

# UM OLHAR SOBRE A LÓGICA JURÍDICA DE CHAÏM PERELMAN

## A LOOK AT THE LEGAL LOGIC OF CHAÏM PERELMAN

Patrícia De Aguiar Hirano E Silva

### RESUMO

O presente trabalho aborda a lógica jurídica desenvolvida por Chaïm Perelman, em contraposição à lógica formal até então utilizada no pensamento jurídico. O autor da teoria da argumentação procura demonstrar os erros da aplicação do silogismo – baseado na inferência das premissas maior e menor para se chegar à conclusão da causa – e dos princípios da lógica formal (identidade, contradição, terceiro excluído e tríplice identidade) numa decisão judicial, o que não raras vezes acarreta injustiças e erros crassos, haja vista não haver garantia quanto à veracidade das premissas. No pós-positivismo, ainda sob o impacto das atrocidades cometidas na Segunda Guerra Mundial, Perelman defende o retorno dos valores, principalmente o de justiça, para fundamentação de sentenças. Reaviva, para tanto, a retórica e a dialética próprias da antiguidade e propõe um raciocínio jurídico baseado no estudo do discurso e suas técnicas para convencimento e maior adesão do auditório à tese apresentada.

**Palavras chave:** Lógica Jurídica; Perelman; Argumentação; Retórica; Raciocínio Jurídico.

### ABSTRACT

This work addresses the legal logic developed by Chaïm Perelman that opposes formal logic until then used in legal thinking. The author of the theory of argument seeks to demonstrate the errors the application of syllogism – based on inference of major and minor premises to arrive at the conclusion of the case – and of the principles of formal logic (identity, contradiction, excluded middle and triple identity) in a judicial decision, which hardly would lead to the injustice and blunders. The postpositivism, still under the impact of the atrocities committed in the second world war, Perelman advocates the return of values, especially the justice, in the grounds of judgments. He revives the rhetoric and dialectic of antiquity and proposes a legal reasoning based on the study of speech and their techniques for convincing and greater adherence of the auditorium to the thesis presented.

**Key word:** Legal logic; Perelman; Argumentation; Rhetoric; Legal reasoning.

# **1. INTRODUÇÃO**

O Direito é texto, assim se manifesta. O texto jurídico é um texto aberto, e como tal, está sempre sendo criado e recriado, em permanente transformação e complementação. Por não ser ciência exata, o Direito deve ser pensando, raciocinado, interpretado e argumentado.

Por muito tempo utilizou-se, na interpretação e aplicação do Direito, a lógica formal, por meio de raciocínios indutivos e dedutivos. Dentre estes últimos, o silogismo ganhou espaço na seara jurídica servindo para embasar petições iniciais, pareceres e sentenças.

Ocorre que, para que a conclusão inferida da aplicação do silogismo seja correta, as premissas devem ser indiscutivelmente verdadeiras, o que é incomum no campo jurídico.

A par dessa problemática, o polonês Chaïm Perelman, professor da Universidade de Bruxelas, após dedicar trinta anos ao estudo do positivismo jurídico, em um trabalho inédito, buscou desenvolver uma “teoria da argumentação” que, inspirada na retórica de Aristóteles, resgatou a dialética em seu sentido original.

Perelman rechaça a aplicação do silogismo na construção do raciocínio jurídico e expõe uma lógica jurídica – que em nada se assemelha à lógica formal – a qual, fazendo uso da nova retórica, exige que se estude o auditório para o qual o discurso será dirigido. Estuda ainda o argumento, suas técnicas de ligação e dissociação, a eficácia da argumentação, além de analisar as modalidades do raciocínio, focando-se na motivação das decisões judiciais.

O presente trabalho procura fazer um estudo de sua obra “Lógica Jurídica: Nova Retórica”, na qual Perelman lança as primeiras luzes ao raciocínio jurídico contemporâneo ao mostrar que, em matéria de justiça, não existe verdade absoluta, e tudo passa a depender da argumentação.

## **2. LÓGICA E RACIOCÍNIO**

### **2.1. A lógica formal**

Lógica é a ciência do raciocínio, estuda este como produto de uma atividade intelectual, por meio do exame das premissas e da conclusão, bem como a validade do vínculo entre esta e aquelas.

Conforme as palavras de Thomas de Aquino: “lógica é a arte de que dirige o próprio ato da razão. Isto é, arte que nos permite pensar com ordem, facilmente e sem erro” (*apud* NASCIMENTO, 2013, p. 42). Desta feita, quando se fala em lógica está se tratando de uma cadeia de raciocínios que, em todo o seu percurso, é pautada pelo bom senso.

São princípios da lógica formal o da identidade, o da contradição, o da exclusão do meio ou do terceiro excluído e o da tríplice identidade.

Segundo o princípio da identidade, “A” é “A”, aquilo é, é. Significa dizer que o que se diz ser alguma coisa, realmente é aquela coisa, inadmitindo um questionamento acerca disso.

