

LÓGICA JURÍDICA

Nova Retórica

Chaim Perelman

Professor da Universidade de Bruxelas

Tradução

VERGÍNIA K. PUPI

Revisão de Tradução

MARIA ERMANTINA GALVÃO

Revisão Técnica

DR. GILDO RIOS

Martins Fontes

São Paulo 2000

Índice

Esta obra foi publicada originalmente em francês com o título LOGIQUE JURIDIQUE por Éditions Dalloz-Sirey, Paris. Copyright © 1979, Éditions Dalloz, 31-35, rue Froidevaux, 75685 Paris Cedex 14 França. Copyright © 1998, Livraria Martins Fontes Editora Ltda., São Paulo, para a presente edição.

1ª edição
outubro de 1998
3ª tiragem
novembro de 2000

Tradução
VERGINIA K. PUPÍ

Revisão técnica
Dr. Gildo Sá Leitão Rios
Revisão da tradução
Maria Ermantina Galvão
Revisão gráfica
Solange Martins

Sandra Rodrigues Garcia
Produção gráfica
Geraldo Alves

Paginação/Fotolitos
Studio 3 Desenvolvimento Editorial (6957-7653)

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Perelman, Chaim
Lógica jurídica : nova retórica / Chaim Perelman ; tradução de
Verginia K. Pupí. – São Paulo : Martins Fontes, 1998. – (Ensino
superior)

Título original: Logique juridique.
Bibliografia.
ISBN 85-336-0959-0

1. Direito – Metodologia 2. Processo judicial – França 3. Semântica
(Direito) I. Título. II. Série.

98-3847 CDU-340.1

Índices para catálogo sistemático:
1. Direito : Metodologia 340.1

Todos os direitos para a língua portuguesa reservados à
Livraria Martins Fontes Editora Ltda.
Rua Conselheiro Ramalho, 330/340
01325-000 São Paulo SP Brasil
Tel. (11) 239-3677 Fax (11) 3105-6867
e-mail: info@martinsfontes.com
http://www.martinsfontes.com

Introdução (n^{os} 1 a 14) 1

PRIMEIRA PARTE

TEORIAS RELATIVAS AO RACIOCÍNIO JUDICIÁRIO, SOBRETUDO EM DIREITO CONTINENTAL, DESDE O CÓDIGO DE NAPOLEÃO ATÉ NOSSOS DIAS (n^{os} 15 a 48)

Capítulo I – A escola da exegese (n^{os} 16 a 30)..... 31
Capítulo II – As concepções teleológica, funcional e
sociológica do direito (n^{os} 31 a 36)..... 69
Capítulo III – O raciocínio judiciário depois de 1945
(n^{os} 37 a 48)..... 91

SEGUNDA PARTE

LÓGICA JURÍDICA E NOVA RETÓRICA (n^{os} 49 a 98)

Capítulo I – A nova retórica e os valores (n^{os} 51 a 70).... 141
Capítulo II – A lógica jurídica e a argumentação (n^{os} 71
a 98)..... 183

Bibliografia..... 245
Índice remissivo 253

Introdução

1. A palavra “*raciocínio*” designa tanto uma atividade da mente quanto o produto dessa atividade. A atividade mental de quem raciocina pode ser objeto de estudos psicológicos, fisiológicos, sociais e culturais. Estes poderão revelar as intenções, os móbeis de quem elaborou um raciocínio, as influências de toda espécie que ele sofreu e que permitem situar o fenômeno em seu contexto. Mas o raciocínio, como produto desta atividade intelectual, pode ser estudado independentemente das condições de sua elaboração: serão examinados o modo como foi formulado, o estatuto das premissas e da conclusão, a validade do vínculo que as une, a estrutura do raciocínio, sua conformidade a certas regras ou a certos esquemas conhecidos de antemão: este exame pertence a uma disciplina que chamamos tradicionalmente de *lógica*.

A análise dos raciocínios explicitamente formulados em determinada língua foi empreendida, de modo sistemático, pelo *Organon* de Aristóteles, que distingue os raciocínios analíticos dos raciocínios dialéticos.

Os raciocínios analíticos são aqueles que, partindo de premissas necessárias, ou pelo menos indiscutivelmente verdadeiras, redundam, graças a inferências válidas, em conclusões igualmente necessárias ou válidas. Os raciocínios analíticos transferem à conclusão a necessidade e a verdade das premissas: é impossível que a conclusão seja falsa, se o raciocínio foi feito corretamente, a partir de premissas cor-

retas. O padrão do raciocínio analítico era, para Aristóteles, o silogismo, enunciado pelo clássico esquema: “Se todos os B são C e se todos os A são B, todos os A são C.” Notemos que esse raciocínio é válido quaisquer que sejam os termos colocados no lugar das letras “A”, “B” e “C”.

A validade da inferência em nada depende da matéria sobre a qual raciocinamos, pois esta pode ser tirada dos mais diversos domínios do pensamento: é a própria forma do raciocínio que lhe garante a validade. A lógica que estuda as inferências válidas, graças unicamente à sua forma, chama-se lógica formal, pois a única condição que ela requer para garantir a verdade da conclusão, no caso de serem verdadeiras as premissas, é que os símbolos “A”, “B” e “C” sejam substituídos, sempre que se apresentem, pelos mesmos termos. Do mesmo modo, em álgebra, a verdade da equação “ $x = x$ ” pressupõe que se substitua a letra “x” pelo mesmo valor numérico.

2. Os raciocínios dialéticos que Aristóteles examinou nos *Tópicos*, na *Retórica* e nas *Refutações sofisticas* se referem, não às demonstrações científicas, mas às deliberações e às controvérsias. Dizem respeito aos meios de persuadir e de convencer pelo discurso, de criticar as teses do adversário, de defender e justificar as suas próprias, valendo-se de argumentos mais ou menos fortes.

Em que os raciocínios dialéticos diferem dos raciocínios analíticos e do silogismo dialético, chamado entimema, do silogismo rigoroso da lógica formal? Aristóteles nos diz que no entimema não são enunciadas todas as premissas – subentende-se que são conhecidas ou aceitas pelo auditório – e aquelas em que nos fundamentamos seriam apenas verossímeis ou plausíveis: a estrutura do raciocínio dialético seria, quanto ao resto, a do silogismo.

Esta última afirmação parece, à primeira vista, inconciliável com sua afirmação de que a função do discurso per-

suasivo é levar a uma decisão¹. Com efeito, a estrutura da argumentação que motiva uma decisão parece muito diferente da de um silogismo pelo qual passamos das premissas a uma conclusão. Enquanto no silogismo a passagem das premissas à conclusão é obrigatória, o mesmo não acontece quando se trata de passar dos argumentos à decisão: tal passagem não é de modo algum obrigatória, pois se o fosse não estaríamos diante de uma decisão, que supõe sempre a possibilidade quer de decidir de outro modo, quer de não decidir de modo algum.

3. Como já demonstrei noutro trabalho², há sempre um meio de transformar uma argumentação qualquer em um silogismo, acrescentando-se uma ou várias premissas suplementares.

Suponhamos um argumento que julgue um homem a partir de seus atos: este homem é corajoso porque, em dada situação, comportou-se corajosamente; aquele outro é covarde, porque comportou-se como covarde. Nada mais fácil do que transformar tais argumentos, em princípio contestáveis, em um silogismo cuja premissa maior seria: todo homem possui a qualidade que não hesitamos em atribuir a determinado ato seu. Mas quem não vê que essa premissa maior seria, em toda a sua generalidade, mais contestável do que o argumento utilizado em um caso particular, pois alguém que se comportasse uma vez corajosamente e outra vez covardemente deveria ser qualificado de corajoso e de covarde, o que nos levaria a uma inevitável contradição. Em contrapartida, o uso de argumentos, em sentidos opostos, nos obrigaria a pesar o valor de cada um deles e a chegar a uma posição mais matizada e razoável.

1. *Retórica*, II, 18 (1391 b 8)

2. Cf. Ch. Perelman, “Le raisonnement pratique”. *La philosophie contemporaine*, La Nuova Italia, Florença, vol. 1, pp. 168-176.

O que ganhamos ao transformar num silogismo, que pode redundar numa contradição, uma argumentação não coerciva, mas que permite justificar com boas razões uma opinião plausível, a não ser a satisfação bastante pueril de demonstrar que é possível reduzir ao mesmo esquema silogístico todos os argumentos, quaisquer que sejam? O raciocínio dialético, o argumento que justifica pelos seus atos a qualidade atribuída ao agente, argumento sujeito a controvérsias, não foi transformado unicamente por causa de sua forma em um silogismo analítico, que escapa a qualquer discussão: ao contrário, a premissa acrescentada, por sua generalidade e rigidez, leva a uma conclusão contraditória um argumento que não é desprovido de valor quando manejado com prudência. Inevitavelmente, a controvérsia referente à força do argumento, que liga a qualidade da pessoa à dos seus atos, se transformará em um debate referente à verdade da maior acrescentada, sem a qual a argumentação não poderia ter-se tornado demonstração, formalmente correta, mas praticamente inutilizável. Não será muito difícil demonstrar a falsidade dessa maior, conseqüência do fato de se ter tratado um argumento plausível, mas não-coercivo, como uma verdade universal. Ao querer reduzir um argumento qualquer a um esquema formalmente válido, só se pode pôr em evidência sua insuficiência. Mas, não é por não ser uma demonstração formalmente correta que uma argumentação deixa de ter valor.

