

⊗ A EDITORA FORENSE se responsabiliza pelos vícios do produto no que concerne à sua edição, afim de compreendidas a impressão e a apresentação, a fim de possibilitar ao consumidor bem manuseá-lo e lê-lo. Os vícios relacionados à atualização da obra, aos conceitos doutrinários, às concepções ideológicas e referências indevidas são de responsabilidade do autor e/ou atualizador. As reclamações devem ser feitas até noventa dias a partir da compra e venda com nota fiscal (interpretação do art. 26 da Lei n. 8.078, de 11.09.1990).

⊗ Traduzido de:
Las Razones del Derecho: Teorías de la Argumentación Jurídica
Copyright © Manuel Atienza
All rights reserved.

⊗ As Razões do Direito: Teorias da Argumentação Jurídica
ISBN 978-85-309-5100-9
Direitos exclusivos para o Brasil na língua portuguesa

Copyright © 2014 by
FORENSE UNIVERSITÁRIA um selo da EDITORA FORENSE LTDA.
Uma editora integrante do GEN | Grupo Editorial Nacional
Travessa do Ouvidor, 11 - 6º andar - 20040-040 - Rio de Janeiro - RJ
SAC (11) 5080-0751 - faleconosco@grupogen.com.br
bilaprinto@grupogen.com.br | www.grupogen.com.br

⊗ O titular cuja obra seja fraudulentamente reproduzida, divulgada ou de qualquer forma utilizada poderá requerer a apreensão dos exemplares reproduzidos ou a suspensão da divulgação, sem prejuízo da indenização cabível (art. 102 da Lei n. 9.610, de 19.02.1998).

Quem vender, expuser à venda, ocultar, adquirir, distribuir, tiver em depósito ou utilizar obra ou fonograma reproduzidos com fraude, com a finalidade de vender, obter ganho, vantagem, proveito, lucro direto ou indireto, para si ou para outrem, será solidariamente responsável com o contratador, nos termos dos artigos precedentes, respondendo como contratadores o importador e o distribuidor em caso de reprodução no exterior (art. 104 da Lei n. 9.610/98).

2ª edição - 2014
2ª edição - 2ª reimpressão - 2016
Tradução de *Maria Cristina Guimarães Cupertino*

⊗ CIP - Brasil. Catalogação-na-fonte.
Sindicato Nacional dos Editores de Livros, RJ.
A888r
2. ed.

Atienza, Manuel
As razões do direito: teoria da argumentação jurídica/Manuel Atienza;
tradução Maria Cristina Guimarães Cupertino. - 2. ed. - Rio de Janeiro:
Forense Universitária, 2016.
II.

Tradução de: Las razones del derecho: teorías de la argumentación jurídica
Inclui bibliografía
ISBN 978-85-309-5100-9

1. Hermenêutica (Direito) 2. Direito - Filosofia. I. Título.
CDU: 340.11
14-09064

Sumário

NOTA PRELIMINAR.....	IX
Capítulo 1: DIREITO E ARGUMENTAÇÃO.....	
1. Introdução.....	1
2. O âmbito da argumentação jurídica.....	1
3. Contexto de descoberta e contexto de justificação. Explicar e justificar.....	2
4. O conceito de validade dedutiva.....	5
5. Correção formal e correção material dos argumentos.....	10
6. Silogismo teórico e silogismo prático.....	16
7. Argumentos dedutivos e não dedutivos.....	18
8. O silogismo judicial e seus limites.....	21
9. Aspectos normativos e fácticos da argumentação jurídica.....	25
10. Justificação interna e justificação externa.....	29
11. Lógica jurídica e argumentação jurídica.....	32
Capítulo 2: A TÓPICA E O RACIOCÍNIO JURÍDICO.....	33
1. O contexto do surgimento da tópica jurídica.....	37
2. Theodor Viehweg: uma concepção tópica do raciocínio jurídico.....	37
2.1. O desenvolvimento histórico da tópica.....	40
2.2. Características da tópica.....	40
2.3. Tópica e jurisprudência.....	42
3. Considerações críticas.....	44
3.1. Impressões conceituais.....	47
3.2. A fortuna histórica da tópica e da lógica.....	47
3.3. Tópica e justiça.....	49
3.4. Uma teoria da argumentação jurídica?.....	50
3.5. Sobre o desenvolvimento da tópica jurídica.....	50
3.6. Sobre o caráter descritivo e prescritivo da tópica.....	51
3.7. O que resta da tópica jurídica?.....	52
	53

Martino, 1987, p. 140). Em alguns dos seus sentidos, a tópica parece apontar precisamente para esse tipo de regras.⁸

De qualquer maneira, e como observação final, é necessário reconhecer que na tradição do pensamento da tópica jurídica inaugurada por Viehweg pode-se encontrar sugestões e estímulos de inegável valor para quem deseja começar a estudar – e a praticar – o raciocínio jurídico; mas, por si mesma, ela não fornece uma base sólida sobre a qual se possa edificar uma teoria da argumentação jurídica. O mérito fundamental de Viehweg não é ter construído uma teoria, e sim ter descoberto um campo para a investigação. Algo, ao fim e ao cabo, que parece se encaixar perfeitamente no “espírito” da tópica.

CAPÍTULO 3

Perelman e a Nova Retórica

1. O SURGIMENTO DA NOVA RETÓRICA

No capítulo anterior, ao considerar a obra de Viehweg, já fiz referência à recuperação da tradição tópica e da retórica antigas que ocorre a partir da segunda metade do século XX. Mas não me referi ao autor que provavelmente contribuiu em maior grau para esse ressurgimento: Chaïm Perelman.

Embora seja de origem polonesa, Perelman (nascido em 1912 e morto em 1984) viveu desde criança na Bélgica e estudou Direito e Filosofia na Universidade de Bruxelas. Começou a dedicar-se à lógica formal e escreveu a sua tese, em 1938, sobre Gottlob Frege, o pai da lógica moderna. Durante a ocupação nazista, Perelman se dedicou a realizar um trabalho sobre a Justiça (cf. Perelman, 1945; tradução em espanhol, Perelman, 1964), aplicando a esse campo o método positivista de Frege, o que supunha eliminar da ideia de justiça todo juízo de valor, pois os juízos de valor recairiam fora do campo do racional. Sua tese fundamental é de que se pode formular uma noção válida de justiça de caráter puramente formal, que ele enuncia assim: “Deve-se tratar do mesmo modo os seres pertencentes à mesma categoria.”

Mas, dado o caráter formal dessa regra, é preciso contar com outros critérios materiais de justiça que permitam

⁸ O termo geral “heurística” procede de Polya (1966) (Cf. Susskind, 1987, p. 9), mas não parece descabido pensar que tudo isso deve ter algum parentesco com a *ars inventandi* da tópica.

estabelecer quando dois ou mais seres pertencem à mesma categoria. Segundo Perelman, é possível distinguir os seis critérios seguintes,¹ que definem outros tantos tipos de sociedade e de ideologia: a cada um o mesmo; a cada um segundo atribuído pela lei; a cada um segundo a sua categoria; a cada um segundo seus méritos ou sua capacidade; a cada um segundo seu trabalho; a cada um segundo suas necessidades. O problema que surge, então, é que a introdução desses últimos critérios implica necessariamente que se assumam juízos de valor, o que leva Perelman a propor a questão de como se raciocina a propósito de valores.

A essa última questão, entretanto, ele não conseguiu dar uma resposta satisfatória até que anos mais tarde, e de forma relativamente casual – “lendo um livro de retórica literária” (Perelman 1986, p. 4) –, deparou-se com a obra de Aristóteles e, em particular, com os tipos de raciocínios que este, distinguindo-os claramente – como vimos no capítulo anterior – dos raciocínios analíticos ou dedutivos (os dos *Primeiros e Segundos analíticos*), chamou de dialéticos (dos quais trata na *Tópica*, na *Retórica* e nas *Refutações sofísticas*). A “descoberta” de Perelman ocorreu em 1950² e se desenvolve, a partir de então, em várias obras; a mais importante de to-

1 Em Perelman, 1986, p. 3, o autor fala em oito critérios, mas sem especificar quais são os outros dois. Por outro lado, na concepção da justiça de Perelman pode-se observar algumas mudanças de enfoque, as quais abstraiu; cf., não obstante, Hart, 1963. Sobre outros aspectos da teoria da justiça de Perelman cf. Dearin, 1986, e Van Quickenborne, 1986. Cf. também Perelman, 1990, obra que reúne vários trabalhos de Perelman sobre a justiça e sobre a argumentação jurídica.

2 Sobre a evolução de Perelman cf. Giantormaggio, 1973, p. 18, que mostra como a retórica foi primeiramente entendida como lógica dos juízos de valor – em *Logique et rhétorique*, de 1948 (Perelman e Olbrecht-Tyteca, 1950) – depois como teoria da argumentação – em *La nouvelle rhétorique*: *Traité de l'argumentation*, de 1958 (Perelman e Olbrecht-Tyteca, 1958) – e finalmente como lógica da escolha racional – em *Le raisonnement pratique*, de 1968 (Perelman, 1968).

das – o texto canônico, poderíamos dizer – é o livro, escrito em colaboração com Olbrecht-Tyteca, *La nouvelle rhétorique*: *Traité de l'argumentation*, cuja primeira edição data de 1958 e que, desde então, teve uma amplíssima difusão.³

A seguir exporei (no item 2) as ideias de Perelman sobre a retórica em geral, baseando-me essencialmente no último livro mencionado. Isso implica prescindir de algumas mudanças de ênfase – e talvez mais que de ênfase – que seria necessário observar se fosse considerado também o resto da produção de Perelman; mas em contrapartida se ganhará – espero – em clareza e sistematicidade. Por outro lado, convém recordar que, embora com frequência se mencione apenas o nome de Perelman, o *Tratado* é também obra de Olbrecht-Tyteca, que talvez não tenha contribuído com ideias originais, mas com certeza dotou a obra de uma sistematicidade que está ausente no restante da produção perelmaniana. Depois (no item 3), me ocuparei, em particular, da lógica jurídica.⁴ Embora, como veremos depois, Perelman considere o raciocínio jurídico como paradigma do raciocínio prático (cf. p. ex. Perelman, 1962), essa ordem da exposição parece justificada, pois, na gênese do pensamento desse autor, a análise do raciocínio jurídico aparece como uma confirmação, não como uma fonte, da sua teoria lógica (cf. Giantormaggio, 1973, p. 136). Aliás, o próprio Perelman, num de seus últimos trabalhos, fala da existência de uma retórica geral e de uma retórica especializada, e cita seu livro de lógica jurídica como um exemplo de obra de retórica aplicada ao raciocínio dos juristas (Perelman, 1986,

3 Daqui em diante o citarei segundo a edição em espanhol: Perelman e Olbrecht-Tyteca, 1989. Dessa obra há uma tradução para o italiano com um estudo introdutório de Norberto Bobbio: Perelman e Olbrecht-Tyteca, 1966, e outra para o inglês: Perelman e Olbrecht-Tyteca, 1969.