O princípio da contradição afirma que uma coisa não pode deixar de ser e ser ao mesmo tempo. Assim, se “A” deixou de ser “A”, então não mais pode ser chamado de “A”, passando a ser outra coisa.

Por sua vez, o princípio da exclusão do meio, também conhecido como princípio do terceiro excluído, impõe que de duas coisas contraditórias entre si, uma deve ser verdadeira e a outra falsa. Esse princípio é alvo de críticas, vez que é possível que nem a primeira nem a segunda premissa sejam totalmente verdadeiras ou totalmente falsas.

Por fim, o princípio da tríplice identidade defende que duas coisas iguais a uma terceira devem ser iguais entre si.

A lógica em sentido estrito limita-se ao raciocínio dedutivo – e neste, o silogismo. Em sentido amplo ela também abrange o raciocínio indutivo.

O método dedutivo parte da análise premissa maior e da premissa menor para chegar a uma conclusão, assim, leva-nos a partir de verdades gerais para alcançarmos verdades particulares. Aplicando-se ao Direito, parte-se do plano inteligível (como é o caso dos princípios gerais do direito) para então solucionar o caso concreto.

Ao contrário, pelo método indutivo, após uma série de conhecimentos parciais, chega-se a um conhecimento geral. Assim, parte-se do plano sensível (dados singulares do caso) para o plano inteligível. Indução é a origem lógica da prova no processo judicial.

O silogismo é uma forma de raciocínio dedutivo. Trata-se de um argumento em que se chega à conclusão após a inferência de duas premissas. “É uma série de palavras (discurso) em que, sendo admitidas certas coisas, delas resultará, necessariamente, alguma outra pela simples razão de se terem admitido aquelas” (Aristóteles *apud* NASCIMENTO, 2013).

Justamente por conta de a conclusão advir das premissas, estas devem, necessariamente, ser verdadeiras para que também o seja aquilo que se conclui.

Perelman afirma que a estrutura da argumentação que motiva uma decisão judicial difere da estrutura do silogismo, pois:

Enquanto no silogismo a passagem das premissas a uma conclusão é obrigatória, o mesmo não acontece quando se trata de passar dos argumentos à decisão: tal passagem não é de modo algum obrigatória, pois se o fosse não estaríamos diante de uma decisão, que supõe sempre a possibilidade quer de decidir de outro modo, quer de não decidir de modo algum. (PERELMAN, 2000, p.3).

A lógica jurídica é ligada à ideia que fazemos do direito que constantemente se adapta aos pensamentos, questões e anseios sociais (PERELMAN, 2000). Por tal razão, mostra-se pertinente fazer uma prévia e breve reflexão sobre a evolução do Direito antes de examinar as técnicas de raciocínio próprias da lógica jurídica.

## **2.2. O raciocínio judiciário contemporâneo**

As escolas positivistas de outrora pregavam a exclusão de elementos que pudessem trazer subjetividade à aplicação do Direito (tais como justiça, ética e moral, e outros valores sociais e políticos), para assim evitar sua variabilidade. Eliminando os juízos de valor e concentrando-se nos critérios de legalidade e validade do ato jurídico, o magistrado transformaria a lei em um verdadeiro silogismo jurídico, conforme critérios objetivos e previamente estabelecidos, para, então, aplicar o Direito.

Surgiram, assim, os juízes chamados “boca da lei”, os quais se limitavam a aplicar o direito posto sem qualquer objeção.

Naquela época, entendia-se, equivocadamente, que a objetividade do julgamento garantiria um tratamento isonômico a todos, levando-se em conta apenas a igualdade em seu aspecto formal, sem se atentar às peculiaridades de cada relação humana.

Com o fim da Segunda Guerra Mundial, em uma reação ao dogmatismo jurídico, após as atrocidades por ele amparadas, desenvolveu-se um raciocínio judiciário que não mais aceitava o Direito como uma ciência objetiva, impessoal e atemporal.

A objetividade conduziu à coisificação do ser humano. A impessoalidade, bem como a atemporalidade, criou uma incomensurável distância entre a lei e os fatos. A aplicação do Direito tornou-se mera ficção de justiça e verdadeiros crimes foram escorados sob seu manto.

As concepções modernas do Direito clamavam que ele não mais poderia ser compreendido como um sistema estático e formal de normas, mas sim como um sistema dinâmico, que não se esgota na lei, mas um conjunto de valores que o legislador estaria obrigado a promover, dentre os quais se encontra a própria justiça.

Esser (1970 *apud* PERELMAN, 2000) defende que a ideia do “justo” decorre de juízos de valores intersubjetivos e conformes com o Direito, na medida em que corresponde às preocupações da sociedade no âmbito da qual a decisão irá gerar seus efeitos.