4. Ora, é num reducionismo desses, que nega todo interesse ao argumento não-coercivo, que nos arriscamos a cair, se consideramos a lógica jurídica “a parte da lógica que examina, do ponto de vista formal, as operações intelectuais do jurista”³. Aliás, foi o que não deixou de se dar no pensamento do professor Ulrich Klug, autor de um célebre tratado de

3. G. Kalinowski, *Introduction à la logique juridique*, L. G. D. J., Paris, 1965, p. 7.

lógica jurídica, que não hesita em escrever: “Argumenta-se sempre, ou seja, infere-se. Utilizam-se nesse caso as leis lógicas apropriadas de modo inconsciente ou, ao menos, sem refletir.”⁴ Não é exato dizer que toda argumentação é apenas inferência, no sentido de dedução efetuada de acordo com regras preestabelecidas.

Em contrapartida, estou de acordo, mas com uma restrição que não deixa de ter importância, com as conclusões do artigo de Kalinowski, que deu origem à controvérsia sobre a existência da lógica jurídica: “Não há, em nosso entender, senão uma lógica: a lógica pura e simples (pura e simples tomadas no sentido teórico ou normativo). Por outro lado, entre as diversas aplicações das leis ou regras lógicas universais, há algumas que são feitas por juristas na área de um saber jurídico qualquer. É muito interessante e útil analisar as diferentes aplicações das leis e das regras lógicas universais nos diversos campos dos saberes jurídicos. É curioso e enriquecedor examinar os *habitus* jurídicos aos quais elas se devem. Mas é vão tentar estudar uma lógica jurídica no sentido próprio do termo, pois ela não existe.”⁵

A única correção que eu faria a este texto consistiria em acrescentar à palavra “lógica” o qualificativo “formal”: há apenas uma lógica formal. É a que é ensinada nas universidades e, se identificamos “a lógica pura e simples” com a lógica formal, não apenas esta última expressão se torna pleonástica, mas é ridículo falar de lógica jurídica, como seria ridículo falar de lógica bioquímica ou de lógica zoológica, quando utilizamos as regras da lógica formal em um tratado de bioquímica ou de zoologia.

Se adotarmos, como faz Tammelo em um recente artigo, o ponto de vista de que “a lógica propriamente dita é a

4. U. Klug, *Juristische Logik*, Springer, Berlim, 1966, p. 7.

5. G. Kalinowski, “Y a-t-il une logique juridique?” – *Logique et analyse*, 1959, p. 53.

lógica dos especialistas que consideram a si mesmos lógicos e que assim são geralmente considerados”⁶ e se identificarmos a lógica com a lógica formal, teremos de renunciar, como sugere Kalinowski em seu artigo, à expressão “lógica jurídica”, que se torna inadequada. É por esta razão, aliás, que uns juristas, ao analisar os métodos de raciocínio que lhes são próprios, preferiram intitular suas obras muito conhecidas *Introdução ao raciocínio jurídico* ou *Introdução ao pensamento jurídico*⁷, abandonando o termo lógica jurídica que, como afirmara E. Erlich há quase sessenta anos, nada tem em comum com a lógica formal exceto o nome⁸, pois “*não consiste na aplicação da lógica geral aos fins específicos da jurisprudência*”⁹.

5. Deveremos inclinar-nos ao uso dos lógicos ou atermos ao dos juristas que sabem muito bem do que se trata quando falam de lógica jurídica?¹⁰ Não creio que se deva identificar a lógica com a lógica formal, pois isto leva impreterivelmente a tentativas de reduzir os raciocínios habituais dos juristas, tais como os raciocínios *a pari*, *a contrario* ou *a fortiori*, a estruturas formais¹¹, ao passo que se trata de algo inteiramente diverso. Para E. H. Lévi, “o raciocínio jurídico tem uma lógica específica. Sua estrutura se adapta

6. I. Tammelo, “On the construction of a legal logic in retrospect and in prospect” *Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie*, 1974, p. 380.

7. E. H. Lévi, *An Introduction to Legal Reasoning*, The University of Chicago Press, 1948; K. Engisch, *Einführung in das Juristische Denken*, Kohlhammer, Stuttgart, 1956.

8. E. Ehrlich, *Die juristische Logik*, Mohr, Tübingen, 1918, p. 299.

9. *Ibid.*, p. 2.

10. Cf. meu artigo “Qu’est-ce que la logique juridique?”, em *Le champ de l’argumentation*, Presses Universitaires de Bruxelles, 1970, pp. 131-138.

11. Cf. a respeito U. Klug, *Juristische logik*, pp. 97-141, e G. Kalinowski, *Introduction à la logique juridique*, pp. 162-176.

a dar um sentido à ambigüidade e a constantemente verificar se a sociedade chegou a discernir novas diferenças ou similitudes”¹². Trata-se essencialmente de argumentações pelo exemplo e por analogia.

Para K. Engisch, que evita a palavra “lógica” no título de seu livro, “a lógica jurídica é uma lógica material, que nos deve fazer refletir sobre o que cabe fazer – nos limites do possível – quando se quer chegar a juízos jurídicos verdadeiros ou, ao menos, ‘corretos’”¹³. Eu aceitaria esta definição, se se substituíssem os qualificativos “verdadeiros” ou “corretos” por “equitativos”, “razoáveis” ou “justos”. Aliás, foi dentro desse espírito que se consagrou à lógica jurídica o 5.º colóquio dos Institutos de Estudos Judiciários, no qual pouco se falou de lógica formal¹⁴. Esta é importante em todos os campos, mas no direito essa importância é relativamente limitada, embora possa crescer com o uso, cada vez mais frequente, dos computadores.

A lógica jurídica é ligada à idéia que fazemos do direito e se lhe adapta. Por essa razão, uma reflexão sobre a evolução do direito parece ser uma preliminar indispensável ao exame das técnicas de raciocínio próprias desta disciplina que os juristas qualificam tradicionalmente de lógica jurídica.

6. Nas obras atuais consagradas à lógica jurídica, raramente levanta-se a questão: “Que é o direito?” De fato, em cada época, entre os profissionais e, de modo mais geral, entre os membros de uma mesma sociedade, existe praticamente a este respeito um acordo bastante vasto, embora raras vezes explicitado. Mas basta mudar de meio, de sociedade, de século ou de cultura para que se manifestem claramente

12. E. H. Lévi, *op. cit.*, p. 104.

13. K. Engisch, *op. cit.*, p. 5.

14. Cf. *La logique judiciaire*, com uma introdução de P. Raynaud, Presses Universitaires de France, Paris, 1967.

divergências, e mesmo divergências fundamentais, nesta matéria. Dever-se-á separar o direito da moral e da religião? Haverá critérios, geralmente aceitos, que permitam distinguir um raciocínio jurídico de um raciocínio estranho ao direito? E, mais especificamente, considerações relativas à justiça serão ou não estranhas ao direito? É impossível responder a tais questões sem nos colocarmos no ponto de vista de uma idéia do direito própria de dada sociedade, ou ao menos tacitamente admitida por ela. Ora, haveremos de ver que a resposta a estas questões é determinante para que possamos precisar a noção de raciocínio jurídico, bem como a natureza e o estatuto dos conceitos e das teorias jurídicas.

Se quisermos aprofundar o máximo possível a experiência, seremos obrigados a constatar também que os raciocínios jurídicos são acompanhados por incessantes controvérsias, e isto tanto entre os mais eminentes juristas quanto entre os juízes que atuam nos mais prestigiosos tribunais. Tais desacordos, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, obrigam, o mais das vezes, depois de eliminadas as soluções despropositadas, a impor uma solução mediante autoridade, trate-se da autoridade da maioria ou daquela das instâncias superiores, as quais, aliás, na maior parte dos casos coincidem. É nisto que o raciocínio jurídico se distingue do raciocínio que caracteriza as ciências, especialmente as ciências dedutivas – nas quais é mais fácil chegar a um acordo sobre as técnicas de cálculo e de medição –, e daquele que encontramos em filosofia e nas ciências humanas, nas quais, na falta de um acordo e na ausência de um juiz capaz de encerrar os debates com sua sentença, cada um permanece em suas posições. Por ser quase sempre controvertido, o raciocínio jurídico, ao contrário do raciocínio dedutivo puramente formal, só muito raramente poderá ser considerado *correto* ou *incorreto*, de um modo, por assim dizer, impessoal.

Quem é encarregado de tomar uma decisão em direito, seja ele legislador, magistrado ou administrador público,

deve arcar com as responsabilidades. Seu comprometimento pessoal é inevitável, por melhores que sejam as razões que possa alegar em favor de sua tese. Pois raras são as situações em que as boas razões, que militam a favor de uma solução, não sejam contrabalançadas por razões mais ou menos boas em favor de uma solução diferente: a apreciação do valor destas razões – que muito raramente pode ser reduzida a um cálculo, um peso ou uma medida – é que pode variar de um indivíduo para outro e sublinha o caráter pessoal da decisão tomada.

7. Apesar destas observações que nos inclinam a reconhecer a relatividade do raciocínio jurídico, impõe-se a constatação de que o direito foi, durante séculos, dominado pelo ideal de uma justiça absoluta, concebida ora como de origem divina, ora como natural ou racional, o que fez que o direito fosse definido durante séculos como *ars boni et aequi* (*Digeste*, I, 1, 1), a arte de determinar o que é justo e equitativo. O papel do jurista, nesta perspectiva, seria o de preparar, com suas reflexões e com suas análises, a solução mais justa em cada caso específico.

