

REVISTA de INFORMAÇÃO LEGISLATIVA

Brasília • ano 43 • nº 172

Outubro/dezembro – 2006

SUBSECRETARIA DE EDIÇÕES TÉCNICAS DO SENADO FEDERAL

Retórica

Uma metodologia para o Direito?

Dario Alberto de Andrade Filho

Sumário

1. Introdução. 2. Vínculos entre Direito e Retórica. 3. A natureza do Direito. 4. Um método para o Direito. 5. Conclusão.

1. Introdução

Relegada a um segundo plano durante aproximadamente trezentos anos e principalmente a partir do início do século XX, a Retórica foi retomada como assunto sério somente após a Segunda Guerra Mundial. No caso específico do Direito – a Retórica ou aquela corrente mais conhecida como Nova Retórica –, as principais pesquisas foram levadas a cabo pelo polonês naturalizado belga Chaim Perelman. Os trabalhos desse autor foram uma reação contra o Positivismo Jurídico cuja tradição, sob várias formas, remonta, principalmente, ao Código Civil Napoleônico de 1804.

2. Vínculos entre Direito e Retórica

As origens da Retórica remontam às cidades-estado gregas e, em especial, àqueles que foram chamados de sofistas. Apesar da má fama que acabaram por receber por parte de Platão e da posteridade, eram figuras essenciais em uma sociedade que orbitava em torno do debate democrático.

Aristóteles, por exemplo, já percebera que, para as questões que envolviam controvérsias – isto é, discussões que envolvi-

Dario Alberto de Andrade Filho é Consultor Legislativo do Senado Federal. Bacharel em Direito (AEUDF) e Licenciado em História (UNESP).

am valores –, não seria aplicável a lógica formal. Para esses casos, seria utilizável a chamada lógica dialética ou retórica.

O Direito trata, sobretudo, de questões em que valores morais, éticos e legais estão envolvidos. A Retórica pois, seria, em princípio, a metodologia mais adequada ao Direito, afinal de contas, esse campo do conhecimento essencialmente trata de contravérsias sobre valores. O trabalho do advogado é, em grande parte, pontuado pelo objetivo de justificar as suas teses e enfraquecer as idéias da outra parte.

Ademais, há particularidades que diferenciam o Direito tanto das ciências naturais quanto das demais ciências humanas.

O ponto principal que diferencia o Direito das ciências humanas é a Decisão. Uma questão sociológica ou histórica, por exemplo, é continuamente discutida e muitos são os casos em que não se encontra uma solução definitiva. É claro que essas discussões são continuamente aprimoradas e se tornam mais sofisticadas. Mas não existe um momento em que uma discussão possa ser dada como encerrada.

O Direito, porém, exige uma Decisão, uma solução para um determinado caso concreto. Dessa forma, precisa alcançar uma solução definitiva para uma demanda. A seguir examinar-se-á, com mais cuidado, a especificidade do Direito como ciência e por que demanda uma metodologia própria. Além disso, será feito um breve histórico das duas correntes positivistas mais expressivas: a Escola da Exegese – século XIX – e o pensamento de Hans Kelsen – século XX. Para o Direito, por fim, conclui-se que a Retórica se mostra como a metodologia mais aplicável.

3. A natureza do Direito

Não é exagero dizer que existe uma percepção clara das particularidades do Direito como ciência. Maria Helena Diniz (1996, p. 1), por exemplo, aventurou-se pelo tema em seu *A Ciência Jurídica*. Nessa obra, ela afirma que

“sobre essa questão [o caráter científico do Direito] encontramos todas as respostas possíveis e imagináveis. Tal ocorre porque, como bem evidencia a lição de Tércio Sampaio Ferraz Jr., o vocábulo ‘ciência’ não é unívoco. Apesar de com ele se designar um tipo específico de conhecimento, não há um critério único que determine sua extensão, natureza e caracteres, devido ao fato de que os vários critérios têm fundamentos filosóficos que extravasam a prática científica. Além disso, as modernas disputas sobre tal termo estão intimamente ligadas à metodologia”.