4 Para tanto, utilizei essencialmente um livro de Perelman de 1976: *La logique juridique*: *La nouvelle rhétorique*, tradução espanhola, Perelman, 1979.

p. 9). Finalmente (no item 4), apresentarei uma avaliação crítica da obra de Perelman.

2. A CONCEPÇÃO RETÓRICA DO RACIOCÍNIO PRÁTICO

2.1. Lógica e retórica

Perelman parte – como já indiquei – da distinção básica de origem aristotélica entre raciocínios analíticos ou lógico-formais, por um lado, e raciocínios dialéticos ou retóricos, por outro, e situa sua teoria da argumentação nesse segundo item. Seu objetivo fundamental é ampliar o campo da razão para além dos confins das ciências dedutivas e das ciências indutivas ou empíricas, a fim de poder dar conta também dos raciocínios que ocorrem nas ciências humanas, no Direito e na Filosofia. O que interessa a ele, concretamente, é a estrutura da argumentação, a sua lógica, e não, por exemplo, os seus aspectos psicológicos; com isso, ele pretende seguir um programa semelhante ao de Frege: enquanto este renovou a lógica formal ao partir da ideia de que nas deduções matemáticas se encontram os melhores exemplos de raciocínios lógicos, Perelman parte da ideia de que a análise dos raciocínios utilizados pelos políticos, juízes ou advogados (embora no *Tratado* apareçam sobretudo exemplos de obras literárias) deve ser o ponto de partida para a construção de uma teoria da argumentação jurídica.

A lógica formal se move no terreno da necessidade. Um raciocínio lógico-dedutivo, ou demonstrativo, implica – como vimos – que a passagem das premissas para a conclusão é necessária: se as premissas são verdadeiras, então a conclusão também será, necessariamente. Ao contrário, a argumentação em sentido estrito se move no terreno do simplesmente plausível. Os argumentos retóricos não estabelecem verdades evidentes, provas demonstrativas, e sim mostram o caráter razoável, plausível, de uma determinada

decisão ou opinião.⁵ Por isso, é fundamental, na argumentação, a referência a um auditório ao qual se trata de persuadir. Se Perelman escolhe, para designar a sua teoria, o nome “retórica” e não “dialética”, isso se deve precisamente à importância que ele dá à noção de auditório, que certamente é a noção central da sua teoria (cf. Fisher, 1986, p. 86), e ao fato de que “dialética” lhe parece um termo mais equivoco, pois ao longo da história ele foi utilizado com múltiplos significados: para os estoicos e os autores medievais era sinônimo de lógica, em Hegel – e em Marx –, como se sabe, tem um sentido completamente diferente etc.⁶

Por outro lado, Perelman considera a argumentação como um processo em que todos os seus elementos integram constantemente, e nisso ela se distingue também da concepção dedutiva e unitária do raciocínio de Descartes e da tradição racionalista. Descartes via no raciocínio um “encadeamento” de ideias, de tal maneira que a cadeia das proposições não pode ser mais sólida do que o mais frágil dos anéis; basta que se rompa um dos anéis para que a certeza da conclusão se desvaneca. Ao contrário, Perelman considera que a estrutura do discurso argumentativo se assemelha à de um tecido: a solidez deste é muito superior à de cada fio que constitui a trama (Perelman, 1969). Uma consequência disso é a impossibilidade de separar radicalmente cada um dos elementos que compõe a argumentação. Não obstante, para efeitos expositivos, Perelman e Olbrecht-Tyteca, no *Tratado*, dividem o estudo da teoria da argumentação em três partes: os pressupostos ou limites da argumentação; os pontos ou teses de partida; e as técnicas argumentativas, quer dizer, os argumentos em sentido estrito.

⁵ Mas, como veremos adiante, a forma de Perelman entender esses raciocínios não coincide totalmente com o modelo aristotélico.

⁶ Sobre as relações entre retórica e dialética cf. Maneli, 1979, p. 126-238.

2.2. Os pressupostos da argumentação

Uma vez que toda argumentação pede a adesão dos indivíduos – o auditório a que se dirige –, para que haja argumentação são necessárias certas condições prévias, como a existência de uma linguagem comum ou a participação ideal do interlocutor, que precisa ser mantida ao longo de todo o processo da argumentação. Na argumentação pode-se distinguir três elementos: o *discurso*, o *orador* e o *auditório*; mas este – como já indiquei – tem um papel predominante e se define como “o conjunto de todos aqueles em quem o orador quer influir com a sua argumentação” (Perelman e Olbrecht-Tyteca, 1989, p. 55). Perelman deixa claro como a distinção clássica entre três gêneros oratórios, o deliberativo (diante da assembleia), o judicial (diante dos juízes) e o epidítico (diante dos espectadores que não têm de se pronunciar), se faz precisamente do ponto de vista da função que em cada um deles desempenha o auditório. E concede por certo uma considerável importância ao gênero epidítico (quando o discurso parte da adesão prévia do auditório, como ocorre nos panegíricos, nos sermões religiosos ou nos conícios políticos), pois o fim da argumentação não é apenas conseguir a adesão do auditório, mas também acrescentá-la. Contudo, a classificação mais importante de tipos de argumentação feita por Perelman se baseia na distinção entre a argumentação que ocorre diante do auditório universal, a argumentação diante de um único ouvinte (o diálogo) e a deliberação consigo mesmo.⁷

Nos últimos anos, sobretudo, concedeu-se grande importância ao conceito perelmaniano de auditório universal, que, embora esteja longe de ser um conceito claro, pelo

menos no *Tratado* parece caracterizar-se por estes aspectos: 1) é um conceito limite, no sentido de que a argumentação diante do auditório universal é a norma da argumentação objetiva; 2) dirige-se ao auditório universal é o que caracteriza a argumentação filosófica; 3) o conceito de auditório universal não é um conceito empírico: o acordo de um auditório universal “não é uma questão de fato, e sim de direito” (*ibid.*, p. 72); 4) o auditório universal é ideal no sentido de que é formado por todos os seres dotados de razão, mas por outro lado é uma construção do orador, quer dizer, não é uma entidade objetiva; 5) isso significa não apenas que oradores diferentes constroem auditórios universais diferentes, mas também que o auditório universal de um mesmo orador muda.⁸

Uma das funções que esse conceito desempenha na obra de Perelman é a de permitir distinguir (embora se trate de uma distinção imprecisa, como ocorre também com a distinção entre os diversos auditórios) entre persuadir e convencer. Uma argumentação persuasiva, para Perelman, é aquela que só vale para um auditório particular, ao passo que uma argumentação convincente é a que se pretende válida para todo ser dotado de razão.

Enfim, a argumentação, ao contrário da demonstração, está estreitamente ligada à ação. A argumentação é, na realidade, uma ação – ou um processo – com a qual se pretende obter um resultado: conseguir a adesão do auditório, mas só por meio da linguagem, quer dizer, prescindindo do uso da violência física ou psicológica. Por outro lado, sua proximidade com a prática faz com que, na argumentação, não se possa falar propriamente de objetividade, mas sim de imparcialidade: “Ser imparcial não é ser objetivo, é fazer parte do mesmo

7 Nessa classificação não está incluído, contudo, um tipo de argumentação de evidente interesse e ao qual Perelman – como veremos em seguida – faz referência em outras partes do *Tratado*: a argumentação que ocorre diante de auditórios particulares.

8 “O auditório universal é, como os demais, um auditório concreto, que se modifica com o tempo e com a ideia que dele faz o orador” (Perelman e Olbrecht-Tyteca, 1989, p. 742).

grupo que aqueles a quem se julga, sem ter antecipadamente tomado partido de nenhum deles." (*ibid.*, p. 113) A noção de imparcialidade por outro lado, parece estar em contato estreito com a regra de justiça (ser imparcial implica que, em circunstâncias análogas, se reagiria do mesmo modo) e com a de auditório universal (os critérios seguidos teriam de ser válidos para o maior número possível e, em última instância, para o auditório universal – cf. *ibid.*, p. 115).

2.3. O ponto de partida da argumentação

Ao estudar as premissas de que se parte numa argumentação, pode-se distinguir três aspectos: o acordo, a escolha e a apresentação das premissas.

Para poder desenvolver uma argumentação é preciso, efetivamente, partir do que se admite no início, se bem que o próprio ponto de partida já constitua um primeiro passo em sua utilização persuasiva. Os "objetos de acordo" podem ser relativos ao *real* (fatos, verdades ou presunções), ou ao *preferível* (valores, hierarquias e lugares do preferível); os primeiros pretendem ser válidos para o auditório universal, ao passo que os segundos só seriam válidos para auditórios particulares. Assim, por exemplo, os *fatos* (trata-se de fatos de observação ou de suposições convencionais) se caracterizam por suscitarem uma tal adesão do auditório universal que seria inútil reforçar. Eles se diferenciam das *verdades* por serem objetos de acordo precisos, limitados, ao passo que as verdades são sistemas mais complexos, uniões de fatos (p. ex., teorias científicas, concepções filosóficas, religiões etc.). E das *presunções* porque estas sim – diferentemente deles –, podem – ou precisam – ser justificadas diante do auditório universal.

Os *valores* são objetos de acordo relativos ao preferível na medida em que pressupõem uma atitude sobre a realidade e não pretendem valer para o auditório universal. Ou, para ser mais preciso, os valores mais gerais (como o

verdadeiro, o bem, o belo ou o justo) só valem para o auditório universal com a condição de que seu conteúdo não seja especificado; conforme isso ocorra, eles se apresentam como concordes apenas às aspirações de certos grupos particulares. Mas o que caracteriza um auditório não são tanto os valores que ele admite quanto a maneira como os *hierarquiza*. E uma forma de justificar uma hierarquia (ou um valor) é recorrendo a premissas de ordem muito geral, isto é, aos *lugares-comuns* ou *tópicos*: A tópica constituiria, pois, na teoria de Perelman, um aspecto da retórica.

Por outro lado, ha tipos de argumentação que se desenvolvem para um auditório não especializado, ao passo que outros dizem respeito a auditórios particulares que se caracterizam pelo fato de, neles, valer um determinado tipo de acordos específicos. Por exemplo, no Direito positivo e na Teologia positiva um *fato* não tem relação com o acordo do auditório universal; um fato é o que os textos permitem ou exigem tratar como tal. Além disso, uma discussão não poderia ter lugar se os interlocutores pudessem pôr em dúvida, sem nenhum limite, os acordos da argumentação; quer dizer, se não estivesse funcionando algo assim como um *princípio da inércia* em que se baseia, por exemplo, a técnica jurídica do precedente e, em geral, a regra formal de justiça. "A inércia permite contar com o normal, o habitual, o real, o atual, e avaliá-lo, quer se trate de uma situação existente, de uma opinião admitida ou de um estado de desenvolvimento contínuo e regular. A mudança, pelo contrário, deve ser justificada; uma decisão, uma vez tomada, só pode ser modificada por razões suficientes." (Perelman e Olbrecht-Tyteca, 1989, p. 178)

Entretanto, às vezes se pode cometer o erro que consiste em se apoiar em premissas não admitidas pelo interlocutor, e, com isso, incorre-se em *petição de princípio*, isto é, postula-se o que se quer provar. Mas a petição de princípio não é um erro de tipo lógico (uma dedução lógica sempre

incorreria em petição de princípio, uma vez que a conclusão já está contida nas premissas), e sim um erro de argumentação, que consiste num mau uso do argumento *ad hominem*: toda argumentação é – em sentido amplo – *ad hominem*, pois depende do que o interlocutor esteja disposto a admitir, mas esse argumento é mal usado quando se supõe erroneamente que o interlocutor já aceitou uma tese que se pretende que ele admita.

