

A TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO DE CHAÏM PERELMAM

CHAÏM PERELMAN'S THEORY OF LEGAL ARGUMENTATION

*Luíze Stoeterau Navarro**

RESUMO

O presente artigo pretende analisar a proposta de Chaïm Perelman de uma Nova Retórica e suas implicações para a lógica jurídica e o Direito. Perelman parte da retórica clássica aristotélica para criar uma nova teoria da argumentação jurídica, a que convencionou chamar de Nova Retórica. Iniciando com uma visão geral e um breve histórico da retórica, será feito um estudo dos principais conceitos trazidos por Perelman, como o de persuasão, auditório, força dos argumentos e figuras de retórica. Posteriormente, será feita uma análise da lógica jurídica do mesmo autor, que consiste nas implicações da argumentação e da retórica para o Direito.

PALAVRAS-CHAVE: Retórica. Perelman. Argumentação jurídica.

ABSTRACT

The present paper aims to analyze Chaïm Perelman's proposal of a New Rhetoric and its implications to legal argumentation and Law. Perelman starts with classical Aristotelian rhetoric in order to create a new theory of legal argumentation, which he calls New Rhetoric. Beginning with an overview and a brief history of rhetoric, we will proceed to a study of the main concepts in Perelman's theory, as for persuasion, audience, strength of the arguments and rhetorical figures. Only then an investigation of legal logic, from the point of view of the same author, will be done, and that consists in a study of argumentation and rhetoric implications to Law.

KEY WORDS: rhetoric, Perelman, legal argumentation.

* Mestranda em Direitos Humanos e Democracia (História do Direito) no PPGD-UFPR. Pesquisadora bolsista da CAPES 2013/2014.

1. Introdução

A retórica, matéria que já foi vastamente estimada, vem perdendo seu prestígio nas últimas décadas. O crescimento da visão mais cientificista do mundo, decorrente do modo de pensar moderno e do Positivismo contribuíram em grande parte para que a retórica fosse tida como algo desnecessário.

No entanto, toda forma de argumentação é retórica, incluindo-se aí a argumentação científica. Por isso a vital importância de se compreender melhor o assunto, de forma a ter os instrumentos para analisar as informações que nos são oferecidas e apresentadas diariamente.

Nesse trabalho, proceder-se-á uma análise da retórica de Perelman, grande estudioso do assunto e um dos responsáveis pela retomada dos estudos retóricos na década de 50. Perelman parte da retórica clássica aristotélica para criar uma nova teoria da argumentação jurídica, a que convencionou chamar de Nova Retórica.

2. A Teoria da Argumentação de Chaïm Perelman

2.1 Breve histórico da retórica: definições iniciais

A Retórica é a arte do discurso, do bem falar, como indica a própria etimologia da palavra. Mas, além disso, é também a teoria acerca dos recursos verbais, sejam orais ou escritos, que são capazes de tornar um argumento persuasivo¹.

Os mais recentes estudos indicam que essa arte surgiu na antiga Grécia, tendo sua origem conectada ao discurso judiciário. Por volta de 465 a.C., Córax e Tísis teriam publicado uma compilação de seus preceitos básicos, denominada Arte Retórica (*Tekhné Rhetoriké*). Tal obra era destinada as pessoas envolvidas em conflitos judiciais, oferecendo-lhes preceitos práticos, numa época em que a figura do advogado ainda não existia.

Foi a retórica, portanto, primeiramente desenvolvida pelos sofistas. Dentre estes, destacam-se Córax, Górgias e Protágoras. Para os sofistas, a retórica visa uma argumentação

¹ BARRETO, Vicente de Paulo. **Dicionário de Filosofia do Direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 724.

fundada no verossímil (*eikos*), e não no verdadeiro ou na verdade em si, operando a partir da diversidade de opiniões e argumentos. A habilidade retórica seria, justamente, ser capaz de confrontar os argumentos contrários. Por esse motivo, Córax definia a retórica como “*criadora de persuasão*”².

Surge então, com Protágoras, a intersecção da retórica e da erística, técnica utilizada pelos sofistas, primordialmente, para vencer um debate, independentemente da busca pela verdade ou do argumento mais verossímil. A partir daí, a retórica passa a ser considerada pelo grego como a arte de vencer qualquer discussão ou combate, independentemente de se ter razão ou não. Protágoras não acreditava na existência de uma verdade absoluta, dizendo que cada homem teria sua própria verdade, sendo, assim, a medida de todas as coisas. Tal junção foi, muito mais tarde, retomada por Schopenhauer em seu escrito *A Arte de Ter Sempre Razão ou Dialética Erística*: “*Trata-se da onipotência da palavra, não submetida a qualquer critério externo de verdade*”³.