Diversamente do que prega o positivismo, para Perelman “são os juízos de valor, relativos ao caráter adequado da decisão, que guiam o juiz em sua busca daquilo que, no caso específico, é justo e conforme ao direito, subordinando-se normalmente esta última preocupação à precedente” (PERELMAN, 2000, p. 114). Tal caráter não será determinado por critérios objetivos ou meramente subjetivos, mas critérios intersubjetivos, na medida em que corresponde às preocupações do meio ao qual a decisão será submetida à aceitação, isto é, pressupõe em diálogo, um respeito interior à opinião social.

Dessa forma, o raciocínio jurídico deixa de ser uma simples operação dedutiva baseada no silogismo com aceitação absoluta das premissas, cuja conclusão se impõe, ainda que sua falta de razoabilidade grite a plenos pulmões.

Por outro lado, não poderá ser considerado como uma simples busca de solução equitativa, de fulcro inteiramente subjetivo, que poderá ou não ser inserida na ordem jurídica em vigor, uma vez que, nessa perspectiva, o juiz deixaria de lado o direito posto.

O juiz, assim, deverá buscar uma decisão que considere o *valor* da solução sem se desligar de sua conformidade com o *direito*, do contrário estaria a praticar atividade típica do poder Legislativo, e a causar inegável insegurança jurídica.

Por tal razão, Perelman analisando a problemática do raciocínio jurídico esforça-se para elaborar uma dialética em que a busca de uma solução satisfatória enriqueça o arsenal metodológico que permite manter a coerência do sistema e torná-lo mais flexível, capaz de adaptar-se à concretude do caso a ser julgado, mantendo, com isso, o valor “justiça”.

### **3. LÓGICA JURÍDICA**

#### **3.1. A nova retórica de Perelman**

Numa época em que o raciocínio jurídico referente à aplicação pura da lei era considerado uma mera dedução silogística, tendo como critério único o da legalidade, pregava-se a ausência de juízos de valor. Todavia, ao se aceitar que os juízos de valor guiam todo o processo de aplicação da lei e, portanto, são intrínsecos ao Direito, surge a questão de

saber se estes juízos são inteiramente subjetivos porque expressam os nossos impulsos, ou se há alguma lógica que os coordene.

Perelman, após estudo aprofundado do tema, chegou à conclusão de que “não havia lógica específica dos juízos de valor, mas que, nas áreas examinadas, bem como em todas aquelas em que se trata de opiniões controvertidas, quando se discute e delibera, recorre-se a técnicas de argumentação” (PERELMAN, 2000, p. 138).

Dentre as técnicas de argumentação utilizadas desde a antiguidade, destaca-se a dialética de Sócrates. Chamada de a “arte da discussão”, a *dialética* mostra-se apropriada para a solução dos problemas práticos, pois, juntamente com a *retórica*, procura estabelecer um consenso quando há divergência sobre os valores e sobre sua aplicação.

Parte-se da ideia de que quando se é possível apontar e verificar um fato, uma controvérsia pode ser facilmente solucionada por meio de provas que demonstrem a veracidade de tal fato. Contudo, numa controvérsia acerca de Direito, que não é palpável e que não se pode apontar, visualizar ou contar, inexistente verdade absoluta. Chegar-se-á à melhor solução após analisar os diversos argumentos e contra-argumentos postos em pauta, apoiados sempre na noção de justiça e em sua conformidade com o Direito.

A verdade, assim, é, sobretudo, argumentativa. Pode-se dizer que até mesmo a verdade factual é argumentativa.

O fato social por mais claro e certo que seja tem sempre mais de um ponto de vista. Isso ocorre porque tudo que se demonstra no mundo fenomênico teve uma causa anterior. Nada vem do nada e para o nada. Aquilo que foi feito agora deriva de um acontecimento (fático, emocional ou racional) anterior.

A interpretação do fato é que levará ao argumento, sem se descuidar de que essa interpretação deverá analisar o contexto. É com tal análise que se chegará à “verdade”, e a depender da carga valorativa do intérprete – e também do ouvinte – essa verdade será uma ou outra.

Nessa perspectiva, mede-se o quanto um argumento é “verdadeiro” pela quantidade de pessoas que o orador conseguirá persuadir, tratando-se, então, da eficácia da argumentação.

Aristóteles em sua “*Rhétorique*” e em seus “*Topiques et les Réfutations Sophistiques*” examina o raciocínio dialético, que cuida do que é controverso, de argumentos de persuasão e convicção, razões pró e contra, que servem à crítica, à refutação, à justificação e que são indispensáveis para estabelecer as premissas de um raciocínio.

A retórica foi definida por Aristóteles como a arte de procurar os meios de persuasão disponíveis. Ela estuda as técnicas discursivas que visam o convencimento do auditório à tese apresentada. A este conceito, Perelman adiciona quatro observações com o fim de precisar seu alcance.

Primeiramente, observa que a retórica procura persuadir por meio do discurso, para tanto se utiliza dos tópicos, da dialética, das técnicas próprias do debate e da controvérsia.

