

Universidade Federal de Santa Catarina
Centro de Ciências Jurídicas
Programa de Pós-graduação em Direito

**CHAÏM PERELMAN – DA ARGUMENTAÇÃO À JUSTIÇA UM RETORNO A
ARISTÓTELES**

Carolina Machado Cyrillo da Silva

Florianópolis (SC)
Junho de 2005

Universidade Federal de Santa Catarina
Centro de Ciências Jurídicas
Programa de Pós-graduação em Direito

**CHAÏM PERELMAN – DA ARGUMENTAÇÃO À JUSTIÇA UM RETORNO A
ARISTÓTELES**

Carolina Machado Cyrillo da Silva

Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção do título de mestre em Direito pelo Curso de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, área de concentração Filosofia e Teoria do Direito.
Orientador: Profa Dra. Jeanine Nicolazzi Philippi

Florianópolis (SC)
Junho de 2005

Folha de aprovação

Para minha mãe Ana Eni Machado Millan, pelo insuperável apoio.

AGRADECIMENTOS

A realização de um curso de pós-graduação não envolve apenas aquele que o cursa, mas todos que de alguma forma participam ativamente desse momento de nossas vidas. Assim, agradeço a todos àqueles que estiveram ao meu lado neste momento.

A minha orientadora Profa. Dra. Jeanine Nicolazzi Philippi pelos momentos de reflexão em sala de aula e, principalmente, pela confiança que depositou em mim nos momentos mais difíceis dessa jornada.

Ao Prof. Dr. Alfredo Carlos Storck do programa de pós-graduação em Filosofia da UFRGS, pela aposta que fez no meu futuro acadêmico, sem a qual nenhuma pesquisa seria possível.

Aos colegas de turma do programa de pós-graduação em Direito da UFSC: Cristina Foroni, Felipe de Melo Campos Chaves, Larissa Tenfen da Silva, Patrícia Loureiro e Thaís Santi Cardoso da Silva, pelo apoio e recepção na vida nova em Florianópolis.

Aos colegas de turma do programa de pós-graduação em Filosofia da UFRGS: Ana Carolina da Costa e Fonseca, Andréa Teixeira dos Reis, Arnaldo Romano, Clarisse Goulart, Marília do Espírito Santo e Raphael Zillig, pelos momentos de estudo e de diversão.

A todos os demais colegas que passaram por esta experiência comigo e, igualmente, aos meus alunos dos cursos de Graduação em Direito da UFSC e da ULBRA/Torres.

Aos funcionários da Secretaria do CPGD e da Secretaria do Departamento de Direito da UFSC.

A todos os professores do CPGD em especial ao Prof. Dr. Rogério Silva Portanova, pelas aulas inesquecíveis.

Aos membros do *Centre de Philosophie du Droit et Fondation Perelman* da Universidade Livre de Bruxelas, por me recepcionarem e apresentarem o mundo de Chaïm Perelman.

Aos meus colegas de diretoria executiva da Escola Superior de Advocacia da OAB/RS, e aos funcionários da ESA.

Aos meus amigos Daniel Mitidiero, Hermes Zaneti Jr e Simone Tassinari Cardoso pelos momentos de discussão e crescimento acadêmico. Aos amigos Artur Porto Alegre e Valkiria Sarturi, por provarem que nos momentos difíceis eu tenho a quem recorrer.

Aos meus primos Sibelle Machado e Vitório Machado pela acolhida nos momentos mais importantes da pesquisa.

Aos meus pais Ana Eni e José Diogo por tornarem possível e financiarem meus estudos longe de casa.

RESUMO

Este trabalho tem por objetivo estabelecer a relação entre argumentação e justiça no pensamento de Chaïm Perelman. Com este fim, são apresentadas as fontes as quais se utilizou o autor para construção de sua teoria. Notadamente, como o fez Chaïm Perelman, retomar-se-á o pensamento de Aristóteles e a tradição que nele sustenta o modo de argumentar nas diferentes matérias do conhecimento humano, bem como, o vínculo entre direito e justiça. Os raciocínios jurídicos são, nesta perspectiva, raciocínios dialéticos, e não analíticos. A lógica jurídica utiliza provas dialéticas com o intuito de obter decisões judiciais que respondam ao ideal social de justiça e equidade. Neste aspecto, Chaïm Perelman critica a apreciação moderna de direito baseada em um dogma da cientificidade como objetividade e precisão, bem como, a forma matemática de tratar o direito. Sua análise parte da formação do Estado Moderno e o movimento das grandes codificações e culmina na apreciação da ciência do direito no modelo proposto pela *Teoria Pura do Direito* de Hans Kelsen.

Palavras-chave: argumentação jurídica, direito, justiça, dialética, Chaïm Perelman, Aristóteles.

RÉSUMÉ

Ce travail a pour but d'établir la relation entre l'argumentation et la justice dans la pensée de Chaïm Perelman. A cette fin, on présente les principales sources employées par cet auteur dans la construction de sa théorie. On reviendra notamment, comme Perelman a lui-même fait, sur la pensée d'Aristote et sur une certaine tradition qui trouve chez Aristote les différents modes d'argumentation chez les différentes disciplines scientifiques ainsi que le lien étroit entre le Droit et la justice. Les raisonnements juridiques sont compris, dans cette perspective, comme appartenant plutôt à l'ordre dialectique qu'à l'ordre analytique. La logique juridique emploie des preuves dialectiques dans le but d'obtenir des décisions judiciaires capables de répondre à l'idéal de justice et équité. Dans ce sens, Chaïm Perelman critique la compréhension moderne du Droit basée sur les dogmes de scientificité, comme l'objectivité et l'exactitude ainsi que sur la manière trop mathématique d'envisager le Droit. L'analyse faite par Perelman prend son point de départ dans la formation de l'État Moderne et dans le mouvement de codification pour se terminer dans la considération de la science du droit selon le modèle proposé par la *Théorie Pure du Droit* de Hans Kelsen.

Mots-clés : Argumentation juridique, Droit, justice, dialectique, Chaïm Perelman, Aristote.

RESUMEN

Este trabajo tiene por objeto establecer la relación entre argumentación y justicia en el pensamiento de Chaïm Perelman. Para este fin, son presentadas las fuentes de las cuales se utilizó el autor para la construcción de su teoría. Como lo ha hecho Chaïm Perelman, ha de retomarse el pensamiento de Aristóteles y la tradición que en él, sostiene la forma de argumentar en las diferentes materias del conocimiento humano, así como, el vínculo entre derecho y justicia. Os razonamientos judiciales son, en esta perspectiva, razonamientos dialécticos y no analíticos. La lógica jurídica utiliza pruebas dialécticas con el intuito de obtener decisiones judiciales que respondan al ideal social de justicia y equidad. En este aspecto, Chaïm Perelman critica la apreciación moderna del derecho basado en un dogma de la ciencia como objetividad y precisión, así como, la forma matemática de tratar el derecho. Su análisis parte de la formación del Estado Moderno y del movimiento de las grandes codificaciones y culmina en la apreciación de la ciencia del derecho en el modelo propuesto por la *Teoría Pura del Derecho* de Hans Kelsen.

Palabras-clave: argumentación jurídica, derecho, justicia, dialéctica, Chaïm Perelman, Aristóteles.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	11
CAPÍTULO I	
1 – AS FONTES CHAÏM PERELMAN – ARISTÓTELES: A DIVISÃO DAS CIÊNCIAS E A ARGUMENTAÇÃO.....	14
1.1 A divisão das ciências segundo Aristóteles.....	18
1.1.1 As ciências teóricas pela definição de Aristóteles.....	20
1.1.2 As ciências produtivas (poiéticas) para Aristóteles.....	24
1.1.3 As ciências práticas pela definição de Aristóteles.....	27
1.2 Os Raciocínios pelas definições de Aristóteles.....	30
1.2.1 A demonstração ou analítica para Aristóteles.....	33
1.2.2 A Dialética para Aristóteles.....	34
1.3 Dialética, Argumentação Jurídica e Justiça.....	39
1.3.1 A Justiça em Aristóteles	39
1.3.2 Dialética e Argumentação Jurídica	42
CAPÍTULO II	
2 - A TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO NA ROMA ANTIGA, NA IDADE MÉDIA E NA MODERNIDADE – O PONTO DE PARTIDA DA CRÍTICA DE CHAÏM PERELMAN.....	46
2.1 A Tópica de Cícero.....	47
2.2 A teoria da argumentação de Aristóteles em Tomás de Aquino	48
2.3 O nascimento da modernidade: o Direito Subjetivo e o racionalismo moderno.....	58
2.4 A Positivação dos Direitos Naturais e o Código Civil Francês	65
2.5 O Positivismo Jurídico de Hans Kelsen.....	68
CAPÍTULO III	
3 - CHAÏM PERELMAN: DA ARGUMENTAÇÃO À JUSTIÇA UM RETORNO A ARISTÓTELES.....	77
3.1 Dialética e Nova Retórica	80
3.2 Lógica Jurídica e Nova Retórica.....	86
3.3 A Regra da Justiça.....	92
3.3.1 As concepções mais correntes de justiça.....	93
3.3.2 A regra da justiça formal.....	95
3.3.3 Justiça e equidade.....	97
3.4 Dialética, Direito, Justiça e Argumentação.....	99
CONCLUSÃO.....	103
BIBLIOGRAFIA.....	109

INTRODUÇÃO

A preocupação com os modos de se alcançar o conhecimento, assim como todas as conseqüências resultantes, tanto na modernidade como nos debates contemporâneos, já podem ser sentidas com a leitura dos pensadores antigos. E antigos não apenas referindo à tradição da Grécia Antiga que deu origem ao pensamento do Ocidente, mas também no pensamento hebraico e no Oriente. Paulo Roney Ávila Fagundez¹ vai dizer que para o Taoísmo todo fenômeno da natureza possui polaridades, uma *ying* e outra *yang*, num verdadeiro desenrolar dialético. Na tradição hebraica a forma como o Talmud, comentário a Torá, é redigido e interpretado pelas escolas talmúdicas evidencia que nesta tradição o conhecimento se faz pelo diálogo e pela dialética.² Os textos talmúdicos fazem da crise e do conflito um harmonioso acordo entre questões filosóficas, religiosas e políticas.

Na antiguidade grega as posições de Heráclito e Parmênides sobre a natureza do movimento já exprimem um certo método dialético. Contudo, em seu método de elaboração de paradoxos Zenão de Eléa é o inventor da dialética. Sócrates, com o jogo de perguntas e respostas na busca da verdade, utilizava a dialética como forma instrumental para ganhar os debates. Para Platão a dialética é sinônimo de filosofia, o método mais eficaz de aproximação entre as idéias particulares e as universais.³

Contudo, foi Aristóteles quem sistematizou uma teoria da argumentação dialética, que se desenrolou com maior ou menor sucesso em toda na tradição do

¹ FAGÚNDEZ, Paulo Roney Ávila. *Racionalidade e intuição: Ocidente, Oriente, Novos e Velhos Paradigmas*, in FAGÚNDEZ, Paulo Roney Ávila (org). *A crise do conhecimento jurídico – perspectivas e tendências do Direito Contemporâneo*. Brasília: OAB, 2004. p. 232.

² Sobre a dialética no Talmud consulte-se: FRYDMAN, Benoit. *Les sens des lois*. Bruxelas: Bruylant, 2005. p. 104.

³ A este respeito consulte-se GADAMER, Hans-Georg. *El inicio de la sabiduría*. Barcelona: Paidós, 2001

Ocidente. A teoria dialética de Aristóteles, festejada pelos medievais, foi aos poucos perdendo força na modernidade para uma outra concepção, também aristotélica, de demonstração que atendia os ideais modernos de racionalidade como precisão, objetividade e exatidão.

No século XX, por sua vez, um filósofo e jurista Belga, de origem judaica e polonesa chamado Chaïm Perelman se propôs a adaptar o modelo dialético de Aristóteles como forma de argumentação própria dos debates judiciais. Perelman formado na tradição do positivismo lógico surpreendeu-se ao constatar que as *Leis de Nuremberg* codificaram, num sistema jurídico logicamente válido, a exclusão de uma considerável parcela da humanidade. A partir disso entendeu que nenhum sistema de direito que não visasse a justiça poderia ser considerado como válido e razoável. Passou a desenvolver em seus estudos uma metodologia do direito que fosse capaz de dar conta do envolvimento dos juízos de valores, de forma racional, no sistema jurídico. Chegou a conclusão que através da lógica formal tal envolvimento não seria possível.

Foi estudando Aristóteles que Chaïm Perelman entendeu que a dialética seria o meio apropriado para tratar racionalmente os juízos de valores e, portanto, seria a forma adequada de raciocinar em direito sem abandonar a justiça.

Assim, é tomando o pensamento de Chaïm Perelman como fio condutor e teoria de base, principalmente em seus escritos sobre a Justiça e em sua *Lógica Jurídica*, que será desenvolvido o presente estudo, que tem como objetivo estabelecer uma relação entre a teoria dos direitos e a teoria dos raciocínios jurídicos na obra do autor.

A importância do estudo do raciocínio jurídico, e sua construção dentro do pensamento de Chaïm Perelman, está na necessidade de desenvolver a questão da racionalidade do saber jurídico de modo diverso daquele proposto pelas teorias demonstrativas de ver o direito, onde a pretensão de objetividade e exatidão da ciência do direito levou a exclusão de todas as considerações sobre justiça do âmbito do objeto do conhecimento jurídico. Portanto, mister se faz analisar, a formulação do raciocínio

jurídico de maneira dialética, resgatando o pensamento de Aristóteles, a partir da teoria contemporânea, proposta por Chaïm Perelman.

A escolha por estudar como se constroem os raciocínios jurídicos capazes de produzir efeitos práticos em casos concretos na ordem jurídica, utilizando o resgate da tradição de pensamento vinculada a Aristóteles, está relacionada à possibilidade de lançar o debate jurídico, principalmente na teoria e filosofia do Direito, em uma esfera da tradição aristotélica que identifica o discurso jurídico como filosofia prática, que tem como objetivo uma ação e não uma verdade exata.

Deste modo, faz-se necessário estudar a base fundamental da teoria de Chaïm Perelman, o modelo dialético argumentativo de Aristóteles. Portanto no primeiro capítulo serão apresentados, de forma instrumental, alguns conceitos de Aristóteles como: a divisão das ciências entre teórica, produtiva e prática; os modos de raciocinar, a analítica ou demonstração e a dialética; a justiça e a relação entre direito, dialética e justiça.

No segundo capítulo serão apresentadas concepções complementares e compatíveis com as cunhadas por Aristóteles e Chaïm Perelman, como a reflexão da *Tópica* de Cícero e as teorias da argumentação e da Justiça de Aristóteles vistas pelos comentários de Tomás de Aquino. Após, ainda no segundo capítulo, serão apreciadas as definições sob as quais Chaïm Perelman lança olhar crítico e propõe a reformulação da concepção de Direito. Será visto : o surgimento do direito natural racionalista na modernidade; o processo das grandes codificações e a redução do objeto do direito à lei ; e o positivismo jurídico de Hans Kelsen.

No terceiro capítulo, por sua vez, tratar-se-á especialmente do pensamento de Chaïm Perelman no que diz respeito a sua teoria dialética, a *Nova Retórica*, às suas reflexões sobre a justiça e o vínculo existente, dentro de sua obra, entre a dialética, o direito, a justiça e a argumentação jurídica.

CAPÍTULO I

1 – AS FONTES CHAÏM PERELMAN – ARISTÓTELES: A DIVISÃO DAS CIÊNCIAS E A ARGUMENTAÇÃO

A formulação do estatuto metodológico do Direito, com suas implicações epistemológicas, é fenômeno historicamente recente, cujas origens podem ser buscadas na chamada Escola Histórica do Direito.⁴ A partir de então, o tema da metodologia do saber jurídico vem se desenvolvendo como questão de suma importância para a reflexão filosófica sobre Direito.

Muito embora a discussão sobre como se deve proceder na metodologia e argumentação em Direito seja recente, o seu estudo e tratamento encontram-se presentes em todo o desenrolar da história da filosofia e do Direito.

Ainda que seja por conta do debate jurídico contemporâneo a importância de fazer um estudo histórico de como operam os raciocínios jurídicos, a questão é longe de ser nova, tampouco é fruto da criação dos novos teóricos do Direito.⁵ A teoria da argumentação jurídica, por exemplo, já está presente nos clássicos, como Aristóteles, Cícero e Tomás de Aquino, mesmo que poucos tenham se interessado por estudá-la antes.⁶

⁴ Cf. VILLEY, Michel. *Filosofia do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 221.

⁵ A crítica que aqui estou lançando é para as abordagens acadêmicas da teoria da argumentação jurídica no cenário da pesquisa do Brasil, que se preocuparam com o debate contemporâneo do assunto sem, contudo, dar importância à questão da continuidade histórica das teorias. Neste sentido, abordaram como novidade o debate dos clássicos, sem sequer nominá-los. O que não é o caso do trabalho detalhando feito por Maria Helena Cruz Pistori, que parte da retórica antiga, abordado todo o desenrolar histórico da discussão, até o debate contemporâneo. Cf. PISTORI, Maria Helena Cruz. *Argumentação Jurídica – Da antiga retórica a nossos dias*. São Paulo. LTr:2001.

⁶ Neste sentido são as ponderações de Chaïm Perelman e Michel Villey, como será visto no presente estudo.

A Teoria da Argumentação Jurídica surge como alternativa entre o positivismo lógico voltado ao direito e o absoluto irracionalismo dos embates judiciais.⁷ Sua eclosão sob o nome de “Lógica Jurídica” dá-se no debate pós-guerra, sobretudo com o julgamento de Nuremberg que, como nos diz Chaïm Perelman “*pôs em evidência o fato de que um Estado e sua legislação podiam ser iníquos, e mesmo criminosos...*”.⁸

Nesta perspectiva argumentativa mais flexível é que se inicia o debate a cerca da argumentação jurídica e da metodologia aplicável ao Direito – travado, principalmente, com o chamado pós-positivismo jurídico. Esta corrente da teoria do Direito, que surgiu como crítica, principalmente ao positivismo normativista jurídico de Kelsen, segue ganhando força ainda hoje e merece atenção especial daqueles que se interessam pela velha questão: o que é o Direito?

Chaïm Perelman⁹ e Theodor Viehweg¹⁰ são responsáveis por notáveis contribuições à renovação da Teoria do Direito na metade do século XX, ligadas à perspectiva da compreensão do Direito como argumentação, como técnica dos conflitos e da controvérsia através do critério corretivo da Justiça.¹¹

Na realidade, o foco de atuação das teorias como a de Chaïm Perelman e a de Theodor Viehweg estão centradas na disputa judicial, nas razões do processo e nas motivações das sentenças judiciais.¹² A Teoria do Direito deveria se ocupar também

⁷ Cf. ATIENZA, Manuel. *As Razões do Direito – Teorias da Argumentação Jurídica*, Perelman, Toulmin, MacCormick, Alexy e outros. São Paulo: Landy, 2002. p. 109.

⁸ PERELMAN, Chaim. *Lógica Jurídica*. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 184.

⁹ idem.

¹⁰ VIEHWEG, Theodor. *Tópica y Jurisprudência*. Madrid: Taurus, 1986.

¹¹ Tentar-se-á, como dito na introdução, provar que Perelman propõe a solução dos conflitos das normas jurídicas através da Regra da Justiça, o que será objeto específico do terceiro capítulo do presente trabalho.

¹² Para uma aplicação da racionalidade argumentativa nos domínios do Direito processual Civil, na doutrina brasileira, consulte-se: ALVÁRO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *A garantia do contraditório* – in, *Do formalismo no processo civil*, 2ª edição, São Paulo: Saraiva, 2003, p.227/243. ZANETI JRr, Hermes. *O problema da verdade no processo civil: modelo de prova e procedimento probatório* – in, *Gênesis – Revista de Direito Processual Civil* n° 31. Curitiba: Gênesis, 2004, p.34/68. MITIDIERO, Daniel Francisco. *Processo e Cultura: praxismo, processualismo, e formalismo em Direito Processual Civil* – in, *Gênesis – Revista de Direito Processual Civil* n° 33, Curitiba: Gênesis, 2004, p. 484/510. Na doutrina italiana, consulte-se: GIULIANI, Alessandro. *Il concetto di prova: contributo alla logica giuridica*. Milano: Giuffrè, 1971. PICARDI, Nicola. *Processo Civile “diritto moderno”* in, *Enciclopédia Del Diritto* – vol. XXXVI. Milano:

dos conflitos da prática jurídica e não apenas com o sistema normativo ou conjunto de regras,¹³ já que, o sistema de regras, por si só, é insuficiente para dar conta de todos os conflitos existentes em Direito.

Ora, para Chaïm Perelman o filósofo, o teórico e o operador do Direito devem voltar suas atenções para as razões de decidir do juiz, ou seja, para a argumentação no processo e nos conflitos judiciais. Acrescenta que sua teoria é uma nova retórica, que se embasa naquelas provas que Aristóteles chamava de dialéticas.¹⁴ Dentro desta preocupação, com as razões de decidir e com o ato decisivo do juiz, Perelman necessita pensar sobre outra questão de fundo:¹⁵ a relação entre o Direito e a Justiça. Para tanto, como será objeto do capítulo III do presente estudo, voltará às concepções de Aristóteles¹⁶ sobre a Justiça quando criará a sua Regra de Justiça,¹⁷ a partir das idéias aceitas em relação à proximidade entre justiça e igualdade.¹⁸

Portanto, para que seja possível compreender o projeto perelmaniano da Teoria do Direito como parte argumentativa prática, há que se recorrer às idéias traçadas sob esta perspectiva, em especial o retorno feito pelo autor às bases fundantes de Aristóteles, sobre as quais recria sua apreciação sobre o tema.

A tese que aqui se pretende apresentar é que há uma relação interna entre a teoria do direito e a teoria do raciocínio jurídico. Não pode existir uma teoria do direito sem que se tenha uma teoria do raciocínio jurídico, e uma teoria do raciocínio jurídico adequada, pressupõe uma teoria do direito. Este é um primeiro passo. Não é suficiente conectar simplesmente a teoria do direito com a teoria do raciocínio jurídico. Precisa-se uma razão para fazer necessária dita relação, pois, caso contrário, a investigação seria

Giuffrè, 1987. p. 101/118. TARUFFO, Michele. *La motivazione della sentenza civile*. Padova: Cedam, 1975.

¹³ Cf. PERELMAN, Chaïm, *Ética e Direito*,. São Paulo: Martins Fontes.2000.p. 472.

¹⁴ Cf. PERELMAN, Chaïm, *Retóricas*. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p 299.

¹⁵ Talvez aqui esteja presente a verdadeira Teoria do Direito que seja digna de observação e pesquisa.

¹⁶ CF. PERELMAN, Chaïm. *Ética e Direito*. Op. cit..p. 71.

¹⁷ Idem, p. 85 e p. 148.

¹⁸ Idem, p. 158.

vã. Esta razão pode ser encontrada na teoria do discurso racional que está na base de todo o sistema jurídico.

Assim, mister se faz analisar a corrente que se orienta na direção de entender o saber jurídico como um conhecimento prático. “Prático” empregado no sentido preciso que lhe dá Aristóteles, a fim de redescobrir a possibilidade de fundamento do conhecimento jurídico.

Logo, para a efetivação da pesquisa será necessário desenvolver no presente estudo certas concepções importantes destinadas a comprovar a tese acima: de que há uma ligação essencial entre a teoria do direito e as formas de discurso racional que embasam todo o ordenamento jurídico, principalmente, na história do Direito Ocidental. Para desenvolver essa hipótese de trabalho, buscar-se-á reconstruir os fundamentos da concepção de Direito desenvolvida por Chaïm Perelman.

Tomando o pensamento de Chaïm Perelman como fio condutor é imprescindível estudar as fontes das suas reflexões, dos modelos por ele utilizados e, em especial, dos ensinamentos de Aristóteles, como a divisão das ciências e seus modos de raciocínio, pois é com fundamento nessas concepções que o século XX¹⁹ usará de Aristóteles para uma retomada do raciocínio prático, capaz de efetivar uma Teoria do Direito e uma Teoria da Argumentação Jurídica.

Salienta-se, também, que não é o objetivo do presente estudo desenvolver de forma minuciosa as teses de Aristóteles. Será feito um estudo instrumental das concepções aristotélicas para que seja possível observar as bases utilizadas por Chaïm Perelman; Ou seja, é necessário recorrer a Aristóteles porque assim o fez Perelman. Portanto, para uma compreensão clara das teorias apresentadas por esse autor far-se-á necessário e conveniente o exame que segue.

¹⁹ A este respeito consulte-se: BERTI, Enrico. *Aristóteles no século XX*, São Paulo: Loyola, 1997.

1.1 A divisão das ciências segundo Aristóteles

Diz Aristóteles na *Metafísica*²⁰ que é próprio dos sábios um saber ordenador, assim a sabedoria é a mais alta perfeição da razão, aquela à qual corresponde conhecer a ordem.

A ordem relaciona-se com a razão de quatro modos:²¹ a primeira delas é aquela que a razão considera, porém não estabelece, e esta é a ordem das realidades naturais, é o caso das ciências teóricas. A segunda é a ordem da razão do ato próprio de considerar, é quando a razão ordena conceitos entre si e signos a esses conceitos, e este é o caso da lógica. Em terceiro lugar encontra-se a ordem da ciência moral ou filosofia prática, ordem da razão humana que, ao considerar, produz ações voluntárias. E, em quarto lugar, se encontra a ordem da razão humana para as coisas criadas pelo homem, isto é, o que a razão humana institui quando visa a criar certos utensílios – estas são as artes mecânicas ou as técnicas.

Note-se que a idéia de ordem é vinculada à idéia de fim, ou seja, à idéia de causa das ciências. Embora possam compartilhar no método, cada ciência busca um fim diferente.

Para identificar a proposta de que o Direito pertence ao domínio das ações humanas ou da filosofia prática, a investigação deve se iniciar com a classificação das ciências²² segundo Aristóteles, e, para tanto, aqui será utilizada a definição da separação das ciências apresentada pelo Estagirita no *Livro E 1*,²³ da *Metafísica*, do *Livro VI, capítulo 6 dos Tópicos*,²⁴ bem como na *Ética a Nicômaco*.²⁵

²⁰ ARISTOTE, *La Métaphysique*. Paris: Agora, 1991, p. 44 (MF 982 a 18)

²¹ AQUINO, Tomás. *Comentários a la Ética a Nicomaco de Aristóteles*. Navarra: EUNSA 2001 p.60.

²² O termo ciência é empregado aqui em sentido amplo para designar as matérias ou disciplinas do conhecimento.

²³ ARISTOTE, *Méthaphysique*, Paris: Vrin, 1991, p. 223. (MF livre E, IV, 1025b – 5)

²⁴ ARISTOTELES, *Organon: Categorias, Da interpretação, Analíticos anteriores, Analíticos posteriores, Tópicos, Refutações sofisticas*. São Paulo: Edipro, 2005.p.485 (Tópicos – Livro VI, cap. VI, 145a -15).

²⁵ CF. ARISTÓTELES, *Ética a Nicomaco*, São Paulo: Martin Claret, 2001. p. 19 e p. 131 (E.N 1094 b 25 e 1140 a)

Diz Aristóteles, na *Metafísica*, quando delibera sobre como a física pode ser enquadrada como ciência teórica, que todo o conhecimento é prático, poético ou teórico.

Nos *Tópicos*, Aristóteles afirma²⁶ que quando se fala em conhecimento deve-se levar em conta que o conhecimento pode ser especulativo, prático ou criativo (*poiético*), e que cada um desses termos denota uma relação: ou especula sobre alguma coisa, ou faz alguma coisa, ou cria alguma coisa.

Portanto, o critério de distinção apresentado na presente investigação diz respeito à separação entre as ciências com relação à matéria que é objeto, ou natureza do objeto,²⁷ como teóricas, práticas ou produtivas (ou poiéticas).

A ciência teórica tem como objetivo o saber das verdades que independem do ser humano. As ciências práticas têm por objeto a ação ou a determinação das verdades que dependem do ser humano, ao passo que as poéticas têm por objeto a produção de uma obra exterior ao agente.²⁸ A partir dessa distinção é necessário caracterizar quais são as ciências teóricas, quais fazem parte das produtivas, para que seja possível estabelecer como deve operar uma ciência prática.

Por evidente, não se está aqui propondo uma teoria sobre a divisão das ciências em Aristóteles, pois, tal investigação extrapola a necessidade do presente estudo. A importância da divisão das ciências reside no fato de que Chaïm Perelman, no século XX, readapta algumas noções de Aristóteles. Assim, adverte-se de antemão que a retomada de Aristóteles feita no século XX não é global e que Perelman não pretendeu transpor um sistema da Grécia Antiga para o final do século XX. Portanto, a

²⁶ ARISTOTELES, *Organon. Op. Cit.* p. 485 (Tópicos – Livro VI, cap. VI, 145a -15).

