

APONTAMENTOS PARA O ESTUDO DA HERMENÊUTICA JURÍDICA: VIEHWEG, PERELMAN e SICHES

ERIK FREDERICO GRAMSTRUP¹

ESTEVIÃO SCHULTZ CAMPOS²

SUMÁRIO: 1 THEODOR VIEHWEG E A TÓPICA DE INSPIRAÇÃO ARISTOTÉLICA. 2 LUÍS RECASÉNS SICHES E A LÓGICA DO RAZOÁVEL. 3 NOVA RETÓRICA DE CHAIM PERELMAN. REFERÊNCIAS.

RESUMO: Este artigo busca a exposição de conceitos básicos da hermenêutica jurídica como instrumento para o melhor desenvolvimento do Direito, em autores clássicos e contemporâneos. O operador do direito, por vezes, é instruído na compreensão da dogmática jurídica, como modelo função diretiva. O novo contexto em que se insere o Direito precisa estar alinhado à estruturação hermenêutica para pensar, investir e esmiuçar as premissas jurídicas.

¹ Possui graduação em Direito pela Universidade de São Paulo (1988), mestrado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2000) e doutorado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2005). Atualmente é professor assistente-doutor da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo e Juiz Federal na 3a. Região - Justiça Federal em São Paulo. Atuou como Juiz Auxiliar da Corregedoria-Regional de Justiça Federal da 3a. Região, no biênio encerrado em 2012. Tem experiência na área de Direito, atuando tanto na área de Direito Privado, quanto na de Direito Público.

² Advogado, Graduado em Direito pela Universidade Vale do Rio Doce (2012). Doutorando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, PUC/SP, sob a orientação do Professor Cláudio de Cicco. Bolsista CAPES/PROSUP. Mestre em Direito pela Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo, sob a orientação do Professor Erik Frederico Gramstrup. Tem experiência na área do Direito, com ênfase em Direito Público e Privado. Professor de Direito nas áreas de Direito Civil e Constitucional, do Centro Universitário Adventista (UNASP) – Campus São Paulo e Hortolândia. **Endereço eletrônico:** estevaoadv@hotmail.com

PALAVRAS-CHAVE: Hermenêutica. Interpretação. Theodor Viehweg. Recaséns Siches. Chaim Perelman.

APPOINTMENTS TO THE STUDY OF LEGAL HERMENEUTICS: VIEHWEG, PERELMAN and SICHES

ABSTRACT: This article seeks to expose basic concepts of legal hermeneutics as an instrument for the better development of law, in classical and contemporary authors. The operator of law is sometimes instructed in the understanding of legal dogmatics as a model directive function. The new context in which the Law is inserted needs to be aligned with the hermeneutic structuring to think, invest and scrutinize the legal premises.

KEYWORDS: Hermeneutics. Interpretation. Theodor Viehweg. Recaséns Siches. Chaim Perelman.

1 THEODOR VIEHWEG E A TÓPICA DE INSPIRAÇÃO ARISTOTÉLICA

Theodor Viehweg, nascido em Munique, capital do *Land* alemão da Bavária, apresenta suas idéias fundamentais na conhecida obra “Tópica e Jurisprudência” (*Topik und Jurisprudenz*). Logo de saída, admite ter sido influenciado por uma observação do filósofo napolitano Giambattista Vico, que viveu na segunda metade do século XVII e primeira do século XVIII. É de notar que esse filósofo estudou o direito romano na sua juventude e, embora não tenha prosseguido na prática jurídica, foi influenciado pelo Direito no seu pensamento.

Conforme narra Viehweg, Vico escreveu, em 1708, uma dissertação chamada “O modo de estudar em nosso tempo”, título que não deixava transparecer totalmente o conteúdo da obra: a comparação entre o modo antigo e o modo moderno de estudar, chamados por ele, respectivamente, de modo “retórico” (transmitido aos pósteros por Cícero) e “crítico” - que corresponde ao

modo cartesiano e é exemplificado por Vico com um dos seguidores de Descartes, Arnauld, um dos co-autores da obra “A arte de pensar” (1662).

O **modo crítico** toma como modelo a geometria e seu ponto de partida são verdades tomadas como absolutas (que não podem ser invalidadas pela dúvida). O **modo retórico** parte do senso comum, mas não é considerado por Vico inferior ao outro: pelo contrário, deve-se misturar os dois métodos.

O nome “tópica” - sempre segundo as lições de Viehweg – foi atribuído a uma das seis grandes obras de Aristóteles sobre a ciência da lógica³ Mas o nome novo encobria na verdade uma arte mais antiga, muito apreciada pelos gregos e que consiste na arte de disputar (debater), fundada na distinção de dois modos de pensar: (a) o modo da lógica formal, **apodítico** (que estabelece verdades por demonstração rigorosa, partindo de premissas certas) e (b) o modo **dialético**, que está no campo da opinião (mas não uma opinião infundada ou caprichosa, senão fundada em argumentação). Uma opinião que possa ser defendida em um debate honesto com um adversário. Completando esse quadro, segue-se (c) o modo **erístico**, que corresponde aos sofismas, ao raciocínio fundado em verdades apenas aparentes)⁴. Cabe acrescentar que Perelman, autor de que vamos cuidar mais adiante, evita empregar a expressão *dialética* por entender que ela tomou outros significados ao longo da História e provocaria confusão: como veremos, ele prefere usar a palavra “retórica”. Perelman tem razão nesse ponto: é só pensar no emprego que hegelianos e marxistas dão ao termo dialética para concluir que é melhor evitá-lo.

