger, ao investigar o que seria a verdade, recupera o sentido da palavra grega *aletheia* para o termo, que significaria propriamente desocultação.¹ A verdade para este autor deve ser arrebatada da ocultação e do

¹ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método II: complementos e índice*. Trad. Ênio Paulo Giachini. Petrópolis: Vozes, 2002, p. 59.

velamento. Conforme o pensador um exemplo de discurso que realiza de modo mais puro esse nexos seria o ensino.

Porém, Gadamer adverte que nas ciências do espírito um conceito de verdade é particularmente sensível por haverem interesses do poder estabelecido. Por lidar com reflexões que influenciam o comportamento humano na sociedade o investigador desse campo deve “[...] evitar as seduções do poder e a corrupção da sua razão”.²

Desde os tempos de Aristóteles houve uma nítida divisão entre duas espécies de raciocínios para lidar com a revelação da verdade. O primeiro, denominado de silogismo analítico se funda em proposições evidentes, que conduz o pensamento humano a uma conclusão verdadeira, em cujas bases se assenta a lógica formal. O segundo tipo de raciocínio, designado de dialético, parte de enunciados tidos somente como prováveis, dos quais se poderiam extrair conclusões apenas verossímeis.

O que se observou, na história que se segue, foi um progressivo desinteresse pelo raciocínio dialético face ao raciocínio lógico formal. Conforme Coelho, tal fato pode ser atribuído à falsa comparação da dialética aristotélica aos métodos sofistas, ao desprezo do cristianismo por métodos que admitem multiplicidades de premissas em suas formulações iniciais, e, à redução do campo da racionalidade aos raciocínios lógicos.³

Como consequência, durante muito tempo, relegou-se ao campo do irracionalismo todos os saberes humanos que não se compatibilizavam com o método lógico. A verdade para estes não seria possível de ser alcançada, uma vez que as conclusões nestes saberes consistiriam em fruto da sugestão, da intuição ou da violência.

Exponente máximo do racionalismo lógico, Descartes preconizava que quase tudo que era apenas verossímil também era falso. Somente as idéias claras e distintas seriam essencialmente verdadeiras pela própria evidência, e que a partir destas se poderiam demonstrar a veracidade dos teoremas. A construção da verdade para o método cartesiano é basicamente dedutiva e a adesão dos espíritos se consubstancia pela infalibilidade do resultado. Este conceito lógico-dedutivo de verdade restringiu o seu campo de aplicação às ciências matemáticas.

Num segundo momento histórico, estendeu-se o conceito de verdade racional às ciências naturais. Para estas, o que realmente se deve demonstrar é a conformidade das proposições com os fatos. O método empirista é basicamente indutivo na busca pela verdade.

² *Ibid.*, 2002, p. 55.

³ PERELMAN, C.; OLBRECHTS-TYTECA, L. *Tratado da argumentação: a nova retórica*. Trad. Maria Ermantina Galvão G. Pereira. Prefácio de Fábio Ulhoa Coelho. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

Já o século XX caracterizou-se pela expansão da racionalidade humana aos diversos segmentos do saber. Porém, esta expansão não se deu estritamente nos moldes do racionalismo cartesiano ou empirista. O conceito de verdade se relativizou para abarcar novas fronteiras do pensamento humano como a mecânica quântica, a psicanálise, o marxismo, o darwinismo, entre outras novas reflexões filosóficas e teorias científicas.

Na seara política houve a consolidação do Estado Democrático de Direito na maioria dos países no final do século XX, abrindo-se um novo campo para o desenvolvimento das chamadas teorias deliberativas. A formação da vontade estatal num ambiente democrático não se estabelece pelos rigores da lógica, porém pela deliberação dos cidadãos no espaço público.

Seria muito perigoso afirmar que não existe campo para o racionalismo nas deliberações políticas, jurídicas ou econômicas. O século XX forneceu grandes exemplos de catástrofes humanas, como as guerras, a fome e os genocídios, que tiveram em sua gênese a irracionalidade humana.

O certo é que o campo do irracional deve ficar restrito a aspectos da vida pessoal do indivíduo como os sentimentos e a religião. Já quando se tratar de institutos fundamentais da sociedade ou de deliberações que possam afetar a esfera de mais de um sujeito ou os caminhos da sociedade o apelo à razão é inevitável.

Perelman e Olbrechts-Tyteca criticam a limitação cartesiana imposta à idéia de razão sustentando que “é uma limitação indevida e imperfeitamente injustificada do campo onde intervém nossa faculdade de raciocinar e de provar.”⁴ Para estes autores o campo da razão não se reduz à demonstração da verdade através de pressupostos evidentes. Porém, a razão humana é perfeitamente aplicável ao campo da deliberação através de uma teoria racional da argumentação partindo-se de hipóteses apenas plausíveis ou verossímeis.

2 A verdade para a ciência jurídica processual

A questão da verdade para o direito também é de suma pertinência. Particularmente para a ciência jurídica processual, o esclarecimento dos fatos ou a aplicabilidade da norma passam por juízos de veracidade.

⁴ PERELMAN; OLBRECHTS-TYTECA, 2005, p. 3.

