LÓGICA DIALÉTICA-DISCURSIVA E TEORIA DO DIREITO: ENSAIO CRÍTICO SOBRE METODOLOGIA JURÍDICA

Lucas de Alvarenga Gontijo*

RESUMO

Este artigo prega a proposição de um método que está em constante (re)construção e depende das circunstâncias específicas para efetivar-se. Para se propor esta partida metodológica, fez-se necessário flexibilizar a rigidez dos métodos operacionais e funcionalistas preconcebidos com grande naturalidade pelo positivismo jurídico, a fim de trazer maior aproximação do direito com as necessidades humanas, pois é necessário partir do problema (caso) e não sujeitar o problema às disposições de um sistema pré-disposto. Isto porque definir o direito de forma *a priori* é torná-lo inepto para aplicá-lo ao mundo real, que deve ser experimentado sob condição de poder ser conhecido. Utilizou-se do pensamento de Chaïm Perelman e Theodor Viehweg para corroboração das teses propostas neste texto.

PALAVRAS-CHAVE

METODOLOGIA JURÍDICA; SISTEMA JURÍDICO; TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO.

ABSTRACT

This article proposes a method which is under constant reconstruction and depends on specific circumstances in order to work. From another standpoint, in order to advance this methodological point of departure, it was necessary to release the rigidity of the operational and functional methods preconceived with

great simplicity by the juridical positivism, in order to bring law closer to human necessities, since it is necessary to depart from the problem (case) itself, instead of

* Doutor e Mestre em Filosofia do Direito pela UFMG. Professor das disciplinas de História do Direito e Filosofia do Direito da Faculdade de Direito Milton Campos e dos cursos de graduação e pós-graduação em Direito da PUC-MINAS. Entre em contato com o autor pelos e-mails alvarengagontijo@gmail.com ou lucasgontijo@pucminas.br.

submitting the problem to dispositions of a pre-established system whatsoever. This is so because defining law in an *a priori* grounds turns it inept to be applied to the real world, that must be experienced under conditions of being able to be known. We have worked with Chaïm Perleman and Theodor Viehweg to make this article.

KEYWORDS

JURIDICAL METHODOLOGY; JURIDICAL SYSTEMS; THEORY OF THE ARGUMENTATION.

Para Marcelo Galuppo

1. APONTAMENTOS PRELIMINARES À METODOLOGIA JURÍDICA DIALÉTICA

O conceito de método não perdeu o seu sentido original, dado pelos gregos, *methodos*: caminho para se chegar a um fim.[1] A questão é: que fim? Se o direito é uma área do conhecimento prático, experimental e casuístico, como se pode predeterminar o fim a que se presta?

A idéia de método se apresenta em dois momentos distintos perante as filosofias e ciências em geral, assim como no direito. O primeiro momento está relacionado à teoria do conhecimento (momento gnosiológico); como determinado dado pode ser conhecido. O segundo momento refere-se à idéia de procedimento (momento procedimental) que deve ser adotado para processamento de um conhecimento.

Então há duas formas de se entender método: quanto à teoria do conhecimento e quanto à teoria dos procedimentos.

Tanto num caso quanto noutro, quer se dizer, tanto com referência ao conhecimento quanto à aplicação, o método é ainda muito perigoso se adotado de forma autoritária, vindo a comprometer os resultados de uma pesquisa ou de uma ação. O método se torna autoritário se for entendido como condição da pesquisa, de forma *a priori*. O incondicional cumprimento de uma determinada ordem metodológica implica em certa limitação da possibilidade de conhecer, porque lhe imporá um caráter mecanicista, parainteligente e alienante.

Frequentemente, o método é interposto como um deformador da possibilidade do conhecimento ou, ainda, um condicionador do conhecer. O humano pode ver-se livre desse mecanicismo, pois é capaz de refletir e ponderar as conseqüências da aplicação de determinado método. E isto se refere a uma concepção do que é racionalidade. Durante muito tempo acreditou-se que a racionalidade primava-se pela estrita formalização (e, portanto, mecanização) de sua forma de conhecer e de proceder. Mas a razão prática, reconceituada pelos pós-positivistas, tem convencimento diferente: racionalidade é a faculdade de se posicionar perante o mundo de forma crítica, reconhecendo nele valores, permanentemente em mutação, sopesando as vantagens e desvantagens da

[1] NASCENTES, Antenor. *Dicionário etimológico da língua portuguesa*, Verberte: Método, p. 514.

adoção de uma determinada postura, utilizando-se também da indução, da intuição assim como da dedução.