Voltando à descrição que Viehweg dá de Aristóteles, o raciocínio dialético não é estruturalmente (formalmente) diferente do raciocínio apodítico: a grande diferença está nas premissas, que são opiniões respeitadas e verossímeis. É daí que vem o nome tópica. No grego, os *topoi* (tópicos, no plural) são opiniões aceitáveis que podem ser tomadas como ponto de partida em uma discussão em torno do provável, do verossímil que não tem pretensões de verdade absoluta,

³ Que foram posteriormente reunidas sob o título *Organon*, a saber: as “*Categorias*”, “*Sobre a interpretação*”, os “*Primeiros e Segundos Analíticos*”, a “*Tópica*” e os “*Argumentos Sofísticos*”.

⁴A Erística está bem exemplificada em: SCHOPENHAUER, Arthur. **Como vencer um debate sem precisar ter razão**. Rio: Topbooks, 1999.

definitivamente demonstrada. Esse tipo de pensamento está orientado para as questões problemáticas, como as questões éticas e as jurídicas.⁵

O contexto histórico que leva Viehweg a pregar o retorno à retórica é o do pós-guerra. O positivismo neokantiano, prevalecente na primeira metade do século XX, não foi capaz de por uma barreira às pretensões do nazismo e suas aberrações. Na verdade, esse positivismo deu base jurídica ao regime nacional-socialista, na medida em que se preocupava demasiadamente com a sistematicidade do Direito e não deixava maior espaço para a discussão de valores universais. Na época em que Viehweg trouxe à luz sua obra fundamental, o formalismo jurídico estava sendo confrontado por uma nova ética baseada em valores, pela afirmação dos direitos humanos e pela preocupação com as características do caso concreto. O estilo de pensar a tópica, por sinal, é esse, indutivo: pensa-se **a partir do caso** e não a partir da norma ou do sistema de normas.

Para esclarecer isso, vamos tomar um exemplo considerado pelo próprio Viehweg. Esse exemplo é retirado do Direito Romano e mais precisamente de um fragmento do cônsul Juliano. A situação é a seguinte: o proprietário de um terreno, ao supor a chegada de homens armados, foge. Esses homens nem chegaram a adentrar no terreno. Isso impediria o usucapião por um terceiro de boa-fé? Um jurista de tradição formalista tenderia a procurar uma lei que descrevesse tal caso, mas provavelmente ele não a encontraria (pelo menos não com tantos detalhes). Outro jurista, não tão legalista, poderia raciocinar a partir de conceitos extraídos do sistema, tais como posse de boa-fé, de má-fé, viciosa ou não viciosa. Os romanos não agiriam assim: tomavam como ponto de partida o próprio caso e a sua riqueza concreta. Esse tipo de raciocínio é chamado de **problemático ou aporético** – em oposição ao pensamento sistemático.

Vamos então resumir os conceitos básicos de Viehweg, embora tais conceitos, como veremos logo a seguir, tenham sido alvo de críticas por ser um tanto vagos:

⁵ Cf. VIEHWEG, Theodor. **Tópica e jurisprudência: uma contribuição à investigação dos fundamentos jurídicos-científicos**. Porto Alegre: Sergio Fabris, 2008, p. 15-31.

(a) **Aporia**: o método da tópica é o de um pensamento problemático, que parte da aporia. Aporia é um problema sem solução única. O ponto a ser fixado é que não se parte do sistema, mas sim dos casos concretos, que são examinados à luz dos *topoi*;

(b) **Topoi**: são os pontos de vista tirados do senso comum, a partir do qual se constrói a argumentação persuasiva. Os *topoi* são válidos porque refletem a opinião dos sábios, dos mais notáveis ou o consenso de uma comunidade. Exemplos: “interesse público”; “na dúvida deve-se decidir em favor do réu”; “autonomia privada”; “dar a cada um o que lhe é devido” etc. A partir desses exemplos, percebe-se claramente que os *topoi* são indeterminados e só ganham plenitude de sentido a partir e em função do caso concreto. Outro fato que se torna claro é que os princípios e regras jurídicas também são simples *topoi*, que, como tais, podem ou não ser empregados na busca da solução de um problema (aporia);

A obra de Viehweg foi criticada por outros importantes autores de teorias da argumentação contemporâneos. Eis as críticas de Manuel Atienza:

a) Os conceitos básicos tomados por Viehweg (problema, *topoi*) seriam demasiado vagos. Nas palavras de Atienza:

Praticamente todas as noções da tópica são imprecisas, e, inclusive, equívocas. Para começar, por tópica, na obra de Viehweg e na de seus seguidores, pode-se entender pelo menos três coisas diferentes [...]: 1) uma técnica de busca de premissas; 2) uma teoria sobre a natureza das premissas e 3) uma teoria sobre o uso dessas premissas na fundamentação jurídica.

A noção de problema é, na melhor hipótese, excessivamente vaga, pois 'a mera concessão de importância prioritária ao pensamento de problemas não basta, por si mesma, para caracterizar, de forma unívoca nem excessivamente original, uma direção metodológica ou uma teoria do direito' [...]. O conceito de topos foi historicamente equívoco (e o é também nos escritos de Aristóteles e de Cícero) e é usado em vários sentidos: como equivalente a argumento, como ponto de referência para a obtenção de argumentos, como enunciados de conteúdo e como formas argumentativas. [...] Viehweg exagera na

contraposição entre pensamento tópico e pensamento sistemático [...].⁶

b) O raciocínio tópico avalia incorretamente a importância da lei, dos precedentes jurisprudenciais e da doutrina na aplicação do Direito;

c) O raciocínio tópico seria ingênuo, preocupado com a justiça do caso concreto, mas sem desenvolver uma teoria da argumentação merecedora desse nome. Em outras palavras: é louvável a preocupação com o justo, mas é necessário algum caminho bem delimitado para chegar a ele.