²⁷ Cf. PEREIRA, Oswaldo Porchat. *Ciência e Dialética em Aristóteles*. São Paulo: UNESP, 2001. p. 270.

²⁸ Neste sentido: BERTI, Enrico. *As razões de Aristóteles*. São Paulo: Loyola, 2002, p.163; MALHERBE, Hugo, *El pensamiento filosófico de Aristóteles: La fundación de la ciencia jurídica y el principio de su metodología*, in AGUINSKY, Esther et alii, *Temas de Filosofía del Derecho 3* – Montevideo: Fundación de cultura universitaria, 1986, p.107.

necessidade desse estudo está em conhecer as fontes que utilizou Perelman para tratar do problema do Direito. E apenas isto.

1.1.1 As ciências teóricas pela definição de Aristóteles

A teoria da ciência foi traçada por Aristóteles no *Órganon* e, em particular, nos *Analíticos*,²⁹ onde se pode extrair um conceito sobre o que é a ciência propriamente dita para o filósofo. A ciência é um saber verdadeiro, fruto da demonstração, que toma como princípio proposições verdadeiras.

A forma de racionalidade pela qual Aristóteles é reconhecido como principal teórico é a racionalidade da ciência apodíctica³⁰ ou demonstrativa. A teorização da ciência demonstrativa é apresentada por Aristóteles livro chamado de *Analíticos Posteriores*.

Os *Analíticos Posteriores* apresentam uma caracterização detalhada daquilo que se chama ciência efetivamente para Aristóteles, a saber, aquilo que é possível de se conhecer através da demonstração.

Como diz Aristóteles,³¹ “...o conhecimento demonstrativo tem que proceder de premissas que sejam verdadeiras, primárias, imediatas, melhor conhecidas e anteriores à conclusão e que sejam causa desta.”

Assim, para que se possa considerar uma ciência devem, por definição, estar presentes duas características: primeiro o conhecimento da causa ou razão; e, depois,

²⁹ ou *Analíticos Posteriores* como consta da tradução brasileira. CF; ARISTÓTELES, *Organon: Categorias, Da interpretação, Analíticos anteriores, Analíticos posteriores, Tópicos, Refutações sofisticas*. São Paulo: Edipro, 2005

³⁰ *apodéxis*

³¹ ARISTÓTELES, *Organon*. op. Cit. p. 254 (71 b 20)

a necessidade de suas conclusões. Portanto ter uma ciência significa conhecer “o que é” e o “porque é” um certo estado de coisas.³²

Naturalmente essas duas características estão vinculadas entre si, pois, a necessidade do efeito é dependente da existência da causa e, portanto, como ensina Enrico Berti "*estamos diante de um conceito de ciência profundamente diferente do hodierno, caracterizado principalmente por seu caráter hipotético e pelas probabilidades.*"³³

O caráter da necessidade da ciência é indicado na afirmação de que a ciência é o conhecimento de coisas que existem sempre. No caso da ciência demonstrativa, o conhecimento da causa e a necessidade são assegurados pela demonstração – o que Aristóteles chama silogismo científico.

Os silogismos científicos têm lugar quando as premissas são verdadeiras, primeiras, imediatas, mais conhecidas, anteriores e causas da conclusão.³⁴ Verdadeiras, significa exprimir como são as coisas; serem primeiras e imediatas significa não demonstradas ou que derivem de premissas não demonstradas,³⁵ devem ser causas da conclusão, pois ter ciência, com efeito, é conhecer a causa. A causa deve ser anterior para poder ser causa da conclusão e por derradeiro devem ser mais conhecidas, pois devem ser conhecidas anteriormente a ela ou independente dela.

Depois da explicação sobre o conceito de ciência para Aristóteles é importante apresentar quais são as ciências teóricas pela sua definição.

As ciências teóricas são de dois tipos: as primeiras são aquelas que investigam os princípios e as causas dos seres ou coisas que existem na Natureza independentemente da vontade e da ação humanas e cujo curso se desenvolve

³² Cf. BERTI, Enrico. *As razões de Aristóteles*. Op. Cit. p 4.

³³ *ibidem*.

³⁴ CF ARISTÓTELES, *Organon*. Op. cit. p. 254. (Analíticos posteriores I, 71 b 21)

³⁵ *Idem*, p. 257.

naturalmente e por si mesmo, sem qualquer participação humana; as segundas são as disciplinas matemáticas. Isto se dá porque tais seres existem sem a interferência humana e os homens só podem conhecê-los por contemplação, isto é, teoricamente.

Ora, o cientista natural é aquele que registra, descreve, interpreta e classifica os princípios e causas dos objetos ou seres naturais, que existem na Natureza. O cientista investiga os princípios os quais tais seres dependem para existir e para serem da maneira que efetivamente são. Tais princípios de que tais seres dependem para existir e para serem como são: universais e necessários, existem em todos os tempos e lugares e nunca poderão ser diferentes do que são.³⁶

Depois de investigados os princípios e as causas e de haver mostrado qual é a natureza própria de tais seres, os cientistas devem deduzir as conseqüências ou os efeitos universais e necessários que decorrem da existência e atuação desses seres. Por último, o cientista deve realizar as demonstrações, isto é, mostrar como os seres estudados se vinculam aos seus princípios e como desses seres decorrem conseqüências ou efeitos necessários. O princípio do movimento serve de guia para Aristóteles determinar quais são as ciências teoréticas.³⁷ O que faz Aristóteles é afirmar que os seres se diferenciam pela presença ou ausência de movimento e classificar as ciências teoréticas segundo essa diferença.

Assim, tem-se a física ou ciência dos seres que possuem em si mesmas o princípio do movimento e da inércia³⁸ e que são substâncias dotadas de uma forma e de uma matéria. São ciências físicas teoréticas a ciência da natureza (ou física), a biologia (estudo dos animais e das plantas) e a psicologia.

³⁶ Cf. BERTI, Enrico, *As razões de Aristóteles*. op. Cit. p. 4.

³⁷ Ensina Enrico Berti que é no livro VI da Metafísica que Aristóteles faz a divisão das ciências teoréticas. Cf. BERTI, Enrico. *As razões de Aristóteles*. Op. Cit. p. 48.

³⁸ Cf. ARISTOTE, *Métaphysique*.. op. Cit. p. 218 (Livro E 1, 1025b)

A matemática, ou ciência dos seres que são imóveis e separados de qualquer matéria,³⁹ tendo apenas formas. Mas estas formas só existem, de fato, impressas na matéria. As matemáticas estudam, assim, aquelas coisas ou aqueles seres que, embora tenham existência física, podem ser estudados sem relação com a materialidade em movimento. São ciências matemáticas teóricas,⁴⁰ a aritmética (que estuda os números e suas operações), a geometria (que estuda superfícies, pontos, linhas e figuras), a música (que estuda os ritmos e as proporções dos sons) e a astronomia (que estuda os astros imperecíveis). As matemáticas são um estudo teórico do movimento sem a matéria e das entidades imóveis, isto é, não mutáveis. Assim, o matemático separa ou abstrai a forma da matéria e estuda o movimento ou deslocamento espacial de seres imateriais. Isto significa que cada ser matemático é, em si mesmo, imóvel ou imutável.

A outra ciência teórica é filosofia primeira ou metafísica.⁴¹ Tal ciência teórica se refere à "ciência dos primeiros princípios e das causas primeiras"⁴² ou ao "estudo do ser enquanto ser."⁴³ A terceira ciência teórica é a mais nobre e mais importante das ciências teóricas, porque fornece os princípios dos quais dependem os princípios da matemática e da física, sendo a mais universal de todas,⁴⁴ pois o ser estudado por ela não é nenhum ser em particular (físico, biológico, psíquico, geométrico, aritmético), mas o "ser enquanto ser". Ou seja, tem por objeto os atributos essenciais do ser, que é fundamento de todos os seres.

Explica Aristóteles,⁴⁵ na *Metafísica*, que a esta ciência compete considerar o ser enquanto ser, isto é, simultaneamente, sua essência e os atributos que lhe pertencem enquanto ser. As ciências teóricas são, portanto, aquelas que se preocupam em investigar as coisas da natureza que são independentes da ação do homem.

³⁹ Idem, p. 219 (Livro E1, 1026 a)

⁴⁰ Idem, p. 220.

⁴¹ Pode-se também chamá-la de Teologia.

⁴² BERTI, Enrico. *As razões de Aristóteles*. Op. Cit p. 75.

⁴³ Cf. IRWIN, T.H. *Aristotle's first principles*. New York: Clarendon Press.Oxford, 1992, p. 179.

⁴⁴ Ibidem.

⁴⁵ ARISTOTE, *Métaphysique*, op. Cit. p. 130. (Livro IV, 1005 a 20)

Como acima foi explicado, a Teoria do Direito de Chaïm Perelman centra-se nas disputas judiciais, nas razões de decidir e no ato decisivo do juiz no processo judicial. Em tais situações, notadamente, existe a intervenção humana capaz de modificar as situações. Assim, dentro desta perspectiva o Direito é incompatível com a concepção de ciência estritamente teórica, como será visto no capítulo III.

1.1.2 As ciências Produtivas (poiéticas) para Aristóteles.

No Livro VI da *Ética a Nicômaco*,⁴⁶ Aristóteles explica que ao domínio teórico se opõe o domínio prático e o domínio produtivo. A tais domínios compete tratar da contingência, ou seja, daquelas coisas que podem ser de outra maneira daquelas que são.⁴⁷ Numa passagem posterior, também do Livro VI da *Ética a Nicômaco* diz Aristóteles:

“Na classe das coisas variáveis estão incluídas tanto as coisas produzidas quanto coisas praticadas, pois há uma diferença entre produzir e agir [...] assim, a capacidade raciocinada de agir é diferente da capacidade raciocinada de produzir; e de mesmo modo não se incluem uma na outra, porque nem agir é produzir, nem produzir é agir.”⁴⁸

Assim, a produção distingue-se da ação, na medida em que o fim da produção diferencia-se dela própria e se encontra nas coisas produzidas, enquanto que a ação é ela própria o seu próprio fim. Portanto, vê-se que a produção é diferente da ação.⁴⁹ É possível explicar tal diferença através de um exemplo, que leva em consideração como é possível distinguir um bom artista de um bom agente. Julga-se um bom artista pela sua obra, enquanto julga-se um bom agente não apenas por suas ações, mas também por suas intenções e seu caráter. Um bom arquiteto é julgado por ter feito alguma boa construção ou bom projeto, ou seja, é a obra exterior ao agente que serve como referência para a excelência da produção. No caso da ação como, por exemplo,

⁴⁶ ARISTÓTELES, *Ética a Nicômaco*, op. Cit. p. 129.

⁴⁷ Cf. PEREIRA, Oswaldo Porchat, op. Cit. p. 272

⁴⁸ ARISTÓTELES, *Ética a Nicômaco*, op. Cit. p. 131.

⁴⁹ BERTI, Enrico. *As razões de Aristóteles*. Op. Cit. p. 157.

homicídio, quando se está julgando o ato de matar alguém se leva em consideração não apenas o ato em si, mas também o caráter do agente e suas intenções para realizar tal ação.

O domínio das ciências práticas, ou da ação, será analisado no item 1.1.3, a seguir, quando será tratada a divisão daquelas ciências. Destarte, o domínio das ciências produtivas será considerado a seguir.

As ciências produtivas se referem a um tipo particular de ação humana: a ação fabricadora ou produtora. Essa ação chama-se, em grego, *poíesis* e por isso as ciências produtivas também são conhecidas com o nome de ciências poiéticas.

A produção difere-se da prática, como acima dito, porque nela o agente, a ação e o produto da ação são termos diferentes e separados, pois a finalidade da ação está fora da própria ação, está na obra, no artefato, num objeto. As ciências produtivas ou poiéticas são, como as ciências práticas, aquelas que lidam com o contingente (o que pode ser ou deixar de ser) e com o particular (o que existe num tempo e num lugar determinados).

Assim como ocorre nas ciências práticas, também nas produtivas é possível encontrar um ponto de referência (um critério ou padrão) que ofereça uma certa necessidade e uma certa universalidade para ação produtora. Esta universalidade é, no campo da produção, de caráter possível e não real.⁵⁰ Este ponto de referência é uma finalidade, pois é o modelo daquilo que se vai fabricar ou produzir.

Dessas ciências produtivas, Aristóteles deixou dois exemplos de investigação detalhada: a Arte da Retórica, isto é, a arte de fazer discursos persuasivos; e a Arte Poética, que é a arte de compor enredos ou narrativas (drama ou tragédia, comédia, poesia épica, lírica).⁵¹ Desse modo, as ações poiéticas são também técnicas, na

⁵⁰ Idem, p. 165.

⁵¹ Idem, p. 164.

medida em que oferecem um conjunto de procedimentos corretos, ou modelos. São ações, portanto, que se referem a um aspecto particular da capacidade fabricadora ou técnica dos humanos e por isso são tão numerosas quanto suas possibilidades produtivas como a arquitetura, a medicina, a guerra etc.⁵²

Luiz Xavier López Farjeat⁵³ sustenta que dentro desta perspectiva global do saber e do conhecimento, Aristóteles tentou contemplar todo tipo de argumentação. Por isso, postula a existência de uma argumentação retórica e poética como forma discursiva do conhecimento. As teorias da argumentação, baseadas tanto na retórica como na poética merecem, a seu ver, a inclusão na lógica de Aristóteles. De fato, sustenta⁵⁴ que os comentadores árabes e latinos medievais de Aristóteles situaram o estudo da lógica de forma mais abrangente do que se entende por lógica Aristotélica contemporaneamente.⁵⁵

Os medievais teriam concebido a lógica no sentido amplo sendo possível identificar o método apropriado à matéria que se pretende tratar. Ou seja, a preocupação da lógica como instrumento não diz respeito apenas ao saber demonstrativo, mas a todo o saber humano, incluído aí o saber artístico.

Na história da recepção do *corpus* aristotélico existe uma polêmica acerca da inclusão da retórica e da poética no interior da lógica de Aristóteles. Os comentadores árabes de Aristóteles, diz Deborah Black,⁵⁶ debatem para determinar se tais obras podem servir tanto para literatura como para lógica.

⁵² Cf. ARISTÓTELES, *Ética a Nicômaco*, op.cit. p. 17.

⁵³ FARJEAT, Luis Xavier López. *Teorias aristotélicas Del discurso*. Navara: EUNSA, 2002. p.479 e segs.

⁵⁴ FARJEAT, Luis Xavier López. Op.cit. passim.

⁵⁵ A lógica Aristotélica contemporânea entende que a obra lógica de Aristóteles é aquela contida nos seis livros que compõe o Organon: CF. ARISTÓTELES, *Organon : Categorías, Da interpretação, Analíticos anteriores, Analíticos posteriores, Tópicos, Refutações sofisticas*. São Paulo: Edipro, 2005.

⁵⁶ BLACK, Deborah. *Logic and Aristotle's Rhetoric and Poetics*, in *medieval arabic philosophy*. Nova Iorque: H. Daiber, 1990. p.1.

Ora, se for possível incluir como obra lógica de Aristóteles tanto a retórica como a poética, como acreditavam⁵⁷ Averrois, Avicena, Al-Farabi, Maimônides e até Tomás de Aquino,⁵⁸ o tratado da lógica poderá ocupar-se de vários tipos de argumentações diferentes,⁵⁹ a saber: da lógica formal dos *Analíticos*, da flexibilidade argumentativa dos *Tópicos* e da lógica informal das *Refutações e da Retórica*. Polêmica à parte, no que concerne ao presente estudo o importante é determinar que a ciência produtiva difere da prática na medida em que visa à produção de um bem exterior ao agente.

Ora, Chaim Perelman denomina a sua teoria da argumentação jurídica de “*Nova Retórica*” fazendo alusão à retomada da retórica antiga, mas não centra sua discussão na simples elaboração de discursos persuasivos e sim nas razões de decidir em uma ação judicial tendentes a corrigir eventual inconsistência do sistema normativo, tal como será explicado no capítulo III da presente pesquisa. E, neste aspecto, como afirma Enrico Berti⁶⁰, sua teoria da argumentação jurídica não se vincula à retórica no sentido da arte dos discursos, mas sim da dialética como metodologia própria para tratar da matéria contingente.⁶¹

1.1.3 As ciências práticas pela definição de Aristóteles

Depois de analisadas as definições de ciência teórica, aquelas que buscam a verdade em si mesmas, e de ciências produtivas, aquelas que visam a produção de uma obra exterior ao agente, deve-se agora investigar as chamadas ciências práticas ou da ação.

⁵⁷ Ibidem.

⁵⁸ Cf. AQUINO, Tomás de. *Comentário de los Analíticos Posteriores de Aristóteles*. Navarra: EUNSA, 2002. p. 30.

⁵⁹ FARJEAT, Luis Xavier López. Op. cit. p.30.

⁶⁰ BERTI, Enrico. *Aristóteles no século XX*, São Paulo: Loyola, 1997. p. 287.

⁶¹ O próprio Aristóteles vai dizer “ *A retórica não deixa de apresentar analogias com a dialética*”. ARISTÓTELES. *Arte Retórica e Arte Poética*. São Paulo: Ediouro, 16ª edição, p. 29.

Segundo Enrico Berti,⁶² a reabilitação da filosofia prática aristotélica é recente na história da filosofia, data do século XX, e sua redescoberta deu-se, sobretudo, vinculada à metodologia.

A metodologia das disciplinas práticas no pensamento de Aristóteles aparece sistematizada principalmente nas obras políticas e éticas, onde o filósofo desenvolve todos os elementos dessas disciplinas. A denominação de prática, para essas ciências, vem do objeto de tratamento delas que consiste nas coisas praticáveis, ou seja, nas ações humanas.

Tais ciências referem-se à prática como algo propriamente humano, como uma atividade que não produz algo diferente do agente e que tem como causa a vontade humana entendida como a escolha deliberada, refletida e racional. Como a causa ou princípio da ação é a vontade racional, as ciências práticas diferem das teóricas porque, além de não serem contemplativas, seu objeto não é necessário nem universal, mas sim contingente e particular. Portanto, o objeto das ciências práticas, a ação, é aquilo que pode acontecer ou não.

Apesar da contingência e da particularidade, Aristóteles fala em ciências práticas porque é possível conhecer as ações humanas na medida em que existe algo que confere uma certa necessidade e uma certa universalidade a elas, a saber, a sua finalidade.⁶³

As ciências práticas, são aquelas cujo princípio ou causa é o agente da ação e cuja finalidade é a própria ação. Pode-se dizer que, nesse sentido, existe uma ordem dos fins feita pelo agente, ou seja, estabelece um fim como último e ordena suas ações através de meios para a concretização deste fim.⁶⁴ Este fim último deve ser aquele que é desejado por si mesmo e não em vista de outro fim e, por esta razão, ele é o bem

⁶² BERTI, Enrico, *As razões de Aristóteles*. Op. cit., p. XIV.

⁶³ Esta é a explicação do Livro I, da *Ética a Nicômaco*. Cf. ARISTÓTELES, *Ética a Nicômaco*. Op. Cit.

⁶⁴ Cf. AQUINO, Tomás. *Comentários a la Ética a Nicômaco de Aristóteles*. Navarra: EUNSA, 2001. p.60.

supremo.⁶⁵ Assim, estabelece Aristóteles, que esta ciência que visa tratar do bem supremo, e que subordina as demais ciências práticas é a ciência política.⁶⁶

Importante esclarecer que, para Aristóteles, é característica desse agente, como sua condição humana, ser um animal político, pois, o homem não vive senão em razão da *pólis*. Com base nessa constatação, o filósofo⁶⁷ vai esclarecer que ainda que seja a finalidade de buscar um bem o mesmo para um indivíduo particular e para a *pólis*, o fim da polis é maior e mais completo. Por isso, a ciência política é superior as demais ciências práticas.

As ações verdadeiramente racionais e refletidas são aquelas que se realizam para alcançar um fim, o Bem. No livro I da *Ética a Nicômaco* Aristóteles,⁶⁸ antes de iniciar a investigação sobre a felicidade e sobre as virtudes, faz um estudo metodológico dispendo sobre como opera a ciência prática e como deve ser vista a hierarquia entre elas.

O primeiro ponto para iniciar a sua exposição sobre a ciência prática é determinar qual o primeiro princípio dessa ciência. Diz Aristóteles no preâmbulo, ou abertura, da *Ética a Nicômaco* que *“Toda arte e toda doutrina, bem como toda ação e escolha tendem a um bem; e por isso foi dito, não sem razão que o bem é aquilo a que tudo tende.”*⁶⁹ Nesta afirmação está contido o primeiro princípio da filosofia prática aristotélica, a saber: que todos tendem agir em busca de um fim que é um bem.

Na *Ética a Nicômaco* é onde se encontra a grande preocupação de Aristóteles em estabelecer qual o domínio de atuação da ciência prática e a especificidade da sua metodologia.No Livro I da *Ética a Nicômaco*, diz Aristóteles:

⁶⁵ ARISTOTELES, *Ética a Nicômaco*. Op. Cit. p. 18.

⁶⁶ Ibidem.

⁶⁷ Ibidem.

⁶⁸ ARISTOTELES, *Ética a Nicômaco* . Op. Cit p. 18 (EN, Livro I, 1094 a)

⁶⁹ Ibidem (EN, Livro I, 1094 a.)

“...é característica do homem instruído buscar a precisão, em cada gênero de coisas, do mesmo modo que é insensato aceitar um raciocínio apenas provável da parte de um matemático e exigir demonstrações científicas de um retórico.”⁷⁰

Aqui, percebe-se a preocupação de Aristóteles em relação ao conhecimento da matéria sobre a qual está posta a investigação. Tal tese é corroborada pelas definições de conhecimento científico, sabedoria prática e artes que coloca Aristóteles no Livro VI da obra acima referida.⁷¹

As ciências práticas são: a ética, que estuda a ação do homem como alguém que deve ser preparado para viver na *pólis*, estabelecer os princípios racionais da ação virtuosa, isto é, da ação que tem como finalidade o bem do indivíduo enquanto ser sociável que vive em relação com outros; e a política que estuda a ação dos homens como seres políticos ou sociais, procurando estabelecer, para cada forma de regime político, os princípios racionais da ação política, cuja finalidade é o bem da comunidade ou o bem comum. A política, é mais nobre e mais geral do que a ética, pois o indivíduo só existe como cidadão (sua humanidade é sua cidadania) e por isso "o bem propriamente humano" só é trazido e conseguido pela política.

Como será visto mais adiante o direito apresenta-se, inegavelmente, como a ciência prática na medida em que meio de realização do justo na sociedade política.

1.2 Os Raciocínios pelas definições de Aristóteles

Nem todo pensamento é um raciocínio, ou seja, nem sempre é possível estabelecer idéias com ligações entre si que necessariamente fundamentem outras idéias.⁷² Um pensamento não é necessariamente um raciocínio, da mesma forma que nem todo raciocínio é lógico formal. Alguns raciocínios são feitos através de uma lógica

⁷⁰ ARISTOTELES, *Ética a Nicômaco*. Op. cit.p. 19 (1094b 25).

⁷¹ Idem, p. 129 e seguintes.

⁷² Cf. COELHO, Fábio Ulhoa. *Roteiro de Lógica Jurídica*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

do provável, ou dialética, que toma como premissas conceitos aceitos como prováveis pelos sujeitos da disputa, verificados no caso prático.⁷³

Aristóteles, nos *Tópicos*, dispõe que o raciocínio é um argumento em que, estabelecidas certas coisas, outras coisas diferentes se deduzem necessariamente das primeiras.⁷⁴ Pode-se dizer que o raciocínio é demonstrativo quando as premissas das quais ele parte são verdadeiras e primeiras, ou quando o conhecimento que delas temos provém originariamente de premissas primeiras e verdadeiras.

O raciocínio dialético, por sua vez, parte de opiniões geralmente aceitas, ou seja, são verdadeiras e primeiras aquelas coisas nas quais acredita-se em virtude de nenhuma outra coisa que não seja elas próprias. No que diz respeito aos primeiros princípios da ciência, é descabido buscar mais além o porquê e suas razões. Cada um dos primeiros princípios deve impor a convicção da sua verdade em si mesmo e por si mesmo.⁷⁵ As opiniões geralmente aceitas são aquelas que todos admitem, ou a maioria das pessoas.

Há também, para Aristóteles,⁷⁶ “o raciocínio contencioso ou erístico, quando parte de opiniões que parecem ser geralmente aceitas, mas não o são realmente ou, então, apenas parece raciocinar a partir de opiniões que são ou parecem ser geralmente aceitas,” pois nem toda opinião que parece ser geralmente aceita o é na realidade. Com efeito, em nenhuma das opiniões que se chamam geralmente aceitas a ilusão é claramente visível, como acontece com os princípios dos argumentos contenciosos, nos quais a natureza da falácia é de uma evidência imediata e, em geral, até mesmo para as pessoas de pouco entendimento. Assim, pois, dos argumentos erísticos, os primeiros merecem realmente ser chamados raciocínios, já aos segundos devemos reservar o nome de “raciocínios erísticos” ou “contenciosos”⁷⁷ e não

⁷³ Esta é a reivindicação de Luis Recaséns Siches. Cf. SICHES, Luis Recaséns. *Experiência jurídica, natureza de la cosa y Lógica “razonable”*. México: fondo de cultura econômica, 1971. passim.

⁷⁴ ARISTÓTE, *Organon*, op. cit., p. 347.

⁷⁵ Idem, p.348.

⁷⁶ Ibidem.

⁷⁷ Ibidem

simplesmente "raciocínios", visto que parecem raciocinar, mas na realidade não o fazem.

Além de todos os raciocínios mencionados existem os paralogismos ou falsos raciocínios, que partem de premissas peculiares às ciências especiais, "*como acontece, por exemplo, na geometria.*"⁷⁸ Esta forma de raciocínio parece diferir das indicadas acima na medida em que o homem que traça uma figura falsa raciocina a partir de coisas que não são primeiras nem verdadeiras, nem tampouco geralmente aceitas, mas sim falsas.

Com efeito, o modo de proceder desse homem não se ajusta às definições anteriores dos raciocínios, pois, ele não pressupõe opiniões que sejam admitidas por todos, pela maioria, ou pelos filósofos, mas conduz o seu raciocínio com base em pressupostos que, embora apropriados à ciência em causa, não são verdadeiros. O seu paralogismo se fundamenta numa falsa descrição dos semicírculos, ou no traçado errôneo de certas linhas.⁷⁹

Assim, pode-se ter um panorama geral dos argumentos, ou raciocínios para Aristóteles. No que tange ao interesse do presente estudo, principalmente em relação à história do modo de argumentar em Direito, é importante a explicação mais detalhada do que vem a ser a analítica, ou demonstração, e a dialética para Aristóteles. Isto se justifica pelo fato de Chaïm Perelman contrapor esses dois tipos de argumentação quando trata da forma própria de proceder em Direito, sendo a diferenciação de suma importância para melhor entendimento das teorias do autor.

⁷⁸ ibidem;.

⁷⁹ Ibidem.

1.2.1 A demonstração ou analítica para Aristóteles

Como explicado acima, para Aristóteles, só é possível alcançar ao verdadeiro conhecimento científico através da demonstração. Como comenta Oswaldo Porchat Pereira,⁸⁰ “nenhuma outra forma há de ciência que não a demonstrativa”. Advertindo o mesmo autor, que a ciência não é a demonstração, mas a demonstração é o meio instrumental de sua efetivação. Assim, as duas características primordiais da ciência que são o conhecimento da causa e a necessidade, devem ser asseguradas pela demonstração (*apódexis*).⁸¹ Como ensina Enrico Berti:

“O silogismo em geral é definido por Aristóteles como um discurso, isto é, um raciocínio, uma argumentação na qual, postas algumas ‘premissas’ (ao menos duas denominadas ‘maior’ e menor), alguma coisa diverso delas (denominada conclusão) resulta necessariamente, somente pelo fato de existirem [...] As premissas são a causa necessária e ao mesmo tempo suficiente da conclusão, por isso a conclusão resulta necessariamente dela.”⁸²

Essa definição de silogismo está contida no livro *Primeiros Analíticos* ou *Analíticos Anteriores*, e dela conclui-se que se pode ter silogismo em geral quando as premissas são a causa da conclusão.⁸³ Tem-se um silogismo demonstrativo quando as premissas das quais ele parte são verdadeiras e primeiras, ou quando o conhecimento que delas se tem provém originariamente de premissas primeiras e verdadeiras.

