

LÓGICA JURÍDICA

Nova Retórica

Chaim Perelman

Professor da Universidade de Bruxelas

Tradução

VERGÍNIA K. PUPI

Revisão de Tradução

MARIA ERMANTINA GALVÃO

Revisão Técnica

DR. GILDO RIOS

Martins Fontes

São Paulo 2000

Índice

Esta obra foi publicada originalmente em francês com o título LOGIQUE JURIDIQUE por Éditions Dalloz-Sirey, Paris. Copyright © 1979, Éditions Dalloz, 31-35, rue Froidevaux, 75685 Paris Cedex 14 França. Copyright © 1998, Livraria Martins Fontes Editora Ltda., São Paulo, para a presente edição.

1ª edição
outubro de 1998
3ª tiragem
novembro de 2000

Tradução
VERGINIA K. PUPI

Revisão técnica
Dr. Gildo Sá Leitão Rios
Revisão da tradução
Maria Ermantina Galvão
Revisão gráfica
Solange Martins
Sandra Rodrigues Garcia

Produção gráfica
Geraldo Alves

Paginação/Fotolitos
Studio 3 Desenvolvimento Editorial (6957-7653)

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Perelman, Chaim
Lógica jurídica : nova retórica / Chaim Perelman ; tradução de Verginia K. Pupi. – São Paulo : Martins Fontes, 1998. – (Ensino superior)

Título original: Logique juridique.
Bibliografia.
ISBN 85-336-0959-0

I. Direito – Metodologia 2. Processo judicial – França 3. Semântica (Direito) I. Título. II. Série.

98-3847

CDU-340.1

Índices para catálogo sistemático:
1. Direito : Metodologia 340.1

Todos os direitos para a língua portuguesa reservados à
Livraria Martins Fontes Editora Ltda.
Rua Conselheiro Ramalho, 330/340
01325-000 São Paulo SP Brasil
Tel. (11) 239-3677 Fax (11) 3105-6867
e-mail: info@martinsfontes.com
http://www.martinsfontes.com

Introdução (n^{os} 1 a 14) 1

PRIMEIRA PARTE

TEORIAS RELATIVAS AO RACIOCÍNIO JUDICIÁRIO, SOBRETUDO EM DIREITO CONTINENTAL, DESDE O CÓDIGO DE NAPOLEÃO ATÉ NOSSOS DIAS (n^{os} 15 a 48)

Capítulo I – A escola da exegese (n^{os} 16 a 30)..... 31
Capítulo II – As concepções teleológica, funcional e sociológica do direito (n^{os} 31 a 36)..... 69
Capítulo III – O raciocínio judiciário depois de 1945 (n^{os} 37 a 48)..... 91

SEGUNDA PARTE

LÓGICA JURÍDICA E NOVA RETÓRICA (n^{os} 49 a 98)

Capítulo I – A nova retórica e os valores (n^{os} 51 a 70).... 141
Capítulo II – A lógica jurídica e a argumentação (n^{os} 71 a 98)..... 183

Bibliografia..... 245
Índice remissivo 253

Segunda Parte

Lógica jurídica e nova retórica

49. Enquanto o raciocínio jurídico relativo à aplicação da lei foi considerado uma simples operação dedutiva, quer se tratasse de decisão judiciária ou administrativa, devendo a solução ser apreciada unicamente segundo o critério de legalidade, sem levar em consideração seu caráter justo ou injusto, razoável ou aceitável, podia-se pretender que uma teoria pura do direito devia ignorar os juízos de valor. De fato, na medida em que estes intervêm, sem que disso resulte uma violação à lei, dependeriam apenas da consciência do juiz, escapando, por esta razão, a qualquer controle de ordem jurídica. Mas se, de acordo com Esser, Kriele e Struck, os juízos de valor relativos à própria decisão são insuprimíveis do direito, porque guiam todo o processo de aplicação da lei, já não se pode desprezar a questão de saber se tais juízos são a expressão de nossos impulsos, de nossas emoções e de nossos interesses, e portanto subjetivos e inteiramente irracionais, ou se, ao contrário, existe uma *lógica dos juízos de valor*.

A teoria positivista admitia que um raciocínio pudesse concluir num juízo de valor ou numa norma, desde que um juízo de valor ou uma norma figurassem em uma das premissas. Mas não admitia, e isto desde as análises de Hume, que um juízo de valor ou uma norma pudessem derivar de um juízo de fato. A passagem de um juízo de fato a um juízo de valor, do ser ao dever ser, não poderia ser racional pois não pertencia à lógica. Era necessário, conseqüentemente,

admitir a existência de juízos de valor ou de normas primárias, de princípio não derivados, expressão da vontade ou da emoção subjetiva do sujeito que os enuncia. Esta é uma tese comum a todos os positivistas, desde Hume até Ayer, e que foi bem exposta pelo professor Léonard G. Miller, em seu artigo “Du scepticisme moral”, cuja crítica fiz há alguns anos¹.