Claus-Wilhelm Canaris também censurou em Viehweg uma suposta simplificação exagerada da argumentação jurídica. Para Canaris, que escreveu uma obra de título muito revelador (“Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito”⁷), seria estranho afirmar que o ponto de partida do raciocínio jurídico seria o problema concreto. Nenhum caso concreto tem solução por si evidente. A técnica de estudar por meio de problemas não ofereceria nenhuma solução eficaz. Além disso, não é segura, nem previsível. Não ofereceria a segurança do pensamento sistemático.

Pode-se perceber que as críticas têm em comum a acusação de que o pensamento tópico é assistemático (e poderia dar azo à insegurança jurídica).

Entretanto, ambos os autores reconhecem que, embora Viehweg não tivesse apresentado uma teoria completa, pelo menos fez provocações muito úteis e abriu espaço para pesquisas posteriores. Além disso, sugeriu uma maneira de pensar importante para as situações em que o sistema jurídico se apresenta incompleto. Em particular, no caso de lacunas do Direito ou quando o legislador se vale de conceitos legais indeterminados.

É inegável, por outro lado, a influência que Viehweg teve sobre contemporâneos de primeira linha na filosofia e na teoria do Direito, tais como

⁶ ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**: teorias da argumentação jurídica Tradução: Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy, 2003, p. 52-53.

⁷ CANARIS, Karl Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1996.

Konrad Hesse, Friedrich Müller e Peter Häberle. A esses méritos, pode ser acrescentado outro: a tópica também se revela de grande valia para os problemas de interpretação constitucional.

2 LUÍS RECASÉNS SICHES E A LÓGICA DO RAZOÁVEL

Luís Recaséns Siches, jurista hispano-guatemalteco, atuante na política e administração espanhola, refugiou-se durante a guerra civil no México, onde passou a atuar como professor da Universidade Nacional Autônoma⁸. Sua grande contribuição está registrada na “Nova Filosofia da Interpretação do Direito” (“Nueva filosofía de la interpretación del derecho”), que agora passamos a parafrasear.

Nessa obra, Siches constata que as críticas sobre a insuficiência da lógica para a interpretação do Direito recaem, na verdade, sobre a lógica pura, matemática – ou seja, a lógica formal: a lógica desenvolvida para o estudo das conexões ideais ou para conhecer realidades naturais. Não há nada de errado com ela, a não ser que ela representa somente uma parte do “logos” (da razão). Então deve-se explorar outros tipos – ou outras partes – de lógica: a lógica da razão vital, da razão histórica, da finalidade etc. Enfim: Siches reclama contra o excessivo estreitamento das ambições da razão, quando ela se contém apenas na lógica formal.

Nos casos de interpretação jurídica em que a lógica tradicional resulta insuficiente, ou em que ela conduz a um resultado absurdo, injusto, sentimos que há razões importantes para tratar do problema abandonando a lógica tradicional. Esse sentimento não é infundado. Sentimos nessas ocasiões que há de ser feito assim porque há outras razões que devem prevalecer sobre aquelas (as razões da lógica tradicional). Há outras considerações que levam ao resultado correto; essas considerações também são razões, pertencem ao

⁸ Essa Universidade, por sinal, distribui por via eletrônica em seu *website* inúmeras obras importantes para a teoria e a filosofia do Direito: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/>.

campo da lógica, mas de uma lógica diferente. Assim, Siches não está defendendo nenhuma espécie de sentimentalismo: quando afirma que “sentimos” a possibilidade de um resultado diferente do injusto, a que a lógica tradicional levaria, ele está mencionando a presença de razões para isso. Não que o aplicador do Direito vá substituir a lógica pelos seus sentimentos subjetivos; ele vai apelar a outro tipo de raciocínio.

O reino da vida humana ou da ação é um reino diverso do campo do conhecimento puro; a vida é um contínuo fazer-se a si mesma; reiteradas decisões entre possibilidades que se nos deparam em cada instante. Embora algumas dessas possibilidades apareçam como rotas já desenhadas, há outras que são o resultado de uma atividade inventiva do sujeito. O reino do humano, enfim, é o campo da ação, não predeterminada de modo unilateral, em que o sujeito decide dentro de certa margem de liberdade.

A norma jurídica é um pedaço da vida humana objetivada. Por isso deve ser analisada do ponto de vista da índole da vida humana. Sendo objetivações de atos humanos, as normas são revividas todas as vezes que seres humanos cumprem uma lei, executam uma sentença etc., mas não repetidas mecanicamente e sim reatualizadas, adquirindo nova vida, mudando, transformando-se e evoluindo.

Ao reviver uma norma jurídica, as pessoas que as cumprem espontaneamente ou os órgãos que as aplicam as adaptam às circunstâncias concretas de cada caso singular. A compreensão correta das normas enquanto produtos culturais requer uma aproximação com métodos adequados à especial maneira de ser dessas objetivações da vida humana. Isso abre caminho a uma nova parte da lógica, a lógica do humano.

Traçando uma comparação, os fenômenos da natureza se conhecem pela explicação de causa e efeito. O fato físico é explicado por sua causa, mas não é inteligível (inteligível = aquilo que pode ter uma explicação finalística); em contraste, os fatos e produtos humanos são compreensíveis de modo diverso porque têm **sentido (finalidade)**. Concordamos com o autor em comentário no seguinte: é difícil e interminável a discussão sobre um possível sentido da

Natureza, mas ele está certo em dizer que as ciências naturais (e a sua lógica) não estão preocupadas com esse sentido: a Física, por exemplo, não procura um sentido nos fatos que estuda. Em compensação, o Direito está muito preocupado com as finalidades do agir humano e a lógica jurídica tem de levá-las em consideração.