Ainda assim, apesar deste ideal absoluto, é preciso constatar que, mesmo quando as leis são apresentadas como revelações de um ser divino ou quase divino, sua aplicação jamais deixou de suscitar controvérsias entre os mais qualificados intérpretes, como se vê claramente pelos textos talmúdicos. De modo que a solução justa parece ser menos o resultado da aplicação indiscutível de uma regra incontestada do que da confrontação de opiniões opostas e de uma decisão subsequente, por via de autoridade. Quando as autoridades se opõem, pode-se estabelecer uma hierarquia entre elas, ou pode-se levar em conta o número de pareceres abalizados, mas nada prova que a decisão, diante da qual será necessário inclinar-se, seja efetivamente a única solução justa para o problema levantado.

Constatamos, em todo caso, tanto entre os juristas romanos quanto entre os talmudistas ou os glosadores da Escola de Bolonha, que o direito se elabora através das controvérsias e das oposições dialéticas, das argumentações em sentido diverso. Era bem raro que o raciocínio jurídico pudesse redundar, como nas demonstrações matemáticas, numa conclusão impositiva. As razões apresentadas visavam antes de tudo, como nos diálogos platônicos, a colocar o adversário em má situação, a mostrar que os argumentos que usou eram irrelevantes, arbitrários ou importunos, que a solução preconizada por ele era injusta ou, ao menos, despropositada¹⁵. A controvérsia tinha como resultado, em primeiro lugar, *excluire* certos argumentos, demonstrando que não eram pertinentes, em segundo lugar, eliminar, por serem despropositadas, certas soluções preconizadas, sem entretanto impor necessariamente um gênero de argumento e uma única solução impositiva.

Para chegar à decisão buscada era necessário inserir o problema controvertido em uma tradição, atestada por uma autoridade, civil ou religiosa, pôr em evidência a similitude do caso a ser julgado com uma decisão anterior aceita, ou subsumi-lo em um texto legal que tratava de caso da mesma espécie: tanto no caso do argumento *a simili* quanto na subsunção, admitia-se como justa uma decisão conforme à regra da justiça que exige tratamento igual de casos essencialmente semelhantes¹⁶.

De fato, o juiz cômico de suas responsabilidades, ao procurar justificar sua decisão, só se sente tranquilo quando esta prolonga e completa um conjunto de decisões que se insere

15. A. Giuliani, *La controversia*, Contributo alla logica giuridica, Pávia, 1966, pp. 75-76.

16. Cf. Ch. Perelman, "La règle de justice", *Justice et raison*, Bruxelas, 1963, pp. 224-233, e "Cinq leçons sur la justice", *Droit, morale et philosophie*, Paris, L. G. D. J., 1968, p. 15.

em uma ordem jurídica constituída pelos precedentes e, se for o caso, pelo legislador. Foi para fornecer precedentes que servissem de guia aos juizes que foram publicadas coletâneas de jurisprudência, como as de Bracton, no século XIII, de Coke, no século XVII, e de Blackstone, no século XVIII, que formaram a base da tradição inglesa da *commom law*.

8. Ao *argumentum a simili*, fundado na regra de justiça, prendem-se dois outros argumentos, que se apóiam quer sobre os precedentes, quer sobre um texto legal, o *argumentum a fortiori* e o *argumentum a contrario*.

O *argumentum a fortiori* apóia-se, não sobre a similitude entre o caso submetido ao tribunal e um precedente apropriado, mas sobre a *ratio decidendi*, a razão alegada para dirimir o caso anterior de um modo determinado. Apóia-se igualmente sobre o espírito da lei. O argumento *a fortiori* pretende que a razão alegada em favor de certa conduta ou de certa regra em um caso determinado impõe-se com força ainda maior no caso atual. Se foi punido alguém que golpeou e feriu outro homem, deve-se, *a fortiori*, punir aquele que com seus golpes causou a morte.

Notemos, a esse respeito, que o argumento *a fortiori* não é, por si só, jurídico. Quando, no *Sermão da Montanha*, Jesus lembra aos discípulos que Deus, que não deixa os pássaros morrerem de fome, tampouco se desinteressará da sorte dos homens, ele utiliza o argumento *a fortiori*, do qual se vê claramente que não é um raciocínio puramente formal, pois pressupõe que os homens merecem maior interesse que os pássaros. O raciocínio, não tendo tomado como ponto de partida uma decisão de justiça, pertence não ao âmbito da lógica jurídica, mas ao da argumentação. Quando se insere argumento *a fortiori* em uma ordem jurídica, ele permite guiar o juiz e justificar-lhe a decisão.

O argumento *a contrario* aplica-se normalmente às mesmas situações a que, à primeira vista, seria aplicável o argu-

mento *a simili*. É preciso distinguir, a este respeito, entre os casos em que estes argumentos se aplicam a uma regra e aqueles em que se aplicam a um precedente.

Quando se trata de uma regra, estes argumentos afirmam a aplicação ou a não-aplicação, a outra espécie do mesmo gênero, daquilo que foi afirmado para uma espécie particular. Se uma lei promulga certas disposições relativas aos filhos herdeiros, pelo argumento *a simili* tais disposições serão estendidas também às filhas; ao passo que, pelo argumento *a contrario*, sustentar-se-á que tais disposições não se aplicam às pessoas do sexo feminino¹⁷.

Assim também, aplicado ao precedente, consideraremos pelo argumento *a simili* que o caso atual é suficientemente semelhante para que lhe seja aplicada a *ratio decidendi* do caso anterior; caso tal aplicação pareça injustificada, servindo-nos do argumento *a contrario* descartaremos a regra admitida para julgar o caso anterior. Se um homem é condenado à morte por ter assassinado premeditadamente um inocente, será necessário aplicar a mesma pena a um menino de nove anos que matou o irmãozinho? Recusando-nos a assimilar o crime da criança ao do adulto, seremos levados a introduzir uma *distinção*, que impedirá a aplicação do argumento *a simili* ao caso atual.

A arte de distinguir, tão característica da argumentação escolástica, também está no âmago do raciocínio jurídico: de fato, se, graças aos argumentos *a simili* e *a fortiori*, o alcance de uma decisão é estendido a outras situações, graças ao argumento *a contrario* este alcance é delimitado de modo que exclua a aplicação da regra de justiça aos casos assim distintos.

Quando os tribunais ordinários, que aplicavam à *common law* a regra *stare decisis* – que exigia a manutenção da

17. Cf. Ch. Perelman e L. Olbrechts-Tyteca, *Traité de l'argumentation*, Ed. de Université de Bruxelles, 1976 (terceira edição), p. 325.

jurisprudência anterior se não se visse razão de distinguir –, chegavam a uma decisão considerada despropositada ou injusta num clima novo, em que prescrições de natureza puramente formais eram julgadas secundárias em relação à solução julgada iníqua, a opinião pública exigiu remédios. Estes foram-lhe fornecidos pelas “*Equity Courts*”, os tribunais de equidade, organizados na Inglaterra pelo poder monárquico no século XIV, cuja finalidade era remediar as situações iníquas que podiam resultar da aplicação rígida da técnica do precedente.

A conclusão que, desde já, tiramos deste desenvolvimento é que, seja qual for a técnica de raciocínio utilizada em direito, este não pode desinteressar-se da reação das consciências diante da iniquidade do resultado ao qual tal raciocínio conduziria. Pelo contrário, o esforço dos juristas, em todos os níveis e em toda a história do direito, procurou conciliar as técnicas do raciocínio jurídico com a justiça ou, ao menos, a aceitabilidade social da decisão. Esta preocupação basta para salientar a insuficiência, no direito, de um raciocínio puramente formal que se contentaria em controlar a correção das inferências, sem fazer um juízo sobre o valor da conclusão. Quando o resultado é inadmissível, por esta ou aquela razão, é que o jurista é levado a introduzir uma distinção, que talvez tivesse omitido ao estabelecer as premissas de seu raciocínio, e a passar da argumentação *a simili* à argumentação *a contrario*.

8. *bis*. As observações precedentes bastam para nos fazer compreender como a busca da equidade podia introduzir ao raciocínio jurídico elementos de incerteza, dificilmente aceitáveis por espíritos mais afeitos ao raciocínio científico, especialmente pelos lógicos. A reação deles, embora ridicularizada pelos juristas profissionais, manifestou-se claramente nos escritos de um pensador que jamais hesi-

tu em propor, em nome da lógica, teses paradoxais, a saber, Pedro Abelardo.

Sabe-se que a tradição escolástica, aquela que prevaleceu nos escritos de São Tomás, opunha nitidamente, na linha de Aristóteles, os raciocínios dialéticos aos raciocínios analíticos. Para Aristóteles, a prudência, virtude que aplica a razão prática aos problemas submetidos à deliberação e à controvérsia, “não tendo uma essência em relação à qual se definir, pode apenas nos remeter ao prudente como fundamento de todo valor. Não é o homem de bem que tem os olhos voltados para as Idéias, somos nós que temos os olhos voltados para o homem de bem”¹⁸.

