

O Positivismo Jurídico

E A Importância Da Dialética E Da Retórica Para A Formação Do Discurso Jurídico

Ms. Priscilla Santana Silva

Resumo:

O presente artigo tem por objetivo analisar a obra de Thomas Hobbes, numa perspectiva do direito positivo à luz do discurso jurígeno produzido pelos tribunais brasileiros. Justifica-se diante da temática que envolve a razão de ser do jusnaturalismo e do juspositivismo conforme considerações históricas relevantes que os norteiam. A problematização dá-se em torno da formação do Estado, como ente político, e acabado, questionado-se, por isso, quais as características que envolvem tal formação dentro do contexto em que se deu e marcou sua legitimidade como ente que tem por pressuposto uma sociedade politicamente organizada. A metodologia adotada foi a de compilação de autores que fazem referência e consideração da formação do Estado Moderno, dentro da contextualização de cada um deles, comparando-se as idéias dos mesmos para se vislumbrar o positivismo de Thomas Hobbes, em sua obra, *Leviatã*.

PALAVRAS-CHAVE:

Retórica, Discurso Jurídico, Thomas Hobbes.

A análise em torno do tema parte da conceituação e importância do que vem a ser o direito, e como vislumbrá-lo sob a perspectiva de um raciocínio jurídico, que tenha por premissa argumentações baseadas em exemplos e analogias. Assim, a proposta temática enfoca a importância do estudo da dialética e da retórica, diante da sociedade contemporânea, em que traz como traço da pós-modernidade, “a convivência paradigmática, em vez de supressão de paradigmas” (ALVES JÚNIOR, 2009, p.01).

Nesse sentido, mister se faz esclarecer as nuances que envolvem o entendimento do que seja direito positivo e natural. Fato é que o Brasil adota o sistema positivista no tocante à produção de seu Ordenamento Jurídico. Logo, há regras de direito a serem observadas, quando óbvias, tendo por ponto de partida a legislação, que levaria a um sistema de direito, culminando-se numa dogmática jurídica – nessa lógica, ter-se-ia um silogismo jurídico, no qual a regra do direito seria isenta de toda ambigüidade – o que leva a univocidade dos signos, considerando-se para esse raciocínio, em específico, o silogismo analítico, através do qual a passagem da premissa à conclusão passa a ser obrigatória (PERELMAN, 2004, p. 33).

Porém, esse raciocínio, predominante para a então denominada Escola da Exegese, que teve seu início com a promulgação do Código Civil Napoleônico, não é mais o que vige em nossos tribunais, quiçá em outras legislações estrangeiras, em face da pós-modernidade, sobretudo quando a questão se dá em torno da aplicação da norma no caso de lacunas. Daí a importância da linguagem no discurso jurídico, vez que esta, num sistema axiomático formalizado, é artificial, elaborada em lógica formal, exigindo, por isso, univocidade de signos – refletindo num sistema completo – porém, essa não é a nossa realidade. Pois, segundo Chaim Perelman (2004, p.34):

Se o sistema é completo, deveríamos ter condições de demonstrar cada proposição formulada na linguagem ou de demonstrar sua negação. A univocidade dos signos e das regras de demonstração garante a eliminação de qualquer desacordo ou controvérsia concernente à sua interpretação.

Na atual conjectura em que vivemos, houve modificação dessa ideologia jurídica: estamos prestes a abandonar a idéia de que o direito se limita à lei escrita – encontramos na 3ª fase da evolução do pensamento jurídico posterior ao Código de Napoleão (PERELMAN, 2004, p.88). E, nessa fase, o embate em torno do tema se dá quando das lacunas da lei, requerendo a hermenêutica para a aplicação do direito, facultando, por isso, ao juiz a elaboração de normas. Então, outro problema ainda maior é levantado: Como evitar a arbitrariedade do juiz nessa aplicação, que se dá através da interpretação?