O sentido das obras humanas consiste em que essas obras nasceram em razão de certas necessidades, sentidas de uma maneira peculiar, em certo momento e situação histórica. Sob a pressão dessas necessidades, o homem, usando sua imaginação, busca algo para satisfazê-las, transformando-o em finalidade, em meta. O sentido de uma obra cultural é sempre circunstancial, referido a circunstâncias concretas em que se apresentou a necessidade estimuladora. Isso não exclui que o sentido tenha também outra dimensão, é dizer, que se oriente a valores objetivos. Mas não é valor puro, mas um produto histórico intencionalmente referido a valores. Essa ressalva deve ser entendida da seguinte maneira: na tradição intelectual herdada por Siches, os valores puros (porque são simples idéias sem um referencial concreto) poderiam ser manipulados segundo a lógica de viés matemático; quando estão relacionados com situações concretas da vida humana, não podem.

Então, as normas, vida humana objetivada, quando são cumpridas pelos particulares ou aplicadas pelos juízes passam a ser vida humana real e efetiva; mas esse **processo de reviver** acaba por modificar a própria norma. O cumprimento não reproduz a norma, principalmente se ela for geral, mas a adapta a cada caso singular. Esse processo de concreção da norma contém algo novo, não contido nela previamente. Mesmo que o sentido da norma geral não tenha variado, varia a significação concreta de cada um dos novos casos singulares. As normas não são aplicadas como produtos históricos, cristalizados, mas como fonte de novas consequências concretas na vida em curso.

A lógica jurídica formal e a teoria geral do Direito podem ocupar-se de conceitos abstratos; para esses conceitos puros, os métodos daquelas disciplinas são adequados e corretos. Mas não se pode chegar ao exagero de querer tratar de tudo como conceito abstrato. Infelizmente, há um preconceito intelectual no Ocidente em favor do abstrato. Esse preconceito racionalista

enxerga-se em longa tradição que remete aos gregos, passa por filósofos como Spinoza (autor de uma *ética demonstrada geometricamente*), por Rousseau (doutrina da vontade geral) e por Kant (imperativo categórico da moral kantiana). Dentro desse clima espiritual, as normas do Código Civil Francês (ainda que essa não fosse a intenção de seus autores) foram enxergadas pela geração seguinte de juristas como dogmas definitivos; como a própria encarnação de um direito ideal e perfeito. O fetiche pelo geral e pelo abstrato foi tão grande a ponto de ignorar-se que as normas jurídicas não eram apenas as contidas nas leis e regulamentos (normas gerais), mas também as particulares criadas em negócios jurídicos, nos atos constitutivos de pessoas jurídicas, nas decisões judiciais e nos atos administrativos. É claro que a lei pode e deve ser concebida em termos abstratos; mas não se deve cultuar essa abstração como se fosse inflexível; a cessação da mudança, a inflexibilidade, equivale de fato à morte.

Qual o problema com essa **preferência pelo geral**? É que ela impede a **ponderação** dos elementos relevantes em cada caso concreto e a criação da norma individualizada pertinente a cada caso (lembrando que, para Siches, a sentença judicial emite uma **norma concreta**). Nisso, a lógica tradicional fracassa. Ela também fracassa porque não compreende pontos de vista axiológicos (relativos a valores), nem consegue estabelecer a conexão entre fins e meios. Para elucidar esse ponto, Siches resgata o famoso exemplo da estação ferroviária, onde um aviso reproduzia dispositivo do regulamento que proibia a entrada de cães. Em certa ocasião, alguém pretendeu adentrar acompanhado de um urso! Se fosse aplicada a lógica tradicional, seria impossível proibir o usuário de acessar a estação; porque de nenhuma maneira o conceito de cão coincide com o de urso. Mas é claro que há razões, diferentes das aplicáveis em um raciocínio de tipo matemático, que Siches chama de “**logos do humano**”, “**logos da razão vital ou razão histórica**”, razões essas que proíbem igualmente a entrada de ursos: decorrem da segurança e da comodidade dos demais passageiros. De onde vêm esses argumentos do *razoável*, diferente do friamente racional? Provêm de observações; de experiências humanas; de juízos de valor; de juízos estimativos sobre finalidades; juízos estimativos sobre a bondade ou a maldade dos meios; juízos sobre a adequação e sobre a eficácia dos meios para atingir os fins propostos. É muito interessante esta última

afirmação de Siches, porque ela já antecipa discussões contemporâneas sobre o princípio da proporcionalidade. Um dos critérios a ser levado em conta é justamente saber se os meios propostos são realmente necessários e adequados aos fins anunciados (proporcionalidade *stricto sensu*). Embora o autor em comento não estivesse se referindo ao que chamamos hoje de hermenêutica constitucional, nem ao conflito entre direitos fundamentais, a razoabilidade a que ele se refere de alguma maneira prenuncia remotamente essas discussões.

O exemplo rememorado por Siches para por aí, mas gostaríamos de levá-lo mais adiante. Imagine o(a) leitor(a) que se apresentasse, na estação ferroviária, um cego com um cão-guia. Nesse caso, o animal teria de ser admitido. E o seria por força do “logos do razoável” a que Siches se refere: embora a proibição, considerada fria e logicamente, estenda-se indiferentemente a todos os cães, há razões diferentes que nos levariam a conceder que a entrada do guia do deficiente visual seria irrecusável.