Platão, por sua vez, no diálogo Górgias, nega a cientificidade da retórica sofista, rebaixando-a a mera prática empírica que busca o convencimento dos demais. Para ele, o fim último da retórica não é o bem, mas o prazer, sendo comparada a uma forma de adulação. Em Fedro, entretanto, se refere a outro tipo de retórica, considerado por ele uma verdadeira arte. Teria também o objetivo de persuadir, mas “*se funda em um conhecimento científico da alma, e mesmo quando é empregada para persuadir sobre o falso pressupõe o conhecimento do verdadeiro*”⁴.

Embora Platão tenha combatido as ideias sofistas sobre a arte da retórica, coube a Aristóteles sistematizar o seu estudo. Para o estagirita, a retórica consistiria na escolha dos meios adequados para persuadir. Ainda, era considerada, tal qual a dialética, como não pertencente aos gêneros definidos para os objetos, sendo universal. Pode-se dizer que “*É de matriz aristotélica o*

² BARRETO, Vicente de Paulo. *Op. cit.*, p. 724.

³ BARRETO, Vicente de Paulo. *Op. cit.*, p. 724.

⁴ BERTI, Enrico. **As Razões de Aristóteles**. São Paulo: Loyola, 2002, p. 168.

*sistema retórico que servirá como paradigma para o estudo posterior da retórica e resistirá, sem grandes mudanças, até o século XIX*⁵.

Cumprе ressaltar que

*“O legado grego da retórica e sua sistematização proliferaram no mundo romano. O desenvolvimento do sistema judiciário, da produção incessante de legislação, o advento do ius praetorium, criam o ambiente próprio para o surgimento dos iuris-prudentes e dos advogados que praticam a retórica judiciária. Advogados militantes, Cícero e Quintiliano são os expoentes da latinização e difusão da retórica grega. Ambos desenvolvem seus sistemas retóricos, dialogando com o modelo aristotélico, cujas partes são desmembradas e reordenadas, num intenso trabalho de reelaboração”*⁶.

Tal tradição latina permanece na cultura ocidental através da aplicação de artifícios retóricos no amplamente conhecido *Corpus Iuris Civilis* de Justiniano, compilação do Direito Romano. Também no *Digesto* mostravam-se ensinamentos de juriconsultos em máximas carregadas de força persuasiva⁷.

Durante a Idade Média, a retórica continua a ser ensinada nas Universidades, integrando o *Trivium*, juntamente com a lógica e a gramática. Até o século XIX, permanece seu ensino universitário, mas com o advento de novas correntes de pensamento, principalmente do Romantismo e do Positivismo Cientificista, começa a ceder:

“Vitor Hugo, expoente da literatura romântica, rejeita a retórica, opondo-lhe o paradigma de um ideal de sinceridade, que consistiria no uso espontâneo do código da língua. O Positivismo, por seu turno, exclui do seu ideal de construção de uma ciência da linguagem todo um conjunto

⁵ BARRETO, Vicente de Paulo. *Op. cit.*, p. 724.

⁶ BARRETO, Vicente de Paulo. *Op. cit.*, p. 725.

⁷ BARRETO, Vicente de Paulo. *Op. cit.*, p. 724.

de elementos valorativos e emotivos antes consagrados na tradição das técnicas retóricas”⁸.

Na Idade Moderna, a retórica como arte argumentativa começou a ser completamente desacreditada, principalmente após Descartes, que reafirma o primado das evidências sobre os argumentos verossímeis. Se desenvolve o discurso científico, para o qual não se trata de convencer ninguém, mas de demonstrar com "fatos", "dados", "provas" da Verdade, que passa a ser considerada única e irrefutável.

Chaïm Perelman afirma que:

“Descartes e os racionalistas puderam deixar de lado a retórica na medida em que a verdade das premissas era garantida pela evidência, resultante do fato de se referirem a idéias claras e distintas, a respeito das quais nenhuma discussão era possível. Pressupondo a evidência do ponto de partida, os racionalistas desinteressaram-se de todos os problemas levantados pelo manejo de uma linguagem”⁹.

No século XX, a Retórica é retomada, como consequência da generalização das teses relativistas e do descrédito das ideologias. Um dos responsáveis pela retomada é Chaïm Perelman, que, juntamente com Lucie Olbrechts-Tyteca, escreveu *O Tratado da Argumentação - A Nova Retórica*.

Atienza explica que o que é hoje entendido como teoria da argumentação jurídica, surgiu por volta da década de 50, em uma série de obras que *“compartilham entre si a rejeição da lógica formal como instrumento para analisar os raciocínios jurídicos”¹⁰*. Dentre essa série de obras, destacam-se três concepções mais relevantes: a tópica de Viehweg, a nova retórica de Perelman e a lógica informal de Toulmin.