Por muito tempo, a irracionalidade reinou absoluta no campo do direito como forma de se encontrar a verdade. Pode-se citar como exemplos as ordálias ou juízos de Deus, o juramento religioso e os duelos.

A primeira escola jurídica que no ocidente buscou impor a razão ao direito foi a chamada escola positiva. Os positivistas viam o método científico empregado nas ciências naturais como um paradigma a ser seguido. Estabeleceram que a ciência do direito deveria se abster de qualquer elemento valorativo, sociológico ou religioso. Adotaram o método dedutivo para a investigação fática e a aplicabilidade normativa.

Essa concepção de verdade aproximou o direito da lógica formal fundamentando-se em um raciocínio que poderia ser chamado de silogismo jurídico. O juiz no processo decisório agiria de forma imparcial e impessoal, tal como um lógico a operar uma demonstração, o que garantiria uma racional segurança jurídica.

Ocorre, entretanto, que essa redução da verdade jurídica a raciocínios eminentemente formais traz uma inconveniência insuperável. O aplicador do direito estaria vinculado a um sistema de premissas que caso fossem verificadas obrigatoriamente conduziriam a certa decisão independente de suas conseqüências no mundo real: *dura lex, sed lex*. Com isso, abre-se espaço para legitimar decisões eticamente contestáveis apenas porque seriam fruto da previsão legal. Portanto, o racionalismo lógico puro não se compatibiliza com um sistema jurídico que tenha como meta a justiça.

Um segundo movimento, denominado pós-positivista, que procurou suplantar a escola positiva, ganhou corpo a partir da segunda metade do século XX, sobretudo com o fim da segunda guerra e o reconhecimento de direitos humanos universais. Além de uma base racional, os sistemas jurídicos passaram a se preocupar com o estabelecimento de uma meta de justiça. Adotou-se uma postura holística com relação às fontes do direito para abarcar princípios não positivados, deslocou-se o estudo da norma para o ordenamento jurídico, reconheceu-se a importância de reflexões filosóficas, sociológicas e políticas no campo do direito.

Neste contexto destaca-se o pensamento de Chaïm Perelman que propõe uma lógica jurídica fundada em um conceito de verdade retoricamente justificável através de uma teoria argumentativa racional.

Perelman reconhece o esforço positivista, particularmente de Hans Kelsen, em constituir uma ciência racional do direito, isenta de qualquer ideologia ou de qualquer intervenção de considerações não-jurídicas, propondo um sistema hierarquizado e dinâmico de normas. Porém, critica que a despeito desse esforço de racionalização do direito, Kelsen

relega a decisão jurídica do aplicador do direito a um ato de vontade e não a uma expressão do conhecimento. Conforme Perelman, para o pensamento kelseniano, “a motivação de uma decisão judiciária, bem como o preâmbulo que justifica um projeto de lei, pertence não à teoria do direito, mas à política jurídica, sendo mister dissociar nitidamente uma da outra.”⁵ Adotando-se tal postura, uma parte considerável da prática jurídica será considerada estranha à ciência jurídica por não se adequar a uma teoria do conhecimento que, segundo Perelman, “só dá valor a um saber não controverso, inteiramente fundado nos dados da experiência e da prova demonstrativa, desprezando totalmente o papel da argumentação.”⁶

Por outro lado, ao contrário da teoria sistêmica de Luhmann que concebe uma verdade imposta pelo reconhecimento da obrigatoriedade da decisão, Perelman idealiza uma verdade democrática que seja produto de um julgamento público envolvendo todos os interessados. O papel da argumentação, neste caso, é conseguir a adesão dos espíritos visando o acordo e não a resignação da sucumbência.

Perelman acredita que a extensa área do direito oferece um paradigma de grande interesse para uma teoria do conhecimento argumentativa. No campo processual a idéia de prova é bem distinta daquela que se tem na lógica ou na matemática por não ser deduzida, nem inconteste e nem evidente. Porém, nem por isso deve ser um sistema probatório irracional, mas pautado na persuasão racional do julgador através de um conjunto de provas plausíveis.

Cumprido esclarecer que o presente estudo não tem a finalidade de avaliar os diferentes meios de provas admitidos na seara jurídico-processual. Porém, de estabelecer a possibilidade de construção racional de uma verdade retoricamente justificável a partir de elementos probatórios dados.

3 Limites da verdade processual

A verdade para a ciência jurídica processual se distingue da verdade requerida para outras ciências particularmente pela limitação temporal e qualitativa de suas fontes. A racionalidade impôs tais limites à verdade processual, pois no processo além do interesse pelo esclarecimento dos fatos e do direito coexistem outros princípios igualmente relevantes como a legalidade, a celeridade e a segurança jurídica.

⁵ PERELMAN, Chaïm. *Ética e Direito*. Trad. Maria Ermantina Galvão G. Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 475.

⁶ *Ibid.*, p. 476.

O processo não tem a pretensão de buscar uma verdade histórica. Conforme Perelman, “O historiador tem liberdade, em princípio, de estudar os fatos que o interessam, de escolher o seu tema levando em conta a existência efetiva ou presumida de meios de provas julgados, por ele suficientes.”⁷ O julgador não tem essa mesma liberdade, não escolhe os processos que irá atuar e está jungido aos limites legais da instrução.