Para Chaim Perelman (2004, p.63), o juiz deverá se inspirar no espírito do direito – seria uma volta ao jusnaturalismo, dependendo da ótica em que se vislumbra a questão; já para Luís Carlos Martins Alves Júnior (2009, p.4-8), o juiz deverá ser imparcial, agindo com ciência, consciência e experiência, não obstante jamais ser neutro, já que no ato de atribuir sentido à norma, ele carrega toda a sua visão de mundo, logo tem os seus paradigmas. E, ainda, reforça o autor, que essa subjetividade do juiz, no ato da decisão judicial, é relativa, uma vez que este ato não é solitário, mas construído por todos os interessados envolvidos na solução da controvérsia, encontrando também limites nas “palavras” da Lei e nos controles exercidos pelas partes; Ronald Dworkin (2007, p.253) coloca que o juiz deve agir com integridade, respeitando-se o que o referido autor apresenta como “romance em cadeia”, pois o juiz ao decidir, apenas “escreve o final da história”; história essa que nos precede, dando critérios principiológicos e morais para que o juiz decida; e ainda, em resposta a essa indagação, mister se faz discorrer o posicionamento de Pierre Bourdieu (1992, p.9), já que para ele o Direito é a manifestação do que ele chama de poder simbólico – “poder de construção da realidade que tende a estabelecer uma ordem gnoseológica: o sentido imediato do mundo”. Trata-se de um sistema simbólico, como instrumento de conhecimento e de comunicação, só podendo exercer um poder estruturante porque é estruturado.

Diante de tal raciocínio, Chaim Perelman sugere, por fim, a volta da concepção aristotélica que, ao lado das leis especiais, afirma a existência de um direito geral – “todos esses princípios não escritos que se supões ser reconhecidos em toda a parte”. (2004, p.103)

Ademais, há de se reforçar, como instrumento norteador da integração da aplicação do direito a um caso concreto, a importância das provas no que pertine aos fatos que delas necessitam, quais sejam, os pertinentes, uma vez que não são notórios nem inconteste e dos quais depende a solução dos processos. Nesse ponto, tem-se constatada a especificidade do raciocínio jurídico, haja vista que o juiz deve se utilizar da técnica da averiguação, já que a ele não é autorizado declarar um fato como consistente apenas por ter-lhe adquirido pessoalmente, fora do processo. Daí é que deriva a necessária imparcialidade e impessoalidade do juiz quando do julgamento de um caso sob sua responsabilidade.

Por todo exposto, tal raciocínio defendido pelo citado autor parte da premissa de que estamos prestes a abandonar a idéia de que o direito se limita à lei escrita, como outrora se justificava a razão de ser do direito positivo. Encontramo-nos, então, na terceira fase da evolução do pensamento jurídico posterior ao Código de Napoleão – o que nos remete à realidade de que os tribunais, em específico, os brasileiros, estão reinterpretando os textos jurídicos, haja vista que não mais adotam uma ideologia positivista e legalista do direito. Porém há de se ressaltar que tal fato não significa, a priori, o renascimento do direito natural – de uma jurisprudência universal, como bem explica o autor, já que tal direito, sob o enfoque racionalista, acreditava poder formular princípios unívocos de alcance universal, e o que não é o caso, por isso da defesa do autor de um discurso jurídico à luz dos raciocínios dialéticos e retóricos. Em contrapartida, até poderia, sim, considerar-se tal renascimento caso fosse adotada uma postura de rejeição da concepção positivista e legalista – estatizante. Não obstante consagrar-se uma nova fase do pensamento jurídico, fato é que não se pode menosprezar a segurança jurídica, devendo-se, para tanto, evitar a subjetividade e a arbitrariedade do juiz, já que, a incerteza e instabilidade das soluções positivas gerariam uma anarquia jurídica, segundo a qual, no momento em que se deixasse o poder de formular regras abstratas descer da esfera intangível, na qual o abrigava a plenitude soberana da lei, para o domínio versátil do juízo individual, expomo-nos-ia a uma desconcertante flutuação das decisões de direito.(2004, p. 97)