⁸ BARRETO, Vicente de Paulo. *Op. cit.*, p. 725.

⁹ PERELMAN, Chaïm. **Lógica Jurídica**. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 142.

¹⁰ ATIENZA, Manuel. *Op. cit.*, p. 59.

Theodor Viehweg, por sua vez, parte de uma análise da tópica aristotélica, tendo grande êxito na Teoria do Direito da Europa continental¹¹. Esclareça-se que a tópica é uma parte da retórica, um “*antigo patrimônio intelectual da cultura mediterrânea que emerge antes de Aristóteles, junto com ele e depois dele, em todas as fórmulas retóricas, com o nome de euresis, inventio, ars inveniendi ou algo semelhante*”¹². O próprio Viehweg define a tópica como forma de pensar por meio de problemas, sendo desenvolvida pela retórica¹³.

Toulmin, por sua vez, parte da ideia de que a lógica tem relação com a maneira como os homens pensam, argumentam e interferem no mundo, apesar de buscar outros meios que não os da lógica formal para explicar a argumentação. Na verdade o autor vai além, não busca apenas dizer que a lógica não dá conta da razão prática, mas que “*a lógica – tal como é habitualmente entendida – não permite dar conta, tampouco, da maior parte dos argumentos que se articulam em qualquer âmbito, inclusive os da ciência*”¹⁴.

Por fim, Perelman evidencia que a lógica formal se move no terreno da necessidade, uma vez que dadas as premissas a conclusão é necessária, enquanto que a argumentação em sentido estrito se move no terreno do simplesmente plausível, de forma que os argumentos retóricos não estabelecem verdades¹⁵.

2.2. A Nova Retórica de Chaïm Perelman

Nascido em 1912 na Polônia, viveu desde criança na Bélgica, onde estudou Direito e Filosofia na Universidade de Bruxelas. Durante a ocupação nazista, realizou trabalho acerca da noção de justiça, buscando aplicar a esse campo o método positivista de Gottlob Frege, pai da lógica moderna. Assim, pode-se dizer que tentou eliminar da ideia de justiça todo juízo de valor, já que caso contrário temeria cair fora da racionalidade¹⁶.

¹¹ ATIENZA, Manuel. *Op. cit.*, p. 59.

¹² VIEHWEG, Theodor. **Tópica e Jurisprudência**. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1979, p. 31.

¹³ VIEHWEG, Theodor. *Op. cit.*, p. 17.

¹⁴ ATIENZA, Manuel. *Op. cit.*, p. 133.

¹⁵ ATIENZA, Manuel. *Op. cit.*, p. 84.

¹⁶ ATIENZA, Manuel. **As Razões do Direito - Teorias da Argumentação Jurídica**. São Paulo: Landy, 2000, p. 81.

Sua tese nuclear é, portanto, a formulação de uma noção válida de justiça, que tenha caráter puramente formal. Manuel Atienza explicita que

*“Seu objetivo fundamental é ampliar o campo da razão para além dos confins das ciências dedutivas e das ciências indutivas ou empíricas, a fim de poder dar conta também dos raciocínios que ocorrem nas ciências humanas, no Direito e na Filosofia”*¹⁷.

Robert Alexy afirma que Perelman busca, desde a década de 50, mostrar em uma Teoria da Argumentação que *“além da comprovação empírica e da dedução lógica, existe ainda toda uma série de possibilidades de argumentação e fundamentação racional”*¹⁸. Afirma, portanto, que, de forma mais específica, Perelman visa firmar a ideia de que pode-se sim utilizar de razão prática em uma teoria da argumentação.

Sua obra mais importante foi escrita em colaboração com Olbrecht-Tyteca, e chama-se originalmente em francês *La nouvelle rhétorique: Traité de l’argumentation*, cuja primeira edição foi publicada em 1958. Nos dizeres de Enrico Berti, grande estudioso da obra aristotélica, trata-se de *“uma retomada, mais que da retórica, da dialética de Aristóteles”*¹⁹.

A lógica formal, ponto central para a compreensão de seu trabalho, exige necessidade, ou seja, as conclusões devem ser necessárias uma vez dadas as premissas. Como consequência, tem-se que se as premissas consideradas são verdadeiras também o serão as conclusões. Tal raciocínio não se aplica à Retórica, já que a argumentação parte daquilo que é plausível e provável, não estabelecendo propriamente verdades com pretensão absoluta. Suas consequências mostram, portanto, o caráter razoável, aceitável ou plausível de certa opinião.