Perelman ao constituir as bases de uma argumentação racional aplicável à seara jurídica na construção de uma verdade processual preconiza que os interessados devem estabelecer um acordo prévio de certas premissas. Tal convenção incluiria ente outras a aceitação de fatos, presunções, valores e hierarquias que se tornariam incontrovertidos para as partes.⁸

Como exemplo de aplicação dessa teoria o Código de Processo Civil brasileiro no artigo 334 dispensa a investigação probatória dos fatos notórios, incontrovertidos, afirmados por uma parte e confessados pela outra e os que se fundam em presunções legais de veracidade.⁹

Entretanto, a extensão desse acordo prévio é menor no processo penal e no administrativo, onde o interesse em jogo em regra é indisponível. O que não quer dizer que tudo quanto alegado seja objeto da dúvida processual, pois ainda se verifica nestes processos certas presunções de veracidade.

Além da desnecessidade de se provar tudo, a verdade processual também sofre limitações quanto à admissibilidade da prova. Em regra, não são admitidas provas eivadas de ilicitude, ou seja, obtidas por meios contrários ao direito.

Da mesma forma, existem restrições temporais à produção e apresentação da prova no processo sujeitando as partes aos fenômenos da preclusão e da coisa julgada. Nas searas civil e penal tais restrições são mais abrangentes do que no âmbito administrativo.

Não menos importante é o limite imposto pelo princípio do interesse. O referido princípio impede a discussão processual sobre questões que em tese não possam trazer algum tipo de prejuízo à parte. Seria carecedor de interesse processual, por exemplo, o administrado que postulasse a suspensão de uma portaria administrativa que já tivesse seu período de vigência expirado.

⁷ PERELMAN, 1996, p. 585.

⁸ PERELMAN; OLBRECHTS-TYTECA, 2005, p. 74.

⁹ BRASIL, Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973. *Institui o Código de Processo Civil*. Texto legal com as alterações adotadas até 14.05.2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5869compilada.htm>. Acesso em: 14 mai. 2009.

Diante de tais considerações, vislumbra-se que o conceito de verdade processual é muito mais limitado que o conceito de verdade histórica ou científica. Não se busca no processo exaurir os meios disponíveis para alcançar a verdade, porém é igualmente importante um conjunto de regras que limitam essa busca tendo em vista outros fins colimados pelo processo.

4 Verdade formal x verdade material

Consagrou-se na doutrina processual a formulação de dois princípios reitores da busca pela verdade processual: o princípio da verdade formal e o princípio da verdade material, real, ou substancial. Além de disporem sobre a gestão da prova tais princípios são diretrizes gerais na condução do processo.

Num processo regido pelo princípio da verdade formal o julgador está adstrito às provas produzidas e carreadas aos autos pelas partes. Em regra, o julgador não tem iniciativa probatória. Neste sentido, preleciona Bacellar Filho:

No processo regido pela verdade formal, somente os fatos alegados pelas partes e as provas por elas produzidas podem constituir fundamento da decisão judicial. Vigora o princípio da auto-responsabilidade probatória: a condução do processo constitui risco exclusivo das partes, através dos ônus que sobre elas recaem; todos os fatos afirmados por uma parte e não negados pela outra devem ser tidos como verdadeiros pelo juiz.¹⁰

A verdade construída no processo dependerá, então, preponderantemente da atuação das partes. O julgador se mantém numa posição de neutralidade e distante da produção das provas. A ele cabe formar seu convencimento apenas pelas provas carreadas aos autos pelas partes.

Por outro lado, o princípio da verdade material estabelece que o julgador tem o dever de decidir conforme a realidade fática não se vinculando aos argumentos apresentados pelos sujeitos processuais. Deste modo, o referido princípio, confere ao julgador amplos poderes instrutórios, devendo diligenciar-se na busca da verdade por todos os meios admitidos em direito.

¹⁰ BACELAR FILHO, Romeu Felipe. *Princípios Constitucionais do Processo Administrativo Disciplinar*. São Paulo: Max Limonad, 1998.p. 250.

Bandeira de Mello (*apud* Guedes) tem uma noção ampliada do princípio da verdade material, para incluir além do direito de produzir provas, o direito do administrado em “fiscalizar a produção das provas da Administração, isto é, o de estar presente, se necessário, a fim de verificar se efetivamente se efetuaram com correção ou adequação técnica devidas”.¹¹

Pelo exposto, observa-se que a consequência prática da aplicação dos referidos princípios é, basicamente, a atribuição ou não de capacidade instrutória ao órgão julgador. Como no processo administrativo a Administração assume dúplice função tanto como parte interessada como de julgamento da causa, é assente na doutrina pátria que se aplica na seara administrativa o princípio da verdade material ou substancial.

Entretanto, alguns autores têm criticado tal estruturação principiológica. Carnelutti (*apud* Bacellar Filho) adverte “que a finalidade do processo não poderia ser a busca da verdade (seja ela formal ou material), porque a verdade supõe que se possa conhecer todas as outras coisas e nosso conhecimento é limitado e parcial”.¹² O processo buscaria tão somente uma verdade processual, limitada objetivamente pelo sistema normativo processual.