Se o homem de bem fosse um ser divino, cuja opinião jamais fosse contradita pela de outro homem de bem, o critério aristotélico poderia bastar para determinar a solução de cada caso submetido à deliberação. Mas, diante das controvérsias suscitadas pelas divergências entre juristas e moralistas sobre a solução de problemas de direito e de moral, Pedro Abelardo preferiu ver na prudência uma ciência, a ciência do bem e do mal, que fundamenta o juízo moral na intenção que dá origem à ação. Ele pretendia que, uma vez encontrada uma definição das virtudes, especialmente da justiça (*Justitia itaque virtus est communi utilitate servata, suam cuique tribuens dignitatem*¹⁹), bastaria aplicar a definição a cada caso particular para tirar, por simples dedução, a conclusão que se impunha. Contrariamente ao método escolástico, desenvolvido nos séculos seguintes, já encontramos em Pedro Abelardo as premissas dessa ciência do justo, que fornece os princípios de uma jurisprudência universal, de um direito natural aplicável a todos os casos, que se desenvolverá com os progressos de um racionalismo de inspiração ma-

18. Cf. P. Aubenque, *La prudence chez Aristote*, Paris, 1963, pp. 44-45.

19. P. Abelardo, *Dialogus inter philosophum, judaeum et christianum*, Patrologie latine, V. CLXXVIII, 1853, citado por A. Giuliani, *op.cit.*, p. 158.

temática e dominará os séculos XVII e XVIII, época de ouro do triunfo da “razão” no Ocidente.

9. Durante séculos, a justiça primitiva foi condicionada por uma escrupulosa conformidade a fórmulas sacras – tratava-se da santificação de um costume ancestral ou de fórmulas reveladas pelos porta-vozes de uma divindade. Do mesmo modo, durante séculos, o fato de se recorrer, para a prova dos fatos, às ordálias e a todas as provas, das quais somente aqueles cuja causa fosse justa deveriam sair vencedores, demonstra claramente que o justo, para o direito, confundia-se com o piedoso e o sagrado.

Em muitas culturas, a separação entre direito, moral e religião jamais se realizou completamente. Sabemos que a autonomia do direito deu-se progressivamente, graças à designação de magistrados laicos encarregados, se não de fazer justiça, ao menos de indicar as ações e as fórmulas que permitiriam recorrer ao processo judicial. Em Roma, na época de Cícero, a classe de homens mais respeitados era a dos “jurisprudentes”, aqueles que com seus pareceres e conselhos ajudavam os pretores no exercício de suas funções judiciárias. Mais do que as fórmulas do direito arcaico, mais do que as leis votadas pelas assembleias políticas, foi o conjunto das opiniões, das fórmulas, dos adágios e das regras elaborados por estes juristas que deu estrutura ao direito romano, considerado a *ratio scripta*, a razão escrita, que por sua vez influenciou o direito canônico formulado pela Igreja romana para o uso daqueles que dependiam de sua jurisdição.

Foram as categorias e as definições elaboradas pelos juristas romanos, suas fórmulas e seus adágios que impregnaram o direito dos povos cristãos do continente europeu²⁰ e

20. Cf. Peter Stein, *Regulae Juris, from Juristic Rules to Legal Maxims*, University Press, Edimburgo, 1966.

permitiram abonar a idéia de que haveria princípios de justiça racionais, aos quais deveriam recorrer todos que buscassem uma solução justa dos litígios que lhes fossem submetidos. Os progressos efetuados pelas matemáticas e suas aplicações a partir do século XVI, a idéia enunciada por Platão e retomada pelo neoplatonismo cristão, de que Deus teria criado o mundo inspirando-se nas matemáticas, alentaram as esperanças de todos que, preocupados tanto com o direito quanto com as matemáticas e a filosofia, propuseram-se a elaborar sistemas de jurisprudência universal. Estes pensadores, apesar de serem cristãos, é que procuraram, desde o início do século XVII, laicizar o direito natural, concebendo-o como um sistema de direito puramente racional. Foi este o ideal de Grotius e de Pufendorf, de Leibniz e de Christian Wolff.

10. A idéia de um direito natural, de um sistema de justiça válido sempre e em toda parte, fora formulada muito tempo antes nesta célebre página de Cícero: “Existe uma lei verdadeira, razão reta conforme à natureza, presente em todos, imutável, eterna; por seus mandamentos chama o homem ao bem e por suas interdições desvia-o do mal; quer ordene, quer proíba, ela não se dirige em vão aos homens de bem, mas nenhuma influência exerce sobre os maus. Não é permitido invalidá-la por meio de outras leis, nem derrogar um só de seus preceitos; é impossível ab-rogá-la por inteiro. Nem o senado nem o povo podem liberar-nos dela, tampouco é preciso buscar fora de nós quem a explique e a interprete. Ela não será diferente em Roma ou em Atenas, e não será, no futuro, diferente do que é hoje, mas uma única lei, eterna e inalterável, regerá todos os povos, em todas as épocas; um só deus é, com efeito, como que o mestre e o chefe de todos. É ele o autor desta lei, quem a promulgou e a sanciona. Aquele que não a obedece foge de si mesmo, renegando sua nature-

za humana, e prepara para si os maiores castigos, mesmo se consegue escapar aos outros suplícios (os dos homens).”²¹

Esta página e outras semelhantes, em que Cícero inspira-se nos conceitos estoicos, remetem a um direito ideal, que nada mais é senão um sistema de moral universal²². Este não era destinado a substituir-se ao direito romano, mas sim a limitar, quando fosse o caso, as conseqüências injustas de sua aplicação formalista. Os teóricos racionalistas dos séculos XVII e XVIII tinham outras ambições. Queriam elaborar um sistema de direito justo, uma jurisprudência universal, inteiramente fundada em princípios racionais, independentes em sua formulação e em sua validade do meio, tanto social quanto cultural, que os viu nascer e daquele que deveriam reger. Um sistema assim é que deveria ser ensinado nas Faculdades de Direito, na esperança de que aqueles a quem caberia elaborar e promulgar as leis positivas se afastassem o menos possível do modelo ideal que lhes era ensinado. Daí resultava a pouca importância atribuída, no continente europeu, nas Faculdades de Direito do Antigo Regime, ao direito positivo, que não passava, na melhor das hipóteses, de uma imitação imperfeita do direito ideal e que, como a sombra do Justo, na caverna de Platão, só podia ser uma pálida e imperfeita imitação da idéia da própria Justiça. A idéia de que o direito justo, da mesma forma que as leis da natureza, fosse apenas a expressão de uma razão universal, reflexo direto ou indireto (através da natureza criada) da razão divina, desenvolvera-se em duas tradições opostas, ambas de origem religiosa, a tradição racionalista e a tradição empirista. Fossem as leis naturais e aquelas que devem reger as relações entre os homens encontradas *a priori* ou *a posteriori*,

21. Cícero, *De Republica*, L. III. XXII, 33.

22. Cf. M. Villey, *Leçons d'histoire de la philosophie du droit*, Dalloz, Paris, 1957, pp. 134-146; *Philosophie du droit*, Précis Dalloz, n.º 38 ss.).

graças às idéias evidentes ou graças à experiência, o papel dos homens deveria limitar-se a descobri-las ou registrá-las, pois toda iniciativa humana neste terreno só pode levar ao erro e à arbitrariedade. Que a principal virtude do sábio cristão fosse a humildade, a submissão ao pensamento e à vontade divinos, essa é uma idéia sobre a qual insistem tanto Santo Agostinho quanto o chanceler Francis Bacon.

A este ideal de jurisprudência universal, encontre ele sua inspiração no direito romano, no direito canônico, nas construções dos filósofos racionalistas ou na *common law*, elaborada por várias gerações de juristas, opuseram-se três teses, às quais estão ligados os nomes de Hobbes, Montesquieu e Rosseau.

11. Para Hobbes, cujas idéias a esse respeito foram expostas com maior clareza em um diálogo inacabado, *between a philosopher and a student of the Common Law of England*²³, o direito não é a expressão da razão mas uma manifestação da vontade do Soberano. Ele expõe no *Leviatã* (1651) que o direito natural, ou seja, o direito que reina na natureza, não é mais do que a lei da selva onde a luta pela vida é permanente: são sempre os grandes peixes que comem os pequenos. Mas este estado de guerra de todos contra todos torna-se, com o passar do tempo, insuportável para seres humanos que, dispondo de forças mais ou menos equivalentes, jamais estarão seguros de que outro homem não será capaz de matá-los ou de escravizá-los. Para evitar os inconvenientes da guerra permanente, eles concordam em estabelecer um pacto, no qual decidem, ao mesmo tempo, criar um Estado e pôr suas forças reunidas à disposição do Soberano, encarregado de manter a paz entre os cidadãos e de protegê-los con-

23. Edição póstuma de 1681, reeditada por T. Ascarelli, com notas de G. Bernini (Giuffrè, Milão, 1960).

tra os ataques do exterior. Renunciam, conseqüentemente, a solucionar suas divergências pelas armas e aceitam conformar-se às leis que o Soberano estabelecerá e fará respeitar com todos os meios em seu poder.

O Soberano encarregará os padres e os educadores de ensinar o respeito às leis por ele promulgadas e, se a educação religiosa e moral não for suficiente, tribunais serão encarregados de dizer a justiça, de punir a violação eventual das leis, auxiliados, em caso de necessidade, pelas forças armadas postas à sua disposição. O Soberano, que dispõe de um poder quase absoluto sobre os súditos, poderá elaborar suas leis como bem lhe parecer, desde que não atente sem razão válida contra a vida dos súditos, pois o medo da morte é a própria razão do pacto social constitutivo do Estado. Como, segundo Hobbes, o interesse do Soberano coincide com o dos súditos, as leis deverão zelar pela proteção da vida e dos bens de todos os habitantes do Estado, podendo estes tratar tranqüilamente de suas ocupações privadas.