Em segundo lugar observa a demonstração e as relações da lógica formal com a retórica. Alude ao grande grau de persuasão e convencimento da demonstração, porém, novamente, destaca a necessidade de veracidade incontestada das premissas para que se chegue a uma conclusão segura a partir da prova demonstrativa.

A terceira observação concerne à possibilidade de a adesão a uma tese ter intensidade variável, pois não se trata de verdades, mas sim de valores. Ressalta que quando a questão é aderir a uma tese ou a um valor, pode-se aumentar a intensidade da adesão, pois nunca se sabe com qual tese ou qual valor ela poderia entrar em competição, em caso de incompatibilidade e, portanto, de escolha inevitável (PERELMAN, 2000).

Por fim, a quarta observação é de que a retórica, ao contrário da lógica formal, está ligada mais à adesão do que à verdade, haja vista o inegável, e já comentado, caráter de impessoalidade desta.

Justamente por pretender a adesão, a retórica deve estudar o auditório ao qual a tese será submetida. O discurso deverá ser adaptado ao auditório para que a persuasão seja maior.

O autor anota que uma argumentação persuasiva ou convincente pode dirigir-se a qualquer auditório, seja ele de estudiosos, seja de ignorantes, uma única pessoa, um pequeno grupo ou a humanidade inteira.

Assim é que:

A nova retórica, por considerar que a argumentação pode dirigir-se a auditórios diversos, não se limitará, como a retórica clássica, ao exame das técnicas do discurso público, dirigido a uma multidão não especializada, mas se interessará igualmente pelo diálogo socrático, pela dialética, tal como foi concebida por Platão e Aristóteles, pela arte de defender uma tese e de atacar a do adversário, numa controvérsia. Englobará, portanto, todo o campo da argumentação, complementar da demonstração, da prova pela inferência estudada pela lógica formal. (PERELMAN, 2000, p. 144).

Toda argumentação determina uma pertinência com o auditório que se pretende influenciar, mas necessita da vontade do orador de querer persuadir, bem como do auditório de querer ouvir.

Estabelecida essa ligação, o orador deverá aproximar-se do público adotando uma linguagem que lhe seja familiar. Porém, a adaptação ao auditório não se limita a questões de linguagem, sendo mister que o argumentador conheça seu público e as teses por ele já admitidas. Conhecendo-as, o orador as utilizará como ponto de partida, estabelecendo um elo entre elas e a tese que irá apresentar, aumentando, de tal modo, as chances de adesão.

Aristóteles distinguiu três gêneros oratórios na retórica: o deliberativo, o judiciário e o epidíctico. O deliberativo referia-se a controvérsias políticas. O judiciário, a um litígio judiciário. A seu turno, os discursos epidícticos, para Aristóteles, eram apenas um espetáculo, pois não havia controvérsia.

Entretanto, conforme adverte Perelman, tais discursos – não obstante não procurem solucionar questões controvertidas – têm o efeito de influenciar na cultura de uma sociedade. São exemplos, as histórias patrióticas, as ideologias e os mitos comunitários.

Aristóteles também chamou atenção à existência de pré-noções, mesmo em um público heterogêneo, como opiniões comuns (o que denominou de “lugar - comum”) a todos os espíritos, o qual deverá ser aproveitado pelo orador na elaboração de uma máxima a ser utilizada para a persuasão.

A razão tem vínculos com a noção de *sensu comum*, este considera valores admitidos por todos, como a liberdade e a justiça. Se ocorrer de, em uma situação particular, esses valores se chocarem, far-se-á necessário sacrificar ou redefinir um deles ou ambos. É o que mais tarde Robert Alexy nominou de “ponderação ou proporcionalidade de princípios”, em que procura balancear os valores de acordo com a situação concreta, analisando a adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito da medida.

A busca de solução concreta dos conflitos entre valores pode nos levar a concepções filosóficas e ideológicas diversas. Por esta razão, resta claro que o orador, ao argumentar na busca de influenciar seu auditório, precisa fazer suas escolhas.

Ressalta o autor que não basta iniciar a argumentação com princípios gerais, mas é preciso escolher aqueles que são aceitos pelo auditório, apresentá-los e interpretá-los de forma a adaptá-los à tese que se defenderá.

As técnicas de argumentação fornecem todo um arsenal de razões mais ou menos fortes, mais ou menos pertinentes, mas que podem, partindo de um mesmo ponto, conduzir a conclusões diferentes e, por vezes, até opostas (PERELMAN, 2000, p. 170). A argumentação, diferentemente da demonstração, não é impositiva e, por tal razão, é mais fácil haver acordo no ponto de partida do que no ponto que se quer chegar, isto é, a conclusão.

Há técnicas de ligação e técnicas de dissociação de noções que podem ser aplicadas no discurso jurídico.