Insistiremos nesse ponto porque é aquele em que o pensamento de Siches fica mais claro: a lógica que propõe (lógica do humano ou lógica do razoável) considera:

(a) **observações e experiências** de realidades diversas (no caso mencionado, a observação de que o contato de passageiros com outros animais também pode causar-lhes incômodos, que a norma pretendia evitar);

(b) **juízos de valor** (no exemplo, a consideração com a segurança física e a comodidade dos usuários da estação);

(c) considerações sobre o **meio escolhido** – se ele é eticamente lícito, porque um meio mau não é justificado por um fim alegadamente bom;

(d) considerações sobre a **eficiência do meio escolhido** – se ele é realmente capaz de proporcionar o fim que se pretende alcançar.

O exemplo discutido é bastante simples e pode levar a um equívoco: o de pensar-se que seria exagero criar uma lógica só para resolver casos assim

(afinal, a solução correta parece evidente). Mas dito exemplo foi escolhido justamente por ser didático, o que não significa que não possam aparecer casos muito mais complexos, em que a discussão dos fundamentos da lógica do razoável seja mais polêmica e árida – de onde, a conveniência de que esses fundamentos sejam explicitados e debatidos.

Siches afirma que a lógica do razoável não é uma invenção sua. Ao longo da história, muitos juízes a empregaram espontaneamente, sem dar-lhe esse nome – e o fizeram com o propósito de alcançar decisões justas. Mas passavam pelo constrangimento intelectual de ter de disfarçar os verdadeiros motivos de suas decisões. Tinham de simular que estavam operando sob padrões lógicos (aplicando normas legais segundo esses padrões) e, portanto, de distorcer as normas para não dar a entender que a decisão era arbitrária ou, de alguma maneira, não fundada nas leis. O reconhecimento de uma lógica do razoável retira o peso que tais profissionais injustamente carregavam em seus ombros e os livra desse constrangimento.

Dito tudo isso, é importante ressaltar que Siches reserva um espaço para a lógica tradicional no Direito: o campo da alta teoria jurídica; as situações em que o jurista encontre identidade e tenha de extrair consequências idênticas, usando os princípios já estudados; e as situações que exijam medidas matemáticas. Mas essa **lógica tradicional** não serve para conhecer e interpretar as normas jurídicas, nem para emitir as normas individuais por meios de sentenças judiciais e atos administrativos.

A atividade jurisdicional, portanto, está muito mais ligada ao que Siches chama de lógica do humano, do razoável, da razão vital ou da razão histórica.

Isso já bastaria para resumir o essencial. Cabe mais um comentário. Siches relembra a lição de um de seus professores (Fritz Schreier, da Universidade de Viena), para quem não há nenhum motivo justificável para estabelecer hierarquia ou preferência entre os diversos métodos de interpretação tradicionais. Aponta que Benjamin Cardozo, juiz da Suprema Corte dos Estados Unidos da América, admitiu o mesmo: ao procurar uma solução correta para dada caso, testava os diferentes métodos usualmente empregados,

por ensaio e erro. Conclui que o juiz não está vinculado a nenhum método especial de interpretação – o que nos parece muito correto e efetivamente se observa no cotidiano da atividade judicial – mas vai mais longe, ao acrescentar que a sua lógica do razoável supera a necessidade de ter de distinguir entre os métodos gramatical, histórico, lógico-sistemático etc. Parece concluir que esses métodos foram unificados por sua proposta. Entendemos que essa observação é muito interessante e provoca reflexão, mas só serve para aqueles profissionais com longa vivência (caso do próprio Siches!). Para os que se aproximam da doutrina jurídica, principalmente os estudantes, sempre será necessário distinguir entre os diversos métodos de interpretação, preenchimento de lacunas e aplicação do Direito, ainda que com o tempo e com árdua vivência possam ser capazes de fazer a mesma síntese do autor em comento.

3 NOVA RETÓRICA DE CHAIM PERELMAN

Outro modelo de argumentação jurídica que se situa deliberadamente na tradição de Aristóteles é a **Nova Retórica**, que se deve ao trabalho do jusfilósofo de origem polonesa, mas radicado na Bélgica, Chaim Perelman (falecido em 1984). Escreveu diversas obras, traduzidas no Brasil, das quais se destacam o “Tratado da argumentação: a nova retórica” (1958, em colaboração com Lucie Olbrechts-Tyteca), a “Lógica jurídica: nova retórica” (1976) e as “Retóricas” (publicada postumamente, em 1989).

Tendo em mente a lógica formal, podemos entender o programa da nova retórica mediante uma comparação:

a) A lógica silogística constrói argumentos rigorosos, em que há inferência (conclusão necessária). Por seu lado, a retórica constrói **argumentos prováveis**, mas não necessários. Ela é flexível porque os argumentos retóricos são adequados a conteúdos em que não pode se estabelecer uma certeza matemática, como é o caso da Ética e do Direito;

b) A lógica silogística pretende demonstrar. Se o silogismo tem premissas certas e foi construído corretamente (forma válida), ele demonstra infalivelmente, sem possibilidade de erro. A retórica não trabalha assim: ela quer **persuadir**, estabelecer uma certeza moral mas não uma certeza absoluta, irretorquível;

c) A lógica silogística estabelece suas demonstrações a partir de premissas consideradas verdadeiras. Na retórica, as premissas são apenas **razoáveis**, aceitáveis, admitidas em comum pelas pessoas que estão participando da argumentação;

Em síntese: a **nova retórica parte do provável** (não daquilo que se considera evidente e indiscutível), constrói argumentos dotados de razoabilidade (mas não da inferência rígida da lógica formal) e procura conclusões também razoáveis, capazes de convencer o destinatário do argumento (mas não conclusões que se imponham como categóricas ou dotadas de verdade absoluta).