Diniz (1996, p. 3) aponta, ainda, que a origem da dificuldade reside em

“... encontrar uma definição única, concisa e universal que abranja as inúmeras manifestações em que se pode apresentar o direito e que, assinalando as essências que fazem dele uma realidade diversa das demais, purifique-o de notas contingentes, que velam sua verdadeira natureza”.

Daí, a conclusão da autora é que

“Não há entre os autores um consenso sobre o conceito de direito. Impossível foi que se pusessem de acordo sobre uma fórmula única. Realmente o direito tem escapado aos marcos de qualquer definição universal, dada a variedade de elementos e de particularidades que apresenta; não é fácil discernir o mínimo necessário de notas sobre as quais se deve fundar seu conceito” (DINIZ, 1996, p. 4).

Não importam aqui as demais análises da obra de Maria Helena Diniz (1996). Para este trabalho, o importante é averiguar que, na obra citada – *A Ciência Jurídica* –, podemos encontrar uma síntese das dificuldades encontradas pelo estudioso do Direito. Se de um lado não existem maiores dificuldades em verificar as particulares do Direito, por outro há enormes dificuldades em

compreender, afinal de contas, quais são as “regras” do Direito.

Uma primeira observação a se fazer é a diferenciação entre ciências naturais e ciências humanas. Vale aqui o que diz Luis Antonio Nunes (1996, p. 14):

“Nas ciências humanas, busca-se igualmente explicação para os fatos e suas ligações. Contudo, nelas aparece o homem com suas ações como objeto de investigação. As ações dos homens e suas intrincadas relações interpessoais, que trazem resultados imprevisíveis, obrigam à introdução do ato de compreender junto ao de explicar. É necessário, nas ciências humanas, captar o sentido dos fenômenos humanos; é preciso compreendê-lo, portanto, numa acepção valorativa”.

Apesar de muitas particularidades das ciências humanas serem as mesmas do Direito, este trabalho parte do princípio de que, em razão de suas peculiaridades, o Direito tem métodos diferentes tanto das chamadas ciências naturais, quanto das demais ciências humanas.

Norberto Bobbio (2001, p. 25) observa, por exemplo, que

“há, indubitavelmente, um ponto de vista normativo no estudo e na compreensão da história humana: é o ponto de vista segundo o qual as civilizações são caracterizadas pelos ordenamentos de regras nas quais as ações dos homens que as criaram estão contidas. A história se apresenta então como um complexo de ordenamentos normativos que se sucedem, se sobrepõem, se integram. Estudar uma civilização do ponto de vista normativo significa, afinal, perguntar-se quais ações foram, naquela determinada sociedade, proibidas, quais ordenadas, quais permitidas; significa, em outras palavras, descobrir a direção ou as direções fundamentais em que se conduzia a vida de cada indivíduo”.

Daquilo que Bobbio (2001) afirma, o importante é observar que o Direito cumpre uma função social de normatizar as relações humanas. O Direito é, portanto, um conjunto de técnicas desenvolvidas pelo Homem e postas a serviço da sociedade para possibilitar a resolução de conflitos entre os seus membros.

Resolver conflitos, eis a chave para o entendimento do Direito. Pode-se dizer mais: o objetivo do Direito é obter uma “Decisão”. O Direito, se não oferece uma decisão para um caso, deixa de cumprir a sua função social. Da mesma forma, os Tribunais que postergam indefinidamente uma decisão agem da mesma forma como se não oferecessem uma.

Direito que demora não é Direito. Isso, é claro, não é pouco. As sociedades só se permitem existir, de alguma forma, se as normas para a convivência social forem conhecidas e aceitas.

Podemos, assim, concordar com Chaim Perelman (1998, p. 13) quando ele observa que

“a conclusão que, desde já, tiramos deste desenvolvimento é que, seja qual for a técnica de raciocínio utilizada em direito, este não pode desinteressar-se da reação das consciências diante da iniquidade do resultado ao qual tal raciocínio conduziria. Pelo contrário, o esforço dos juristas, em todos os níveis e em toda a história do direito, procurou conciliar as técnicas do raciocínio jurídico com a justiça ou, ao menos, a aceitabilidade social da decisão”.

