

# Teoria racional das tradições e o processo judicial

## Rational theory of traditions and judicial process

**Antônio Graça Neto<sup>1</sup>**

Universidade Federal da Grande Dourados, Brasil  
antonioneto@ufgd.edu.br

**Mara Silvia Zimmermann<sup>1</sup>**

Universidade Federal da Grande Dourados, Brasil  
cadeamara@hotmail.com

### Resumo

Este artigo objetiva apresentar alguns pontos da teoria racional das tradições, formulada pelo filósofo escocês radicado nos Estados Unidos Alasdair MacIntyre. E, nesse contexto, observar a relação dessa teoria com o processo judicial, no sentido de que se deve buscar a objetividade processual, sem negar a influência das tradições em decisões judiciais.

**Palavras-chave:** MacIntyre, razão, moral, materialismo, formalismo, processo.

### Abstract

This article discusses some points of the rational theory of traditions proposed by the Scottish philosopher Alasdair MacIntyre, who lives in the US. In this context, it focuses on the relation between rational theory of traditions and judicial process, in the sense of seeking procedural objectivity, without denying the influence of traditions on judicial decisions.

**Key words:** MacIntyre, reason, morals, materialism, formalism, process.

---

<sup>1</sup> Universidade Federal da Grande Dourados. Rua João Rosa Goes, 1761, Vila Progresso, 79825-070, Dourados, MS, Brasil.

## Considerações iniciais

As primeiras ponderações constantes no livro *Depois da Virtude*, de Alasdair MacIntyre, são de que, na atualidade, a linguagem da moralidade encontra-se em um grave estado de desordem. Esta desordem está no sentido de que a moralidade contemporânea possui apenas fragmentos deslocados de um esquema moral já existente em práticas anteriores, de maneira que houve uma perda – parcial, se não total – da moralidade, tanto teórica como prática<sup>2</sup>.

Nesse estado de desordem, surgem diversos argumentos morais rivais<sup>3</sup>, e existe uma grande dificuldade em ponderar sobre esses argumentos morais adversários, pois cada argumento apresenta, na eleição de suas premissas, bases fundamentais diversas<sup>4</sup>. Essa dificuldade ocasiona debates morais intermináveis, não se conseguindo fixar parâmetros que possam organizar os argumentos morais conflitantes, ou seja, não há um consenso e não se consegue estabelecer meios de atingir um todo organizado e coerente, de maneira que a moral individual torna-se arbitrária e confusa, surgindo o individualismo e o pluralismo.

Apesar de as argumentações antagônicas serem apresentadas de forma impessoal (em terceira pessoa gramatical), esses desacordos contemporâneos “nada são além de um choque de vontades antagônicas, cada vontade determinada por um conjunto de opções arbitrárias próprias” (MacIntyre, 2001, p. 27).

## Teoria racional das tradições

Antes de estudar o projeto de MacIntyre sobre a teoria racional das tradições, faz-se necessário mencionar duas teorias citadas e explicadas por ele, indispensáveis para a compreensão das ideias do autor ora estudado. As teorias são o emotivismo, que defende a inexistência de uma moral universal, e a filosofia analítica, que defende a existência de uma moral racional universal.

Para o emotivismo, nenhum método racional pode oferecer uma possibilidade de acordo entre os diversos argumentos morais, indicando também que não

existe justificativa objetiva e impessoal que fundamente as diversidades de argumentações, pois as teorias morais contemporâneas nada mais são que a expressão de arbitrariedades pessoais, são expressões de atitudes ou sentimentos.

De outro lado, a filosofia analítica expõe que existe um raciocínio moral lógico entre os diversos juízos morais, de maneira que o agente moral pode justificar um juízo individual, de forma neutra e imparcial, referindo-se a “alguma norma universal da qual possa ser deduzido logicamente, e só pode justificar essa norma, por vez, deduzindo-a de alguma norma ou princípio mais geral” (MacIntyre, 2001, p. 45). Esse processo de justificação termina quando não se pode mais apresentar razão nenhuma para aquela norma ou princípio.