Para que uma argumentação seja possível, é necessário pressupor uma infinidade de objetos de acordo. Como é impossível apresentar a totalidade desses elementos, a argumentação será necessariamente seletiva, e em dois sentidos, pois é preciso escolher tanto os elementos quanto a forma de apresentá-los. A escolha cumpre, por outro lado, um efeito de atribuir *presença* a esses elementos, o que constitui um fator essencial na argumentação.

Na escolha do dado é importante estudar o papel da interpretação, das qualificações (qualificativos e classificações) e do uso das noções. Aqui Perelman atribui uma grande importância ao uso de noções obscuras (na opinião dele, fora do interior de um sistema formal todas as noções são, em maior ou menor grau, obscuras), que permitem acordos de tipo muito geral. Os valores universais, que são instrumentos de persuasão por excelência – por exemplo, o de justiça –, são também as noções mais confusas (cf. Perelman, 1978, p. 3-17).

Finalmente, a propósito da apresentação das premissas, Perelman e Olbrecht-Tyteca mostram o papel desempenhado pela utilização de certas formas verbais, das modalidades de expressão do pensamento (p. ex., o uso de afirmações ou negações, de asserções, interrogações, prescrições etc.) e das *figuras retóricas*. Estas não são estudadas como figuras de estilo, e sim como figuras argumentativas, e aparecem classificadas em três grupos: figuras de escolha (a definição oratória, a perífrase, a sinédoque ou a metonímia); de pre-

sença (a onomatopeia, a repetição, a amplificação, a sinonímia, o pseudodiscurso direto); e de comunhão (a alusão, a citação, a apóstrofe); a classificação se dá segundo o efeito – ou o efeito predominante – que elas cumprem no contexto de apresentação dos dados, e que pode ser, respectivamente: impor ou sugerir uma escolha; aumentar a presença de um determinado elemento; criar ou confirmar a comunhão com o auditório.

2.4. As técnicas argumentativas

2.4.1. Classificação dos argumentos

No *Tratado*, Perelman e Olbrecht-Tyteca partem de uma classificação geral das técnicas argumentativas, dos argumentos, em dois grupos, conforme possam ser vistos como procedimentos de *união* (“unem elementos distintos e permitem estabelecer entre eles uma solidariedade que pretenda seja estruturá-los, seja valorá-los positiva ou negativamente”) (Perelman e Olbrecht-Tyteca, 1989, p. 299) ou de *dissociação* (seu objetivo é “dissociar, separar, dissolidarizar elementos considerados componentes de um todo ou pelo menos de um conjunto solidário no interior de um sistema de pensamento”) (*ibid.*, p. 299-300). Por sua vez, os primeiros se classificam em: argumentos quase lógicos, cuja força deriva de sua proximidade – mas não identificação – em relação aos argumentos puramente lógicos ou matemáticos; argumentos baseados na estrutura do real, quer se trate de uniões de sucessão ou de uniões de coexistência; e argumentos que dão a base para a estrutura do real, tomando como fundamento o caso particular ou a semelhança de estruturas existentes entre elementos pertencentes a domínios distintos (analogia). Para esclarecer um pouco mais as coisas desde o princípio, pode ser útil oferecer o seguinte quadro, que contém a maior parte das técnicas argumentativas estudadas no *Tratado*:

TÉCNICAS ARGUMENTATIVAS

De reunião ou associação:

- argumentos quase lógicos
 - lógicos
 - contradição
 - identidade
 - completa: definição
 - parcial:
 - regra de justiça
 - reciprocidade
 - transitividade
 - matemáticos
 - de inclusão:
 - relação parte-todo
 - relação parte-todo de um todo
 - dilema
 - argumentos jurídicos:
 - *a pari*
 - *a contrario*
- de comparação: argumento do sacrifício
- probabilidades
- argumentos baseados na estrutura do real
 - uniões de sucessão
 - baseadas nonexo causal
 - argumento pragmático
 - relação fato-consequência e meio-fim
 - argumento meio-fim
 - argumentação por etapas
 - argumento do esbanjamento
 - argumento da direção
 - uniões de coexistência
 - relação ato-pessoa: argumento de autoridade
 - relação indivíduo-grupo
 - relação simbólica
 - dupla hierarquia
 - diferenças de grau e de ordem
- argumentos que dão a base para a estrutura do real

- argumentação pelo caso particular
 - exemplo
 - ilustração
 - modelo
 - raciocínio por analogia
- De dissociação.

2.4.2. Argumentos quase lógicos

Os argumentos quase lógicos, que se baseiam em estruturas lógicas em sentido estrito, podem, por sua vez, fazer referência às noções de contradição, identidade e transitividade.

No plano de um discurso não formal, o que surgem não são tanto contradições em sentido estrito quanto incompatibilidades (estas se diferenciam das primeiras por sua existência estar em função das circunstâncias, quer dizer, elas não têm um caráter abstrato); ao passo que a contradição formal se liga à noção de absurdo, a incompatibilidade liga-se à de ridículo (uma afirmação é ridícula quando entra em conflito, sem justificação, com uma opinião admitida; por sua vez, o ridículo pode ser obtido por meio da ironia, um procedimento que consiste em querer fazer entender o contrário do que se diz; o uso da ironia implica, assim, um tipo de argumentação indireta, o que equivale ao argumento por redução ao absurdo, em geometria).

No que se refere à noção de identidade, a identificação de seres, acontecimentos ou conceitos é um argumento quase lógico quando essa operação não é considerada arbitrária nem evidente. É possível distinguir dois procedimentos de identificação: a identidade completa e a identidade parcial. O procedimento mais característico de identidade completa é a definição, que pode desempenhar um duplo papel na argumentação, sobretudo quando existem várias definições de um termo da linguagem natural: por um lado as definições podem ser justificadas com a ajuda de argumentações; e por outro lado elas são em si argumentos, isto é, servem para

fazer avançar o raciocínio. Quanto à identidade parcial, aqui, por sua vez, é preciso distinguir entre a *regra de justiça* (que permite, p. ex., apresentar como uma argumentação quase lógica o uso do precedente) e os argumentos de *reciprocidade*, que levam a aplicar o mesmo tratamento a situações que não são idênticas, e sim *simétricas* (uma relação é simétrica quando, se vale Rxy , vale também Ryx), com o que o princípio da reciprocidade (em que se baseia uma moral de tipo humanista, embora se trate de princípios judaico-cristãos do tipo “não faça aos outros o que não queres que façam contigo”, ou então do imperativo categórico kantiano) implica também – ou justifica – a aplicação da regra de justiça.

Finalmente, os argumentos que se baseiam na noção de *transitividade* (uma relação é transitiva quando, se vale Rxy e Ryz , vale também Rxz) são aplicáveis, sobretudo, quando existem relações de solidariedade (“os amigos dos seus amigos são meus amigos”) e antagonismo, e quando se ordenam seres ou acontecimentos sobre os quais não cabe confrontação direta (se A é melhor do que B e B é melhor do que C , então A é melhor do que C).

A noção matemática de *inclusão* pode ser entendida no sentido da relação entre as partes e o todo, da qual surgem vários tipos de argumentos (p. ex., o valor da parte é proporcional ao que representa em comparação com o todo), ou, então, como relação entre as partes resultantes da divisão de um todo. Este último, quer dizer, o argumento da divisão, é a base do *dilema* (do qual uma das formas consiste em mostrar que, de duas possíveis opções que se apresentam numa situação, ambas conduzem a um resultado inaceitável), mas também dos argumentos jurídicos *a pari* (o que vale para uma espécie vale também para outra espécie do mesmo gênero) ou *a contrario* (o que vale para uma não vale para a outra, porque se entende que esta última é uma exceção a uma regra subentendida referente ao gênero).

Nos argumentos de comparação (nos quais está subjacente a ideia de *medida*, até certo ponto suscetível de prova),

confrontam-se vários objetos para avaliá-los, uns em relação aos outros. Um argumento de comparação frequentemente usado é o que se vale do *sacrifício* que se está disposto a sofrer para obter algum resultado, e que está na base de todo sistema de troca econômica (p. ex., na compra e venda), embora o argumento não se limite ao campo econômico.

Os argumentos que se baseiam na noção de *probabilidade*, enfim, são característicos da tradição utilitarista, e um dos efeitos que seu uso produz é o de dotar de um caráter mais empírico o problema que se discute.

2.4.3. Argumentos baseados na estrutura do real

Os argumentos baseados na estrutura do real se servem de uniões de sucessão ou de coexistência, para estabelecer uma solidariedade entre juízos admitidos e outros que se tenta promover. Os que se aplicam a uniões de sucessão “nem um fenômeno a suas consequências ou a suas causas” (Perelman e Olbrecht-Tyteca, 1989, p. 404). Aqui se inclui, por exemplo, o *argumento pragmático*, que permite apreciar um ato ou um acontecimento segundo as suas consequências favoráveis ou desfavoráveis. Esse tipo de argumento desempenha um papel tão essencial que às vezes se pretendeu reduzir a ele toda argumentação razoável.⁹ Isso, na opinião de Perelman, não é aceitável, pois o seu uso implica diversas dificuldades (como a de estabelecer todas as consequências de um ato ou a de distinguir as consequências favoráveis das desfavoráveis) que só podem ser resolvidas recorrendo-se a argumentos de outros tipos. Também se servem de uma união de sucessão os argumentos que consistem em interpretar um acontecimento segundo a *relação fato-consequência* ou então *meio-fim* (os fins, diferentemente das consequências, são então pretendidos, *i. e.*, têm caráter voluntário). Ou, finalmente,

9 Como faz, por exemplo, Bertham: cf. Perelman, 1958.

os que se baseiam, em geral, na relação meio-fim, que são tão importantes na filosofia política.

Além disso, incluem-se também nesse item outros argumentos que se referem à sucessão de dois ou mais acontecimentos e que, sem excluir necessariamente a ideia de causalidade, não a colocam – como os anteriores – em primeiro plano. Assim ocorre com o *argumento do esbanjamento*, que consiste em sustentar que – uma vez tendo começado uma obra e tendo sido aceitos sacrifícios que seriam inúteis caso se renuncie à empresa – é preciso prosseguir na mesma direção; com o *argumento da direção*, que consiste essencialmente na advertência contra o uso do procedimento das etapas (se se cede dessa vez será preciso ceder um pouco mais da próxima vez, até chegar...); ou com o *argumento da superação* (*depassement*), que insiste na possibilidade de avançar sempre num sentido determinado, sem que se perca um limite nessa direção, e isso com um crescimento contínuo de valor.