Essa é a problemática que norteia o presente artigo - a questão que envolve a interpretação feita, em específico, do Supremo Tribunal Federal; se tem esta sido convincente, ou não, e se por tal razão, tem garantido a segurança jurídica, razão maior da aplicação do direito, da norma e das leis, para então, auferir-se valor de subjetividade ou arbitrariedade à determinado julgado, quando, para apenas satisfazer anseios populares, tem-se praticado o proativismo judicial, muito além da competência do domínio, quiçá, especulativo da “massa social” que leva à decisões conflitantes.

A proposta, então, volta-se para “o saber” produzir discursos – como “o saber” raciocinar problemas complexos e produzir soluções – função esta do jurista, não obstante ser a proposta do presente trabalho, a produção de pesquisa científica do tema, que não tem por objeto criar uma solução (que é técnica) para um “possível” problema que envolve o discurso jurídico, quando da decisão judicial, mas sim, avaliar, questionar e criticar o discurso judiciário pátrio em que se funda tal decisão. Logo, não se pretende avaliar se uma decisão, em estudo, foi certa ou errada, mas sim, se adequada ao raciocínio produzido – sendo esse o objeto da pesquisa científica que se propõe. Para tanto, busca-se sair da especulação da escolástica e entrar na concretude – especular sobre fatos concretos, buscando-se aprimorar o conhecimento que se tem acerca do que é o direito, segundo nosso ordenamento jurídico.

Ante as considerações levantadas, importante se faz esclarecer as condicionantes que incumbiram ao Direito o legado de juspositivista ou jusnaturalista. Daí a importância de se comentar, a seguir, através de resenha, as obras *Leviatã*, de Thomas Hobbes, e a *Questão Judaica*, de Karl Marx, que norteiam a questão envolta sob o discurso jurídico produzido nos tribunais brasileiros, para melhor compreensão da questão planteada.

Thomas Hobbes era inglês, filho de família pobre que, graças à ligação que passou a ter com a família Cavendish, sofreu significativa influência em seu desenvolvimento intelectual. Já aos 14 anos, fora estudar em Oxford, onde recebeu os alicerces para a construção de sua formação cognitiva.

Considerado como o último renascentista, influenciado pela realidade sócio-política de sua época, sobretudo no que tange à Revolução Inglesa, Hobbes escreve *Leviatã*, em 1651, com ideais de uma ciência política, focada na figura do Estado, absoluto, através do qual ter-se-ia garantida a paz entre os homens.

A visão de Hobbes, de política como ciência, tem como diretriz o pensamento não empírico, que adota, já que como matemático

o que era, utiliza-se de dedução, não dependente da experiência para a configuração da verdade. É nessa linha de raciocínio que passa a conceber critérios para o alcance da paz, e mesmo da justiça, pois parte da concepção de que o homem, em sua natureza, é ruim, no sentido de ser ganancioso, avarento, egoísta, sendo que, por isso mesmo, busca na figura do Estado, a garantia para se viver em sociedade, através da paz que é o resultado da cessação do estado de guerra, este inerente à condição do homem natural.

Nessa perspectiva de raciocínio, Hobbes elabora uma verdade para a ciência política que se constrói em sua época. Avalia, assim, em *Leviatã*, que no estado natural, o homem é tido como animal, sendo todos os homens livres e iguais para fazer o que fossem capazes de impor pela força. Porém, os fatores externos marcam a desigualdade entre os mesmos, levando-os a uma guerra constante, de uns contra os outros em busca de poder, riqueza, o que deduz o autor: “cada homem é um lobo para o seu próximo”. Logo, por essa razão, há uma tendência de que o próprio homem se destrua, havendo, por isso, a necessidade de organizar através de um acordo entre os membros, que garanta a preservação da sociedade, pela paz, impedindo, assim, com a natureza degradante do ser humano, a sua própria destruição.

