



QUE LINGUAGEM É O DIREITO? UM ESTUDO EM ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA A PARTIR DA TEORIA DOS DISCURSOS ARISTOTÉLICOS

Daniel Damasceno¹

RESUMO

Desde o juspositivismo, a teoria do direito passou a ser vista como um estudo do ordenamento vigente, resultando em um sistema pouco flexível e alheio às circunstâncias do caso concreto. Em nome da segurança jurídica, a generalidade e a abstração da lei foram defendidas contra a particularidade dos fatos. Após a falência desse modelo, abriu-se uma discussão entre os juristas sobre a relação da ciência do direito com a lógica. Este trabalho investiga em que medida a lógica é um fator comunicativo do direito, comparada à retórica e à dialética clássicas.

Palavras-chaves: Lógica jurídica. Teoria do discurso. Aristóteles.

1 INTRODUÇÃO

A linguagem é o meio pelo qual os humanos se comunicam. Sem ela, a transmissão de conhecimento seria impossível. Por meio dos atos de fala, é capaz de se desenvolver um discurso sobre o todo da realidade. A língua possibilita refletir criticamente sobre a essência dos objetos (universais), para além da simples troca de informações acerca do estado das coisas (particulares) pela emissão de sons e sinais. A razão humana é a faculdade que permite essa

¹ Graduado em Direito pela Universidade Federal do Ceará, Mestrando em Direito pela UFC e membro do Grupo de Pesquisa em Filosofia do Direito - Dikaion.

compreensão diferenciada dos outros animais. O discurso é o mecanismo pelo qual todo ato comunicativo alcança o seu fim.

Com o advento do racionalismo, o direito – ciência argumentativa que é – se viu ou no campo da irracionalidade, se admitisse a dúvida metódica e a imprecisão das palavras como regra, ou ao lado da racionalidade, se fosse dotado de uma única resposta correta capaz de ser encontrada pela adoção dos cânones interpretativos apropriados. Para os romanos, o dilema estava resolvido: o direito era uma mistura de dialética e retórica. A linguagem era vista como condição de possibilidade para a prática jurídica, sem significar irracionalismo pela diversidade de interpretações.

O problema aqui enfrentado, dessa forma, diz respeito ao desconhecimento dos diferentes tipos de discursos empregados no direito, a partir das lições de Aristóteles sobre os graus dos atos de fala. De certo modo, não é errado afirmar que os romanos tinham uma compreensão mais profunda e abrangente do fenômeno jurídico do que os modernos – pelo menos até metade do século XX, com a viragem ontológico-linguística. Ali, as leis não se confundiam com o direito; a jurisprudência não era igualada aos precedentes; e, nas atividades dos tribunais, exercia-se a virtude da prudência.

Esta pesquisa tem natureza qualitativa e exploratória, partindo de uma revisão bibliográfica da literatura sobre o tema e adotando o método hipotético-dedutivo, conforme exposto. Na primeira seção, esboçar-se-á de forma breve e reduzida a concepção moderna do direito, construída pelos juspositivistas. Na sequência, será explicada a teoria dos discursos desenvolvida por Aristóteles e esquecida pela modernidade. Por fim, serão avaliados os impactos dessa doutrina na compressão do direito, a fim de confrontá-la com o paradigma anterior. Conclui-se que a tarefa prático-prudencial do direito, ainda que atinente ao intelecto, nutre-se da sensibilidade e da retórica, fazendo com que discursos prováveis tenham preponderância sobre a certeza lógica dentro da argumentação jurídica.

2 LÓGICA JURÍDICA OU MATEMATIZAÇÃO DO DIREITO?

A arte discursiva foi empregada, em grande parte, na antiguidade pelos filósofos gregos e juristas romanos e, no Medievo, pela escolástica. Com a passagem para a Idade Moderna, consolidou-se a destruição de grande parte da tradição filosófica ocidental, trazendo fortes consequências para o entendimento da prática do direito. O Estado Legal, coerentemente, expulsou do mundo jurídico a retórica, dado que se a lei era infalível e continha completamente

uma resposta verdadeira, a única tarefa a se fazer era estudá-la e repeti-la mecanicamente nos casos concretos, sem acrescentar nada de novo ao direito (VIGO, 2012, p. 199).

A revolução científica iniciada no século XVI impôs uma ciência dedutiva, fundada em equações matemáticas supostamente capazes de descobrir verdades do espírito e da natureza. A crença no conhecimento ilimitado do homem e no domínio sobre a natureza se tornou um axioma para o racionalismo cartesiano, o qual pôs de lado o papel da argumentação, que envolveria inevitavelmente elementos estranhos à razão, isto é, emocionais (VILLEY, 2008, p. 276 e seg).

A partir da modernidade, o pensamento jurídico se volta contra os métodos antigos da jurisprudência para adotar o silogismo como modelo subsuntivo de aplicação do direito, porque a estrutura silogística seria capaz de conferir racionalidade ao juízo jurídico, garantindo objetividade, universalidade, segurança e previsibilidade no saber produzido através de uma decisão judicial. Desse modo, essa figura elevaria o raciocínio jurídico de mera opinião ao *status* de conhecimento científico (PARINI, 2018, p. 317-318).

Pressupondo a evidência do ponto de partida, os racionalistas ignoraram os problemas decorrentes da linguagem. A argumentação foi restringida a problemas de caráter puramente teóricos, tendo como consequência inevitável a negação do uso prático da razão, tal qual concebido por Aristóteles. A multiplicidade de filosofias levou a um ceticismo crescente no tocante à função da razão prática e a uma separação metodológica entre os juízos de realidade e os juízos de valor. Somente aqueles expressariam um conhecimento objetivo, empírico e racionalmente fundado, enquanto estes, por definição, não passariam de irracionais, subjetivos, dependentes das emoções e interesses dos indivíduos e da sociedade (PERELMAN, 2004, p. 136; 142; 15 e seg).