As primeiras referem-se aos argumentos quase lógicos (cuja estrutura lembra os raciocínios formais, lógicos ou matemáticos), aos argumentos fundamentados na estrutura do real (que se utilizam de ligações de sucessão, como a de causa-efeito, ou de coexistência) e aos argumentos que fundamentam a estrutura do real (constituídos por raciocínios que se desenvolvem a partir da análise dos exemplos, modelos e analogias). Todas buscam criar um liame entre a tese de partida e a que se quer chegar, tornando esta conclusão lógica daquela.

Já as técnicas de dissociação de noções, mais utilizadas no discurso filosófico, pretendem expor que o que até então se considerava real, é mera aparência. Auxilia o orador a flexibilizar uma noção jurídica pré-concebida e que vai de encontro com o que irá argumentar. Sendo a pré-noção incompatível com seu argumento, o orador deverá utilizar das técnicas de dissociação para afastar ou apenas retificar uma distorção até então despercebida.

A eficácia da argumentação, o fato de exercer sobre o auditório uma influência de maior ou menor importância, depende não apenas do efeito dos argumentos isolados, mas também da totalidade do discurso, da interação entre argumentos entre si, dos argumentos que acodem espontaneamente ao espírito de quem ouve o discurso. O efeito do discurso é condicionado notadamente pela ideia que o auditório faz do orador. (PERELMAN, 2000.p. 180).

O acima exposto, deixa claro a diferença entre a argumentação e a demonstração, haja vista que esta última despreza inteiramente as relações entre orador e seu auditório.

### **3.2. A lógica jurídica e a argumentação**

“O raciocínio jurídico manifesta-se, por excelência, no processo judiciário.” (PERELMAN, 2000, p. 209). Esse raciocínio deve ser demonstrado de tal modo a fazer-se compreender por aqueles que deverão se submeter à sentença, a tornar claras as razões que embasaram a decisão final demonstrando não haver arbitrariedade, mas justeza.

Perelman cita artigo de T. Sauvel, intitulado “*Histoire du jugement motivé*”, para enfatizar a necessidade de motivação das decisões judiciais tida, atualmente, como um dos princípios a reger a atuação do Judiciário:

“Motivar uma decisão é expressar-lhe as razões. É, desse modo, obrigar a quem a toma a tê-las. É afastar toda arbitrariedade. Somente graças à motivação aquele que perdeu um processo sabe como e por quê. A motivação convida-o a compreender a sentença e não o deixa entregar-se por muito tempo ao amargo prazer de ‘maldizer os juízes’. Ela é o que ajuda a decidir se deve recorrer, ou, se for o caso, a dirigir-se à Cassação. Ela é que permite não se colocar novamente em uma situação que faria nascer um segundo processo. Além do mais, a motivação dirige-se não apenas aos pleiteantes, mas a todos. Faz compreender o sentido e os limites das leis novas, o

modo de combiná-las com as antigas. Fornece aos comentadores, aos estudiosos da jurisprudência, a possibilidade de comparar as sentenças entre si, de analisa-las, agrupá-las, criticá-las, de extrair delas lições, em geral, também de preparar as soluções futuras. (...)

A sentença motivada substitui a afirmação por um raciocínio e o simples exercício da autoridade por uma *tentativa de persuasão*. Desempenha, desta forma, no que poderíamos chamar de equilíbrio jurídico e moral do país, um papel absolutamente essencial.” (2000, p. 210-211).

Com o afastamento do positivismo puro e a abertura para a incidência dos valores no Direito, tornou-se imprescindível que o magistrado recorra às técnicas argumentativas para tornar suas decisões de justiça aceitáveis.

O juiz necessita fundamentar sua decisão para convencer três auditórios diferentes: as partes, os juristas e a sociedade. Dessa forma, a publicidade das decisões judiciais visa atingir, não só os envolvidos na causa, mas também os estudiosos de direito, que questionarão qualquer argumento contido na peça, e a população que espera prudência e sensatez do poder Judiciário. O magistrado deverá, em suas sentenças, aplicar a lei escrita e emanada do poder Legislativo, vez que esse poder é contido por representantes do povo na democracia, conciliando-a com os valores predominantes na sociedade de seu tempo.

Nesse diapasão, pertinente citar atualíssimo texto do jurista e desembargador paulistano JOSÉ RENATO NALINI, que aqui perfeitamente se encaixa:

“A justiça foi chamada a um protagonismo ímpar neste início de século. Todas as questões – sejam elas políticas, familiares, sociais, econômicas, culturais, históricas, psicológicas – seja o que for! chegam aos tribunais. O juiz precisa ter consciência de que sua decisão repercutirá no meio social e ele necessita ter noção precisa dessas consequências, por isso é que a sensibilidade para avaliar as consequências da decisão, o conhecimento da realidade e o amor ao estudo constituem as faces do compromisso ético do juiz brasileiro” (NALINI, 2008, p. 405).

Não é raro que, na apreciação do caso concreto, chegue-se a conclusão de que a aplicação da letra da lei escrita não fará justiça. Nesse momento, uma alternativa aconselhada seria recorrer aos princípios gerais do direito que irão pautar a interpretação da lei.