Os argumentos baseados na estrutura do real, empregados nas uniões de coexistência, “associam uma pessoa com seus atos, um grupo com os indivíduos que o compõem e, em geral, uma essência com as suas manifestações (*ibid.*, p. 404). A relação *ato-pessoa* dá lugar a diversos tipos de argumentos, pois tanto é possível que os atos influam sobre a concepção da pessoa quanto que a pessoa influa sobre os seus atos, ou que ocorram relações de interação, nas quais não é possível dar primazia a nenhum dos dois elementos.

Um tipo característico de argumento baseado na relação ato-pessoa (e, em particular, no prestígio de uma pessoa ou de um grupo de pessoas) é o *argumento de autoridade*, que se serve dessa relação como meio de prova a favor de uma tese. Para Perelman, a legitimidade desse argumento não pode ser posta em questão de modo geral, pois cumpre um papel muito importante, especialmente quando a argumentação trata de problemas que não dizem respeito simples-

mente à noção de verdade. Esse é, por exemplo, o caso do Direito, no qual o precedente judicial se baseia precisamente na noção de autoridade. As relações entre um grupo e seus membros podem ser analisadas em termos essencialmente semelhantes aos da relação ato-pessoa. E o mesmo ocorre quando se ligam fenômenos particulares a outros considerados como expressão de uma essência.

Perelman entende também ser útil aproximar, das uniões de coexistência, as uniões simbólicas que ligam o símbolo ao que é simbolizado, estabelecendo entre ambos uma relação de *participação*: o símbolo se distingue do signo porque a relação entre o símbolo e o simbolizado não é puramente convencional (p. ex., o leão é símbolo do valor, a cruz é símbolo do cristianismo etc.).

As uniões de coexistência, por fim, podem servir também de base para argumentos mais complexos, como o *argumento de dupla hierarquia*: uma hierarquia entre valores se justifica por meio de outra hierarquia; por exemplo, a hierarquia das pessoas acarreta uma gradação dos sentimentos, ações etc. que emanam delas. O outro exemplo de argumentos mais complexos baseados nas uniões de coexistência são os *argumentos relativos às diferenças de ordem e de grau*: uma mudança de grau ou quantitativa pode originar uma mudança de natureza, uma mudança qualitativa, o que dá lugar a diversos tipos de argumentos; por exemplo, a sustentar que não se deve adotar uma ação que implique uma mudança do primeiro tipo, se há razões para não desejar uma mudança do segundo tipo.

2.4.4. Argumentos que dão a base para a estrutura do real

As uniões que dão base para a estrutura do real, recorrendo ao caso particular, levam essencialmente a três tipos de argumentos: o exemplo, a ilustração e o modelo. Na argumentação pelo exemplo, o caso particular serve para permitir uma generalização: nas ciências se tratará de formular uma

Lei geral, ao passo que, no Direito, a invocação do precedente equivale a considerá-lo um exemplo que funda uma regra nova (a expressa na *ratio decidendi*). A diferença do exemplo, a *ilustração* garante (mas não fundamenta) uma regularidade já estabelecida: assim, uma determinada disposição jurídica será vista como ilustração de um princípio geral conforme torna patente o princípio; este, entretanto, não deve sua existência a ela. Enfim, no *modelo*, um comportamento particular serve para incitar a uma ação que se inspira nele.

O raciocínio por analogia, tal como o entende Perelman (cf. Aftienza, 1986), não coincide com aquele a que os juristas dão esse nome, quer dizer, com o argumento *a simili* ou *a pari*, e daí Perelman pensar que ele não tem grande importância no Direito. No *Tratado* a analogia é concebida como uma semelhança de estruturas, cuja fórmula geral seria: $A/B = C/D$ (p. ex., os casos não previstos são, para o Direito, o que as lagoas são para a superfície terrestre), e onde se cumprim as seguintes condições: 1) O conjunto dos termos C e D, chamado *foro*, deve ser mais bem conhecido do que o conjunto dos termos A e B, denominado *tema*; dessa forma, o foro permite esclarecer a estrutura ou estabelecer o valor do tema. 2) Entre o tema e o foro deve haver uma relação de assimetria, de tal maneira que de $A/B = C/D$ não se pode passar a afirmar também $C/D = A/B$; nisso a analogia se diferencia de uma simples proporção matemática (se $2/3 = 6/9$, então também vale $6/9 = 2/3$). 3) Tema e foro devem pertencer a domínios diferentes; se pertencessem a um mesmo domínio e pudessem se subsumir sob uma estrutura comum, estaríamos diante de um exemplo ou de uma ilustração. 4) A relação de semelhança, por último, é uma relação que se estabelece entre estruturas, não entre termos; não é tanto, por assim dizer, uma relação de semelhança quanto uma semelhança de relações. Isso permite diferenciar a analogia da identidade parcial do argumento *a pari* e da metáfora, que Perelman considera uma “analogia condensada”

(cf. Perelman, 1969b): a metáfora é, concretamente, o resultado da fusão de um elemento do foro com um elemento do tema: assim, partindo do exemplo anterior, utiliza-se uma metáfora quando se chama de uma lagoa do Direito (C de B) um caso não previsto (A).

2.4.5. Argumentos de dissociação

Enquanto as técnicas de ruptura de uniões consistem em afirmar que estão indevidamente associados elementos que deveriam permanecer separados e independentes (e por isso são estudados em relação com os diversos argumentos de união ou associação), “a dissociação pressupõe a unidade primitiva de dois elementos confundidos no interior de uma mesma concepção, designados por uma mesma noção”; com a dissociação, “já não se trata de romper os fios que ligam dois elementos isolados, e sim de modificar a sua própria estrutura” (Perelman e Olbrecht-Tyteca, 1989, p. 628). A dissociação das noções consiste assim numa transformação “provocada sempre pelo desejo de suprimir uma incompatibilidade, nascida da confrontação de uma tese com outras, quer se trate de normas, fatos ou verdades” (*ibid.*, p. 629). Um exemplo de utilização de um argumento de dissociação é a introdução, por um jurista, de uma distinção, com o propósito de conciliar normas que de outra forma, seriam incompatíveis (a mesma função que cumpriam os *distinguo* da teologia escolástica). O protótipo de toda dissociação é dualidade aparência-realidade, surgida da necessidade de evitar incompatibilidades entre aparências que não podem ser todas consideradas expressão da realidade; se se parte da hipótese de que todos os aspectos do real são compatíveis entre si; por exemplo, o cajado parcialmente submerso na água parece estar dobrado quando o olhamos e reto quando o tocamos, mas, na realidade, não pode estar reto e dobrado ao mesmo tempo. De igual maneira o homem não pode ser ao mesmo tempo livre e escravo, o que levou Rousseau

a distinguir entre o estado de sociedade civil (no qual o homem aparece preso como consequência, sobretudo, da invenção da propriedade privada) e o estado de natureza (no qual o homem é certamente um ser livre). Perelman e Olbrecht-Tyteca chamam de “dualidades filosóficas” essas duplas que resultam (à semelhança da dualidade aparência-realidade) de uma dissociação de noções: por exemplo, meio-fim; consequência-fato ou princípio; ato-pessoa; relato-vo-absoluto; teoria-prática; letra-espírito. Essas dualidades são usadas em todos os níveis e domínios, e desempenham um papel importante como expressão de uma determinada visão do mundo (cf. Olbrecht-Tyteca, 1979).

2.4.6. *Interação e força dos argumentos*

A análise anterior dos argumentos é, entretanto, insuficiente. Por um lado, porque a classificação não é exaustiva e tampouco permite diferenciar classes de argumentos que se excluam mutuamente. Quer dizer, um mesmo argumento real pode ser explicado a partir de diversas técnicas argumentativas: o precedente – como vimos – seria uma hipótese de aplicação da regra de justiça, mas também de uso do argumento de autoridade e do argumento a partir de exemplos; e a definição não é apenas um instrumento de argumentação quase lógica, mas também um instrumento de dissociação, se usada para diferenciar o sentido aparente de uma noção de seu significado verdadeiro (cf. Perelman e Olbrecht-Tyteca, 1989, p. 675 e segs).

Por outro lado, o que importa na argumentação não são tanto os elementos isolados – os argumentos – quanto o todo de que eles fazem parte. Como disse antes, todos os elementos da argumentação estão em constante interação, o que ocorre de vários pontos de vista: “Interação entre diversos argumentos enunciados, interação entre estes e o conjunto da situação argumentativa, entre estes e a sua conclusão e, por último, interação entre os argumentos contidos

no discurso e os que têm a este como objeto.” (*ibid.*, p. 699) O orador deverá levar em conta esse complexo fenômeno de interação na hora de escolher seus argumentos, assim como a amplitude e a ordem da argumentação. Para isso, terá de guiar-se por uma noção confusa, mas indispensável, a de *força dos argumentos*.

No *Tratado* diversos critérios são sugeridos para avaliar a força dos argumentos, mas o princípio que se considera capital é o da *adaptação ao auditório*. No entanto, isso pode ser entendido de duas maneiras, podendo-se pensar que um argumento sólido é um argumento *eficaz* que determina a adesão de um auditório, ou então um argumento *válido*, quer dizer, um argumento que deveria determinar essa adesão. Segundo Perelman, independentemente de qual seja a importância do elemento descritivo – a eficácia – ou do normativo – a validade – para a avaliação da força dos argumentos, o certo é que “na prática se distingue entre argumentos fortes e argumento fracos” (*ibid.*, p. 705). Embora esse seja um dos pontos mais obscuros do *Tratado*, Perelman parece sugerir um duplo critério: um que se aplica aos argumentos em geral e outro característico de cada um dos campos da argumentação. “Nossa tese consiste em que se avalia essa força graças à regra de justiça: o que, em certa situação, pôde convencer, parecerá convincente numa situação semelhante ou análoga. Em cada disciplina particular a aproximação entre situações será objeto de um exame e de um refinamento constantes. Toda iniciação num campo racionalmente sistematizado não só propõe a o conhecimento dos fatos e das verdades do ramo em questão, de sua terminologia específica, da maneira como se deverão empregar os instrumentos de que se dispõe, como também educa sobre a avaliação do poder dos argumentos utilizados nessa matéria. Assim, a força dos argumentos depende, em grande parte, de um contexto tradicional” (*ibid.*, p. 705).