Explica-se aí a necessidade de uma teoria da metodologia dialética, em permanente mutação, sopesando valores que podem variar de tonos conforme a situação em que se encontram. A razão prática contemporânea é experimental, assim como o método jurídico deve ser, de maneira a não tomar decisões de forma apriorística, utilizando procedimentos preconcebidos.

A razão prática tem como fundamento, como diz, exatamente a *praxis*, a condição do saber e a condição do opinar sobre o existente. Desta forma, a contingência lhe informa e lhe define e a contingência também posiciona o conhecedor. Objeto do conhecimento e conhecedor são contingenciais e desta forma também estão coordenados e se complementam. Não há pois, um objeto sem alguém que o conheça e não há conhecedor que não esteja pré-posicionado sobre aquilo que se conhece. A fratura descartiana sujeito-objeto não está de forma alguma fixa, como este supunha, mas móvel e indefinida. Todo conhecimento e todo procedimento deve se dar conta de que sua contingenciedade lhe é fundamental e por isso deve estar sempre atento às condições específicas que lhe são apresentadas.

Conhecer é, pois, dialogar. Conhecer é uma continuidade (*continuatio*) nos mesmos termos pensados por Heidegger[2] e por Gadamer,[3] daí a necessidade de se propor aberto à mudanças.

Nesse sentido, uma teoria metodológica dialética está alinhada às teorias que se desvinculam do pensamento formal e objetivo, postos em curso pelo uso da lógica formal. A teoria ora proposta está alinhada à retórica, à dialética e ao conhecimento relativo.

Para tanto, observar-se-á, preliminarmente, de forma muito sucinta, algumas teorias concorrentes de modo favorável ao pensamento metodológico aberto. Ou melhor, teorias que de uma forma ou de outra já trabalham com um método necessariamente dialético. Para tanto, foram selecionadas apenas duas dominantes vertentes dessa linha de pensamento aplicada ao direito[4]: a *Nova Retórica* tratada por Chaïm Perelman e a *Tópica* reproposta por Theodor Viehweg.

1.2 TESES QUE UTILIZAM METODOLOGIAS JURÍDICAS DIALÉTICAS

1.2.1 Perelman e o direito como teoria da razoabilidade, da prática e do valor

O polonês naturalizado belga Chaïm Perelman buscava uma metodologia que lhe permitisse por em prática uma lógica dos juízos de valor. Em sua investigação, desenvolvida na companhia de Olbrechts-Tyteca, chegou à conclusão de que não há

---

2 HEIDEGGER, Matin. *Ser e tempo*. Tradução de Márcia de Sá Cavalcante. 7. ed. Petrópolis: Vozes, 1998.

3 GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Tradução de Flávio Maulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 1997. Título original: *Warheit und Methode*.

4 No plano original deste artigo, ainda se desejava abordar, pelo menos, outras duas teorias que muito se estreitam com as pretensões da teoria metodológica aqui posta em curso. Uma delas é a *Metódica Estruturante*, proposta por Friedrich Müller, e a outra é a *Teoria Tridimensional do Direito*, de Miguel Reale.

lógica específica dos juízos de valor. Os efeitos dessa conclusão resultaram numa extensa obra interessada nos caminhos da retórica: *Tratado da Argumentação*.[5]

Em torno de suas teorias fundou-se uma verdadeira corrente jusfilosófica e a *Nouvelle Rhétorique* ganhou *status* de novo paradigma do direito. Entretanto, as idéias defendidas pelos retóricos são muito persuasivas por si mesmas e encontraram ninho na crise do positivismo. As teorias argumentativas tornaram-se, enfim, uma das principais linhas de pesquisa do que veio a ser conhecido genericamente por correntes pós-positivistas.