Muitos juristas esforçavam-se por demonstrar que todo recurso retórico no direito é pernicioso, pois uma atividade reflexiva nada teria a ver com a persuasão. Os argumentos seriam o resultado de simples demonstrações, livres de qualquer ingrediente persuasivo. Por esse motivo, esforços foram empregados em produzir modelos teóricos que não sejam, de maneira alguma, vinculados à retórica, destacando somente elementos lógicos e supostamente racionais nos seus discursos práticos. É como se suas argumentações nada tivessem de argumentativo, estratégicos ou emocionais, só demonstrativo² (PARINI, 2018, p. 320).

² Segundo o autor, resulta ao menos paradoxal afirmar que, no direito, há argumentos *não-argumentativos*, é dizer, argumentos livres de retórica. Na verdade, esta é exatamente uma estratégia retórica de não permitir ver o discurso como uma prática efetiva de alguma forma de convencimento – sobretudo, quando a estratégia é a de condenar e definir a retórica como uma arte desnecessária ou prejudicial. É a tática da “supressão da retórica” como fundamento de validade da elaboração de seus raciocínios e demonstrações. Para o jurista, parece

O próprio conceito de “teoria da decisão” supõe que o âmbito da interpretação judicial deve ser tratado aprioristicamente, é dizer, de maneira abstrata, mediante a criação de métodos que ensinarão e guiarão o processo decisório. Mantém-se integralmente a separação entre teoria e prática operada por René Descartes, sem que a conciliação aristotélica seja retomada (TAXI, 2018, p. 172). Reduz-se a racionalidade inexoravelmente ao discurso lógico, tratando os outros âmbitos de conversação como irracionais para fins de obtenção de uma certeza científica.

De maneira cada vez mais frequente, passou-se a repetir que a norma geral é a premissa maior de um silogismo do qual se extrairá a conclusão correta³. Acontece que essa visão simplista se esquiva de questionar as inferências complexas ocorridas no intelecto do juiz ao se perguntar se a síntese encontrada é a mais adequada para solucionar determinado conflito humano. Dada a variedade de comportamentos humanos e circunstâncias fáticas, o legislador jamais poderia disciplinar muito menos o julgador prever todas elas em uma legislação de inexorável causalidade.

Chaïm Perelman (2004, p. 136) alertou para o perigo de a Lógica se converter na única possibilidade do pensamento jurídico (logicismo jurídico), renegando o uso prático da razão em favor de um conhecimento puramente teórico e científico. Afora a confusão metodológica, a consequência inevitável é a esterilização do saber jurídico, o qual deve se restringir à estruturação e aplicação das leis positivas, sem a busca pelo seu fundamento social e humano, que é típico do pensamento filosófico. Trata-se da redução da filosofia do direito à lógica jurídica (QUINTAS, 1966, p. 95).

A Lógica⁴ não trata do conteúdo real das ações intersubjetivas. Seu objeto são as relações mentais de extensão entre os diversos conceitos e esquemas existentes no ordenamento. O método da lógica jurídica não consiste na determinação axiológica das diferentes ações humanas, senão que se limita a uma descrição dos possíveis esquemas lógico-normativos. Desse modo, desconsidera a justiça ou injustiça do comando normativo, pois sua tarefa é descrever o direito em termos lógico-formais (QUINTAS, 1966, p. 96).

À vista disso, esse método é teórico-descritivo das estruturas formais que se encontram na norma jurídica; enquanto, para a filosofia do direito, o método é axiológico-normativo, pois

imprescindível afirmar que “o que faz não é retórica”, como forma de atestar sua isenção científica – ainda que seja necessário atuar retoricamente para a construção do próprio argumento.

³ O silogismo é mais um modelo de “apresentação das decisões” do que propriamente um modelo de decisão. Em verdade, a produção do direito nada tem de silogística: apenas a exposição das decisões judiciais geralmente assume a estrutura de silogismo, por razões processuais; sem importar se houve realmente um processo dedutivo de inferência na elaboração dos juízos jurídicos (PARINI, 2018, p. 318).

⁴ O termo lógica pode ser entendido em pelo menos dois sentidos: primeiro, a Lógica, enquanto ciência, é a demonstração da assertiva verdadeiro; segundo, a lógica, enquanto sistema formal, é o conjunto de proposições coerentes entre si.

diz respeito à alteridade da ação humana adequada (QUINTAS, 1966, p. 97). Em outras palavras, o objeto da lógica jurídica é a valoração feita pelo direito vigente, mas não valorar a valoração já realizada por outrem, senão seguir o caminho puramente conceitual – e jamais estimativo – de uma ciência formal e neutra. É prescritiva das regras de correção de suas operações, mas não do material com o qual estas vão se realizar (LEGAZ Y LACAMBRA, 1975, p. 4).

A partir de premissas falsas, pode-se argumentar corretamente do ponto de vista lógico, como também é possível que um argumento seja incorreto do ponto de vista lógico, embora suas conclusões e premissas sejam verdadeiras. No direito, a Lógica aparece como instrumento necessário, porém insuficiente para o controle dos argumentos. A correção formal do argumento, objeto de estudo da lógica formal ou dedutiva, difere da sua correção substancial, objeto da lógica material ou informal, incluídas a tópica e a retórica.

Visto o campo próprio da lógica jurídica, percebe-se como ela pode estudar a aplicação dos primeiros princípios do raciocínio ao âmbito do direito, ao analisar, por exemplo, o princípio da não-contradição nas relações entre normas jurídicas particulares e normas jurídicas fundamentais, considerando o aspecto meramente formal, sem referência ao conteúdo teleológico de tais normas. De fato, esses estudos trazem clareza e precisão não apenas no campo filosófico, como também na ciência jurídica e na atividade legislativa, judicial e doutrinal (QUINTAS, 1966, p. 96), ao verificar a coerência e integridade das premissas extraídas.