A teoria de Hobbes, que combina de modo engenhoso duas teses já expostas por Platão em seu diálogo *A República*, a de Trasímaco (338 s.) e a de Glauco (358 s.), faz do *Leviatã*, este ser sobre-humano criado pela vontade dos homens, um Deus terrestre, cuja onipotência, ao menos nos limites territoriais que lhe pertencem, não dá margem a nenhum abuso: é ele que decide do justo e do injusto, e isto no interesse de seus súditos. Esforça-se para educá-los graças a uma propaganda ideológica permanente de modo que só possam conceber a justiça como a conformidade às leis por ele promulgadas. É somente graças ao direito positivo, que determina os direitos e as obrigações de cada um, que a idéia de justiça adquire um sentido preciso. Antes do estado de sociedade a idéia de justiça não tinha conteúdo, pois no estado de natureza cada um era livre para fazer o que fosse capaz de impor pela força. Somente com a criação do Estado é que

nasce o direito, e a justiça pode ser definida como conformidade à vontade do Soberano, tal como se manifestou nas leis e nos regulamentos.

A filosofia política de Hobbes, glorificação do poder absoluto do Soberano, impôs-se na França mais de um século mais tarde, mas sob forma emendada, pois, como se sabe, as revoluções de 1648 e 1688 marcaram, ambas, derrotas estrondosas do poder monárquico, obrigado a transigir com o Parlamento^{23 bis}.

12. O segundo autor que, de outro ângulo, atacou violentamente a idéia de uma jurisprudência universal, válida em toda parte e sempre, foi Montesquieu, cuja monumental obra *O espírito das leis* obteve imediatamente grande popularidade.

Ele, entretanto, não rejeita a idéia de uma justiça objetiva. Não apenas a define, na célebre carta a Rhédi, como “uma relação de conveniência, que se encontra realmente entre duas coisas”²⁴, mas retoma-a, mais de vinte anos depois, no início do *Espírito das leis*: “Dizer que não há nada justo ou injusto, afora aquilo que ordenam ou proíbem as leis positivas, é dizer que antes de ter sido traçado o primeiro círculo nem todos os raios eram iguais. Logo, é necessário admitir relações de equidade anteriores à lei positiva que as estabelece.”²⁵

O papel do legislador seria o de tornar positivas, promulgando-as, as relações de justiça que cada um não poderia deixar de perceber, se não fossem os interesses particula-

23 bis. Cf. S. Goyard-Fabre, *Le droit et la loi dans la philosophie de Thomas Hobbes*, Paris, 1975.

24. Montesquieu, *Lettres persanes* (1721), *Oeuvres complètes*, Bibliothèque de la Pléiade, t. 1, p. 256.

25. *De l'esprit des lois*, 1ª parte, Liv. I, Cap. I, Bibliothèque de la Pléiade, t. 2, p. 233.

res suscetíveis de confundir tal percepção. Nada mais perigoso, nesta perspectiva, do que a concentração de todos os poderes nas mãos de um só, pois haveria o risco de ele impor leis que visassem essencialmente não a proclamar o que é justo, mas a considerar como legal o que favorece seu próprio interesse, o que lhe reforça o próprio poder. É para evitar tais abusos que Montesquieu preconiza, como ideal político, a doutrina da *separação dos poderes*, não devendo o poder legislativo ser concedido nem ao poder executivo, que dele poderia aproveitar-se para contrariar seus adversários, nem aos juízes, que, por ocasião dos litígios, poderiam formular regulamentos que favorecessem, por razões muitas vezes inconfessáveis, alguma das partes.

Mas, e aqui é que se revela a originalidade de Montesquieu, nem por isso a independência do poder legislativo significa que as leis que adotar serão universalmente justas ou terão aplicação universal. Pois, como indica o subtítulo de sua obra fundamental, *O espírito das leis*, esta tratará da “relação que as leis devem ter com a constituição de cada governo, com os costumes, o clima, a religião, o comércio etc. ...”.

Esta conexão das leis com o meio e a época, sua dependência das condições políticas, sociais e culturais em que foram elaboradas, exclui a realização de uma jurisprudência universal, não apenas de fato, em razão da imperfeição dos legisladores, mas mesmo de direito, pois as leis deverão adaptar-se às sociedades que têm de reger. Entretanto, na concepção de Montesquieu, fortemente marcada pelo racionalismo de seu tempo, as leis serão a expressão mais da razão do que de uma vontade soberana e arbitrária. Embora reconhecendo o papel dos fatores que condicionam a adaptação das leis às diversas sociedades, estas leis, para serem justas, deverão respeitar as relações de equidade que preexistem objetivamente à elaboração das leis positivas.

Quanto aos juízes, eles serão apenas “a boca que profere as palavras da lei; seres inanimados que não podem mo-

derar-lhe nem a força nem o rigor”²⁶. Essa é a condição da segurança jurídica, pois, escreve ele, “se os tribunais não devem ser fixos, os julgamentos devem sê-lo a tal ponto que sejam sempre apenas um texto preciso da lei. Se fossem uma opinião particular do juiz, viveríamos em sociedade sem saber precisamente quais compromissos contraímos”²⁷.

13. O sucesso das idéias de J.-J. Rousseau, tais como foram expostas em sua obra *O contrato social* (1762), deve-se ao fato de que, embora inspirando-se em Hobbes, para quem o direito é apenas a expressão da vontade do Soberano, Rousseau não identificou o soberano com um monarca todopoderoso, mas com a nação, com a sociedade política organizada, cuja vontade geral, oposta às vontades particulares dos cidadãos, decide do justo e do injusto, promulga leis do Estado e designa aqueles que, em conformidade com estas leis, executarão as vontades da nação, administrarão o Estado e distribuirão a justiça. Os poderes da nação soberana, que exprime a vontade do povo, não devem ser limitados, pois a voz do povo é a voz de Deus, mas isto com uma dupla condição: 1º “que não haja sociedade parcial dentro do Estado e cada cidadão opine apenas por si próprio”²⁸ e 2º que essa vontade não se reporte a interesses particulares, mas seja movida pelo interesse geral: “acordo admirável entre o interesse e a justiça que dá às deliberações comuns um caráter de equidade, que vemos desaparecer na discussão das questões particulares, na ausência de um interesse comum que una e identifique a regra do juiz com a da parte”²⁹. É nes-

26. *Ibid.*, 1ª cap., Liv. I, Cap. II, 6, p. 404.

27. *Ibid.*, p. 399.

28. Rousseau, *Du contrat social*, Liv. II, Cap. III, *Oeuvres complètes*, Bibliothèque de la Pléiade, t. 3, p. 372.

29. *Ibid.*, Liv. II, Cap. IV, p. 374.

tas condições que ele poderá afirmar que “a vontade geral é sempre reta”³⁰ e que a lei será a expressão da justiça.

14. Será combinando essas diversas ideologias que a Revolução Francesa chegará a identificar o direito com o conjunto das leis, expressão da soberania nacional, sendo reduzido ao mínimo o papel dos juízes, em virtude do princípio da separação dos poderes. O poder de julgar será apenas o de aplicar o texto da lei às situações particulares, graças a uma dedução correta e sem recorrer a interpretações que poderiam deformar a vontade do legislador.

Para os raros casos em que esse texto não fosse claro ou suficiente, a lei de 16-24 de agosto de 1790 sobre a organização judiciária instituiu, para todos os tribunais, um recurso de *caráter geral*. O artigo 12 dispõe, com efeito: “Eles (os tribunais) não poderão estabelecer regulamentos, mas deverão dirigir-se ao Corpo legislativo sempre que acharem necessário quer interpretar uma lei, *quer fazer uma nova*.”³¹ Impunha-se, além disso, a obrigação de motivar as sentenças e instituiu-se um tribunal de cassação, encarregado de zelar por que os juízes não violassem a lei que eram encarregados de aplicar. O tribunal de cassação era considerado o policial, designado pelo poder legislativo para vigiar o judiciário, e ao qual este devia, periodicamente, prestar contas da maneira como cumpria sua missão.

Mas a instituição do recurso de caráter geral “revelara-se desastrosa na prática. Os juízes usaram excessivamente a faculdade que lhes fora aberta de se dirigir ao Corpo legislativo. Muitas vezes compreenderam, em sentido excessivamente restritivo de seu poder, as regras estabelecidas pela lei

30. *Ibid.*, Liv. II, Cap. VI, pp. 373, 380.

31. Cf. Ch. Huberlant, “Les mécanismes institués pour combler les lacunes de la loi”, *Le problème des lacunes en droit*, publicado por Ch. Perelman, Bruylant, Bruxelas, 1968, pp. 47-48.

de 16-24 de agosto de 1790... A exagerada freqüência da aplicação do recurso ao legislativo veio, deste modo, agravar os inconvenientes inerentes ao procedimento³². Na verdade, a utilização freqüente do recurso não apenas entravava o bom andamento da justiça, mas este apelo ao legislativo violava, ao mesmo tempo, a sacrossanta doutrina da separação dos poderes: ao interpretar a lei em um sentido em vez de outro, o legislador dirimia, em favor de uma das partes, o litígio em curso.

Por ocasião da redação do Código de Napoleão, o recurso ao legislativo foi substituído pelo célebre artigo 4, que proclama: “O juiz que se recusar a julgar sob pretexto de silêncio, obscuridade ou insuficiência da lei, poderá ser punido como culpado por denegação de justiça.” O juiz, diante das dificuldades apresentadas pela lei, vê-se na obrigação de julgar.

No *Discurso preliminar*, que introduz o projeto do Código de Napoleão, Portalis explica-se longamente sobre o alcance do artigo 4 e indica as razões que militam a seu favor, mesmo que, por sua interpretação, o juiz seja levado a contribuir na elaboração da lei e a violar, de certa forma, o princípio da separação dos poderes.