Perelman prefere, para sua teoria, o termo retórica ao vocábulo dialética. Isso ocorre pela importância que atribui ao auditório, elemento essencial de sua tese, já que toda argumentação visa à adesão dos indivíduos²⁰.

¹⁷ ATIENZA, Manuel. *Op. cit.*, p. 84.

¹⁸ ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica – A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Fundamentação Jurídica**. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 157.

¹⁹ BERTI, Enrico. *Op. cit.*, p. XIV.

²⁰ PERELMAN, Chaïm. **Tratado da Argumentação – A Nova Retórica**. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 5.

O conceito de auditório é, dessa forma, de vital importância para a correta compreensão da Teoria de Perelman. Para ele, auditório é “*o conjunto daqueles a quem o orador quer influenciar com sua argumentação*”²¹. Juntamente com o auditório, Perelman distingue mais dois elementos da argumentação: o discurso e o orador. O filósofo acredita que os elementos da argumentação não podem ser considerados individualmente, mas no todo, no conjunto, sendo que

*“considera que a estrutura do discurso argumentativo se assemelha à de um tecido: a solidez deste é muito superior à de cada fio que constitui a trama. Uma consequência disso é a impossibilidade de separar radicalmente cada um dos elementos que compõe a argumentação”*²².

Quanto aos auditórios, uma classificação é feita por Perelman, sendo por ele considerada a mais importante de todas: é a distinção entre a argumentação perante o auditório universal, a feita para um único ouvinte (diálogo) e a deliberação consigo mesmo. Note-se que o conceito de auditório universal é também nuclear em sua teoria. A necessidade de se adaptar ao auditório implica a possibilidade de superestimar grupos que não são de fato representativos. A consequência são paradoxos e contradições ante a contra-argumentação alheia. É para isso que se cria uma imagem de um auditório que englobe a totalidade dos seres. Dado que é uma construção imaginária, este auditório universal se conforma em função dos indivíduos que o criam²³.

O autor distingue ainda três aspectos iniciais e necessários para o estudo da argumentação: acordo, escolha e apresentação das premissas.

O acordo pode ser definido como aquilo que é admitido desde o início da argumentação. Seus objetos podem ser relativos ao real (fatos verdadeiros e presunções) ou ao preferível (valores, hierarquias e lugares do preferível), sendo que se diferem, pois os primeiros querem ser válidos para o auditório universal, enquanto os segundos teriam sua validade admitida apenas em auditórios particulares.

A escolha dos dados e sua adaptação com vistas à argumentação é justamente a opção por utilizar, ou não, certa premissa em determinada argumentação, é uma “*seleção prévia dos*

²¹ PERELMAN, Chaïm. *Op. cit.*, p. 22.

²² ATIENZA, Manuel, *Op. cit.*, p. 85.

²³ PERELMAN, Chaïm. *Op. cit.*, p. 34-39.

elementos que servirão de ponto de partida para a argumentação e da adaptação deles aos objetivos desta última”²⁴. Para Perelman, seu papel é evidente, já que o simples fato de optar-se por um dado e apresentá-lo ao auditório já demonstra sua importância e pertinência no debate.

Por fim, ao discorrer sobre a apresentação das premissas, Perelman afirma que “*antes mesmo de argumentar a partir de certas premissas, é essencial que o conteúdo delas se destaque contra o fundo indistinto dos elementos de acordo disponíveis*”²⁵. Explica que a apresentação dos dados muitas vezes se confunde com a escolha dos mesmos, mas destaca a importância de uma apresentação eficaz, que pode impressionar os ouvintes e orientar seus espíritos em uma dada direção.

Perelman coloca ainda, outras classificações em seu estudo, como aquela quanto às técnicas argumentativas, dividindo os argumentos entre argumentos de união e de dissociação. Apresenta, inclusive, quadros detalhados com a classificação dos argumentos sem a intenção, no entanto, de que esta seja exaustiva. Explica, até mesmo, que as classes de argumentos coexistem e que um mesmo argumento pode ser explicado de diferentes maneiras, não sendo a classificação apresentada considerada estanque.

O que importa para o autor não é tanto o estudo dos argumentos de forma isolada. Para ele os elementos da argumentação estão sempre e constantemente em interação. Importa, primordialmente, o todo e

*“O orador deverá levar em conta esse complexo fenômeno de interação na hora de escolher seus argumentos, assim como a amplitude e a ordem da argumentação. Para isso, terá de guiar-se por uma noção confusa, mas indispensável, a de força dos argumentos”*²⁶.

Encontramos, portanto, mais uma classificação dos argumentos, em Perelman, que os divide em fracos e fortes. Há diversos critérios apontados pelo autor como meios de avaliar a força dos argumentos, mas um se sobressai perante os demais. Trata-se

²⁴ PERELMAN, Chaïm. *Op. cit.*, p. 131.

