

Esta obra foi publicada originalmente em francês com o título ÉTIQUE ET DROIT por Éditions de l'Université de Bruxelles, em 1990. Copyright © 1990 by Éditions de l'Université de Bruxelles. Copyright © Livraria Martins Fontes Editora Ltda., São Paulo, 1996, para a presente edição.

1ª edição
julho de 1996
2ª tiragem
julho de 1999

Revisão da tradução
Eduardo Brandão
Preparação do original
Lucia Aparecida dos Santos

Revisão gráfica
Andréa Stahel M. da Silva
Marta Cecília de Moura Mularás
Marta de Fátima Cavallaro
Ana Maria de Oliveira Mendes Barbosa

Produção gráfica
Geraldo Alves
Paginação/Fotolitos
Studio 3 Desenvolvimento Editorial (6957-7653)
Capa
Katia Harumi Terazaka

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

Perelman, Chaim.
Ética e direito / Chaim Perelman ; tradução Maria Ermantina Galvão. – São Paulo : Martins Fontes, 1996.

ISBN 85-336-0521-8

1. Direito e ética 2. Direito – Filosofia 3. Direito – Metodologia 4. Justiça I. Título.

96-2538

CDD-340.1

Índices para catálogo sistemático:
1. Direito : Filosofia 340.1
2. Ética e direito 340.1

Todos os direitos para o Brasil reservados à
Livraria Martins Fontes Editora Ltda.
Rua Conselheiro Ramalho, 330/340
01325-000 São Paulo SP Brasil
Tel. (011) 239-3677 Fax (011) 3105-6867
e-mail: info@martinsfontes.com
http://www.martinsfontes.com

Índice

Quadro de correspondência.....	IX
Apresentação, de Alain Lempereur.....	XIII

PRIMEIRA PARTE

A ÉTICA

Capítulo I – A justiça	3
§ 1. Da justiça.....	3
1. Colocação do problema.....	3
2. A justiça formal.....	14
3. As antinomias da justiça e a equidade	33
4. Igualdade e regularidade	41
5. Da arbitrariedade na justiça.....	51
6. Conclusão.....	66
§ 2. Os três aspectos da justiça.....	68
§ 3. A regra de justiça	85
§ 4. O ideal de racionalidade e a regra de justiça (se- guido de uma discussão com Koyré, Guéroult, Ri- coeur, Lacan, ...)	93
§ 5. Cinco aulas sobre a justiça	145
1. A justiça e seus problemas	146
2. A regra de justiça e a equidade	156
3. Da justiça das regras.....	168

O terceiro exemplo é extraído do direito administrativo francês, que teve de recorrer a uma ficção para sair de uma situação ridícula, que parecia juridicamente inextricável²⁰.

Estes poucos exemplos apresentam casos em que a busca de uma solução aceitável justifica recorrer à ficção jurisprudencial. Mas vê-se muito bem em que o recurso à ficção é perigoso, pois uma justiça que não passasse de um instrumento a serviço de um poder despótico poderia utilizá-lo para condenar inocentes, de que este quisesse desembaraçar-se. É por isso que o recurso à ficção é malvisto por muitas pessoas sensatas, pois se arrisca a arruinar a segurança jurídica, por considerações alheias à missão do juiz.

Concluindo, na medida em que o direito é concebido como uma técnica que visa a proteger simultaneamente vários valores, às vezes incompatíveis, a lógica jurídica se apresenta essencialmente como uma argumentação destinada a motivar decisões judiciais, para fazê-las beneficiar-se de um *consenso*, o das partes, das instâncias judiciais superiores e, enfim, da opinião pública esclarecida. Se a solução do tribunal, que hierarquiza ou ordena os valores que se opõem, não parecer aceitável, a sentença será, conforme os casos, reformada ou cassada, e, se se tratar de um aresto da Corte de Cassação, poderá suscitar uma modificação da lei. Assim é que a administração da justiça, num país democrático, resulta de uma constante confrontação de valores, que implica um diálogo entre o poder judiciário, o poder legislativo e a opinião pública.

§ 43. Juízo, regras e lógica jurídica¹

Dizer de alguém que é capaz de juízo é afirmar sua capacidade de escolher ou de decidir de uma forma não-arbitrária, ou seja, de uma forma arrazoada, de preferência razoável, que não se oponha sem razão ao senso comum, que manifeste "bom senso". Uma máquina, que reage a um estímulo de uma forma

perfeitamente determinada ou de uma forma totalmente aleatória, não tem juízo.