Nesse sentido, discorrendo sobre a importância da noção de verdade no processo penal, Ferrajoli pondera que “a falta de critérios objetivos seguros para afirmar que uma tese judicial é verdadeira torna inservível ou até mesmo desorientado o próprio conceito de verdade processual.”¹³

Na realidade, o julgador ao estar diante de uma dúvida fática no âmbito processual busca estabelecer uma certeza a partir de uma escolha. Em primeiro lugar, o julgador deve se certificar que a hipótese aventada seja plausível ou verossímil. Por este exame, se avalia a possibilidade de ocorrência da alegação no mundo fático ou jurídico.

Admitida a alegação como plausível, passa-se então, a uma análise probalística conforme o conjunto de provas ou motivos afirmativos ou negativos. Segundo Santos, “se existem tão-somente motivos de uma espécie, legitimamente apreciáveis, mostra-se a certeza.”¹⁴ Prossegue o autor alertando que “a certeza e a verdade nem sempre coincidem: por vezes tem-se a certeza do que objetivamente é falso; por vezes duvida-se do que objetivamente é verdade; [...]”¹⁵.

¹¹ GUEDES, Demian. *Processo Administrativo e Democracia: uma reavaliação da presunção de veracidade*. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 118.

¹² BACELLAR FILHO, *op. cit.*, p. 252.

¹³ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 50.

¹⁴ SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova Judiciária no Civil e Comercial*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1983, p. 4.

¹⁵ *Ibid.*, p. 4.

Porém, nem sempre ocorrem apenas motivos de uma espécie o que leva o julgador a um exercício racional de ponderação. Nessa situação, a formação da convicção passa pela rejeição das possibilidades contrárias. Malesta (*apud* Santos) preleciona que “convicto, além de certo, exprime o máximo ponto da persuasão por uma segura visão intelectual, e não pelo impulso cego do espírito.”¹⁶

Portanto, a verdade buscada pelo processo não tem a finalidade de ser absoluta, ou seja, a perfeita correspondência com os fatos, uma vez que seria um objetivo inalcançável. Por outro lado, é perfeitamente admissível que haja o estabelecimento racional de uma verdade processual apta a embasar o convencimento do julgador.

5 Uma breve evolução do conceito de justiça

Em nada adiantaria o esforço racional pela busca da verdade processual se esta vier desacompanhada de um conceito de justiça. A processualidade jurídico-estatal não é um fim em si mesma, mas está inserida em um contexto com substancial interdependência aos valores sociais reinantes.

Não se pode sustentar que o Direito prescinde de uma discussão ética sobre um conceito de justiça. Uma sólida concepção sobre uma teoria dos valores que transcende a própria aplicação normativa é ínsita ao sistema jurídico processual.

Pode-se identificar já na Grécia antiga uma referência ao que hoje se entende por justiça. Segundo Platão, apenas o filósofo, é capaz de conhecer o mundo das idéias, em especial a idéia de justiça. No plano ideal existiria um cosmos com uma ordem universal, harmoniosa e justa, porém inacessível para o homem comum. O plano real seria apenas reflexo imperfeito do que existiria no mundo das idéias, cabendo o filósofo um importante papel pedagógico e político, pois como afirmado, somente ele teria acesso ao plano ideal. O conceito de justiça, então, assume uma forma unívoca, que não deixaria espaço para qualquer crítica nem controvérsia uma vez que derivaria de uma ordem ideal imutável.

A este conceito absoluto de justiça, ainda na Grécia antiga, Aristóteles opôs o ideal de prudência inspirando-se na falibilidade dos conhecimentos humanos. Conforme este importante pensador, quando se trata de ação humana, o sábio não teria como encontrar uma

¹⁶ *Ibid.*, p. 5.

única solução reputada como verdadeira através de juízos eminentemente intuitivos ou mesmo na demonstração incontestável. A justiça é uma construção humana, portanto imperfeita, não podendo impor uma submissão incondicional. Portanto, é normal que haja um controle dos excessos recorrendo-se à equidade ou à misericórdia.

A partir da idade moderna houve o florescimento das idéias contratualistas para o conceito de justiça. Cabe ressaltar o pensamento de Thomas Hobbes que estabeleceu um conceito de justiça a partir da necessária superação de um estado de natureza onde prevaleceria a lei do mais forte, o que, inevitavelmente, conduziria tal sociedade para a sua progressiva aniquilação. Diante desse cenário, o estabelecimento de um estado civil ainda que arbitrariamente pela força é vantajoso para os indivíduos. Tal ordem social perpetrada seria justa uma vez que resultaria em pacificação social.

Pode-se perceber que a teoria hobbesiana para um conceito de justiça se presta mais a uma tentativa de legitimação de uma ordem social vigente do que uma investigação eticamente comprometida deste conceito.

Em contrapartida, os utilitaristas clássicos como Hume, Bentham, Mill e Sidguick, desenvolveram um conceito de justiça que tem como idéia principal a de que a sociedade estaria ordenada de forma correta e, portanto, justa, quando suas instituições mais importantes estivessem planejadas de modo a conseguir o maior saldo líquido de satisfação em conformidade com o interesse geral da maioria de seus membros.