Perelman defende que acaso uma solução se apresente como a única admissível, seja por razões de bom senso, de equidade ou de interesse geral, ela deverá prevalecer também no âmbito jurídico, ainda que o juiz seja obrigado a recorrer a argumentos especiosos (ilusórios) para mostrar sua conformidade com as normas legais em vigor.

Com efeito, se a aplicação do direito posto leva a uma solução que cause o sentimento de repulsa no meio social diante do cometimento de uma injustiça, certamente essa regra jurídica está, naquele caso, a ferir um valor maior, o qual inquestionavelmente é amparado pelo Direito.

A técnica jurídica é utilizada como um meio de conciliar a fidelidade à lei com uma solução justa.

De fato, se o direito é um instrumento flexível e capaz de adaptar-se aos valores considerados prioritários pelo juiz, não será necessário, em tal perspectiva, que o juiz decida em função de diretrizes vindas do governo, mas em função dos valores dominantes na sociedade, sendo sua missão conciliar com esses valores as leis e as instituições estabelecidas, de modo que ponha em evidência não apenas a legalidade, mas também o caráter razoável e aceitável de suas decisões. (PERELMAN, 2000, p. 200).

Isso porque a lei constitui, embora o mais importante, apenas um dos instrumentos que orientam o magistrado em sua tarefa, inexistindo monopólio do legislativo na formação do direito.

Perelman conta que a Corte de Cassação da Bélgica, por mais de meio século, seguia a orientação de somente cassar uma sentença caso ela violasse a letra da lei ou um princípio geral do direito (não escrito). Assim, quando num caso concreto a regra do direito posto levasse a uma solução injusta, aquele tribunal esforçava-se para arrumar algum dispositivo legal que induzisse a uma decisão equitativa, ainda que o tipo não fosse destinado para situações semelhantes, mas que tivesse remotas relações.

Trata-se de um exemplo de um tribunal que não hesitava em buscar uma solução adequada, à custa, porém, de verdadeira justificação fictícia. O autor chama a atenção ao fato de que essas ficções jurídicas, por não convencerem os jurisdicionados, acabam por criar um mal-estar, e os litígios tendem a continuar pelas partes, que acreditam ter legalmente a razão. “A paz judicial só se restabelece definitivamente quando a solução, a mais aceitável socialmente, é acompanhada de uma argumentação jurídica suficientemente sólida” (2000, p. 191).

A busca dessas argumentações é o relevante trabalho da doutrina e jurisprudência que, a contribuir para a evolução do direito, cria novas teorias e faz construções jurídicas para justificar as decisões da Corte. Um produto dessas construções jurídicas é o que conhecemos hoje por ativismo judicial, ou seja, a doutrina e a jurisprudência lograram em reinterpretar o papel atribuído ao poder Judiciário, prevalecendo-se de nova concepção do direito positivo, para conferir juridicidade às decisões que fogem da lei escrita, permitindo que um princípio – ao ser interpretado abstratamente e de modo a abrir o sentido do texto – prostre-se acima da regra. Veja-se, assim, que as novas teorias são técnicas de argumentação jurídica.

Um caso notável de uso da técnica jurídica, citado por Perelman, em que o tribunal encontrou uma forma de tornar a decisão socialmente aceitável fiel à lei, é o do princípio da reciprocidade previsto no artigo 11 do Código Civil francês. Esse dispositivo legal previa que

o estrangeiro só gozaria na França ou na Bélgica dos mesmos direitos civis concedidos aos franceses ou belgas pelos tratados da nação a que pertencesse. Assim dispondo, a lei deixaria os apátridas e os cidadãos dos países que não tivessem tratados com a França desamparados dos direitos civis. Para não negar os direitos fundamentais a essas pessoas, mais precisamente o direito de postular na justiça, a Corte de Cassação da Bélgica alegou que a intenção do legislador não foi criar situações desarrazoadas e longe da equidade, mas sim a de criar uma “falsa lacuna”, pretendendo afastar a aplicação desse artigo ao *direito das gentes*. Em 3 de agosto de 1848 aquela Corte assim proferiu: “o artigo 11 do Código Civil trata apenas dos direitos civis que são uma pura criação da lei civil, sendo esse artigo totalmente inaplicável aos direitos civis que se originam do direito das gentes” (PERELMAN, 2000, p. 193).

O Tribunal belga relacionou o direito de pleitear em juízo ao direito à ampla defesa e, portanto, um direito natural, o qual era garantido ao estrangeiro independentemente de tratado de reciprocidade. O Tribunal francês utilizou-se de um argumento mais simples para chegar à idêntica solução: declarou que os estrangeiros gozariam na França de todos os direitos que não lhes fosse expressamente negados. Assim, cada qual à sua maneira, já naquela época os tribunais empenhavam-se a adequar a lei à justiça.