As decisões jurídicas, portanto, não existem desligadas da realidade que as cercam. Se um juiz decide A ou B, ele considera, em sua sentença, as implicações sociais que essa decisão terá. Dessa forma, as “regras” do Direito são diferentes das “regras” jogadas por outras ciências.

A pergunta, então, é: quais seriam essas regras? Qual seria o método do Direito? Uma possível chave para essa discussão parece

encontrar-se nos trabalhos de Chaim Perelman. Esse autor, em obras como *Lógica Jurídica*, retoma uma tradição intelectual que remonta a Aristóteles.

Perelman observa que Aristóteles afirmou, em especial na obra *Organon*, que existem dois tipos de raciocínios ou, melhor dizendo, cada tipo de ciência – em razão de sua natureza – carece de um dos dois tipos de raciocínios existentes. O primeiro tipo, chamado de analítico, são “... aqueles que, partindo de premissas necessárias, ou pelo menos indiscutivelmente verdadeiras, redundam, graças a inferências válidas, em conclusões igualmente necessárias ou válidas” (PERELMAN, 1998, p. 1). O Direito, todavia, utiliza-se do segundo tipo de raciocínio, aquele que Aristóteles chama de dialético. Novamente, recorremos a Perelman, que define esse tipo de raciocínio como aquele que “[diz] respeito aos meios de persuadir e de convencer pelo discurso, de criticar as teses do adversário, de defender e justificar as suas próprias, valendo-se de argumentos mais ou menos fortes”. (PERELMAN, 1998, p. 2).

Como dito acima, o Direito se diferencia das ciências em geral. Antes que se avance, no entanto, deve-se observar em que o Direito se diferencia das demais ciências humanas. Se o Direito e essas ciências estão submetidos ao método dialético, existe uma diferença fundamental. Enquanto nas Ciências Humanas é impossível se alcançar uma solução definitiva, apenas soluções provisórias, o Direito precisa, para ser legítimo perante os olhos da sociedade, oferecer soluções definitivas para um conflito social. Essa solução definitiva é aquilo que anteriormente qualificamos como decisão.

Evidentemente, se o Direito se legitima com a decisão, essa precisa-se legitimar de alguma forma perante a sociedade. Essa legitimação da decisão se dá quando ela é aceita como correta, justa, inquestionável e emitida por uma autoridade reconhecida como tal.

Aí se coloca, certamente, a questão da justiça. O que faz um juiz quando é posto

diante de um caso em que o resultado da sentença possa ser a iniquidade? Perelman (1998, p. 83) responde a essa questão ao afirmar que

“... quando a situação jurídica torna-se insuportável, e a reforma por via legislativa afigura-se muito difícil, se não impossível, acontece-lhe, para remediá-la, recorrer a mecanismos especificamente jurídicos, tais como o recurso às presunções jurisprudenciais irrefragáveis e até, em casos extremos, à ficção”.

Assim, mais uma vez, podemos ver que a lógica formal ou analítica é inaplicável ao Direito. Não é verdadeiro, como ensinam alguns livros de Introdução ao Direito, que a lei é a premissa maior; o caso concreto, a premissa menor; e conclusão é a decisão.

Como observa Perelman (1998, p. 33), durante muito tempo se imaginou que

“uma vez estabelecidos os fatos, bastava formular o silogismo jurídico, cuja maior devia ser fornecida pela regra de direito apropriada, a menor pela constatação de que as condições previstas na regra haviam sido preenchidas, sendo a decisão dada pela conclusão do silogismo”.

Um exemplo claro é o ocorrido com o art. 192 da Constituição Federal, antes de ser parcialmente revogado pela Emenda Constitucional nº 40. Se aplicada, a norma emanada do texto constitucional que limitava o percentual de juros terminaria por tornar inviável a atividade econômica nacional.