Por sua vez, a demonstração é um silogismo científico em que, das premissas universais chega-se a conclusões particulares, ou seja, a dedução, que é capaz de dar às ciências o conhecimento da causa dotado de necessidade.⁸⁴ Essas premissas são também chamadas de princípios próprios, ou seja, princípios de uma certa ciência em particular e não princípios gerais para todas as ciências (axiomas). Esses princípios próprios podem ser de três tipos: definições, hipóteses e postulados. As definições

⁸⁰ PEREIRA, Oswaldo Porchat. *Ciência e Dialética em Aristóteles*. Op. Cit. p.68.

⁸¹ Daí porque Enrico Berti chama a demonstração também de apodictica. Cf. BERTI, Enrico. *As razões de Aristóteles*, op.cit. p. 5.

⁸² Ibidem.

⁸³ Cf. ARISTÓTELES, *Organon*..op.cit. p. 112 (Analíticos anteriores 24 b 170)

⁸⁴ Cf. BERTI, ENRICO. *As razões de Aristóteles*. Op. Cit. p.6.

exprimem a essência de uma coisa. As hipóteses dizem respeito a sua existência ou não. Já os postulados são proposições aceitas em uma ciência e demonstradas numa ciência superior. Além dos princípios próprios, que são aquilo a partir do que se demonstra, é necessário admitir outros princípios que são comuns a todas as ciências como o princípio da não-contradição e o princípio do terceiro excluído.⁸⁵

Portanto, como dito, para Aristóteles o conhecimento pela demonstração se dá através dos silogismos científicos, e estes por sua vez, têm lugar quando as premissas são verdadeiras, primeiras, imediatas, mais conhecidas, anteriores e causa da conclusão.⁸⁶ Portanto, somente sob tais condições é possível a demonstração. Mas deve-se aqui levar em consideração que a demonstração é um determinado tipo de silogismo, o único capaz de produzir o conhecimento verdadeiro. A ele se opõe outro tipo de silogismos que é o silogismo dialético, que será estudado no ponto a seguir.

Note-se que o interesse da demonstração está em garantir a verdade da conclusão com base nas premissas verdadeiras e a dedução é meio da verificação de tal tese.

Perelman vai dizer que, em Direito, não se pode operar apenas com este tipo de silogismo, pois, nem sempre, está em jogo a busca de uma verdade científica,⁸⁷ mas sim uma ação humana.

1.2.2 A Dialética para Aristóteles

Sob o título “dialética” ou “arte da conversação” é que surgem as reflexões acerca da argumentação.⁸⁸ Pode-se encontrar a aparição desta discussão já nos chamados filósofos pré-socráticos. Aristóteles atribui a Zenão de Eléa como sendo o

⁸⁵ Idem. P. 7.

⁸⁶ CF ARISTOTELES, *Organon*.. p. 254. (Analíticos posteriores I, 71 b 21)

⁸⁷ E isto tem relação com o que Perelman entendia por Direito.

⁸⁸ Cf. SICHES, Luis Recaséns. Op.cit. p. 338.

seu inventor e explica que Sócrates, com o jogo de perguntas e respostas na busca da verdade, utilizava a dialética como forma instrumental para ganhar os debates. Na *Metafísica*,⁸⁹ Aristóteles explica que as principais contribuições de Sócrates para o desenvolvimento da Dialética são a introdução dos conceitos de indução (*epagogé*) e de definições universais.

No entanto, foi Aristóteles que com um instrumento sistemático construiu uma verdadeira teoria da argumentação de tal forma que ainda hoje segue pré-condicionando o seu desenvolvimento.⁹⁰ A lógica e o sistema de Aristóteles, repudiado na modernidade e de maciça aceitação na idade média, é que voltam a ser redescobertos, sobretudo como forma de aceitar o conhecimento discursivo prático como sendo racional e como teoria da argumentação.⁹¹

A origem dos termos “dialética” e “diálogo” são próximos e remontam à Grécia Antiga, etimologicamente, derivam da palavra “Logos” (discurso). Desde Aristóteles, pode-se compreender que existem dois tipos de consideração sobre a questão: o diálogo dialético e debate retórico, ambos com características parecidas, porém ordenadas e destinadas a um uso diferente, como será explicado mais adiante.

Em Aristóteles, o silogismo dialético é aquele que não parte de premissas necessárias, mas de premissas admitidas,⁹² a partir das opiniões geralmente aceitas.⁹³ O silogismo analítico, ou demonstrativo, como acima explicado, toma por premissas proposições universais, primeiras e necessárias. O silogismo dialético, por sua vez, toma por premissas opiniões. Portanto, é da utilidade prática que surge a sua

⁸⁹ ARISTOTE. *La Métaphysique*. p. 442 (1078b).

⁹⁰ PEREDA, Carlos – *Teorías de la argumentación*, in OLIVÉ, Leon. *Enciclopedia Ibero Americana de Filosofía – Racionalidad epistémica*. Madrid: Trotta, 1995, p. 74.

⁹¹ Esta é sem dúvida a proposta de Chaïm Perelman que interessa à esta pesquisa.

⁹² *Endoxas*. Enrico Berti se insurge contra as traduções de *endoxa* por verossímeis, por entender que a palavra verossímil traz consigo a idéia de ausência de verdade. Também se põe contra a tradução de *endoxas* por prováveis, pois, esta palavra traz o sentido estatístico não incluso no uso que Aristóteles teria feito de *endoxas*. Prefere *endoxas* como opiniões autorizadas que são partilhadas pelos interlocutores e que são premissas do silogismo dialético. Cf. BERTI, Enrico. *As razões de Aristóteles*. Op. cit. p.25.

⁹³ Cf. ARISTÓTELES, *Organon*. op. cit..p.348 (Tópicos - 100b18)

necessidade e o que interessa ao presente estudo. Porém, para uma compreensão global do que vem a ser a Dialética de Aristóteles, mister se faz analisar um pouco mais esse sistema.

A dialética possui inegável utilidade prática, contudo, para Aristóteles ela é útil para além desse uso.⁹⁴ Nos *Tópicos* explica os domínios nos quais é importante a dialética. Afirma que as possibilidades de seu uso não são limitadas a um exercício do raciocínio – um emprego pessoal –, ou a uma idéia para falar em assembléias políticas – um emprego público –, mas pode ser utilizada pelas ciências filosóficas.⁹⁵

Em primeiro lugar, a dialética é útil como exercício intelectual, pois, é método para raciocinar em torno de um problema e, em segundo lugar, nos “*encontros causais*,”⁹⁶ onde se deve navegar por meio de opiniões, de acordo com Enrico Berti.⁹⁷ Um exemplo desse tipo de utilidade seriam “as discussões políticas”, onde não é possível fazer apelo aos primeiros princípios.

Diz Aristóteles,⁹⁸ que a dialética tem ainda utilidade em relação às bases últimas dos princípios usados nas diversas ciências, pois é impossível discuti-las a partir dos princípios peculiares à própria ciência, visto que estes são anteriores a tudo mais. Por isso, é à luz das opiniões geralmente aceitas sobre as questões particulares que eles devem ser discutidos, e essa tarefa compete propriamente à dialética, pois, esta tem um caráter investigatório capaz de ser o caminho que conduz aos princípios de todas as investigações.

O argumento dialético, adverte Richard McKeon,⁹⁹ não é um argumento científico, pois, ele concerne às opiniões dos homens e não à natureza das coisas. O conhecimento das coisas e suas propriedades, porém, é expresso pelas opiniões, e a

⁹⁴ Cf. IRWIN, T.H. op.cit. p 37.

⁹⁵ ARISTÓTELES, *Organon...* Op. cit...p. 349.

⁹⁶ Ibidem (Tópicos – 101A 25)

⁹⁷ BERTI, Enrico. *As razões de Aristóteles*. Op. cit. p. 34.

⁹⁸ ARISTÓTELES, *Organon*. Op. cit p. 350.

⁹⁹ McKEON, Richard. *Greek Dialectics: Dialectic and Dialogue*. In PERELMAN, Chaim et all - *Dialectic and Rhetoric, in Dialectic – Dialectiques*, ED.Martinus Nijhoff. Holanda: 1975. p. 12.

dialética examina as opiniões dos homens e pode ser usada como propedêutica da inquisição científica ou para testar os princípios das demonstrações científicas.

É este terceiro modo que intervém de maneira mais determinante na elaboração do sistema aristotélico.¹⁰⁰ No livro VI da *Ética a Nicômaco*,¹⁰¹ Aristóteles afirma que os primeiros princípios são apreendidos pela intuição, o *noûs*. É a maneira pela qual é possível ascender ao conhecimento dos primeiros princípios. Nos *Tópicos* e na *Metafísica*, toma o problema por um outro lado e não se pergunta mais como é possível conhecer os primeiros princípios, mas como se pode explicá-los. Do que, pode-se concluir que alguns não têm acesso intuitivamente aos primeiros princípios, e que é possível lhes permitir o acesso pelo discurso, não fazendo apelo à intuição.

O método que permite explicar os primeiros princípios a outro procede por silogismos dialéticos. Ele seria inútil se todos tivessem a intuição dos primeiros princípios. É, portanto, a partir da consideração do gênero humano que se permite comprovar a utilidade da dialética. Além disso, Aristóteles atribui à sabedoria a função de dar acesso à intuição dos primeiros princípios, pois o conhecimento deles não é inato no homem. Assim, a dialética é útil a todos como chave de acesso aos primeiros princípios. E, como diz Jean-Marie Le Blond,¹⁰² a dialética é o “método geral” do conhecimento de Aristóteles.

Explica Aristóteles, então, que o emprego filosófico ou científico da dialética é duplo. De um lado, recorre-se à dialética na busca dos primeiros princípios de cada ciência,¹⁰³ não apenas os princípios próprios, mas também os princípios comuns, pois os princípios de um e de outro gêneros são proposições que, por serem primeiros, não podem ser demonstrados, quer dizer, não podem ser derivados de outras proposições universais nem conhecidos através da demonstração.

¹⁰⁰ E este é o ensinamento o qual que Enrico Berti dedica na sua obra.

¹⁰¹ ARISTÓTELES, *Ética a Nicomaco*. Op. Cit. passim.

¹⁰² LE BLOND, Jean-Marie. *Logique et methode chez Aristote*, Paris: Vrin, 1970, p. 57.

¹⁰³ ARISTÓTELES, *Organon*. Op. cit..p. 350.

As proposições dialéticas são, assim, diversas das demonstrativas. Ambas diferem em relação à matéria. As demonstrativas ou apodicticas, demonstram em busca da verdade, as dialéticas, ao contrário, são prováveis. As primeiras partem de premissas evidentes e as segundas de premissas opináveis. Assim, é pelo fato das premissas serem opináveis que na dialética se está sujeito ao diálogo. Mas, como adverte Luis Xavier López Farjeat,¹⁰⁴ não é pelo fato da dialética admitir o diálogo que ela se torna algo como a sofística ou as falácias pois, Aristóteles entende que a dialética é parte da lógica. Portanto, de fato, o que ensina a dialética é uma forma de argumentação para qualquer tipo de discussão.

Assim, a dialética revela-se de uma importância decisiva quando se está na presença de duas proposições opostas (contrárias ou contraditórias),¹⁰⁵ onde cada uma delas tem o mesmo valor probante, de modo que se tem uma pausa na investigação e não se pode decidir, pelos moldes demonstrativos, qual das duas é a verdade.¹⁰⁶

No que concerne ao Direito e sua aplicação prática, principalmente naquilo que Perelman vai centrar sua teoria, a dialética é um procedimento capaz de dar conta da matéria contingente (não necessária) e o silogismo dialético, partindo de premissas que são admitidas a partir de opiniões geralmente aceitas, é o instrumento capaz de dar conta da matéria envolvida na discussão. Os raciocínios jurídicos são, nesta perspectiva, raciocínios dialéticos, e não analíticos. A lógica jurídica não é uma lógica de demonstração formal, mas uma lógica argumentativa, que não utiliza provas analíticas, mas dialéticas, que visam o convencimento do juiz no caso concreto.

O Direito, nesta perspectiva, não pode partir de premissas consideradas verdadeiras, pois, assim, só haveria uma decisão possível e obrigatória. Quando as premissas são enfraquecidas no seu rigor, através da dialética, não se impõe uma

¹⁰⁴ FARJEAT, Luis Xavier López.. Op.cit. p.64.

¹⁰⁵ ZANATTA, Marcello – *Dialectique et science chez aristote* - In, BASTIT, Michel et FOLLON, J. *Logique et metaphysique dans l'organon d'Aristote – acte du colloque de dijon*. Louvain:Editions Peeters/Louvain-la-neuve, 2001. p. 142.

¹⁰⁶ McKEON, Richard. Op. cit. p. 12.

decisão como obrigatória, mas como a mais provável ou a melhor possível, naquele caso concreto.

1.3 Dialética, Argumentação Jurídica e Justiça

Depois de visto o procedimento dialético e de estabelecido que este é capaz de tratar da matéria prática é necessário analisar outro propósito da teoria da argumentação, a saber, a relação da teoria da argumentação e a teoria do direito.

A dialética é o instrumento do raciocínio que trata de matéria não necessária, e neste sentido é que se vincula e adapta aos procedimentos judiciais. Mas apenas um procedimento não é suficiente para explicar o fenômeno da argumentação jurídica.¹⁰⁷

Como já foi dito que a tese que aqui se pretende apresentar é que existe uma relação interna entre a teoria do direito e a teoria do raciocínio jurídico. Não pode existir uma teoria do direito sem que se tenha uma teoria do raciocínio jurídico, e uma teoria do raciocínio jurídico adequada, pressupõe uma teoria do direito. Esse é o projeto de Chaïm Perelman. Portanto, será necessário recorrer à outra noção dorsal da teoria de Aristóteles que é a noção de Justiça.

1.3.1 A Justiça em Aristóteles

A idéia de Justiça está no centro do sistema ético de Aristóteles. Num sentido amplo, justiça é sinônimo de virtude, como diz Aristóteles¹⁰⁸ *“justiça é aquela disposição de caráter que torna as pessoas propensas a fazer o que é justo, que as faz agir justamente e a desejar o que é justo”*. Esta é também chamada de Justiça Universal,¹⁰⁹

¹⁰⁷ Insisto nesta tese, pois, a teoria da argumentação jurídica de Perelman, tal como a de Aristóteles, não é meramente procedimental, mas sim vinculada a Teoria do Direito o que será objeto de prova do capítulo III.

¹⁰⁸ ARISTÓTELES, *Ética a Nicômaco*. Op. Cit. p. 103. (1129a 7)

¹⁰⁹ Cf. HÖFFE, Otfried. *Aristóteles*. In, RENAUT, Alain. *História da Filosofia Política 1 – A liberdade dos antigos*. Lisboa: Instituto Piaget. 2001. p. 145.

na medida em que constitui a totalidade da virtude ou virtude completa.¹¹⁰ E num sentido estrito, é aquele elemento que ordena as relações humanas na *polis*.¹¹¹

Neste último sentido de justiça como reguladora das relações humanas na *pólis*, pode-se dizer que existem, também, duas espécies de justiça: a geral ou legal¹¹² e a particular.

A justiça geral ou legal está ligada à lei. Pode-se dizer que é a observância a lei, o respeito à legislação da *polis*, ou seja, é a conformidade da conduta de um indivíduo à lei.¹¹³ Note-se, como adverte Michel Villey que “a justiça assim entendida ultrapassa largamente os limites do ‘direito’, já que engloba toda a moral...”. Desse modo, no pensamento de Aristóteles as leis formam a estrutura da justiça geral ou legal, sejam elas leis escritas ou não, naturais ou positivas.¹¹⁴

Por sua vez, a justiça em particular, que têm por objetivo realizar a igualdade entre os sujeitos de uma determinada relação, é de dois tipos: distributiva e corretiva.¹¹⁵

A justiça distributiva é a justiça do legislador¹¹⁶ e têm por objetivo a distribuição com igualdade dos bens da *polis*. Assim, cabe ao legislador partilhar os bens divisíveis igual ou desigualmente, pois o justo é uma espécie de termo proporcional. Como assevera Aristóteles¹¹⁷ “se as pessoas não são iguais, não receberam coisas iguais”. Do que conclui Aristóteles,¹¹⁸ que a distribuição deve dar-se de acordo com o mérito de cada um, ficando a divergência em saber o que é o mérito.¹¹⁹

¹¹⁰ ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Op. Cit. p. 105. (1129b 30)

¹¹¹ Cf. DI LORENZO, Wambert Gomes. *O conceito de Justiça em Aristóteles*, in *Direito e Justiça – volume 22*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2000, p. 147.

¹¹² Cf. VILLEY, Michel. *Filosofia do Direito...* op. cit. p. 60.

¹¹³ Idem, p. 59.

¹¹⁴ Idem, p. 61.

¹¹⁵ Cf. MACINTYRE, Alasdair. *Justiça de quem? Qual racionalidade?* São Paulo: Loyola. 2001. p.118.

¹¹⁶ Cf. DI LORENZO, Wambert Gomes. Op. Cit. p. 153.

¹¹⁷ ARISTÓTELES, *Ética a Nicômaco*. op. cit. p. 109 (1131 a 20 – 25)

¹¹⁸ ibidem.

¹¹⁹ Diz Aristóteles “embora nem todos especifiquem a mesma espécie de mérito: os democratas o identificam com a condição de homem livre, os partidários da oligarquia com a riqueza (ou nobreza de

A justiça corretiva, por conseguinte, é a justiça do juiz¹²⁰ e visa restaurar, na medida do possível, a ordem que foi destruída por uma ação, voluntária ou involuntária.¹²¹ O juiz exerce a função de solucionar disputas e distribuir punições com o objetivo de restabelecer a igualdade. Nesse sentido a justiça corretiva será “o *meio-termo entre a perda e o ganho*.”¹²² Portanto, recorrer ao juiz é recorrer à justiça, pois, o juiz será um intermediário ou mediador que tem a função de restaurar a igualdade perdida.

A justiça corretiva divide-se em duas: a comutativa que regula as transações comerciais,¹²³ os contratos, as compras e vendas – trata, portanto, das transações voluntárias e visa estabelecer a proporcionalidade entre prestação e contra prestação; e, a justiça reparativa que trata daquelas ações que produzem dano a *polis*, reprimindo a injustiça, reparando o dano e estabelecendo, se necessário, uma punição.¹²⁴

Existe ainda para Aristóteles uma outra acepção de justiça que é a equidade. Segundo Perelman,¹²⁵ para Aristóteles o equitativo é também justo, não o legalmente justo, mas, uma correção da justiça legal. De fato, diz Aristóteles,

"Quando a lei estabelece uma regra geral e surge um caso que não é abarcado por essa regra, então é correto (visto que o legislador falhou e errou por excesso de simplicidade), corrigir a omissão, dizendo o que o próprio legislador teria dito se estivesse presente, e o que teria incluído na lei se tivesse previsto o caso em pauta."¹²⁶

A razão disso é que toda lei é universal muito embora em determinadas situações não seja possível regular universalmente casos particulares. Portanto,

nascimento), e os partidários da aristocracia com a excelência”. ARISTÓTELES, *Ética Nicômaco*. Op.cit. p. 109. (1131 a 27).

¹²⁰ A palavra grega é *dikastês*, que será usada posteriormente em latim por *judex*. Cf. VILLEY, Michel. *Filosofia do Direito*. op.cit. p. 65.

¹²¹ ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Op. Cit. p. 110. (1131 b 25)

¹²² Idem, p. 111.

¹²³ Cf. HÖFFE, Otfried. Op. Cit. 146.

¹²⁴ Cf. DI LORENZO, Wambert Gomes. Op. Cit. p. 156.

¹²⁵ PERELMAN, Chaïm. *Ética e Direito*. Op. Cit. p. 71.

¹²⁶ ARISTÓTELES, *Ética a Nicômaco*. Op. Cit. p. 125 (1137b 20)

através da equidade poderá o juiz num determinado caso concreto corrigir a imperfeição da lei, que seria válida em casos habituais, mas que não o é no caso extravagante.¹²⁷

Por sua vez a equidade é a concreção do meio-termo entre o excesso e a falta. É aplicação prudente da lei. Ora, nem sempre é possível para o legislador contemplar todas as situações da vida, sendo essencial a perquirição do fim último das ações humanas, no caso do direito, ser instrumento de realização da justiça. Por isso, a equidade é peça fundamental no sistema da argumentação, pois confere à justiça um estatuto não meramente formal na medida em que a própria regra aplicada ao caso particular deverá ser justa.

Assim, a equidade é forma de correção da obscuridade e da incompletude,¹²⁸ tendo em vista que toda a teoria de Perelman vai centrar a preocupação no decidir, isto é, nas razões colocadas pelo juiz quando, diante de um caso concreto, aplica a lei, interpreta, com o intuito de tornar a decisão coerente e aceitável, bem como, conforme o fim do Direito.¹²⁹

1.3.2 Dialética, Justiça e Argumentação Jurídica

Como acima dito, para Aristóteles existem dois usos fundamentais da justiça a geral e a particular. Como ressalta Michel Villey,¹³⁰ essa idéia geral de justiça não é de todo esclarecedora, pois ela não distingue, não identifica os comportamentos específicos dos homens. De outra parte, segundo o conceito particular de justiça,

¹²⁷ Cf. PERELMAN, Chaïm. *Ética e Direito*. Op. Cit. p. 71.

¹²⁸ Idem, p. 73.

¹²⁹ Chaïm Perelman vai dizer que “o poder concedido ao juiz de interpretar e, eventualmente, de completar a lei, de qualificar os fatos, de apreciar, em geral livremente, o valor das presunções e das provas que tendem a estabelecê-los, o mais das vezes basta para permitir-lhe motivar, de forma juridicamente satisfatória, as decisões que seu senso de equidade lhe recomenda como sendo, social e moralmente, as mais desejáveis.” PERELMAN, Chaïm. *Ética e Direito*. Op. Cit. p 489.

¹³⁰ VILLEY, Michel. *Filosofia do Direito*. Op.cit. p. 63.

homem justo é aquele que só goza do que é seu, nem mais nem menos daquilo que lhe cabe, de acordo com a partilha feita pela comunidade, que participa da ordem universal.

Se o primeiro uso da justiça (*dikaion*) é aquela vinculada à virtude da justiça é o que anteriormente chamou-se justiça em geral, o segundo uso da justiça, a justiça particular (*dikaion*) é o direito como medida determinada de algo finito, a saber, a justa proporção que cabe a cada particular, definida pela ordem social em que está inserido, por meio do juiz (*dikastés*).¹³¹

Enquanto medida estabelecida pela comunidade, o direito como justiça particular é, por assim dizer, um atributo natural da política e porque o homem é por natureza social a perfeição dessa natureza humana inclui a virtude social por excelência, a saber, a justiça e o direito.¹³² Devido a esse caráter político, não pode haver direito sem juízes, um terceiro desinteressado, constituído pela *polis*, para que a justa proporção seja obedecida entre os particulares.

Para Michel Villey,¹³³ interpretando o Livro V de *Ética à Nicômaco*, o direito (*to dikaion*) é formado por três atributos: é um objeto; uma proporção; o meio entre dois extremos.

No primeiro modo, o direito é um objeto exterior ao homem, pois, o direito não é uma abstração, mas sim, o que é justo. Ou seja, é a justa partilha de bens e responsabilidades em uma comunidade. A comunidade não se sustenta sem a política, e por sua vez, esta é constituída pelas relações justas entre cidadãos. Assim, o direito é uma relação justa entre pessoas. O direito não se confunde, por conseguinte, com um conjunto de textos, direito é ato justo. O direito é também uma proporção, como *analogon*, o direito que cabe a cada um não é exatamente o mesmo. Nota Michel Villey¹³⁴ que a igualdade em grego, *to ison*, corresponde à idéia de “*justo meio-termo*”, ou seja, de medida adequada e nunca de uma proporção aritmética. Nesse sentido, o que é igual comporta o diferente, de acordo com a repartição universal refletida na

¹³¹ Idem, p. 64.

¹³² Cf. STRAUSS, Leo. *Droit Naturel et Histoire*. Paris: Flammarion, 1986. p. 123.

¹³³ VILLEY, Michel. *Filosofia do Direito*. Op.cit, p.71 e segs.

¹³⁴ Idem, p. 74.

organização da *polis*. O direito é, em um último sentido, um meio entre dois extremos. Nesse caso, direito é produto da dialética, da arte de confrontar posições contraditórias, levando em conta a verdade de cada uma delas. Por isso, esse meio não é uma medida exata, mas um justo meio, uma medida posterior ao confronto judiciário.

Como foi visto no decorrer deste capítulo os raciocínios dialéticos, expostos por Aristóteles no livro dos *Tópicos*, não se referem às demonstrações científicas (apodíticas), mas às deliberações e às controvérsias. Diferentemente dos raciocínios analíticos (apodíticos), que partem de premissas verdadeiras e primeiras, esses raciocínios partem de opiniões geralmente aceitas e, por isso, são apenas prováveis. Funcionam como meio de persuasão e de convencimento por um discurso cuja função é levar a uma decisão.

A estrutura da argumentação dialética, que motiva uma decisão, é diferente do silogismo científico, pelo qual se passa das premissas à conclusão necessariamente. A passagem dos argumentos dialéticos à decisão, ao contrário, não é obrigatória, pois uma decisão envolve sempre a possibilidade de decidir de outro modo ou, simplesmente, de não decidir. Sendo, neste sentido, também um ato de vontade.

E nessa perspectiva é que Aristóteles é o verdadeiro fundador de uma teoria da argumentação jurídica nos moldes das teorias contemporâneas. Os raciocínios jurídicos são raciocínios dialéticos, e não analíticos. A lógica jurídica não é uma lógica de demonstração formal, mas uma lógica argumentativa, que não utiliza provas analíticas, mas dialéticas, que visam o convencimento do juiz no caso concreto.¹³⁵

O Direito não parte, necessariamente, de premissas consideradas verdadeiras, pois, assim, só seria possível chegar a uma decisão obrigatória. Quando as premissas são enfraquecidas, através da dialética, não se impõe uma decisão como obrigatória, mas como a mais provável, razoável, ou como sendo a melhor possível naquele caso concreto.

¹³⁵ Cf. PERELMAN, Chaïm. *Lógica jurídica*. Op. Cit. p.2.

Assim, necessário explicar, também, que ao chegar a uma decisão concreta possível, aceita, razoável explica-se a relação entre justiça e dialética, que Aristóteles legou à Chaïm Perelman. A justiça é o fim último do Direito. Para que o direito realize o seu fim os raciocínios jurídicos devem formar-se nas bases dialéticas, atentos aos casos concretos e não apenas de modo a contemplar o universal. O justo é aqui o concreto do ato particular.

CAPÍTULO II

2 – A TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO NA ROMA ANTIGA, NA IDADE MÉDIA E NA MODERNIDADE – O PONTO DE PARTIDA DA CRÍTICA DE CHAÏM PERELMAN

Depois de ter-se resgatado o ponto de partida da construção da teoria do direito e da argumentação de Chaïm Perelman, a saber, Aristóteles, faz-se necessário expor como as teorias da argumentação e da justiça foram sendo entendidas no período histórico do Ocidente que separam os estudos aristotélicos e as teorias perelmanianas.

Note-se que o pensamento de Chaïm Perelman, das obras de referência, segue como fio condutor e o estudo deste capítulo está dirigido à complementar a construção da teoria do autor. Portanto, serão agora tratadas as questões concernentes ao tema em dois momentos diferentes.

No primeiro, apresentando teorias complementares e compatíveis com as de Aristóteles e Chaïm Perelman, como a reflexão da *Tópica* de Cícero, que aqui interessa mais pelo valor histórico do que propriamente como fonte de Perelman, e as teorias da argumentação e da Justiça em Tomás de Aquino, que é chave fundamental da aceitação de uma teoria aristotélica no Ocidente, mormente na tradição judaico-cristã.

No segundo, serão tratadas as teorias sob as quais Chaïm Perelman lança olhar crítico e propõe a reformulação da concepção de Direito. Aqui serão utilizadas as referências do autor a momentos históricos precisos como o surgimento do direito natural racionalista e o processo das grandes codificações.

Por fim, tratar-se-á, no presente capítulo, da forma como Perelman toma o positivismo jurídico de Hans Kelsen e o coloca no centro do ataque de sua teoria do Direito e da argumentação jurídica.

Oportuno esclarecer que a escolha por abordar aqui determinadas teorias do direito e não apresentar outras que são fundamentais para a compreensão global de uma evolução histórica do modo de pensar em Direito, é absolutamente proposital haja vista que se está aqui seguindo como referência a obra de Chaïm Perelman e não o tratamento abrangente da formulação do estatuto metodológico do direito na completude do pensamento ocidental. Assim, as omissões são propositas e tomam por base àquelas contidas na obra de Perelman.