Portalis admitia que, em matéria criminal, na falta de uma lei que justifique a condenação, o juiz deve absolver o réu (*Nulla poena sine lege*). Mas de forma alguma poderia ser assim em matéria civil: “É impossível para o legislador prever tudo... Um sem-número de coisas são... necessariamente deixadas ao império do uso, à discussão dos homens instruídos, à arbitragem dos juizes... na falta de texto preciso sobre cada matéria, um uso constante e bem estabelecido, uma seqüência ininterrupta de decisões semelhantes, uma opinião ou uma máxima acatada têm força de lei... Quando não somos guiados por nada que é estabelecido ou conhecido, quando se trata de fato absolutamente novo, remontamos

32. *Ibid.*, p. 52.

aos princípios do direito natural... Quando a lei é clara, é preciso segui-la; quando é obscura, é preciso aprofundar suas disposições. Na falta da lei, é preciso consultar o costume ou a equidade. A equidade é a volta à lei natural, nos casos de silêncio, oposição ou obscuridade das leis positivas.”³³

O único recurso ao legislativo, mantido após a promulgação do Código de Napoleão, foi o *recurso de caráter especial*, criado pela lei de 27 de novembro-1º de dezembro de 1790 que instituiu o tribunal de cassação. Nos termos do artigo 21 da lei “quando a sentença tiver sido cassada duas vezes, e um terceiro tribunal tiver julgado em última instância da mesma forma que os dois precedentes, a questão só poderá ser aventada no tribunal de cassação se tiver sido submetida ao corpo legislativo que, nesse caso, proferirá um decreto declaratório da lei: quando esse decreto tiver sido sancionado pelo Rei, o tribunal de cassação conformará a ele sua sentença”³⁴.

Este recurso especial foi abolido na França pela lei de 1º de abril de 1837; na Bélgica o recurso especial, estabelecido em 1832, foi abolido pela lei de 7 de julho de 1865. O terceiro tribunal, suscitado após duas cassações, é de agora em diante obrigado a submeter-se à decisão da Corte de Cassação, tomada em sessão plenária. Esta solução consagra a independência do poder judiciário em relação ao poder legislativo, em tudo o que diz respeito à aplicação da lei a casos concretos³⁵.

33. *Ibid.*, pp. 53-54, citando Locré, *Discours préliminaire du projet de Code Civil*, t. 1, pp. 156-159.

34. *Ibid.*, p. 48.

35. O problema do recurso à interpretação autêntica foi novamente levantado recentemente, quando o artigo 177 do Tratado de Roma atribuiu competência, para sua interpretação, à Corte de Justiça das Comunidades Européias. Este recurso não é inspirado pela desconfiança do legislador em relação aos juizes, mas pelo desejo de uniformizar a interpretação do Tratado de Roma, por parte dos tribunais de todos os Estados membros.

O estudo da lógica jurídica supõe que se retrace primeiro a evolução histórica recente do pensamento jurídico desde o início do século XIX (1.^a parte) antes de apresentar, de modo sistemático, as técnicas de raciocínio da nova retórica e a prática da argumentação em direito (2.^a parte).

PRIMEIRA PARTE

**Teorias relativas ao raciocínio
judiciário, sobretudo em direito
continental, desde o Código
de Napoleão até nossos dias**

15. Desde a instauração, em 1790, da obrigação de motivar as decisões judiciais, é na *motivação dos tribunais* que encontraremos as melhores amostras da lógica jurídica. Esta é orientada pela ideologia que guia a atividade dos juízes, pela forma como eles concebem seu papel e sua missão, pela concepção deles do direito e pelas suas relações com o poder legislativo. Podemos distinguir, a este respeito, três grandes períodos, o da escola da exegese, que termina por volta de 1880, o segundo o da escola funcional e sociológica, que vai até 1945, e o terceiro, que, influenciado pelos excessos do regime nacional-socialista e pelo processo de Nuremberg, se caracteriza por uma concepção tópica do raciocínio judiciário.

É evidente que esta tripartição só corresponde a uma visão esquemática e simplificada da realidade, pois as técnicas de raciocínio, características da ideologia de um período, encontram-se também em outros, mas neles são antes excepcionais, e os juízes, ao lançar mão delas, experimentam certo mal-estar. Esta divisão servirá essencialmente para fins pedagógicos, permitindo descrever sumariamente uma evolução metodológica que corresponde, em linhas gerais, à realidade histórica.

No primeiro capítulo examinaremos os procedimentos de raciocínio que podem apresentar-se nas diversas fases de

um processo. No segundo e terceiro capítulos examinaremos apenas os métodos de raciocínio justificados por uma nova visão do direito e por uma concepção renovada do papel do poder judiciário.

16. É possível distinguir, no seio daquilo a que se chamou “A Escola da exegese”, três fases: “uma fase de instauração, que começou na promulgação do Código Civil, em 1804, e terminou entre 1830 e 1840; uma fase de apogeu, que se estendeu até cerca de 1880; e por fim uma fase de declínio, que se fechou em 1899, quando a obra de Gény anunciou-lhe o fim. Estas distinções não passam, evidentemente, de cortes cinematográficos, que servem para balizar uma evolução contínua¹. Esta escola pretendia realizar o objetivo que se propuseram os homens da Revolução, reduzir o direito à lei, de modo mais particular, o direito civil ao Código de Napoleão. Como disse o decano Aubry, em 1857, em um relatório oficial sobre o espírito do ensino da Faculdade de Direito de Paris: “Toda a lei, tanto no espírito quanto na letra, com uma ampla aplicação de seus princípios e o mais completo desenvolvimento das conseqüências que dela decorrem, porém nada mais que a lei, tal foi a divisa dos professores do Código de Napoleão.”²

Vê-se logo que esta não poderia ser a concepção de Portalis nem a de nenhum dos juristas formados no século

1. L. Husson, “Analyse critique de la méthode de l'exégèse”, *Nouvelles études sur la pensée juridique*, Dalloz, Paris, 1974, p. 174. – Cf. também E. Gaudemet, *L'interprétation du Code Civil en France depuis 1804*, Sirey, Paris, 1935.

2. Citado por L. Husson, *op. cit.*, p. 175.

XVIII, para os quais o direito natural formava uma espécie de pano de fundo do direito positivo. Tampouco poderíamos minimizar a imensa influência de Rudolf von Ihering (1818-1892), cujas obras fundamentais sobre *L'esprit du droit romain* (1852-1865) e *Le but dans le droit* propagaram, muitos anos antes da obra de Géný, a concepção funcional do direito. Por essas razões, limitamos aos anos de 1830-1880 o período em que a escola da exegese impôs, de modo absoluto, suas técnicas de raciocínio jurídico. Estas eram fundamentadas, como ainda escrevia Laurent em 1878, na idéia de que “os códigos nada deixam ao arbítrio do intérprete”³ e que apenas em casos deveras excepcionais a lei era verdadeiramente insuficiente.

Essa concepção, fiel à doutrina da separação dos poderes, identifica o direito com a lei e confia aos tribunais a missão de estabelecer os fatos dos quais decorrerão as conseqüências jurídicas, em conformidade com o sistema de direito em vigor.

A doutrina da separação dos poderes é ligada a uma psicologia das faculdades, em que vontade e razão constituem faculdades separadas. Com efeito, “a separação dos poderes significa que há um poder, o poder legislativo, que por sua vontade fixa o direito que deve reger certa sociedade; o direito é a expressão da vontade do povo, tal como ela se manifesta nas decisões do poder legislativo. Por outro lado, o poder judiciário diz o direito, mas não o elabora. Segundo esta concepção, o juiz limita-se a aplicar o direito que lhe é dado... Essa concepção conduz a uma visão legalista; a passividade do juiz satisfaz nossa necessidade de segurança jurídica. O direito é um dado que deve poder ser conhecido por todos do mesmo modo. Essa visão do direito conduz também a uma aproximação do direito com as ciências. Quer o

3. Laurent, *Cours élémentaire du droit civil*, prefácio, t. 1, p. 9.

consideremos um sistema dedutivo, quer assimilamos a uma pesagem o ato de distribuir justiça, o juiz parece tomar parte de uma operação de natureza impessoal, que lhe permitirá pesar as pretensões das partes, a gravidade dos delitos etc. ... Mas, para que a pesagem seja feita de modo imparcial, desprovido de paixão – o que quer dizer, sem temor, sem ódio e também sem piedade –, é necessário que a justiça tenha os olhos vendados, que não veja as conseqüências do que faz: *dura lex, sed lex*. Temos aqui uma tentativa de aproximar o direito quer de um cálculo quer de uma pesagem, seja como for de algo cuja tranqüilizadora exatidão deveria poder proteger-nos contra os abusos de uma justiça corrompida como a do Antigo Regime”⁴. Isso nos daria a idéia de que não estamos à mercê dos homens, mas ao abrigo de instituições, relativamente impessoais.

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

A doutrina devia limitar-se, nesta concepção do direito, a transformar o conjunto da legislação vigente em um sistema de direito, a elaborar a dogmática jurídica que forneceria ao juiz e aos litigantes um instrumento tão perfeito quanto possível, que conteria o conjunto das regras de direito, do qual tiraríamos a maior do silogismo judiciário.

17. Para constituir este instrumento perfeito, o sistema de direito deveria ter todas as propriedades exigidas de um sistema formal, a um só tempo completo e coerente: seria necessário que para cada situação dependente da competência

4. Cf. Ch. Perelman, “Droit, logique et épistémologie”, *Le droit, les sciences humaines et la philosophie*, Vrin, Paris, 1973, pp. 227-228.

do juiz houvesse uma regra de direito aplicável, que não houvesse mais que uma, e que esta regra fosse isenta de toda ambigüidade⁵.