Seria absurdo negar a existência e validade da lógica jurídica, tampouco se deve reduzir a filosofia jurídica a ela, já que se trata de disciplinas especificamente distintas embora complementares. É verdade que os esquemas lógicos são, em si mesmos, teleologicamente neutros, porém as análises lógicas acerca da realidade jurídica não podem suprimir nem deformar a estrutura teleológica do direito. Afinal, como lembra Del Vecchio, a forma lógica não nos diz absolutamente nada sobre o que é o justo e o injusto, mas tão somente se as assertivas jurídicas são verdadeiras meramente em sentido formal, jamais substancial (QUINTAS, 1966, p. 99-100).

Aqui, cite-se a lição de Sebastião Cruz (1984, p. 288) acerca do direito romano, mas que é igualmente válida para a contemporaneidade:

A lógica está na base da Ciência do Direito como na de qualquer outra ciência; porém, a *iurisprudencia* não é uma ciência de pura lógica, mas de justiça. Por isso, os juristas têm a «sua lógica», no sentido de que os seus argumentos estão sempre orientados e

informados por considerações de justiça; e, com este alcance, a «sua lógica» é inexorável; não se presta a incertezas. - Os princípios e as regras de Direito Romano nunca se aplicam mecânicamente, com uma lógica pura, inflexível, pois os jurisperitos compreendiam bem que isso podia conduzir, por vezes, a um resultado aberrante e inoportuno. Já na época de Cícero, o adágio «summum ius summa iniuria» constituía um provérbio bem firme. Os juristas romanos são verdadeiros artífices em deduzir consequências das premissas. Não tiram todas as consequências que em pura lógica silogística podiam deduzir-se, mas só aquelas que eles julgam oportunas, justas. Enfim, os jurisperitos são práticos, adaptando-se às exigências mutáveis e complexas da vida. Não se deixam dominar pela lógica abstracta. Além disso, quando se servem dela, colocam-na ao serviço da acção e da vida - do facto humano -, que, devido à sua densidade, forte e pluridimensional, é algo mais rico e mais complexo do que tudo quanto possa captar-se numa rede de silogismos.

Com a reviravolta linguístico-pragmática, novas luzes foram lançadas sobre as incoerências da filosofia moderna em flertar com um racionalismo científico, avesso a todo saber produzido no âmbito da experiência humana. Com isso, a interpretação textual deixou de ser entendida como uma reprodutora de sentidos psicológicos expressos no texto pelo autor, para adquirir um verdadeiro carácter produtivo, no qual o intérprete forma inexoravelmente parte do sentido da compreensão textual, dando-lhe nova significação.

A partir daí, a tarefa de interpretar passa a ser percebida como uma atribuição de sentido, logo: um ato criativo. A passagem da investigação filosófica sujeito-objeto para a sujeito-sujeito evita sobrevalorizar a lógica como o único método capaz de trazer segurança e certeza para o direito. Esse ceticismo quanto aos limites de capacidade do conhecimento pode ser extremamente útil para repensar o modelo vigente nos tempos atuais e voltar para fontes do passado.

Ora, em uma rápida análise, o processo judicial parece uma incontestável expressão da dialética: pelo confronto entre os argumentos das partes – da petição inicial (tese) à contestação (antítese) culminando na sentença (síntese) –, culmina-se na construção racional da verdade processual, cujo resultado seria uma decisão com conteúdo provável e dedutível. Entretanto, para que tal asserção seja verdadeira, é preciso aceitar algumas assunções.

Primeiro, assumir que os juízes, intérpretes autênticos, atuam com total isenção de ânimos nos processos, é dizer, sem predisposições científicas e emocionais. Assim, tanto o juiz quanto as partes estariam de acordo quanto às premissas adotadas e dispostos a mudar de opinião caso seus argumentos fossem vencidos – isto é, percam a credibilidade –, aceitando a alteridade do texto e das opiniões adversárias, em uma abertura hermenêutica. Mais do que isso,

seria necessário admitir que os julgadores reconhecem a provisoriedade de suas decisões, dado o caráter mutável e prático do direito, que não oferece um conhecimento certo e necessário.

Em face disso, a maioria dos juristas modernos tende a associá-lo à retórica, porque esta corresponderia à atividade dos advogados, preocupados no ganho da causa. A tarefa que nos cumpre concluir é explicitar esse fenômeno, para que o erro relatado no início desta seção jamais venha a se repetir. Vejamos, detalhadamente, o âmbito de atuação de cada discurso a fim de enquadrar corretamente o direito dentro do seu campo de comunicação.

3 OS DISCURSOS EM ARISTÓTELES: LÓGICA, DIALÉTICA, RETÓRICA, POÉTICA E SOFÍSTICA

Todo discurso visa suscitar uma modificação intelectual no destinatário, seja pela aceitação do argumento proposto (discurso eficaz), seja pela sua completa rejeição (discurso fracassado) (CARVALHO, 2013, p. 64-65). Se o ouvinte não está disposto a considerar a validade do argumento discutido, isto é, está fechado de antemão a mudar de opinião, não há sequer que falar em negação do proponente, mas em impossibilidade de discussão – o que foge da tipologia dos discursos racionais para a dos vícios cognitivos.

Quem age comunicativamente, abre-se à argumentação a ponto de mostrar a quem é interpelado pelas pretensões levantadas nos atos de fala que há razões para a aceitação dessas proposições. Assim sendo, o primeiro pressuposto do agir comunicativo é uma comunidade de agentes situados na esfera do diálogo crítico: em que cada um reconhece o outro como portador dos mesmos direitos enquanto partícipe do debate argumentativo (OLIVEIRA, 1993, p. 159-160).

Na *Politeía*, Platão (2000, V, 477b-478e, p. 269-273) examina a diferença entre conhecimento (*epistéme*) e opinião (*dóxa*), chegando à conclusão de que o conhecimento corresponde ao ser das coisas, àquilo que *é*, enquanto a opinião está entre o saber e a ignorância, não resultando em uma assertiva infalível, mas tampouco decisivamente falsa. Isso quer dizer que ela, embora não desencadeie um raciocínio que chega a uma resposta segura e verdadeira, constitui um termo médio, mais claro do que o não saber.