²⁵ PERELMAN, Chaïm. *Op. cit.*, p. 161.

²⁶ ATIENZA, Manuel. *Op. cit.*, p. 103.

do Princípio da Adaptação do Auditório, o qual pauta-se na validade (elemento normativo) e eficácia (elemento descritivo) dos argumentos para determinar sua força²⁷.

O autor ressalta o fato de que a força de um argumento depende também do contexto. Isso se torna claro na medida em que se pensa que certo argumento pode ser extremamente convincente a certa época, e não ter tanta força em outro contexto: “o que, em certa situação, pôde convencer, parecerá convincente numa situação semelhante ou análoga. (...) Assim, a força dos argumentos depende, em grande parte, de um contexto tradicional”²⁸. Portanto, a força do argumento depende do auditório e da ocasião.

Atienza analisa a posição de Perelman da seguinte maneira:

“A força de um argumento dependeria de diversos fatores, como a intensidade da aceitação por um auditório, a relevância do argumento para os propósitos do orador e do auditório, a possibilidade de ele ser refutado (quer dizer, até que ponto o auditório aceita certas crenças que permitiriam refutar o argumento) e as reações de um auditório considerado hierarquicamente superior (um argumento é mais forte que outro se um auditório crê que esse argumento teria mais força para um auditório que ele considera hierarquicamente superior)”²⁹.

O filósofo estuda ainda, de modo mais específico, a Lógica Jurídica, nome dado por ele ao estudo dos raciocínios e técnicas próprias dos juristas. Para ele, trata-se de ramo da própria Retórica, e não de um mero ramo da lógica formal, já que os raciocínios jurídicos não podem ser reduzidos a raciocínios lógico-formais³⁰.

Isso se deve ao fato de que

²⁷ PERELMAN, Chaïm. *Op. cit.*, p. 26-29.

²⁸ PERELMAN, Chaïm. *Op. cit.*, p. 705.

²⁹ ATIENZA, Manuel. *Op. cit.*, p. 112-113.

³⁰ ATIENZA, Manuel. *Op. cit.*, p. 105.

“O papel da lógica formal é fazer com que a conclusão seja solidária com as premissas, mas o da lógica jurídica é mostrar a aceitabilidade das premissas [...]. A lógica jurídica, especialmente a judicial [...] se apresenta, resumindo, não como uma lógica formal, e sim como uma argumentação que depende da maneira como os legisladores e os juízes concebem sua missão e da ideia que eles fazem do Direito e do seu funcionamento na sociedade”³¹.

De fato, o raciocínio jurídico apresenta peculiaridades com relação aos demais campos do saber, a começar pelo seu caráter de controvérsia. Ou seja, enquanto nas ciências humanas e na Filosofia pode-se chegar a um acordo entre as partes, no Direito isso ocorre por meio da intervenção de uma autoridade, já que as partes defendem pontos de vista opostos, necessariamente.

Nesse sentido, Atienza afirma que

“A especificidade do raciocínio jurídico parece consistir no seguinte: ao contrário do que ocorre nas ciências (em particular nas ciências dedutivas) e semelhante ao que ocorre na filosofia e nas ciências humanas, na argumentação jurídica é difícil chegar a um acordo entre as partes; quer dizer, a argumentação tem o caráter de uma controvérsia. Entretanto, consegue-se superar essa dificuldade mediante a imposição de uma decisão baseada na autoridade, ao passo que, na filosofia e nas ciências humanas, cada uma das partes permanece em sua posição”³².

2.3. A argumentação e o Direito

A relação entre direito e retórica é tamanha que Atienza chega a afirmar que *“ninguém duvida que a prática do Direito consista, fundamentalmente, em argumentar, e todos*

³¹ PERELMAN, Chaïm. *Op. cit.*, p. 232-233.

³² ATIENZA, Manuel. *Op. cit.*, p. 106.

costumamos convir em que a qualidade que melhor define o que se entende por um ‘bom jurista’ talvez seja sua capacidade de construir argumentos e manejá-los com habilidade”³³.

O mesmo autor acredita que existem três âmbitos jurídicos principais, em que ocorrem as argumentações: produção ou estabelecimento de normas jurídicas; aplicação de normas e dogmática jurídica³⁴.

Quanto à produção e estabelecimento de normas jurídicas, entende que se trata tanto das discussões pré-legislativas, quanto daquelas concernentes a fase legislativa propriamente dita. Ou seja, Atienza diferencia as discussões que surgem junto com o problema social a ser enfrentado, e cuja solução acredita-se que possa ser legislativa, das discussões enfrentadas pelo Poder Legislativo. As primeiras, destaca ele, tem caráter mais político e moral do que jurídico, enquanto que nas últimas prevalece o técnico-jurídico³⁵.