Qual a solução encontrada? O Supremo Tribunal Federal decidiu em 1989, liminarmente, e no mérito, em 1991, que a eficácia do parágrafo 3º do art. 192 estaria a depender da edição de norma regulamentadora.

A Decisão do Supremo Tribunal Federal foi não propriamente uma decisão técnica – isto é, puramente baseada no Direito ou no texto legal – mas uma decisão socialmente aceitável. Uma decisão técnica, puramente voltada ao texto constitucional, seria a de aplicar de imediato a norma constitucional.

Portalis (apud PERELMAN, 1998, p. 24), o jurista francês do século XIX, em seus comentários ao Código Napoleônico, dizia que

“é impossível para o legislador prever tudo... Um sem-número de coisas são... necessariamente deixadas ao império do uso, à discussão dos homens instruídos, à arbitragem dos juizes... na falta de texto preciso sobre cada matéria, um uso constante e bem estabelecido, uma seqüência ininterrupta de decisões semelhantes, uma opinião ou uma máxima acatada têm força de lei...”.

O que esse exemplo significa? Significa que o puro silogismo não é aplicável ao Direito. Para que o silogismo judiciário fosse possível, seria necessário, nas palavras de Perelman (1998, p. 33), que

“...o sistema de direito deveria ter todas as propriedades exigidas de um sistema formal, a um só tempo completo e coerente: seria necessário que, para cada situação dependente da competência do juiz, houvesse uma regra de direito aplicável, que não houvesse mais que uma, e que esta regra fosse isenta de toda ambigüidade”.

4. *Um método para o Direito*

O direito, para ser aplicado, carece, pois, de outros métodos, como será visto. Antes, porém, de seguirmos adiante, faremos um breve histórico das escolas que buscaram métodos próprios e adequados para o Direito.

A mais antiga escola do Direito é a Jusnaturalista, cujas raízes podem ser buscadas na antiguidade. De acordo com Nunes (1996, p. 38),

“pode-se dizer, em linhas gerais, que essa escola é fundada no pressuposto de que existe uma lei natural, eterna e imutável; ou, ainda, da natureza social do ser humano (...) é através da ra-

ção que, voltando-se para si mesma, investiga, para descobrir na própria consciência, os princípios e as leis universais”.

Como reação ao Jusnaturalismo, há duas escolas jurídicas. A primeira é a Escola Histórica e a segunda é a Escola da Exegese. A primeira delas não nos interessa no presente trabalho. A segunda, todavia, sob diversas formas, tem sido a principal escola jurídica ao longo dos últimos 200 anos.

A Escola da Exegese surge com a promulgação do Código Civil Napoleônico em 1804. Esse Código teve grande significância histórica ao unificar o Direito Civil Francês. A partir de sua existência, a fonte principal para os juristas tornou-se a lei, ou, melhor dizendo, a intenção dos doutrinadores dessa escola era reduzir o Direito exclusivamente à lei. Além disso, considerava que a lei seria um todo completo em que todas situações fáticas estariam previstas. Dessa maneira, o juiz não se poderia deixar de emitir uma sentença, como dispunha o art. 4º do Código, a saber: “O juiz que se recusar a julgar sob pretexto de silêncio, obscuridade ou insuficiência da lei, poderá ser punido como culpado por denegação da justiça”.

Fora isso, o início do século XIX é o momento em que as ciências naturais se legitimam como forma de conhecimento. De acordo com Hespanha (1998, p. 174),

“a evolução das ciências naturais e a sua elevação a modelo epistemológico lançaram a convicção de que todo o saber válido se devia basear na observação das coisas, da realidade empírica (‘posta’, ‘positiva’) (...) Este espírito atingiu o saber jurídico a partir das primeiras décadas do século XIX. Também ele, se quisesse merecer a dignidade de ciência, devia partir de coisas positivas e não de argumentos de autoridade (teológica ou doutoral) ou de especulações abstractas”.