Surge, então, por esse interesse de se viabilizar a vida em sociedade, um contrato com o propósito de se criar um Estado, encarregado de evitar a guerra e proteger os cidadãos dos ataques externos.

Em comentário a esta obra de Hobbes, Chaim Perelman (2004, p.18) avalia que esse Estado, por sua vez, policial, haja vista que controla pelo terror, reflete um contrato social de sujeição, já que há glorificação do poder absoluto do soberano, que nos limites do seu território, sua onipotência não dá margem a abusos. Logo, é este Estado que decide o justo e o injusto, mas desde que no interesse dos súditos, pois caso atente, sem razão, contra a vida dos súditos, perde a razão de ser do pacto social. Nesse contexto, esse Deus terrestre – Estado – criado pela vontade dos homens, traduz-se num ser sobre-humano – *Leviatã* – em cuja onipotência, através da vontade do Soberano, nasce o direito e a justiça. Assim, o direito passa a ser a manifestação da vontade do soberano, e não a expressão da razão. Logo, nessa visão, Hobbes adota uma postura positivista, já que em sua obra, *Leviatã*, é apenas com a criação do Estado que se tem o direito e a justiça, que através do pacto social, visando ao homem proteção de suas próprias mazelas, este renuncia a sua “liberdade” natural e aceita submeter-se às leis estabelecidas pelo Soberano, que passa a dispor de um poder quase absoluto, por isso, “poderá elaborar suas leis como bem lhe parecer.” (2004, p.19)

Vale transcrever o que o referido autor afirma acerca de ser a obra, *Leviatã*, positivista:

É somente graças ao direito positivo, que determina os direitos e as obrigações de cada um, que a idéia de justiça adquire um sentido preciso. Antes do estado de sociedade a idéia de justiça não tinha conteúdo, pois no estado de natureza cada um era livre para fazer o que fosse capaz de impor pela força. Somente com a criação do Estado é que nasce o direito, e a justiça pode ser definida como conformidade à vontade do Soberano, tal como manifestou nas leis e nos regulamentos. (2004, p.19-20)

Tem-se, pelo exposto, que a influência de Hobbes para o pensamento da política como ciência, e também para a construção do racionalismo jurídico foi de suma importância. O ideal de direito que se vislumbrava em sua época, era o construído através da concepção jusnaturalista, de um direito natural, fundado num sistema puramente racional. Em nome da lógica, de uma ciência, propuseram-se técnicas para a construção de um direito que visasse, sempre, à verdade – daí o direito natural. A verdade, assim, estaria na definição das virtudes, para depois, por dedução, aplicar-se a cada caso por silogismo, sendo a conclusão, por isso, coercível. Nessa lógica, as premissas da ciência do justo, como princípios de uma jurisprudência universal, traduziam-se no direito natural, aplicável a todos os casos. Daí a influência da ideologia racionalista vigente à época, de inspiração matemática. Hobbes, com *Leviatã*, rompe com o paradigma da concepção desse direito, para uma visão não mais jusnaturalista, mas positivista, quicé ultrapositivista. Para o referido autor, mesmo que ainda num pensamento racionalista, é com a criação do Estado, Soberano, que nasce o direito e a justiça, sendo as leis elaboradas pelo mesmo, já que “o interesse do Soberano coincide com os dos súditos, as leis deverão zelar pela proteção da vida e dos bens de todos os habitantes do Estado.” (PERELMAN, 2004, p.19).

Antes do Estado Social, o que se tem não é o direito, que visa impor limites para se viver em coletividade, mas sim, o estado da natureza, que se traduz no caos, logo, para Hobbes, segundo sua obra, *Leviatã*, esse estado não poderia conter as premissas do direito e da justiça, fundamentos da concepção jusnaturalista, pois sendo os homens livres, podem tudo, e por isso, não

têm nada; não há por isso, de se perquirir o direito. Ao contrário dessa posição, reitera-se, os jusnaturalistas defendiam que o ser humano gozava de um direito natural, numa visão singular do indivíduo, já que este pode reivindicar seus direitos independentes de positivação, pois inerentes à própria condição humana.