Nessa visão, toda e qualquer pessoa, ao realizar um juízo moral, deve se afastar de sua realidade cotidiana, de toda circunstância em que esteja envolvida, e, assim, poderá emitir um valor universal, inegável a qualquer pessoa racional, de maneira que “a razão tomaria o lugar da autoridade e da tradição” (MacIntyre, 1991, p. 16). Segundo MacIntyre, esse sujeito, que, ao emitir um juízo valorativo, não considera qualquer particularidade social e cultural, que sequer se utiliza de critérios fundamentais, “pode assumir qualquer papel ou adotar qualquer opinião, porque não é, em si e para si, nada” (MacIntyre, 2001, p. 66).

Os primeiros princípios, segundo Aristóteles, existem, e a mente humana pode ser educada a compreender sua verdade. Esses primeiros princípios constituem as ciências e, apesar de não poderem ser demonstrados, são dependentes da fundamentação racional (MacIntyre, 1991, p. 242). Com fundamento nestas palavras de Aristóteles, MacIntyre destaca um erro na moralidade moderna, pois esta passou a compreender os primeiros princípios das ciências como “evidentes e inegáveis em si mesmos” (MacIntyre, 1991, p. 153), sem a necessidade, como defendida por Aristóteles, de fundamentação dialética ou qualquer outra fundamentação racional.

Para MacIntyre, a filosofia analítica, ao tentar justificar a moral de forma objetiva e universal (sem con-

<sup>2</sup> A filosofia analítica não revela “o fato dessa desordem, pois as técnicas da filosofia analítica são essencialmente descritivas da linguagem do presente [...] A fenomenologia e o existencialismo também não seriam capazes de discernir nada de errado. Todas as estruturas da intencionalidade seriam o que são no momento. A tarefa de oferecer uma base epistemológica para esses falsos simulacros das ciências naturais não se distinguiria, em termos fenomenológicos, da tarefa do que se contempla atualmente” (MacIntyre, 2001, p. 14-15).

<sup>3</sup> Exemplos de argumentos morais rivais: (a) a guerra justa seria a que o bem a ser “alcançado supera os males inerentes à própria guerra e na qual se pode distinguir com clareza os combatentes”; (b) “quem deseja a paz que se prepare para a guerra. O único modo de alcançar a paz é refrear possíveis agressões”; (c) “as guerras entre as Grandes Potências são puramente destrutivas; mas as guerras travadas para libertar grupos oprimidos, em especial no Terceiro Mundo, são um meio necessário”; (d) “todos têm certos direitos sobre sua própria pessoa, entre eles sobre o próprio corpo”; (e) “não posso desejar que minha mãe tivesse abortado quando estava grávida de mim, a não ser, talvez, se houvesse certeza de que o embrião estivesse morto ou gravemente mutilado” (MacIntyre, 2001, p. 21-22).

<sup>4</sup> As conclusões são verdadeiras em relação às premissas, mas “as premissas adversárias são tais que não temos meios racionais de sopesar as afirmações uma com a outra, pois cada premissa emprega um conceito normativo ou avaliativo bem diferente das outras, de modo que as afirmações são de tipos bem distintos” (MacIntyre, 2001, p. 24).

siderar o contexto histórico), evidenciou-se como um disfarce das expressões de preferências pessoais, pois aquilo que os pensadores do Iluminismo afirmaram ser irrecusável, pelo menos para a maioria das pessoas cultas, passou a ser aceito como universal, bem como se mostrou incapaz de encontrar um acordo sobre quais eram precisamente os princípios irrecusáveis.

Em sua compreensão, MacIntyre percebe que a teoria kantiana sobre o universalismo também incorreu em graves erros, no sentido de que tanto as máximas imorais como as amorais (por exemplo: “cumpra todas as promessas durante a vida inteira, menos uma; persiga todos aqueles que professam falsas religiões e sempre coma mexilhões em todas as segundas de março” (MacIntyre, 2001, p. 89) podem ser, do ponto de vista kantiano, universalizadas.

Segundo MacIntyre, Kant apresenta argumentos falaciosos para demonstrar que máximas imorais não podem ser universalizadas. Por exemplo, Kant apresenta que se suicidar quando o sofrimento superar a felicidade é incoerente, porque essa ação contradiz o impulso da vida implantado em todos nós. Essa justificativa apresenta-se como inconsistente, pois seria o mesmo que afirmar: “manter sempre o cabelo curto” é incoerente, porque tal desejo “contradiz” o impulso do crescimento do cabelo implantado em todos nós (MacIntyre, 2001, p. 88-89).