A grande crítica aos utilitaristas que ganhou corpo após a Segunda Guerra Mundial é a questão dos direitos das minorias. O que ficou constatado como, por exemplo, com a perseguição dos judeus pelos nazistas, é que as minorias podem se tornar vítimas de um sistema utilitarista que embora satisfaça o interesse da maioria é brutalmente violento.

Surge, então, na Alemanha do pós-guerra um movimento filosófico que resgata a categoria pessoa humana como um valor em si mesmo e não como simples meio. Esse retorno ao pensamento de Immanuel Kant, denominado por muitos de virada kantiana, veio acompanhada de uma reformulação calcada numa teoria de valores. Supera-se o positivismo clássico que por muito tempo apregoou uma normatividade pura e formalista.

Consagrou-se em denominar todos esses movimentos filosóficos de pós-positivistas nos quais os pontos centrais do debate estariam o papel social do Direito, sua interpretação conforme uma teoria de valores e, principalmente, de uma discussão principiológica precursora de uma teoria de direitos fundamentais.

Destacam-se as contribuições teóricas ético-jurídicas de Perelman, Rawls e Habermas; e na construção de uma teoria dos direitos fundamentais os trabalhos de Alexi, Dworkin e Crisafulli.

Perelman parte da premissa que o justo pode ser deliberado a partir de uma teoria argumentativa racional. O maior representante da escola de Bruxelas descarta a afirmação dos lógicos de que não caberia racionalidade para fundamentar uma teoria dos valores. Identifica seis espécies da noção de justiça aplicáveis relativamente a cada categoria essencial de seres:

1. A cada qual a mesma coisa.
2. A cada qual segundo seus méritos.
3. A cada qual segundo suas obras.
4. A cada qual segundo suas necessidades.
5. A cada qual segundo sua posição.
6. A cada qual segundo o que a lei lhe atribui.¹⁷

Conclui que embora o respeito às leis geraria menores distorções ao sistema, ainda assim permaneceriam antinomias que deveriam ser solucionadas pelo recurso à equidade. Esta seria a “muleta da justiça” formal. Para Perelman a equidade consiste “[...] numa tendência a não tratar de forma por demais desigual os seres que fazem parte de uma mesma categoria essencial.”¹⁸

John Rawls publica em 1971 a obra *A Theory of Justice* consagrando-se como um dos mais importantes pensadores do século XX que se preocuparam em formular um conceito de justiça política. Este autor recupera o pensamento básico do contratualismo, porém o faz numa perspectiva diferente, seriamente comprometido com o pensamento liberal democrático. O grande mérito de Rawls é restringir a abrangência do conceito apenas à estrutura básica da sociedade numa tentativa de superar as dificuldades de compatibilização com a visão de bem de cada indivíduo ou grupo de indivíduos.

Rawls parte de uma indagação instigante: que sociedade formularíamos para viver se não soubéssemos que posição social iríamos nela ocupar?¹⁹ A idéia de estabelecer inicialmente o que o autor chama de posição original em que os indivíduos estariam sob um véu de ignorância tem o objetivo de despir os espíritos de quaisquer interesses pessoais intransponíveis que pudessem influenciar um conceito de justiça. Deste modo, prossegue o

¹⁷ PERELMAN, 1996, p. 9.

¹⁸ *Ibid.*, 1996, p. 36-37.

¹⁹ RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*. Trad. Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 147.

autor, nessa situação as pessoas “devem escolher princípios cujas conseqüências estão preparadas para aceitar, não importando a qual geração pertençam”.²⁰

Percebe-se a evidente preocupação rawlsiana na proteção das minorias, pois os indivíduos na posição original com receio das conseqüências de suas decisões iriam racionalmente estabelecerem um conjunto de direitos e garantias fundamentais invioláveis.

Jürgen Habermas aponta algumas deficiências do pensamento de Rawls sendo uma das mais importantes delas o fato de que o procedimentalismo de Rawls engessaria um eventual conceito de justiça. Habermas adverte que pela forma como foi proposta a formalização do conceito os indivíduos da posição original elaboram de uma vez por todas os princípios que os cidadãos se limitarão a receber e vivenciar, sem que possam reconhecer-se como seus autores ou submetê-los a revisão.²¹

Por outro lado, Habermas propõe que um conceito de justiça está vinculado em grande parte à legitimidade do Direito no seio social. Sugere o abandono da individualidade da razão prática para uma razão comunicativa. Conforme este filósofo a legitimidade do Direito não está no plano metafísico e sim no plano discursivo e procedimental no qual a linguagem supera a dimensão sintática e semântica constituindo o *medium* de integração social, isto é, o mecanismo pelo qual os agentes sociais se interagem e fundamentam racionalmente pretensões de validade discursivas aceitas por todos.

Vislumbra-se que a idéia de justiça para Habermas possui um importante componente dinâmico situando os cidadãos como atores indispensáveis desse processo decisório. Nesse sentido, ainda pondera Habermas, deve-se sempre partir da premissa da falibilidade de um conceito estático de justiça para incentivar a participação democrática na esfera pública englobando os impulsos renovadores oriundos da periferia. Somente assim, conclui, se estaria na direção de oportunizar uma sociedade justa através de uma verdadeira cidadania emancipatória.