2.1. A Tópica de Cícero.

No ano 44 a.c, quase trezentos anos após Aristóteles ter escrito o livro dos *Tópicos*, Cícero escreveu uma obra chamada de *Tópica* destinada ao jurista Trebacio Testa e foi inspirada na preocupação dos *Tópicos* de Aristóteles onde se deveria encontrar um método para dispor de elementos de prova aplicáveis a todo tipo de discussão pensável.¹³⁶

Diferentemente de Aristóteles, Cícero não propõe uma distinção das formas argumentativas entre científicas e dialéticas, mas propõe que o discurso ou argumentação seja dividido em duas partes:¹³⁷ a arte do descobrimento, ou tópica; e a arte do juízo sobre a prova ou dialética.

O modelo proposto pela *Tópica* de Cícero é de apresentar-se como catálogo de tópicos, ou seja, como modelo prático de argumentar.¹³⁸

Em *Da República*,¹³⁹ por sua vez, Cícero descreveu um sistema de justiça válido sempre e em toda parte como sendo uma lei verdadeira e existente, reta razão conforme a natureza, presente para todos, de modo que nenhuma lei do senado

¹³⁶ Cf. VIEHWEG, Theodor. Op. Cit. 45.

¹³⁷ Cf. SICHES, Luis Recaséns. Op. Cit. p. 349.

¹³⁸ Cf. VIEHWEG, Theodor. Op. Cit. p. 48.

¹³⁹ CÍCERO, Marco Túlio. *Da República*. São Paulo: Ediouro, 1995. p. 75.

poderia invalidá-la ou anulá-la. Este sistema, que Michel Villey¹⁴⁰ chamou de sistema de moral universal, levou Perelman¹⁴¹ a reconhecer que a proposta de um direito natural de um sistema de justiça válido em toda parte fora proposto pelos estóicos¹⁴² e visavam limitar, quando necessário, as aplicações injustas do sistema romano.¹⁴³

Note-se que no pensamento de Cícero, como ensina Siches,¹⁴⁴ pode-se encontrar a presença dos principais traços característicos da jurisprudência romana, a saber, a primazia da ação sobre o pensamento puro. Isto significa dizer que o autêntico Direito Romano Clássico e a jurisprudência elaborada por seus jurisconsultos estava disposta ao pensamento sobre problemas, ou seja, do pensamento do tipo dialético ou argumentativo.¹⁴⁵

Como afirma Michel Villey,¹⁴⁶ o direito romano clássico tinha na observância da justa proporção o fim do direito, ou seja, o jurista romano pensava o direito como sendo exercido a serviço da Justiça.

2.2A teoria da argumentação de Aristóteles em Tomás de Aquino

A formulação da teoria do Direito e da argumentação jurídica de Chaim Perelman, que faz uma retrospectiva histórica do modo de argumentar em Direito,

¹⁴⁰ Cf. VILLEY, Michel. *Leçons d'histoire de la philosophie du droit*, Paris: Dalloz, 1957. 146.

¹⁴¹ Cf. PERELMAN, Chaim. *Lógica jurídica*, op. Cit. 17.

¹⁴² A tese apresentada, e não desenvolvida, por Chaim Perelman no parágrafo 10º, da obra *Lógica jurídica* é de veras polêmico haja vista que a doutrina, na maior parte das vezes vincula a lei natural no pensamento de Cícero à lei eterna com fundamento divino. A observação de Perelman sobre laicizar o sistema das leis em Cícero merece ser tomada de forma fraca, diversa daquela proposta pelos teóricos racionalistas e no contexto histórico do pensamento estóico. Tal investigação, contudo, extrapola o objeto do presente estudo. A este respeito consulte-se: MARTINEZ, Jorge Ayala. *Derecho Natural antiguo y medieval* – in, DE BONI, Luis A. (org). *A recepção do pensamento Greco-romano árabe e judaico pelo ocidente medieval*. Porto Alegre: Edipucrs, 2004. p. 750.

¹⁴³ E aqui Perelman explica que as ambições dos teóricos racionalistas do século XVII eram diferentes, eles queriam elaborar um sistema de direito válido como jurisprudência universal inteiramente fundamentada em princípios racionais. *Lógica jurídica*, op. Cit. 17.

¹⁴⁴ Cf. SICHES, Luis Recaséns. Op. Cit. p. 350.

¹⁴⁵ Neste sentido consulte-se KASER, Max. *Direito privado romano*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999.

¹⁴⁶ VILLEY, Michel. *Filosofia do Direito*..op.cit. p. 91.

tomando por base, como dito, a dialética de Aristóteles, omite-se em tratar da questão na obra de Tomás de Aquino.¹⁴⁷

A omissão do autor, propositada ou não, não diz respeito à falta de conhecimento da questão da justiça e da argumentação em Tomás de Aquino, o que pode ser confirmando pelas inúmeras publicações nas quais Perelman participou junto com o professor de filosofia do direito francês Michel Villey, sobretudo, na consagrada coleção dos *Archives de Philosophie du Droit* na França, coleção que foi coordenada por Villey até sua morte, bem como, na coleção *Études de logique juridique* publicada por Chaïm Perelman em Bruxelas. Lembra-se que em diversas vezes Michel Villey tratou da questão do direito, da dialética e da argumentação em Tomás de Aquino.¹⁴⁸

Com efeito, a breve exposição que será feita sobre a teoria da argumentação de Aristóteles na obra de Tomás de Aquino se justifica de duas maneiras. A primeira, por ser Tomás de Aquino autor chave da recepção das concepções aristotélicas no Ocidente judaico-cristão na Idade Média.¹⁴⁹ A segunda, porque essas teorias estavam na ordem do dia das discussões em que Perelman se envolvia, como dito acima.

A advertência necessária para a correta compreensão da exposição que segue é que as obras de Tomás de Aquino que aqui serão utilizadas são aquelas que dizem respeito a Tomás de Aquino enquanto comentador de Aristóteles e não necessariamente sua própria apreciação da matéria, já que estes comentários não

¹⁴⁷ Diz-se aqui que Chaïm Perelman se omite em tratar da obra de Tomás de Aquino quando nas obras de referência apresenta a Nova Retórica e a lógica jurídica. Importante salientar que o autor tem uma obra dedicada a filosofia moral na antiguidade e na idade média onde analisa a questão da moral e da justiça em Tomás de Aquino. Cf. PERELMAN, Chaïm, *Philosophie morale – L'antiquité e le moyen âge*. Bruxelas: Presse universitaires de Bruxelles, 1967.

¹⁴⁸ Consulte-se a este respeito. VILLEY, Michel. *Questions de Saint Thomas sur le Droit et la Politique*. Paris: PUF, 1987. VILLEY, Michel. *Leçons d'histoire de la philosophie du droit*. Paris: Dalloz, 1984. VILLEY, Michel. *La formation de la pensée moderne*. Paris: Montchrestien, 1986. VILLEY, Michel. *L'art du dialogue dans la Somme théologique – in, Archives de Philosophie du droit – tome 29 – dialogue, dialectique em philosophie et en droit*. Paris: Sirey, 1984.

¹⁴⁹ Poder-se-ia tratar da teoria da argumentação na Idade Média tomando por base o pensamento de Averrois que comentou os livros *Tópicos*, *Retórica* e *Poética* de Aristóteles, dentre tantos outros, a ponto de ser chamado de “o Comentador” de Aristóteles. Cf. AVERROIS. *Three Short Commentaries on Aristotle's 'Topics', 'Rhetoric' and 'Poetics'*. Nova Iorque: Albany, 1977. Sobre a influência dos filósofos árabes medievais na recepção da filosofia grega no ocidente consulte-se: STORCK, Alfredo. *Filosofia Medieval*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor. 2003.

estão destinados ao ensino, nem a difusão do pensamento maduro e consolidado, mas consiste numa meditação pessoal de Tomás sobre o tema, a fim de compreender melhor o seu sentido.

Com efeito, ainda que as teorias do direito, da justiça e da lei em Tomas de Aquino¹⁵⁰ ganhem dimensão e estatuto próprio independentemente de um comentário às obras de Aristóteles, não há sentido em tratar delas aqui, pois, como já foi dito Chaïm Perelman não se ocupou delas.

Portanto, a apreciação a seguir diz respeito à forma a qual Aristóteles foi lido e comentado por Tomás de Aquino na Idade Média, sobretudo relativamente a dois comentários de Tomás de Aquino referentes aos livros *Analíticos Posteriores*¹⁵¹ e *Ética a Nicômaco*¹⁵² de Aristóteles, que datam aproximadamente do ano de 1270, ou seja, no final da vida de seu autor.

Ao romper com a linhagem tradicional da Igreja Católica medieval, ancorada no pensamento agostiniano,¹⁵³ Tomás de Aquino situou-se na vanguarda de seu tempo. No século XIII sua obra, com fortes idéias aristotélicas, contribuiu para a adaptação e sobrevivência da fé cristã paralelamente à nova mentalidade racionalista que se tornaria, nos séculos seguintes, o fio condutor da civilização ocidental. Tomás de Aquino tem acesso ao pensamento helênico, na sistematização imponente de Aristóteles, enriquecido com os comentários pormenorizados, especialmente dos filósofos árabes. O primeiro contato com o pensamento de Aristóteles se deu quando Tomás de Aquino era aluno de Alberto Magno e secretariava seu mestre.

¹⁵⁰ A este respeito consulte-se: AQUINO, Tomás. *Suma Teológica – I-IIae. Q.90 e segs.* Madrid: BAC, 1947; FINNIS, John. *Aquinas – Moral, Political, and Legal Theory.* New York: Oxford University Press, 1998; RHONHEIMER, Martin. *Ley Natural y Razón Práctica – una visión tomista de la autonomía moral.* Navarra: EUNSA, 2000.

¹⁵¹ AQUINO, Tomás. *Comentário de los Analíticos Posteriores de Aristóteles.* Navarra: EUNSA, 2002.

¹⁵² AQUINO, Tomás. *Comentário a la Ética a Nicômaco de Aristóteles.* Navarra: EUNSA, 2001.

¹⁵³ A este respeito consulte-se: GILSON, Etienne. *Pourquoi Saint Thomas a critiqué Saint Augustin.* Paris: Vrin, 1981.

Como foi dito, Tomás comentou diversas obras de Aristóteles com o intuito de fazer uma reflexão aprofundada do autor para que fosse possível construir sua própria teoria.

Nos comentários aos *Analíticos Posteriores* Tomás de Aquino¹⁵⁴ acresce uma introdução, que chama de *proemio*, onde dá uma visão abrangente da lógica de Aristóteles. Infelizmente Tomás de Aquino não comentou o livro do *Tópicos*, mas pelo teor dos comentários dos *Analíticos Posteriores* a caracterização da diferença entre a analítica e a dialética estava absolutamente presente nos seus estudos.

Como já foi dito no capítulo Anterior existe uma polêmica sobre o tratamento da lógica de Aristóteles pelos medievais. Como Aristóteles tentou contemplar todo tipo de argumentação, na leitura dos comentários aos *Analíticos Posteriores* de Tomás de Aquino, é possível postular a existência, também, de uma argumentação retórica e poética como forma discursiva do conhecimento e situar o estudo da lógica de forma mais abrangente do que se entende por lógica Aristotélica contemporaneamente.¹⁵⁵

O texto de Tomás de Aquino dá conta da idéia de que os medievais teriam concebido a lógica no sentido amplo sendo possível identificar o método apropriado à matéria que se pretende tratar. Ou seja, a preocupação da lógica como instrumento não diz respeito apenas ao saber demonstrativo das ciências, mas a todo o tipo de saber humano. E como diz Tomás de Aquino¹⁵⁶ “*Tudo isto pertence à filosofia racional*”.

De fato, no *proemio*,¹⁵⁷ explica que existem vários tipos de raciocínios. O primeiro deles é o silogismo demonstrativo que trata de proposições por si necessárias na busca de uma certeza perfeita da ciência. O segundo tipo é o que não busca o alcance da ciência, mas sim uma opinião, são os tópicos ou dialética, que devido à probabilidade de suas proposições trata daquilo que é provável. O terceiro tipo é a

¹⁵⁴ AQUINO, Tomás. *Comentário de los Analíticos Posteriores de Aristóteles*. Op.cit. p 29.

¹⁵⁵ Consulte-se a este respeito: FARJEAT, Luis Xavier López. *Teorias aristotélicas Del discurso*. Navara: EUNSA, 2002.

¹⁵⁶ AQUINO, Tomás. *Comentário de los Analíticos Posteriores de Aristóteles*. Op.cit. p 31.

¹⁵⁷ *Ibidem*.

retórica que se ocupa de uma mera suspeita e o quarto diz respeito à poética, que trabalha com as belas representações.

Portanto, o tratado da lógica poderá ocupar-se de vários tipos de argumentações diferentes,¹⁵⁸ a saber: da lógica formal dos *Analíticos*, da flexibilidade argumentativa dos *Tópicos* e da lógica informal *da Retórica e Poética*.

No que diz respeito ao que aqui se estuda, a saber, a dialética ou arte de argumentar, é importante esclarecer que a dialética vive um momento de grande sucesso na Idade Média¹⁵⁹ sobretudo com a utilização da *quaestio* como método de perguntas e resposta nas disputas argumentativas muito utilizadas pelos juristas medievais.¹⁶⁰ Note-se que a dialética é o método apropriado para esta discussão quando se está na presença de duas proposições opostas,¹⁶¹ onde cada uma delas tem o mesmo valor probante, de modo que pelos moldes demonstrativos não se pode decidir, qual das duas é a verdade.¹⁶² Verifica-se a utilidade prática da dialética que tem nas suas premissas opiniões geralmente aceitas e coloca no discurso o critério para seu desenvolvimento, ou seja, o silogismo dialético é o instrumento apropriado para tratar da matéria contingente (não necessária).

Por outro lado, Tomás de Aquino comenta a *Ética a Nicômaco* de Aristóteles onde inicialmente trata de definir que existe uma filosofia moral e que esta filosofia moral é uma ciência prática. Após, nos mesmos comentários, expõe como se deve proceder para tratar da matéria própria desta ciência. Diz Tomás de Aquino,¹⁶³ logo no início dos comentários a *Ética a Nicômaco* que a razão não é apenas especulativa, mas também é prática.

¹⁵⁸ FARJEAT, Luis Xavier López. Op. cit. p.30.

¹⁵⁹ Cf. STORCK, Alfredo. *Filosofia Medieval*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003. p 20.

¹⁶⁰ Cf. BASTIT, Michel. *Question et dialectique chez Saint Thomas et les nominalistes*. In, *Archives de philosophie du droit – tome 29 – dialogue, dialectique en philosophie et en droit*. Paris: sirey, 1984. p. 73.

¹⁶¹ ZANATTA, Marcello op.cit. p. 142.

¹⁶² McKEON, Richard. Op. cit. p. 12.

¹⁶³ AQUINO, Tomás. *Comentário a la Ética a Nicômaco de Aristóteles*. Op. cit p. 75.

A matéria objeto do comentário, filosofia moral, considera as ações humanas enquanto ordenadas entre si e em relação ao fim, ou seja, as ações humanas que procedem da vontade do homem segundo a ordem da razão e que tendem a um fim. Considera que é necessário que todas as ações humanas sejam feitas para um fim, porque tudo que age deve necessariamente agir em busca de um fim, pois, caso contrário, o desejo seria vão. E mais, o agente não se move senão visando um fim, pois, se um agente não fosse determinado para algum fim ele não realizava nada. Esta determinação, que é da natureza racional, se faz pelo apetite racional, que se chama vontade.¹⁶⁴ Logo, é próprio da natureza racional tender para um fim, agindo por si mesma e se conduzindo para este fim.

Assim, pode-se dizer que para Tomás de Aquino agir conforme a razão é representar-se um bem como um fim e agir em busca dele, ainda que este bem seja aparente.¹⁶⁵

Quando Aristóteles,¹⁶⁶ na *Ética a Nicômaco*, discorre sobre a metodologia aplicável às ciências, dispõe que “*é insensato aceitar um raciocínio provável de parte de um matemático e exigir demonstrações científicas de um retórico*”, pois não se deve requerer a “*mesma precisão em todos os raciocínios.*”

Ora, diz Tomás de Aquino,¹⁶⁷ à matéria moral pertencem as ações virtuosas, sob as quais se dirige a ciência política. Sobre estas ações não há um juízo de certeza. Assim, como algo que alguns consideram justo pode ser considerado injusto por outros dependendo do lugar, do tempo e das pessoas, ele conclui que é possível dizer que nada é naturalmente justo e, o que é justo, só o é por força de uma lei. Por ser a matéria moral variada e imperfeita não há nela uma certeza determinável, mas sim, uma verdade figurada ou verossimilhança.

¹⁶⁴ Idem, p. 63.

¹⁶⁵ Aqui se fala em “bem” em geral

¹⁶⁶ ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Op. Cit. p. 19. (E. N Livro I, 1094 b 25)

¹⁶⁷ AQUINO, Tomás. *Comentário a la Ética a Nicômaco de Aristóteles*. op. cit. p. 68.

Nas ciências especulativas, nas quais se busca o conhecimento da verdade, é necessário proceder de maneira resolutiva, sendo suficiente conhecer qual a causa de um determinado fato. Mas nas ciências operativas, cujo fim é uma ação, deve-se operar de forma compositiva. Nelas é necessário conhecer, por quais movimentos ou operações, tal fato segue-se de uma causa.

Então, a tarefa da filosofia moral não se realiza em razão da contemplação da verdade, como a tarefa das ciências especulativas, senão em razão da operação. Nesta ciência, não se indaga o que é a virtude,¹⁶⁸ por exemplo, pelo simples fato de saber a verdade sobre ela, senão o que se faz para que, adquirindo a virtude, os homens se façam bons. Pois, se a busca dessa ciência fosse apenas pelo conhecimento da verdade seria pouco útil. Ora, conhecer a verdade daquilo que é variável no plano das operações contingentes, não significa grande coisa nem leva à perfeição do intelecto.

Além disso, as ciências diversificam-se em relação aos princípios¹⁶⁹ ou causas. Nem todas as ciências devem investigar sua causa do mesmo modo, caso contrário vai-se ao infinito com as demonstrações. Em algumas ciências, os princípios são considerados por indução, como no caso da matemática, a partir do particular imaginário. Noutras, pelos sentidos, como nas ciências naturais. Nas artes, pela experiência e, nas ciências práticas, os princípios devem ser considerados pelo costume.

Em relação às ciências práticas, que são as ciências ativas que versam sobre os assuntos humanos, explica que a política é a mais arquitetônica, tanto em relação à conveniência e oportunidade de agir ou não agir, como também, em relação à determinação do ato ou ação. Disso segue-se que enquanto ciência arquitetônica prática, a política deve conter os fins de outras ciências práticas, ou seja, que o fim da política é o bem humano: o melhor entre todos os bens humanos.¹⁷⁰

¹⁶⁸ Idem. p. 131.

¹⁶⁹ Idem, p. 96

¹⁷⁰ Idem. p.67.

A filosofia moral, por sua vez, se divide em três partes:¹⁷¹ a) individual, que considera as ações ou atividades de um homem em particular ordenadas a um fim, monástica; b) familiar ou doméstica que considera as atividades ou ações de uma sociedade familiar; e c) política ou ativa, que considera as atividades e ações de toda a sociedade cívica.

A Política diz-se principal em relação ao seu próprio fim ou bem, pois, se o bem da Política é o mesmo para toda uma cidade e não apenas para um homem em particular, o bem dela parece ser muito melhor e perfeito¹⁷² e deve ser considerado como fim último da vida humana.

O ponto de partida da consideração da filosofia moral não é o conhecimento teórico da essência ou da natureza humana, mas sim a relação da natureza racional com o desejo ou apetite. A filosofia moral não tem sua origem na pergunta: o que é o homem? Mas sim, na pergunta: como é melhor agir?, para buscar a perfeição própria ao homem. Assim, o que impulsiona a consideração nesta ciência não é a pergunta pelo ser em si, mas pela experiência prática.¹⁷³

A esse respeito exemplifica que um homem prático e um geômetra (ou homem especulativo) tratam da linha reta de maneira diferente: o prático como algo útil para a sua ação e o especulativo pela pergunta o que é a linha reta, considerando as suas propriedades em busca da verdade.¹⁷⁴

Portanto, a ciência objeto dos Comentários de Tomás de Aquino é uma ciência prática, e sua determinação e seu modo de agir deve guardar relação com a matéria que aborda. Feita esta explicação deve-se voltar atenção à disciplina prática no que diz respeito ao direito, à justiça e à argumentação.

¹⁷¹ Idem, p. 61.

¹⁷² Idem, p. 67.

¹⁷³ Cf. RHONHEIMER, Martin. *Ley Natural y Razón Práctica – una visión tomista de la autonomía moral*. Navarra: EUNSA, 2000. p. 55.

¹⁷⁴ AQUINO, Tomás. *Comentário a la Ética a Nicómaco de Aristóteles*. op. cit. p. 95.

Comentando o livro V da *Ética a Nicômaco*, Tomás de Aquino passa a considerar a questão da Justiça. Importante esclarecer que a noção de Justiça de Aristóteles é fundamental à compreensão de uma teoria da argumentação jurídica que guarde relação com a teoria do Direito, assim como fez Chaïm Perelman.

Tomás de Aquino, comentador de Aristóteles, explica que existe uma justiça legal ligada à prática da virtude, que se refere, portanto, ao outro e observa a totalidade da virtude, não suas manifestações particulares.¹⁷⁵

Existe, também, uma justiça particular, que tem por objetivo realizar a igualdade entre os sujeitos de uma determinada relação, observando-se a proporcionalidade. Essa justiça é de dois tipos: distributiva e comutativa.¹⁷⁶

A justiça distributiva¹⁷⁷ tem por objetivo a repartição, com igualdade, dentro da comunidade cívica de bens, como as honras, o dinheiro ou quaisquer outros bens exteriores. Assim, cabe ao legislador partilhar os bens divisíveis igual ou desigualmente, pois o justo é uma espécie de termo proporcional. Note-se que a igualdade consiste em uma proporção, numa certa proporcionalidade que, por sua vez, é um termo-médio entre o excesso e a falta.¹⁷⁸ Importante esclarecer que a idéia de proporção aqui visa estabelecer uma relação entre sujeitos e não necessariamente a quantificação em números.¹⁷⁹ Sendo assim, aquilo que é injusto está fora da proporção.

A justiça comutativa,¹⁸⁰ por sua vez, é aquela própria ao juiz ou ao mediador e manifesta-se de duas maneiras: a primeira é voluntária e regula as transações comerciais, os contratos, as compras e vendas; a segunda é involuntária e trata daquelas ações que produzem dano à coletividade, reprimindo a injustiça, reparando o

¹⁷⁵ Cf. Idem, p. 293.

¹⁷⁶ Cf. idem, p. 297.

¹⁷⁷ Ibidem.

¹⁷⁸ Idem, p. 302.

¹⁷⁹ Tomás de Aquino vai dizer que a proporção da justiça distributiva é geométrica enquanto a proporção da justiça comutativa é aritmética. Idem, p. 304.

¹⁸⁰ Idem, p.298.

dano e estabelecendo, se necessário, uma punição. O juiz para estabelecer a igualdade deve procurar o meio-termo entre o dano sofrido e o proveito tirado por aquele que produziu o dano, para que seja possível estabelecer a proporção.

Tomás de Aquino comenta ainda um outro tipo de justiça para Aristóteles que é a eqüidade. Diz que o eqüitativo é o mesmo que o justo e se enquadra sob o justo natural, sendo uma correção da justiça legal, por isso melhor que ela.¹⁸¹ A razão disso é que toda lei estabelece o universal, mas em algumas situações não é possível regular universalmente todos os casos particulares. Portanto, através da eqüidade poderá o juiz num determinado caso concreto corrigir a imperfeição da lei.

Por sua vez a eqüidade é a concreção do meio-termo entre o excesso e a falta. É aplicação reta da lei, pois é necessário que a lei dite as regras no universal, não sendo sempre possível para o legislador contemplar todas as situações existentes nos casos particulares concretos.¹⁸²

Assim, novamente, verifica-se que a eqüidade é peça fundamental em qualquer sistema de argumentação jurídica, pois estabelece a possibilidade de aplicação do justo no caso particular, ainda que como forma de correção da lei ou como modo de regulá-la.

Tomás de Aquino termina de comentar a forma como a eqüidade deve operar através de um exemplo: Na ilha de Lesbos existem pedras que são duras e não podem ser cortadas com ferro, por isso, os edificadores da ilha usam o chumbo, que faz com que as pedras se modifiquem e mudem de disposição. Portanto, explica Tomás de Aquino, assim deve ser a sentença do juiz: adaptável as situações concretas.¹⁸³

Conclui-se, desse modo, que o modelo do justo particular verificado no caso concreto através de um instrumento que permita trabalhar com a matéria contingente e

¹⁸¹ Idem, p.337.

¹⁸² Idem, p. 338.

¹⁸³ Idem, p. 340.

imperfeita segue sendo imprescindível ao modo de agir das disciplinas práticas nos escritos de Tomás de Aquino.

Neste sentido, é importante lembrar que o papel da dialética, ao trabalhar com premissas que têm por base opiniões geralmente aceitas, é justamente garantir que uma decisão do caso concreto seja a melhor possível para aquele caso concreto e, com isso, garantir a aplicação da justiça. Estas são as preocupações que interessam Chaïm Perelman como será tratado no capítulo posterior.

2.3 O nascimento da modernidade: o Direito Subjetivo e o racionalismo moderno

Depois de terem sido vistas as concepções de Cícero e Tomás de Aquino, da Roma Antiga e da Idade Média que guardam inspiração no modelo argumentativo de Aristóteles e são compatíveis com a retomada da do pensamento aristotélico feita por Chaïm Perelman no século XX, tratar-se-á de apresentar as teorias sob as quais Perelman fundamentará criticamente sua teoria da argumentação e da justiça, propugnando por uma retomada do pensamento clássico anteriormente visto.¹⁸⁴

Já no final do século XIII, na obra de Duns Scot pode-se notar sinais de afastamento da idéias de justiça e direito como provenientes da ordem cosmológica até então aceitas.¹⁸⁵ Ainda que Duns Scot não tenha rompido totalmente com o fundamento natural das coisas, dá à lei natural também um caráter voluntarista vinculado à natureza humana.¹⁸⁶

Por sua vez, o surgimento de um novo conceito de Direito, uma nova significação a este termo concedida indentificando-o como um fenômeno semântico, diria Michel

¹⁸⁴ Simone Goyard-Fabre vai dizer que Chaim Perelman pertence ao movimento de retomada no século XX das bases do pensamento clássico junto com Leo Strauss e Alasdair MacIntyre. Cf. GOYARD-FABRE, Simone. *Les embarras philosophiques du droit naturel*. Paris: Vrin, 2003, p. 41.

¹⁸⁵ Cf. GOYARD-FABRE, Simone. *Os fundamentos da ordem jurídica*. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 40.

¹⁸⁶ Cf. BASTIT, Michel. *Naissance de la loi moderne*. Paris: PUF, 1990. p.197.

Villey,¹⁸⁷ pouco notado pelos historiadores do direito, é o conceito de direito subjetivo. A noção de direito atribuída ao sujeito, ou seja, o direito que só existe para benefício do sujeito.

Tal perspectiva, sempre identificada ao advento da modernidade, já pode ser encontrada, nos mesmos termos e significados que a modernidade lhe atribui, na filosofia medieval tardia, sobre tudo na filosofia de Guilherme de Ockham. Essa tese sustentada por Michel Villey¹⁸⁸ é pouco provada na filosofia política e do direito. Os juristas apenas se contentam em repeti-la ou ignorá-la sem, contudo, prová-la.

No que diz respeito ao presente estudo¹⁸⁹ o importante é estabelecer que os direitos subjetivos, surgidos no século XIV ou não, constituem a base de todo o sistema moderno do direito.

O fundamento do direito subjetivo e do *jus*, não é mais a do dever que se impõe ao indivíduo como parte do projeto comum, mas ao contrário, é o autorizador da liberdade que o Direito lhe concede. O Direito dá ao sujeito a permissão, e isto está na base como fundamento do sistema liberal seja do Estado seja da cientificidade abstrata dos modernos.¹⁹⁰

Os filósofos dos tempos modernos, obcecados pelo Eu, mergulhados na subjetividade¹⁹¹ pretenderam produzir uma filosofia global. Dentro do direito, deveria dar

¹⁸⁷ VILLEY, Michel. *Filosofia do Direito*. Op. Cit. p. 141

¹⁸⁸ Em diversas oportunidades Michel Villey sustenta esta tese, que, aliás, é objeto de sua tese de ingresso na cátedra de filosofia do Direito na universidade de Paris, e foi muito difundida e debatida nos países de língua francesa em especial França e Bélgica. A este respeito, além da obra de Villey, consulte-se: BASTIT, *Naissance de la loi moderne*. Paris: PUF, 1990. LAGARDE, Georges. *La naissance de l'esprit laïque au declin Moyen Age*, Tome IV. Paris-Louvain: Pacis, 1963.