Kant não conseguiria oferecer um bom motivo para se aceitar a máxima de sempre tratar as pessoas como um fim e não como um meio, pois as ideias kantianas poderiam ser desobedecidas sem nenhuma incoerência. Por exemplo, poderia até ser imoral, mas não haveria incoerência nenhuma em desejar um mundo de egoístas vivendo sob a máxima: “que todos, menos eu, sejam tratados como meio”. Portanto, na visão macintyriana, Kant fracassou em fundamentar racionalmente a moralidade.

O fato de o sujeito poder decidir, individualmente, sobre qual bem é o melhor a ser buscado ocasionou, para MacIntyre, um vazio ético social, pois desapareceu a distinção entre aquilo que é verdadeiro e aquilo que eu acredito ser verdade. Filósofos morais como Hume, Bentham e Kant reivindicam ter apresentado princípios morais universais, que nenhuma pessoa racional recusaria, mas o que MacIntyre constata é que esses princípios, tidos por irrecusáveis e racionalmente universais, configuraram-se como um conjunto de posições morais mutuamente antagônicas.

Segundo o autor aqui analisado, Nietzsche foi quem melhor percebeu o fracasso iluminista de uma moralidade universal, ao constatar que a linguagem moral se encontrava disponível para qualquer uso, para qualquer opinião pessoal e que, tão somente, existia uma máscara de objetividade e universalidade, quando, na verdade, não passava de um grande subjetivismo individual. O pensamento nietzscheano destaca que a moralidade só pode ser o que minha vontade determinar (MacIntyre, 2001, p. 196).

O projeto iluminista, de justificar a moralidade através da razão, fracassou, e esse fracasso nada mais é que uma continuação histórica da rejeição à tradição aristotélica. Diante dessa realidade, MacIntyre explana que existem apenas duas hipóteses plausíveis: ou se adota o projeto nietzscheano ou se retorna à ética aristotélica das virtudes. A tradição aristotélica, e não o projeto nietzscheano (este não percebeu que o fracasso do Iluminismo estava na ausência de ética, ou seja, na rejeição à tradição aristotélica), seria a mais adequada opção para devolver a racionalidade e a coerência no desacordo moral moderno. Nesse sentido, o autor resgata e atualiza o pensamento aristotélico construindo um novo conceito de virtude<sup>5</sup>.

A compreensão de um conceito de virtude contemporâneo, que seja devidamente reformulado considerando o atual contexto moral, passa por três estágios de desenvolvimento lógico, quais sejam: *prática, unidade narrativa da vida humana e tradição*.

Por prática, eu entendo qualquer forma coerente e complexa da atividade humana cooperativa, socialmente estabelecida, através da qual bens internos àquela forma de atividade são realizados durante a tentativa de alcançar os padrões de excelência apropriados para tal forma de atividade, e parcialmente dela definidores, tendo como consequência a ampliação sistemática dos poderes humanos para alcançar tal excelência, e dos conceitos humanos dos fins e dos bens envolvidos (MacIntyre, 2001, p. 316).

As práticas podem ser entendidas como ações humanas conjuntas direcionadas a um mesmo objetivo. Por exemplo, o jogo de futebol, a arquitetura e a agricultura são atividades consideradas como práticas, mas jogar bola, o serviço de pedreiro e plantar hortaliças não são exemplos de prática. O exercício de uma prática significa aceitar os padrões de excelência já obtidos e, conseqüentemente, obedecer a esses padrões.

<sup>5</sup> As virtudes são as qualidades sem as quais os seres humanos não podem alcançar, primeiramente, os bens internos às práticas; os bens que fornecem o telos da vida humana individual; e qualidades exigidas para sustentar tradições sociais contínuas devidamente em ordem (MacIntyre, 2001, p. 457).

A aceitação dos padrões permite a exclusão das análises subjetivistas dos juízos (MacIntyre, 2001, p. 320), mas as práticas podem sempre ser repensadas.

Na modernidade, as ciências foram separadas, formando diversas especialidades. Essa perspectiva está tão firmada na vida social moderna que até a vida humana foi setorizada, no sentido de que uma situação é o *eu* no trabalho, outra é *eu* no lazer, outra é *eu* na família. Ou seja, o *eu* ocupa vários papéis sociais, com regras de conduta diferentes, sem que nenhuma interaja com a outra, e quando os papéis sociais se encontram em conflito, deve-se optar pelo segmento de maior eficiência na busca dos bens externos<sup>6</sup>.