O ato discursivo, assim, é uma transição da premissa aceita à conclusão acreditada, por meio de um encadeamento de nexos (lógicos, analógicos, cronológicos etc.) que lhe dão unidade formal. Na doutrina de Aristóteles, desenvolvendo a distinção platônica, os discursos humanos podem ser entendidos como uma potência única, que se atualiza em quatro variantes

distintas e crescentes em grau de veracidade: Poética, Retórica, Dialética (ou Tópica) e Lógica (ou Analítica).

A Poética versa sobre o *possível*, não exatamente com o objetivo de convencer o receptor de algo, mas de dirigir-se à sua imaginação, para que aceite uma ficção ou convenção assumida provisoriamente, proporcionando-lhe, sobretudo, a contemplação dessa realidade imaginada (CARVALHO, 2013, p. 30; 70). É a literatura à referência mais marcante da arte mitopoética, cuja metáfora representa sua figura de linguagem por excelência.

Por sua vez, a Retórica tem por objeto o *verossímil* e por meta produzir uma opinião, induzindo a inteligência do ouvinte, além da reflexão imaginativa. Partindo das convicções atuais do público – sejam falsas ou verdadeiras –, o argumentador procura levar a plateia a uma conclusão verossímil por meio da persuasão, que é a ação psicológica atuante sobre as crenças comuns do indivíduo. Apoia-se nos preconceitos do auditório, mergulhando nos lugares-comuns do público para melhor persuadi-lo por meio de conjecturas, exemplos e suspeitas. É o caso do advogado que tenta influenciar os jurados a partir da boa oratória (CARVALHO, 2013, p. 30 e seg.; VILLEY, 2008, p. 266).

Já a Dialética não se limita a sugerir uma impressão da realidade ou impor persuasivamente uma crença mais conveniente, mas antes submeter essas convicções à prova de credibilidade, por meio da análise dos erros, problemas e acertos do argumento proposto. Os argumentos *prováveis* são comparados e confrontados em um diálogo segundo as regras da razão prática, chegando a uma conclusão que deva ser idealmente admitida como razoável por ambas as partes contendoras, ainda que incerta. Depende do compromisso do ouvinte a seguir a lógica dos argumentos e a aceitar verdadeiras as conclusões que não possa refutar (CARVALHO, 2013, p. 30 e seg.)

Uma vez que não há, nos assuntos sujeitos à dialética, afirmações indiscutivelmente verdadeiras, que cortem definitivamente as questões, é sempre possível encarar os problemas em aberto a partir de vários pontos de vista, progredindo para a sua solução com base em argumentos distintos e, por vezes, opostos. A discussão se torna, então, um andar em volta do problema, perspectivando-o de diferentes pontos de vista e atacando-a desde diversas opiniões. Sendo assim, a tarefa mais importante da tópica é encontrar os pontos de vista, os argumentos, a partir dos quais as questões podem ser consideradas (HESPANHA, 2003, p. 233-234).

O raciocínio dialético se caracteriza pela incerteza de suas premissas; opiniões múltiplas e contraditórias cujos valores são problematicamente iguais. Dessa pluralidade de pontos de vista, cada interlocutor visa provar sua tese pessoal. Mas o seu âmago não reside na argumentação individual de cada participante, como na Retórica, e sim na livre confrontação

racional de teses, que parte das opiniões gerais do grupo a fim de superá-las, como uma ascensão à verdade. É própria da pesquisa científica, que tende à busca do conhecimento verdadeiro a partir do confronto de ideias (VILLEY, 2008, p. 265-266).

Dialética não é tanto uma técnica, um saber, quanto um ser, uma disposição a qual distingue o verdadeiro filósofo – que busca o bem, mesmo em questões complexas e práticas – do sofista, que não está preocupado com a verdade. A razão objetiva pela qual esse processo de dar e exigir esclarecimentos difere do conhecimento científico ou artesanal reside no fato de estar impregnado por uma constante ameaça de confusão por meio do discurso (GADAMER, 2009, p. 40), o qual pode levar a conclusões falsas. A prudência é, verdadeiramente, a “virtude dialética”.

Em último lugar, a Analítica se dirige às premissas consideradas indiscutivelmente como certas, a partir da demonstração silogística da veracidade de suas conclusões, construindo uma certeza científica (ou apodítica). Tal qual um monólogo, não há exatamente uma discussão, porquanto a explanação linear da consequência, partindo de premissas amplamente aceitas e procedendo rigorosamente do silogismo, é inevitavelmente tida como *verdadeira*. Essa espécie de raciocínio produz um saber seguro e demonstrativo, cujas premissas são incontestáveis (CARVALHO, 2013, p. 31 e seg.; 34; VILLEY, 2008, p. 263).

Há argumentos, porém, que parecem ser válidos, mas não o são; ou ainda: embora sejam válidos, somente em aparência são apropriados à coisa em questão. Tanto podem partir de premissas falsas para chegar a conclusões igualmente falsas, como podem partir de pressupostos verdadeiros para provar ou refutar um ponto diferente da discussão (*ignoratio elenchi*). A isso Aristóteles (2010, XI, 171b, p. 566) chama de sofisma, do qual, partindo de um erro de raciocínio, se deduz conclusões paradoxais. É um silogismo falacioso, ignorante às regras da lógica, cuja aparência de verdade leva o raciocínio ao erro.

De fato, a sofística não é senão um saber aparente, cujos argumentos se constroem em torno do acidente, isto é, do não-necessário nem frequente, em vez do essencial ou substancial. É, antes de tudo, pela intenção do agente em não buscar o saber, mas apenas a aparência do verdadeiro conhecer, que distingue o sofista do filósofo (PEREIRA, 2001, p. 36, n. 5). Contenta-se em ludibriar o receptor, fazendo-o sentir que o discurso coincide com a verdade.