¹⁸⁹ O tema do surgimento do Direito Subjetivo é estudo muito importante ao historiador do Direito, que pode dar margem a diversos estudos aprofundados sobre o tema, sem contudo, ser objeto direto do presente trabalho, razão pela qual será aqui apresentado sem um aprofundamento detalhado que a tese mereceria.

¹⁹⁰ A base desta teoria se fundamenta na relação do direito de propriedade como direito do indivíduo, que aparece no final da idade média, mais precisamente no final do século XIII e início do século XIV. Consulte-se a este respeito: COLEMAN, Janet. *Guillaume d'Occam et la notion de sujet* – in, *Archives de Philosophie du Droit – Tome 34 – Le sujet de droit*. Paris: Sirey, 1989.

¹⁹¹ VILLEY, Michel. *Filosofia do Direito*. Op. cit.p. 136.

conta de criar uma visão individualista que não só destruísse o conceito clássico de direito, mas também que o substituísse. O primeiro ponto característico da filosofia dos modernos, no que tange a discussão sobre direito, é o veemente repúdio ao sistema de Aristóteles. Sob a égide do filósofo moderno, formado pela escola nominalista, é que se criou o repúdio à noção de direito aristotélica, repúdio este que norteou o ocidente a partir da modernidade.

Dentro da visão nominalista não há sentido em investigar e definir o que é direito bem como a sua finalidade. O nominalismo apenas concebe a definição das coisas com uma definição convencional. A idéia de justiça e o seu termo não existem na realidade, justiça é um termo forjado para dar conta com um único signo, de uma pluralidade de fatos. Diz Michel Villey¹⁹² que dentro desta perspectiva, Aristóteles tornou-se caduco. E a escolástica também.

No século XVII, Descartes,¹⁹³ por sua vez, explica que a melhor ocupação é cultivar a razão e o método é o meio para aumentar gradativamente o conhecimento, para que seja possível verificar todas as coisas através da razão e não aceitar que as verdades reveladas estejam acima da inteligência e do raciocínio do homem. O método é forma de libertar o homem pouco a pouco de uma porção de erros que ofuscam a luz natural e que tornam menos capazes de ouvir a razão. Assim, jamais se deve acolher algo como verdadeiro, a menos que não se tenha nenhuma razão para duvidar.

Diz Chaïm Perelman¹⁹⁴ que Descartes considerava como falso tudo aquilo que era verossímil. Portanto, só era racional aquilo que fosse possível de demonstração a partir de claras e precisas provas apodícticas ou evidências dos axiomas. O modelo *more geométrico* era o padrão a ser seguido para que fosse possível aceitar algo como ciência. Portanto, com a filosofia de Descartes inaugura-se o ideal de racionalidade precisa e científica que está na base do pensamento da modernidade.

¹⁹² Idem, p.137.

¹⁹³ DESCARTES, René. *Discurso do Método*. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 7.

¹⁹⁴ PERELMAN, Chaim, *Tratado da Argumentação Jurídica – A Nova Retórica*. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p.1.

O projeto hobbesiano, por outro lado, constitui-se numa consequência do nominalismo para o direito. A quem diga que foi Hobbes o fundador do Direito individualista moderno, ainda que os princípios de sua teoria já se encontrassem presentes, anteriormente, no projeto de Guilherme de Ockham e Duns Scot.

Hobbes dedicou-se à política, o objetivo de sua teoria era inspirado na necessidade moderna de substituir a política de Aristóteles, que desde Tomás de Aquino, ganhou “*lugar de honra*”¹⁹⁵ nas escolas. A política de Hobbes é vinculada ao anseio de estudar as artes e o Direito conforme o norte da ciência moderna.

Segundo Hobbes,¹⁹⁶ num estágio anterior à formação do Estado, os homens são essencialmente iguais: igualdade de fato, na falta de recursos e no direito sobre o todo. Nesse contexto, na inexistência de regras, não há a nítida noção de direitos, sejam eles sobre a propriedade ou sobre a vida. Ou seja, o homem tem direito a tudo e ao mesmo tempo direito a nada.

Com efeito, os pressupostos do positivismo jurídico tiveram origem no momento em que o homem, através de seu consentimento, processou a passagem do estado de natureza para o Estado Civil, não cogitando mais a lei do mais forte. Como ensina Hobbes, através do contrato, cria-se uma pessoa de direito público, um ente artificial, uno e indivisível, ou seja, um representante dos súditos que exerce a soberania.

Diz Perelman¹⁹⁷ que para Hobbes o direito não é a expressão da razão, mas sim a manifestação da vontade do soberano. De fato a unificação das vontades individuais em uma só pessoa, para Hobbes, chama-se Estado – o Leviatã.¹⁹⁸ O Leviatã necessita,

¹⁹⁵ VILLEY, Michel. *Filosofia do Direito*. Op. cit.p. 139.

¹⁹⁶ Cf. HOBBS, Thomas. *Leviatã – ou matéria, forma e poder de um Estado Eclesiástico e Civil*. São Paulo: Martins Claret, 2002. p. 100.

¹⁹⁷ Cf. PERELMAN, Chaim. *Lógica jurídica*. Op.cit. p.18.

¹⁹⁸ HOBBS, Thomas. Op. Cit. p. 131.

para a manutenção da unidade da vontade, de representação, que é a possibilidade de identificação em um sujeito¹⁹⁹ (soberano) dessa unidade.

Este soberano, que representa a unificação da vontade, é o poder absoluto, sendo os demais membros do Estado civil identificados como súditos.²⁰⁰ Por ser o soberano a unidade da vontade dos súditos, cada um é autor de todos os atos praticados pelo soberano de modo que são obrigados, por força da terceira lei natural hobbesiana, a aceitar os atos do soberano, pois se comprometeram a cumprir o pacto que celebraram.²⁰¹ Este é para o pensamento hobbesiano o postulado da justiça. Nos dizeres de Hobbes²⁰² “*os homens têm de cumprir os pactos que celebraram. Sem esta lei os pactos seriam vãos e não passariam de palavras vazias.*”

Ocorre que, “*quem é tornado soberano, é evidente, não faz antecipadamente qualquer pacto com seus súditos...*”,²⁰³ portanto, o soberano não é parte do pacto, não contraindo obrigações com os demais.²⁰⁴ Sendo assim, por não estar o soberano obrigado ao pacto não pode estar submetido às leis deste. Está unicamente, como súdito de Deus, obrigado a respeitar as leis naturais.²⁰⁵

Hobbes confere posição ao individualismo humano que abala a teoria jusnaturalista tradicional. Só é possível compreender a ordem da *Civitas* a partir do homem e não a partir de Deus.²⁰⁶ Ao se racionalizar essa ordem sobre a base de uma teoria científica de tipo mecanicista – portanto, individualista ou atomista – da natureza humana, a ordem jurídica se desnaturalizou. O convencionalismo jurídico que

¹⁹⁹ Hobbes não determina que o soberano deva ser necessariamente uma pessoa física identificada como individual, mas dispõe que o soberano possa ser uma assembléia de homens. HOBBS, Thomas. Op. Cit. capítulo XVIII.

²⁰⁰ Idem p. 131.

²⁰¹ Idem, p. 111.

²⁰² Ibidem.

²⁰³ Idem. p. 133.

²⁰⁴ Como bem assevera Jeanine Nicolazzi Philippi, a não submissão do soberano à lei, denuncia a pretensão daquele que se apresenta para ocupar o lugar do Outro absoluto – é a um só tempo, a lei e a sua destruição. Cf. PHILIPPI, Jeanine Nicolazzi. *A Lei uma abordagem a partir da leitura cruzada entre Direito e Psicanálise*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p.250.

²⁰⁵ Cf. HOBBS, Thomas. Op. Cit. p. 164.

²⁰⁶ Cf. GOYARD-FABRE, Simone. *Os fundamentos da ordem jurídica*. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 47.

caracteriza o Estado-Leviatã implica o repúdio das bases que fundaram o direito das Cidades no direito natural clássico. Hobbes inaugura a corrente filosófica do individualismo.²⁰⁷

Portanto, o racionalismo de Descartes e o individualismo de Hobbes fornecem a chave do “contrato social” considerado nos séculos XVII e XVIII o princípio gerador das sociedades políticas. Embora Deus seja o criador do mundo, não é seu legislador imediato. O recuo do teologismo e do individualismo é tamanho que, embora não seja suficiente para laicizar integralmente o direito, impõe uma revisão da normatividade jurídica, cujos fundamentos pertencem à racionalidade do homem sujeito.

Com inspiração do mecanicismo, passou-se a ter sínteses sistemáticas, ordenando o mundo em conformidade com as exigências da razão. No contexto teórico e puramente cognitivo em que se situa então a investigação sobre o homem, o problema da ordem jurídica insere-se mais numa filosofia do conhecimento que numa filosofia prática com finalidade ética. Por isso, o conceito de direito passou a ser problematizado no âmbito de uma concepção da natureza humana em que a razão como instrumento do conhecimento se firma como pedra angular.²⁰⁸

Portanto, o momento histórico do qual parte esta investigação crítica sobre a racionalidade prática que faz Chaïm Perelman²⁰⁹ é o da formação do Estado Moderno a partir do século XVI, quando o paradigma do Direito Natural Racionalista começa a ser divulgado colocando-se como instrumento teórico de luta contra a idéia predominante²¹⁰ no período medieval de que é a natureza a fonte do justo, e não a razão ou a vontade humanas.

²⁰⁷ Idem, p. 50.

²⁰⁸ Cf. GOYARD-FABRE, Simone. *Os fundamentos da ordem jurídica*. Op. cit. p. 45.

²⁰⁹ PERELMAN, Chaïm, *Lógica jurídica*. Op. cit, p. 31.

²¹⁰ A idéia predominante no período medieval explica Alain Renault “é a natureza, e não a razão ou a vontade humanas, que é a fonte do justo, fixando, para cada realidade, o lugar que lhe cabe na ordem do mundo. Por conseqüência, contrariamente a uma visão do justo político que o racionalismo moderno teria imprudentemente tentado impor ao não conceber o direito natural que não fosse imutável e universal...”. RENAULT, Alain, *História da Filosofia Política/1 – A liberdade dos Antigos*, Lisboa: Instituto Piaget, 1999, p. 31.

O jusnaturalismo moderno, dos séculos XVII e XVIII, reflete o deslocamento do objeto do pensamento da natureza para o homem, e isto é característico da modernidade. O direito natural, como direito da razão, é a fonte de todo o direito. Direitos inatos, estado de natureza e contrato social foram os conceitos que permitiram elaborar uma doutrina do direito e do Estado a partir da concepção individualista da sociedade e da história. Tais conceitos marcam o mundo moderno.²¹¹

O Direito Natural Moderno ou Jusnaturalismo Moderno corresponde ao ideal de saber lógico-demonstrativo, numa corporificação do direito enquanto sistema.

Na escola moderna do Direito Natural, racionalista, o direito é deduzido de definições primeiras, ou de axiomas da razão pura a partir dos quais as leis se ordenam num sistema dedutivo.²¹² Os axiomas da razão pura são máximas gerais de conduta moral. Ensina Michel Villey que “os *teóricos desta escola (de Pufendorf a Wolf, passando pelo francês Domat, autor das ‘leis civis ordenadas segundo sua ordem natural’)* foram os primeiros construtores de sistemas de direito dedutivos”.²¹³

Explica Yves Charles Zarka que “a maioria dos teóricos do direito natural do século XVII”²¹⁴ exprimem o projeto comum de fundar um sistema racional do direito e, a maioria das vezes, usam como referência para isto o modelo demonstrativo das matemáticas.

A tradicional filosofia do Ocidente, diz Perelman,²¹⁵ desde o século XVII, sofreu influência do desenvolvimento da psique matemática e das ciências naturais baseadas na experiência, na média, no pensamento e no cálculo. Tudo aquilo que não fosse

²¹¹ LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos – um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das letras, 2001. p. 38

²¹² VILLEY, Michel. *Filosofia do Direito*, op. cit. p. 248.

²¹³ Ibidem.

²¹⁴ ZARKA, Yves Charles. *O direito natural moderno*. In, RENAUT, Alain (Org.). *História da Filosofia Política/2 – Nascimento da modernidade*. Lisboa: Instituto Piaget, 2002, p. 234.

²¹⁵ PERELMAN, Chaïm. *Études de logique juridique – vol. VII, L’usage et l’abus de notions confuses*, Bruxelas: Bruylant, 1978, p. 3.

possível de ser reduzido a uma quantidade deveria ser considerado como vago e confuso. Para os racionalistas do século XVII, Deus era um ser perfeito, portanto racional, e o mundo, criação e emanção divina, não podia deixar de ser racional.

A filosofia de Spinoza, explica Perelman,²¹⁶ é inspirada neste ideal de racionalidade universal e Leibniz é o autor da fórmula “*cum Deus calculat, fit mundus*” (o mundo se realiza segundo cálculos divinos). Ora, se Deus é matemático e o mundo é conforme seu projeto matemático, a regra dos homens de ciência deve se reportar às equações divinas, e segundo estas (as equações divinas) são formuladas as leis da natureza. A regra dos filósofos era taxar como confusas e incertas todas as opiniões e idéias que não fossem possíveis de serem encaixadas a esses grandes quantificadores.²¹⁷

Conclui-se, portanto, que o ideal de racionalidade que permeia o Ocidente na modernidade é o de razão científica ligada às concepções matemáticas de pensar todo o tipo de fenômeno.²¹⁸ Nesta perspectiva, somente é considerado racional aquilo que é conforme os padrões dessa ciência matemática. Assim, toda concepção que parte de uma dialética, onde as premissas são opiniões geralmente aceitas, é vista como irracional ou “metafísica”.²¹⁹

2.4 A Positivização dos Direitos Naturais e o Código Civil Francês

No século XIX prosseguindo os esforços da escola de Savigny, o estudo histórico conduziu gradualmente à mudança da compreensão do Direito propondo, como diz Chaim Perelman,²²⁰ que “*o direito não constitui um sistema mais ou menos fechado, que os juízes devem aplicar utilizando os métodos dedutivos, a partir de textos*

²¹⁶ Idem, p. 4.

²¹⁷ Idem, p. 6.

²¹⁸ A este respeito consulte-se: FRYDMAN, Benoit. *Lê sens des lois – histoire de l’interprétation et de la raison juridique*. Bruxelas: Bruyant, 2005. p. 226.

²¹⁹ O conceito de metafísico aqui empregado não é o conceito aristotélico do termo, mas sim o emprego dado pelos modernos.

²²⁰ PERELMAN, Chaim, *Lógica Jurídica*, São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 70.

convenientemente interpretados.” Portanto, não deve o juiz simplesmente deduzir a partir de textos legais, mas deve procurar no texto a vontade do legislador, pois o que importa ao direito é o fim perseguido: o espírito da lei.²²¹ A justificativa está no fato de que compreensão da Escola Histórica do fenômeno do Direito não diz respeito à lei ou à norma formulada e positivada pelo legislador, mas à fonte originária do direito como situação histórica em constante transformação.²²²

Na França em 1804, o Código de Napoleão foi a consagração das conquistas da Revolução Francesa e serviu de pedra angular a toda postura positivista. Através da Escola da Exegese,²²³ a compreensão do direito foi reduzida à análise da lei.

Essa concepção fundada na tradicional separação dos poderes identifica o Direito com a lei e confere aos tribunais a obrigação de julgar conforme esta lei. Neste sentido, o julgador satisfaz a necessidade da segurança jurídica e conduz a uma precisão que pode dar ao direito o estatuto de uma verdadeira ciência, já que a operação de aplicação da lei é de natureza impessoal.²²⁴

Portanto, o silogismo judiciário da escola da exegese configurava-se da seguinte maneira: estabelecidos os fatos, a premissa maior deve ser fornecida pela regra de direito apropriada, a menor pela constatação que as condições previstas na regra haviam sido preenchidas, sendo a conclusão dada pela resolução do silogismo através da aplicação da lei ao caso concreto.

A sistematicidade permite que todas as disposições do Código formem um conjunto ordenado e coerente, já que os detalhes podem ser deduzidos logicamente dele. Para além do método lógico, a sistematização do direito significa que a inteligibilidade do todo, mesmo quando ainda não está realizado, repousa na força dos

²²¹ Ibidem.

²²² Cf. FERRAZ JR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*. São Paulo: Atlas, 2001. p. 76.

²²³ Cf. PERELMAN, Chaïm. *Lógica jurídica*. Op. cit, p. 31.

²²⁴ Idem. p. 33.

princípios.²²⁵ O Código é uma representação lógica do universo jurídico que segue encadeamentos de razões e se pretende conforme as exigências da razão.

O positivismo da Exegese atendia aos interesses da nova classe dominante que atingiu o poder: a burguesia, que desconfiava dos juízes vinculados ainda ao Antigo Regime. Michael E. Tigar e Madeleine R. Levy explicam porque o positivismo jurídico foi uma atitude tão conveniente para a jurisprudência da burguesia no século XIX: *“uma classe social tão firmemente enraizada, mas ainda assim tão temerosa de seus contestadores, julgará especialmente útil um sistema de pensamento que nega seu próprio passado revolucionário e focaliza o caráter concreto, no tempo presente, de seu poder”*.²²⁶

A interpretação exegética, diz Norberto Bobbio, *“é o primeiro modo com o qual se inicia a elaboração científica de um direito que tenha sido codificado ex novo pelo legislador.”*²²⁷

Mas a ambição de prever tudo – o rigor sistemático – além de impossível é também perigosa, pois pode anular a função do juiz e eliminar o recurso à “razão natural”,²²⁸ o que imobilizaria o direito num sistema fechado e lhe impediria qualquer evolução. Desse modo, a postura exegética do silogismo judiciário,²²⁹ cuja premissa maior é fornecida por uma norma geral, sendo o caso particular subsumido ao termo escrito da lei, não dava conta da realidade, como foi percebido através dos problemas de lacuna do direito, obscuridade ou mesmo inadequação e desuso.

O positivismo jurídico do século XIX, portanto, se caracteriza pela recusa de tudo aquilo que fosse extra-legal, bem como, de todo o direito que não fosse criado a partir de uma convenção humana, como o direito divino, natural ou racional. O pensamento

²²⁵ Ibidem.

²²⁶ TIGAR, Michael E e LEVY, Madeleine R. *Direito e Ascensão do Capitalismo*, Rio de Janeiro: Zahar, 1977, p.282.

²²⁷ BOBBIO, Norberto. O positivismo jurídico – lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 1995. p. 83.

²²⁸ Cf. GOYARD-FABRE, Simone, *Os fundamentos da ordem jurídica*, op. cit. p.114.

²²⁹ VILLEY, Michel. *Filosofia do Direito*. Op. cit. p. 248.

em direito é aqui o pensamento sobre a legalidade. E a fundação deste positivismo da legalidade oferece à teoria do direito todo um pensamento voltado à uma norma auto-suficiente, à vontade da lei como um dado objetivo. Ou seja, o positivismo serve-se de um método puramente jurídico, e esta pureza consiste em eliminar todo tipo de consideração metafísica e meta-jurídica e voltar sua atenção à lei ela mesma. Portanto o terreno do direito é sólido, objetivo, seguro e estável não se submetendo a moral, à economia, à ideologia e à política.²³⁰

2.5 Hans Kelsen e a *Teoria Pura do Direito*

A grande preocupação de Hans Kelsen na *Teoria Pura do Direito*²³¹ é entender o Direito como uma Ciência do Direito, que não seja equivalente à sociologia do direito ou a história do Direito. Este é seu ponto de partida. O pensamento de Kelsen, da *Teoria Pura do Direito*, faz-se aqui necessário tendo em vista que com base nesta estrutura Chaïm Perelman lançará sua crítica e construirá sua teoria do Direito. A obra Kelseniana não se esgota nesta teoria e tampouco se pode atribuir a totalidade do pensamento do autor às formulações feitas na *Teoria Pura do Direito*. Isto seria desmerecer a importância da Teoria do Direito de Kelsen.

O que aqui se pretende é destacar as preocupações Kelsenianas com o objeto e com o método do Direito, e para isso tal problematização dentro da *Teoria Pura* é de vital importância. Não se pretende analisar todos os aspectos concernentes à *Teoria Pura*, mas apenas aqueles que dizem respeito à aspiração do direito enquanto ciência e seu método, para que se possa marcar o traço de racionalidade permeado na teoria, que será objeto de ataque por parte de Chaïm Perelman, em sua constatação do fenômeno do Direito e do raciocínio jurídico.

Logo no prefácio da *Teoria Pura do Direito*, Kelsen expõe que seu projeto é formular uma teoria acerca do Direito, que não seja uma doutrina política, evidenciando

²³⁰ SCHMITT, Carl. *Les trois types de pensée juridique*. Paris: PUF, 1995. p. 85/86.

²³¹ KELSEN, Hans *Teoria Pura do Direito*, São Paulo: Martins Fontes, 2003.

sua preocupação com a subordinação das ciências à Política. Kelsen pretende fazer uma Ciência do Direito, pois, para ele, se existe alguma pretensão de entender o direito enquanto conhecimento verdadeiro essa pretensão só passará a ser considerada se o conhecimento do Direito for um conhecimento científico. Diz Kelsen.²³²

“Desde o começo foi meu intento elevar a jurisprudência, que – aberta ou veladamente – se esgotava quase por completo em raciocínios de política jurídica, à altura de uma genuína ciência, de uma ciência do espírito. Importava explicar, não as suas tendências endereçadas à formação do Direito, mas as suas tendências exclusivamente dirigidas ao conhecimento do Direito, e aproximar tanto quanto possível os seus resultados do ideal de toda ciência: objetividade e exatidão”.

Neste sentido, faz-se necessário explicar, em linhas gerais, o que Kelsen entendia por ciência.²³³ É importante esclarecer que Hans Kelsen é um homem do seu tempo e sofre a influência inegável do conhecido Ciclo de Viena que se origina de um movimento maior que é a filosofia analítica de Bertrand Russel. Portanto, é neste contexto hostil a toda forma de especulação metafísica que se deve compreender a cientificidade do projeto de Kelsen.

Metafísica, no sentido que Kelsen²³⁴ lhe dá significa uma concepção religiosa do mundo, ou seja, não racional. Portanto, o Direito que o autor toma por base para a construção de uma teoria científica, alheia à metafísica, é concepção de direito criado e aplicado pelos homens, isto é, sobre o direito positivo, pois a idéia de justiça e o direito natural não são ciência, mas sim metafísica.²³⁵ Dentro desta concepção a consideração sobre a justiça, por não se tratar de um conhecimento científico, é vista por Kelsen como sendo irracional.

²³² KELSEN, Hans. *Op. cit.*, p. XI.

²³³ Neste sentido e sobre a relação entre a *Teoria Pura do Direito* e o conceito de ciência em Kelsen consulte-se: HACK, Pierre. *La philosophie de Kelsen – Epistémologie de la Théorie Pure du Droit*. Genève : Helbing & Lichtenhahn: 2003.

²³⁴ HACK, Pierre, *op. cit.* p. 24.

²³⁵ Cf. KELSEN, Hans, *Op. cit.* p. 87.

A ciência para Kelsen se define por criar seu objeto não como entidade real, mas como um todo inteligível.²³⁶ Contrária à política, que deve operar compondo interesses divergentes, a ciência tem por função se preocupar com o inteligível: a ciência é racional, o que significa que pertence à inteligência e não à vontade. Assim, neste contexto a ciência, que se ocupa do inteligível, dá aos fenômenos uma descrição precisa e objetiva, portanto, não contém valores.

É importante esclarecer que o conceito de ciência empregado pelo autor é restrito aos domínios do conhecimento de duas categorias. A primeira delas que diz respeito às ciências naturais ou dos fatos causais e a segunda a ciência normativa.²³⁷

Por sua vez, em contraste com a natureza, que se define por uma ordem causal, a ciência social ou normativa, deve descrever seu objeto pelo princípio da imputação (ou seja, se A, então deve ser B). Assim, difere-se a ciência normativa pelo princípio da imputação e a ciência da natureza por uma ordem causal.

Explica Kelsen²³⁸ que a sociedade, como objeto de uma ciência social normativa, é uma ordem normativa da conduta dos homens. Quando se diz que uma sociedade determinada é constituída através de uma ordem normativa que regula a conduta recíproca de uma pluralidade de indivíduos, deve-se ter consciência de que ordem e sociedade não são coisas diferentes uma da outra, mas uma mesma coisa. A sociedade não consiste senão nesta ordem.²³⁹

Adverte-se que as ciências sociais ou normativas não diferem das ciências naturais²⁴⁰ em todos os sentido, pois, têm as mesmas ambições: precisão e exatidão.

²³⁶ Cf. HACK, Pierre, *op. cit.* p. 24

²³⁷ KELSEN Hans. *Op. Cit.* p. 85.

²³⁸ *Idem*, p.85.

²³⁹ *Idem*, p. 96.

²⁴⁰ Diz Kelsen “*Uma vez conhecido o princípio da causalidade, ele torna-se também aplicável à conduta humana. A Psicologia, a Etnologia, a História, a Sociologia são ciências que têm por objeto a conduta humana na medida em que se processa no domínio da natureza ou da realidade natural. Quando uma ciência é designada como ciência social, na medida em que procura explicar causalmente a conduta humana, não se distingue essencialmente, como já foi salientado, das ciências naturais como a Física, a Biologia ou a Psicologia. Até que ponto é possível uma tal explicação causal da conduta humana, essa é*

Não são ciências “intuitivas” ou que incorporam elementos “subjetivos” (do sujeito cientista), mas são objetivas, empíricas, tal qual as ciências naturais.

A ciência jurídica é, noutra sentido, distinta das naturais, mas continua a ser ciência, pois, forma um corpo de conhecimento objetivo. O cientista do direito, tal como o da natureza, descreve seu objeto de estudo de forma objetiva, valendo-se dos princípios lógicos e de um método rigoroso. Tais são as características das ciências: a busca pela objetividade e pela exatidão.

Porém, Explica Kelsen, “*do fato de a proposição jurídica descrever algo, não se segue que esse algo descrito seja um fato da ordem do ser, pois não só os fatos da ordem do ser, mas também as normas de dever ser (Soll-normen) podem ser descritos*”.²⁴¹

Assim, pode-se entender que para Kelsen existe uma separação metodológica e duas espécies distintas de ciência. A primeira delas relaciona causalmente os elementos; e a outra o faz imputativamente. Explica-se que a ciência normativa por descrever o conteúdo normativo, o dever ser, não se vale de leis causais. Esta ciência utiliza, por outro lado, a mesma lógica, a mesma racionalidade e busca os mesmo ideais normativos de objetividade e exatidão. As ciências sociais devem se ocupar de todo o conteúdo humano como a intuição, os sentimentos, desejos, paixões, que são indeterminados causalmente.

Note-se que, no entanto, como afirma Luis Fernando Barzotto,²⁴² em Direito à oposição entre o fenômeno natural e o social não deve ser tomada de modo absoluto, pois, em muitas vezes, os fatos jurídicos podem ser considerados numa dimensão espaço-temporal.

uma outra questão. A distinção que, sob este aspecto, existe entre as mencionadas ciências sociais e as ciências naturais, é, em todo o caso, uma distinção apenas de grau e não de princípio”. Ibidem.

²⁴¹ Idem, p. 89.

²⁴² BARZOTTO, Luis Fernando. *O Positivismo Jurídico Contemporâneo – uma introdução a Kelsen, Ross e Hart*. São Leopoldo: Unisinos, 2003. p. 34.

Portanto, Kelsen²⁴³ dispõe que o Direito como norma ou sistema de normas deve ser limitado ao conhecimento, à descrição das normas jurídicas, e às relações por estas constituídas.

O Direito constitui o objeto de estudo de Hans Kelsen. E seu intento é descrevê-lo e explicá-lo segundo o ideal de toda ciência, com objetividade e exatidão.²⁴⁴ Para tanto, pretende “*libertar a ciência jurídica de todos os elementos que lhe são estranhos.*”²⁴⁵ Eis o postulado metodológico fundamental de sua teoria. O Direito é, para o autor, um sistema de normas e não um mero conjunto. Isto quer dizer que dentro de sua composição interna é dotado de lógica.

Todas as normas de uma mesma ordem normativa têm o seu fundamento de validade em uma mesma norma fundamental. A norma fundamental é uma norma pressuposta,²⁴⁶ ou seja, uma norma meramente pensada. Todo o Direito se fundamenta, portanto, sobre um pressuposto, uma norma que em nada mais se funda. A norma fundamental pressuposta por Kelsen não é, portanto, jurídica, mas sim meta-jurídica.

Tem-se nesta concepção, a seguinte caracterização do direito: o direito é uma ordem normativa. Uma ordem normativa é um sistema de normas vinculadas por um fundamento comum de validade, que é tido por objetivo por haver sido posto em conformidade com uma norma.