Nesse contexto, MacIntyre expõe o segundo estágio na formulação de um conceito de virtude: a unidade narrativa da vida humana (MacIntyre, 2001, p. 343-344). A vida deve ser compreendida como uma unidade, meu *eu* não pode ser separado dos papéis e do *status* social e histórico que vivencio, pois “a história da minha vida está sempre contida na história das comunidades que deram origem à minha identidade” (MacIntyre, 2001, p. 371). A unidade está em que não há possibilidade de escolha exclusiva entre a família e a vida profissional, há de se buscar a coerência da vida como um todo. Nessa busca, sempre deve haver um bem prioritário e comum, conferindo integridade ao modo de viver.

O terceiro estágio seria a compreensão sobre a tradição. Tradição pode ser compreendida como uma forma social específica de pensar a moralidade. A busca individual do próprio bem é realizada dentro do contexto das tradições. As tradições podem, com o decorrer dos anos, se modificarem na sua visão sobre a moralidade.

Uma tradição é uma argumentação, desenvolvida ao longo do tempo, na qual certos acordos fundamentais são definidos e redefinidos em termos de dois tipos de conflito: os conflitos com críticos e inimigos externos à tradição, que rejeitam todos ou pelo menos partes essenciais dos acordos fundamentais; e os debates internos, interpretativos, através dos quais o significado e a razão dos acordos fundamentais são expressos e através de cujo progresso uma tradição é constituída.

Tais debates internos podem ocasionalmente destruir o que tinha sido a base do acordo fundamental comum, de modo que ou uma tradição se divide em

dois ou mais componentes em conflito, cujos adeptos são transformados em críticos externos de suas respectivas posições, ou a tradição perde toda coerência e não sobrevive. Pode também acontecer que duas tradições, até então independentes e mesmo antagônicas, passem a reconhecer certas possibilidades de acordo fundamental e se reconstituam como um debate único e mais complexo. Apelar para a tradição significa insistir que só podemos identificar, adequadamente, nossos próprios compromissos e os de outros nos conflitos argumentativos do presente, se os situarmos dentro das histórias que os fizeram ser o que são (MacIntyre, 1991, p. 23-24).

Embora MacIntyre defenda que o Iluminismo se evidenciou como um disfarce de preferências pessoais, ele não se enquadra entre os filósofos do emotivismo, pois entende que “genuínos padrões morais objetivos e impessoais podem, de uma forma ou de outra, ser racionalmente justificados, mesmo que em alguns estágios de algumas culturas a possibilidade de tal justificação racional não esteja mais disponível”<sup>7</sup>.

Também não pode ser rotulado como integrante das ideias da filosofia analítica, porque ele apreende que “não há moralidade prática sem as virtudes de caráter [...] sem as virtudes, os desejos não podem ser informados pela razão não podem ser transformados ou ser eficazes como desejos do que a razão prescrever” (MacIntyre, 1991, p. 152). A pesquisa sobre a moral que não considera as virtudes pode apresentar como princípio fundamental qualquer conteúdo, pois não observa as concepções específicas do bem, fixadas socialmente no contexto histórico da época.

A moralidade contemporânea, como já exposta, é caracterizada como um período de conflitos e debates intermináveis, não existindo uma forma racional de organizar a ordem moral, uma vez que a moralidade contemporânea se apresenta como um juntado de teorias conflitantes, de fragmentos de moralidades passadas, que não conseguem atingir um todo coerente. Ou seja, vive-se em um período depois da virtude.

## O processo judicial

No Iluminismo, o Direito era concebido apenas como um conjunto de leis elaboradas pelo Legislativo.

<sup>6</sup> “É característica do que chamo de bens externos que, quando conquistados, sempre são de propriedade e posse de alguém. Além disso, são tais que quanto mais se tem, menos há para outras pessoas. Isso, às vezes, é necessariamente o que acontece, como no caso do poder e da fama, e, às vezes, no caso do dinheiro devido a circunstâncias contingentes. Os bens externos são, portanto, objetos de uma concorrência em que deve haver tanto vencedores quanto derrotados. Os bens internos são, de fato, conseqüências da competição pela excelência, mas é característica deles que sua conquista seja boa para toda a comunidade que participa da prática” (MacIntyre, 2001, p. 320-321).