Dito isso, é visível a existência de uma escala de credibilidade ascendente nos discursos: do possível para o verossímil, deste para o provável, daí finalmente para o certo. Não é que haja propriamente uma hierarquia de valor entre as quatro formas, mas uma diferença de funções articuladas entre si e igualmente necessárias à perfeição do conhecimento (CARVALHO, 2013, p. 21, n. 2; 31). Ou seja, embora sejam distinguíveis em si mesmo, eles

não são isoláveis, razão pela qual cada um atuará com preponderância a depender do propósito discursivo do orador.

TEORIA DOS DISCURSOS			
Maior grau de certeza 	Lógica	Verdade necessária	Menor grau de precisão 
	Dialética	Argumento provável	
	Retórica	Suspeita de veracidade	
	Poética	Ideia de possibilidade	
	Sofística	Aparência de verdade (falsidade)	

A contribuição de Aristóteles ao debate atual sobre a racionalidade jurídica na autoproclamada “crise da razão” está na possibilidade de reconhecer diferentes manifestações de discursos racionais. A tendência pós-moderna de atribuir não só à modernidade, mas a toda a tradição clássica, a subordinação da razão prática à teoria ignora dois milênios de considerável autonomia entre elas, em que os limites da experiência humana não eram superestimados. As modalidades de raciocínio prático que podem ser desenvolvidas para solucionar o problema do decisionismo é o tópico central para elucidar a diversidade na argumentação jurídica.

Redescobrir a mensagem proveniente da ordem jurídica pré-moderna, na qual se viveu um direito sem imediata coercibilidade estatal e cuja lei era atribuída um peso menor do que à prática jurídica cotidiana, pode ser frutuoso não para restaurar um modelo insuficiente às exigências atuais, mas para propor uma reflexão sobre o que foi deixado para trás acriticamente e ainda pode ser útil.

Doravante, a adoção dessa classificação tradicional não é aleatória, mas proposital, pois evita a intuição moderna de transpor os métodos típicos das ciências naturais para as ciências “humanas, do espírito ou sociais”, bem como evita a falsa apropriação da retórica pelos novos sofistas. Feitas estas considerações propedêuticas, passemos a aplicá-las ao direito nos tópicos seguintes, a fim de conhecer a sua verdadeira natureza e finalidade.

4 QUE TIPO DE DISCURSO É O DIREITO? UMA RESPOSTA CLÁSSICA

Para que um processo comunicativo seja possível é necessário que as partes tenham conhecimento da linguagem empregada, ou melhor, estejam cientes do significado das palavras usadas, pois, ao contrário, seria impossível chegar a um consenso acerca do objeto em

discussão. No campo do direito, deve estar implícito que os juristas conhecem e assentem o sentido dos termos e expressões utilizados na discussão (GRAU, 2016, p. 142)

“*Deve*” porque nem sempre os participantes do jogo da linguagem percebem que a estrutura morfosintática das palavras difere do seu sentido semântico e pragmático, de modo que os interlocutores não se dão conta de que idênticas expressões idiomáticas podem desempenhar significações distintas a depender da compreensão do orador (WITTGENSTEIN, 2014). Ou seja, mesmo seguindo as mesmas regras estabelecidas, ninguém joga o mesmo jogo.

Daí o equívoco de Kelsen (2006, p. 389) ao afirmar que o órgão aplicador do direito se depara com várias significações possíveis, extraídas da pluralidade de sentidos das palavras contidas nos dispositivos normativos. O problema não se resume à ambiguidade do direito. Como faz notar Nagibe Jorge Neto (2017), a análise do aspecto puramente semântico do texto não oferece respostas satisfatórias aos problemas da legitimação e do controle das decisões judiciais, na medida em que trata a sentença como um ato subjetivo isolado e não fruto de um discurso argumentativo-pragmático. Ultrapassa-se a mera relação sintático-semântica dos enunciados para outro plano intersubjetivo.

Essa limitação ontológico-linguística na compreensão do fenômeno jurídico está no cerne da separação dicotômica entre texto e realidade, entre mundo jurídico e sociopolítico. Ora, mesmo o texto “claro” torna-se obscuro em função das tensões de interesses conflitantes que se impõem em torno dele, fazendo com que a luta pela produção da norma se instale em função deles (GRAU, 2016, p. 25). Conforme ensina Josef Esser (1983, p. 133), a mera análise linguística da norma, sem que o círculo hermenêutico seja praticado e sem que juízos prévios sejam formulados, não basta à pesquisa da solução adequada a ser aplicada a cada caso.

A opinião jurídica (*opinio júri*) não é qualquer uma. Quando um juiz decide, um advogado argumenta, ou um jurista interpreta a lei, espera-se que, com a atividade dogmática, as razões jurídicas sejam esclarecidas e apresentadas como fundamentos razoáveis para se decidir adequadamente. O direito sem argumentos tende a ser considerado ilegítimo justamente por soar arbitrário (PARINI, 2018, p. 318). O fim do discurso não é deduzir consequências de certas premissas, mas provocar ou aumentar, segundo Perelman (2004, p. 141), a adesão do auditório às teses submetidas ao seu assentimento.

Por meio da tópica, os juristas explicam ou iluminam os outros em relação a temas jurídicos concretos. Pela retórica, exercita-se a arte de convencer utilizando meios oportunos para que o dito resulte agradável na forma e adequado no conteúdo. Isto se dá usando razões convincentes que permitam ao ouvinte entender que a opinião transmitida é a mais correta, a mais coerente, a mais hábil a resolver determinado litígio (MUÑOZ; PARGA, 2017, p. 88).

Daí que uma teoria da argumentação jurídica se utiliza concomitantemente de três⁵ métodos de trabalho: a retórica, a dialética e a lógica. Sua finalidade é conseguir a apresentação e o estudo do direito de uma forma mais humana, plural, opinativa e consensual, ainda que essa escolha suponha perder uma suposta “pureza” científica, que, em realidade, pouco aproveita à compreensão da prática jurídica. Ela não busca um conhecimento apodítico das leis, senão moldável; e, por isso mesmo, se serve da argumentação para pontuar argumentos, isto é, razões, que convençam da idoneidade de sua descrição, de sua valoração e da sua proposição para ser a resposta mais apta a encerrar um conflito humano (MUÑOZ; PARGA, 2017, p. 88).