Do que ficou dito resulta que a norma fundamental é entendida como condição pela qual se considera válida uma ordem normativa, ou melhor, é o elemento que confere validade à ordem.

²⁴³ KELSEN, Hans, *op. cit.* p.84.

²⁴⁴ *Idem.* p. XI.

²⁴⁵ *Idem.* p.1.

²⁴⁶ Cf. BARZOTTO, Luis Fernando. *Op. Cit.* 41.

Portanto, o positivismo voluntarista de Hans Kelsen, sustenta, dentre outras coisas, a impossibilidade de se fundar empiricamente os juízos de valor.

Na afirmação de Hans Kelsen, “*são as normas jurídicas o objeto da ciência jurídica, e a conduta humana só o é na medida em que é determinada nas normas jurídicas como pressuposto ou conseqüência, ou – por outras palavras – na medida em que constitui conteúdo de normas jurídicas.*”²⁴⁷

Como um representante típico do cientificismo do século XIX, Kelsen insiste que “*o conhecimento jurídico para ser científico deve ser neutro, no sentido de que não pode emitir qualquer juízo de valor acerca da opção adotada pelo órgão competente para a edição da norma jurídica.*”²⁴⁸ Afirma também que o estudo dos fatores interferentes na produção normativa e a consideração dos valores envolvidos com a norma, não são apenas inúteis, inócuos, dispensáveis, mas podem viciar a veracidade das afirmações. É a celebração ao extremo da neutralidade científica. Por isso, vai dizer Michel Waline,²⁴⁹ que a regra de ouro do positivismo jurídico é “*coloque entre parênteses*” todas as questões filosóficas.

Hans Kelsen, construiu uma Teoria do Direito capaz de garantir *status* de uma verdadeira ciência ao Direito, livre de toda ideologia, de toda intervenção de considerações meta-jurídicas. Uma ciência do Direito não é possível, segundo Hans Kelsen, a não ser que seu objeto seja fixado sem interferências estranhas ao direito positivo, razão pela qual, a *Teoria Pura do Direito* é conhecida como o Positivismo Jurídico.²⁵⁰

A ciência do Direito, como conhecimento de um sistema de normas jurídicas, não pode constituir-se, segundo Kelsen, se não for excluído tudo aquilo que é estranho ao seu objeto.²⁵¹ O Direito, sendo um sistema de normas coercitivas válidas em um Estado

²⁴⁷ KELSEN, Hans, op. cit, p. 79.

²⁴⁸ Idem, p. 80.

²⁴⁹ A expressão no original em francês é “*Mettre entre parenthèses*”. Cf. WALINE, Michel. *Positivisme philosophique, juridique et sociologique*. In, Melanges Carré de Malberg. Paris: Sirey, 1933, p. 517.

²⁵⁰ KELSEN, Hans, op. Cit. p. 80.

²⁵¹ Idem, p. 1

determinado, pode ser diferenciado nitidamente, por um lado, das ciências que estudam os fatos, a diferença entre o ser e o deve ser (o *Sein* oposto ao *Sollen*). Nessa perspectiva, o Direito consiste em um sistema de normas diverso da moral ou do direito natural.

A Teoria Pura do Direito se caracteriza, por um intransigente dualismo que opõe, por um lado, o ser ao dever ser, a realidade ao valor (e conseqüentemente as ciências da natureza às ciências do espírito, a natureza à sociedade, bem como à causalidade à imputação) e, por outro, o direito à moral e o direito positivo ao direito natural.²⁵²

A ciência do Direito, enquanto conhecimento do Direito Positivo, deve eliminar taxativamente todas as considerações que são essencialmente estranhas a seu objeto e que introduzem, por intermédio de ideologias de toda espécie, posições decorrentes da política, moral e ética.²⁵³

O objeto da ciência do direito para o positivismo é claro: o direito positivo, a saber, a Constituição e as leis. Ora, longe de considerações filosóficas a ciência do direito positivo pode alcançar um status epistemológico das outras ciências.²⁵⁴

Foi extraíndo as conseqüências lógicas que Hans Kelsen concebeu a *Teoria Pura do Direito*, em que o ponto de partida (a norma fundamental) bem como todos os pontos de passagem (de uma norma geral a uma norma particular, ou de uma norma a um caso de sua aplicação), dependem de decisões, de atos de vontade, que não se fundam em Direito, mas se justificam por considerações de ordem política ou moral²⁵⁵ (daí por que se questiona a pureza metodológica do Direito).

Ocorre que a *Teoria Pura do Direito* não dá conta da obrigação de decidir que tem o juiz num determinado caso concreto. Ou seja, em determinadas situações o

²⁵² Cf. PERELMAN, Chaim. *Ética e Direito*. op. cit., p. 475.

²⁵³ Ibidem.

²⁵⁴ Cf. GOYARD-FABRE, Simone. *De quelques ambiguïtés du positivisme juridique*, In, *Cahiers de philosophie politique et juridique* n. 13. Caen: Centre de Publications de L'Université de Caen, 1990. p. 26.

²⁵⁵ PERELMAN, Chaim. *Ética e Direito*. op. cit p. 481.

direito não pode ser aplicado no caso concreto, pois, dentro da perspectiva desta teoria quando nem uma nem outra interpretação da lei é possível, pois legislador prescreveu algo sem sentido, não existe qualquer norma jurídica objetivamente válida, ainda que tenha sido posta em harmonia com a norma fundamental.²⁵⁶ Não havendo norma válida o juiz não vai julgar conforme o Direito, mas a partir de um ato de sua vontade, amparado em valores meta-jurídicos e, portanto a decisão tomada não será racional.

A preocupação com a conclusão acima é que vai motivar Chaïm Perelman a usar a *Teoria Pura do Direito* como objeto de crítica em suas teorias do direito e da argumentação, como será visto no capítulo seguinte.

Destarte, a atenção de Chaïm Perelman nos seus estudos sobre a teoria do direito estão vinculadas a forma de tratamento dado a disciplina no decorrer histórico do Ocidente. Perelman vai buscar em Aristóteles a fonte de seus estudos na procura de um método racional capaz de se ocupar do saber discursivo em relação às disciplinas práticas. Vai descobrir que o método da dialética era empregado, com sucesso, nas ciências práticas na Antigüidade e na Idade Média, onde a fonte da justiça era a natureza.

Com o advento da modernidade científica e a exaltação das verdades racionais, acessíveis a todos os seres dotados de razão, verifica-se a mudança do paradigma metodológico. Ou seja, só é digno de saber científico aquilo que pode ser verdadeiro para todos, que empregando corretamente um método, encontrem uma mesma verdade correta. No direito a consequência deste ideal é a redução do objeto de investigação à lei.

A lei como objeto do direito deveria ser dotada de uma sistematicidade lógico formal, a fim de constituir uma ciência objetiva e precisa alheia aos conceitos irracionais e arbitrários como a Justiça. Isto é, o direito só é racional e científico se abandonar os juízos de valores que lhes são estranhos e dedicar-se ao estudo da lei positiva.

²⁵⁶ KELSEN, Hans. Op. Cit. p. 231.

A extirpação do conceito de justiça do objeto do Direito vai preocupar Chaïm Perelman, sobretudo, no pós-segunda guerra mundial, e vai levá-lo a buscar nos conceitos dos antigos, como nos de Aristóteles e Tomás de Aquino, uma solução para se tratar racionalmente os juízos de valor e devolver ao direito o seu fim: a justiça.

CAPITULO III

3 – CHAÏM PERELMAN: DA ARGUMENTAÇÃO À JUSTIÇA UM RETORNO A ARISTÓTELES

Depois de analisadas as concepções de argumentação e justiça, partindo de Aristóteles – como fundamento – e seguindo a linha de raciocínio de Chaïm Perelman – como fio condutor –, far-se-á necessário abordar tais concepções no pensamento de Perelman, a fim de comprovar que em sua obra existe uma estrita relação entre a teoria do direito e a teoria do raciocínio jurídico.

Como já salientado no decorrer do estudo serão apresentadas às concepções de argumentação e de justiça de Chaïm Perelman tomando como teoria de base os escritos em *Da Justiça*²⁵⁷ e *Lógica Jurídica*,²⁵⁸ onde Perelman se preocupa, especialmente, com as questões relacionadas ao direito.

Sob o título “*Lógica Jurídica*” aparecem, contemporaneamente, as mais diferentes teorias. Na segunda metade do século XX há uma explosão das teorias lógicas e da argumentação jurídica. Apenas para citar alguns exemplos: a retomada *Tópica* de Theodor Viehweg,²⁵⁹ *A Lógica do Razoável* de Luis Recasens Siches,²⁶⁰ as teorias da Argumentação de Stephen Toulmin, Robert Alexy e Manuel Atienza e a dialética anti-dedutivista de Michel Villey.

Na verdade, ainda que baseadas e tratadas de modo diverso, todas elas trazem, em si, sob o rótulo de lógica ou argumentação, a necessidade do trabalho do Direito

²⁵⁷ PERELMAN, Chaïm. *Ética e Direito*. Op. Cit. p. 3/67.

²⁵⁸ PERELMAN, Chaïm. *Lógica Jurídica*. Op. Cit.

²⁵⁹ VIEHWEG, Theodor. *Tópica y Jurisprudência*, op. cit.

²⁶⁰ Luis Recaséns Siches além de propor a teoria que chamou de “lógica razonable” fez o maior estudo histórico da consideração dos raciocínios jurídicos nas teorias do Direito do ocidente. A meu ver é o mais completo trabalho sobre o tema e o que oferece a melhor abordagem do assunto. SICHES, Luis Recaséns. *Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa y Lógica “razonable”*. México: Fondo de Cultura Económica, 1971.

como discurso. São, sobretudo, teorias que explicam que o direito surge da controvérsia, do diálogo e do embate.

De fato, as lógicas jurídicas têm em comum a preocupação com um tipo de racionalidade prática mais aproximada das técnicas da refutação, da controvérsia ou argumentação do que com a lógica formal, que a modernidade considera como a única capaz de ser chamada de lógica²⁶¹ e, portanto, única forma racional de tratar os fenômenos científicos.

Este movimento de retomada de um raciocínio prático para determinadas matérias do conhecimento humano não é restrita ao direito. Ensina Enrico Berti²⁶² a “*reabilitação da filosofia prática*” de Aristóteles, sobretudo vinculada à metodologia, deu-se por volta dos anos 60 em diversas obras como a *Teoria da Argumentação*²⁶³ de Chaim Perelman e em *Verdade e Método*²⁶⁴ de Hans-Georg Gadamer.

Como foi visto nos capítulos precedentes a formulação de um raciocínio ou argumento pode se dar de varias maneiras. Explica Aristóteles no livro *Tópicos*²⁶⁵ que o raciocínio é um argumento em que, estabelecidas certas coisas, outras coisas diferentes se deduzem necessariamente das primeiras.²⁶⁶ Pode-se dizer que o raciocínio é demonstrativo quando as premissas das quais ele parte são verdadeiras e primeiras, ou quando o conhecimento que delas temos provém originariamente de premissas primeiras e verdadeiras. É o modo de proceder nas ciências demonstrativas que toma por premissas proposições universais, primeiras e necessárias.

O raciocínio dialético, por sua vez, parte de opiniões geralmente aceitas (*endoxas*). A dialética é um procedimento capaz de dar conta da matéria contingente (não necessária) e o silogismo dialético, partindo de premissas que são admitidas a

²⁶¹ Cf. VILLEY, Michel. *Filosofia do direito*. Op. Cit. p. 235.

²⁶² BERTI, Enrico, *As razões de Aristóteles*. Op. Cit. XIV.

²⁶³ PERELMAN, Chaïm. *Teoria da Argumentação – a Nova Retórica*. Op.cit.

²⁶⁴ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método*. Rio de Janeiro: Vozes, 2003.

²⁶⁵ ARISTÓTELES, *Organon*. Op. Cit.

²⁶⁶ ARISTÓTELES, *Organon*, op. cit., p. 5.

partir de opiniões geralmente aceitas, é o instrumento capaz de dar conta da matéria envolvida numa discussão.

Os raciocínios jurídicos são, nesta perspectiva, raciocínios dialéticos, e não analíticos. A lógica jurídica não é uma lógica de demonstração formal, mas uma lógica argumentativa, que não utiliza provas analíticas, mas dialéticas, que visam o convencimento do juiz no caso concreto.

É tomando este ponto de partida que será apresentada a forma de racionalidade própria do direito que Chaïm Perelman identifica com a dialética clássica, ainda que chamando-a de Nova Retórica.

Explica Mieczyslaw Maneli,²⁶⁷ “*Perelman foi um produto do humanismo europeu*” profundamente influenciado pelos ideais judaico-cristãos e seculares de responsabilidade moral. Judeu polonês mudou-se para a Bélgica ainda criança. Durante a ocupação nazista Perelman participou ativamente da resistência Belga. Judeu convicto engajado nos debates sobre a construção do Estado de Israel,²⁶⁸ Perelman fez questão de manter a tradição e a origem judaica mesmo com a herança nazista ainda viva. Quando estava na resistência escreveu o famoso ensaio sobre a Justiça²⁶⁹ que foi publicado originalmente em 1945.

A condição do ambiente em que vivia fez com que Chaïm Perelman, lógico e jurista formado dentro da tradição de estudos de Gottlob Frege,²⁷⁰ voltasse sua atenção para problemas fundamentais da teoria do direito, como a forma de raciocinar em direito e o problema da definição de direito enquanto ciência bem como a necessidade do uso da justiça.

²⁶⁷ MANELI, Mieczyslaw. *A Nova Retórica de Perelman – filosofia e metodologia para o século XXI*, São Paulo: Manole, 2004. p. 178.

²⁶⁸ Neste sentido consulte-se: PERELMAN, Chaim. *La question juive*, in - *Synthèses*, n°3. Bruxelas, 1946.

²⁶⁹ A primeira publicação do ensaio sobre a Justiça foi em 1945. PERELMAN, Chaïm. *De la Justice*. Bruxelas: Office de publicité, 1945. Em português este ensaio está contido na coletânea *Ética e Direito*, e as referências serão da publicação brasileira. Cf. PERELMAN, *Ética e Direito*, op. Cit. p. 3-67.

²⁷⁰ A tese de doutorado de Chaïm Perelman foi sobre o pensamento de Gottlob Frege, intitulada *Etude sur Frege* foi apresentada em 1938.

É com base nessas indagações de Chaïm Perelman que serão agora apresentadas as concepções essenciais do autor para que seja possível estabelecer um vínculo entre a teoria dos direitos e a teoria dos raciocínios jurídicos.

3.1 Dialética e a Nova Retórica

Sob o nome de *Nova Retórica*, é que surge a retomada contemporânea da dialética, como teoria da argumentação, formulada na antiguidade por Aristóteles.²⁷¹ Chaïm Perelman²⁷² dá dois motivos pelos quais preferiu chamar sua teoria de *Nova Retórica* e não de dialética.

O primeiro para que não existisse nenhuma confusão entre aquilo que pretendia apresentar e o que era entendido como dialética a partir do pensamento hegeliano. E o segundo porque Perelman havia entendido, de início, que a diferenciação entre dialética e analítica, para Aristóteles, residia apenas na verossimilhança das premissas da dialética em relação à certeza da analítica. Ou seja, que as *endoxas* se diferenciavam das definições e dos axiomas apenas por elas (as *endoxas*) serem verossímeis. Assim, estabelecidas como premissas decorreria uma simples dedução onde o resultado seria verossímil e não verdadeiro.

Ocorre que, como explica Enrico Berti²⁷³ as *endoxas* não são apenas verossímeis e, a partir daí, decorre uma simples dedução. As *endoxas* contém em si a adesão de um certo auditório de interlocutores para que possam se tornar, como dito

²⁷¹ A dialética não é formulada inicialmente por Aristóteles, como foi visto no capítulo I. Aristóteles atribui seu surgimento à Zenão de Eléia e desenvolvimento em todos os diálogos de Platão. Por outro lado, como foi dito na Introdução geral deste trabalho o método dialético sempre serviu ao conhecimento no pensamento Chinês e Judaico. Sobre a dialética no pensamento Oriental consulte-se: FAGUNDÉZ, Paulo Roney Ávila. *Racionalidade e intuição: Ocidente, Oriente, novos e velhos paradigmas*, in - FAGUNDÉZ, Paulo Roney Ávila (org). *A crise do conhecimento jurídico – perspectivas e tendências do Direito Contemporâneo*. Brasília: OAB, 2004. p. 231/249. Para a dialética no pensamento judaico consulte-se: ABITBOL, Gabriel. *Herméneutique normative et logique juridique du Talmud*, Paris, 1989 e FRYDAM, Benoit. *Les sens des loi*. Op. Cit. p. 75-113.

²⁷² PERELMAN, Chaïm e OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da Argumentação*. Op. Cit. p. 5.

²⁷³ BERTI, Enrico. *Aristóteles no século XX*. Op. Cit., p. 287.

por Aristóteles nos *Tópicos*, opiniões geralmente aceitas. Isto é, pelo fato das premissas serem opináveis que na dialética se está sujeito ao diálogo.

Com efeito, o próprio Perelman²⁷⁴ vai reconhecer essa hipótese posteriormente na obra *Lógica Jurídica* quando diz:

“A nova retórica, por considerar que a argumentação pode dirigir-se a auditórios diversos, não se limitará, como a retórica clássica, ao exame das técnicas do discurso público, dirigido a uma multidão não especializada, mas se interessará igualmente pelo diálogo socrático, pela dialética, tal como foi concebida por Platão e Aristóteles, pela arte de defender uma tese e de atacar a do adversário, numa controvérsia. Englobará, portanto, todo o campo da argumentação, complementar da demonstração, da prova pela inferência estudada pela lógica formal”

Além disso, a passagem dos argumentos dialéticos à decisão, ao contrário do que ocorre no silogismo demonstrativo, não é obrigatória, pois uma decisão envolve sempre a possibilidade de decidir de outro modo ou, simplesmente, de não decidir. Sendo, neste sentido, também um ato de vontade.²⁷⁵

Portanto, é o próprio Perelman quem vai identificar a sua teoria da argumentação com a dialética clássica, dizendo que a *Nova Retórica* se embasa naquelas provas que Aristóteles chamava de dialéticas.²⁷⁶

Assim, segundo Enrico Berti,²⁷⁷ a escolha pela denominação retórica feita por Chaïm Perelman é inadequada, pois o que o autor faz de fato é a retomada da dialética.

²⁷⁴ PERELMAN, Chaim. *Lógica Jurídica*. Op. Cit. p. 144.

²⁷⁵ Conforme já foi explicado no item 1.3.2.

²⁷⁶ Cf. PERELMAN, Chaïm, *Retóricas*. Op. cit. p 299.

²⁷⁷ BERTI, Enrico. *Aristóteles no século XX*. Op. Cit., p. 286/291. Enrico Berti vai dizer também que Chaïm Perelman em sua *Nova Retórica* enfraquece a noção de Dialética de Aristóteles ao limitar o uso da dialética às ciências prática e ao não considerar que a dialética tem utilidade para além desse modo, como foi visto no item 1.2.2 deste estudo. A crítica de Enrico Berti poderia ser pertinente se Chaïm Perelman tivesse levado a cabo um projeto de tratar de todos os modos e tipos de conhecimentos como o fez Aristóteles. Chaïm Perelman, sobretudo nas obras de base do estudo aqui proposto, ocupa-se especialmente de uma ciência prática em particular que é o Direito e o uso da noção de dialética é instrumental para explicação desse fenômeno e apenas isso.

Assim, quando aqui se falar em *Nova Retórica* estará se falando no retorno à dialética de Aristóteles como método geral, que pode ser aplicado inclusive na própria *Retórica*.

Nesse sentido, Chaïm Perelman toma a noção de dialética de Aristóteles aplicando-a numa concepção basicamente preocupada com as ciências práticas onde as provas dialéticas teriam se ocupado, não das verdades da demonstração como discurso racional, mas sim das questões práticas voltadas ao contingente, o que equivaleria a dizer que a dialética se ocupa do razoável enquanto racional.²⁷⁸

Por esse motivo, será necessário, abordar alguns dos pontos principais de sua teoria da argumentação – a *Nova Retórica*, como a questão do acordo, do auditório e a relação entre racional e razoável, com o objetivo de explicar sua relação entre o direito, à argumentação e a justiça.

Importante esclarecer que o desenvolvimento da *Nova Retórica* dá-se, sobretudo, no *Tratado da Argumentação – A Nova Retórica* –,²⁷⁹ que não é um tratado de como argumentar apenas em Direito, mas em todos os domínios do conhecimento humano nos quais se busca, a partir de situações de controvérsia, chegar a uma solução adequada.

Porém, como foi dito na introdução deste estudo, o objetivo principal que aqui se tem é de fazer uma análise da *Nova Retórica* no que concerne às relações entre esta teoria e a justiça. Por isso, optou-se por trabalhar, como teoria de base, com dois textos de Chaïm Perelman em especial: *Lógica Jurídica* e *Da Justiça*.

Destarte, não serão aqui expostos todos os pontos concernentes à *Nova Retórica*, constantes no *Tratado da Argumentação*, mas sim aqueles necessários ao

²⁷⁸ Importante lembrar como foi dito nos capítulos I e II que todas as formas de argumentação, não apenas a demonstrativa, fazem parte do racional.

²⁷⁹ PERELMAN, Chaïm e OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da Argumentação*. Op. cit

desenvolvimento do objetivo final do estudo, que é estabelecer a relação entre argumentação, direito e justiça no pensamento de Chaïm Perelman.²⁸⁰

No *Tratado da Argumentação*, Chaïm Perelman e Lucie Olbrechts-Tyteca,²⁸¹ propõem a estudar "*recursos discursivo para se obter a adesão dos espíritos*". Para tanto, há que se retomar a noção de acordo nos casos em que o objeto do debate não é a verdade de uma proposição, mas sim o valor de uma decisão, de uma opção ou de uma ação, consideradas como justas, eqüitativas, razoáveis.

A verdade ou falsidade de uma proposição é apenas um dos motivos de aceitação ou rejeição de uma determinada tese dentre tantos outros motivos, pois, uma tese pode ser admitida ou afastada porque é ou não oportuna, socialmente útil, justa ou eqüitativa.²⁸² É possível compreender esse ponto observando-se o funcionamento do procedimento judicial, no qual, muitas vezes, concede-se preferência a adesão de outros valores em detrimento da verdade.

Para construir a questão, Chaim Perelman²⁸³ trabalha com a importância das técnicas de argumentação da dialética, que objetivam a obtenção de acordos sobre os valores e sobre a sua aplicação, quando esses são o objeto de uma controvérsia. O orador deve tomar como pontos iniciais do discurso os fatos, os valores e os "*lugares-comuns*", sendo sua tarefa escolhê-los e dar a eles uma presença por meio de técnicas de apresentação.

O conceito de acordo desdobra-se no conceito de acordo prévio. Os acordos prévios são determinadas proposições incontestáveis que já se encontram aceitas pelo auditório antes do início do discurso. É sobre estas proposições que o orador baseará seu discurso, procurando transferir a adesão do auditório em relação aos acordos

²⁸⁰ Para uma análise específica (ou compilação) da Nova Retórica no *Tratado da Argumentação* consulte-se: MONTEIRO, Cláudia Servilha. *Teoria da Argumentação Jurídica e Nova Retórica*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001.

²⁸¹ PERELMAN, Chaïm e OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da Argumentação*. Op. Cit. p. 8.

²⁸² Cf. PERELMAN, *Lógica Jurídica*. Op. Cit. p. 156.

²⁸³ Idem, p. 159.

prévios até a tese que apresenta. Tal procedimento será efetuado mediante as técnicas argumentativas examinadas minuciosamente no *Tratado da Argumentação*.²⁸⁴

Outro conceito muito importante para a teoria da argumentação é o de auditório. Para o discurso analítico ou demonstrativo, que se utiliza da lógica formal, as provas utilizadas são impessoais, devendo ser aceitas universalmente. Para o discurso dialético (ou retórico), no entanto, a relação entre o orador e o auditório ao qual se dirige o discurso é extremamente importante.

A verdade obtida pela lógica formal é sempre universal e incontestável, enquanto que a adesão obtida pela argumentação é sempre a adesão de um auditório determinado, portanto variável ou contingente.

Auditório, segundo Perelman,²⁸⁵ é "*o conjunto daqueles aos quais visa o esforço de persuasão*" e todos aqueles que o orador quer influenciar mediante o seu discurso. O conhecimento do auditório é vital para o sucesso da argumentação, já que, o orador sempre fundamentará seu discurso sobre determinados acordos prévios do auditório. Quanto melhor se conhece o auditório, maior é o número de acordos prévios que se tem à disposição e, portanto, melhor fundamentada será a argumentação.

Por outro lado, a idéia de auditório também traz consigo uma outra noção: a temporalidade. Explica Perelman²⁸⁶ que "*enquanto os axiomas de um sistema formal fazem abstração de qualquer contexto – o que permite comparar um sistema formal a um jogo de xadrez – a argumentação insere-se necessariamente em um contexto psicossocial*". Um bom exemplo da temporalidade das condições do auditório dizem respeito às modificações provocadas pela jurisprudência, tendo em vista a exigência de coerência do direito e a diferença de contexto em que os juízos de valor foram expressos pelo legislador. Ora, mudando-se o auditório, muda-se o sentido, ou as

²⁸⁴ PERELMAN, Chaïm e OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da Argumentação*. Op. Cit. p. 73.

²⁸⁵ Cf. PERELMAN, Chaim. *Lógica Jurídica*. Op. Cit. p. 166.

²⁸⁶ Idem, p. 168.

razões da justificação. Nos dizeres de Perelman: “a própria idéia de motivação, de justificação de uma decisão judiciária, muda de sentido ao mudar de auditório.”²⁸⁷

Se o magistrado precisa apenas justificar-se perante o legislador, basta-lhe indicar os textos legais na sentença, para mostrar que não viola nenhum dispositivo. Entretanto, se a motivação for dirigida à opinião pública, será imprescindível que a decisão venha conformada com os critérios de equidade e interesse geral.²⁸⁸

Para a adequada compreensão desse raciocínio, faz-se necessária a explicitação de outro conceito da teoria da argumentação de Perelman, qual seja: a relação entre racional e razoável.

Segundo Luis Recaséns Siches,²⁸⁹ a idéia de que a única forma de racionalidade admitida é aquela do pensar matemático do tipo cartesiano, onde não havia interesse científico por aquilo que fosse opinável e variável, mas apenas naquilo que fosse verdadeiro empregando um cálculo, fez com que Perelman considerasse que estes filósofos entendiam que a razão se limitava ao conhecimento e aplicação de formulas. Nessa perspectiva, o campo de intervenção da faculdade humana de raciocinar e provar através de atos decisórios não era uma atividade racional.

Insatisfeito com o tratamento dado à faculdade de raciocinar, Perelman empregou nos seus estudos o esforço por respeitar o fato de que, numa discussão racional sobre problemas humanos práticos como a política e a moral, as partes envolvidas possuem opiniões válidas e razoáveis ainda que sejam divergentes umas das outras.²⁹⁰

Perelman formulou, portanto, uma pequena distinção entre o racional e o razoável. Aquilo que é racional pode ser descrito como o que corresponde às relações

²⁸⁷ Cf. PERELMAN, *Ética e Direito*. Op. Cit. p 565.

²⁸⁸ PERELMAN, Chaim. *Lógica Jurídica*. Op. Cit. p. 238.

²⁸⁹ SICHES, Luis Recaséns. Op. Cit. p. 378.

²⁹⁰ Cf. MANELI, Mieczyslaw. Op. Cit. p. 26.

necessárias, associadas às verdades evidentes,²⁹¹ como a razão matemática, por exemplo. Por sua vez, o razoável é aquilo influenciado pelas situações contingentes, como o senso comum ou o bom senso. O razoável muda conforme as circunstâncias que se apresentam. O razoável muda na medida em que a humanidade se modifica.

Explica Chaïm Perelman que em direito o critério de decisão razoável é aquele vinculado à equidade, pois quando a aplicação de uma lei parece desarrazoada é legítimo que se recorra a equidade como forma de correção da aplicação.²⁹² Do que se conclui que na matéria prática e contingente – como é o direito – o critério de aplicação deve guardar relação com aquilo que é razoável e não necessariamente com aquilo que é racional, no sentido acima empregado.

3.2 Lógica Jurídica e Nova Retórica

Chaïm Perelman,²⁹³ constatou que a tradicional filosofia do Ocidente, desde o século XVII, sofreu influência do desenvolvimento da *psique* matemática e das ciências naturais baseadas na experiência, na medida, o pensamento e o cálculo. Tudo aquilo que não fosse possível de ser reduzido a uma quantidade deveria ser considerado como vago e confuso. A partir desta constatação, na obra *Lógica Jurídica*.²⁹⁴ Perelman traça uma evolução histórica tanto do conceito de Direito quanto das técnicas do raciocínio jurídico. Em Roma e na Idade Média, mostra como o Direito é elaborado segundo um modelo dialético ou argumentativo;²⁹⁵ nos teóricos jusracionalistas dos séculos XVII e XVIII – que se ocuparam em construir uma jurisprudência universal, fundada em princípios racionais – destaca um modelo de raciocínio dedutivo.