No campo da aplicação das normas, a atividade é levada a cabo principalmente pelos juízes, órgãos administrativos e simples particulares, explica Atienza. A argumentação nesse âmbito deve ser diferenciada entre aquela que diz respeito aos fatos e aquela que se relaciona com o Direito. Ressalte-se que os problemas mais enfrentados pela Teoria da Argumentação são relativos à interpretação do direito; enquanto que os mais enfrentados na prática dos Tribunais são relativos aos fatos³⁶.

Por fim, no âmbito da dogmática jurídica, o autor distingue três funções: fornecer critérios para a produção do Direito nas diversas instâncias em que ocorre; oferecer critérios para sua aplicação e ordenar e sistematizar um setor do ordenamento jurídico³⁷.

Partindo de um prisma histórico, vale lembrar que até o final da Segunda Guerra Mundial, prevalecia no Direito, bem como nas demais ciências, a Teoria Positivista, que nega qualquer filosofia de valores. Com seu expoente em Hans Kelsen, o Positivismo Jurídico apresenta hierarquização das normas, que advêm somente do Estado. Ressalta Perelman que tal hierarquia ocorre de forma que a norma inferior é deduzida da superior mediante a determinação

³³ ATIENZA, Manuel. *Op. cit.*, p. 17.

³⁴ ATIENZA, Manuel. *Op. cit.*, p. 18.

³⁵ ATIENZA, Manuel. *Op. cit.*, p. 18.

³⁶ ATIENZA, Manuel. *Op. cit.*, p. 19.

³⁷ ATIENZA, Manuel. *Op. cit.*, p. 19.

das condições segundo as quais poderá ser criada norma inferior, diferindo aí das lógicas e da matemática, em que tal determinação ocorre mediante transformações puramente formais³⁸.

Buscando uma neutralidade,

*“a teoria pura do direito, tal como Kelsen a elaborou, deveria, para permanecer científica, eliminar de seu campo de investigação qualquer referência a juízos de valor, à ideia da justiça, ao direito natural, e a tudo o que concerne à moral, à política ou à ideologia. A ciência do direito se preocupará com condições de legalidade, de validade dos atos jurídicos, com sua conformidade às normas que os autorizam”*³⁹.

Assim sendo, a lei é unicamente a expressão da vontade da nação e o juiz usa apenas de razão lógica, puramente dedutiva, para aplicá-la aos casos particulares⁴⁰.

Perelman destaca ainda que a consequência inevitável da concepção positivista é a restrição do papel da lógica, dos métodos científicos e da razão a problemas de conhecimento unicamente teóricos. Dessa forma, negava-se a possibilidade de um uso prático da razão. Por isso, Perelman diz que tal a teoria positivista se opunha a tradição aristotélica, vez que esta previa uma razão prática, aplicável a todos os campos da ação, da ética à política, e justificando a filosofia como busca pela sabedoria⁴¹.

Para Perelman, uma pequena volta às ideologias do Direito que tiveram seu lugar no mundo jurídico depois do Código de Napoleão, como a Positivista, conduz a uma conclusão que havia sido perdida nas concepções formalista e legalista do Direito. Tal conclusão consiste no fato de que o juiz não pode dar-se por satisfeito ao conseguir motivar suas decisões de modo apenas aceitável; ele deve analisar o valor destas decisões, julgando se lhes parecem justas, ou, ao menos, sensatas⁴².

³⁸ PERELMAN, Chaïm. **Lógica Jurídica**. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 91.

³⁹ PERELMAN, Chaïm. *Op. cit.*, p. 92-93.

⁴⁰ PERELMAN, Chaïm. *Op. cit.*, p. 93.

⁴¹ PERELMAN, Chaïm. *Op. cit.*, p. 136.

⁴² PERELMAN, Chaïm. *Op. cit.*, p. 95.

Assim sendo, desde a Revolução Francesa, sempre houve a necessidade de um mecanismo de justificação das decisões, papel este ocupado pelo raciocínio jurídico⁴³.

Perelman destaca que, no âmbito do Direito, estamos quase sempre frente a teses opostas, já que todos os litígios põem adversários em oposição. Dessa forma, sem o devido respaldo legal, não seria possível fundamentar uma tese suficientemente bem para fazê-la prevalecer sobre a oposta.

Ou seja, sem algum fundamento legal ou da ordem jurídica que dê base a tese abarcada, a fundamentação devida de uma sentença seria tarefa impossível, como bem expressou o autor: “A afirmação de que tal tese é preferível em direito supõe a existência de uma ordem jurídica, pois de outro modo seria impossível motivar, de modo juridicamente válido, o dispositivo da sentença”⁴⁴.