A proposta de Perelman é atraente nesse ponto, pois parece descrever o que os operadores do Direito fazem no seu dia a dia: eles argumentam com a finalidade de atingir a adesão do espírito do destinatário do argumento, mas todo argumento jurídico pode ser alvo de objeções ou de contraditas – que para serem bem-sucedidas também precisam seguir a técnica da boa retórica.

A retórica já havia sido, na Antiguidade, objeto de estudos importantes, tanto pelos gregos, sobretudo Aristóteles, quanto pelos romanos Cícero e Quintiliano. Conhecemos apenas a parte da obra de Aristóteles que sobreviveu e que, segundo os críticos, era dirigida ao público interno de sua escola. De um lado, Aristóteles desenvolveu nos “Analíticos” a base da lógica clássica e, de outro, desenvolveu outras formas de raciocinar nos “Tópicos e Refutações Sofísticas” e na obra intitulada, justamente, “Da Arte Retórica”. O filósofo grego preocupou-se, portanto, com diversas maneiras de se empregar a razão (*logos*) e não as reduziu a uma só.

Voltando a Perelman, ele admite que os lógicos de seu tempo pretenderam refinar o pensamento jurídico aplicando a lógica formal ao Direito,

em especial Klug (autor da importante “Juristische Logik”) e Kalinowski, lógico polonês radicado na França e autor de uma “Logique Juridique”. Perelman mostra sua estranheza diante dessas tentativas, ironizando: se cabe falar de uma lógica jurídica sem reconhecer as suas necessidades peculiares, por que não falar em uma lógica zoológica ou bioquímica? Por que mencionar uma lógica jurídica, sem destacar o que ela teria de especificamente jurídico? Exemplos de que a lógica jurídica tem necessidades muito próprias seriam os argumentos **a simili** (analogia ou semelhança entre duas situações), **a contrario** (se uma dada situação é oposta a outra, a regra aplicável também deve ser diferente) e **a fortiori** (por exemplo: se a conduta “x”, menos grave, é proibida, a conduta “y”, mais grave, é proibida com maior força de razão). Argumentos, esses, aplicados há milênios – sem exagero: são aplicados mesmo há milênios pelos juristas.

Mostrando bem a diferença entre a lógica matemática e a retórica jurídica, Perelman comenta que os argumentos *a simili*, *a contrario* etc não podem ser reduzidos a estruturas de pensamento puramente formais, porque, se o fossem, levariam a conclusões universalmente aceitas, que se imporiam sem possibilidade de discussão. Ora, não é isso que se verifica no dia a dia. Dando um exemplo banal, imagine-se uma norma que impusesse aos padeiros de certa comunidade certos padrões de higiene na fabricação de pães. Então surge o caso duvidoso: será que os mesmos padrões devem ser impostos aos fabricantes de massas? Pelo argumento *a simili* (semelhanças no processo de fabricação e nos objetivos), chegaríamos a conclusão que sim; enquanto que pelo argumento *a contrario* (a norma foi elaborada para os fabricantes de pães, o que exclui os outros), chegaríamos à conclusão diametralmente oposta. Sabemos que essas situações repetem-se todos os dias, fazendo com que os tribunais e doutrinadores dividam-se em correntes opostas de pensamento a propósito da questão julgada ou analisada. O próprio Perelman dá o seguinte exemplo: imagine-se uma norma que impusesse serviço militar aos que completassem certa idade, sem outras especificações. As jovens do sexo feminino estariam sob o império dessa norma ou não? Pode-se construir argumentos em um sentido ou em outro, sem que sejam redutíveis a construções puramente formais, porque será necessário considerar a ocasião em que norma foi elaborada; a intenção do legislador; o contexto; as finalidades etc.

O campo de aplicação da retórica, que é mais facilmente adequável ao Direito, não concorre com a lógica formal, porque nesta última a veracidade das premissas transmite-se por dedução à conclusão; ninguém pode, a não ser por insanidade ou por má-fé, discutir a conclusão. Ela é garantida pela forma correta do argumento e pela verdade das premissas. Na lógica jurídica (a retórica), as próprias premissas podem ser discutidas, o que leva a necessidade de se retroagir até premissas anteriores e finalmente aos princípios jurídicos. O argumento fornece razões, motivos, evidências, mas ele não constrange à aceitação: só tenta convencer. Como o Direito é uma técnica de conciliação de valores, muitas vezes incompatíveis, emprega um tipo de argumentação que quer apenas gerar consenso (consenso temporário, sempre sujeito a revisão), pelo menos das instâncias judiciárias superiores. Consenso, repita-se, sempre provisório, sempre discutível à luz de novos argumentos também elaborados retoricamente.