Assim é que não se dirá de uma instalação elétrica que ela tem juízo porque conseguimos acender uma lâmpada girando o comutador. Mas se, à ordem de "fogo", pronunciado pelo oficial que comanda o pelotão de execução, os soldados do pelotão puxam o gatilho, poder-se-á dizer que eles têm juízo ou foram condicionados para reagir ao comando de uma forma automática? Raros são, de fato, os soldados que têm consciência do fato de que têm uma opção, de que poderiam recusar atirar ou atirar em outro alvo, mas que têm, não obstante, boas razões para conformar-se com a ordem recebida. Enquanto a recusa de obedecer, sustentada por boas ou más razões, manifesta uma capacidade de juízo pessoal, o fato de conformar-se com a ordem é ambíguo, pois, embora possa ser consciente e deliberado, o mais das vezes resulta de um hábito, de um condicionamento, de uma disciplina que é sentida como irrecusável.

Máquinas de calcular, e mesmo máquina capazes de jogar xadrez, seguindo instruções precisas, por mais complicadas que sejam, são, não obstante, incapazes de juízo. Mas, quando se trata de aplicar a situações concretas, sejam elas quais forem, regras de direito, redigidas numa língua natural, é quase inevitável o recurso ao juízo, na medida em que essas regras guiam aqueles a quem elas se dirigem sem, entretanto, lhes determinar inteiramente a ação.

Em que condições uma máquina, desprovida de juízo mas programada de uma forma adequada, seria capaz de aplicar tais regras? Vamos enumerá-las inspirando-nos nas progressões intelectuais do juiz que deve dizer o direito num caso específico. Seria preciso:

- a) que todos os elementos da situação, aqueles que condicionam a aplicação da regra, fossem incontestes;
- b) que existisse uma regra de direito, e uma só, aplicável à situação;
- c) que a regra fosse clara em sua aplicação ao caso específico;

d) que não houvesse fato real, ou alegado por uma das partes, suficientemente importante, mas que a regra não menciona de modo explícito, que acarretasse uma hesitação quanto à aplicação da regra (caso de força maior, estado de necessidade, circunstâncias anormais ou imprevisíveis);

e) que as conseqüências resultantes da aplicação estrita da regra não fossem consideradas iníquas, inoportunas, prejudiciais, desarrazoadas, ou seja, inaceitáveis por uma ou outra razão.

Antes de comentar cada uma dessas cinco condições, impõem-se duas observações de ordem geral. A que é evidente ao primeiro olhar é a de que as duas primeiras condições são tão ligadas que, na prática, não podem ser tratadas separadamente. Para saber quais são os elementos da situação de que decorrem certas conseqüências jurídicas, cumpre conhecer a regra aplicável, e, para saber qual regra é aplicável, cumpre já conhecer os elementos da situação. De fato, a mente do jurista funciona num movimento de vaivém, da situação para a regra e da regra para a situação, e podemos perguntar-nos se essa dialética poderia ser realizada sem uma mente capaz de juízo, que faria à máquina as perguntas pertinentes.

A segunda observação é que a quinta condição, que se oporia à aplicação automática da lei, sejam quais forem suas conseqüências, implica certa concepção do papel do juiz, que a escola da exegese, que prezava acima de tudo a segurança jurídica e a soberania da lei, condenou claramente. Basta, para convencer-se disso, ler a passagem do manual de Mourlon (*Répétitions écrites sur le Code civil*, 1846) que inculca aos estudantes de direito o respeito sagrado à lei: "um bom magistrado humilha sua razão diante daquela da lei; pois ele é instituído para julgar segundo ela e não para a julgar. Nada está acima da lei e é prevaricar eludir-lhe as disposições a pretexto de que a equidade natural lhe resiste. Em jurisprudência, não há, não pode haver, razão mais razoável, equidade mais equitativa, do que a razão ou a equidade da lei"²².

Com efeito, veremos que, se, por uma ou outra razão, as conseqüências da aplicação da lei a um caso específico lhe

parecerem inaceitáveis, o juiz introduzirá a quarta condição ou tratará de interpretar a regra, o que tornará impossível uma jurisprudência "mecânica".

Se há processo, e a não ser que a lide seja provocada apenas para ganhar tempo, é porque a regra ou a sua interpretação, ou os fatos discutidos, ou as conseqüências que deles devem ser tiradas, são contestados, e o juiz é obrigado a resolver; quer sua decisão seja longamente motivada quer resulte de uma apreciação soberana dos fatos, presume-se que resulte de um juízo.