3. A LÓGICA JURÍDICA COMO ARGUMENTAÇÃO

Como já vimos, Perelman distingue entre uma retórica geral e uma retórica aplicada a campos específicos, como é o caso do Direito. Ao estudo das técnicas e raciocínios próprios dos juristas, ele chama, entretanto, *lógica jurídica*. Mas a lógica jurídica não é, para Perelman, um ramo da lógica formal aplicada ao Direito, porque os raciocínios jurídicos não podem absolutamente ser reduzidos a raciocínios lógico-formais (e daí as suas diferenças com Kalinowski ou Klug), sendo na verdade – como já disse – um ramo da retórica: a argumentação jurídica é, inclusive, o paradigma da argumentação retórica. Em resumo, trata-se novamente da distinção entre raciocínios analíticos e dialéticos, que remonta a Aristóteles: “O papel da lógica formal é fazer com que a conclusão seja solidária com as premissas, mas o da lógica jurídica é mostrar a aceitabilidade das premissas [...]”. A lógica jurídica, especialmente a judicial [...] se apresenta, resumindo, não como uma lógica formal, e sim como uma argumentação que depende da maneira como os legisladores e os juízes concebem a sua missão e da ideia que eles fazem do Direito e do seu funcionamento na sociedade.” (Perelman, 1979b, p. 232 e 233) Contudo, Perelman vai além de Aristóteles (cf. Alexy, 1978, p. 159), pois ao passo que, para este, a estrutura do raciocínio dialético é a mesma do silogismo (a diferença residiria exclusivamente na natureza das premissas – no caso do raciocínio dialético são apenas plausíveis), Perelman entende que a passagem das premissas para a conclusão se produz de forma diferente na argumentação: “Enquanto isso no silogismo a passagem das premissas para a conclusão é necessária, não ocorre o mesmo quando se trata de passar de um argumento para uma decisão. Essa passagem não pode ser de modo algum necessária, pois, se fosse, não nos encontraríamos, em absoluto, diante de uma decisão, que supõe sempre a possibilidade de decidir de outra maneira ou de não tomar nenhuma decisão.” (Perelman, 1979b, p. 11)

Por outro lado, a especificidade do raciocínio jurídico parece consistir no seguinte: ao contrário do que ocorre nas ciências (em particular nas ciências dedutivas) e semelhante ao que ocorre na filosofia e nas ciências humanas, na argumentação jurídica é difícil chegar a um acordo entre as partes; quer dizer, a argumentação tem o caráter de uma controvérsia. Entretanto, consegue-se superar essa dificuldade mediante a imposição de uma decisão baseada na autoridade, ao passo que, na filosofia e nas ciências humanas, cada uma das partes permanece em sua posição. Em particular, a autoridade judicial desempenha, na concepção de Perelman, um papel central, e daí o fato de se considerar que é no procedimento judicial que “o raciocínio jurídico se manifesta por antonomásia” (*ibid.*, p. 201).

Uma vez que a lógica jurídica está ligada à ideia que se tem do Direito, Perelman traça uma evolução histórica tanto do conceito de Direito quanto das técnicas do raciocínio jurídico em Roma e na Idade Média (esforçando-se por mostrar como o Direito é elaborado segundo um modelo dialético ou argumentativo), até chegar aos teóricos jus-racionalistas dos séculos XVII e XVIII que se ocuparam em construir uma jurisprudência universal, fundada em princípios racionais e segundo um modelo de raciocínio dedutivo. A esse ideal de jurisprudência universal se opuseram três teses: a de Hobbes (o Direito não é expressão da razão, e sim da vontade soberana), a de Montesquieu (as leis são expressão da razão, mas relativas a um meio social, a uma época histórica etc.) e a de Rousseau (o Direito é produto da vontade geral da nação), que confluíram na Revolução Francesa e determinaram a nova concepção de Direito e do raciocínio jurídico surgida então. Efetivamente, com a Revolução Francesa (e o subsequente Código Napoleônico) ocorre uma série de mudanças fundamentais: o Direito é entendido como o conjunto de leis que são expressão da soberania nacional, aparecem sistemas jurídicos bem elaborados, o papel dos juízes

se reduz ao mínimo e se estabelece a obrigação de apresentar o motivo das sentenças, que passam a ser também objeto de conhecimento público.

A partir do Código Napoleônico, no continente europeu teriam se sucedido basicamente – de acordo com a exposição de Perelman – três teorias relativas ao raciocínio judicial. A primeira delas, a da *escola da exegese*, teria dominado o conhecimento jurídico continental¹⁰ até aproximadamente 1880. Ela se caracteriza por conceber o Direito como um sistema dedutivo e pela configuração que faz do raciocínio judicial, segundo a conhecida teoria do silogismo. Para o juiz só é importante que a sua decisão esteja de acordo com o Direito, e ele não considera as possíveis consequências ou o caráter razoável ou não dela.

A segunda concepção, Perelman a denomina *teleológica, funcional e sociológica*, e suas origens estariam na obra de Lhering (o “segundo Lhering”, para ser mais exato). O direito não é entendido como “um sistema mais ou menos fechado, que os juízes devem aplicar, utilizando métodos dedutivos a partir de textos convenientemente interpretados. Ao contrário, é um meio de que o legislador se serve para alcançar fins e promover determinados valores” (*ibid.*, p. 74). Portanto, o juiz não pode se contentar com fazer uma simples dedução silogística, e, sim, deve remontar à “intenção” do legislador, pois o que conta, sobretudo, é o fim social perseguido por ele, e daí o juiz se ver obrigado a sair dos esquemas da lógica formal e utilizar diversas técnicas “argumentativas” na indagação da vontade do legislador (argumentos *a simili*, *a contrario*, psicológico, teleológico etc.).

A terceira concepção, que se pode chamar de *concepção tópica do raciocínio jurídico*, é a predominante, segundo

Perelman, no raciocínio judicial dos países ocidentais a partir de 1945. Depois da experiência do regime nacional-socialista, ocorreu, nos países continentais europeus, uma tendência a aumentar os poderes dos juízes na elaboração do Direito, com o que se operou também uma aproximação entre o sistema jurídico continental e o anglo-saxão e suas correspondentes concepções do raciocínio jurídico (judicial). A experiência nazista supôs, para Perelman, a crítica definitiva ao positivismo jurídico e à sua pretensão de eliminar do Direito toda a referência à Justiça. Resumindo, a nova concepção do Direito se caracterizaria pela importância atribuída aos princípios gerais do Direito e aos lugares específicos do Direito (os tópicos jurídicos). O raciocínio jurídico não é nem “uma simples dedução silogística” nem, tampouco, “a mera busca de uma solução equitativa”, mas sim a “busca de uma síntese na qual se leve em conta, ao mesmo tempo, o valor da solução e a sua conformidade com o Direito” (*ibid.*, p. 114). Ou, dito de outra forma, a conciliação dos valores de equidade e segurança jurídica, a procura de uma solução que seja “não apenas de acordo com a lei como também equitativa, razoável e aceitável” (*ibid.*, p. 78).

4. UMA AVALLIAÇÃO CRÍTICA DA TEORIA DE PERELMAN

4.1. Uma teoria da razão prática

A importância da obra de Perelman – como muitas vezes já se escreveu – reside essencialmente em seu objetivo de reabilitar a razão prática, ou seja, de introduzir algum tipo de racionalidade na discussão de questões concernentes à moral, ao Direito, à política etc., que venha a significar algo assim como uma via intermediária entre a razão teórica (a das ciências lógico-experimentais) e a pura e simples irracionalidade. Além disso, a sua proposta se caracteriza não só pela amplitude com que concebe a argumentação, mas também porque leva em conta os raciocínios práticos

10 Em seu esboço histórico, Perelman parece ter se esquecido da escola histórica alemã e da jurisprudência de conceitos.

tal e como eles ocorrem na realidade.¹¹ Enfim, a importância concedida ao eixo pragmático da linguagem (o objetivo da argumentação é persuadir), ao contexto social e cultural em que se desenvolve a argumentação, ao princípio da universalidade (a regra de justiça) ou às noções de acordo e de auditório (sobretudo de auditório universal) antecipam elementos essenciais de outras teorias da argumentação, para as quais converge, hoje, o debate concernente à razão prática: como exemplo deste bastará assinalar as analogias existentes entre a noção de auditório universal e a de comunidade ideal de diálogo habermasiana, embora esse não seja o único ponto de coincidência entre Perelman e Habermas (cf. Alexy, 1978, p. 156 e segs.).

Todos esses elementos contribuiriam, sem dúvida, para que a obra de Perelman tenha tido uma amplíssima difusão e em âmbitos muito diferentes, que vão desde a teoria do Direito à teoria da comunicação, passando pela ciência política, pela filosofia moral etc.¹² O que não está tão claro, entretanto, é que sua nova retórica tenha conseguido realmente assentar as bases de uma teoria argumentação capaz de cumprir as funções – descritivas e prescritivas – que Perelman lhe atribui; de fato, a recepção de sua obra foi, com certa frequência, uma recepção crítica. Dividirei em três itens as objeções que lhe podem ser dirigidas – e que o foram –, conforme se trate de uma crítica conceitual, de uma crítica ideológica ou de uma crítica relativa à sua concepção do Direito e do raciocínio jurídico.

11 Cf. Perelman, 1968, p. 185; também Zyskind, 1979, p. 31 e Arnold, 1986, p. 41. Em *La lógica jurídica y la nueva retórica* (Perelman, 1979b) há também um abundante material de raciocínios jurídicos, extraiados fundamentalmente de sentenças de juízes franceses e belgas.

12 Ha três coleções de artigos em homenagem a Perelman. O leitor poderá encontrar uma referência a eles em Maneli, 1979; Perelman, 1986, e Van Quickenborre, 1986. Como exemplo da influência da obra de Perelman na dogmática do Direito em Espanha, pode-se ver Rodríguez Mourullo, 1988.

4.2. Crítica conceitual

Poder-se-ia dizer que, do ponto de vista teórico, o pecado capital de Perelman é a falta de clareza de praticamente todos os conceitos centrais da sua concepção da retórica. É certo também que o próprio Perelman defendeu a tese de que as noções confusas não só são inevitáveis, como também desempenham um papel muito importante na argumentação. Mas isso não o põe a salvo – parece-me – de crítica. Em primeiro lugar, porque a obscuridade conceitual sem dúvida tem um limite – algo com o que o próprio Perelman está de acordo, embora seguramente não o demonstre sempre –, para que o uso não se converta em abuso. E em segundo lugar, porque uma coisa é argumentar sobre questões práticas e outra diferente é escrever uma obra teórica sobre a argumentação: no primeiro caso se trata – deve-se pensar – de persuadir, e, para isso, pode ser útil manejar noções confusas; mas, no segundo, trata-se, pelo contrário, de explicar, e uma explicação que se vale de noções confusas é precisamente isso, uma explicação confusa, e não uma boa explicação. Vejamos alguns exemplos disso.