O autor destaca a essencialidade de encontrar, diante do raciocínio que um juiz usou para embasar sua decisão sobre questão controvertida, os mecanismos intelectuais que o magistrado utilizou para considerar tal decisão como equitativa, razoável ou aceitável⁴⁵.

É nesses casos, e na ausência das soluções aceitas com unanimidade, que se fazem presentes a retórica e os raciocínios dialéticos. Raciocínios estes que visam justamente estabelecer um acordo sobre os valores e sobre sua correta aplicação, quando estes são objeto de controvérsia. Assim, torna-se fundamental a noção de acordo, já que inexistindo meios de prova, ou sendo eles insuficientes, é necessário obter o acordo alheio, e também o próprio – em caso de deliberação íntima, sobre a aplicação de um valor.

Em sua obra, *Lógica Jurídica*, o filósofo explica que muitas vezes é necessário ao magistrado socorrer-se de uma fundamentação fictícia para uma decisão que se impõe. Isso ocorre quando, “por razões de bom senso, de equidade ou de interesse geral, uma solução se apresenta como a única admissível, (...), ainda que seja obrigado a recorrer a uma argumentação especiosa para mostrar sua conformidade com as normas legais em vigor”⁴⁶.

⁴³ PERELMAN, Chaïm. *Op. cit.*, p. 96.

⁴⁴ PERELMAN, Chaïm. *Op. cit.*, p. 98.

⁴⁵ PERELMAN, Chaïm. *Op. cit.*, p. 139.

⁴⁶ PERELMAN, Chaïm. *Op. cit.*, p. 190.

Obviamente, tal atitude traz conseqüências, como a continuação do litígio, já que as partes permanecem, ambas, acreditando que tem legalmente a razão. A paz judicial, como chama o próprio autor, somente irá se estabelecer quando houver a devida fundamentação legal e argumentação jurídica sólida em uma decisão⁴⁷. Para o autor, no entanto, é raro que um tribunal não encontre, diante da técnica jurídica que tem a sua disposição, uma decisão que possa conciliar a solução aceitável para o litígio e sua observância à lei⁴⁸.

A situação, no entanto, remete a um problema mais profundo e que já acompanha o direito desde seus primórdios: a relação entre verdade e justiça⁴⁹. Embora muitas vezes o direito privilegie outros valores à verdade, o recurso à ficção jurídica pode ser usado de forma escusa, para perseguir adversários políticos por crimes fictícios, em exemplo trazido pelo autor na obra supracitada⁵⁰. Isso pode ser explicado quando se pensa a respeito de uma decisão que o magistrado sabe equivocada, mas se esforça em fundamentar, retórica e juridicamente, por preferi-la a outra. A verdade é deixada de lado, privilegiando-se a vontade do juiz, que prevalecerá caso este consiga argumentar de forma satisfatória.

A importância e necessidade da motivação das decisões judiciais é largamente reconhecida hoje, tendo respaldo no princípio do livre convencimento do juiz. Obrigá-lo a motivar suas decisões é obrigá-lo a ter razões para decidir em certo sentido, afastando, ou, ao menos, reduzindo, a arbitrariedade.

Perelman acrescenta, ainda, que a sentença reflete o diálogo entre o juiz e os advogados⁵¹. Ambos os lados apresentam suas teses, fundamentando-as da melhor forma possível, para que sejam aceitas ou acolhidas. Já o magistrado procura convencer os demais de seus argumentos e de sua decisão, utilizando-se da retórica, obviamente, para conseguir a adesão das partes.

Dessa forma, o juiz deve utilizar o conhecimento que tem sobre o tema, e também sobre as partes, para forjar sua decisão. É importante considerar o ramo do direito em que o litígio está ocorrendo também, já que muitas vezes a lógica utilizada muda de um ramo jurídico para o outro.

⁴⁷ PERELMAN, Chaïm. *Op. cit.*, p. 191.

⁴⁸ PERELMAN, Chaïm. *Op. cit.*, p. 193.

⁴⁹ PERELMAN, Chaïm. *Op. cit.*, p. 195.

⁵⁰ PERELMAN, Chaïm. *Op. cit.*, p. 199.

⁵¹ PERELMAN, Chaïm. *Op. cit.*, p. 215.

O magistrado deve levar em conta todos esses aspectos se quiser de fato conseguir a adesão daqueles a quem se dirige, evitando a continuidade do litígio.

Perelman expressa que “*O raciocínio judiciário tem de ser matizado segundo os auditórios aos quais se dirige, segundo a matéria tratada, segundo o ramo do direito*”⁵², evidenciando a importância de levarem-se em consideração essas características na hora de argumentar.