Em um sistema axiomático formalizado, esta última exigência é sempre satisfeita, pois a linguagem artificial, elaborada em lógica formal ou aritmética, exige a univocidade dos signos assim como as regras de seu manejo. Se o sistema é completo, deveríamos ter condições de demonstrar cada proposição formulada na linguagem *ou* de demonstrar sua negação. Se o sistema é coerente, deveria ser impossível demonstrar dentro dele uma proposição *e* sua negação.

A univocidade dos signos e das regras de demonstração garante a eliminação de qualquer desacordo ou controvérsia concernente à sua interpretação. A exigência de coerência se impõe de modo imperativo, pois, se um sistema é incoerente, porque dele podemos deduzir uma contradição, torna-se inutilizável e faz-se necessário corrigi-lo. Quanto à terceira exigência, a de completude, que permite decidir se uma proposição do sistema é, ou não, demonstrável, ela só é satisfeita em pouquíssimos sistemas formais, pois a maioria deles comporta proposições sobre as quais é impossível a decisão⁶.

Ora, o artigo 4 do Código de Napoleão, ao proclamar que o juiz não pode recusar-se a julgar sob pretexto do silêncio, da obscuridade ou da insuficiência da lei, obriga-o a tratar o sistema de direito como completo, sem lacunas, como coerente, sem antinomias e como claro, sem ambigüidades que dêem azo a interpretações diversas. Somente diante de um sistema assim é que o papel do juiz seria conforme à missão que lhe cabe, a de determinar os fatos do processo e daí extrair as conseqüências jurídicas que se impõem, sem cola-

5. *Ibid.*, p. 229.

6. *Ibid.*, p. 229.

borar ele próprio na elaboração da lei. Foi nesta perspectiva que os juristas da escola da exegese se empenharam em seu trabalho, procurando limitar o papel do juiz ao estabelecimento dos fatos e à sua subsunção sob os termos da lei.

Examinaremos um a um os procedimentos de raciocínio utilizados pelo juiz para cumprir sua missão: julgar e motivar suas decisões.

18. A primeira idéia que vem ao espírito de alguém que ignora o direito é assimilar a ação do juiz, que deve formar uma convicção sobre a materialidade dos fatos dos quais depende a solução de um processo, à do historiador ou do detetive esforçando-se para reconstituir o passado tal como foi. É por isso que é importante insistir sobre as diferenças que distinguem o raciocínio do juiz, submetido às regras do processo civil ou penal, do raciocínio do pesquisador, cujas únicas preocupações são de ordem científica, o estabelecimento da verdade objetiva⁷.

Estudando a história da prova judiciária⁸, notaremos que no Ocidente, até o Concílio de Latrão (1215) e, às vezes, mesmo mais tarde, a prova dos fatos e mesmo a prova da justiça de uma causa era fornecida pelas ordálias, consideradas o julgamento de Deus. Quem triunfasse em um duelo, na prova da água, do fogo ou de qualquer outro meio admitido, provava assim que Deus o designara como aquele que dizia a verdade, que defendia uma causa justa.

Conforme uma tradição medieval de inspiração diferente, a realidade dos fatos contestados devia ser atestada pelo juramento de uma das partes, acompanhada por um número variável de “co-jurantes”, cuja presença não deixava de im-

7. Cf. Ch. Perelman, “La spécificité de la preuve juridique”, *Justice et raison*, Presses Universitaires de Bruxelles, 1963, pp. 206-217.

8. V. “La preuve”, *Recueils de la Société Jean Bodin*, ts. 14 a 19, Librairie Encyclopédique, Bruxelles, 1961 a 1965.

pressionar o juiz. A partir do século XIII é a confissão do acusado que, cada vez mais, constitui a prova que inspira mais confiança, de modo que se buscou obtê-la por todos os meios, inclusive a tortura. Tendo-se esta generalizado, a confissão arrancada mediante torturas tornou-se cada vez mais suspeita: hoje, nos países civilizados, a confissão à qual se atribui mais valor é a confissão judicial, mas esta só é admitida como prova suficiente nas questões cíveis, em que apenas entram em jogo interesses particulares.

Sob o Antigo Regime, por causa da rejeição das ordálias, foram introduzidos modos de prova do direito culto, ensinado nas Universidades, quer se tratasse direito romano ou do direito canônico⁹.

Em oposição aos direitos bárbaros, nos quais muitas vezes era o acusado que devia fornecer as provas de sua inocência, admitir-se-á que é o autor ou o acusador que deve provar aquilo que afirma. A importância do juramento, resquício das ordálias, diminui: seu papel é reduzido ao de uma prova supletiva. Os antigos co-jurantes transformam-se em testemunhas de moralidade. Aumenta a importância do depoimento, mas seu papel limita-se cada vez mais ao que as próprias testemunhas viram ou ouviram: será exigido, cada vez com mais frequência, o depoimento de pelo menos duas testemunhas, cujos depoimentos coincidam no essencial. Distinguir-se-á a *probatio plena*, a que resulta de pelo menos dois depoimentos e produz uma convicção completa, da *quasi probatio*, que acarreta apenas uma convicção parcial. Após ter sido afastada a regra “*testis unus, testis nullus*”, atribuir-se-á ao depoimento de um só apenas o valor de uma prova incompleta, que deverá ser completada por presunções ou indícios. Em contrapartida, os fatos notórios serão admitidos sem prova.

9. Cf. J. Ph. Lévy, *Le problème de la preuve dans les droits savants du Moyen Âge*, *ibid.*, t. 17, pp. 137 a 167.

A partir da ordenação de Moulins de 1667, causada pelos progressos da instrução, a máxima “*témoins passent lettres*” (o depoimento oral prevalece sobre a prova escrita) será substituída pela proibição de testemunhar contra a prova escrita, “*lettres passent témoins*” (a prova escrita prevalece sobre o depoimento oral). Distinguir-se-ão então os documentos autênticos, aos quais se concederá plena confiança, a menos que venha a ser declarada sua falsidade, e os documentos reduzidos a termo em instrumento particular, emanados da pessoa em função de quem eles são produzidos, e que fornecerão uma prova pré-constituída e perfeitamente válida, a não ser que se conteste a autenticidade do texto ou da assinatura.

No final do Antigo Regime estabeleceu-se uma hierarquia legal das provas diante da qual o juiz tinha de curvar-se, mas já no século XVIII, sob a influência dos livros de Beccaria, principalmente em direito penal, a prova dos fatos passará a depender cada vez mais da *íntima convicção* dos juizes. Este princípio triunfará na Revolução Francesa, a partir de 1791, e sua expressão mais eloqüente encontra-se na advertência que devia ser lida aos jurados ao entrarem na sala de deliberações.

“A lei não pede contas aos jurados dos meios pelos quais se convenceram, não lhes prescreve regras das quais deveriam fazer que dependessem particularmente a plenitude e a suficiência de uma prova; prescreve-lhes interrogar-se a si mesmos no silêncio e no recolhimento e buscar, na sinceridade de sua consciência, a impressão que deixaram em sua razão as provas trazidas contra o réu e os meios de sua defesa. A lei não lhes diz: *Tereis por verdadeiro todo fato atestado por este ou aquele número de testemunhas*; tampouco lhes diz: *Não considerareis como suficientemente estabelecida toda prova que não tiver sido constituída por tal processo, por tais peças, por tal número de testemunhas ou de indícios*; a lei lhes faz apenas uma pergunta, que encerra toda a

amplitude de seus deveres: *Tendes íntima convicção?*”¹⁰ (Cf. art. 342, C. Instr. Crim.)

19. Se, nas questões cíveis de alguma importância, a prova será regulamentada – pois permanecerá a exigência da prova escrita, e mesmo, às vezes, de documentos autenticados –, em direito comercial, principalmente em direito penal, a importância atribuída à íntima convicção do juiz põe em primeiro plano o papel deste último; será portanto essencial assegurar-se de antemão de sua imparcialidade.

Quando se trata de um juiz togado, ele deve ter competência para o processo, conforme regras de competência previamente estabelecidas. Ninguém pode ser desviado de seu juiz natural. O artigo 94 da Constituição belga prevê expressamente que “não poderão ser criadas comissões ou tribunais especiais, sob qualquer denominação que seja”. Pelo contrário, o artigo 34 da Constituição francesa, de 4 de outubro de 1958, dispõe que são do âmbito da lei “a criação de novas ordens de jurisdição e o estatuto dos magistrados”. Resulta daí que uma jurisdição, qualquer que seja, só pode ser instituída por uma lei ou em aplicação de uma lei que lhe autorize a criação^{10 bis}.

O juiz deverá ser isento de qualquer preconceito, favorável ou desfavorável, sobre as partes. Se houver a menor suspeita de que seu julgamento possa ser influenciado por relações de família, amizade ou interesse, deverá declarar-se impedido (v. *Novo Código de Processo Civil francês*, art 339 ss.; *Código de Processo Penal*, art 668 ss.).

10. Cf. J. Ph. Lévy, *L'évolution de la preuve, des origines à nos jours*, *ibid.*, t. 17, p. 31.

10 bis. V. Conseil d'Etat, 25 de julho de 1952, D., 1953.327; 22 de abril de 1953, D., 1954. Somm. 13. – Também o legislador tem o poder de determinar os limites da competência das jurisdições da ordem administrativa e da ordem judiciária (v. *Rép. admin.* Dalloz, atual., Vº Loi, nº 24).