Pelo exposto até o momento, constata-se que o esforço do pensamento filosófico recente ao abordar a elaboração de um conceito de justiça recai preponderantemente na limitação ao máximo das arbitrariedades do poder. A sociedade atual não tolera passivamente um sistema de privilégios e discriminações.

²⁰ *Ibid.*, p. 147.

²¹ HABERMAS, Jürgen. Liberalismo político – uma discussão com John Rawls. In: *A inclusão do outro: estudos de teoria política*. Trad. George Sperber, Paulo Astor Soethe e Milton Camargo Mota. 2. ed. São Paulo: Loyola, 2004, p. 63-124

6 As duas principais abordagens do conceito de justiça: deontológica ou teleológica

Kant e Aristóteles representam bem o marco de cada uma dessas escolas teóricas do conceito de justiça. Muitos filósofos por considerarem irreconciliáveis os desígnios de cada uma delas advertem que qualquer teoria sobre um conceito de justiça para não cair numa contradição insuperável deve se ater apenas a um tipo de abordagem.

De acordo com Aristóteles toda ação humana visa algum fim, que o sujeito da ação identifica com o bem. Desta forma, toda ação é teleológica, no sentido que visa algum fim. Entretanto, nem todos os sujeitos identificam o mesmo bem. Partindo dessa premissa, a Ética representaria aquela disciplina que identificaria o bem mais digno de ser buscado a partir de um procedimento de cálculo de vantagens e desvantagens propondo uma certa concepção de justiça como a mais adequada porque apresentaria vantagens maiores e desvantagens menores em relação as outras concepções.²²

Como já destacado anteriormente Aristóteles afirma que quando se trata de ação humana o filósofo não tem como encontrar uma única solução verdadeira. Porém, a razão prática aristotélica calca-se no exercício da prudência no caso concreto. O homem prudente selecionará em cada caso sempre a ação mais racional ao fim de felicidade, procedendo às considerações de prós e contras de cada alternativa.

Por fim, Aristóteles divide o conceito de justiça em distributiva e comutativa, subdividindo esta última em comutativa contratual e penal. A justiça é entendida como uma virtude entre outras, consistindo na disposição de tratar como equidade certas situações de comutação ou de distribuição. Fixa o célere princípio de “tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais” que perdura até hoje.

O filósofo Immanuel Kant diferentemente do pensamento aristotélico propõe uma abordagem deontológica para o conceito de justiça fundamentada na noção de dever. Para Kant o único fim da ação humana é o próprio ser humano que deveria obedecer a uma lei moral independente dos fins de suas ações.²³

Kant sustenta que a versão teleológica do conceito de justiça é sujeita à relativização conceitual que cada um possui sobre as virtudes como riqueza, saúde ou

²² ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Trad. De Pietro Nasseti. Col. A Obra-Prima de Cada Autor. São Paulo: Martin Claret, 2002, I, 1, 1094a, p. 1-3.

²³ KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. Trad. Leopoldo Holzbach. Col. A Obra-Prima de Cada Autor. São Paulo: Martin Claret, 2003, *passim*.

felicidade. Por outro lado, a única coisa que poderá ser considerada inteiramente boa seria uma boa vontade. Tal conceito seria o único que escapa dessa relatividade, pois consiste na obediência ao dever motivada apenas pelo sentido de cumprimento do dever.

Ao formular sua teoria moral, Kant, ordena dois tipos de princípios que modelam a vontade humana. Os imperativos hipotéticos tratam de uma ação sob a condição de que o sujeito pretenda alcançar um certo fim. Se este fim é contingente, como por exemplo, construir uma casa, então o imperativo hipotético representa apenas uma regra técnica para alcançá-lo. Se, por outro lado, o fim é necessário, como a felicidade, que nenhum ser humano pode deixar de querer, então neste caso tem-se um conselho de prudência.

Diferentemente, o imperativo categórico é aquele que ordena a ação humana incondicionalmente, independentemente dos fins que o sujeito tem em vista. Uma teoria moral que pretenda ser universal e necessária só poderia se estruturar na forma de um imperativo categórico.

Kant, então, enuncia os dois principais imperativos categóricos de sua teoria moral: o primeiro agir de modo a converter a sua máxima em uma lei universal e, o segundo, agir de modo a tratar a humanidade como um fim e nunca como um meio. Percebe-se que Kant rompe com a idéia aristotélica de um agente que, para medir a validade moral da ação, só precisa levar em conta os seus próprios fins.

Ao contrário de Aristóteles que identificou a justiça como equidade Kant elabora um conceito universalizante e autônomo. A justiça por ser ligada a um imperativo categórico está acima de qualquer fim ou qualquer bem, pois sempre que um indivíduo estiver diante de uma norma que ele seja capaz de identificar como destinatário e querer como lei universal, ele se encontrará ante uma norma justa.