Examinemos, um por um, os cinco pontos enumerados acima, que poderiam, numa situação jurídica qualquer, estar na origem de uma contestação. Esse exame nos permitirá, de passagem, posicionar-nos nas controvérsias tradicionais que opõem os teóricos ou os filósofos do direito.

1. *Quais são os fatos sobre os quais é exigido o acordo?*

Já lembramos que a escolha dos fatos pertinentes, que se trata de estabelecer, a não ser que sejam presumidos, depende da regra aplicável. Esta é que precisa que o conjunto de fatos condiciona a aplicação das conseqüências jurídicas. Uma vez estabelecido o acordo sobre o gênero de fatos que não de ser levados em consideração, surgirão problemas relativos à prova, às presunções, ao ônus da prova, ao depoimento, à apreciação dos indícios, que necessitarão do recurso ao juízo.

Há mais, porém. O direito não é assimilável a um mero jogo. As regras do jogo podem ser exaustivas e enumerar todos os fatos que o árbitro deve levar em conta no desenrolar do jogo. Outros fatos podem intervir para perturbar o jogo, interrompê-lo ou terminá-lo, mas não para influenciar o seu desenrolar. Com efeito, o jogo não tem finalidade fora de si próprio. Se o jogo é considerado um meio para favorecer o turismo ou o entendimento entre os povos, por exemplo, esse elemento extrínseco pode determinar a escolha do local ou do momento em que se desenrolará o evento, mas não pode modificar as regras do jogo.

Se, em direito, podemos imaginar regras, tais como as regras processuais que apresentam um aspecto análogo ao das

regras do jogo, não se dá o mesmo com regras de fundo, que dificilmente são separáveis da vida da comunidade, de suas crenças, de suas aspirações e de seus valores. É por essa razão que caberá levar em conta, como veremos, fatos de que não fala a regra aplicável, e que poderiam, ainda assim, influenciar a decisão do juiz. Teremos a oportunidade de voltar a isso no ponto 4 de nossa análise.

2. *O segundo ponto se refere à regra de direito aplicável;* trata-se de um princípio constitucional, de uma lei, de um costume ou de um precedente judiciário.

Em cada sistema de direito os problemas levantados pela determinação da regra aplicável serão diferentes. Assim é que, em direito continental, a existência de uma única regra aplicável supõe que não se apresentam problemas relativos às lacunas e às antinomias. A validade da regra pode levantar dúvidas se as leis são submetidas a um controle de constitucionalidade por uma Corte Constitucional. Seu alcance pode ser limitado se há disposição para reconhecer como regras prioritárias princípios gerais de direito, comuns a todos os povos civilizados. Isso porque tais princípios não são necessariamente identificáveis por meio de critérios formais, tais como o voto e a promulgação de uma lei pelo poder legislativo.

Num sistema como o da *common law*, em que a regra de direito é tirada de precedentes judiciários, o problema que se coloca é o da formulação dessa regra, da *ratio decidendi*, a partir de um caso anterior. Com efeito, o juiz posterior se reserva o direito de reformular a regra, tal como ela resulta do precedente, ampliando-lhe o alcance, graças a um raciocínio por analogia, ou limitando-a, introduzindo uma distinção que parece pertinente. Por essa razão, e contrariamente ao caso em que a regra aplicável está formulada num texto de lei, o juiz da *common law* se vê impor a obrigação de formular a regra de direito a partir do precedente judiciário.

Como já ressaltamos, somente o acordo sobre a regra permite determinar quais fatos são pertinentes na aplicação desta.

3. *Quando se dirá que a regra aplicável é clara?*

A concepção tradicional afirma *clara non sunt interpretanda*, o que é claro não deve ser interpretado, como se tal cla-

reza pudesse impor-se *antes* de qualquer interpretação, o que é uma concepção inspirada em Descartes. A esta se opõe a reflexão de Locke, segundo a qual, em direito, essa pretensa clareza resulta mais de uma falta de imaginação, do fato de não se ter pensado em todas as situações que permitiriam revelar a ambigüidade ou a obscuridade da regra³. É por isso que, em vez de dizer que a regra é clara em si própria, ou seja, sejam quais forem as situações às quais é aplicável, o que supõe que as examinamos todas, é mais prudente e mais justo dizer que ela é clara neste ou naquele caso de aplicação, pois as diversas interpretações razoáveis que dela se poderiam fornecer não dão azo a nenhuma divergência.