<sup>7</sup> “O que afirmei ser o que acontece em geral na nossa própria cultura – que na argumentação moral a afirmação evidente de princípios funciona como disfarce das expressões de preferência pessoal – é o que o emotivismo interpreta como verdade universal. [...] o que o emotivismo afirma é, principalmente, que *não* existe e *não* pode existir justificativa racional válida para qualquer afirmação da existência de padrões morais objetivos e impessoais e, portanto, que tais padrões não existem. [...] o emotivismo afirma que pode haver supostas justificativas racionais, mas não pode haver justificativas racionais verdadeiras porque elas não existem” (MacIntyre, 2001, p. 43).

A lei (princípio da legalidade – submissão ao império da lei) era vista como uma ordem geral e abstrata, uma vez que o apego à lógica formal obrigava a subsunção dos fatos à lei. O justo surgiria somente da lei, consequentemente somente da lei defluiria a igualdade (formal)<sup>8</sup>.

A compreensão da tripartição dos poderes colocou o Judiciário como um poder invisível e nulo (Montesquieu, 2005, p. 169), e os juizes como a boca que pronunciava as palavras da lei. Ao juiz não caberia criar, devendo permanecer, estritamente, vinculado ao texto da lei, sob pena do Judiciário invadir a esfera de atuação do Legislativo. O magistrado, na solução dos conflitos, deveria apenas colocar em prática, sem juízos de valores, as normas criadas pelo Estado; este se configurou como o único criador do Direito<sup>9</sup>.

Contemporaneamente, o desligamento moral do projeto iluminista também influenciou o Direito. Nesse novo período, a interpretação linear de mera adequação dos fatos ao texto legal não tem mais espaço, uma vez que limita demasiadamente as possibilidades de uma sentença ser a mais justa possível. Ocorreu uma desqualificação da norma (Direito é aquele que é posto pelo Estado), e o fato concreto colocado ao juiz ganha proeminência (Camargo, 2003, p. 16-17).

Bobbio assevera que os direitos, diferentemente da concepção defendida no Iluminismo, são decorrentes de um processo histórico. Essa afirmativa é demonstrada pelo fato de que os direitos declarados absolutos, como a propriedade, foram submetidos, no decorrer dos tempos, a grandes limitações nas declarações posteriores, bem como direitos que as declarações do século XVIII não mencionavam, tais como os direitos sociais, agora são proclamados com vasta significância nas declarações hodiernas. Bobbio demonstra, portanto, que “não existem direitos fundamentais por natureza. O que parece fundamental numa época histórica e numa determinada civilização não é fundamental em outras épocas e em outras culturas” (Bobbio, 2004, p. 38).

O conteúdo ético é adicionado ao Direito: a Constituição. Não mais bastava a lei ter passado por todos os trâmites legais necessários para sua aprovação (controle de constitucionalidade formal: iniciativa correta, respeitado o quórum de aprovação...); há necessidade

de que seu conteúdo seja correspondente ao conteúdo da Constituição. Ou seja, se o teor da lei não possuir um mínimo de ética, não possuir correspondência com os valores socialmente reconhecidos, naquele momento histórico, como supremos e de primazia, não deve ser aplicada (controle de constitucionalidade material).

A lei, no Iluminismo, como bem asseverado por José Afonso da Silva (2004, p. 121), sofreu uma modificação no seu conceito, deixando de ser concebida tão somente no plano formal, como uma ordem geral e abstrata, para constituir-se num instrumento de ação concreta, que precisa influir na realidade social, tendo como função transformar a sociedade, a fim de garantir a efetivação dos valores socialmente reconhecidos.

A atuação do Judiciário se modifica, pois, nomeado pelo poder constituinte originário para ser o guardião da Constituição e com o respaldo de ser a lei um instrumento de atuação positiva do Estado, o juiz pode com fundamento na força normativa da Constituição (Hesse, 1991, p. 19) e, ainda, com respaldo legal, fazer cumprir a lei no plano material, possibilitando uma efetiva mudança na qualidade de vida das pessoas.