O que parece justificar o ponto de vista positivista é que, graças à experiência e à demonstração, pode-se estabelecer a verdade de certos fatos e de certas proposições, lógicas e matemáticas, enquanto os juízos de valor permanecem controvertidos, sem que seja possível encontrar um método racional que permita estabelecer um acordo a respeito deles. Frequentemente, com efeito, quando é necessário superar os desacordos que eles suscitam e tomar uma decisão, é a razão do mais forte que se impõe como a melhor, sendo o mais forte aquele que prevalece pelas armas ou por um voto majoritário. Acontece, por vezes, de estas duas técnicas se combinarem, sendo o direito ao voto concedido apenas a uma minoria privilegiada, sustentada pelo poder militar. Em certas repúblicas da América Latina, as decisões importantes eram tomadas pela maioria dos votantes, mas só os generais se beneficiavam do direito ao voto.

A concepção positivista tinha como consequência inevitável restringir o papel da lógica, dos métodos científicos e da razão a problemas de conhecimento puramente teóricos, negando a possibilidade de um uso prático da razão. Opunha-se, por isso, à tradição aristotélica, que admitia uma razão prática, que se aplica a todos os domínios da ação, desde a ética até a política, e justifica a filosofia como a busca da sabedoria.

Pessoalmente, sempre procurei estender o papel da razão, e foi nessa perspectiva que encetei, há mais de trinta anos,

1. Para este artigo e a crítica, cf. minha coletânea *Droit, morale et philosophie*, L.G.D.J., Paris, 1968, pp. 65-78.

minha análise da noção de justiça². Aplicando a esta noção um método de análise de inspiração positivista, obtive um primeiro resultado: pude evidenciar uma noção de justiça formal que corresponde à regra de justiça, segundo a qual é justo tratar do mesmo modo situações essencialmente semelhantes³. Esta regra, que é central em toda aplicação de uma norma a situações particulares, é indispensável em qualquer concepção positivista do direito. Ela parece, à primeira vista, alheia a qualquer juízo de valor. Mas, assim que se quer utilizar essa regra, é preciso decidir se uma situação nova é ou não é essencialmente semelhante à outra que poderia servir de precedente, e torna-se inevitável o recurso a um juízo de valor: de fato, cumpre declarar que as diferenças que distinguem os dois casos são ou não negligenciáveis. Ora, em 1944, quando escrevi esse primeiro estudo sobre a justiça, considerava os juízos de valor inteiramente arbitrários⁴.

Mas essa resposta, que equivale à renúncia a qualquer filosofia prática, não podia satisfazer-me, pois significava abandonar às emoções, aos interesses e, no final das contas, à violência o controle de todos os problemas relativos à ação humana, especialmente à ação coletiva, todos aqueles relacionados tradicionalmente com a moral, o direito e a política. De fato, se nos ativermos ao método positivista, a idéia de uma escolha, de uma decisão, de uma solução *razoável*, que implique a possibilidade do uso prático da razão, deverá ser excluída. Mas mesmo que fôssemos além da abordagem positivista, não bastava desejar uma concepção mais ampla da razão: cumpria também elaborar uma metodologia que permitisse pô-la em prática, elaborando uma lógica dos juízos de valor que não os fizesse depender do arbítrio de cada um.

2. Cf. “De la justice”, *Justice et raison*, pp. 9-80.

3. *Ibid.*, p. 26.

4. *Ibid.*, pp. 75-76.

50. Para elaborar uma lógica assim, pareceu-me que o melhor seria inspirar-me no método utilizado pelo célebre lógico alemão Gottlob Frege para renovar a lógica formal. Partindo da idéia de que se encontram nas deduções matemáticas as melhores amostras de um raciocínio lógico, ele analisou suas técnicas para distinguir os procedimentos daqueles que, não se contentando com um recurso à intuição e à evidência, procuram demonstrar seus teoremas de forma rigorosa. Uma análise análoga, a partir de raciocínios que implicassem valores, não deveria permitir elaborar aquilo a que se poderia chamar uma lógica dos juízos de valor?

Essa empresa, encetada em 1947, com a preciosa colaboração de Lucie Olbrechts-Tyteca, iniciou-se pela análise de textos variados, de tratados filosóficos, de artigos políticos, de obras de moral e de estética. Ela nos conduziu, após quase dois anos de trabalho, à conclusão inesperada 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. Estas têm sido analisadas desde a antigüidade por todos que se interessavam pelo discurso que visa persuadir e convencer e publicaram obras intituladas *Retórica, Dialética e Tópicos*⁵.