De acordo com Nunes (1996, p. 40), “a função judicial teria, assim, uma concepção

mecânica, como um processo lógico-dedutivo de subsunção do fato concreto à determinação abstrata da lei”.

Para o surgimento da Escola da Exegese, além da influência reinante das ciências naturais, contribuiu, também, a Revolução Francesa. Essa, ao basear a sua criação legislativa na vontade do povo, tornava a lei imutável e que apenas poderia ser alterada mediante a vontade do povo. Nesse contexto, seria inimaginável e indesejável a possibilidade de criação por parte do Juiz. Assim, o Código Napoleônico, apesar de promulgado no Império, poderia ser compreendido claramente como uma continuação daquilo que fora realizado pela Revolução Francesa e, portanto, seria intocável. Hespanha (1998, p. 177) verifica que esses dois fatores, a influência das ciências naturais e a Revolução Francesa, “contribuíram para ... dar o ar de monumentos legislativos definitivos, cientificamente fundados e democraticamente legitimados. Perante eles, não podiam valer quaisquer outras fontes de direito”.

A idéia de vincular o Direito à lei não era, evidentemente, nova. Montesquieu (1987, p. 176), por exemplo, defendia a tese de que os juízes deveriam ser “a boca que pronuncia as palavras da lei; seres inanimados que não lhe podem moderar nem a força, nem o rigor”.

A Escola da Exegese, portanto, imaginava que seria possível reduzir todo o Direito à lei, criando um sistema jurídico fechado e, importante, sem lacunas e capaz de resolver todos os problemas que lhe fossem apresentados.

A Escola da Exegese é caracterizada por uma preocupação em tornar científico o Direito. Como observa Perelman (1998, p. 69) a propósito da Escola da Exegese, “...sob a influência do racionalismo moderno, o direito foi assimilado a um sistema dedutivo, nos moldes dos sistemas axiomáticos da geometria ou da aritmética”.

Para a aplicação do método da Exegese ao Direito, é essencial que o sistema seja “fe-

chado”, isto é, seja possível encontrar soluções dentro do sistema para todo problema que surja. De acordo com Perelman (1988, p. 69), “se existirem obstáculos a essa assimilação do direito a um sistema dedutivo, a saber, o silêncio, a obscuridade e a insuficiência da lei, a missão da doutrina será remediá-los apresentando soluções ‘científicas’ às dificuldades”.

Perelman (1998), é bom dizer, estabelece uma periodização da Escola da Exegese. Por essa classificação, a Escola entrou em declínio a partir de 1900. Obviamente, essa periodização é arbitrária. A influência dessa Escola sobre os doutrinadores atuais do Direito ainda é grande. Muitos de seus conceitos, alterados ou repensados, continuam a ser utilizados.

A estrita vinculação do Direito à lei continua, na primeira metade do século XX, com Hans Kelsen. Perelman(1998, p. 91) afirma a respeito dele que

“o positivismo de Hans Kelsen e de sua escola apresenta o direito como um sistema hierarquizado de normas, que difere de um sistema puramente formal pelo fato de a norma inferior não ser deduzida da norma superior mediante transformações puramente formais, como na lógica ou nas matemáticas, mas mediante a determinação das condições segundo as quais poderá ser autorizada a criação de normas inferiores, dependendo a eficácia do sistema da adesão pressuposta a uma norma fundamental, a *Grundnorm*, que será a Constituição original”.

A ambição da teoria Kelseniana era retirar do Direito toda valoração. Assim, eliminar-se-iam quaisquer referências à ética, à moral, à política ou à ideologia, por exemplo. O Direito, de acordo com essa concepção, concentraria seus esforços em averiguar a validade ou não de uma norma jurídica. A concepção de Kelsen reinou inabalável até o fim da Segunda Guerra Mundial. Uma das objeções mais fortes ao pensamento de

Kelsen é que a Alemanha Nazista foi o exemplo de que o Direito não se confunde com a Lei. “O direito é a expressão não só da vontade do legislador, mas dos valores que este tem por missão promover, dentre os quais figura em primeiro plano a justiça” (PERELMAN, 1998, p. 95).