A esse ideal de jurisprudência universal se opuseram três teses: a de Hobbes, dispondo que o direito não é expressão da razão, mas sim a vontade do soberano; a de

²⁹¹ Idem, p. 28.

²⁹² PERELMAN, Chaim. *Ética e Direito*. Op. Cit. p. 435.

²⁹³ PERELMAN, Chaim. *Études de logique juridique – vol. VII, L'usage et l'abus de notions confuses*, Bruxelles: Bruylant, 1978. p. 3.

²⁹⁴ PERELMAN, Chaim. *Lógica Jurídica*. Op. Cit. p. 17.

²⁹⁵ Idem, p. 14.

Montesquieu onde as leis são expressão da razão, mas relativas a um meio social, a uma época histórica determinada; e a de Rousseau que propunha ser o direito produto da vontade geral da nação. Tais ideais confluíram na Revolução Francesa e determinaram a nova concepção de direito: o conjunto de leis²⁹⁶

A partir do Código de Napoleão, a *escola da exegese*, dominou o conhecimento jurídico continental até aproximadamente 1880, concebendo o direito como um sistema dedutivo e o raciocínio judicial, segundo a teoria do silogismo.²⁹⁷

O ideal de ciência, nesta tradição, é tomar a disciplina do conhecimento que tenha objeto próprio, diverso do objeto de outra área de conhecimento e que seja possível de ser assegurada pela demonstração. Cada ciência deve ter princípios próprios, que são aquilo a partir do qual ela pode ser demonstrada.²⁹⁸ O que uma ciência demonstra é o seu objeto. Assim, o ideal de toda ciência é tratar como objetividade, neutralidade e exatidão o seu objeto.²⁹⁹

Segundo a ótica positivista, por sua vez, sempre se pode demonstrar a veracidade de alguns fatos e das proposições lógicas e matemáticas, mas nunca de um juízo de valor, que será sempre controvertido. Ou seja, é possível provar racionalmente uma equação matemática, mas não é possível determinar que uma atitude é mais justa que a outra.³⁰⁰

A formulação do positivismo da legalidade oferece à teoria do direito um pensamento voltado à lei como um dado objetivo. Ou seja, o positivismo serve-se de um método puramente jurídico, detendo sua atenção à lei. Forma no terreno do direito

²⁹⁶ Cf. ATIENZA, Manuel. Op. Cit. p. 107.

²⁹⁷ PERELMAN, Chaim. *Lógica Jurídica*. Op.cit. p. 33.

²⁹⁸ BERTI, Enrico, *As razões de Aristóteles*, op. cit, p.7.

²⁹⁹ Vai dizer Jacques Lacan em debate com Chaïm Perelman sobre o ideal de racionalidade da ciência da modernidade: “...que não seja vão lembrar aqui que o discurso da ciência, na medida em que se recomendaria objetividade, neutralidade, mornidão, até mau gosto, é igualmente desonesto, tem intenções tão negras como qualquer retórica.” In, PERELMAN, Chaim. *Ética e Direito*. Op. Cit. p. 126; LACAN, Jacques. *Escritos*. São Paulo: Perspectiva, 1996. p. 308 e segs.

³⁰⁰ Cf. PERELMAN, *Lógica Jurídica*. Op. Cit. p. 136.

algo sólido, objetivo, seguro e estável. Tal situação confere ao direito um verdadeiro status de ciência.

A ciência do direito, por sua vez, é o objeto de estudo de Hans Kelsen, e deveria ser descrita e explicada segundo o ideal de toda ciência, com objetividade e exatidão.³⁰¹ Para tanto, pretendia “*libertar a ciência jurídica de todos os elementos que lhe são estranhos*”.³⁰² Eis o postulado metodológico fundamental de sua teoria do direito enquanto ciência. O Direito é, portanto, um sistema de normas dotado de lógica.

Ora, a consequência disso é abandonar toda uma formulação aristotélica de admitir uma razão prática, aplicável aos campos da ação humana e, portanto, negar a possibilidade de uma solução racional para os problemas que envolvam um juízo de valor.

Como diz Chaïm Perelman,

a concepção positivista tinha como consequência inevitável restringir o papel da lógica, dos métodos científicos e da razão a problemas de conhecimento puramente teóricos, negando a possibilidade de um uso prático da razão. Opunha-se, por isso, à tradição aristotélica, que admitia uma razão prática, que se aplica a todos os domínios da ação, desde a ética até a política, e justifica a filosofia como a busca da sabedoria.³⁰³

Perelman interessou-se, portanto, pela criação de uma lógica dos juízos de valor, ou seja, uma lógica que pudesse fornecer critérios objetivos e universais para a aferição de valores, ao invés de tratá-los como arbitrários e irracionais. Seguindo este caminho, por discordar da posição positivista que, ao limitar o papel da lógica, do método científico e da razão à solução de problemas de fundo meramente teórico, abandona a solução dos problemas humanos à emoção, aos interesses e à violência.³⁰⁴

³⁰¹ Cf. KELSEN, Hans. Op.cit. p. XI.

³⁰² Idem, p.1.

³⁰³ PERELMAN, Chaïm, *Lógica Jurídica*. Op.cit. p. 136.

³⁰⁴ Ibidem.

Nos dizeres de Chaim Perelman tal postura

[...] equivale à renúncia a qualquer filosofia prática, não podia satisfazer-me, pois significava abandonar às emoções, aos interesses e, no final das contas, à violência o controle de todos os problemas relativos à ação humana, especialmente à ação coletiva, todos aqueles relacionados tradicionalmente a moral, ao direito e a política.³⁰⁵

A Nova Retórica viria a surgir como resultado da intensa procura, empreendida por Chaïm Perelman e Lucie Olbrecht-Tyteca, de um modelo de discurso que procurasse salvaguardar, numa certa similitude formal, o prestígio que as exigências de rigor e de verdade, num esforço de compatibilizar tais características com um discurso surgido nas necessidades do agir humano.

A vontade de promover esta compatibilização é particularmente manifesta nas investigações de Chaïm Perelman e Lucie Olbrecht-Tyteca, na procura de uma lógica dos juízos de valor, cuja inspiração e modelo advinham do bom êxito que os investigadores em lógica haviam obtido, através da observação minuciosa de todas as operações que permitiam aos matemáticos demonstrar os seus teoremas, conseguindo, por essa via, a renovação da lógica formal como lógica operativa.³⁰⁶

Com efeito, Perelman chegou à conclusão inesperada de que não há uma lógica formal dos juízos de valor, mas que, em todos os campos do conhecimento onde ocorre controvérsia de opiniões, seja na filosofia moral ou no direito, é possível recorrer à argumentação.³⁰⁷

Ficou convencido da existência de técnicas de argumentação e persuasão, em particular aquelas estudadas por Aristóteles nos *Tópicos* e na *Retórica*,³⁰⁸ do tipo

³⁰⁵ Cf. PERELMAN, Chaim. *Lógica Jurídica*. Op. Cit. p. 137

³⁰⁶ Cf. PERELMAN, Chaim. *L'Empire Rhétorique*. Paris: Vrin, 1977. p. 9

³⁰⁷ Segundo Enrico Berti, aí reside o engano de Perelman, pois, o que está em jogo no enfraquecimento das conclusões não é a lógica da qual se serve mas sim o objeto da matéria que está em jogo na discussão, a saber, os bens e as ações humanas, que como a sociedade explica Aristóteles versam sobre o contingente e não sobre o necessário. Cf. BERTI, Enrico. *Aristóteles no século XX*, op.cit. p. 285.

³⁰⁸ Ibidem.

dialético, como forma de racionalidade peculiar das ciências morais como a política, a ética e o direito. Assim, a dialética pode ser utilizada como instrumento para se chegar a um acordo sobre os valores e sua aplicação.

A partir de então, passou a estudar como desenvolver, no domínio do Direito, a retórica³⁰⁹ concebida como uma maneira de discutir e alcançar a um acordo sobre valores, sem abandonar o campo da razão, mas transcendendo as categorias da lógica formal baseada na demonstração científica. Com efeito, ao efetuar a reabilitação do método que regula os raciocínios argumentativos do tipo dialético estabelece a relação da argumentação com a noção de justiça, como será visto mais adiante.

A solução redescoberta não consistia no uso de deduções formalmente corretas, nem sequer no uso de induções, mas em argumentações que tinham como objetivo conseguir o assentimento dos espíritos à uma determinada tese.³¹⁰

Perelman tomou como modelo os raciocínios jurídicos que são marcados pelo desacordo, pelas disputas judiciais, não podendo ser feitos sem considerar o sujeito que os propõe e sem tratar de um juízo de valores.

Nos dizeres de Chaim Perelman³¹¹

Assimilar o raciocínio judiciário a um silogismo, cuja conclusão seria verdadeira, porque pode ser demonstrada formalmente a partir de premissas verdadeiras, é mascarar a própria natureza do raciocínio prático, é transformá-lo num raciocínio impessoal, do qual se terá eliminado todo o fator de decisão, que é, contudo essencial. O que há de especificamente jurídico no raciocínio do juiz não é de modo algum a dedução formalmente correta de uma conclusão a partir de premissas – nisso a dedução em direito nada tem de particular – mas são os raciocínios que conduzem ao estabelecimento de premissas no âmbito de um sistema de direito em vigor.

³⁰⁹ Como dito no início do capítulo a retórica de Chaim Perelman é baseada nos argumentos ou provas do tipo dialético

³¹⁰ . PERELMAN, Chaim. *L'Empire Rhétorique*. Op. Cit. p. 10.

³¹¹ PERELMAN, Chaim. *Ética e Direito*, op. cit., 481.

Assim, não se pode, sob pena de desumanizar o Direito, restringi-lo ao modo de pensar dedutivo, analítico demonstrativo. O jurista, ao empregar o seu raciocínio, deve pensar no sentido de tornar o Direito útil para a sociedade, ou seja,

deve interpretar o direito de modo que, de um lado, remova as incompatibilidades e mesmo as contradições que poderiam, à primeira vista, ocorrer e, de outro lado, complete as lacunas que o legislador poderia, à primeira vista, ter deixado. E esse modo de proceder, ele deve motivá-lo relacionando suas conclusões com textos legais. Essa motivação não é coerciva, pois não resulta de um raciocínio puramente demonstrativo, mas de uma argumentação.³¹²

O raciocínio jurídico se expressa, primordialmente, no processo judicial, na motivação do juiz em dizer o direito do caso concreto, expressando as razões da sua decisão. Com efeito, ao decidir, deve o juiz interpretar o direito de forma razoável, ponderada e aceitável a fim de transformar sua decisão em algo socialmente útil.³¹³

As razões de uma sentença judicial dirigem-se não apenas aos litigantes, mas a todos. Faz compreender o sentido e os limites das leis novas como também o modo de combiná-las com as antigas. Fornece aos comentadores, aos estudiosos da jurisprudência, a possibilidade de comparar as sentenças entre si, de analisá-las, agrupá-las, criticá-las, de extrair delas lições, em geral, também de preparar as soluções futuras. É uma forma de afastar a arbitrariedade do julgador e corrigir eventuais distorções, das leis e suas interpretações.³¹⁴

Portanto, a Lógica Jurídica de Chaïm Perelman centrada nas disputas judiciais, que tem por objetivo tratar de questões de fato, não pode ser reduzida a raciocínios puramente formais, pois, em direito ninguém se contenta em apenas deduzir de proposições verdadeiras uma conclusão. Em direito se argumenta na busca da solução. Neste sentido, trabalha a razão prática que deve guiar para as ações e, por isso, esta situação de agir, na busca da ação correta, é mais próxima ao exercício do juiz do que

³¹² PERELMAN, Chaïm. *Ética e Direito*, op. cit., p. 472.

³¹³ Idem, p. 488.

³¹⁴ Idem, p. 489.

a do matemático, razão pela qual a lógica dos raciocínios judiciais não deve ser eminentemente formal.³¹⁵

Explicado como se desenvolve a argumentação e o raciocínio jurídico faz-se agora necessário explorar o papel da justiça na teoria do direito de Perelman.

3.3A Regra da Justiça

Chaim Perelman na sua teoria da argumentação jurídica sublinha a importância no raciocínio judicial da retórica (ou dialética) com o objetivo de situar o direito *sub specie justitiae*,³¹⁶ relembrando, sempre, o equilíbrio e a medida que se impõem à ordem das coisas.

A preocupação com a Justiça permeia toda a obra de Perelman, sendo equivocado afirmar que sua atenção e formulação do tema esgotou-se em 1945 com a publicação do ensaio *Da Justiça*, momento em que o autor cria uma regra formal de tratamento do tema. De fato, o que Perelman faz no decorrer de seus estudos é libertar-se do tratamento lógico formal de suas análises sobre o fenômeno, já que sua formação lógica lhe permite conhecer a fundo o papel da lógica na formulação de um raciocínio.

Assim, poder-se-ia dizer que existem três momentos nos trabalhos perelmanianos que identificam a importância e o tratamento do tema Justiça. O primeiro é o do ensaio *Da Justiça*, publicado no pós-segunda guerra onde, como diz Perelman,³¹⁷ “*aplicando a esta noção um método de inspiração positivista, obtive um primeiro resultado: pude evidenciar uma noção de justiça formal*”. O segundo é o da preocupação de Perelman e Olbrechts-Tyteca na busca de um método capaz de provar a existência de uma lógica dos juízos de valores. O terceiro, é aquele dos estudos de

³¹⁵ Idem, p. 473.

³¹⁶ Cf. GOYARD-FABRE, Simone. *Les Embarras Philosophiques du Droit Naturel*. Paris: Vrin, 2002 . p. 46.

³¹⁷ PERELMAN, Chaim. *Lógica Jurídica*. Op. Cit. p. 137.

Perelman específicos sobre o direito empregados na obra *Lógica Jurídica* onde Perelman³¹⁸ apresenta “a idéia de uma escolha, de uma decisão, de uma solução razoável, que implique a possibilidade do uso prático da razão.” Portanto, para que seja possível entender o funcionamento da noção de teoria do direito do autor será necessário abordar os estudos de Perelman sobre a justiça como será visto a seguir.

3.3.1 As concepções mais correntes de justiça.

O primeiro problema de Perelman ao deparar-se com a questão da justiça foi identificar como tal conceito era tratado pelos mais diversos seguimentos da filosofia e do direito. Como ele próprio diz³¹⁹ “quando escrevi esse primeiro estudo sobre a justiça, considerava os juízos de valor inteiramente arbitrários”. Assim, no ensaio *Da Justiça*³²⁰ não pretendeu aderir ou formular uma teoria da justiça que fosse a mais apropriada e consentânea com a idéia de racionalidade, comparativamente às teorias de outros autores. Pretendeu, na verdade, a partir de um ponto de vista lógico, examinar os diferentes sentidos da noção de justiça, para deles extrair uma idéia comum, que o levasse ao conceito de justiça formal, possível de ser aceito por qualquer um.

Procedeu então a enumeração e análise dessas concepções de justiça explicando que são seis às concepções mais correntes da justiça concreta que se afirmaram na civilização ocidental, desde a Antiguidade até nossos dias.

A primeira representada pela fórmula *a cada qual a mesma coisa*,³²¹ onde o ser justo é tratar todos da mesma forma, sem considerar nenhuma das particularidades que distinguem os indivíduos. Perelman observa que, no imaginário humano, o ser perfeitamente justo é a morte que vem atingir todos os homens independentemente de seus privilégios.

³¹⁸ Ibidem.

³¹⁹ Ibidem.

³²⁰ PERELMAN, Chaïm. *Ética e Direito*, op. Cit. p. 8.

³²¹ Idem, p. 9.

A segunda dispõe que ser justo é dar *a cada qual segundo seus méritos*,³²² não exige a igualdade de todos, mas um tratamento proporcional a uma qualidade intrínseca, ao mérito do indivíduo. A questão é saber o que deve ser levado em conta como mérito ou demérito de uma pessoa, quais os critérios que devem presidir tal determinação, se deve ser considerado o resultado da ação, a intenção do agente ou o sacrifício utilizado. Perelman observa que, partindo dessa concepção, pode-se chegar a resultados absolutamente distintos, bastando que não se conceda o mesmo grau de mérito aos mesmos atos dos indivíduos, portanto, apenas o valor moral será o critério do juiz.

A terceira concepção de justiça concreta expressa pela afirmação *a cada qual segundo suas obras*,³²³ expressa um tratamento proporcional onde o critério do tratamento justo é o resultado da ação dos indivíduos. Permite levar em consideração elementos sujeitos ao cálculo, ao peso ou à medida, levando-se em conta apenas o resultado.

A quarta formulação *a cada qual segundo suas necessidades*³²⁴ ao invés de considerar méritos dos indivíduos ou de sua produção, tenta reduzir os sofrimentos que resultam da impossibilidade em que o homem se encontra de satisfazer suas necessidades essenciais. É a fórmula de justiça como caridade. Assim, aqueles que estão em situação precária, carecendo de condições consideradas como um mínimo vital, devem ter um tratamento diferenciado.

Essa fórmula não leva em conta que as necessidades deverão ter um tratamento diferenciado e que em um determinado momento será necessário fazer a hierarquização dessas necessidades estabelecendo que umas sejam mais essenciais que as outras.³²⁵ Perelman afirma ser esta fórmula de justiça aquela que levou os

³²² Ibidem.

³²³ Idem. p. 10

³²⁴ Ibidem.

³²⁵ Idem, p. 26.

países ocidentais, no século XX, a criarem os direitos sociais, como o salário-mínimo e o seguro-desemprego.³²⁶

A quinta concepção representada pela expressão *a cada qual segundo sua posição*³²⁷ baseia-se na superioridade de indivíduos em decorrência ou do nascimento, ou em sociedades com classes hierarquizadas, onde as diferenças de tratamento levam em consideração critérios como a raça, a religião e a fortuna.

A sexta (e última) concepção da justiça concreta, *a cada qual segundo o que a lei lhe atribui*, é a paráfrase do princípio de "*dar a cada um o que lhe é devido*"³²⁸ ("*cuique suum*", dos romanos) e se propõe a aplicar aos fatos um sistema preestabelecido de regras de direito, por esta razão levará a resultados diferentes conforme o ordenamento jurídico a ser aplicado. Diz Perelman³²⁹ que "*esta fórmula de justiça se distingue de todas as outras pelo fato de o juiz, a pessoa encarregada de aplicá-la, já não ser livre para escolher a concepção da justiça que prefere.*"

Portanto, identificando as posições mais freqüentes de tratamento da questão da justiça seria possível identificar algum critério de aplicação universal da idéia de justiça que fosse aceito por todos. Perelman desenvolveu nessa linha uma teoria formal da justiça, que tinha como objetivo firmar um critério de aplicação do justo aceitável por qualquer operador do direito.

3.3.2. A regra da Justiça Formal

Ainda considerando os juízos de valores como arbitrários Chaim Perelman apresenta a noção de justiça formal, vinculada à noção de igualdade, como ponto comum às seis concepções da justiça concreta, examinadas por ele anteriormente.

³²⁶ Idem, p. 10.

³²⁷ Idem, p. 11.

³²⁸ Idem, p. 12.

³²⁹ Idem, p. 28.

O ponto comum, a saber a igualdade, é o que sugere para Perelman³³⁰ a noção de justiça, isto “*desde Platão e Aristóteles, passando por Santo Tomás, até os juristas, moralistas e filósofos contemporâneos*”. Em decorrência disso, Perelman acaba estabelecendo, como regra de justiça, a igualdade formal, cunhada na preocupação de que ser justo é tratar da mesma forma os seres que são iguais em certo ponto de vista, que possuem uma mesma característica, a única que se deve levar em conta na administração da justiça, qualificada essa característica como sendo essencial. Ou seja, identifica-se uma característica como igualdade essencial e a partir dela se cria uma regra de tratamento igualitária entre esses iguais.

A justiça formal ou abstrata de Chaïm Perelman³³¹ expressa-se da seguinte forma: “*um princípio de ação segundo o qual os seres de uma mesma categoria essencial devem ser tratados da mesma forma.*” A partir desse conceito de justiça formal, observa-se que as concepções concretas de justiça se distinguem à medida que cada uma delas erige um valor diverso para definir a pertinência dos indivíduos às categorias essenciais dentro das quais aplicar-se-á um tratamento igual. Isto é, cada uma delas estabelece o critério essencial de igualdade.

Como dito por Perelman,³³²

Nossa definição de justiça é formal porque não determina as categorias que são essenciais para a aplicação da justiça. Ela permite que surjam as divergências no momento de passar de uma fórmula comum de justiça concreta para fórmulas diferentes de justiça concreta. O desacordo nasce no momento em que se trata de determinar as características essenciais para a aplicação de justiça.

Portanto, a justiça formal atendia o requisito de ser clara e precisa,³³³ como todo positivismo gostaria que fosse, mas não dava conta de examinar nos moldes da lógica formal como um juízo de valor poderia ser racional, na sua aplicação no caso concreto. Logo, a busca de Chaïm Perelman, dentro da lógica formal, não foi suficiente para

³³⁰ Idem, p. 14.

³³¹ Idem, p. 19.

³³² Ibidem.

³³³ Idem, p. 32.

atender a preocupação do próprio autor com a escolha e a solução razoável em direito, aplicando-se a justiça.

Foi por este motivo que Chaim Perelman resolveu focalizar sua questão de direito e de justiça sob a ótica da argumentação, como será visto mais adiante no item 3.4, reservado à relação entre Dialética, Direito, Justiça e Argumentação, na obra do autor.

3.3.3 Justiça e equidade

Depois de formulada uma regra formal de tratamento da justiça, na qual para sua aplicação deveria ser reconhecida uma categoria essencial de igualdade para que fosse possível a aplicação correta da regra da justiça formal, Perelman se depara com uma situação de desconforto na aplicação dessa regra.

O problema de Perelman³³⁴ consiste no fato de que “*a realidade é muito mais complicada*”, pois, o “*sentimento de justiça leva em conta, simultaneamente, várias categorias essenciais independentes, que ocasionam categorias essenciais nem sempre concordantes*”. Ou seja, em determinadas situações verificar-se-ão antinomias na aplicação da justiça, pois, nem sempre a categoria essencial de igualdade será a mesma.

Portanto, quando aparecem as “*antinomias da justiça*”³³⁵ é necessário transgredir a regra da justiça formal através do recurso à equidade. Por sua vez, a equidade é a concreção do meio-termo, de uma proporção e é uma tendência oposta ao formalismo.

No ensaio *Da Justiça*, Perelman³³⁶ vai chamar o recurso à equidade de “*muleta da justiça*”, mas posteriormente vai reconhecer, dentro de suas reflexões sobre

³³⁴ Idem, p. 34.

³³⁵ Idem, p. 36.

³³⁶ Ibidem.

Aristóteles, que o recurso à equidade é essencial à aplicação da justiça concreta, principalmente em situações onde a legislação é iníqua e mesmo “*criminosa*”.³³⁷

Ora, de fato, é possível que em diversas situações o recurso a uma regra formal de justiça, num caso específico, seja impossível e, por isso, a equidade é peça fundamental no sistema da argumentação, pois confere à justiça um estatuto não meramente formal na medida em que a própria regra aplicada ao caso particular deverá ser justa.³³⁸

A razão disso é que toda lei é universal muito embora em determinadas situações não seja possível regular universalmente casos particulares. Portanto, através da equidade poderá o juiz num determinado caso concreto corrigir a imperfeição da lei, que seria válida em casos habituais, mas que não o é no caso extravagante.³³⁹

Assim, a equidade é forma de correção da aplicação de uma regra, seja ela por conta da obscuridade ou da incompletude,³⁴⁰ seja por impossibilidade de aplicação da justiça.

Destarte, a noção de equidade é fundamental tendo em vista que toda a teoria de Chaïm Perelman vai centrar a preocupação no decidir, isto é, nas razões colocadas pelo juiz quando, diante de um caso concreto, aplica a lei, interpreta, com o intuito de tornar a decisão coerente e aceitável, bem como, conforme o fim do Direito.³⁴¹

³³⁷ PERELMAN, Chaim. *Lógica Jurídica*. Op.cit. p. 184

³³⁸ Eis a grande proximidade da teoria do direito de Chaim Perelman com a concepção de justiça de Aristóteles.

³³⁹ Cf. PERELMAN, Chaïm. *Ética e Direito*. Op. Cit. p. 71.

³⁴⁰ Idem, p. 73.

³⁴¹ Chaïm Perelman vai dizer que “o poder concedido ao juiz de interpretar e, eventualmente, de completar a lei, de qualificar os fatos, de apreciar, em geral livremente, o valor das presunções e das provas que tendem a estabelecê-los, o mais das vezes basta para permitir-lhe motivar, de forma juridicamente satisfatória, as decisões que seu senso de equidade lhe recomenda como sendo, social e moralmente, as mais desejáveis.” PERELMAN, Chaïm. *Ética e Direito*. Op. Cit. p 489.

3.4 Dialética, Direito, Justiça e Argumentação

No sistema constitucional pátrio a prestação jurisdicional é indeclinável. Ao juiz é defeso recusar decidir alegando lacuna ou conflito entre as leis.³⁴² Além disso, as decisões judiciais requerem motivação, sob a consequência de se decretarem nulas. Ao ser obrigado a julgar e a motivar suas decisões³⁴³ deve o juiz fazer a aplicação do Direito tomando-o como um sistema, interpretando-o de modo a remover as incompatibilidades e contradições internas e motivando as sentenças de modo que elas sejam aceitas como legítimas.³⁴⁴

O juiz, para a correta aplicação do Direito, deverá recorrer a vários elementos, principalmente quando vier a se deparar com conflitos de difícil solução. Dentre os elementos a serem utilizados devem estar o sistemático e o lógico. Interpretar o texto legislativo pressupõe vontade e raciocínio, assim, exige o trabalho da lógica para a sua solução. Neste sentido, propugna-se por uma lógica que permita absorver o campo de ações e decisões da vida ética e social dos homens.³⁴⁵

Esta lógica que se ocupa das controvérsias, das decisões e das razões de escolha dos juízes não é uma lógica formal baseada na busca de uma verdade, no sentido de precisão, mas é uma lógica que deve buscar a verdade prática, ou seja, aquela que trabalha para estabelecer como é melhor agir numa determinada situação concreta, por isso foi chamada de *Lógica Jurídica*.

³⁴² Na Constituição Federal o art. 5º, inciso XXXV, dispõem que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, o que, em combinação com o expresso no art. 126, do Código de Processo Civil Brasileiro, que dispõe: “o juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito” constitui o chamado princípio da proibição do *non liquet*, herança do art. 4º, do Código Civil Francês, que por sua vez, é a antítese de todo o processo romano.

³⁴³ Constituição Federal art. 93, inciso, IX, todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei, se o interesse público o exigir, limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes;

³⁴⁴ PERELMAN, *Ética e Direito*, op. cit., p. 472

³⁴⁵ *Ibidem*.

Como acima foi explicado, a forma de racionalidade pela qual Aristóteles passou a ser considerado é que se preocupa em analisar o discurso da ciência perfeita, a chamada ciência demonstrativa, ou analítica. É esta parte do *Organon* que foi cultivada pela modernidade,³⁴⁶ pois, ela acreditava que através do silogismo demonstrativo seria possível produzir uma espécie de saber seguro.

Ocorre que a teoria da argumentação de Aristóteles vai além da analítica, contemplando uma forma de tratar racionalmente problemas controvertidos como os juízos de valor. Essa é a dialética. A partir desta constatação é que Chaïm Perelman vai redescobrir as formas argumentativas dialéticas de Aristóteles para comprovar que a decisão ou escolha sobre os juízos de valor é um ato racional.

Para Perelman, os raciocínios jurídicos são raciocínios dialéticos, e não analíticos. A lógica jurídica não é uma lógica de demonstração formal, mas uma lógica argumentativa, que não utiliza provas analíticas, mas dialéticas, que visam o convencimento do juiz no caso concreto.³⁴⁷

O Direito não parte, necessariamente, de premissas consideradas verdadeiras, pois, assim, só seria possível chegar a uma decisão obrigatória – a decisão correta. Se o direito fosse cunhado apenas na forma demonstrativa de raciocinar e os juízos de valor fossem irracionais haveria um “*desmoronamento*” da racionalidade prática e os valores como a justiça, a equidade, o bem comum, o razoável, tornar-se-iam palavras vazias permitindo que cada um empregasse o sentido que lhe interessasse.³⁴⁸ Porém, ao contrário, quando as premissas são enfraquecidas em sua exatidão, através dos procedimentos argumentativos da dialética, não se impõe uma decisão como obrigatória arbitrariamente, mas como a mais provável, razoável, ou como sendo a melhor possível naquele caso concreto.