Assim é que o art. 471 do Código Penal belga considera uma circunstância agravante o fato de um roubo ter sido cometido durante a noite, e define, no art. 478, o roubo cometido durante a noite como o roubo cometido mais de uma hora antes do nascer do sol e mais de uma hora depois do pôr-do-sol. Cumprirá aplicar o art. 471 se o roubo foi cometido à meia-noite num cassino feericamente iluminado, em meio à uma multidão de pessoas? A propósito disso, poder-se-ia opor à letra o espírito da lei, a intenção do legislador. Assim também, se uma lei alemã datada da época imperial considerava um delito o fato de desfilar em 1º de maio atrás de uma bandeira vermelha, cumprirá absolver aqueles que festejaram o 1º de maio desfilando atrás de uma bandeira lilás? Poder-se-á dizer que o que conta é o fato de manifestar, desfilando em 1º de maio, sentimentos revolucionários e que, no sentido da lei, se pode assimilar ao vermelho qualquer outra cor que exprima simbolicamente os mesmos sentimentos revolucionários⁴?

Em Israel, o fato de brandir uma bandeira palestina é punível, porque exprime em público sentimentos hostis ao Estado judaico. Mas se poderá considerar uma transgressão da lei o fato de ostentar um botão no qual figuram as bandeiras cruzadas de Israel e da Palestina, ou mesmo de desfilar com as duas bandeiras desfraldadas lado a lado?

Conhecem-se as divergências de interpretação que ocorrem por ocasião do roubo de eletricidade. Enquanto o art.

461 do Código Penal belga diz que "quem quer que subtraia fraudulentamente uma coisa que não lhe pertence é culpado de roubo", pode-se dizer que, desviando em seu proveito corrente elétrica, cometeu-se um roubo tal como foi definido pela lei? Sabe-se que, a propósito de textos muito semelhantes, o Tribunal alemão do Império não quis estender por analogia o alcance da lei, enquanto a Alta Corte dos Países-Baixos não hesitou em subsumir um roubo de eletricidade sob o art. 310 do Código Penal holandês, que fala de subtração de um bem. É certo, porém, que o legislador que havia votado esse artigo não havia pensado nesse gênero de roubo⁵.

É óbvio que a aplicação de um texto que contém noções vagas e, *a fortiori*, noções com conteúdo variável, cuja aplicação varia com as reações do meio, tais como *razoável*, *contrário aos bons costumes*, *pornografia*, necessita de um juízo, de uma apreciação, variável conforme o contexto social, e que uma máquina é incapaz de fornecer. Mesmo que a máquina possa guiar-nos fornecendo-nos todos os precedentes relativos ao caso específico, nada nos garante que, tendo entretanto evoluído o estado da opinião pública, o que pôde parecer condenável, dez anos atrás, o seria ainda atualmente.

4. *Poder-se-á dizer de uma regra, por mais clara que seja à primeira vista, que ela deve ser aplicada de forma automática?*

Uma lei americana exige que todos que imigram para os Estados Unidos obtenham um visto de imigração no consulado americano de seu país de origem. Essa regra é clara e o texto não prevê exceção alguma. Mas que fazer se um casal de imigrantes chineses, que obtiveram seus vistos de imigração, embarca em Cantão num navio inglês com destino a São Francisco e se a mulher dá à luz uma criança durante a travessia? Cumprirá que o oficial que se ocupa da admissão dos imigrantes deixe os pais entrarem e mande a criança de volta à China porque não tem visto de imigrante?

É proibido penetrar mediante arrombamento na casa de outrem, mas se irá condenar alguém que o faz para salvar uma criança dentro da casa em chamas? Hoje, é verdade, criaram-se delitos de omissão, instituindo a obrigação legal de socorrer

uma pessoa em perigo de vida. Mas, antes do voto dessa lei, relativamente recente, podemos imaginar um juiz que puniria aquele que, arriscando a própria vida, salva uma criança das chamas? O estado de necessidade justificaria amplamente essa violação da lei⁶.

Terminemos com um derradeiro exemplo, o célebre acórdão da Corte de Cassação da Bélgica de 11 de fevereiro de 1919 (*Pas. belge*, 1919), que declarava conformes à Constituição decretos-leis expedidos durante a Primeira Guerra Mundial pelo rei e pelo governo belga sediados no Havre, e isto em violação da letra dos arts. 25, 26 e 130 da Constituição. O art. 25 enuncia o princípio de que os poderes são exercidos da maneira estabelecida pela Constituição, o art. 26 declara que o poder legislativo se exerce coletivamente pelo Rei, pela Câmara dos Representantes e pelo Senado. O art. 130 diz, expressamente, que a Constituição não pode ser suspensa nem em todo nem em parte⁷.