Hodiernamente, é consenso que, em um Estado de Direito, em que a separação dos poderes é de rigor, com a conseqüente independência do poder Judiciário, este jamais ficará diante de um vazio normativo. Mesmo em casos de lacuna da lei, o juiz deverá assumir o posto e solucionar o caso conforme seu senso de equidade, os valores, princípios e analogias, libertando-se, assim, das algemas da lei escrita.

Perelman sugere que, na aplicação da lei, o juiz não considere a vontade do legislador que a elaborou, mas o do legislador atual que, com as mazelas da sociedade de seu tempo, tem maiores condições de aceitar a interpretação externada.

A lógica jurídica leva o jurista a adaptar seu pensamento ao contexto construído pela ideologia dominante, já que todas as considerações teóricas são indissociáveis das conseqüências práticas. Ela não pode se desinteressar do contexto social e político em que está inserida e no qual causará seus efeitos.

A depender dos conceitos predeterminados do magistrado, aspecto de alta carga subjetiva, ele dará prioridade à segurança jurídica ou à coerência, à equidade ou às conseqüências sociais que advirão da decisão.

Na sequência, após defender o uso de técnicas da argumentação jurídica pelo magistrado, o autor passa a analisar o raciocínio do advogado.

Observa que, dentro dos limites permitidos pela profissão, ele utilizará de todos os meios possíveis para convencer o julgador de que sua argumentação é a mais justa.

O raciocínio jurídico deverá ser adequado ao auditório para o qual é direcionado, escolhendo-se criteriosamente os valores a serem abordados segundo a matéria tratada e o ramo do direito, uma vez que os valores adotados como superiores em direito penal não são os mesmos que em direito civil ou comercial.

Uma causa perante o júri será postulada de maneira diversa daquela a ser julgada por um juiz togado. Da mesma forma, não se argumenta sobre questões de fato como sobre questões de direito.

Ademais, o advogado sabe que para cada argumento que apresentar a parte contrária trará um contra-argumento, razão pela qual deverá fundamentar sua tese em busca do convencimento do juiz. Acaso seus interesses não sejam amparados pela jurisprudência estabelecida poderá avocar a doutrina e jurisprudência estrangeiras, buscando uma reforma no entendimento interno.

Cada argumento exposto não pode ser tido como correto ou incorreto, verdadeiro ou falso, mas, antes, mais ou menos pertinente, mais ou menos eficaz.

Infere-se, portanto, que a lógica jurídica procura analisar a procedibilidade das premissas propostas pelos litigantes. “Os depoimentos, os indícios e as presunções quase nunca conduzem a uma certeza absoluta, mas esta não é exigida: basta que a convicção dos juízes seja suficiente para afastar qualquer dúvida razoável” (PERELMAN, 20000, p. 225).

Não se deve olvidar, como supramencionado, que as decisões de justiça serão submetidas a três auditórios diferentes: as partes em litígio, os profissionais de direito e a opinião pública, haja vista a função social que o direito tem a cumprir. Uma vez que as decisões judiciais devem se mostrar aceitáveis, o recurso às técnicas argumentativas torna-se indispensável.

Assim é que a lógica jurídica é uma lógica argumentativa, que se esforça em demonstrar a aceitabilidade das premissas, cuja conclusão depende da ideia que os juízes e os legisladores têm acerca de sua missão, do Direito e de como ele atuará na sociedade.

#### **4. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Num contexto em que o positivismo jurídico já não era mais visto com bons olhos, a maneira de se interpretar e aplicar o Direito também não poderia permanecer como alhures.

Após as barbáries que abalaram o mundo na Segunda Guerra Mundial, procurou-se resgatar os valores da humanidade, os quais se encontram acima do direito posto e, portanto, devem pautar sua interpretação, aplicação e efeitos.

O raciocínio lógico-dedutivo, até então utilizado, passou a ser inadequado para pintar o quadro na nova moldura jurídica. A lógica formal (que traz os princípios da identidade, não-contradição e terceiro excluído) integra a base do pensamento cientificista, seja de um racionalista, que se valerá da dedução, seja de um empirista, com sua indução. Porém, não abre espaço para a inserção dos valores.

As mudanças na sociedade devem ser acompanhadas pelo Direito, sob pena deste tornar-se letra morta desprovida de eficácia.

Chaïm Perelman inovou a academia jurídica com sua teoria da argumentação. Rechaçando a aplicação da lógica formal no entendimento do Direito e, portanto, nas decisões judiciais, demonstrou que a conclusão não pode se inferir tão-somente de premissas, as quais nem sempre são verdadeiras.

Mais do que isso, se assim fosse, a conclusão poderia causar prejuízos no mundo fático e a aplicação da lei seria, paradoxalmente, geradora de injustiças.

Ao contrário da lógica formal, a lógica jurídica visa estabelecer, caso a caso, a predominância de um ou outro valor. Para tanto, busca amparo na dialética e técnicas de argumentação, responsáveis pelo convencimento daqueles a quem o discurso será dirigido.

