A TEORIA DA DECISÃO NO DIREITO SOB A ÓTICA DA PRÁTICA DISCURSIVA JURÍDICA.

Ana Augusta Rodrigues Westin Ebaïd, Rachel Lopes Queiroz Chacur

Universidade do Oeste Paulista – UNOESTE. Curso de Direito, Presidente Prudente – SP.

RESUMO

É característica marcante no meio daqueles que desempenham atividades jurídicas, o Ato de Decisão. Nas sociedades contemporâneas o estudo do ato de decidir exige uma maior adequação para se deparar com as questões da modernidade. Neste trabalho, buscar-se á a análise dos contornos teóricos da Teoria da Decisão, sob uma perspectiva da prática discursiva jurídica. Deste modo, nosso objetivo com este estudo é encontrar uma definição para o que podemos chamar de decisão e também analisar os instrumentos conceituais tradicionalmente usados pelos juristas para finalmente mostrar os últimos estudos realizados, com a questão da teoria da decisão jurídica. Parece-nos interessante examinar o problema do fenômeno da positivação do direito aliado ao agrupamento das normas em um conjunto normativo imposto pela obediência as leis, decretos, princípios gerais de direito, regulamentos, contratos, etc.

Palavras-Chave: Decisão, Direito, Prática Discursiva Jurídica.

A THEORY OF DECISION NO RIGHT UNDER THE PERSPECTIVE OF LEGAL PRACTICE DISCURSIVE

ABSTRACT

It is striking feature among those who play legal activities, the Act Decision. In the study of contemporary societies act of deciding requires greater suitability to be faced with issues of modernity. In this work, the analysis of the theoretical contours of Decision Theory, from the perspective of the legal discursive practice shall be sought. Thus, our goal with this study is to find a definition for what we call decision and also consider the conceptual instruments traditionally used by lawyers to finally showcase the latest studies, the issue of the theory of legal decision. It seems interesting to examine the problem of the phenomenon of positivation the right ally to the grouping of rules into a set of rules imposed by compliance with all laws, decrees, general principles of law, regulations, contracts, etc.

Keywords: Decision, Law, Legal Practice Discursive.

INTRODUÇÃO E OBJETIVO

A palavra Direito cria certa complexidade na investigação dos seus conceitos e fenômenos, isto porque, muitas vezes o seu sentido de ciência tende a ser confundido com o sentido de ordenamento social. Assim, esses dois sentidos estão de tal forma relacionados, que o direito não pode ser visto como ciência se isolado plenamente da base que o constitui como ordenamento social. Nesta perspectiva, o Direito visto como ordenamento social não pode estar alheio às investigações científicas.

De qualquer forma, em nenhum ordenamento jurídico, há a necessidade de observar nas regras e nos princípios que os compõe as interpretações e os sentidos que a ciência do direito os reserva. Neste sentido não há qualquer prioridade necessária da ciência sobre a práxis jurídica, ainda que isto pudesse conferir certa segurança ao ordenamento jurídico e suas decisões.

Assim, não obstante a necessária mediação entre Direito enquanto Práxis e Direito enquanto Ciência, a fundamentação da segurança das decisões judiciais costuma residir na idéia do Direito como um sistema lógico com base no qual a decisão, decorre de uma sequência de atos de uma forma lógica.

A pretensão de constituição de um sistema lógico, para garantir a certeza e coerência das decisões judiciais enseja certo questionamento, quanto a própria racionalidade do processo decisório. Portanto a ideia do Direito ser um sistema fechado e coerente não é condizente com a sua atuação histórica e social.

O objetivo deste artigo é fazer uma abordagem sobre a Teoria da Decisão Jurídica, que é um dos temas mais importantes no campo da investigação científica, pois o seu sentido não pode ser fixado, sem compreender suas referências Históricas, seus Princípios e Institutos Jurídicos, as regras positivadas, os aspectos psicológicos do julgador, para finalmente analisar a questão da interpretação das normas.

METODOLOGIA

O procedimento metodológico utilizado empregará, em grande parte, levantamento bibliográfico. Serão utilizados livros de doutrina, artigos de revistas especializadas, nacionais e estrangeiros, anais e demais documentos que se mostrarem úteis e concernentes ao tema.