Ora, a Corte de Cassação da Bélgica, estatuindo em conformidade com as conclusões do procurador-geral Terlinden concluiu pela constitucionalidade desses decretos-leis, apoiando-se notadamente na seguinte argumentação:

"A lei, obra essencialmente prática, só se aplica a situações essencialmente concretas. É isso que explica que, embora a jurisprudência possa ampliar a aplicação de um texto, há para essa ampliação limites e estes se acham atingidos cada vez que, à situação em que o autor da lei havia pensado, vêm substituir-se outras, fora de suas previsões.

"Uma lei — constituição ou lei ordinária — jamais estatui, portanto, senão para períodos normais, para aqueles que ela pode prever. Obra do homem, ela é sujeita, como todas as coisas humanas, à força das coisas, à força maior, à necessidade. Ora, fatos há que a sabedoria humana não pode prever, situações em que não pôde pensar e nas quais, por a norma ter-se tornado inaplicável, é preciso, como se puder, afastando-se o menos possível das prescrições legais, fazer frente às brutais necessidades da hora e opor meios provisórios à força invencível dos acontecimentos."

Para saber quais acontecimentos são imprevisíveis, representam um caso de força maior ou de necessidade, cumprirá-se num juízo, de que é incapaz uma máquina, na própria medida em que se trata de acontecimentos imprevisíveis.

5. *Um sistema de direito difere de um sistema formal pelo fato de que o juiz, que deve dizer o direito em cada caso específico, não pode contentar-se em deduzir corretamente as consequências de um conjunto de textos legais, mas deve ver se estas são aceitáveis.*

Se for o caso, as conclusões que resultarem da aplicação mecânica da lei não serão contestadas. Mas se não for o caso, o juiz recorrerá a uma interpretação, será levado a modificar uma ou outra premissa para descartar essa consequência.

Pode-se, evidentemente, retirar do juiz esse poder de apreciação e exigir-lhe uma submissão absoluta à letra da lei. Essa atitude, conforme à escola da exegese, tal como é expressa por Moulton, foi condenada já na segunda metade do século XIX, pois redundava no que Roscoe Pound desqualificou denominando *mechanical jurisprudence*. Mas, se aceitamos que o juiz descarte consequências que lhe parecem desarrazoadas, cumprirá que ele justifique sua decisão em direito. Ele deverá mostrar que um dos elementos, que pareciam incontestáveis, dá azo a uma interpretação que modifica uma das premissas do silogismo judiciário.

A primeira solução consiste em limitar o alcance do texto legal, opondo o espírito à letra, alegando uma lacuna na lei, ou criando uma antinomia entre a regra de direito positivo e um princípio geral de direito. No primeiro caso, a lei deixa de ser clara porque opomos a uma interpretação literal da regra uma interpretação teleológica, pela finalidade da lei, e porque essa última interpretação redundava numa solução diferente da primeira.

Quando se alega uma lacuna na lei é porque se nega que a regra possa ser aplicada ao caso em questão, porque ele era imprevisível, porque a situação é anormal, porque se está num caso de força maior. Destarte, nega-se a existência de uma regra indiscutida aplicável ao caso em pauta e se terá de substituir a regra que se descarta por outra regra.

Quando se alega uma antinomia é porque se opõe, à única regra cogitada anteriormente, uma outra regra, trate-se de um princípio geral de direito ou de um princípio de direito natural (*natural justice*), e porque se descarta a aplicação da primeira regra quando ela se opõe a um princípio considerado preeminente.

Uma limitação da regra pode ainda resultar de uma teoria jurídica tal como a teoria do abuso do direito ou aquela que alega a existência de uma ordem pública internacional para limitar o alcance de uma regra de direito positivo. Foi assim que se pôde limitar o uso do direito de propriedade, quando é utilizado principalmente para prejudicar um terceiro, que se pôde descartar a aplicação de uma regra estrangeira, ainda que, em virtude do direito internacional privado, ela fosse aplicável (caso de bigamia).

O caso extremo é aquele em que se recorre à ficção, ou seja, a uma qualificação fictícia dos fatos. Assim é que, para evitar condenar à morte culpados de roubo de mais de 39 xelins, em virtude de uma legislação muito severa adotada na Inglaterra por volta do final do século XVIII, o júri, que devia condenar alguém que havia roubado 10 libras esterlinas, ou seja, 200 xelins, estimou em 39 xelins a importância do roubo. Conhecemos também um júri que, devendo julgar um caso de eutanásia especialmente lamentável, respondeu que não era culpada de homicídio uma mãe acusada de haver matado seu bebê horrivelmente deformado por influência do softenon.