Perelman trabalha, basicamente, com quatro cânones fundamentais, por onde passam a maioria das idéias de sua defesa[6]:

• *A retórica procura persuadir por meio do discurso*. O pensamento jurídico está necessariamente ligado às teorias discursivas, também tratadas, às vezes, por teorias argumentativas. Entretanto, a idéia de discurso traz hoje pesada carga de significados, os quais tanto se remetem à idéia de lógica dialética e práticas de persuasão quanto à filosofia analítica. O vocábulo "discurso" foi usado largamente por muitos filósofos de vertentes e entendimentos completamente adversos. De Descartes a Foucault, de Russel a Brandom, fizeram-se embaraçadas e também auto-suficientes os muitos significados atribuídos à idéia de discurso. No caso de Pereleman, especificamente, discurso está ligado necessariamente ao pressuposto da persuasão, do convencimento, por meio do debate. E, por outro lado, ainda é perceptível, em sua teoria, a idéia de relatividade dos assentamentos ideológicos, imperfeição ou precariedade da faculdade racional de se impor de forma absoluta.

• *A demonstração e as relações da lógica formal com a retórica*. Esse posicionamento se dá basicamente em dois sentidos e consiste nas principais teses desenvolvidas pelos novos retóricos: primeiramente, desmantelar os postulados formalísticos e abstracionistas da lógica apodítica, demonstrando sua inaplicabilidade ao mundo jurídico ou mesmo as contradições internas referentes ao seu emprego. No segundo aspecto crítico, preocupa-se em afirmar um problema de conhecimento do logicismo: a fragilidade do ato de escolha da premissa maior entre tantas outras. Os positivistas, por exemplo, foram duramente criticados por acharem que o problema jurídico começaria a partir da aplicação do direito, mas o problema jurídico, em sua práxis, mostra que o desafio do direito começa com a escolha da premissa que lhe servirá na subsunção. O direito positivo haveria esquecido ou negligenciado a dúvida quanto à premissa primeira[7].

• *A adesão a uma tese pode ter intensidade variável*. Para os retóricos, não existe nada em absoluto. As coisas estão mais ou menos corretas, mais ou menos entendidas, mais ou menos aceitas. O embate retórico contra a certeza e contra a objetividade fez-se projetar como teoria do aproximado, do inconcluso, do relativo. Embora não seja muito reconhecido ainda, faz-se mister notar a influência decisiva de Bachelard sobre o pensamento contemporâneo.

• *Distinção entre a retórica e a lógica formal (ela diz respeito mais à adesão do que à verdade)*. A interpretação da lei, para ser aplicada ao caso específico, deve ser

---

5 PERELMAN, Chaïn. *Tratado da argumentação*: a nova retórica. Tradução de Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1996. Título original: *Traité de l'argumentation*: la nouvelle rhétorique.

6 PERELMAN, Chaïn. *Lógica jurídica e nova retórica*, p. 141 *et seq*.

7 Note-se que o próprio Kelsen, reconhecido pelo rigor epistemológico de sua teoria jurídica, não pressupôs que o silogismo jurídico contaria com apenas uma premissa correta, mas várias premissas possíveis. KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. pp. 390-391.

considerada como uma hipótese entre tantas mais, e só poderá ser adotada se a sua aplicação resultar numa atitude razoável e de bom senso. A norma em abstrato não é mais do que uma hipótese que deve ser submetida ao crivo da experiência.

O método de Perelman, por problematizar a inexorabilidade da axiologia e por estar voltada para a práxis, é a dialética, entendida, no seu contexto, como a arte da discussão. Como afirma, a dialética "se mostra o método apropriado à solução dos problemas práticos, os que concernem aos fins da ação, que envolvem valores".[8] - [9]

A idéia de razoabilidade é garantida pela proposição de um acordo estabelecido entre aqueles que dialogam. A racionalidade jurídica assenta seus postulados de forma democrática e em atenção às especificidades do caso. Não há uma técnica aprioristicamente concebida aplicável ao direito e, precisamente por esse motivo, há também uma relação estreita do pensamento perelmaniano e as intenções deste artigo.