DISCUSSÃO

O Estudo da Legitimidade do chamado Poder de Decisão a tempos vem sendo indagada, sob como foi constituído ao longo da História esta idéia do poder de decidir. É justamente em

razão deste decisionismo autocrático que levaram inúmeros pensadores, questionarem sobre a legitimidade deste poder.

Rousseau quando escreveu o Contrato Social, trançando os princípios do direito político prescreveu que a legitimidade do poder, advém da sociedade de indivíduos, assim só poderíamos falar em Democracia quando cada individuo pudesse participar e decidir diretamente sobre o destino da sociedade. Já Hobbes quando escreveu o Pacto Social, pensou em um acordo entre individuo e soberano onde este assumiria o poder para representar o povo.

Locke, propôs que soberania popular não deveria ser absoluta e indivisível, observando a necessidade de resguardar os indivíduos da intervenção do Estado em sua órbita privada, concordando com divisão dos Poderes do Estado em Executivo, Legislativo e Judiciário, proposto por Montesquieu.

Como visto na idéia de todos estes pensadores o Estado é o um mal necessário, capaz de transmitir influência por meio do Poder. Ao se deslocar hoje a questão da legitimidade do poder, devemos ressaltar como fonte criadora deste poder o Direito, ligado a ideologia constitucional do Estado Democrático.

Assim, tendo em vista o que foi exposto, dentro do tema em análise o Professor Rosemiro Pereira Leal, assevera que:

[...] a decisão no Direito Democrático é processualmente provimental e constituída a partir da legalidade procedimental aberta a todos os indivíduos e se legitima pelos fundamentos teórico-jurídicos do discurso democrático nela contidos" [...] (Leal, 2002, p. 101/102).

Para este autor o devido processo legal é uma extensão procedimental do devido processo constitucional, onde vai ser estabelecido o espaço discursivo da legitimidade da decisão. Neste sentido, escreve que:

[...] a atividade processual reconstrutiva desse modo de decidir, desde a criação da lei até sua aplicação, supressão ou regulação, é que implicará concreção fundamentada do projeto constitucional democrático na contrafactualidade do mundo da vida ou mediante a problematização dos eventuais conteúdos de legalidade hostil ao paradigma do Estado democrático de direito. (Leal, 2002, p. 104)

Em que pesem longas discussões sobre a teoria da decisão dentro do discurso de um Direito Democrático, a idéia é que as decisões deverão ser produzidas por um senso de justiça, buscando com seu resultado manter a ordem, a segurança jurídica, social, moral e ética.

Ao que parece, fica subentendido que todo ato passado pela aprovação do Judiciário é sempre legítimo. Para colaborar com este discurso a constituição democrática prescreve o princípio da reserva legal.

Nestas sociedades onde se preza por um sistema com hierarquia de regras e princípios visando apenas a segurança jurídica e a inequívocabilidade das decisões judiciais, evitando a possibilidade de interpretação e reduzindo o direito à lei o ato de decisão é extraído exclusivamente dos códigos nada deixando ao livre arbítrio do interprete.

A trajetória constitutiva de uma decisão judicial se perfaz no tempo por uma seqüência de atos, regido pelo chamado devido processo legal, onde o juiz deve observar os princípios do contraditório, isonomia e ampla defesa, que foram resguardados constitucionalmente às partes.

Constata-se que a atividade do juiz no papel de decisor, está sendo exercida com uma limitação racional, em razão do próprio sistema. O que está ocorrendo é uma mecânica aplicação de normas, o juiz de direito pós-moderno deve concretizar suas ideologias, fazer valer a sua vontade e razão, utilizar do bom senso, rompendo de vez com os velhos métodos que caracterizam um Estado autoritário.

A este respeito, convém trazer um trecho do Discurso do Método de Immanuel Kant.