Em outros casos, tal como o da interrupção voluntária da gravidez, o Ministro da Justiça, na Bélgica e dos Países-Baixos, havia solicitado aos procuradores-gerais que não instaurassem processos judiciais quando o aborto era realizado em meio hospitalar.

É óbvio que essa situação anormal, em que o poder executivo limita a aplicação da lei penal, só ocorre em circunstâncias que saem do normal, quando a lei já não corresponde ao estado da opinião pública e quando há obstáculos de ordem política para uma modificação da lei por via legislativa.

Todas essas técnicas se prendem à lógica jurídica. São invocadas quando a aplicação da lógica formal, de uma forma

mecânica, conduz a um impasse, ou seja, a uma consequência inaceitável. O exercício do poder judiciário em nosso sistema de direito exige, do juiz, juízo, para impedir que a aplicação do direito leve a consequências desarrazoadas, assim como o recurso a técnicas de lógica jurídica, de modo que a solução não pareça arbitrária, mas conforme ao sistema previamente enriquecido e flexibilizado⁸.

§ 44. Direito e retórica¹

Quando a retórica é entendida, seguindo-se Aristóteles, como a disciplina que tem como objetivo o estudo do discurso persuasivo e de suas modalidades, podem-se discernir dois limites para a aplicação desta. Quando a tese que se quer que admitam é evidente e quando essa evidência se impõe a toda mente atenta, não cabe argumentar: assim que a verdade se impõe de uma maneira coerciva, quando a evidência não deixa liberdade alguma à vontade, é supérflua qualquer retórica. O segundo limite é aquele em que a tese, apresentando-se como arbitrária e não invocando razão alguma em seu favor, reclama a submissão a um poder coercivo, que se impõe pela força brutal, sem buscar a adesão das mentes. Esses dois casos extremos são bastante raros, e o campo da retórica é imenso.

No primeiro caso, todo homem normal, que se inclina diante da evidência, chegará necessariamente à mesma conclusão: quando se trata de estabelecer o resultado de uma adição, não são cabíveis as questões de competência. Para chegar à conclusão de que dois mais dois são quatro, não cabe recorrer a um juiz. Este só é indispensável quando é necessário tomar uma decisão e não quando a resposta poderia ser fornecida por uma máquina de calcular.

Assim também, se o juiz fosse apenas um instrumento dócil do poder, apenas, como afirma Montesquieu², “a boca que pronuncia as palavras da lei, seres inanimados que não lhe

podem moderar a força nem o vigor”, o raciocínio judiciário, pelo menos quando se trata de questões de direito, seria alheio a qualquer retórica.

Se a argumentação não intervém quando não cabe nem apreciar, nem interpretar, nem julgar, e sim inclinar-se diante da evidência ou diante da força, vê-se claramente que o papel e a importância da retórica em direito aumentam com o crescimento e a independência do poder judiciário, pelo menos na medida em que este procura motivar suas decisões, e não as impor por via autoritária. Dá-se o mesmo, aliás, com o poder legislativo, quando este reconhece que as normas que promulga não são evidentes e, não querendo impô-las arbitrariamente, fornece as razões que as fariam ser admitidas pelo público interessado. Os debates parlamentares, o mais das vezes precedidos por trocas de opiniões na imprensa especializada e na imprensa de opinião, esclarecerão o público sobre as razões que militam pró ou contra um projeto de lei, os males que este procura combater, as vantagens que resultariam de sua adoção. O papel da argumentação e da retórica crescem toda vez que, por ocasião de uma controvérsia, delibera-se sozinho, ou com outros, para chegar a uma decisão que se quer razoável.