Embora a *Retórica* de Aristóteles tenha sido pouco lida, o fato é que a tradição grega contrária aos sofistas elevou-a à categoria de saber. Mesmo Platão, tão avesso a ela em sua república ideal, fez Sócrates afirmar que a Retórica, para deixar de ser uma adulação, deveria estar a serviço da boa educação (*paidéia*), como arte de guiar a alma para propender à verdade, à justiça e ao belo. Assim, desde a filosofia platônica, a verdadeira finalidade da Retórica não era ser o ato de enganar os homens, como defendiam os sofistas⁶, mas de agradar ao Ser (COSTA, 2008, p. 32), que é o Sumo Bem. Em suma, não basta ser um bom orador, mas também moralmente virtuoso.

A modernidade parece ter guinado ao seu significado sofístico, relegando toda uma tradição consolidada no Medievo contra ela. A partir das *Instituições oratórias* de Quintiliano e das *Etimologias* de Isidoro de Sevilha, Alcuíno de Iorque reafirma as lições clássicas de que a retórica segue a vida virtuosa, na sua *Disputa da retórica e da virtude* (*Disputatio de rhetorica et de virtutibus*), e de que esta não existe sem a eloquência e a graciosa harmonia das palavras. A capacidade de se comunicar bem e o juízo da razão estavam de tal modo conectados que o primeiro não podia estar separado do último (COSTRINO, 2020, p. 234), para se corromper em arte do engodo ou da enganação⁷.

De fato, Quintiliano (1836, p. 6-7) assinala que a meta da retórica não é persuadir, senão falar bem. O seu traço distintivo não radica na persuasão, mas no ato de se expressar bem, pois existe uma dignidade unida a esse feito de bem falar. À vista disso, observa-se que essa retórica não é uma técnica, que sua eficácia não dependa do uso que dela se faça. A arte que ele

⁵ Francisco Puy Muñoz e Milagros Otero Parga falam em quatro métodos; far-se-á uma adaptação da referência dos autores, para melhor adequar ao esquema clássico.

⁶ A retórica praticada pelos sofistas dos séculos IV e V a.C. era a arte de fazer o argumento mais fraco prevalecer. Profissionalmente falando, os sofistas não tinham interesse pela verdade, mas apenas no espetáculo do discurso laureado. Nesse sentido, em termos aristotélicos, Perelman é um sofista por negar a possibilidade epistêmica de uma verdade prática objetiva.

⁷ Esses ensinamentos derivam de Cícero e não de Aristóteles, porque este sequer era fonte primária na Alta Idade Média. Cf. ARISTÓTELES, 2012, 1368a, p. 50-51.

quer ensinar é um modelo de vida intelectual e moral; é uma retórica que não é instrumental, mas virtude. Isto implica que a retórica não deve ser entendida como uma relação entre meios – habilidades necessárias para persuadir – e um fim – a persuasão – (SÁNCHEZ, 2017, p. 351), mas como uma ética voltada para o bem comum.

Segundo o retórico romano, para ser um bom orador é preciso ser uma boa pessoa e um especialista em falar de modo persuasivo. Por conseguinte, a retórica consiste em duas qualidades: ser uma pessoa que se conduz de modo ético e capaz de persuadir mediante a palavra. Este aspecto central do seu modelo não deve passar despercebido: a retórica não é simplesmente uma arte da persuasão, senão a arte de persuadir exercida por uma pessoa que possui determinada educação moral e intelectual. Não há oratória sem pessoa oradora, assim como não há retórica sem ética (SÁNCHEZ, 2017, p. 350).

Essas colocações destoam do que um leitor pós-moderno está acostumado a ouvir e aprender sobre o assunto. A *Nova Retórica* de Perelman (2004), afinal, tem bases fundamentalmente voluntaristas, sem qualquer referência a um ideal de bem ou noção de verdade, parecendo-se mais com os sofistas. É certo que tal articulação teórica enfrenta sérias dificuldades no plano ético, o que será objeto de maior análise no próximo capítulo. O importante é destacar como a oratória e as virtudes são duas dimensões conexas, indissociáveis na visão clássico-medieval.

A grande vantagem dessa arte do bem falar, vinculada ao orador virtuoso, é que não situa as emoções, o estilo e o caráter do comunicador em um segundo plano, para conservar a legitimidade moral da retórica. Ao contrário, reconhece que todos esses fatores não podem ser vistos desde um ponto de vista distinto, mas sempre conexas e influenciando a plateia e a própria postura e desenvolvimento dos argumentos do interlocutor. É a definição do perfeito orador como homem bom⁸ que permite a realização humana em alcançar a excelência moral (*vir bonus*) por meio da habilidade discursiva (*dicendi peritus*). O saber retórico se torna, então, não mais uma disciplina, mas numa prática vital, uma virtude que se desdobra na vida (SÁNCHEZ, 2017, p. 351-352).

O jurista utiliza a retórica para comunicar razões da forma mais clara e plausível possível, de maneira a torná-las acessível aos ouvintes, para que estes possam concordar com o

⁸ “A presença da discussão sobre virtudes não deveria ser vista como deslocada, tampouco. A partir de Quintiliano, o sintagma *uir bonus* foi usado para descrever as características centrais de cada orador. A contribuição de Alcuíno para o debate retórico consiste exatamente em explicar o que é um *uir bonus*, algo que nunca havia sido feito antes neste contexto. Alcuíno não agrega um novo conceito ao debate sobre retórica já existente, ele meramente expande a discussão e a coloca ao fim do diálogo. Não por acaso, é claro, mas porque ele está obedecendo às regras do gênero diálogo, fazendo-o fluir como uma conversa natural que terminará apenas em seu último diálogo: *De dialectica*.” (COSTRINO, 2020, p. 246)

conteúdo transmitido. Ela se converte, na argumentação prudencial, em arte da comunicação de argumentos verídicos. Estes costumam andar em distintas direções, porque nunca há uma única resposta para o caso jurídico; mas, existindo diversidade de opiniões, entra em cena a dialética, que permite confrontar criticamente as diversas opiniões possíveis sobre o mesmo problema jurídico (MUÑOZ; PARGA, 2017, p. 89).