“O bom senso é a coisa do mundo melhor partilhada, pois cada qual pensa estar tão bem provido dele, que mesmo os que são mais difíceis de contentar em qualquer outra coisa não costumam desejar tê-lo mais do que têm. E não é verossímil que todos se enganem a tal respeito; mas isso antes testemunha que o poder de bem julgar e distinguir o verdadeiro do falso, que é propriamente o que se denomina o bom senso ou a razão, é naturalmente igual em todos os homens; e, destarte, que a diversidade de nossas opiniões não provém do fato de serem uns mais racionais do que outros, mas somente de conduzirmos nossos pensamentos por vias diversas e não considerarmos as mesmas coisas. Pois não é suficiente ter o espírito bom, o principal é aplicá-lo bem. (KANT, 1983, p. 29)

O intuito é justamente alertar para a defesa de uma nova ordem de convicção, desmascarando a idéia de que uma lei, que foi devidamente interpretada e aplicada, seria a uma forma de realização de justiça.

O campo de pesquisa da Teoria da Decisão tornar-se á bastante complexo partir da análise da prática discursiva jurídica.

Neste momento o que vai nos interessar é a prática da decisão, no âmbito de três posições teóricas, quais sejam a teoria positivista, a teoria culturalista e a teoria analítica da linguagem.

O positivismo jurídico teve suas origens no período anterior a Revolução Francesa, mais precisamente por volta do século XIX, este período ficou caracterizado pelo enfraquecimento da

justiça, refletindo a insegurança nas decisões judiciais. Foi a partir desta época que a teorização e a sistematização das experiências jurídicas foram se unificando em um conjunto normativo, desenvolvendo o positivismo com observância da regra da estatalidade do direito.

Assim por conta do cenário político do século XIX, o direito foi transformado em dogmática jurídica, como ciência positiva das normas. Hans Kelsen, um dos mais típicos representantes do positivismo jurídico, propõe a Teoria Pura do Direito. Para Kelsen a categoria básica do direito é a norma é o conjunto de normas que confere sentido jurídico aos fatos, desde que produzidas por órgãos legislativos competentes.

Conforme a teoria de Kelsen, a validade do direito não tem por base valores, dentre os quais a realização da justiça. A norma não vale porque ela é justa, mas por ter como característica força coercitiva. o âmbito da teoria de Kelsen, o ato decisório se restringe simplesmente em interpretar. Na sua acepção a função do aplicador do Direito, é fixar o sentido da norma geral a um caso concreto. Entretanto reconhece que cabe ao aplicador do Direito reconhecer as circunstâncias peculiares do caso concreto e interpretar as expressões lingüísticas da norma.

Na concepção dos culturalistas, o Direito não se funda unicamente na norma, mas também no fato e no valor. O grande representante desta Teoria é Miguel Reale, autor da denominada teoria tridimensional do Direito. O autor entende que o Direito deve acompanhar a sociedade, assim, quando ocorrerem novos fatos e novos valores o aplicador do Direito deve interpretar as normas relevando o novo contexto.

Neste sentido, Miguel Reale contrapõe-se a Teoria Pura do Direito de Kelsen, entendendo que de acordo com Kelsen a essência da norma é igual em todas as épocas e sociedade. Logo, constatamos que os representantes da Teoria Culturalista estão mais preocupados com as concepções ideológicas (fato e valor) do que com a interpretação precisa das normas.

Para Tercio Sampaio Ferraz Jr., autor da Teoria Analítica da Linguagem, os parametros de análise e definição do direito são bastante diversos dos que pudemos já mencionar anteriormente neste artigo. Para ele o Direito possui um significado preciso e universal a ser reconhecido em todas as épocas e sociedade.

Assim, sob a ótica da linguagem pragmática Tercio Sampaio Ferraz Jr, procura uma redefinição para o Direito. Adotando este caminho o autor recorre na sua metodologia de análise dois enfoques teóricos: zetético e dogmático.

O campo das investigações zetéticas dos fenômenos jurídicos é bastante amplo, tendo por objeto o Direito no âmbito da Sociologia, Antropologia, Psicologia, História, Filosofia e Ciências

Políticas, o estudo do Direito sob o prisma da zetética jurídica é bastante utilizada nas investigações “strictu sensu”.

Enquanto que o enfoque dogmático situa a prática jurídica nos moldes que conhecemos hoje.