Sabe-se que a retórica, como disciplina, nasceu por ocasião de litígios referentes a propriedades, confiscadas quando de uma mudança de regime político e cuja restituição, vários anos mais tarde, os antigos proprietários reclamavam, por ocasião de uma volta ao poder do regime anterior. Concebe-se que essas sucessivas mudanças, com todas as operações jurídicas intervindas no intervalo, tenham ocasionado dificuldades que nenhuma legislação pudera prever e que a simples aplicação de textos dificilmente podia resolver de forma equitativa. Sabe-se que o papel desempenhado pelo direito e pelo gênero judiciário, na Grécia e em Roma, entre os principais teóricos da retórica, Aristóteles e Hermágoras, Cícero e Quintiliano. Durante a Antiguidade greco-romana, na Idade Média e na época moderna, a formação jurídica ia de par com a formação retórica; vários princípios gerais de direito, bem como numerosas regras de processo civil e penal, trazem clara a marca de

sua origem retórica³. Foi graças à retórica e à introdução no direito de noções tais como "a boa-fé" ou "a equidade", que o antigo direito romano, por demais formalista, foi transformado, para tornar-se um instrumento melhor a serviço da justiça.

O papel da retórica se torna indispensável numa concepção do direito menos autoritária e mais democrática, quando os juristas insistem sobre a importância da paz judiciária, sobre a idéia de que o direito não deve somente ser obedecido, mas também reconhecido, que ele será, aliás, tanto mais bem observado quanto mais largamente for aceito.

A aceitação de um sistema de direito implica que se reconheça a legitimidade das autoridades que têm o poder de legislar, de governar e de julgar; essa legitimidade é fundamentada na tradição, e também na religião, nas mais variadas ideologias e filosofias políticas. Mas, se há abuso de poder, se as decisões tomadas pelo poder parecem desarrazoadas, contrárias ao bem comum, se não são aceitas, mas impostas pela coerção, o poder se arrisca a perder sua autoridade: far-se-á ainda temer, mas já não será respeitado.

Nessa perspectiva, o papel do juiz, como servidor de um Estado de direito, é contribuir para a aceitação do sistema, mostrando que as decisões que é levado a tomar são não somente legais, mas também aceitáveis, porque razoáveis. Toda vez que deve arbitrar conflitos de opiniões, de interpretações, de interesses e de valores, o juiz procura soluções que sejam, a um só tempo, conformes ao direito e aceitáveis.

A lei não rege tudo, não previu tudo. Em situações que saem do comum, perante casos de força maior, sua aplicação estrita poderia atritar-se com a razão e a equidade. O juiz tem de flexibilizar a lei para que o direito que diz seja aceito⁴.

Num processo, é normal que as partes apresentem todos os elementos, de fato e de direito, considerações de toda espécie, textos legais, acórdãos de jurisprudência, pareceres doutrinários, argumentos de ordem geral – tópicos jurídicos – que mostrarão quais valores e quais interesses merecem triunfar e por quais razões. O juiz deverá pôr fim ao litígio, indicando quais considerações e quais valores prevalecem em direito e em

equidade. Após ter escutado os adversários, ouvido o pró e o contra, ele deverá indicar as razões que lhe determinaram a decisão: sua exposição de motivos procurará fazer que o dispositivo seja admitido pelas partes litigantes, pelas instâncias judiciárias superiores e pela opinião pública.

Nessa perspectiva, a melhor argumentação de um advogado será aquela que for adotada pelo juiz em seus considerandos: a melhor exposição de motivos de uma decisão será aquela que não for contestada ou, pelo menos, que for confirmada em apelação ou em cassação.

Se, cada vez que se submete uma questão à deliberação e à discussão, faz-se indispensável o recurso à argumentação, é muito comum que o discurso não vise a chegar a uma decisão, e sim a criar um estado de espírito, uma disposição para reagir desta ou daquela maneira. É esse o caso das discussões teóricas, tanto políticas como filosóficas. As obras de doutrina, de teoria, mesmo quando se trata de doutrina jurídica, visam a influenciar a opinião, mas não necessariamente a tomar uma decisão.

Em contrapartida, quando uma questão é submetida diretamente a um órgão qualificado para elaborar um texto de lei ou para decidir de sua aplicação, a argumentação deverá adaptar-se de uma forma mais rigorosa ao seu auditório que é, dessa vez, perfeitamente determinado: são os legisladores ou os juízes competentes que cabe convencer. Com efeito, uma das características do direito é que ele prevê procedimentos aos quais é preciso amoldar-se para chegar a uma decisão válida em matéria legislativa, administrativa ou judiciária, e, acima de tudo, pela designação do órgão qualificado para tomar uma decisão em cada caso. Disposições jurídicas, o mais das vezes constitucionais, regularão da mesma forma os problemas relativos às relações entre os poderes, à hierarquia ou à independência relativa deles. Cumpre que os órgãos qualificados para tomar uma decisão autorizada, em cada situação, não sejam contestados, ou, pelo menos, se o são, que haja uma instância incumbida, em último caso, de resolver os conflitos de competência. Na ausência de semelhantes disposições, a resolução

dos litígios escapa ao direito e se torna uma questão política, cuja solução será imposta pela força.