Ante o exposto, é forçoso reconhecer uma incompatibilidade entre a abordagem deontológica e a teleológica da concepção do bem, condensadas em sua plenitude nos pensamentos de Kant e Aristóteles. O agente teleológico tende a ser egoísta e preocupado apenas com seus próprios fins, enquanto o agente deontológico segue uma exigência moral que considera universal e obrigatória que independe de outra finalidade que não seja a própria obediência à norma.

John Rawls faz uma tentativa de superar essa incompatibilidade acreditando que até mesmo o egoísmo, sob condições de ignorância, escolheria a justiça. Considerou que o auto-interesse sob o véu da ignorância seria confrontado a admitir certos princípios como necessários e universais. Tal postura é criticada por Habermas que vê nessa construção teórica

uma contradição intransponível: como negociar aquelas categorias que para uma teoria moral universal seriam inegociáveis?

Cabe, então, finalmente, ressaltar o alerta dado por Habermas e outros filósofos contemporâneos ao perigo de dar tratamento teleológico a exigências deontológicas. Muitos princípios contêm na verdade exigências morais, como dignidade, igualdade, proporcionalidade, liberdade etc., insusceptíveis de negociação ou ponderação como sugerem, por exemplo, Dworkin e Alexy. Portanto, ao submetê-los a um tratamento teleológico corre-se o risco de se relativizar qualquer exigência moral para um conceito de justiça.

7 A ambivalência do Direito

O Direito apresenta-se para Habermas com um caráter extremamente ambíguo. Se por um lado representa a imposição do mercado capitalista e a organização do poder burocrático, de outro, abre fontes de integração comunicativa por meio, principalmente, dos processos de formação democrática da vontade.²⁴

Conforme Habermas, o Direito não deixa de ser um instrumento colonizante do poder burocrático. Muitas vezes revela seu caráter antidemocrático quando estabelece bloqueios e coerções à liberdade do discurso prezando pela intagibilidade dos costumes estabelecidos refletindo as configurações do poder a que não interessam o livre fluxo de argumentos.

Todavia, as sociedades modernas organizadas em conformidade com o princípio democrático de direito abrem espaço para a possibilidade de tomada de decisões racionais através da necessária procedimentalização deliberativa. O procedimento jurídico-democrático também pressupõe uma série de concessões do poder político, reconhecimento de direitos e garantias fundamentais e a criação de estruturas institucionais que canalizem as opiniões e os questionamentos gerados pela formação da vontade coletiva.

Habermas não adere às idéias conceptivas de qualquer padrão substantivo de sociedade justa ou virtuosa, porém desloca seu interesse para a criação de condições comunicativas necessárias para que os próprios envolvidos possam decidir sobre sua vida livres de coerções. Nesta perspectiva, o direito pode desempenhar um importante papel principalmente em sua face dinâmica ou processual.

²⁴ HABERMAS, Jürgen, *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Trad. F. B. Siebneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v. 2, p. 62.

O processo, a partir de uma visão habermasiana, também reflete essa ambivalência do direito. Um processo predominantemente formal e elitista que manifeste aversão aos impulsos renovadores da sociedade pode se traduzir em mais um mecanismo de dominação, conferindo aparência de legitimidade a um poder espúrio.

Em contrapartida, há uma evidente possibilidade que o processo seja ocupado por fluxos comunicativos provenientes das bases sociais constituindo-se em verdadeiro espaço aberto para uma prática discursiva emancipatória. Através desse canal de discursividade aqueles setores sociais considerados periféricos poderiam por si próprios reivindicar os seus interesses e influenciar o poder institucional que se mostra quase sempre fechado para novas problematizações.

A procedimentalização jurídico-estatal também não poderia, segundo Habermas, custar uma expressiva perda de liberdade e autonomia individual. Nesse sentido, não se pode conceber que o processo seja visto como uma prestação jurisdicional estatal na qual os sujeitos processuais aguardariam um provimento final em relativo estado de inércia.

Portanto, o processo, como parte do direito, pode ter dúplice função numa perspectiva habermasiana. Cabe maximizar sua função discursiva, primando-se pela acessibilidade da linguagem e pelo livre fluxo de argumentos, a fim de que se previna a sua possível feição autoritária e antidemocrática.

8 O processo como meio de cognição e garantia de busca pela justiça

A finalidade jurídica do processo é ser um meio pelo qual os sujeitos envolvidos possam trazer ao julgador o conhecimento dos fatos, alegações e fundamentações. *A priori*, considera-se que um julgador imparcial não deva ter nenhuma informação prévia da natureza da causa a ser decidida.

Conforme Ferrajoli o poder judicial – que numa perspectiva ampliada se pode estender para poder de julgar – se desdobra em quatro tipos, a saber:

[...] o poder de *indicação*, de interpretação ou de verificação jurídica; o poder de *comprovação probatória* ou de verificação fática; o poder de *conotação* ou de compreensão eqüitativa; o poder de *disposição* ou de valoração ético-política.²⁵

O autor italiano chama de poder de cognição à soma dos três primeiros poderes acima enumerados, e não apenas a mera atividade instrutória.

Por mais que a norma seja clara e delimitada o julgador sempre terá uma atividade de verificação jurídica, pois hoje se admite que a interpretação da lei não é exclusivamente reconitiva sempre tendo uma margem para escolha entre hipóteses interpretativas alternativas. O processo democrático-garantista não coaduna com a parêmia latina *in claris cessat interpretatio*.