Perelman reavivou a retórica, denominando-a de “a nova retórica” ao sustentar como a argumentação – até então mais restrita ao campo da filosofia – poderia ser aplicada no âmbito jurídico. Contestou o pensamento de Descartes segundo o qual quando duas pessoas manifestam entendimentos contrapostos, ao menos uma delas está errada.

Em verdade, conforme o autor, não existe esse dualismo absoluto, sendo possível que ambas estejam certas a depender do ponto de vista. Pioneiramente, Perelman admitiu uma conciliação entre concepções distintas. Destacou, nesse ponto, a importância do discurso.

Sistematizou dialeticamente o raciocínio jurídico, enfatizando o uso de técnicas de argumentação para que o orador conquiste a adesão do público alvo ao entendimento que defende.

O orador, antes de defender sua tese, deverá buscar proximidade com o auditório, seja na linguagem, seja nas linhas de pensamento, tornando-se familiar a ele. Partindo de um ponto seguro e previamente aceito pelos ouvintes, o orador então utilizará de processos de ligação entre esse ponto e sua tese que demonstrem que a aceitação dela é uma conclusão lógica.

Se, ao contrário, o ponto seguro previamente concebido vai de encontro à tese a ser sustentada e, portanto, precisa ser afastado, o argumentador usará processos de dissociação para revelar que aquela concepção encontra-se, atualmente, equivocada.

O orador aqui não se limita ao advogado, mas inclui o próprio magistrado, pois com o avanço das garantias processuais, há a necessidade de a decisão ser fundamentada e pública. A fundamentação da decisão judicial é exigida com vistas ao convencimento não só das partes a quem ela é dirigida, mas também de toda a sociedade que clama por justiça.

Desse modo, o juiz ao expor seu raciocínio jurídico nos fundamentos de sua sentença deverá atentar-se às técnicas de argumentação para que ela conquiste a adesão social.

Cumprido destacar que a argumentação na lógica jurídica não deve se afastar do ideal de justiça que, podemos dizer, é o “lugar comum” em que encontraremos todos os ouvintes.

Seria uma forma de convencimento sobre a veracidade ou adequação das premissas, logrando demonstrar a coerência da conclusão. Não se utiliza, destarte, da lógica formal para se concluir, mas da argumentação para convencer quanto à aparência da lógica na decisão.

Há que se dizer, por fim, que o papel da argumentação não é o de mudar o ordenamento jurídico, ao sabor dos ventos circunstanciais, criando o que se pode chamar de “teoria do caso concreto”, mas sim possibilitar a obtenção de uma solução mais equitativa para os conflitos judiciais. Em outras palavras, o que importa é usar a argumentação não de forma divorciada da lei, mas valorizá-la para que esta se mantenha sempre dentro da moldura da Justiça.

## **BIBLIOGRAFIA**

ALEXY, Robert. Teoria da Argumentação Jurídica. Tradução de Zilda H. S. Silva. São Paulo: Landy, 2005.

ATIENZA, Manuel. As razões do direito: Teorias da argumentação jurídica. 2ª.ed, São Paulo: Landy, 2002.

FALCÃO, Raimundo Bezerra. Hermenêutica. São Paulo: Malheiros, 2004.

JIMÉNEZ SERRANO, Pablo. Epistemologia do Direito: para uma melhor compreensão da ciência do direito. Campinas, SP: Alínea, 2007.

KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. Tradução João Baptista Machado. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. Hermenêutica jurídica clássica. 2ª ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

MANELLI, Mieczyslaw. A nova retórica de Perelman: filosofia e metodologia para o século XXI, Tradução de Mauro Raposo de Mello. Barueri, SP: Manole, 2004.

NALINI, José Renato. Ética Geral e Profissional. 6ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

NASCIMENTO, Edmundo Dantés. Lógica aplicada à advocacia – Técnica de Persuasão. São Paulo: Saraiva, 2013.

PERELMAN, Chaïm. Lógica Jurídica: nova retórica. Tradução de Verginia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

\_\_\_\_\_. Retóricas. Tradução Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004b – (Justiça e Direito).

\_\_\_\_\_. Ética e direito. Tradução Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão; [revisão da tradução Eduardo Brandão]. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005a – (Justiça e Direito).

\_\_\_\_\_. Tratado da argumentação: a nova retórica. Tradução Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão; [revisão da tradução Eduardo Brandão]. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005b – (Justiça e Direito).

ROBLES, Gregorio. O direito como texto: quatro estudos de teoria comunicacional do direito. Trad. de Roberto Barbosa Alves. Barueri, SP: Manole, 2005.

SILVA, De Plácido e. Vocabulário jurídico – edição universitária. Rio de Janeiro:Forense, 1991.

STRECK, Lenio Luiz. Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. São Paulo: Saraiva, 2011.

STRENGER, Irineu. Lógica Jurídica. São Paulo: LTr, 1999.