A idéia de um direito natural, de um sistema de justiça válido sempre e em toda parte, fora formulada muito tempo antes nesta célebre página de Cícero: “Existe uma lei verdadeira, razão reta conforme à natureza, presente em todos, imutável, eterna; por seus mandamentos chama o homem ao bem e por suas interdições desvia-o do mal; quer ordene, quer proíba, ela não se dirige em vão aos homens de bem, mas nenhuma influência exerce sobre os maus. Não é permitido invalidá-la por meio de outras leis, nem derogar uma só de seus preceitos; é impossível ab-rogá-la por inteiro. Nem o senado nem o povo podem liberar-nos dela, tampouco é preciso buscar fora de nós quem a explique e a interprete. Ela não será diferente em Roma ou em Atenas, e não será, no futuro, diferente do que é hoje, mas uma única lei, eterna e inalterável, regerá todos os povos, em todas as épocas; um só deus é, com efeito, como que o mestre e o chefe de todos. É ele o autor dessa lei, quem a promulgou e a sanciona. Aquele que não a obedece foge de si mesmo, renegando sua natureza humana, e prepara para si os maiores castigos, mesmo se consegue escapar aos outros suplícios (os dos homens)” (PERELMAN, 2004, p.16).

Logo, diante dessa visão, vigente à época, de um direito ideal, os teóricos racionalistas dos séculos XVII e XVIII, que queriam elaborar um sistema de direito justo, fundado em princípios racionais, e que deveria ser ensinado nas Faculdades de Direito - para que a quem coubesse elaborar e promulgar leis positivas, pudessem se afastar o menos possível do modelo ideal, outrora ensinado - pouco se importavam com o direito positivo, que para eles: “não passava de uma imitação imperfeita do direito ideal e que, como a sombra do Justo, na caverna de Platão, só podia ser uma pálida e imperfeita imitação da idéias da própria Justiça.” (PERELMAN, 2004, p.17).

Não obstante a idéia de direito natural, Hobbes rompe com esse paradigma, ao afirmar, em *Leviatã*, que o homem, ao contrário do que ensinava o jusnaturalismo, em sua natureza, vivia em constante estado de guerra, já que “o direito que reina na natureza, não é mais do que a lei da selva onde a luta pela vida é permanente”(PERELMAN, 2004, p.18).

Com essa postura positivista do direito, pode-se inferir que Hobbes influencia, até mesmo, a própria concepção de direitos humanos, que ante o exposto, pelo raciocínio jusnaturalista, seriam da própria natureza humana; porém, com o paradigma positivista, os direitos humanos não mais se fundamentariam na natureza humana, mas sim, para reivindicá-los, seria necessário reclamá-los a uma instância superior.

Sobre esse aspecto vale tecer comentários acerca da obra *A Questão Judaica* de Karl Marx, em que o referido autor faz críticas a Bruno Bauer, pois que este, ao questionar a aspiração dos judeus alemães a uma emancipação, em 1843, se política ou se civil, incorre em contradições, já que não apresenta o problema para este nível. “Formula perguntas que não envolvem seu problema e resolve outros que deixam sua pergunta sem contestação” (2005, p.17). Acerca do tema em debate, discorre Karl Marx que: “Não se trata de investigar, apenas, quem há de emancipar e quem deve ser emancipado. A crítica tem que indagar-se, além disso, outra coisa: de que espécie de emancipação se trata; quais as condições implícitas da emancipação que se postula” (2005, p. 17).