No entanto, para entender-se onde Perelman quer chegar, deve-se ter em conta que ele não era um relativista. Sua pretensão é a de atingir a verdade. Ele não era um cético da razão. Sua confiança na razão é que o levou a desenvolver – revivendo Aristóteles, mas indo além dele – uma lógica que fosse adaptada à discussão de valores. Portanto, Perelman não nega que se possa tratar racionalmente de juízos de valor; ele apenas pretende que isso exige um método apropriado, que não é o da lógica matemática. O contexto histórico em que faz essa tentativa é parecido com o nosso: as ideologias mais fortes e radicais experimentaram um consumado fracasso. Deram lugar a regimes totalitários, que desprezavam a noção de direitos humanos. Todas as certezas que emanavam de tais ideologias deram lugar a dúvidas e à descrença, pelos resultados horrendos que tiveram para a história da humanidade. Então Perelman propõe-se a discutir como podemos debater racionalmente, por meio de uma metodologia plural, adequada, sobre os valores necessários à nossa convivência? Outra confusão que se deve evitar: Perelman não nega utilidade à lógica silogística, nem ao raciocínio indutivo. Ao contrário, ele expande as possibilidades da razão resgatando a concepção mais ampla dos *logoi*, isto é,

das diversas formas de racionalidade. Por fim, a Nova Retórica tem a ambição de ir além dos isolamentos ideológicos e permitir uma discussão pluralista.⁹

Vamos apresentar esquematicamente os conceitos da teoria de Perelman:

a) Argumentar: é ganhar a adesão de um auditório ou audiência; dar razões para convencê-lo; na definição de Perelman e Lucie Olbrechts-Tyteca: “o estudo das técnicas discursivas permitindo provocar ou aumentar a adesão das mentes às teses que se apresentam ao seu assentimento”.¹⁰ Não se pense que se trata de persuadir a qualquer custo, pois a retórica é tomada com ética – a persuasão do auditório é obtida com o fornecimento de razões que o convençam;

b) Retórica: é o estudo do discurso preocupado com essas razões; não se trata de preocupação com a beleza ou com os ornamentos do discurso, mas com a sua capacidade de convencer racionalmente;

c) Argumentação versus Demonstração: a primeira, como vimos, busca convencer, não pela força nem desonestamente, mas dando razões persuasivas. Não é o mesmo que demonstrar (que é o que faz a lógica silogística; apresenta provas decisivas e não discutíveis).

d) Impessoalidade da demonstração: ela não depende do auditório (a pessoa ou conjunto de pessoas a que ela se dirige);

e) Pessoalidade da argumentação: ela depende estreitamente do auditório, porque as técnicas de persuasão estão ligadas a quem o orador (o emitente da argumentação) se dirige. Sobre esse ponto, convém notar que o auditório pode compor-se de todas as pessoas dotadas de razão: **auditório universal**. O auditório do Juiz, por exemplo, inicia com as partes do processo, os profissionais do Foro e estende-se a toda a sociedade. Então o Juiz deve preocupar-se em produzir uma decisão que seja aceitável para todos os membros de seu auditório: essa decisão não pode ser admissível apenas para as partes e não ser tecnicamente bem fundamentada; por outro lado não pode ter apenas fundamentação legal e ser irrazoável para as partes; deve ser aceitável para a opinião pública, sem descuidar das outras duas condições (razoabilidade para as partes e para os profissionais do Direito). Dizendo sucintamente, a decisão, além de socialmente aceitável, há de vir acompanhada de fundamentação juridicamente sólida. Esse foi apenas um exemplo para mostrar um ponto fundamental: a argumentação desenvolve-se sempre em função do auditório;

⁹Vide MANELI, Mięczyslaw. **A nova retórica de Perelman:** filosofia e metodologia para o século XXI. Barueri: Manoel, 2004.

¹⁰ PERELMAN, C. & OLBRECHTS-TYTECA, L. **Tratado de argumentação: a nova retórica**. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 04; No mesmo sentido: PERELMAN, Chaim. **Lógica Jurídica**. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 141.

f) Evidência da demonstração: a evidência é o resultado da demonstração, que se impõe necessariamente. Uma demonstração propriamente lógica não admite outra reação que não a rendição à evidência. Por seu lado, a argumentação retórica procura o **assentimento**, cuja intensidade pode variar. O auditório pode ficar mais firmemente convencido ou menos;

g) Validade da demonstração: obtém-se, como vimos, pela utilização das regras de inferência (regras do silogismo lógico). A argumentação não: ela não é válida ou inválida. Pode ser mais ou menos **eficaz**, ou seja, provocar o assentimento do auditório em graus variáveis;

h) Racionalidade da demonstração: é universal e indubitável. É nesse sentido que ela é racional: satisfaz as exigências da razão demonstrativa, matemática;

i) Razoabilidade da argumentação: é circunstancial e está no meio caminho entre o racional e o irracional; é mais do que este, menos do que aquele. O razoável não leva a um método unívoco e preciso, nem a uma solução única para cada caso, mas delimita a atividade do aplicador do Direito negativamente: impede-o de adotar soluções desarrazoadas, inaceitáveis ou arbitrárias. Para Perelman, é muito mais importante que uma decisão judicial seja socialmente aceitável do que a tentativa de encobrir o raciocínio sob uma aparência de demonstração geométrica;

j) Pontos de partida da demonstração: são **axiomas** considerados indiscutíveis (cuja verdade é tomada como evidente ou já demonstrada);

k) Pontos de partida da argumentação: são “lugares-comuns” ou “*topoi*”, ou seja, pontos de vista que são inicialmente compartilhados com o auditório.

O exame desses conceitos deixa entrever que Perelman não se satisfaz com as teorias extremistas do **legalismo** e do **decisionismo**. A primeira visão, ideologicamente vinculada à Revolução Francesa, reduz o papel do juiz à *boca que reproduz as palavras da lei*. Sua função criadora do Direito seria, nesse contexto, nenhuma. É claro que uma posição tão radical geraria uma reação e ela veio na forma das escolas decisionistas do final do século XIX, que pregavam o diametralmente oposto: o juiz deve aplicar o Direito livremente, inclusive contra a lei quando necessário. Conforme a posição mais moderada de Perelman, o trabalho do juiz vai além da lei, mas não é arbitrário, porque ele tem de motivar suas decisões, convencendo o seu auditório de que ela é justa ou ao menos de que não foi tomada irracionalmente. O próprio Kelsen é criticado por oscilar entre uma posição e outra: Kelsen quer que as decisões sejam fundamentadas em normas válidas, mas chega a um ponto em que percebe que a dedução mecânica de uma norma de outra é impossível. A partir desse ponto, a decisão

seria um simples ato de vontade do julgador. Perelman entende que uma coisa não exclui a outra: a decisão deve fundamentar-se na lei, mas o juiz deve simultaneamente mostrar que ela é justificável ou razoável aos olhos do seu auditório, a sociedade.¹¹ De modo que ela não é demonstração geométrica, mas também não reflete uma escolha puramente subjetiva do juiz.