A cognição envolve, também, principalmente uma atividade instrutória. A análise das provas possibilita a verificação fática das hipóteses aventadas através de um processo indutivo que implica em escolhas a partir de alternativas plausíveis. O processo fornece uma possibilidade concreta de se estabelecer racional e legitimamente uma verdade aproximativa ou processual.

E, por fim, a cognição não é isenta de elementos valorativos uma vez que o julgador, segundo Ferrajoli, “deve discernir as conotações que convertem cada fato em diverso dos demais, por mais que pertençam ao mesmo gênero jurídico.”²⁶ Ao realizar essa operação conotativa o julgador nem sempre encontra soluções pré-normatizadas, devendo, em grande parte, recorrer à equidade.

A partir dessa lição de Ferrajoli que originalmente teve como substrato o processo penal, mas que pode ser estendida ao processo de maneira geral, observa-se a complexidade da atividade cognitiva.

Se por um lado a atividade cognitiva oferece uma possibilidade de se construir uma verdade processual retoricamente justificável na linha proposta por Chaïm Perelman, por outro, o processo deve ter em foco um ideal de justiça. Não se pode conceber que a racionalidade humana seja incapaz de conciliar interesses ou superar divergências com a finalidade de se buscar uma decisão justa.

O processo nas situações em que se faz necessário, por si só, é incapaz de assegurar ou garantir a justiça, uma vez que um resultado incontestável é impossível. A

²⁵ FERRAJOLI, 2006, p. 42.

²⁶ *Ibid.*, p. 43.

justiça, por outro lado, deve ser uma meta, um objetivo a ser perseguido e, o processo, deve garantir que essa busca se realize da forma mais plena possível.

Conclusão

A atividade processual é, indubitavelmente, uma das exteriorizações do direito mais sensível aos conceitos de verdade e justiça. Deste modo, é absolutamente temerário relegar ao irracionalismo a definição do que seria justo ou verdadeiro.

Como visto, pensadores de grande envergadura intelectual como Perelman e Habermas empenharam-se em consolidar uma teoria crítica racional aplicável às deliberações jurídicas no âmbito de um Estado Democrático de Direito.

Particularmente, Perelman oferece uma construção teórica contundente para a superação do dogma cartesiano segundo o qual não caberia razão aos saberes humanos que não se fundamentem em idéias claras, distintas e incontestes. A doutrina perelmaniana, pelo contrário, pugna pela ampliação do campo de incidência da racionalidade humana englobando qualquer deliberação que possa ser sustentada numa verdade apenas retoricamente justificável.

John Rawls empregou substancial esforço na elaboração de um conceito de justiça. O grande mérito da teoria de Rawls é restringir o campo de atuação do conceito para a estrutura essencial da sociedade numa tentativa conciliatória com os interesses individuais. A partir dessa teoria pode-se fazer a seguinte indagação: Que verdade e que justiça processual seriam deliberadas previamente por sujeitos que não soubessem sua futura posição no processo?

Em contrapartida, Habermas destaca-se dos demais por criticar qualquer conceituação teórica pré-concebida e por valorizar a participação discursiva e dialética dos indivíduos nos processos decisórios da sociedade. O cidadão, conforme Habermas, não pode ficar alheio aos assuntos de relevância social. Neste contexto, o Direito pode ter um papel ambivalente: se por um lado é um novo canal de inclusividade social; por outro, pode representar a rigidez do sistema estabelecido. Assim, um processo justo deve maximizar essa postura democrática evitando os decisionismos solitários.

Portanto, chega-se ao século XXI com um panorama político e uma herança intelectual que definitivamente não se coaduna com um Direito irracional. O uso da razão

humana não se restringe à lógica, mas deve ser ampliado ao campo do Direito e da processualidade jurídica.

Referências

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Trad. De Pietro Nasseti. Col. A Obra-Prima de Cada Autor. São Paulo: Martin Claret, 2002.

BACELAR FILHO, Romeu Felipe. *Princípios Constitucionais do Processo Administrativo Disciplinar*. São Paulo: Max Limonad, 1998.

BRASIL, Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973. *Institui o Código de Processo Civil*. Texto legal com as alterações adotadas até 14.05.2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5869compilada.htm>. Acesso em: 14 mai. 2009.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método II: complementos e índice*. Trad. Ênio Paulo Giachini. Petrópolis: Vozes, 2002.

GUEDES, Demian. *Processo Administrativo e Democracia: uma reavaliação da presunção de veracidade*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

HABERMAS, Jürgen, *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Trad. F. B. Siebneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v. 2.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. Trad. Leopoldo Holzbach. Col. A Obra-Prima de Cada Autor. São Paulo: Martin Claret, 2003.

PERELMAN, Chaïm. *Ética e Direito*. Trad. Maria Ermantina Galvão G. Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

PERELMAN, C.; OLBRECHTS-TYTECA, L. *Tratado da argumentação: a nova retórica*. Trad. Maria Ermantina Galvão G. Pereira. Prefácio de Fábio Ulhoa Coelho. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*. Trad. Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova Judiciária no Civil e Comercial*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1983.