Nessa lógica de raciocínio, para Karl Marx, Bauer “não investiga a relação entre a emancipação política e a emancipação humana” (2005, p. 18). A partir desse entendimento, o referido autor primeiro contextualiza a realidade dos judeus no Estado, em específico, alemão, que segundo ele, por professar uma fé – a cristã – o Estado passou-se a conduzir-se de modo teológico, e não secular, como o deveria. Em sendo assim, a Alemanha da época não seria, ainda, um Estado Político plenamente desenvolvido. “E, nesse ponto, onde a questão de ser teológica, deixa a crítica de Bauer de ser crítica.” (2005, p.19).

Logo, o tema explorado pelo autor, no que pertine à questão judaica, dá-se em torno da emancipação política acabada de um Estado em face, no caso, da religião. “O problema das relações da emancipação política com a religião converte-se no problema das relações da emancipação política com a emancipação humana” (2005, p. 20). É nesse aspecto que o autor passa a desenvolver sua tese de que o Estado político acabado é a plenitude da condição humana, pois nele não há contradições, já que traz em si normas, leis que visam generalizar, logo, igualar a todos os homens. Diferentemente da sociedade civil, na qual se enquadra a religião, que segundo o autor é um direito humano, esta sociedade é profana, egoísta; é nela que se dão as relações privadas, do homem religioso, do comerciante, do trabalhador, do latifundiário, do indivíduo, e de seus direitos como homem, em contraposição ao cidadão, ser genérico: “membro imaginário de uma soberania imaginária, acha-se despojado de sua vida individual real e dotado de uma generalidade irreal” (2005, p. 23). Ensina o referido autor que:

Onde o Estado político já atingiu seu verdadeiro desenvolvimento, o homem leva, não só no plano do pensamento, da consciência, mas também no plano da realidade, da vida, uma dupla vida: uma celestial e outra terrena, a vida na comunidade política, na qual ele se considera um ser coletivo, e a vida na sociedade civil, em que atua como particular, considera outros homens como meios, degrada-se a si próprio como meio e converte-se em juguete de poderes estranhos. O Estado político conduz-se em relação a sociedade civil de modo tão espiritualista como o céu em relação a terra. (...) O homem, em sua realidade imediata, na sociedade civil, é um ser profano. Aqui, onde passa ante si mesmo e frente aos outros por um indivíduo real, é uma manifestação carente de verdade (2005, p. 23).

E, é nessa antítese que se trava a questão dos direitos do homem e do cidadão, já que há um dualismo entre a vida

individual – que requer os direitos do homem, e a vida genérica, que se eleva aos direitos do cidadão.

A idéia dos direitos humanos só foi descoberta no século passado. Não é uma idéia inata ao homem, mas este a conquistou na luta contra as tradições históricas em que o homem antes se educara. Os direitos humanos não são, por conseguinte, uma dádiva da natureza, um presente da história, mas fruto da luta contra o acaso do nascimento, contra os privilégios que a história, até então, vinha transmitindo hereditariamente de geração em geração. (2005, p. 32)

Logo, para Karl Marx, os direitos do homem são inerente aos membros da sociedade, egoísta, separados da comunidade, já que, ao resguardarem o direito ao culto, aos direitos naturais, inalienáveis, como os de consciência, igualdade, liberdade, segurança e propriedade, reconhece-se a necessidade do Estado em legitimar esses direitos e normatizá-los, porquanto, pela natureza humana, acabam sendo violados. Ao exemplificar o direito à liberdade, o referido autor ensina que:

A liberdade, por conseguinte, é o direito de fazer e empreender tudo aquilo que na prejudique os outros. O limite dentro do qual todo homem pode mover-se inocuamente em direção a outro é determinado pela lei, assim como as estacas marcam o limite ou alinha divisória entre duas terras(...). Todavia, o direito do homem à liberdade não se baseia na união do homem com o homem, mas, pelo contrário, na separação do homem em relação a seu semelhante. A liberdade é o direito a si mesmo. A aplicação prática do direito humano da liberdade é o direito humano à propriedade privada. (2005, p.35)