Neste sentido:

A ciência dogmática do direito costuma encarar o seu objeto, o direito posto e dado previamente, como um conjunto compacto de normas, instituições e decisões que lhe compete sistematizar, interpretar e direcionar, tendo em vista uma tarefa prática de solução de possíveis conflitos que ocorram socialmente. (Ferraz Jr., p.83)

Desta forma, as questões dogmáticas visam possibilitar a decisão e orientar a ação. De um modo geral as normas jurídicas carregam esta característica, pois são restritivas e positivadas. Igualmente, o jurista se revela contrário aos posicionamentos teóricos que tornam o dogmatismo jurídico como um conhecimento legalista, restritivo, formalista, intransigente e enrijecido.

Observamos que este autor tende a reconhecer que na prática jurídica prevalece os aspectos dogmáticos, sob o fundamento de que para solucionar os conflitos e orientar a ação humana segue-se uma perspectiva normativa. No entanto, reconhece que o trabalho de interpretação da norma é função relevante no ato decisório.

Partido do desenvolvimento destes enfoques teóricos Ferraz Jr. caracteriza dois aspectos importantes no Direito e na prática jurídica.

Em primeiro lugar, o autor pondera que de um modo geral, as questões jurídicas são “dogmáticas” e tipicamente “tecnológicas”, pois elas têm uma função diretiva explícita. As situações captadas nelas são configuradas no aspecto como um dever-ser. (Ferraz Jr, 2006, p.46)

Em segundo lugar, a ciência dogmática do Direito envolve sempre um problema de decidibilidade de conflitos sociais, tendo como objeto central o próprio ser humano que conforme o seu comportamento, entra em conflito, cria normas para solucioná-lo, decide-o, renega suas decisões etc. E para captá-los a ciência jurídica se articula em diferente modelos, determináveis conforme o modo como se encare a questão da decidibilidade. (Ferraz Jr. 2006, p. 47)

CONCLUSÕES

Concluimos que a questão central na Ciência dogmática do Direito é a decidibilidade. Observamos que tudo o que foi tratado sobre o tema Teoria da Decisão, está ligado à intenção de romper com esta concepção arcaica de produção, interpretação e aplicação das leis.

O que pretendemos é formar julgadores, que caminhem em direção da realização da justiça, verdadeiros aplicadores do Direito, conscientes para ocuparem lugares privilegiados e realizarem suas decisões em busca de decidir bem e coerentemente, buscando suas razões além das leis.

Nosso grande desafio é descaracterizar todas as contingências históricas, marcadas pela predominância do positivismo, buscando novas maneiras de enxergar o direito para que seja alcançada sua principal finalidade que é a realização da justiça.

REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. trad. Maria Celeste C. J. Santos; rev. téc. Claudio De Cicco; apres. Tercio Sampaio Ferraz Júnior. 10 ed. Brasília-DF: UNB, 1999.

CAFFÉ, Mara. Pisicanálise e Direito. In: **A Escuta Analítica e a Função Normativa Jurídica**, São Paulo: Quartier Latin, 2003.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. Introdução ao Estudo do Direito. In: **Técnica, Decisão, Dominação**. 4. ed. rev., ampl. São Paulo: Atlas S.A., 2003.

_____. Estudos de Filosofia do Direito. In: **Reflexões sobre o Poder, a Liberdade, a Justiça e o Direito**, São Paulo: Atlas S.A., 2002.

_____. **A Ciência do Direito**. 2 ed. São Paulo: Atlas S.A., 2006.

HABERMANS, Jurgem. Direito e Democracia. In: **Entre Facticidade e Validade**. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. vol.II.

KANT, Immanuel. Introdução. In: **Kant I**. 2 ed. São Paulo: Abril Cultural, 1983. p.23-35. (Os Pensadores. V. 29).

LEAL, Rosemiro Pereira Leal. **Teoria Processual da Decisão Jurídica**. São Paulo: Landy Editora, 2002.

LUMANN, Niklas. **Legitimação pelo Procedimento**. Brasília-DF: UNB, 1980.

RIGAUX, François. **A Lei dos Juízes**. trad. Edmir Missio; ver. trad. Maria Ermantina Galvão; rev. téc. Gildo Leitão Rios; São Paulo: Martins Fontes, 2003.