Como forma de outorgar legitimidade às sentenças, desenvolveram-se esferas de interpretação diferenciadas da lógica formal iluminista. Por exemplo, a aplicação dos princípios desenvolvida por Ronald Dworkin, onde, mesmo sendo através da interpretação dos princípios, o ordenamento jurídico sempre oferece uma única resposta.

Outra é a construção teórica divulgada no Brasil por Lenio Luiz Streck (2000, p. 286-289), onde norma e texto possuem existência autônoma, porém não são coisas separadas; a norma é o produto da interpretação (Streck, 2008). O intérprete, para o mencionado autor, vai abstrair a norma (sentido) de um texto, porém esse não é um processo arbitrário, pois a norma não pode superar o texto; o texto sempre é superior à norma. Interpretar significa aplicar, é decidir segundo o caso concreto, é uma questão de filosofia prática. Desse modo, a hermenêutica jurídica não deve ser entendida como método de interpretação (gramatical, teleológico ou sistemático), pois hermenêutica é condição de ser no mundo, é existência (Streck, 2000, p. 287).

<sup>8</sup> No mesmo sentido, José Afonso da Silva, ao afirmar que: a doutrina clássica do Estado de Direito “repousa na concepção do Direito *natural, imutável e universal*, daí decorre que a *lei*, que realiza o princípio da legalidade, é concebida como norma jurídica geral e abstrata. [...] A *generalidade da lei* constituía o fulcro do Estado de Direito. Nela se assentaria o justo conforme a razão. Dela e só dela defluiria a igualdade” (Silva, 2004, p. 117).

<sup>9</sup> “Todavia, com a formação do Estado moderno o juiz de livre órgão da sociedade torna-se órgão do Estado, um verdadeiro e autêntico funcionário do Estado. De acordo com a análise histórica feita por Ehrlich em sua obra *La lógica dei giuriste*, este fato transforma o juiz no titular de um dos poderes estatais, o judiciário, subordinado ao legislativo; e impõe ao próprio juiz a resolução das controvérsias sobretudo segundo regras emanadas do órgão legislativo ou que, de qualquer modo (tratando-se de normas consuetudinárias ou de direito natural) possam ser submetidas a um reconhecimento por parte do Estado. As demais regras são descartadas e não mais aplicadas nos juízos: eis por que, com a formação do Estado moderno, o direito natural e o positivo não mais são considerados de mesmo nível; eis por que sobretudo o direito positivo (o direito posto e aprovado pelo Estado) é tido como o único verdadeiro direito: este é o único a encontrar, doravante, aplicação nos tribunais” (Bobbio, 1995, p. 28-29).

A Constituição caracteriza-se como “o resultado de sua interpretação, uma vez que uma coisa só é (algo, uma coisa) na medida em que é interpretada (porque compreendida como algo)” (Streck, 2000, p. 284). Interpretar a Constituição, para Streck, é revelar o óbvio, ou seja, é revelar e efetivar as promessas da modernidade conforme os parâmetros do Estado Democrático de Direito.

Diante disso, o Direito só existe quando compreendido; a norma só é norma enquanto situação normada, o “Direito é norma e situação normada, no sentido de que a regra de direito não pode ser compreendida tão somente em razão de seus enlaces formais” (Reale, 1994, p. 33), e a justiça se realiza na interpretação do caso concreto, ou melhor, a interpretação se dá pela aplicação. Para esse autor, o ordenamento jurídico sempre dá uma única resposta correta ao caso concreto.

A forma como o Iluminismo compreende o Direito e como se dá contemporaneamente a interpretação/aplicação da lei tem como igualdade o fato de que ambas entendem que o ordenamento jurídico apresenta uma resposta, seja através da subsunção dos fatos à lei, seja através da utilização dos princípios ou análise do caso concreto.

## Considerações finais

O projeto de MacIntyre não só indica a origem da crise moral contemporânea, mas também defende que através de uma ética das virtudes aristotélica, numa perspectiva que envolve a comunicação entre a história, a filosofia e a tradição, pode-se enfrentar a crise moral e formular padrões morais impessoais racionalmente justificados, ou seja, é possível uma coerente pesquisa racional sobre moral. O conteúdo ético presente na pesquisa racional sobre moral encontra-se no fato de que necessariamente se devem considerar as tradições, de forma que inexistirá um padrão argumentativo universal; o modo como cada tradição vivencia suas verdades é que pode justificar os princípios primeiros daquela tradição particular.