Como explica Perelman, "na ausência de técnicas unicamente admitidas é que se impõem o recurso aos raciocínios dialéticos e retóricos, raciocínios que visam estabelecer um acordo sobre os valores e sobre sua aplicação, quando estes são objeto de uma controvérsia".[10]

Buscando compreender a motivação final de sua teoria, mesmo porque nenhum discurso existe sem que haja uma ideologia que o sustente, o autor da Universidade de Bruxelas alinha-se ao processo de desconcentração do poder jurídico. De sorte que se infiltra na questão da soberania posta de cima para baixo, opressiva, supostamente legitimada pelo estrito cumprimento do formalismo. Para tanto, o pensador da Nova Retórica contesta o princípio da legalidade, colocando em xeque a supremacia do Legislativo sobre o Judiciário. "O direito, tal como está determinado nos textos legais, promulgados e formalmente válidos, não reflete necessariamente a realidade jurídica".[11]

A percepção da especificidade do fenômeno jurídico é também o ponto de partida destes escritos, pois não há possibilidade de se pensar o jurídico em abstrato, de forma geral. No direito, cada caso é único e deve ser assim tratado. Todo procedimento jurídico deve guardar "sua conformidade com o direito em vigor, a argumentação será específica, pois terá por missão mostrar de que modo a melhor interpretação da lei se concilia com a melhor solução dos casos particulares".[12]

Para os retóricos, o raciocínio jurídico visa explicar (do latim *explicatio*: desdobramento) os fundamentos e as causas de uma controvérsia. Nesse processo, 'desfazer as dobras' é mostrar os meandros da complexidade de cada situação, pois, haverá argumentações em sentido diversos, que "procuram fazer valer, em situações diversas, um valor ou um compromisso entre valores, que possa ser aceito em um meio e em um momento dados".[13]

Por fim, o direito está sempre relacionado ao ponderável, ao aceito por aliar-se ao bom senso. Perelman, levando em conta as idéias do conhecimento aproximado, do verossímil, do relativo, expõe que a "argumentação não visa à adesão a uma tese

---

8 PERELMAN, Chaïm. *Lógica jurídica e nova retórica*, p. 139.

9 Margarida Maria Lacombe dispõe: "A partir de então, anuncia uma ruptura com o cartesianismo e estabelece como paradigma filosófico a concepção relacional e retórica da razão prática. Isso faz com que a razão seja aceita não do ponto de vista da contemplação, mas do ponto de vista da justificação das nossas convicções e das nossas opiniões" (*Hermenêutica e argumentação*: uma contribuição ao estudo do direito, p. 190).

10 PERELMAN, Chaïm. *Lógica jurídica e nova retórica*, p. 139.

11 PERELMAN, Chaïm. *Lógica jurídica e nova retórica*, p. 189.

12 PERELMAN, Chaïm. *Lógica jurídica e nova retórica*, p. 185-186.

13 PERELMAN, Chaïm. *Lógica jurídica e nova retórica*, p. 184.

exclusivamente pelo fato de ser verdadeira. Pode-se preferir uma tese à outra por parecer mais eqüitativa, mais oportuna, mais útil, mais razoável, mais bem adaptada à situação".[14]

Seu raciocínio prático reconheceu, no direito, sua tão negada face aporética, dilemática. Esta preclara posição de conhecimento do fenômeno jurídico, embora figure como óbvia, havia se tornado estigmatizada pela vontade sistematizadora e objetivista que dominou desde Arnauld, Spinoza, Descartes, Pascal até o Pós-segunda Grande Guerra.

1.2.2 O pensamento tópico: o problema como ponto de partida para discussão jurídica e a elasticidade dos fundamentos de direito

A apresentação do pensamento tópico aplicado ao direito concorre de modo favorável à estruturação de um método jurídico dialético. Neste seguimento, investiga-se o pensamento tópico em geral, mas atem-se especialmente à versão anti-sistemática que lhe foi concedida pelo jusfilósofo alemão Theodor Viehweg. O legado desse autor, por intermédio da obra *Tópica e Jurisprudência* (*Topik und Jurisprudenz*), fez-se complemento valioso ao pensamento retórico desenvolvido na segunda metade do século XX, porque serviu como um dos principais pilares na retomada da lógica dialética no mundo contemporâneo.