Assim, para Karl Marx, a questão judaica, como religião, não é importante, mas sim, a questão da emancipação humana. O que está “em jogo” é a construção da sociedade burguesa e, por conseguinte, do Estado fundado que lhe dá as diretrizes, argumento que se coaduna com a concepção positivista de Thomas Hobbes, pois uma das razões de ser das leis (no plano ideal do Estado) é a de que existe uma sociedade em conflito constante, por ser egoísta, por isso ser essa sociedade, civil, profana, e o Estado, legitimado, desde que politicamente acabado, o ideal e supremo, através do qual, todos se tornam iguais. E é nesse último sentido que se desenvolvem os direitos do cidadão. Logo, Karl Marx, dentro de sua realidade histórica e contexto em que se desenvolveu a obra em comento, reafirma a importância e finalidade do Estado, no mesmo propósito que o fez Thomas Hobbes, em *Leviatã*, obviamente, sem desconsiderar o contexto e realidade em que este último autor desenvolveu sua obra. Ambos os autores concordam com a questão da natureza humana – passível de direitos humanos, que lhe regularizem sua condição inerente de ganância e egoísmo, como indivíduos e que através do Estado, positivador de normas, eleva essa condição humana à de cidadão, numa plenitude de convivência com o outro, em coletividade.

O homem egoísta é o resultado passivo, simplesmente encontrado da sociedade dissolvida, objeto de certeza imediata e, portanto, objeto natural. A revolução política dissolve a vida burguesa em suas partes integrantes sem revolucionar estas partes nem submetê-las à crítica. Conduz-se, em relação a sociedade burguesa, ao mundo das necessidades, do trabalho, dos interesses particulares, do direito privado, como se estivesse frente à base de sua existência, diante de uma premissa que já não é possível fundamentar e, portanto, como frente à sua base natural. Finalmente, o homem enquanto membro da sociedade burguesa, é considerado como o verdadeiro homem, como *homme* (humano), distinto do *citoyen* (cidadão) por se tratar do homem em sua existência sensível e individual imediata, ao passo que o homem político é apenas o homem abstrato, artificial, alegórico, moral. O homem real só é reconhecido sob a forma de indivíduo egoísta; e o homem verdadeiro, somente sob a forma do *citoyen* (cidadão) abstrato. (MARX, 2005, p.41-42)

Por fim, merece ainda esclarecer que no tocante à realidade pela qual se visualizou a condição do Estado, como ser supremo, organizador e garantidor da ordem social, Thomas Hobbes, em *Leviatã*, limitou-se em discorrer acerca da legitimidade do Estado, em sê-lo, como razão da própria existência da sociedade; já Karl Marx, em *A Questão Judaica*, aprofundou a dimensão das considerações desse Estado, como um ente “celestial”, desde que não passasse a se ater a questões privadas, particulares, profanas, que o são na condição da sociedade civil; logo, o Estado apenas constitui-se como generalidade, se político e acabado, como “realidade moral” do espírito, e por conseguinte, só assim, possibilitaria vislumbrar-se em cidadania humana.

Ainda numa análise, pormenorizada e reiterada de todo o exposto, tem-se no estado natural, que para Hobbes é o homem como animal, no qual não há em que se falar em humanidade, apenas “seres humanos”, livres, sem limites, individualistas para o que desejarem, e o que desejam, por princípio, é ruim, já que em sua natureza são egoístas, avarentos, gananciosos. Entretanto, com a criação do Estado Social, integra-se ao mesmo a noção de “coletividade”, de “conviver”; sob essa perspectiva o homem torna-se humano, cidadão, já que precisa respeitar limites, regulados pela lei, para tornar-se parte, não de si mesmo, mas de um todo, da “humanidade”, daí a razão de ser dos direitos do homem – indivíduo, e do cidadão – ser social. E é nessa lógica de raciocínio que se desenvolve o positivismo de Hobbes.