Esta descoberta não deixa de ter pertinência para a lógica jurídica. Pois, embora o raciocínio do juiz deva empenhar-se para chegar a soluções que sejam equitativas, razoáveis, aceitáveis, independentemente de sua conformidade às normas jurídicas positivas, é essencial poder responder à questão: “Mediante quais procedimentos intelectuais o juiz chega a consi-

5. Cf. nosso artigo “Logique et rhétorique” publicado em 1950 na *Revue philosophique de la France et de l'étranger*, republicado em *Rhétorique et Philosophie*, Presses Universitaires de France, Paris, 1952, pp. 1-43.

derar tal decisão como equitativa, razoável ou aceitável, quando se trata de noções eminentemente controvertidas?”

É quando se trata de noções como estas que cabe, segundo Platão, recorrer à dialética. Citemos, a esse respeito, um trecho de interessantíssimo artigo do professor J. Moreau⁶ que, parafraseando e comentando um texto de Platão (*Eutifron* 7 b-d), escreve: “Se divergissemos, tu e eu, diz Sócrates a Eutifron, sobre o número (de ovos de um cesto), sobre o comprimento (de uma peça de tecido) ou sobre o peso (de um saco de trigo), não brigariamos por isso; não começaríamos uma discussão; bastar-nos-ia contar, medir ou pesar e nossa divergência estaria resolvida. As divergências só se prolongam e se envenenam quando nos faltam tais métodos de medição, tais critérios de objetividade; é o que sucede, precisa Sócrates, quando estamos em desacordo sobre o justo e o injusto, o belo e o feio, o bem e o mal, em uma palavra, sobre os valores. Ora, se se quer evitar que em tais casos o desacordo degenerem em conflito e seja resolvido pela violência, não há outro meio senão recorrer a uma discussão racional. A dialética, arte da discussão, se mostra o método apropriado à solução dos problemas práticos, os que concernem aos fins da ação, que envolvem valores; é no exame de tais questões que é empregada nos diálogos socráticos, e esta a razão da estima que Platão tem por ela.”

Na ausência de técnicas unanimemente admitidas é que se impõe 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.

Vê-se aparecer assim o caráter central da noção de acordo, tão desprezada pelas filosofias racionalistas ou positivistas, nas

6. J. Moreau, “Rhétorique, dialectique et exigence première”, *Théorie de l'argumentation*, Nauwelaerts, Louvain, 1963, p. 207.

quais o que importa é a *verdade* de uma proposição, vindo o acordo por acréscimo, uma vez que a verdade foi estabelecida pelo recurso à intuição ou à prova. Mas a noção de acordo torna-se fundamental quando os meios da prova inexistem ou são insuficientes, principalmente quando o objeto do debate não é a verdade de uma proposição, mas o valor de uma decisão, de uma escolha, de uma ação, consideradas justas, equitativas, razoáveis, oportunas, louváveis, ou conformes ao direito.

Como se obtém o acordo alheio, e o próprio, no caso de uma deliberação íntima?

Foi isso que examinamos num *Tratado da argumentação*, que intitulamos também “A nova retórica”⁷.

Consagraremos o primeiro capítulo à argumentação jurídica em geral e o segundo à argumentação específica do direito. Mostraremos, assim, sucessivamente a importância da nova retórica como instrumento da razão prática e sua importância particular para a lógica jurídica.

7. Cf. Ch. Perelman e L. Olbrechts-Tyteca, *Traité de l'argumentation, La nouvelle rhétorique*, Edição da Universidade de Bruxelas, 1976³ (1^a ed. Presses Universitaires de France, 1958).

A nova retórica e os valores

51. A Retórica, que foi elaborada pelos Antigos e à qual foram consagradas as obras muito conhecidas de Aristóteles, Cícero e Quintiliano, é uma disciplina que, após ter sido considerada o coroamento da educação greco-romana, degenerou no século XVI, quando foi reduzida ao estudo das figuras de estilo, e depois desapareceu inteiramente dos programas do ensino secundário. Esta retórica foi definida por Aristóteles como a arte de procurar, em qualquer situação, os meios de persuasão disponíveis¹. Prolongando e desenvolvendo a definição de Aristóteles, diremos que seu objeto é o estudo das técnicas discursivas que visam a *provocar ou a aumentar a adesão das mentes às teses apresentadas a seu assentimento*².

Esta definição deve ser completada por *quatro observações* que permitirão precisar-lhe o alcance.

A primeira é que a *retórica procura persuadir por meio do discurso*. Quando recorremos à experiência para obter a adesão a uma afirmação, não se trata de retórica. É verdade que, para obter a adesão ao enunciado de um fato, a experiência é insuficiente sem um acordo prévio sobre o sentido das palavras utilizadas no enunciado. Assim que se discutir sobre o sentido das palavras, para conseguir um acordo a

1. Aristóteles, *Retórica*, I, 1355, b 26-27.

2. Ch. Perelman e L. Olbrechts-Tyteca, *Traité de l'argumentation*, p. 5.