Viehweg lança sua teoria, muito original no contexto em que foi elaborada nos primeiros anos do pós-guerra, como tese de livre-docência para a recém-reaberta Universidade de Munique. Sob o título de *Tópica e jurisprudência*,[15] Viehweg entende o estudo do pensamento tópico aplicado à ciência do direito (ciência do direito, em língua alemã: *Jurisprudenz*). A tópica fez-se, pois, reapreciada pelos contemporâneos, uma vez que o pensamento sistemático formal, profundamente marcado pela pretensão de certeza, havia abortado de seu complexo qualquer possibilidade de pensar por meio de opiniões (*ex endoxon*). Essa forma de pensar, ou melhor, essa *techne* do pensamento que se orienta por problemas, a partir de problemas e em direção a eles,[16] constitui uma preciosa herança do pensamento anterior a Aristóteles, mas que teve esse filósofo grego como seu primeiro e também maior sistematizador, dada a grande capacidade enciclopédica que lhe é peculiar. Foi Aristóteles que lhe concebeu o nome de tópica. Os *Topoi*, ou seja, lugares comuns, compõem uma forma de pensar que tem o propósito de "descobrir um método que nos capacite a relacionar, a partir de opiniões de aceitação geral, acerca de qualquer problema que se apresente diante de nós e nos habilite, na sustentação de um argumento" (Tópicos, Liv. I. I). A tópica se constrói a partir de silogismos dialéticos, que se compõem pelo uso dos *Topoi*, as tais opiniões (pensamento *ex endoxa*) de aceitação geral.[17]

Viehweg fez-se notável porque retomou quase pioneiramente algo que hoje é matéria de grande interesse: o renascimento do pensamento retórico. Os antigos, anteriores a Aristóteles, já desenvolviam esse modo de pensar sob no nome de *Euresis* (radical grego arcaico da palavra heurística), e posteriormente a Aristóteles esse tipo de pensamento se desenvolveu muito mais, com Marcus Tullius Cícero que, por sua vez, tornou-se influente nos estudos que dominaram as letras romanas e perduraram

---

14 PERELMAN, Chaïm. *Lógica jurídica e nova retórica*, p. 156.

15 VIEHWEG, Theodor. *Tópica e jurisprudência*. Tradução de Tércio Ferraz Júnior, Brasília, 1979. Título original: *Topik und Jurisprudenz*.

16 FERRAZ JR., Tércio Sampaio. Prefácio. *In*: VIEHWEG, Theodor. *Tópica e jurisprudência*, p. 3.

17 ARISTÓTELES. *Órganon*: categorias, da interpretação, analíticos anteriores, analíticos posteriores, tópicos, refutações sofisticas. Tradução de Edson Bini. Bauru: Edipro, 2005.

dominantes até o século XVI, sob o nome de *artes liberales*. O pensamento tópico estava presente em duas das três primeiras disciplinas (*trivium*) das *artes liberales*: Retórica e Dialética.[18]

Como dito, o pensamento tópico parte do problema e, portanto, tem como conhecimento prévio apenas um catálogo fragmentado, impreciso e aberto para servir-lhe de orientação. Essa orientação não deve necessariamente se impor – como se pretende no pensamento sistemático –, mas pode ou não ser usada. A tópica é arte da invenção, da disputa, a partir do caso, pois esse modo de pensar brota da luta, "a favor e contra, dos móveis em debate: no lugar do reflexo entra a reflexão".[19]

No entanto, o pensamento tópico viu-se afastado dos estudos fundamentais a partir do século XVII, como bem viu Viehweg, ao analisar o pensamento de Vico. Uma vez que o pensamento retórico passou a ser marginalizado em razão de uma "nova ordem" de produzir o saber, sob a influência do pensamento de Pascal, Arnauld, Descarstes. Vico ainda se posiciona favorável à dialética, mas assim já se colocava, no século XVII, na contramão do pensamento dominante. Seu convencimento de interpor uma conciliação entre o velho e o novo pensamento não foi aceita pela mentalidade que de seu tempo emergia.[20]

A quebra do formalismo proposta pela tópica está comprometida com a *prudência* (*jurisprudência* como pensamento específico do direito, como queria Viehweg). O pensamento dialético é uma forma de pensar com opiniões postas dentro de um procedimento comunicativo onde o bom senso está presente, porque há que sopesar os argumentos, escolher a melhor premissa, contraditar e aceitar.

Há uma estreita relação entre o pensamento tópico com as metodologias dialéticas do direito porque trabalham com o indefinido e estão diretamente comprometidas com o problema jurídico.