O papel dos advogados é diverso daquele dos juízes. Um advogado visa demonstrar ao tribunal que a tese que está a defender é correta. “*Para consegui-lo, adaptará sua argumentação ao auditório, do qual depende o desfecho do processo*”⁵³. Assim sendo, não utilizará dos mesmos artifícios para dirigir-se a um juiz de primeiro grau e ao tribunal, em sede de apelação, ou às instâncias superiores. Mudando o auditório, portanto, deve o advogado modificar sua argumentação.

Ademais, todo advogado sabe que a parte contrária utilizará dos mesmos fatos para apresentar conclusões jurídicas diferentes, o que não pode olvidar em sua argumentação. É claro que “*Cada uma das partes invocará as regras e os precedentes que lhe são favoráveis, procurando mostrar por que os invocados pelo adversário não são aplicáveis ao caso concreto*”⁵⁴. Assim, a análise das semelhanças e diferenças passa a ser essencial para a resolução dos litígios.

Perelman destaca que, para os advogados,

“Trata-se, a cada vez, de convencer o juiz que terá de dirimir o conflito de que, adotando a tese que se defende, não fará figura de original, insensível a hierarquia dos valores tal como foi proclamada pelo legislador, pela jurisprudência e pela doutrina, mas de que, ao contrário, estaria na linha que mais probabilidade teria de triunfar, se o mesmo

⁵² PERELMAN, Chaïm. *Op. cit.*, p. 216.

⁵³ PERELMAN, Chaïm. *Op. cit.*, p. 217.

⁵⁴ PERELMAN, Chaïm. *Op. cit.*, p. 219.

*litígio devesse ser julgado em recurso, ou se a decisão e sua motivação tivessem de ser submetidas à Corte de Cassação*⁵⁵.

Trata-se, portanto, e sem sombra de dúvidas, de uso da arte retórica. De convencimento de que a tese defendida é a correta, ou, ao menos, a mais provável de manter-se em sede de recursos e em julgamento pelos Tribunais superiores. Os advogados buscam, deste modo, persuadir o juiz.

Os juízes e desembargadores, por sua vez, buscam convencer, não somente as partes, mas todos de que sua decisão foi tomada com base na lei e na justiça. Assim sendo, seus argumentos deverão pautar-se na lei, princípios e valores que permeiam o litígio. A equidade e justiça social em muito interferem também, uma vez que a decisão não se dirige apenas aos advogados e partes, mas a sociedade em geral.

3. Apontamentos conclusivos

A teoria de Perelman não é isenta de críticas, como bem aponta Robert Alexy. O alemão coloca como um dos principais problemas dessa teoria a abstração do conceito de auditório universal, que não permite que se conduza com segurança a um consenso fundamentado⁵⁶, questionando “*até que ponto um conceito tão amplamente formulado pode servir como medida para valorar argumentos*”⁵⁷.

No entanto, sua importância é largamente reconhecida por filósofos e juristas mundo afora. Juntamente com a argumentação, a teoria de Chaïm Perelman levanta questões sobre justiça e verdade, sendo de compreensão essencial para os estudiosos do Direito.

⁵⁵ PERELMAN, Chaïm. *Op. cit.*, p. 220.

⁵⁶ ALEXY, Robert. *Op. cit.*, p. 170.

⁵⁷ ALEXY, Robert. *Op. cit.*, p. 164.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica – Teoria do Discurso Racional como Teoria da Fundamentação Jurídica*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

ATIENZA, Manuel. *As Razões do Direito – Teorias da Argumentação Jurídica*. São Paulo: Landy, 2000.

BARRETO, Vicente de Paulo. *Dicionário de Filosofia do Direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BERTI, Enrico. *As Razões de Aristóteles*. São Paulo: Loyola, 2002;

CHAUÍ, Marilena. *Introdução à História da Filosofia: dos pré-socráticos a Aristóteles, volume I*. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.

PERELMAN, Chaïm. *Considerações sobre uma Lógica Jurídica*. In: Bulletin de la classe des lettres et des sciences morales et politiques da Academie Royale de Belgique, Bruxelas, 1976, 5ª. série, t. LXII. Trad. Scarpinella Bueno. Disponível em: <http://www.scarpinellabueno.com.br/Textos/Perelman1.pdf>. Data de acesso: 20 de maio de 2011.

PERELMAN, Chaïm. *Lógica Jurídica*. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da Argumentação – A Nova Retórica*. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

REBOUL, Olivier. *Introdução à Retórica*. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

VIEHWEG, Theodor. *Tópica e Jurisprudência*. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1979.

VILLEY, Michel. *Filosofia do Direito: definições e fins do direito, os meios do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2008.