4.2.1. Sobre a classificação dos argumentos

A classificação dos argumentos que aparece no *Tratado* está longe de ser clara e inclusive útil. Por um lado, a distinção entre procedimentos de associação e de dissociação parece artificiosa, pois as duas técnicas se enredam uma na outra (cf. Pieretti, 1969, p. 194). Prova dessa artificialidade é que, no *Tratado*, considera-se que a técnica do *distinguo* essencialístico é um exemplo de dissociação, ao passo que em *La lógica jurídica y la nueva retórica* (Perelman, 1979b, p. 19) ela é ligada aos argumentos jurídicos *a simili*, *a fortiori* e *a contrario*, os quais, no *Tratado*, faziam parte dos argumentos quase lógicos. Já vimos que Perelman insistia em que a sua classificação dos argumentos era, em certo sentido, arbitrária. Mas se a arbitrariedade chega a tal extremo que, na hora de

classificar os argumentos, as dúvidas são em maior número do que as certezas, então o que não se vê é a utilidade de empreender esse esforço classificatório. Por outro lado, com relação à classificação entre argumentos quase lógicos, argumentos que se baseiam na estrutura do real e argumentos que fundamentam a estrutura do real, o que não fica claro é qual seja o critério de classificação utilizado (cf. Pieretti, 1969, p. 105 e segs.) e, especialmente, em que consiste a distinção entre os dois últimos tipos de argumentos (cf. Alexy, 1978, p. 167). Como consequência de tudo isso, um dos grandes esforços empreendidos por Perelman, o da análise das diversas técnicas argumentativas, perde em grande parte seu valor, pois a análise da estrutura de cada argumento não pode ser considerada satisfatória quando não está claro qual é a moldura em que ela se insere e, portanto, como se relacionam entre si as diversas estruturas.

4.2.2. Sobre a força dos argumentos

A noção de força de um argumento – obviamente central para qualquer teoria da argumentação – é também suscetível de diversos tipos de crítica. Deixando de lado o problema de até que ponto se trata de uma noção descritiva ou prescritiva, no *Tratado* (segundo a reconstrução que faz Apostel – cf. Apostel, 1979 e também Fisher, 1986, p. 100), a força de um argumento dependeria de diversos fatores, como a intensidade da aceitação por um auditório, a relevância do argumento para os propósitos do orador e do auditório, a possibilidade de ele ser refutado (quer dizer, até que ponto o auditório aceita certas crenças que permitiriam refutar o argumento) e as reações de um auditório considerado hierarquicamente superior (um argumento é mais forte do que outro se um auditório crê que esse argumento teria mais força para um auditório que ele considera hierarquicamente superior).

Partindo disso, Apostel condensa a sua crítica em cinco pontos, e os três primeiros se referem a problemas conceituais relativos à definição da força de um argumento e os últimos, aos procedimentos indutivos para descobrir essa força. Em síntese, os pontos seriam: 1) Aos critérios apresentados por Perelman e Olbrecht-Tyteca seria preciso acrescentar pelo menos mais um, referente à estrutura do argumento, isto é, à relação entre as premissas e a conclusão. 2) Necessitam-se de regras – que não são fornecidas – sobre como combinar, entre si, os critérios anteriores. 3) Os conceitos utilizados nesses critérios não são definidos de uma única maneira: por exemplo, os diferentes membros de um auditório não aceitam de modo igual as diferentes premissas; o grau de aceitação não permanece constante durante todo o tempo em que se desenvolve o argumento; o orador e o auditório perseguem propósitos diferentes etc. 4) Para descobrir qual é o grau de aceitação de um argumento, a sua relevância etc., teríamos antes que descobrir qual é a força do discurso em cujo contexto se desenvolve o argumento; mas isso é algo consideravelmente complexo de determinar, pois a força do discurso está em função de um determinado orador, tempo e contexto. 5) Embora fosse possível resolver o problema anterior, nos deontologismos com a dificuldade de passar da força de um discurso à força de um argumento: um argumento é usado num determinado lugar do discurso, é acompanhado de outros argumentos que interagem com ele etc. Resumindo, não parece que a nova retórica perelmaniana forneça critérios eficientes para distinguir os argumentos fortes dos fracos, se se atribui à noção de força de um argumento um significado empírico.

4.2.3. O auditório universal

Entretanto, apesar do anteriormente exposto, poder-se-ia pensar que, em Perelman, existe efetivamente um modo de distinguir os bons dos maus argumentos, quando essa

noção é interpretada num sentido mais normativo do que empírico. Um bom argumento (um argumento forte) é o que valeria diante do auditório universal. Essa última noção, como já vimos, desempenha um papel central na construção perelmaniana, mas há algumas razões para duvidar da sua solidez. Com bastante frequência já se assinalou que o conceito perelmaniano de auditório universal é ambíguo, mas a ambiguidade não foi sempre vista do mesmo modo.

Aarnio, por exemplo (1987, p. 221), localiza a ambiguidade exclusivamente no fato de o auditório universal ter, por um lado, um caráter ideal – o auditório universal seria “a humanidade ilustrada” – mas, ao mesmo tempo, estar histórica e culturalmente determinado, quer dizer, depender de fatos contingentes. Evidentemente, é certo que uma teoria realista da argumentação precisa dar conta tanto do postulado da racionalidade quanto da relatividade histórica e social da argumentação (cf. Neumann, 1986, p. 89), mas isso não se consegue simplesmente construindo conceitos em que ambas as dimensões aparecem sem nenhum tipo de articulação ou, pelo menos, sem nenhuma articulação convincente.

Alexy, por seu lado, parece aceitar o caráter ideal da noção, mas entende que, em Perelman, encontram-se dois sentidos diferentes de auditório universal. Por um lado, o auditório universal seria uma construção orador (daí o seu caráter *ideal*), dependendo, portanto, das ideias de indivíduos particulares e de diferentes culturas. Mas nesse caso um auditório só é um auditório universal para quem o reconhece como tal, com o que o papel normativo da noção é seriamente limitado (cf. Alexy, 1978a, p. 162). Por outro lado, em Perelman há outra noção de auditório universal, que se inspira no imperativo categórico de Kant¹³ e é assim

formulada: “Você deve se comportar como se fosse um juiz cuja *ratio decidendi* deva proporcionar um princípio válido para todos os homens”; o acordo do auditório universal é o acordo “de todos os seres racionais” ou simplesmente “de todos”. Alexy entende que, a partir disso, o auditório universal pode ser determinado como “a totalidade dos homens no estado em que se encontrariam se tivessem desenvolvido as suas capacidades argumentativas” e que tal estado corresponde à situação ideal de diálogo habermasiana (Alexy, 1978a, p. 163; cf. *infra*, sexto capítulo, item 1.1). Alexy não descarta a possibilidade de que ambas as determinações sejam compatíveis, mas nesse caso ele duvida de que um conceito tão amplamente formulado possa servir como medida para avaliar os argumentos.

Enfim, Gianformaggio vê a ambiguidade da noção por outra vertente. Também para ela o conceito é efetivamente suscetível de duas interpretações diferentes. A primeira implica a ideia de que, argumenta diante de um auditório universal, quem argumenta com seriedade e de boa-fé e está convencido das conclusões que sustenta e dos procedimentos que utiliza; assim interpretada, a noção não seria problemática, mas resultaria banal e, evidentemente, não justificaria o interesse por ela despertado. De acordo com a segunda interpretação, argumenta diante do auditório universal quem não argumenta *ad hominem*, quer dizer, quem não apenas está convencido da correção e da lealdade do procedimento que usa, mas também está convencido da evidência das premissas em que se baseia. Essa segunda interpretação, entretanto, é inconsistente sem a noção de juízo de valor defendida no *Tratado*: se de modo consciente se assumem juízos de valor como premissas da argumentação,

13 Alexy cita, a esse respeito, a obra de Perelman *Fünf Vorlesungen über Gerechtigkeit* (Perelman, 1967). Por outro lado, é interessante considerar (cf. Golden, 1986, p. 287 e Perelman, 1986, p. 14) que, para

a formulação desse conceito, Perelman parece se ter inspirado em São Tomás de Aquino, Aristóteles e Kant. Talvez essa diversidade de fontes explique, em parte, a ambiguidade que se pode encontrar na noção.

então seria logicamente impossível se dirigir ao auditório universal, pois os juízos de valor só valem diante de auditórios particulares (cf. Gianformaggio, 1973, p. 218-219).¹⁴

Como conclusão de tudo isso, talvez se pudesse dizer que o auditório universal perelmaniano é, mais do que um conceito cuidadosamente elaborado, apenas uma intuição feliz.

4.3. Crítica ideológica

Mas se, do ponto de vista teórico, o pecado capital de Perelman é a falta de clareza conceitual, do ponto de vista prático esse pecado é o conservadorismo ideológico. Tal conservadorismo, por outro lado, tem muita relação com a obscuridade das noções que configuram o aspecto normativo da teoria, isto é, as noções que configuram os critérios da boa argumentação, como é o caso dos conceitos de pluralismo, razoabilidade e imparcialidade, que, em última instância, remetem aos de regra de justiça e auditório universal.

A filosofia de Perelman é, claramente, uma filosofia do pluralismo. E essa noção confusa (cf. Perelman, 1979a, p. 5)¹⁵ parece significar o seguinte: o pluralismo parte de que a vida social consiste tanto em esforços de colaboração quanto em conflitos entre indivíduos e grupos. Esses conflitos são inevitáveis e recorrentes, e, portanto, a única coisa que se pode fazer é canalizá-los por meio de instituições que tenham o maior respeito possível pelos indivíduos e pelos grupos, evitando, assim, o uso da violência. O pluralismo “renuncia a uma ordem perfeita, elaborada em função de um único critério, pois admite a existência de um pluralismo de valores incompatíveis. Daí a necessidade de compromissos razoáveis, resultados de um diálogo permanente, de um confronto de pontos

de vista opostos” (Perelman, 1979a, p. 11). Os legisladores, os tribunais e a jurisprudência de um Estado pluralista (a forma de Estado que Perelman considera justificada) são as instituições encarregadas de estabelecer e manter um equilíbrio entre pretensões contrapostas, porém legítimas. Isso significa que serão necessárias tomadas de decisões razoáveis; não soluções perfeitas, únicas e definitivas, mas soluções aceitáveis, modificáveis e aperfeiçoáveis (cf. *ibid.*, p. 17).

Seguramente é desnecessário acrescentar aqui que também a noção de *razoabilidade* é confusa. De qualquer modo, com essa ideia¹⁶ Perelman pretende abrir uma via intermediária entre o racional (quer dizer, as razões necessárias, cons-tringentes) e o irracional (o arbitrário); entre uma concepção unilateralmente racionalista e uma concepção unilateralmente voluntarista do Direito (cf. Bobbio, 1986, p. 166). Com relação ao discurso jurídico, o razoável marca inclusive os limites do jurídico (“o que é desarrazoado não é de Direito” – Perelman, 1984, p. 19) e, como ideia reguladora, tem um valor superior até à noção de justiça ou equidade: “O limite assim traçado me parece definir melhor o funcionamento das instituições jurídicas do que a ideia de justiça ou equidade, que se liga a uma certa igualdade ou a uma certa proporcionalidade, pois, como vimos em vários exemplos, o desarrazoado pode resultar do ridículo ou do não apropriado, e não apenas do iníquo ou do não equitativo.” (*ibid.*, p. 19)

Deixando de lado a questão de se Perelman usa ou não a noção com o mesmo sentido em que ela é habitual entre os juristas, e a de se existe uma dialética – como ele sugere – ou então um paralelismo entre o racional e o razoável no Direito (cf. Laughlin, 1986), o certo é que ele parece usar esse conceito com uma certa ambiguidade. O razoável se define – e não poderia ser de outra forma – em função de um auditório, mas esse auditório – por exemplo, no caso do Direito – não é tanto

14 Contudo, num trabalho posterior ao *Tratado* (Perelman, 1967a), Perelman parece considerar que as questões referentes ao preferível também podem ser discutidas diante do auditório universal; cf. Alexy, 1978a, p. 165.