Acredito que o grande destaque de MacIntyre está no fato de conjugar questões formais com materiais. O aspecto formal está no fato de que para ele deve

existir a busca por uma objetividade moral; o aspecto material está na questão de que ele defende a presença de um conteúdo ético na pesquisa racional, ou seja, ele não nega que a tradição possa influenciar na determinação do conteúdo moral.

Isso, que destaco no pensamento de MacIntyre, também pode ser compreendido na perspectiva do processo judicial, no sentido de que só o formalismo não é suficiente para garantir o direito a uma sentença justa, mas também há a necessidade de que o processo seja materialmente justo. Da interpretação dos escritos acima, especialmente do item “processo judicial”, podem-se extrair dois conceitos importantes, quais sejam, o formalismo processual e o materialismo processual.

No formalismo processual<sup>10</sup>, defendido pelo Iluminismo, existe a problemática do juiz somente poder oferecer uma resposta, não podendo analisar as especificidades do caso analisado, neste há o império da segurança jurídica (convicção do teor da decisão final do juiz). De outra parte, injustiças podem ser realizadas, porque diversas condutas sociais (fatos sociais<sup>11</sup> que não se enquadram na conduta eleita pelo legislador: minorias) não possuirão amparo legal, deixando uma significativa parcela populacional à margem dos benefícios da legalidade.

O materialismo processual<sup>12</sup>, por sua vez, ao estabelecer que o juiz deve atribuir um conteúdo ético nas decisões, analisando as especificidades do caso concreto, também pode ocasionar significativas injustiças, porque sempre existirá a problemática da imparcialidade do juiz na interpretação da lei, oferecendo a possibilidade de praticamente legislar face ao caso concreto (disfarce de objetividade, quando na realidade haveria o império da vontade pessoal do juiz), e, ainda, proporciona a insegurança jurídica, provocada pela possibilidade de sentenças muito díspares. No entanto, oferece à sociedade um instrumento de solução específica e pertinente àquele caso, àquele grupo social, de maneira a oferecer uma resposta mais rápida (uma vez que o processo de alteração de uma lei é lento) às constantes mudanças da sociedade.

Em uma comparação da hermenêutica derivada do Iluminismo com a atual hermenêutica contemporânea, o que se percebe, portanto, é que, no lugar da lei como ordem universal e abstrata (Direito é o que é

<sup>10</sup> Apego à lógica formal obrigava a subsunção dos fatos à lei; princípio da legalidade - submissão ao império da lei; o Direito concebido apenas como um conjunto de leis elaboradas pelo Legislativo; o Judiciário como um poder nulo e invisível, sempre vinculado, sem juízo de valor, ao texto legal, nunca podendo inovar na interpretação da lei.

<sup>11</sup> Durkheim alega que o fato social seria “toda maneira de atuar, fixada ou não, suscetível de exercer sobre o indivíduo uma coerção exterior; ou ainda, que é geral na extensão de uma dada sociedade, conservando uma existência própria, independente das suas manifestações individuais” (Durkheim, 1998, p. 51). “Todos os grupos sociais fazem regras e tentam, em certos momentos e em algumas circunstâncias, impô-las. Regras sociais definem situações e tipos de comportamento a elas apropriados, especificando algumas ações como ‘certas’ e proibindo outras como ‘erradas’” (Becker, 2008, p. 15).

<sup>12</sup> Valoração do fato, o Judiciário não está limitado a legalidade (subsunção dos fatos a lei), este pode, na análise do caso concreto aplicar o valor constitucional mais adequado, ponderar entre princípios conflitantes, ou seja, criar a regra adequada ao caso concreto, tendo em vista os valores socialmente reconhecido na Constituição.

posto pelo Estado), encontra-se a lei como instrumento de ação positiva estatal (Direito como uma construção histórica). A supremacia do Legislativo dá lugar à supremacia da Constituição. E, no lugar do simples, do único (subsunção dos fatos à lei, lógica formal), encontram-se o complexo, o plural (análise do concreto – a justiça se realiza na interpretação do caso concreto).