Kelsen foi, porém, uma das fortes tentativas de purificação do Direito. O objetivo do autor austríaco era depurar o Direito de quaisquer influências políticas, ideológicas, morais ou sociais. De acordo com Kelsen, caberia ao jurista tão-somente produzir um discurso jurídico que não se deixasse contaminar por influências extrajurídicas.

Kelsen considerou o Direito como um sistema especial de normas, cujo fundamento não estaria em outros sistemas normativos como, por exemplo, a moral ou a religião. Assim, uma norma jurídica não estaria em vigor por ser moralmente aceitável ou por ser legitimada pela religião, mas simplesmente porque era uma norma jurídica de acordo com o Direito já posto. Assim, uma norma jurídica nova legitimar-se-ia em razão de uma norma superior – a Constituição. Essa, por sua vez, legitimar-se-ia em virtude de uma norma hipotética fundamental que legitima a Constituição. Como anota Hespanha (1998, p. 195), “uma norma destas é auto-referencial, ou seja, aplica-se a si mesma; e, com isso, legitima-se a si própria e a todas as outras”.

Evidentemente o positivismo jurídico não se manteve o mesmo ao longo de duzentos anos. O importante é ressaltar, como o faz Hespanha (1998, p. 175), que

“todas estas formas de positivismo têm em comum a recusa de quaisquer formas de subjectivismo ou de moralismo. O saber jurídico deve cultivar métodos objectivos e verificáveis, do gênero dos cultivados pelas ciências ‘duras’, deles devendo ser excluídas todas as considerações valorativas (políticas, morais). Estes juízos de valor em matéria jurídica teriam, de-

certo, o seu lugar. Mas esse não era o da ciência jurídica, mas sim o da filosofia do direito ou da política do direito”.

Perelman (1998, p. 91) conclui que as concepções modernas de Direito, isto é, aquelas que foram criadas após a Segunda Guerra Mundial, são, essencialmente, tentativas de reagir contra o positivismo jurídico, tanto aquela concepção que ainda remete à Escola da Exegese, quanto a sua versão mais sofisticada, a de Hans Kelsen.

Perelman (1998, p. 138), quando afirma isso, refere-se à sua própria trajetória intelectual. Como ele próprio afirma,

“... após quase dois anos de trabalho, [cheguei] à conclusão inesperada de que não havia lógica específica dos juízos de valor, mas que, nas áreas examinadas, bem como em todas aquelas em que se trata de opiniões controvertidas, quando se discute e delibera, recorre-se a técnicas de argumentação. Estas têm sido analisadas desde a antiguidade por todos que se interessavam pelo discurso que visa persuadir e convencer e publicaram obras intituladas *Retóricas, Dialética e Tópicos*”.

5. Conclusão

A Retórica, portanto, é o método utilizado quando não é possível o uso de lógica formal ou de técnicas que sejam unanimemente admitidas. Os raciocínios retóricos são, pois, aqueles que visam a estabelecer um consenso sobre temas que sejam objetos de controvérsia ou ambigüidade.

O Direito é, enfim, o terreno das controvérsias e a ambigüidade é própria do processo de construção jurídica. Desse modo, o método próprio ao Direito e as suas características parece ser justamente o da Retórica. Nesse sentido, a Nova Retórica de Perelman mostra-se, portanto, como um método que merece mais atenção na aplicação cotidiana do Direito.

Referências

BOBBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica*. Bauru: EDIPRO, 2001.

DINIZ, Maria Helena. *A ciência jurídica*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

HESPANHA, António Manuel. *Panorama histórico da cultura jurídica europeia*. 2. ed. Lisboa: Europa-América, 1998.

MONTESQUIEU. *O espírito das leis*. São Paulo: Saraiva, 1987.

NUNES, Luiz Antonio. *Manual de introdução ao estudo do direito*. São Paulo: Saraiva, 1996.

PERELMAN, Chaim. *Lógica jurídica*. São Paulo: M. Fontes, 1998.