Assim sendo, o Direito, nessa concepção positivista, firma-se como regra de conduta, através do uso da linguagem e atribuição que dá àquilo que é valorado como justo, legal e verdadeiro, sendo legitimado quando aceito socialmente, vez que ignorado (desconhecido) seu poder, inclusive de atribuição à linguagem. Logo, a verdade produzida no Direito é um conceito útil, e essa verdade é modificada e adequada à coisa, quando colocada em questão. Porém a problemática que se dá em torno do tema é como essa “verdade jurídica” se constrói, quando necessita da interpretação para a atribuição de uma decisão, já que o caso não se encontra subsumido à lei, como se presume o dever ser num sistema juspositivista. Entretanto, há um sistema judiciário, não arbitrário, racional e estruturado, porém limitado. Acresce-se a esse entendimento o que Pierre Bourdieu (1992, p.212) coloca como sendo campo jurídico – “lugar de concorrência pelo monopólio do direito de dizer o direito” – onde a concorrência do monopólio

do acesso aos meios jurídicos contribui para fundamentar a cisão social entre os profanos e os profissionais. Enfoca, ainda, que o conteúdo prático da lei que se revela no veredicto é o resultado de uma luta simbólica entre profissionais dotados de competências técnicas e sociais desiguais capazes de mobilizar, embora de modo desigual, os meios ou recursos jurídicos.

Logo, visa o direito à solução da lide, e para tanto, tem por função buscar, antes de tudo, a paz social e, por conseguinte, a justiça – por isso da necessidade de se pactuar para se produzir “essa verdade”.

Assim, mister se faz ainda conceituar o que é o Direito, numa visão eurística do mesmo, vez que produz e interfere na realidade. Saber bem o direito é saber predicar, aplicar (não só na prática, como na sua utilidade) é ter a capacidade de ponderar, de ter coerência – sendo o conceito desta “aplicado à apreciação da plausibilidade do discurso de fundamentação da decisão, e que permite a verificação da racionalidade do discurso” (FREITAS FILHO, 2007, p. 44).

Não obstante a toda essa reflexão sobre o tema, vale ressaltar que é preferível seguir a lei, até por uma questão de democracia, uma vez que esta tem uma finalidade moral e ética, que atenda ao coletivo, sendo por isso, indispensável avaliar o contexto para a sua aplicabilidade. Daí a importância da técnica de averiguação, que dá ao raciocínio jurídico sua especificidade – o juiz “não é autorizado a declarar um fato como consistente apenas pelo fato de lhe ter adquirido pessoalmente, fora do processo, o conhecimento positivo” (PERELMAN, 2004, p.45). E, ainda, a descrição dos fatos leva à passagem da qualificação jurídica, segundo o mesmo autor, que pode ser óbvia: “dependendo da determinação de um conceito – resultante de uma apreciação ou de uma definição prévia” (2004, p. 47). Essa é a razão de ser da importância da Dialética e da Retórica no Raciocínio Jurídico para a formação do Discurso Jurídico, que serve para guiar a ação, fornecendo as justificativas do direito conformes ao interesse público e a moral dominante.

Bibliografia

ALVES JÚNIOR, Luís Carlos Martins. *A Interpretação Judicial dos Direitos Fundamentais*. (texto de fala proferida em palestra comemorativa dos 50 anos da Associação dos Magistrados Piauienses – AMAPI, evento ocorrido no auditório do Tribunal de

Justiça do Estado do Piauí, na cidade de Teresina em 07.03.2009).

BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. Lisboa: Difel, 1989.

DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

FREITAS FILHO, Roberto. *Crise do Direito e Jus Positivismo*. Brasília: Brasília Jurídica, 2009.

HOBBS, Thomas. *Leviatã*. São Paulo: Abril Cultural, 1974.

MARX, Karl. *A questão judaica*. 5ª São Paulo: Centauro, 2005.

PERELMAN, CHAIM. *Lógica Jurídica: nova retórica*. 2ª São Paulo: Martins Fontes, 2004.