15 Perelman se inspira claramente em seu mestre Eugène Dupréel.

16 Sobre a razoabilidade no Direito cf. Aienza, 1989a.

o auditório universal (entendido como os membros esclarecidos da sociedade) quanto um auditório particular, configurado pelos especialistas em Direito, os tribunais superiores ou o legislador: "O juiz [...] deverá julgar sem se inspirar em sua visão subletiva, e sim tentando refletir tanto a visão comum dos membros esclarecidos da sociedade em que vive quanto as opções e tradições dominantes em seu meio profissional. Com efeito, o juiz [...] deve se esforçar por emitir julgamentos que sejam aceitos tanto pelos tribunais superiores, pela opinião pública esclarecida, quanto – quando se trata de decisões da Corte de Cassação – pelo legislador, que não deixará de reagir se as decisões da Corte Suprema lhe parecerem inaceitáveis." (Perelman, 1979a, p. 12)

O problema, naturalmente, reside na questão de se o equilíbrio entre opiniões contrapostas, que se associa à noção de racionalidade, pode sempre ser conseguido. Evidentemente, há muitas razões para duvidar disso. Os casos difíceis, por definição, são aqueles com relação aos quais a opinião pública (esclarecida ou não) está dividida de maneira tal que não é possível tomar uma decisão capaz de satisfazer a uns e a outros. Serve de exemplo a decisão da Suprema Corte dos Estados Unidos (no famoso caso *Roe versus Wade*, de 1973), reconhecendo um direito ao aborto que se apoiaria no direito fundamental à *privacy*. O caso dividiu em duas partes quase iguais não apenas os membros do tribunal, mas também os juristas profissionais e a sociedade em geral.¹⁷ Qual seria, num caso como esse, a decisão razoável?

17 A Ordem dos Advogados americana, que congrega as associações de advogados, adotou, a certa altura, uma postura favorável à despenalização do aborto, mas logo passou para uma atitude de "neutralidade". Quando, em fins de 1990, teve de nomear um novo membro do tribunal, o debate fundamental que se propôs em torno do candidato "indicado" pelo presidente Bush, o juiz Souter, foi sobre a questão de se este seria ou não partidário de manter a doutrina estabelecida no caso *Roe versus Wade*.

Segundo Perelman, o conceito de decisão razoável varia não só histórica e socialmente (quer dizer, o que é razoável numa determinada sociedade e em determinado momento pode deixar de sê-lo em outro meio ou em outra época), pois num mesmo momento histórico e meio social pode haver uma pluralidade de decisões possíveis, de decisões razoáveis (cf. Haerscher, 1986, p. 225; Wroblewski, 1986, p. 184; Alexy, 1978, p. 170). Mas então que decisão se deve tomar? Estariam todas elas – no caso, a penalização e a despenalização do aborto – igualmente justificadas?

Talvez a única resposta que Perelman poderia dar a essa pergunta seguiria esta linha: seu ponto de partida seria, evidentemente, reconhecer que há ocasiões em que pode ser aceitável mais de uma decisão: Perelman se alinha, claro, do lado de quem pensa não haver uma única resposta correta para cada caso. Quem decide, por outro lado, deve se comportar de modo *imparcial* (a imparcialidade não se aplica como critério para a resolução apenas das questões jurídicas, mas sim para as questões práticas em geral), e deve respeitar a regra da justiça (ou seja, não deve tratar de modo desigual casos semelhantes) e o princípio da inércia (só se deve justificar a mudança, e sempre e apenas, sobre a base de valores precedentemente admitidos – cf. Gianformaggio, 1973, p. 226; Perelman, 1969a). Mas esses critérios, além de serem claramente insuficientes, têm um sabor ideológico sem dúvida conservador. Ser imparcial, por exemplo, exigiria aceitar sempre as regras, a ordem estabelecida. "Quem recusa a imparcialidade – conclui Gianformaggio – quer dizer, quem quer mudar as regras, quem não está contente com a universalidade das regras numa determinada estrutura de relações, mas questiona a própria estrutura, esse indivíduo *por definição* não argumenta; ele se deixa levar pelos interesses e paixões, e emprega a violência. E então "por que se indignar com o fato de que os defensores da ordem estabelecida oponham

a força à força?¹⁸ Perelman só pode ratificar a mudança *a posteriori*. Enquanto uma nova ordem, diferente, não a tiver substituído, ele só pode *en philosophie* tomar posição pela ordem estabelecida. Essa posição deriva necessariamente da sua concepção da filosofia” (Gianformaggio, 1973, p. 226).¹⁹

A consequência de tudo isso poderia ser: quando se trata de tomar decisões diante de casos difíceis (jurídicos ou não), Perelman não pode proporcionar critérios adequados, uma vez que, no fundo, ele carece de uma noção consistente do que seja decisão racional (ou razoável); mas, por outro lado, na medida em que oferece algum critério, este tem uma conotação inequivocamente conservadora.

4.4. Crítica da concepção de Direito e do raciocínio jurídico

Vejam os agora algumas críticas mais específicas que se referem à concepção perelmaniana do Direito e do raciocínio jurídico.

4.4.1. O conceito de positivismo jurídico

A primeira crítica afeta a concepção do Direito e do raciocínio jurídico, que Perelman considera predominante no raciocínio judicial dos países ocidentais depois de 1945, e que – como vimos – se caracterizaria pela rejeição do positivismo jurídico e pela adoção de um modelo tóxico de raciocínio jurídico.

Mas a noção de positivismo jurídico que Perelman utiliza é, além de pouco clara (cf. Atienza, 1979, nota 9, p. 144), simplesmente insustentável. Uma concepção positivista do

Direito, segundo Perelman, se caracteriza por: 1) eliminar do Direito toda referência à Justiça; 2) entender que o Direito é a expressão arbitrária da vontade do soberano, enfatizando assim o elemento de coação e esquecendo o fato de que “para funcionar eficazmente, o Direito deve ser aceito, e não apenas imposto por meio da coação” (Perelman, 1979b, p. 231); e 3) atribuir ao juiz um papel muito limitado, já que não leva em conta os princípios gerais do Direito nem os tópicos jurídicos, apenas o texto escrito da lei (ou, em todo caso, a “intenção do legislador”).

Mas essas características, que talvez possam ser certas com relação a um determinado juspositivismo do século XIX, são manifestamente falsas quando referidas ao positivismo jurídico atual. Se tomamos Hart como protótipo de positivista jurídico (e de fato a crítica mais conhecida ao positivismo jurídico dos últimos tempos – a de Dworkin (1977) – tem Hart como objetivo central), é muito fácil mostrar que nenhuma das três características se aplica. 1) Hart, por um lado, não pretende excluir do Direito toda referência à Justiça, e sim apenas sustentar que é possível – e que se deve – separar conceitualmente o Direito e a moral, o que é e o que deve ser Direito (cf. Hart, 1962). 2) Por outro lado, a sua insistência na “aceitação interna das normas” como um elemento essencial para compreender e explicar o Direito (Hart, 1963) deixa bem evidente que, para ele, o Direito não pode reduzir à coação. 3) E, finalmente, o próprio Hart (e Dworkin, que faz disso um dos pontos centrais de sua crítica) considera uma característica do positivismo jurídico a “tese da discricionariedade judicial”, quer dizer, a tese de que, nos casos duvidosos ou não previstos que aparecem em todo o Direito, o juiz cria Direito, embora ao mesmo tempo esteja submetido a uma série de condições jurídicas que limitam a sua escolha. E mais: a partir do positivismo jurídico de Hart (que é o positivismo “de hoje”), não haveria, em princípio, nenhum inconveniente para o uso dos

¹⁸ A citação está em Perelman, 1969a.

¹⁹ Alguns autores, entretanto (cf. Maneli, 1979, p. 236), entendem que a retórica de Perelman é contrária a todo tipo de conservadorismo: tanto o conservadorismo do *status quo real* quanto o das necessidades e ideais alegados.

princípios gerais do Direito e dos tópicos jurídicos pelo juiz; bastaria que ele admitisse a regra de reconhecimento do sistema em questão.²⁰

Como alternativa ao positivismo jurídico, Perelman – seguindo Foriers (cf. Bobbio, 1986, p. 171) – propõe a ideia de um “Direito natural positivo”, segundo a qual para integrar, corrigir ou satisfazer as regras estabelecidas por meio da autoridade (seja pela autoridade do legislador ou pela do costume), são invocados e se aplicam princípios não contidos no conjunto das normas jurídicas de um ordenamento positivo. Mas, por um lado, embora os corolários e pressupostos filosóficos da lógica da argumentação de Perelman pareçam ser jusnaturalistas (cf. Giantformaggio, 1973, p. 162), sua concepção do “Direito natural positivo” não implicaria – segundo Bobbio – uma contradição com o positivismo jurídico entendido, por exemplo, à maneira de Kelsen. Por outro lado – e isso é o mais importante –, Bobbio opta que a teoria do Direito natural positivo mais propõe do que resolve problemas, ao menos por dois motivos: “Não se entende bem qual seja a necessidade de chamar de Direito natural a princípios de conduta que são manifestações correntes da moral social; e não se entende que necessariamente haja de corrigir o positivismo jurídico unicamente pelo fato de este reconhecer a validade de regras não escritas, um reconhecimento que nenhuma teoria do Direito positivo jamais contestou.” (Bobbio, 1986, p. 172)

20 Esse argumento é empregado pelo próprio Hart em relação com os princípios do Direito (princípios implícitos de caráter moral ou político) postulados por Dworkin. A diferença entre esses dois autores residiria no fato de que, para Hart, tais princípios não são relevantes *proprio vigore*, e sim apenas de modo contingente, conforme a regra de reconhecimento do sistema o autorize ou não. Cf. sobre isso Atienza, 1979, nota 18; MacCormick, 1981.

4.4.2. A concepção tópica do raciocínio jurídico

No que se refere à adesão de Perelman ao modelo tópico de raciocínio jurídico, às críticas que vimos a propósito da concepção de Viehweg poder-se-ia, agora, acrescentar: dado o processo de formação – necessariamente lento – dos tópicos e sua caracterização como opiniões compartilhadas, há boas razões para pensar que o papel destes é comparativamente maior nos ramos jurídicos mais tradicionais e/ou naqueles em que o ritmo de mudança é relativamente lento (é sintomático que a maioria dos partidários da tópica se encontre entre os civilistas) do que nos setores de formação mais recente ou naqueles em que o Direito deve se adaptar a um ritmo de mudança mais intenso. Em outras palavras, o uso dos tópicos no Direito moderno precisa ser limitado, a não ser que, com a sua utilização, pretenda-se, simplesmente, a conservação e consolidação de um certo *status quo* social e ideológico (cf. Santos, 1980, p. 96).