Parafraseando MacIntyre, no âmbito processual, o ordenamento jurídico sempre oferece uma resposta ao caso, bem como é possível formular padrões impessoais racionalmente justificados para encontrar essa resposta (formalismo processual). Mas a pesquisa racional, para encontrar o justo ao caso, passa necessariamente pela compreensão de que todo sujeito intérprete é situado e datado, ou seja, é influenciado pela tradição, de maneira que é impossível ser totalmente neutro e impessoal (materialismo processual).

Insta mencionar que neste formalismo processual, além da subsunção dos fatos à lei, encontra-se o procedimento processual como instrumento de limitação de arbitrariedades. O procedimento processual compreende a concessão de prazo, o rito processual, enfim, a forma que o processo deverá possuir. O materialismo processual representa a necessidade de um conteúdo ético constante no teor da decisão, consideração dos valores socialmente reconhecidos através da Constituição, porém não se nega que esse reconhecimento terá uma quantidade mínima de parcialidade do sujeito que a interpreta.

Como já assinalado, MacIntyre não se enquadra como integrante do Iluminismo (filosofia analítica, imparcialidade total, uma única verdade) e nem do emotivismo (império da vontade pessoal, diversidade de opiniões); ele busca uma objetividade racional considerando as tradições.

Tendo como ponto de partida essa teoria, o processo judicial não deve se enquadrar somente com o Iluminismo (subsunção dos fatos à lei, o método oferece o resultado único e universal), nem somente ao emotivismo (ditadura da vontade do magistrado); deve buscar a objetividade racional do processo (formalismo processual), considerando as tradições (materialismo processual). Não se pode negar a necessidade da objetivi-

dade processual, através do formalismo processual, bem como não se pode negar a necessidade de um conteúdo ético agregado ao processo, através do reconhecimento dos valores sociais (tradição).

Existe a necessidade da junção do formalismo processual (instrumento de limitação de arbitrariedades, limitação do império da vontade pessoal do magistrado) e do materialismo processual (reconhecimento dos valores tradicionalmente reconhecidos). Logo, não há que se falar em supremacia do processo material em desfavor das formalidades necessárias, bem como não há que se falar em supremacia do processo formal em desfavor de questões materiais necessárias.

## Referências

- BECKER, H.S. 2008 [1963]. *Outsiders: estudos de sociologia do desvio*. Rio de Janeiro, Zahar, 232 p.
- BOBBIO, N. 2004. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro, Campus/Elsevier, 232 p.
- BOBBIO, N. 1995. *O positivismo jurídico: lições de Filosofia do Direito*. São Paulo, Ícone, 239 p.
- CAMARGO, M.M.L. 2003. *Hermenêutica e argumentação: uma contribuição ao estudo do Direito*. 3ª ed., Rio de Janeiro, Renovar, 294 p.
- DURKHEIM, É. 1998. As regras do método sociológico. In: P.S. OLIVEIRA (org.), *Metodologia das ciências humanas*, São Paulo, HUCITEC/UNESP, p. 29-51.
- HESSE, K. 1991. *A força normativa da Constituição: die normative Kraft der Verfassung*. Porto Alegre, Fabris, 34 p.
- MACINTYRE, A. 2001. *Depois da virtude: um estudo em teoria moral*. São Paulo, Edusc, 477 p.
- MACINTYRE, A. 1991. *Justiça de quem? Qual racionalidade?* São Paulo, Loyola, 438 p.
- MONTESQUIEU, C. de S. 2005. *O espírito das leis*. 3ª ed., São Paulo, Martins Fontes, 169 p.
- REALE, M. 1994. *Fontes e modelos do Direito: para um novo paradigma hermenêutico*. São Paulo, Saraiva, 124 p.
- SILVA, J.A. 2004. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 23ª ed., São Paulo, Malheiros, 758 p.
- STRECK, L.L. 2008. Diferencia (ontológica) entre texto y norma: alejando el fantasma del relativismo. Disponível em: [http://leniostreck.com.br/index.php?option=com\\_docman&Itemid=40](http://leniostreck.com.br/index.php?option=com_docman&Itemid=40). Acesso em: 07/10/2011.
- STRECK, L.L. 2000. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 2ª ed., Porto Alegre, Livraria do Advogado, 366 p.

Submetido: 24/11/2011

Aceito: 04/08/2012