CONCLUSÃO

Recordemos, a título conclusivo e, comparativamente, os autores que repassamos e suas contribuições para a hermenêutica jurídica – mas agora de modo sintético.

Viehweg louvou-se em filósofos como Aristóteles e Vico para revalorizar a noção de Tópica: o raciocínio baseado em lugares-comuns, entendidos estes como as premissas consideradas aceitáveis por um grupo ou por uma comunidade. Esse é o ponto de partida do raciocínio jurídico, acrescentando-se que seu modo próprio é o método do caso concreto. Além disso, o raciocínio do jurista é aporético, ou seja, não se dirige a conclusões únicas.

Siches contribuiu com a ideia de que a lógica tradicional não se aplica à ação humana (tratada pela norma jurídica). E isso porque tanto a ação humana quanto a norma são dotadas de sentido ou finalidade, o que não é levado em conta pela lógica formal. Não há problema em valer-se da lógica (no sentido tradicional) quando se empregam conceitos abstratos (no campo da alta teoria jurídica), mas ela de nada ajuda na solução de casos concretos, em face dos quais é necessário que o juiz emita uma norma individual. A decisão deve tomar em conta a eficiência dos meios e a adequação meio/fim. Quanto aos métodos

¹¹ Cf. ALVES, Marco Antônio Sousa. **A nova retórica de Chaïm Perelman**: considerações sobre a racionalidade, a tensão decisionismo/legalismo, e o Estado Democrático de Direito. Trabalho apresentado no *Seminário Teoria da Argumentação e Nova Retórica*, PUC-MG, Belo Horizonte, 2009. Disponível em: <http://ufmg.academia.edu/MarcoAntonioSousaAlves/Papers/898214/A_nova_retorica_de_Chaim_Perelman_Consideracoes_sobre_a_racionalidade_a_tensao_decisionismo_legalismo_e_o_Estado_Democratico_de_Direito>. Acesso em: 31.07.2015.

clássicos de interpretação do Direito (gramatical, sistemático etc.), Siches aponta que não há hierarquia ou preferência entre eles e que poderiam até mesmo ser unificados.

Perelman indica que a lógica jurídica parte de premissas apenas razoáveis e não necessárias. Também parte de *topoi*, premissas aceitáveis para sociedade e não tem a finalidade de demonstrar, mas apenas a de persuadir, chegando a conclusões aceitáveis para um determinado auditório (as partes e a opinião pública). A retórica jurídica é o estudo sistemático desse raciocínio persuasivo, lastreado no razoável.

Conclui-se que os três autores estudados têm muito em comum, devendo-se aproveitar, no ensino, na pesquisa e na aplicação do Direito, os frutos mais proveitosos desse núcleo compartilhado: (a) a argumentação jurídica não parte de axiomas irrecusáveis, mas de tópicos aceitáveis para a sociedade; (b) as características do caso em exame são determinantes e deve-se tomar cuidado com o exagero na abstração dos conceitos, que sempre devem retornar ao real e ao concreto; (c) o raciocínio jurídico pode levar a conclusões plúrimas, todas admissíveis (a escolha de uma delas é um ato de autoridade, justificado por razões de ordem prática); (d) não há hierarquia entre os “métodos” de interpretação do Direito, nem razões para preferir um a outro; (e) o raciocínio ou argumentação jurídicos não chegam a conclusões necessárias, precisamente porque partem do que é apenas razoável, de modo que ditas conclusões são tão-somente persuasivas. E isso é o que basta ao Direito.

REFERÊNCIAS

ALVES, Marco Antônio Sousa. **A nova retórica de Chaïm Perelman:** considerações sobre a racionalidade, a tensão decisionismo/legalismo, e o Estado Democrático de Direito. Trabalho apresentado no Seminário Teoria da Argumentação e Nova Retórica, PUC-MG, Belo Horizonte, 2009. Disponível em:
<http://ufmg.academia.edu/MarcoAntonioSousaAlves/Papers/898214/A_nova_retorica_de_Chaim_Perelman_Consideracoes_sobre_a_racionalidade_a_tensao_decisionismo_legalismo_e_o_Estado_Democratico_de_Direito>. Acesso em: 31.07.2015.

ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**: teorias da argumentação jurídica
Tradução: Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy, 2003.

CANARIS, Karl Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1996.

MANELI, Mieczyslaw. **A nova retórica de Perelman**: filosofia e metodologia para o século XXI. Barueri: Manoel, 2004.

PERELMAN, Chaim. **Lógica Jurídica**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

PERELMAN, C. & OLBRECHTS-TYTECA, L. **Tratado de argumentação**: a nova retórica. 2. ed. Tradução Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

SCHOPENHAUER, Arthur. **Como vencer um debate sem precisar ter razão**. Rio: Topbooks, 1999.

VIEHWEG, Theodor. **Tópica e jurisprudência: uma contribuição à investigação dos fundamentos jurídicos-científicos**. Porto Alegre: Sergio Fabris, 2008.