Segundo Perelman, o grande ganho do pensamento tópico consiste em não opor a teoria à prática. Como afirma, em vez de se opor o direito à razão e à justiça, se empenharia, ao contrário, em conciliá-los.[21]

Viehweg, em especial, tem a pretensão de desconstruir a noção sistemática ou hermética do direito, apontando a elasticidade dos pressupostos que poderiam ser utilizados por ele. A idéia de univocidade lhe parece indevida, bem como a fundamentação logicista do direito baseada num sistema completo e auto-suficiente. Para Viehweg, a construção de um sistema formal nunca se realizou, ainda que sua existência seja pressuposta usualmente pelo pensamento ocidental ainda dominante.[22]

2. CONCLUSÃO: AS METODOLOGIAS DIALÉTICAS E SEUS GANHOS.

O que vem a ser uma metodologia jurídica dialética? Essa questão suscita duas idéias, a primeira é conceitual: pensamento sobre o método jurídico; a segunda trata de um predicado: que se constrói pela interação. Estas duas expressões conjugadas

---

18 As *artes liberales* eram sete, no total: 1) Gramática; 2) Retórica; 3) Dialética; 4) Aritmética; 5) Geometria; 6) Música; 7) Astronomia, daí também chamadas de *septem artes liberales*.

19 VIEHWEG, Theodor. *Tópica e jurisprudência*, p. 34.

20 Theodor Viehweg conta que Vico havia discutido no início de sua *dissertatio* que sua intenção era construir uma conciliação dos estudos antigos (retórica) com o moderno (formalístico): *De recentiori et antiqua studiorum ratione conciliata*, ou seja, *Da conciliação do tipo de estudos antigo e moderno* (*Tópica e jurisprudência*, p. 19).

21 PERELMAN, Chaïm. *Lógica jurídica e nova retórica*, p. 131.

22 VIEHWEG, Theodor. *Tópica e jurisprudência*, p. 77.

remetem à idéia de um método aplicado ao direito que não está definido, pré-dado, fechado. Trata-se, pois, de um método dado às circunstâncias. Parece que é precisamente esse o entendimento que Gaston Bachelard tem sobre o próprio conceito de método: o discurso sobre o método científico será sempre um discurso de circunstância.[23]

Para o pensador francês, o método tem certa conotação "ativa", uma vez que faria corpo junto à sua aplicação (*La méthode fait corps avec son application*).[24] O rigor metodológico ou a rigidez e a imparcialidade do método em referência àquilo que ele se projeta são, por excelência, os pontos cegos das correntes formalistas aplicadas ao direito. O fenômeno jurídico não suporta uma predefinição de seu conteúdo. E esse é o grande ganho trazido por Viehweg ao pensamento jurídico em geral: novas circunstâncias implicam novas formas de compreensão, ou seja, faz-se necessário deslocar o ponto de vista do observador.[25]

Como se expôs, nos escritos deste artigo, o problema (o caso) deve atuar, como ponto de partida para a discussão jurídica ou, ainda, como guia para o procedimento jurídico. Quando se tentava raciocinar de acordo com um sistema previamente dado, ou seja, dentro e a partir de um sistema explícito e fechado, o resultado não é outro senão uma deformação do fenômeno humano.

O problema deve ser o cerne da preocupação jurídica, mas a tão difundida e aplicada *teoria do ordenamento jurídico*, cegada pela intensa luz da ordem e da previsibilidade, assim não procede. O problema humano é quase que um detalhe à margem do pensamento preconcebido. Isso porque, para a *teoria do ordenamento jurídico*, o problema deve ser apenas inserido num campo no qual a resposta já está previamente dada. O pensamento sistemático, como explica Viehweg, é trazido para dentro de um conjunto de deduções, previamente dado, a partir do qual se infere uma resposta,[26] pois o procedimento segundo o método sistemático parte de uma ótica pretensamente totalizante, como se a realidade coubesse dentro do ordenamento jurídico. O que não estaria nessa sistematicidade não estaria no mundo. Vêem-se todos os problemas humanos pelo prisma do ordenamento, e este ponto de vista condiciona o conhecimento do caso concreto, pois o sistema funciona como um crítério para seleção de problemas. E como haiva sido posto antes, eis a posição de Nicolai Hatmann: "Os conteúdos do problema que não se conciliam com o ponto de vista são rejeitados. São

---

23 Ele expõe logo no início de sua L'épistémologie non-cartésienne: "Les concepts et les méthodes, tout est fonction du domaine d'expérience; toute la pensée scientifique doit changer devant une expérience nouvelle; un discours sur lá méthode scientifique sera toujours un discours de circonstance, il ne décrira pas une constituition définitive de l'esprit scientifique' BACHELARD, Gaston. Le nouvel esprit scientifique, p. 139. Tradução da coleção Os Pensadores, da Abril Cultural: ["Os conceitos e os métodos, tudo é função do domínio da experiência; todo o pensamento científico deve mudar diante duma experiência nova; um discurso sobre o método científico será sempre um discurso de circunstância, não descreverá uma constituição definitiva do espírito científico."]