Será necessário que toda decisão legalmente válida seja efetivamente seguida de um efeito prático e, se couber, sancionada e imposta pela força? Constatamos que, geralmente, é isso que sucede, sendo desejável que as decisões sejam efetivamente aplicadas para que as instituições jurídicas conservem sua autoridade. Mas não creio que uma decisão formalmente válida, tomada por autoridades competentes, perca seu caráter de ato jurídico pelo fato de ficar sem efeito. Assim é que o aresto do Conselho de Estado da Bélgica, que anula uma concorrência pública, nada perde de seu valor jurídico, porque interveio tarde demais para modificar o desenrolar das operações de compra já efetuadas em consequência dessa concorrência⁴. O que é essencial, em contrapartida, é a existência de autoridades competentes para dizer o direito, seja por via de disposições gerais (o poder legislativo e regulamentar) ou seja em cada caso específico (o poder executivo ou judiciário).

É o poder judiciário inteiramente subordinado ao poder legislativo? Se o fosse, isso implicaria que todo o direito coincidesse com a lei. O papel do juiz se limitaria a estabelecer os fatos, a subsumi-los sob um texto legal e a tirar a conclusão disso por via de silogismo judiciário. Pois a argumentação em nada intervém na determinação da regra de direito aplicável.

As concepções a esse respeito evoluíram muito desde que, em 1790, os ideólogos da Revolução Francesa tentaram submeter inteiramente o poder judiciário à vontade nacional, tal como se exprimia por meio da lei. Depois da tentativa, rapidamente abandonada, do recurso legislativo, em que o juiz era obrigado a consultar o poder legislativo cada vez que tinha dúvidas sobre interpretação da lei, os autores do Código de Napoleão foram forçados a reconhecer ao juiz um poder complementar na formação do direito, mercê do célebre art. 4º do Código de Napoleão que instaura a obrigação de julgar: "O juiz que recusar julgar a pretexto do silêncio, da obscuridade ou da insuficiência da lei, poderá ser processado por denegação de justiça."

A obrigação de julgar tem como corolário a outorga ao juiz de um poder de decisão, o de preencher as lacunas da lei, de resolver as antinomias que poderiam apresentar-se, de escolher uma ou outra interpretação do texto legal⁵.

O poder de interpretação do juiz, indispensável nos casos mencionados no art. 4º do Código de Napoleão, será aumentado em virtude do recurso à vontade do legislador, e isto com vistas a ampliar ou restringir o alcance do texto. O juiz aplicará a lei, ora à letra, ora segundo seu espírito, mas sem se autorizar a fazer intervir, ao menos abertamente, considerações de equidade.

Parece, no entanto, sobretudo depois da última guerra, que se tenham menos escrúpulos a esse respeito. Cada vez mais, os princípios gerais do direito são considerados regras de direito que o juiz deve levar em conta, mesmo independentemente de um texto legal que os consagre. Notou-se, igualmente, o papel crescente dos tópicos jurídicos, ou seja, de argumentos considerados pertinentes na elaboração e na aplicação do direito, de valores aceitos numa sociedade que um direito, que se pretende razoável, não pode desprezar⁶.

Numa visão democrática do direito, que não considera este como o ato de uma autoridade competente, mas que quereria, ademais, que as decisões judiciais fossem não só legais, mas também aceitáveis, porque não se opõem categoricamente a valores socialmente reconhecidos, o papel do juiz continental cresce singularmente, e se aproxima do papel do juiz anglo-saxão. Mas, ao mesmo tempo, cresce o papel da argumentação e da retórica na aplicação e na evolução do direito. E essa observação diz menos respeito ao advogado do que ao juiz, forçado, cada vez mais, a uma motivação das sentenças que já não se contenta em mostrar a correção formal, mas se esforça em torná-las convincentes. A exposição de motivos será diferente quando couber convencer a opinião pública do caráter razoável da decisão e quando bastar indicar à Corte de Cassação que a sentença não violou a lei. Ao positivismo jurídico sucede, assim, uma visão menos formalista do direito, que insiste na aceitação

das decisões judiciais no meio social ao qual é aplicável o sistema de direito.

É à luz das transformações ocorridas desde a Segunda Guerra que se compreenderá e se apreciará melhor a importância da obra do professor Th. Viehweg na evolução das idéias jurídicas do mundo ocidental.