³⁴⁶ VILLEY, Michel. *Filosofia do Direito*. Op. cit.p. 263.

³⁴⁷ Cf. PERELMAN, Chaïm. *Lógica jurídica*. Op. Cit. p.2.

³⁴⁸ Idem, p. 153.

Na solução dos conflitos entre valores aceitos por uma determinada sociedade pode-se conduzir a concepções profundamente diversas, pois existem múltiplos valores envolvidos em uma certa situação,³⁴⁹ a escolha daqueles que devem ser aplicados é uma escolha racional, um ato de vontade, que deve ser devidamente fundamentado para que seja considerado legítimo.

Assim, faz-se necessário explicitar, também, que ao chegar a uma decisão concreta que seja possível, aceita, razoável explica-se a relação entre justiça e dialética, que Aristóteles legou à Chaïm Perelman. A justiça é o fim último do Direito. Para que o direito realize o seu fim os raciocínios jurídicos devem formar-se nas bases dialéticas, atentos aos casos concretos e não apenas de modo a contemplar o universal. O justo é aqui o concreto do ato particular. Portanto, é nesse ponto que Chaim Perelman se afasta daquilo que chamou de positivismo e advoga o uso da razão prática no domínio do direito.

Por conseguinte, Chaïm Perelman se interroga, a exemplo de Aristóteles, sobre o verdadeiro ofício do juiz, que consiste, no processo judicial, em aplicar a lei. Mas aplicar a lei, para Perelman, é evitar os excessos do racionalismo, que vê no aparelho judicial uma axiomática de dimensão e vocação instrumental, submetendo completamente o juiz à letra da lei.³⁵⁰ A Nova Retórica de Perelman vê a prática judicial não como a expressão de uma demonstração, mas como forma de expressão do direito ao real, seguindo a lição de Aristóteles e revigorando a dimensão naturalística. Perelman pretende abrir no direito contemporâneo um caminho vivo e caloroso diverso daquele traçado pelas grandes codificações.³⁵¹

Segundo Simone Goyard-Fabre,³⁵² a idéia que permeia toda teoria de Perelman é a de que os grandes valores inscritos na ordem cósmica são a silhueta da eternidade e não estão em desacordo com o mundo presente. O preço da Justiça aparece,

³⁴⁹ Idem, p. 163.

³⁵⁰ Idem, p. 184.

³⁵¹ Cf. GOYARD-FABRE, Simone. *Les embarras philosophiques du droit naturel*. Op. Cit. p. 46.

³⁵² Ibidem.

portanto, claramente, pois, os valores eternos não podem ser esquecidos, bem como, suas relações com a ordem das coisas, o que representava o direito natural de Aristóteles.

Desse modo, como salienta Manuel Atienza a importância da obra de Perelman,

“... reside em seu objetivo de reabilitar a razão prática, ou seja, 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 razão teórica (a das ciências lógico-experimentais) e a pura e simples irracionalidade.”³⁵³

Destarte, como a prática jurídica oferece padrões para a razão prática, cabe ao estudioso do Direito e aos seus aplicadores não deixar de perceber que a razão prática é a perspectiva adequada a um pensamento vinculado à ação, logo, sua aplicação não é arbitrária nem irracional.

³⁵³ ATIENZA, Manuel. op. cit, p. 109.

CONCLUSÃO

Na teoria de Aristóteles quando se fala em conhecimento deve-se levar em conta que o conhecimento pode ser especulativo, prático ou criativo (*poiético*), e que cada um desses termos denota uma relação: ou especula sobre alguma coisa, ou faz alguma coisa, ou cria alguma coisa. O critério de distinção diz respeito à separação entre as ciências com relação à matéria que é objeto da investigação, ou natureza do objeto, como teóricas, práticas ou produtivas (ou poiéticas).

A ciência teórica tem como objetivo o saber das verdades que independem do ser humano. As ciências práticas têm por objeto a ação ou a determinação das verdades práticas que dependem do ser humano, ao passo que as poéticas têm por objeto a produção de uma obra exterior ao agente. A partir dessa distinção é que Aristóteles caracteriza quais são as ciências teóricas, quais fazem parte das produtivas, para que seja possível estabelecer como deve operar uma ciência prática. Nos *Analíticos Posteriores* apresenta uma caracterização detalhada daquilo que entende por ciência efetivamente, a saber, aquilo que é possível de se conhecer através da demonstração. O conhecimento demonstrativo, por sua vez, tem que proceder de premissas que sejam verdadeiras, primárias, imediatas, melhor conhecidas e anteriores à conclusão e que sejam causa desta.

Assim, as ciências teóricas são três: as primeiras são aquelas que investigam os princípios e as causas dos seres ou coisas que existem na Natureza independentemente da vontade e da ação humanas e cujo curso se desenvolve naturalmente e por si mesmo; as segundas são as disciplinas matemáticas; a terceira ciência teórica é a mais nobre e mais importante das ciências teóricas, porque fornece os princípios dos quais dependem os princípios da matemática e da física,

sendo a mais universal de todas, pois o ser estudado por ela não é nenhum ser em particular, mas o "ser enquanto ser". Ou seja, tem por objeto os atributos essenciais do ser, que é fundamento de todos os seres. Os objetos dessas existem sem a interferência humana e os homens só podem conhecê-los por contemplação, isto é, teoricamente.

Aristóteles explica que ao domínio teórico se opõe o domínio prático e o domínio produtivo. A produção, por outro lado, distingue-se da ação, na medida em que o fim da produção diferencia-se dela própria e se encontra nas coisas produzidas, enquanto que a ação é ela própria o seu próprio fim. É possível explicar tal diferença através de um exemplo, que leva em consideração como é possível distinguir um bom artista de um bom agente. Julga-se um bom artista pela sua obra, enquanto julga-se um bom agente não apenas por suas ações, mas também por suas intenções e seu caráter.

Das ciências produtivas, Aristóteles deixou dois exemplos de investigação detalhada: a Arte da Retórica e a Arte Poética. As ações poéticas são também técnicas, na medida em que oferecem um conjunto de procedimentos corretos, ou modelos. Podem ser tantas quanto à capacidade produtiva humana.

As ciências práticas, portanto, são aquelas cujo princípio ou causa é o agente da ação e cuja finalidade é a própria ação. As ciências práticas são, por exemplo, a ética que estuda a ação do homem como alguém que deve ser preparado para viver na *pólis*, a política que estuda a ação dos homens como seres políticos ou sociais e o direito que é meio de realização do justo na sociedade política.

De outra parte, Aristóteles explica que existem diversas formas de argumentar. A forma de argumentar (ou raciocinar) é através do silogismo. Tem-se um silogismo demonstrativo quando as premissas das quais ele parte são verdadeiras e primeiras, ou quando o conhecimento que delas se tem provém originariamente de premissas primeiras e verdadeiras. Por sua vez, a demonstração é um silogismo científico em que, das premissas universais chega-se a conclusões particulares, ou seja, a dedução, que

é capaz de dar às ciências o conhecimento da causa dotado de necessidade. A demonstração é um determinado tipo de silogismo, o único capaz de produzir o conhecimento verdadeiro. A ele se opõe outro silogismo que é o dialético. O silogismo dialético é aquele que não parte de premissas necessárias, mas de premissas admitidas, a partir das opiniões geralmente aceitas. Ao tomar por premissas opiniões, apresentar-se a utilidade prática da dialética que se mostra como método adequado para argumentação na matéria contingente (não necessária) e o silogismo dialético, partindo de premissas que são admitidas a partir de opiniões geralmente aceitas, é o instrumento capaz de dar conta da matéria envolvida na discussão.

As proposições dialéticas são, assim, diversas das demonstrativas. Ambas diferem em relação à matéria. As demonstrativas ou apodicticas demonstram em busca da verdade, as dialéticas, ao contrário, são prováveis. As primeiras partem de premissas evidentes e as segundas de premissas opináveis, como visto no capítulo I.

Além da teoria sobre a divisão das ciências e a forma de argumentar, Aristóteles se fez importante também na teoria da justiça. A teoria da justiça em Aristóteles foi desenvolvida no item 1.3.1 do capítulo I, e torna-se de extrema relevância por incluir o direito como meio de realização da mesma. Para Aristóteles existem dois usos fundamentais da justiça a geral e a particular. Por outro lado, a eqüidade é também justiça na medida em que é corretivo da justiça legal, feito pelo encarregado da aplicação daquilo que é justo.

Assim, a eqüidade é conceito fundamental na teoria da argumentação e forma de estabelecimento do vínculo entre argumentação e justiça.

Na busca da solução justa a dialética é meio, pois, a estrutura da argumentação dialética, que motiva uma decisão, é diferente do silogismo científico, pelo qual se passa das premissas à conclusão necessariamente. A passagem dos argumentos dialéticos à decisão, ao contrário, não é obrigatória, pois uma decisão envolve sempre a possibilidade de decidir de outro modo ou, simplesmente, de não decidir. Quando as

premissas são enfraquecidas, através da dialética, não se impõe uma decisão como obrigatória, mas como a mais provável, razoável, ou como sendo a melhor possível naquele caso concreto.

Portanto é a estrutura acima que Chaïm Perelman vai resgatar no século XX, ao reinventar uma teoria da argumentação jurídica nos moldes propostos pela relação entre dialética e justiça.

Perelman constatou que a tradicional filosofia do Ocidente, desde o século XVII, sofreu influência do desenvolvimento da *psique* matemática e das ciências naturais baseadas na experiência, na medida, o pensamento e o cálculo. Tudo aquilo que não fosse possível de ser reduzido a uma quantidade deveria ser considerado como vago e confuso. A partir disso, Perelman traça uma evolução histórica tanto do conceito de Direito quanto das técnicas do raciocínio jurídico. Em Roma e na Idade Média, mostra como o Direito é elaborado segundo um modelo dialético ou argumentativo; nos teóricos jusracionalistas dos séculos XVII e XVIII – que se ocuparam em construir uma jurisprudência universal, fundada em princípios racionais – destaca um modelo de raciocínio dedutivo.

Explica que ao ideal de jurisprudência universal se opuseram três teses: a de Hobbes, a de Montesquieu e a de Rousseau. Tais idéias confluíram na Revolução Francesa e determinaram a nova concepção de direito: o conjunto de leis. O conjunto de leis marcou a finalidade das grandes codificações. Com o Código de Napoleão surge a *escola da exegese* que dominou o conhecimento jurídico continental até aproximadamente 1880, concebendo o direito como um sistema dedutivo e o raciocínio judicial, segundo a teoria do silogismo.

No século XX, por sua vez, inspirado no modelo do positivismo científico Hans Kelsen estuda o direito enquanto ciência. A *Teoria Pura do Direito* tinha como missão conceber o direito segundo o ideal de toda ciência, com objetividade e exatidão. Para tanto, pretendia libertar a ciência jurídica de todos os elementos que lhe fossem

estranhos, como a consideração sobre os juízos de valor. Este era o postulado metodológico fundamental de sua teoria do direito enquanto ciência. Portanto, se o direito é um sistema científico exato e objetivo é um sistema de normas dotado de lógica formal.

Após a Segunda Guerra Mundial Chaïm Perelman interessou-se pela criação de uma lógica dos juízos de valor, que pudesse fornecer critérios objetivos e universais para a aferição de valores, ao invés de tratá-los como arbitrários e irracionais. Seguiu este caminho, por discordar da posição positivista de limitar o papel da lógica, do método científico e da razão à solução de problemas de fundo meramente teórico. Chegou à conclusão inesperada de que não há uma lógica formal dos juízos de valor, mas que, em todos os campos do conhecimento onde ocorre controvérsia de opiniões, seja na filosofia moral ou no direito, é possível recorrer à argumentação. Ficou convencido da existência de técnicas de argumentação e persuasão, em particular aquelas estudadas por Aristóteles nos *Tópicos* e na *Retórica*, do tipo dialético, como forma de racionalidade peculiar das ciências morais como a política, a ética e o direito. Assim, a dialética pode ser utilizada como instrumento para se chegar a um acordo sobre os valores e sua aplicação.

A partir de então, passou a estudar como desenvolver, no domínio do Direito, a retórica (ou dialética) concebida como uma maneira de discutir e alcançar a um acordo sobre valores, sem abandonar o campo da razão, mas transcendendo as categorias da lógica formal baseada na demonstração científica. Com efeito, ao efetuar a reabilitação do método que regula os raciocínios argumentativos do tipo dialético estabeleceu a relação da argumentação com a noção de justiça.

A justiça foi objeto de investigação de Chaïm Perelman em toda sua obra. O abandono do autor em estudar as inferências da lógica formal se deu pelo fato de que a lógica formal não fornece padrões para tratar racionalmente da justiça. Assim, pode-se dizer que existem três momentos nos trabalhos perelmanianos que identificam a importância do tema: justiça. O primeiro é o do ensaio *Da Justiça*, publicado no pós-

segunda guerra. O segundo, da preocupação de Perelman e Olbrechts-Tyteca na busca de um método capaz de provar a existência de uma lógica dos juízos de valores. O terceiro, dos estudos de Perelman específicos sobre o direito feitos na obra *Lógica Jurídica*. Importante lembrar que o peso da justiça está claro em todos pensamentos do autor, o direito não tem sentido senão em razão da justiça. A conclusão disso é que mais uma vez Perelman é herdeiro de Aristóteles.

Para compatibilizar o direito positivo e o fim da justiça, Chaïm Perelman focalizou sua teoria nas razões de decidir o juiz no processo judicial. Explicou que o raciocínio jurídico se dá primordialmente nas razões do juiz em aplicar o direito no caso concreto. O juiz não deve apenas se contentar em deduzir a partir de texto legais, mas deverá recorrer a vários elementos, principalmente quando vier a se deparar com conflitos de difícil solução. Esta lógica que se ocupa das controvérsias, das decisões e das razões de escolha dos juízes não é uma lógica formal baseada na busca de uma verdade, no sentido de precisão, mas é uma lógica que deve procurar a verdade prática, ou seja, aquela que trabalha para estabelecer como é melhor agir numa determinada situação concreta, por isso foi chamada de *Lógica Jurídica*.

Assim, ao chegar a uma decisão concreta que seja possível, aceita, razoável explica-se a relação entre justiça e dialética, que Aristóteles legou a Chaïm Perelman. A justiça é o fim último do Direito. Para que o direito realize o seu fim os raciocínios jurídicos devem formar-se nas bases dialéticas, atentos aos casos concretos e não apenas de modo a contemplar o universal. O justo é aqui o concreto do ato particular. Portanto, é nesse ponto que Chaim Perelman se afasta daquilo que chamou de positivismo e retoma o uso da razão prática no domínio do direito. Esta é a grandeza de sua obra.

BIBLIOGRAFIA

ABITBOL, Gabriel. *Herméneutique normative et logique juridique du Talmud*, Paris, 1989.

ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica*. São Paulo: Landy, 2001.

ALVÁRO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *A garantia do contraditório* – in, *Do formalismo no processo civil*, 2ª edição, São Paulo: Saraiva, 2003.

ALVES, Alair Caffé. *Lógica – pensamento formal e argumentação*. São Paulo: Quartier Latin, 2002.

AQUINO, Tomás. *Comentário de los Analíticos Posteriores de Aristóteles*. Navarra: EUNSA, 2002.

_____. *Comentários a la Ética a Nicomaco de Aristóteles*. Navarra: EUNSA, 2001.

_____, *Suma Teológica – Iallae. Q.90 e segs*. Madrid: BAC, 1947.

ARISTOTE, *La Métaphysique*. Paris: Agora, 1991.

_____, *Méthaphysique*, Paris: Vrin, 1991.

ARISTÓTELES, *Arte Retórica e Arte Poética*. São Paulo: Ediouro, 16ª edição.

_____, *Ética a Nicomaco*, São Paulo: Martin Claret, 2001.

_____, *Organon: Categorías, Da interpretação, Analíticos anteriores, Analíticos posteriores, Tópicos, Refutações sofisticas*. São Paulo: Edipro, 2005.

_____, *Política*. São Paulo: Martin Claret, 2002.

ATIENZA, Manuel. *As Razões do Direito – Teorias da Argumentação Jurídica, Perelman, Toulmin, MacCormick, Alexy e outros*. São Paulo: Landy, 2002.

_____, *Trás la justicia*. Espanha: Ariel Derecho, 2003.

AVERROIS. *Three Short Commentaries on Aristótle's 'Topics', 'Rhetoric' and 'Poetics'*. Nova Iorque: Albany, 1977.

BARZOTTO, Luis Fernando. *O Positivismo Jurídico Contemporâneo – uma introdução a Kelsen, Ross e Hart*. São Leopoldo: Unisinos, 2003.

BASTIT, Michel et FOLLON, J. *Logique et metaphysique dans l'organon d'Aristote – acte du colloque de dijon*. Louvain: Editions Peeters/Louvain-la-neuve, 2001.

BASTIT, Michel. *Naissance de la loi moderne*. Paris: PUF, 1990.

_____, *Question et dialectique chez Saint Thomas et les nominalistes*. In, *Archives de philosophie du droit – tome 29 – dialogue, dialectique en philosophie et en droit*. Paris: Sirey, 1984

BERTI, Enrico. *Aristóteles no século XX*, São Paulo: Loyola, 1997.

_____, *As razões de Aristóteles*. São Paulo: Loyola, 2002.

BITTAR, Eduardo C.B. *Curso de filosofia aristotélica – leitura e interpretação do pensamento aristotélico*. Baurer: Manole, 2003.

BLACK, Deborah. *Logic and Aristotle's Rhetoric and Poetics, in medieval arabic philosophy*. Nova Iorque: H. Daiber, 1990.

BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico – lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ícone, 1995.

BOUCAULT, Carlos Eduardo de Abreu e RODRIGUEZ, José Rodrigo (Orgs). *Hermenêutica Plural*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

CAPELLA, Juan Ramón. *Fruto Proibido – uma aproximação histórico-teórica ao estudo do Direito e do Estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

CÍCERO, Marco Túlio. *Da República*. São Paulo: Ediouro, 1995.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Roteiro de Lógica Jurídica*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

COLEMAN, Janet. *Guillaume d'Occam et la notion de sujet – in, Archives de Philosophie du Droit – Tome 34 – Le sujet de droit*. Paris: Sirey, 1989.

DESCARTES, René. *Discurso do Método*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

DI LORENZO, Wambert Gomes. *O conceito de Justiça em Aristóteles*, in *Direito e Justiça – volume 22*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2000.

DUGUIT, Leon. *Fundamentos do Direito*. São Paulo: Ícone, 1996.

FAGUNDÉZ, Paulo Roney Ávila (org). *A crise do conhecimento jurídico – perspectivas e tendências do Direito Contemporâneo*. Brasília: OAB, 2004.

FARJEAT, Luis Xavier López. *Teorias aristotélicas Del discurso*. Navara: EUNSA, 2002.

FERRAZ JR, Tercio Sampaio. *A ciência do direito*. São Paulo: Atlas, 1980.

_____. *Introdução ao estudo do direito*. São Paulo: Atlas, 2001.

FINNIS, John. *Aquinas – Moral, Political, and Legal Theory*. New York: Oxford University Press, 1998;

FRYDMAN, Benoit e HAARSCHER, Guy. *Philosophie du droit*. Paris: Dalloz 2002.

FRYDMAN, Benoit. *Lê sens des lois – histoire de l'interprétation et de la raison juridique*. Bruxelas: Bruyant, 2005.

GADAMER, Hans-Georg. *El inicio de la sabiduría*. Barcelona: Paidós, 2001.

_____. *El problema de la conciencia histórica*. Madrid: Tecnos, 2003.

_____. *Verdade e Método*. Rio de Janeiro: Vozes, 2003.

GILSON, Etienne. *Pourquoi Saint Thomas a critique Saint Augustin*. Paris: Vrin, 1981.

GIULIANI, Alessandro. *Il concetto di prova: contributo alla logica giuridica*. Milano: Giuffrè, 1971.

GOYARD-FABRE, Simone. *De quelques ambiguïtés du positivisme juridique*, In, *Cahiers de philosophie politique et juridique n. 13*. Caen: Centre de Publications de L'Université de Caen, 1990.

_____. *Les embarras philosophiques du droit naturel*. Paris: Vrin, 2003.

_____. *Os fundamentos da ordem jurídica*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. *Os princípios filosóficos do direito político moderno*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

HACK, Pierre. *La philosophie de Kelsen – Epistémologie de la Théorie Pure du Droit*. Genève : Helbing & Lichtenhahn: 2003.

HOBBS, Thomas. *Leviatã – ou matéria, forma e poder de um Estado Eclesiástico e Civil*. São Paulo: Martins Claret, 2002.

HÖFFE, Otfried. *Aristóteles*. In, RENAUT, Alain. *História da Filosofia Política 1 – A liberdade dos antigos*. Lisboa: Instituto Piaget. 2001.

IRWIN, T.H. *Aristotle´s first principles*. New York: Clarendon Press.Oxford, 1992.

KASER, Max. *Direito privado romano*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999.

KELSEN, Hans *Teoria Pura do Direito*, São Paulo: Martins Fontes, 2003.

LACAN, Jacques. *Escritos*. São Paulo: Perspectiva, 1996.

LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos – um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das letras, 2001.

LAGARDE, Georges. *La naissance de l'esprit laïque au decline Moyen Age*, Tome IV. Paris-Louvain: Pacis, 1963.

LE BLOND, Jean-Marie. *Logique et methode chez Aristote*, Paris: Vrin, 1970.

MACINTYRE, Alasdair. *Justiça de quem? Qual racionalidade?* São Paulo: Loyola. 2001.

_____. *Primeros principios, fines últimos y cuestiones filosóficas contemporâneas*. Madrid: Ediciones internacionales universitárias, 2003.

MALHERBE, Hugo, *El pensamiento filosófico de Aristóteles: La fundacion de la ciência jurídica y el principio de su metodoliga*, in AGUINSKY, Esther et alli, *Temas de Filosofía del Derecho 3* – Montevideo: Fundacion de cultura universitária, 1986.

MANELI, Mieczyslaw. *A Nova Retórica de Perelman – filosofia e metodologia para o século XXI*, São Paulo: Manole, 2004.

McKEON, Richard. *Greek Dialectics: Dialectic and Dialogue*. In PERELMAN, Chaim et all - *Dialectic and Rhetoric, in Dialectic – Dialectiques*, ED.Martinus Nijhoff. Holanda: 1975.

MITIDIERO, Daniel Francisco. *Processo e Cultura: praxismo, processualismo, e formalismo em Direito Processual Civil* – in, *Gênesis* – Revista de Direito Processual Civil n° 33, Curitiba: Gênesis, 2004.

MONTEIRO, Cláudia Servilha. *Teoria da Argumentação Jurídica e Nova Retórica*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001.

NEVES, A. Castanheira. *O direito hoje e com Que Sentido? O problema actual da autonomia do direito*. Lisboa: Instituto Piaget, 2002.

PEREDA, Carlos – *Teorías de la argumentacion*, in OLIVÉ, Leon. *Enciclopédia Ibero Americana de Filosofía – Racionalidad epistemica*. Madrid: Trotta, 1995.

PEREIRA, Oswaldo Porchat. *Ciência e Dialética em Aristóteles*. São Paulo: UNESP, 2001.

PERELMAN, Chaïm e OLBRECTHS-TYTECA, Lucie. *Tratado da Argumentação Jurídica – A Nova Retórica*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

PERELMAN, Chaïm, *Philosophie morale – L'antiquité e le moyen âge*. Bruxelas: Presse universitaires de Bruxelles, 1967.

_____, *Retóricas*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

_____. *De la Justice*. Bruxelas: Office de publicité, 1945.

_____. *Ética e Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____. *Études de logique juridique – vol. VII, L'usage et l'abus de notions confuses*, Bruxelles: Bruylant, 1978.

_____. *Études de logique juridique – vol. VII, L'usage et l'abus de notions confuses*, Bruxelles: Bruylant, 1978.

_____, Chaim. *L'Empire Rhétorique*. Paris: Vrin, 1997.

_____, Chaim. *La question juive*, in - *Synthèses*, n°3. Bruxelas, 1946.

_____, Chaim. *Lógica Jurídica*. São Paulo: Martins Fontes, 2002. PHILIPPI, Jeanine Nicolazzi. *A Lei uma abordagem a partir da leitura cruzada entre Direito e Psicanálise*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

PICARDI, Nicola. *Processo Civile “diritto moderno”* in, Enciclopédia Del Diritto – vol. XXXVI. Milano: Giuffrè, 1987. p. 101/118.

PISTORI, Maria Helena Cruz. *Argumentação Jurídica – Da antiga retórica a nossos dias*. São Paulo. LTr: 2001.

PONTES, Kassius Diniz da Silva et all. *O raciocínio jurídico na filosofia contemporânea*. São Paulo: Carthago editorial, 2002.

REALE, Giovanni. *História da Filosofia – patristica e escolástica*. São Pulo: Paulus, 2003.

REBOUL, Olivier. *Introdução à retórica*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

RENAULT, Alain (direção) *História da Filosofia Política/1 – A liberdade dos Antigos*, Lisboa: Instituto Piaget, 1999.

_____, *Historia da Filosofia Política – 3 – Luzes e Romantismo*. Lisboa: Instituto Piaget, 2000.

_____, *Historia da Filosofia Política – 4 – As críticas da modernidade política*. Lisboa: Instituto Piaget, 2000.

RHONHEIMER, Martin. *Ley Natural y Razón Práctica – una visión tomista de la autonomia moral*. Navarra: EUNSA, 2000.

SCHMITT, Carl. *Les trois types de pensée juridique*. Paris: PUF, 1995.

SICHES, Luis Recaséns. *Experiência jurídica, natureza de la cosa y Lógica “razonable”*. México: fondo de cultura econômica, 1971.

STORCK, Alfredo. *Filosofia Medieval*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor. 2003.

STRAUSS, Leo. *Droit Naturel et Histoire*. Paris: Flammarion, 1986.

_____. *Progreso o retorno?*. Brcelona: Paidos, 2004.

_____. *Qu'est-ce que la philosophie politique*. Paris: PUF, 1992.

STRENGER, Irineu. *Lógica Jurídica*. São Paulo: LTr, 1999.

SUDATTI, Ariani Bueno. *Raciocínio Jurídico e Nova Retórica*. São Paulo: Quartier Latin, 2003.

- TARUFFO, Michele. *La motivazione della sentenza civile*. Padova: Cedam, 1975.
- TIGAR, Michael E. et LEVY, Madeleine R. *Direito e Ascensão do Capitalismo*, Rio de Janeiro: Zahar, 1977.
- TROPER, Michel. *La filosofía del derecho*. Madrid: Tecnos, 2004.
- VERGNIÈRES, Solange. *Ética e Política em Aristóteles*. São Paulo: Paulus, 1998.
- VIEHWEG, Theodor. *Tópica y Jurisprudência*. Madrid: Taurus, 1986.
- VILLEY, Michel. *Filosofia do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003. _____, *L'art du dialogue dans la Somme théologique* – in, *Archives de Philosophie du droit – tome 29 – dialogue, dialectique em philosophie et en droit*. Paris: Sirey, 1984.
- _____. *La formation de la pensée moderne*. Paris: Montchrestien, 1986.
- _____. *Leçons d'histoire de la philosophie du droit*. Paris: Dalloz, 1984.
- _____. *Leçons d'Histoire de la philosophie du droit*. Paris: Dalloz, 2002.
- _____. *Questions de Saint Thomas sur le Droit et la Politique*. Paris: PUF, 1987.
- MARTINEZ, Jorge Ayala. *Derecho Natural antiguo y medieval* – in, DE BONI, Luis A. (org). *A recepção do pensamento Greco-romano árabe e judaico pelo ocidente medieval*. Porto Alegre: Edipucrs, 2004.
- WALINE, Michel. *Positivisme philosophique, juridique et sociologique*. In, *Melanges Carré de Malberg*. Paris: Sirey, 1933.
- ZANATTA, Marcello. *Dialectique et science chez aristote* - In, Bastit, Michel et Follon, J. *Logique et metaphysique dan l'organon d'Aristote – acte du colloque de dijon*. Bruxelles: Editions Peeters Louvain-la-neuve, 2001.
- ZANETI JR, Hermes. *O problema da verdade no processo civil: modelo de prova e procedimento probatório* – in, *Gênesis – Revista de Direito Processual Civil n° 31*. Curitiba: Gênesis, 2004.
- ZARKA, Yves Charles. *O direito natural moderno*. In, RENAUT, Alain (Org.). *História da Filosofia Política/2 – Nascimentos da modernidade*. Lisboa: Instituto Piaget, 2002.