Nessa perspectiva, não entram apenas ingredientes lógico-formais, mas também elementos de razoabilidade, que se transfundem aos conceitos puros derivados imediatamente daqueles. Por isso, o discurso jurídico é basicamente retórico, pois se caracteriza por colocar a reflexão a serviço da decisão, com o que se converte em argumentativo (dialético). Se os juízes não estão abertos à dialeticidade dos argumentos apresentados pelas partes, o processo judicial não alcança efetivamente o seu fim, que é permitir o confronto de teses para se encontrar a solução mais razoável⁹. O processo se transforma, então, num monólogo, no qual o julgador ignora as razões das partes em função de uma resposta prévia que já lhe vem como pronta.

Para a escolástica, o direito não se limita a um sistema de normas jurídicas postas, pois necessariamente emanadas de uma autoridade legal e ancoradas na coercibilidade. A redução do direito à lei – o que envolve a redução da prática do direito a uma atividade de aplicação mecânica da lei – é um projeto exclusivamente moderno, difundido e consolidado pelo positivismo jurídico (OLIVEIRA; LESSA, 2010, p. 119). No tomismo, argumentar é apelar às razões por optar ou decidir em caso de dúvida, cuja tarefa dos prudentes é conhecer com circunspeção a realidade em que vão atuar, escutando com humildade os experimentados em assuntos humanos, pesando argumentos e contra-argumentos, e decidindo com justiça para o caso, contemplando ainda as consequências que se derivam (VIGO, 2007, p. 116-117).

A característica fundamental da dialética – a luta entre duas ou mais posições – liga-se ao elemento prudencial pela busca da melhor das soluções possíveis, sem outra discussão que a verbal ou argumentativa (MUÑOZ; PARGA, 2017, p. 88). Por sua vez, a prudência apela para a retórica porque esta se ocupa da persuasão; e, obviamente, é crucial que a verdade e a justiça recorram a ela, já que a experiência confirma não bastar ter a melhor razão para que elas triunfem. Ao auditório que se pretende dirigir o prudente, é decisivo almejar a adesão da plateia; e, para alcançar tal fim, a arte da retórica é a mais apropriada (VIGO, 2015, p. 879).

⁹ O juiz, seja no processo civil, seja no penal, julga os fatos de acordo com as evidências produzidas nos autos, capazes de infirmar seu convencimento sobre o caso. Logo, a existência de outras provas, inacessíveis às partes, são incapazes de influenciar o resultado do processo, valendo a “verdade” produzida nos autos como resultado inexorável, a demonstrar a fragilidade do saber produzido no âmbito do direito.

Ao aproximarem-se do movimento de reabilitação da razão prática, superando as visões formalistas típicas da analítica, ou as cépticas e voluntaristas, essas teorias puderam ir ao encontro de autores como Aristóteles e Aquino, que, desde muitos séculos, insistem no trabalho argumentativo dos jurisperitos. O jurista, além de determinar racionalmente a partir do direito vigente o justo para cada caso, precisa fazê-lo de maneira persuasiva, dado que o convencimento dos destinatários é uma fonte importante para a aceitação voluntária das decisões e, por conseguinte, a paz social. Uma explicação para esse grave esquecimento da retórica como ciência e arte da persuasão mediante a palavra na formação jurídica é que, a partir da perspectiva de assimilação entre lei e direito, aos juristas somente competia repeti-la mecanicamente em cada caso, exigindo-se dos juizes exclusivamente idoneidade científica, já que o resto se daria por adição (VIGO, 2007, p. 109-110).

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O juspositivismo inverteu o pensamento clássico-medieval ao transformar o direito em uma ciência lógica, da qual se podem extrair premissas certas e verdadeiras. Para os antigos, em se tratando de uma arte prática, no campo do contingente, o direito jamais poderia fazer proposições desse nível, já que trabalha no plano do provável, por meio do confronto dialético de argumentos. Essa ruptura com a tradição ocidental não é de somenos importância, dado que representa uma profunda mudança na forma de compreender a experiência jurídica atual.

A aderência quase que inconsciente ao juspositivismo ainda hoje empobrece a função prática do direito, na medida em que leva cada intérprete a defender a sua interpretação jurídica como a “correta” – aquela *querida* pelo legislador –, rechaçando os argumentos contrapostos pela outra parte. Essa visão débil, em que cada um busca provar que sua fundamentação está certa, tende a prevalecer em um cenário onde o direito não é visto como um processo dialético, de construção da solução mais razoável para o caso concreto, e sim de disputas ideológicas entre grupos que pretendem ser um discurso hegemônico.

Os gregos consideravam que cada tipo de discurso era apropriado para produzir um saber compatível com o nível de conhecimento perquirido. Não se esperava de um tratado sobre política a mesma exatidão matemática de uma pesquisa sobre astronomia – muito embora as teorias físicas também sejam derrotáveis ao longo do tempo. O direito não era algo pronto e acabado, dado como uma realidade natural a ser desvelada pela inteligência; mas, antes, estava inserido num fazer argumentativo, no qual os diversos recursos da retórica são decisivos para

o convencimento do auditório jurídico de que a solução apontada é a mais provável, ou melhor: a mais razoável dentre todas.