24 Ele ainda dispõe: *Même sur le plan de la pensée pure, la réflexion sur la méthode doit rester active*. Tradução : « Mesmo sobre o plano do pensamento puro, a reflexão sobre o método dever restar ativa » (BACHELARD, Gaston. *Le nouvel esprit scientifique*, p. 140).

25 Dispõe ele: "Quando se produzem mudanças de situações e em casos particulares, é preciso encontrar novos dados para tentar resolver os problemas. Os *topoi*, que intervêm com caráter auxiliar, recebem por sua vez seu sentido a partir do problema. A ordenação com respeito ao problema é sempre essencial para eles. À vista de cada problema aparecem como adequados ou inadequados, conforme um entendimento que nunca é absolutamente imutável. Devem ser entendidos de um modo funcional, como possibilidade de orientação e como fios condutores do pensamento". VIEHWEG, Theodor. *Tópica e jurisprudência*, p. 38.

26 VIEHWEG, Theodor. *Tópica e jurisprudência*, p. 34.

colocados como uma questão falsa ou invalida. Decide-se previamente não sobre a solução dos problemas, mas sim sobre os limites dentro dos quais a solução pode mover-se.[27]

Esse formalismo aplicado ao direito só foi possível porque os ideais de sistematização trazidos pela matemática passaram a permear toda forma de pensamento, como se seu paradigma funcionasse em qualquer área do conhecimento. Mas o direito trabalha com *aporias*, com *dilemas* e não é, de forma alguma, um sistema coerente e sem contradições como as tábuas matemáticas (tábuas axiomáticas). A matemática é neutra e por esse motivo pode se comportar de maneira lógica, mas o direito trabalha com valores e estes não se ordenam, mas concorrem entre si ou até se excluem mutuamente. Exatamente por isso, Perelman afirma que concepções ideológicas diferentes podem resolver um conflito de múltiplas maneiras.[28]

Não há possibilidade de o direito pensar de forma abstrata. A teoria do direito jamais poderá se conceber apenas como "teoria". O direito é um tipo de conhecimento especial que trabalha com valores, com intuição, com indução e até com a dedução. Mas sempre com um pressuposto inarredável: o direito depende das informações casuísticas para ser levado a efeito. Não obstante, o caso deve ser respaldado, posteriormente, por um dispositivo legal. Não queira entender, prezado leitor, que a lei pode ser simplesmente desconsiderada. A lei é a garantida de intersubjetividade e esta é uma das principais conquistas da Modernidade. Ora, a intersubjetividade legal não pode ser desrespeitada sem que tenhamos como ônus a perda da democracia. A experiência do fato é a sua gênese, mas a intersubjetividade é sua legitimação como fenômeno jurídico.

A diferença entre o pensamento teórico e o jurídico está marcada pela sua natureza. O jurídico está voltado para o concreto (latim: *concretus*: aquilo que está condensado, acontecido no mundo fático e põe-se como problema experimentável), ao passo que o teórico está voltado para o pensamento abstrato. O direito não está e nem pode ser pensado em abstrato. Daí emerge a vantagem lograda por Cícero em relação ao grande filósofo Aristóteles. Ao contrário do que havia insinuado Viehweg, o nível da tópica ciceroniana não é inferior ao da aristotélica.[29] Enquanto Aristóteles, em sua *Tópica*, tem a idéia de "problema" como algo meramente teórico, entendida sua teoria como arte do discurso, Cícero viu a tópica como uma forma de pensamento aplicada à *práxis*,[30] por isso foi muito mais valorizado e reproduzido no mundo medieval, quanto a este específico assunto.