4.4.3. Direito e retórica

Finalmente, o fato de Perelman situar o centro de gravidade do discurso jurídico no discurso judicial e, em particular, no discurso dos juízes das instâncias superiores, supõe a adoção de uma perspectiva que distorce o fenômeno do Direito moderno (se se preferir, do Direito dos Estados pluralistas, quer dizer, dos Estados capitalistas democráticos), na medida em que atribui ao elemento retórico – ao aspecto argumentativo – um peso maior do que ele realmente tem. Boaventura de Sousa Santos tem razão ao sustentar que o fator tópico-retórico não constitui uma essência fixa nem caracteriza exclusivamente o discurso jurídico. O espaço retórico existe em outros espaços: o espaço sistêmico (digamos, o discurso burocrático) e o espaço da violência (cf. Santos, 1980, p. 84). Além disso, em comparação com outros tipos de Direito (Santos estuda o de uma população favelada do Rio de Janeiro: o Direito de Pasárgada), o Direito do Esta-

do moderno se caracteriza por tender a apresentar um nível mais elevado de institucionalização da função jurídica e instrumentos de coação mais poderosos, com o que o discurso jurídico ocupa, em suma, um espaço retórico menor (cf. *ibid.*, p. 58). É certo, por outro lado, que os recentes movimentos a favor da informalização da justiça implicam um eventual aumento da retórica jurídica, mas isso pode ser a contrapartida de um aumento da burocracia e da violência em outras áreas mais centrais do sistema jurídico (cf. *ibid.*, p. 91).

4.4.4. A retórica geral e a retórica jurídica

Algo que não está bem resolvido na obra de Perelman é a relação entre o plano da retórica geral e o da retórica ou lógica jurídica. Por um lado, não está nada claro se o critério do auditório universal se aplica também ao discurso jurídico, quer se do discurso do juiz ou do legislador. Há ocasiões em que Perelman parece dar a entender que o juiz e o legislador (diferentemente do filósofo) devem orientar as suas decisões de acordo com os desejos e convicções da comunidade que os instituiu ou escolheu (cf. Alexy, 1978a, p. 161, nota 523, e Perelman, 1967a); nos últimos escritos, entretanto, ele parece ter se inclinado a pensar que o auditório universal se aplica também ao discurso não filosófico (cf. Golden, 1986, p. 297). Por outro, não está tampouco claro de que maneira se aplica – e se se aplica – ao campo do raciocínio jurídico a sua classificação dos argumentos em técnicas de união e de dissociação etc. Particularmente em *La lógica jurídica y la nueva retórica*, Perelman parece aceitar – pelo menos em parte – a classificação que Tarello faz (cf. Perelman, 1979b, p. 77 e segs.) dos argumentos jurídicos, e que não parece ter muita relação com a proposta no *Tratado*. O autor italiano, com efeito, distingue treze tipos de argumentos: *a contrario*, *a simili* ou analógico, *a fortiori*, *a complementum*, *a coherentia*, psicológico, histórico, apagógico, teleológico, econômico, *ab exemplo*, sistemático e naturalista (cf. *ibid.*, p. 77 e segs.).

Finalmente – e como já indiquei antes – Perelman repute, com certa frequência, que o raciocínio jurídico tem em sua obra um valor paradigmático. Mas o que isso de fato significa? Perelman não foi, evidentemente, o único autor do século XX a tomar o raciocínio jurídico como modelo da lógica ou do método racional. Três exemplos notáveis dessa atitude são os casos de Dewey, Polanyi e, sobretudo, Toulmin, cuja concepção será estudada no próximo capítulo. De acordo com Gianformaggio (1973, p. 175 e segs.), a diferença está em que, enquanto esses três autores utilizam o raciocínio jurídico como um modelo para contrapor à concepção neopositivista da razão (*i. e.*, o raciocínio jurídico – ou algum aspecto dele – serve como modelo para o raciocínio em geral), em Perelman o raciocínio jurídico é o modelo de um tipo particular de raciocínio, ao qual ele inicialmente denomina raciocínio “argumentativo” e, depois, raciocínio “prático”. Mas o problema é que a distinção entre raciocínio teórico e raciocínio prático (que em Perelman aparece depois do *Tratado*) não coincide totalmente – sempre segundo Gianformaggio – com a distinção entre demonstração e argumentação. Essa última distinção – como o leitor deve se lembrar – se referia ao tipo de prova ou aos modelos de análise do discurso, mas não era uma distinção centrada no objeto. Nenhum discurso é, em si mesmo, considerado abstratamente, demonstrativo ou argumentativo; basta acrescentar uma premissa para que a argumentação se converta numa demonstração. Entretanto, a distinção que Perelman traça entre raciocínio prático e raciocínio teórico tem por objeto o discurso: o raciocínio prático é o raciocínio do jurista, do moralista, do político; e o raciocínio teórico é o raciocínio do cientista. Mas se assim é, isso quer dizer que Perelman acaba por sustentar um dualismo entre razão dialética (raciocínio prático) e razão científica (raciocínio teórico), pouco compatível com a sua ideia de que na ciência do Direito não se pode separar nitidamente avaliação e conhecimento, e de

que, na aplicação do Direito, tampouco se pode separar os juízos de valor dos juízos de fato (cf. Gianformaggio, 1973, p. 1886-1993).

4.4.5 Dedução e argumentação

Uma última crítica que se pode dirigir a Perelman se relaciona precisamente com a distinção entre o raciocínio científico – dedutivo ou indutivo –, por um lado, e o raciocínio dialético – argumentativo ou prático –, por outro. Como vimos, Perelman entende a lógica jurídica como uma argumentação, não como lógica formal ou dedutiva. Além disso, ele sustenta que a distinção entre ambas as lógicas não se refere apenas à natureza das premissas, mas também à passagem das premissas à conclusão. Mas aqui o discurso de Perelman é algo mais que equívoco. Por um lado, se tivesse levado em conta a distinção usual entre justificação interna e justificação externa, exposta no primeiro capítulo (cf. Wróblewski, 1979, p. 277-293), ele teria podido fixar claramente o papel da lógica formal ou dedutiva no raciocínio jurídico, sem precisar contrapor, desnecessária e confusamente, a concepção dedutivista ou formalista do raciocínio jurídico à concepção argumentativa ou retórica. E, por outro – e isso é realmente mais grave –, a pretensão de Perelman de que a passagem das premissas à conclusão ocorre de modo diferente numa argumentação e numa dedução, porque, no primeiro caso, a passagem de um argumento para uma decisão não pode ter caráter necessário, baseia-se – parece-me – num erro. O erro consiste em ele não se dar conta de que a lógica – dedutiva ou não – se move no terreno das proposições e não no dos fatos; ou, por outras palavras, em não ter levado em conta a distinção (que também foi introduzida no primeiro capítulo) entre a conclusão de uma inferência e determinados estados de coisas, decisões etc. que estão ligados a ela, mas não de modo lógico. No caso do silogismo prático – concretamente, do silogismo judicial –, uma coisa é a conclusão

desse silogismo (uma norma individual que estabelece, por exemplo, que o juiz deve condenar X à pena Y) e outra é a decisão prática que, é claro, não se segue necessariamente – dedutivamente – daquela conclusão (a decisão do juiz condenando X à pena Y).

4.5. Conclusão

A conclusão geral extraída de todas as críticas anteriores poderia muito bem ser esta: por um lado, Perelman não oferece nenhum esquema que permita uma análise adequada dos argumentos jurídicos – dos diversos tipos de argumentos jurídicos – nem do processo da argumentação, embora, evidentemente, em sua obra apareçam sugestões de interesse inquestionável. O modelo analítico de Toulmin – que será apresentado no próximo capítulo – me parece preferível a esse respeito.²¹ Perelman considera que Toulmin, em seu livro de 1958, *The uses of argument*, ignora completamente o papel do auditório e o do raciocínio sobre valores, que é o centro do pensamento jurídico (cf. Fisher, 1986, p. 87, e Perelman, 1984a), mas, pelo menos quanto ao primeiro, não me parece que isso seja em absoluto certo: o “tribunal da razão” de Toulmin tem – como o leitor poderá comprovar em seguida – muita relação com o auditório universal de Perelman (cf. Dearin, 1986, p. 183, nota 80).

Por outro lado, a concepção do Direito e da sociedade, utilizada por Perelman, é de cunho nitidamente conservador,²² e a sua teoria da argumentação parece pensada para satisfazer às necessidades de quem aborda o Direito e a sociedade com essa perspectiva, mas não para quem

21 Cf., entretanto, Arnold, 1986, p. 51, nota 20 e p. 42, que afirma – sem razão, na minha opinião – que Perelman toma descritivis as estruturas de pensamento que realmente utilizamos ao persuadir.

22 Cf. Aftenza, 1979, obra em que se mostram algumas conexões entre as concepções de Perelman e as de Luhmann.

adota uma concepção crítica ou conflitualista desses fenômenos. Caso se aceite a tese de que a sociedade às vezes gera conflitos que colocam interesses irreconciliáveis, e que não podem ser resolvidos pelas instâncias jurídicas simplesmente com um critério de imparcialidade, sem se colocar a modificação da própria ordem jurídica, então provavelmente se terá de pensar também que, com relação a eles, a retórica – pelo menos como a entende Perelman – cumpre, antes de mais nada, uma função *ideológica* de justificação do Direito positivo: precisamente apresentando, como imparciais e aceitáveis, decisões que na realidade não o são.

CAPÍTULO 4

A Teoria da Argumentação de Toulmin

1. UMA NOVA CONCEPÇÃO DA LÓGICA

As ideias de Toulmin a que vou me referir neste capítulo constituem – como as de Viehweg e as de Perelman – uma tentativa de dar conta da argumentação a partir de um modelo que não é o da lógica dedutiva. Mas Toulmin não busca a sua inspiração numa recuperação da tradição tópica ou retórica. Ele parte da ideia de que a lógica é algo que tem relação com a maneira como os homens pensam, argumentam e efetivamente inferem, e constata, ao mesmo tempo, que a ciência da lógica se apresenta – e se apresentou historicamente, desde Aristóteles – como uma disciplina “autônoma” e sem preocupação com a prática. Toulmin não pretende dizer, apenas, que o modelo da lógica formal dedutiva não pode ser transferido para o campo do que se costuma chamar de “razão prática”, e sim que a lógica – tal como habitualmente é entendida – não permite dar conta, tampouco, da maior parte dos argumentos que se articulam em qualquer outro âmbito, inclusive o da ciência. Na realidade, o único campo para o qual seria adequada a concepção da argumentação que a lógica utiliza é o da matemática pura.

Devem-se a Toulmin importantes contribuições em diversos campos da filosofia, como o da teoria ética (cf. Toulmin,