A partir do momento em que é rompida a concepção segundo a qual o direito é uma ciência puramente teórica, apreendida por métodos e esquemas formais, abre-se o caminho em direção às qualidades morais do intérprete, que se transformarão em um ponto chave para a compreensão do processo interpretativo (e argumentativo) desenvolvido até a escolha da norma de decisão no caso concreto. Portanto, a solução desse problema passa por um conhecimento detalhado das diferentes formas de dizer o direito ao longo da história, para que o fenômeno jurídico possa garantir não apenas segurança, mas também justiça material nas relações sociais.

REFERÊNCIAS

ARISTÓTELES. **Órganon**: categorias, da interpretação, analíticos anteriores, analíticos posteriores, tópicos, refutações sofísticas. 2. ed. Trad. de Edson Bini. Bauru: Edipro, 2010.

ARISTÓTELES. **Retórica**. Trad. de Manuel Alexandre Júnior, Paulo Farmhouse Alberto e Abel do Nascimento Pena. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012.

CARVALHO, Olavo de. **Aristóteles em nova perspectiva**: introdução à teoria dos quatro discursos. Campinas: Vide Editorial, 2013.

COSTA, Ricardo da. A educação na idade média: a Retórica Nova (1301) de Ramon Llull. **Notandum**, São Paulo, a. 9, n. 16, p. 28-38, jan./jun. 2008.

COSTRINO, Artur. Disputatio de rhetorica et virtutibus de Alcuíno de York: crítica às recepções modernas e hipótese sobre a organização dos dois assuntos do diálogo. **Brathair**, São Luís, v. 20, n. 1, p. 230-251, 2020.

CRUZ, Sebastião. **Direito romano**: lições. 4. ed. Coimbra: Almedina, 1984.

ESSER, Josef. **Precomprensione e scelta del metodo nel processo di individuazione del diritto**. Traduzione de Salvatore Patti e Giuseppe Zaccaria. Napoli: Edizione Scientifiche Italiane, 1983.

GADAMER, Hans Georg. **A ideia do bem entre Platão e Aristóteles**. Trad. de Tito Lívio Cruz Romão. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo dos juízes**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

HESPANHA, António Manuel. **Cultura jurídica europeia: síntese de um milénio**. Lisboa: Almedina, 2002.

JORGE NETO, Nagibe de Melo. **Uma teoria da decisão judicial: fundamentação, legitimidade e justiça**. Salvador: Juspodivm, 2017.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 7. ed. Trad. de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

LEGAZ Y LACAMBRA, Luis. Lógica formal y lógica razonable en la lógica jurídica. **Anuario de filosofía del derecho**, Madrid, n. 18, p. 1-36, 1975.

MUÑOZ, Francisco Puy; PARGA, Milagros Otero. Teoría del derecho entendida como teoría prudencial del derecho. **Revista Derecho & Sociedad**, Lima, n. 48, p. 79-91, mar. 2017.

OLIVEIRA, Júlio Aguiar de; LESSA, Bárbara Alencar Ferreira. Por que as objeções de Hans Kelsen ao jusnaturalismo não valem contra a teoria do direito natural de Tomás de Aquino? **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 47, n. 186, p. 117-128, abr./jun. 2010.

OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **Ética e racionalidade moderna**. São Paulo: Loyola, 1993.

PARINI, Pedro. La Retórica de Aristóteles para los juristas de hoy: el entimema y el paradigma como bases del raciocinio jurídico en la modernidad. **Revista Jurídica da Presidência**, Brasília, v. 20, n. 121, p. 312-331, jun./set. 2018.

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

PERELMAN, Chaïm. **Lógica jurídica**: nova retórica. 2. ed. Tradução de Vergínia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

PLATÃO. **A república**. Tradução de Carlos Alberto Nunes. 3. ed. Belém: EDUFPA, 2000.

QUINTAS, Avelino Manuel. Posibilidades y límites de la lógica jurídica. **Anuario de filosofía del derecho**, Madrid, n. 12, p. 95-104, 1966.

QUINTILIANO, M. Fabio. **Instituições oratorias**. t. 1. Tradução de Jeronymo Soares Barboza. Coimbra: Imprensa da Universidade, 1836.

TAXI, Ricardo Dib Araújo. **A perda da prudência no pensamento jurídico moderno**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

VIGO, Rodolfo Luis. El iusnaturalismo clásico frente a las teorías de la interpretación y de la argumentación jurídica. **Ars Iuris**, Ciudad de México, n. 37, p. 99-118, 2007.

VIGO. De la interpretación de la ley a la argumentación desde la Constitución: realidad, teorías y valoración. **Dikaion**: revista de fundamentación jurídica, Chía, a. 26, v. 21, n. 1, p. 187-227, jun. 2012.

VIGO. Iusnaturalismo y neoconstitucionalismo: coincidencias y diferencias. *In*: CARBONELL, Miguel; FIX-FIERRO, Héctor; PÉREZ, Luis Raúl González; VALADÉS, Diego (coord.). **Estado constitucional, derechos humanos, justicia y vida universitaria**: estudios en homenaje a Jorge Carpizo. Estado constitucional, tomo IV, vol. 2. Ciudad de México: UNAM, 2015, p. 851-885.

VILLEY, Michel. **Filosofia do direito**: definições e fins do direito: os meios do direito. 2. ed. Tradução de Márcia Valéria Martinez de Aguiar. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

WITTGENSTEIN, Ludwig. **Investigações filosóficas**. Tradução de Marcos G. Montagnoli. 9. ed. Petrópolis: Vozes, 2014.

WHAT KIND OF SPEECH ACT IS THE LAW? A STUDY ON JUDICIAL ADJUDICATION FROM ARISTOTLE'S THEORY OF DISCOURSE

ABSTRACT

From legal positivism, the theory of law came to be seen as a study of the ordering in force, resulting in a inflexible system and unrelated to the real cases. In the name of legal security, the generality and abstraction of the law were defended against particularities of facts. After the fallout of this model, a discussion was opened among jurists about the possibility of the legal science having logical apports. This work investigates logic is the main communicative factor of law, besides classical rhetoric and dialethic.

Keywords: Legal logic. Theory of discourse. Aristotle.