Exatamente como Perelman propõe, ainda nesse sentido, "a superioridade do pensamento jurídico sobre o pensamento filosófico está em que, ao contrário deste que pode contentar-se com fórmulas gerais e abstratas, o direto é obrigado a considerar a solução das dificuldades que surgem quando se trata de aplicar essas fórmulas gerais à solução de problemas particulares".[31] Então, a teoria metodológica jurídica dialética se justifica exatamente a partir desta idéia: não há como as escolhas encontrarem-se pré-determinadas. Em abstrato elas simplesmente não existem. O direito precisa

---

27 HARTMANN, Nicolai. Diesseits von Idealismus und Realismuns, in KantStudien, t. XXIX, p. 163-164, *apud* WIEHWEG, Theodor. *Tópica e jurisprudência*, p. 35.

28 PERELMAN, Chaïm. *Lógica jurídica e nova retórica*, p. 163.

29 VIEHWEG, Theodor. *Tópica e jurisprudência*, p. 28.

30 Theodor Viehweg assim dispõe: "Este (Cícero) entendeu a tópica como uma *praxis* da argumentação, a qual maneja o catálogo de topoi que ele esquematizou bastante. Enquanto Aristóteles trata, em primeiro lugar, ainda que não de um modo exclusivo, de formar uma teoria, Cícero trata de aplicar um catálogo de topoi já pronto. Àquele interessam essencialmente as causas; a este, em troca, os resultados" (*Tópica e jurisprudência*, p. 31).

31 PERELMAN, *Lógica jurídica e nova retórica*, p. 165.

experimentar e somente ao fazê-lo poderá conhecer. Uma teoria do método jurídico dialética é uma proposta de conhecimento do fenômeno jurídico que exige a experiência do caso para que o fenômeno possa ser pensado. A partir desse conhecimento condicionado, pode-se evoluir para o processo jurídico que se dará em função do que foi apurado. Nesse sentido, esta proposta muito estreita à concepção teorizada por Friedrich Müller, em sua *metódica estruturante*.

Daí o direito trabalhar mesmo com escolhas, pois sua natureza é antinômica, aporética e dilemática. E aquele que trabalha com essa área do conhecimento não pode evitar fazer escolhas.[32]

Como havia se dito no início deste artigo, a idéia de método se apresenta em dois momentos distintos perante às filosofias e ciências em geral. No direito não é diferente. O primeiro momento estaria diretamente imbricado na teoria do conhecimento - como determinado dado pode ser conhecido? -. O segundo momento refere-se à idéia de procedimento ou mesmo momento procedimental. Com deve se proceder frente a um conhecimento. Este projeto é, originalmente, de Kant, com as respectivas *Crítica da Razão Pura* e *Crítica da Razão Prática*. Mas seu conteúdo vai de encontro ao seu reverso: para longe de qualquer teoria pura devem rumar as *ciências sociais aplicadas*.

REFERÊNCIAS

ARISTÓTELES. *Órganon*: categorias, da interpretação, analíticos anteriores, analíticos posteriores, tópicos, refutações sofisticas. Tradução de Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2005.

BACHELARD, Gaston. *O novo espírito científico*. Tradução de Remberto Francisco Kuhnen. São Paulo: Nova Abril Cultura (Coleção Os Pensadores), 1974. Título original: *Le nouvel esprit scientifique*.

BACHELARD, Gaton. *Le nouvel esprit scientidique*. 4. éd. Paris: Quadrige, 1991.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Tradução de Flávio Maulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 1997. Título original: *Warheit und Methode*.

HEIDEGGER, Martin. *O ser e o tempo.* Tradução de Márcia de Sá Cavalcante. 7. ed. Petrópolis: Vozes, 1998.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito.* Tradução: João Baptista Machado. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1994. Título original: *Reine Rechtslehre*.

[32] PERELMAN, Chaïm. *Lógica jurídica e nova retórica*, p. 165.

NASCENTES, Antenor. *Dicionário etimológico da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: 1932.

PERELMAN, Chaïn. *Lógica jurídica*: nova retórica. Tradução de Verginia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 1998. Título original: *Logique juridique*.

PERELMAN, Chaïn. *Tratado da argumentação*: a nova retórica. Tradução de Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1996. Título original: *Traité de l'argumentation*: la nouvelle rhétorique.

VIEHWEG, Theodor. *Tópica e jurisprudência*. Tradução de Tércio Ferraz Jr. Brasília: Editora da UnB, 1979.