Quando é um júri, designado posteriormente, que é encarregado de pronunciar-se sobre a materialidade dos fatos, ambas as partes terão o direito de recusar, no momento da constituição do júri, os jurados cuja imparcialidade lhes pareça duvidosa (v. *Código de Processo Penal francês*, art. 297 ss.). Aliás, quando o processo se desenrola diante de juizes não togados, como sucede o mais das vezes nos Estados Unidos, e for necessário precaver-se contra sua inexperiência, o juiz que preside aos debates terá o direito de excluir os depoimentos por ouvir dizer, que exprimirem simples opiniões, e os que considerar irrelevantes. Notemos, entretanto, que quando se tratar da opinião, não de simples testemunhas, mas de peritos na matéria, será necessário permitir-lhes enunciá-la para esclarecer os membros do júri.

O recurso aos peritos levanta, aliás, todo o problema da prova científica dos fatos. Esta é muitas vezes indispensável para confundir os réus. Mas todos os procedimentos de investigação serão admissíveis em matéria de prova? Hoje em dia, nenhum sistema de direito civilizado admite o uso da tortura. Mas até que ponto o recurso ao detector de mentiras, à hipnose ou à administração de certas drogas fere, ou não, a dignidade humana? Em que medida pode-se exigir do réu que forneça um álibi, ao passo que, em princípio, presumido inocente, tem o mais estrito direito ao silêncio¹¹?

20. Quais os fatos que deverão ser provados? Todos os fatos pertinentes, dos quais depende a solução do processo, que não são notórios nem incontestes. Para a prova dos fatos, a confissão apenas não pode bastar em matéria criminal.

Mas o juiz tem o direito de declarar que a prova de certos fatos é inadmissível. Pode recusar-se a admitir a prova de fatos irrelevantes, cuja materialidade em nada influencia a solução do processo, bem como de fatos cuja prova não é

11. Cf. Ph. Quarré, “Le droit au silence”, *Journal des Tribunaux* (Bruxelas), 5 de out. de 1974, pp. 525-528.

permitida como, por exemplo, quando se trata de um caso de difamação, e isto a fim de proteger a reputação de particulares. Também é inadmissível a prova de fatos aos quais se opõe uma presunção legal irrefragável, tal como a autoridade da coisa julgada. Assim também, o marido, pai presumido do filho concebido durante o casamento, é o único que pode recusar-se a reconhecê-lo, e isto unicamente nas condições previstas pelo Código Civil; aliás, ele dispõe apenas de um prazo de seis meses para entrar com a ação (C. Civ. francês, art. 316). Tampouco a prova de fatos cobertos pela prescrição será admitida pelo juiz¹².

Enquanto, em certos sistemas jurídicos, o direito de depor é concedido apenas aos adeptos de uma dada religião, ou não se concede valor algum ao depoimento de uma única testemunha, ou se estabelece uma hierarquia entre os depoimentos, levando em conta a posição ou a situação social das testemunhas, nossos Códigos de Processo se caracterizam principalmente por regras de exclusão. Assim é que, segundo o artigo 268 do Código de Processo Civil belga: “Ninguém poderá ser apontado como testemunha, se for parente ou afim em linha reta de uma das partes, ou seu cônjuge, mesmo se divorciado.” Não havendo oposição, parentes próximos do réu poderão ser ouvidos (art. 156, C. de Inst. Penal Belga). Mas os descendentes não podem ser ouvidos nas causas em que seus ascendentes têm interesses opostos (art. 931, C. Jud. Belga).

É passível de punição “o culpado de falso testemunho ou falsa declaração que tenha recebido dinheiro, uma recompensa qualquer ou promessas” (art. 224, Cód. Penal belga), mas, conforme o artigo 225 do mesmo Código, tais disposições não são aplicáveis “aos menores de 16 anos, nem às

12. Cf. meu artigo “Le raisonnement juridique”, em *Droit, morale et philosophie*, L. G. D. J., Paris, 1968, p. 87.

pessoas ouvidas sem terem prestado juramento, em razão do parentesco consanguíneo ou de afinidade que os une aos réus ou acusados quando essas declarações forem feitas a favor dos réus ou acusados”.

É certo que o novo Código de Processo Civil francês especifica no artigo 205 que “qualquer um pode ser ouvido como testemunha”; mas acrescenta: “exceto as pessoas incapazes de testemunhar em juízo”. De outro lado, o artigo 206 declara que “podem ser dispensadas de depor as pessoas que alegarem um motivo legítimo. Podem recusar-se os parentes ou afins em linha reta de uma das partes ou seu cônjuge, mesmo divorciado”. Por fim, “os descendentes nunca podem ser ouvidos sobre as ofensas invocadas pelos esposos para apoiar um pedido de divórcio ou de separação de corpos”. Em matéria penal, as incapacidades de testemunhar são previstas pelos artigos 335 e 448 do Código de Processo Penal. Os casos de testemunhas suspeitas são mencionados nos artigos 335, 336 e 448. O falso testemunho e o suborno de testemunhas são punidos pelos artigos 363 e 365.

21. A quem cabe o ônus da prova? Já vimos que esta questão recebeu diversas respostas ao longo da história. No direito contemporâneo, a resposta dependerá essencialmente do papel atribuído ao juiz no decorrer do processo. Deverá este, como na concepção liberal e individualista da justiça, permanecer neutro e apreciar o valor das provas que lhe são trazidas pelas partes, ou deverá encarregar-se, como nos sistemas das democracias populares, da busca da verdade objetiva? Neste último caso, será ele que dirigirá os debates e pedirá, como faz aliás o Conselho de Estado, aos detentores das provas, e sobretudo dos documentos administrativos, que os apresentem ao tribunal.

Notemos, entretanto, que a diferença entre os dois sistemas, embora não desprezível, é temperada por regras que, de um lado, limitam a liberdade do juiz socialista e, do outro,

podem tirar o juiz liberal de sua atitude passiva. Assim é que o juiz socialista deve respeitar as regras do processo, que exigem em certas matérias provas documentais, o respeito da coisa julgada bem como dos prazos de prescrição.

O próprio juiz liberal tem poderes importantes na condução do processo. Uma crítica substancial feita ao Novo Código de Processo Civil francês, promulgado em 5 de dezembro de 1975, funda-se no papel “inquisitorial” do juiz. Este tem o poder de ordenar de ofício todas as medidas de instrução legalmente admissíveis (Cód. Proc. Civ., art. 10; C. Jud. belga, art. 916).

Ele pode, por requerimento de uma das partes, intimar que a outra parte que detém um elemento de prova o produza, se necessário, sob pena de prisão. Ele pode, por requerimento de uma das partes, pedir ou ordenar, se for o caso sob a mesma pena, a produção de todos os documentos em poder de terceiros, se não existir impedimento legítimo (Cód. Proc. Civ., art. 11; C. Jud. belga, art. 877).

O artigo precisa na alínea primeira que “as partes são obrigadas a prestar sua colaboração às medidas de instrução, cabendo ao juiz tirar todas as conseqüências de uma abstenção ou recusa”.

O juiz pode, caso haja risco de prescrição da prova, proceder sem tardar à inquirição de uma testemunha, depois de ter, se possível, chamado as partes (Cód. Proc. Civ., art. 208, al. 4, art. 942 do Código Judiciário). Pode interrogar novamente as testemunhas, acareá-las entre si ou com as partes; se houver necessidade, o juiz procede à inquirição diante de um técnico (Cód. Proc. Civ., art. 215, art. 966 do Cód. Jud.). O juiz que procede ao inquérito pode, de ofício ou a pedido das partes, convocar ou interrogar qualquer pessoa cujo depoimento lhe pareça útil à manifestação da verdade (Cód. Proc. Civ., art. 218).

O juiz que ordena um inquérito determina os fatos pertinentes que devem ser provados (Cód. Proc. Civ., art. 222,

al. 2 – v. também art. 224, al. 2, art. 1007 do Cód. Jud.). Pode proceder imediatamente ao inquérito ou nomear peritos para esclarecê-lo (art. 232), alargando ou restringindo sua missão (art. 236), assistindo a seu trabalho e pedindo-lhes explicações (art. 241). Pode incumbir a pessoa que nomeia de proceder a constatações (arts. 249 ss.) ou, se for o caso, ordenar uma perícia (arts. 263 ss.).

Para sustentar suas pretensões as partes têm a incumbência de alegar os fatos apropriados para fundamentá-las. (Cód. Proc. Civ., art. 6, art. 870 do C. Jud.). Cabe a cada uma das partes provar, nos termos da lei, os fatos necessários ao êxito de sua pretensão (art. 9).

22. Sempre que a prova testemunhal for admissível, ela visará estabelecer a íntima convicção do juiz, fiando-se em seu entendimento e em sua prudência, fornecendo-lhe todos os elementos que lhe permitam quer constatar (provas diretas), quer presumir (provas indiretas) a realidade dos fatos contestados. É verdade que o artigo 1353 do Código Civil pede que as presunções que forem apresentadas ao magistrado sejam “graves, precisas e concordes”. Mas a Corte de Cassação julgou, tanto na França como na Bélgica (Civ. 2e. 24 jan. 1964, D. 1964, Somm. 101; 28 out. 1970, D. 1971, Somm. 15. – Cass. belga, 23 abr. 1914), que o artigo 1353 não se opõe a que os juizes formem sua convicção baseados num fato único, se este lhes parecer de natureza a fornecer a prova necessária. Basta, acrescenta a jurisprudência belga, que a presunção seja “de natureza a tranquilizar a consciência do juiz e ditar-lhe sua decisão”¹³.

Essas presunções, que chamaremos *presunções do homem*, indicando com isso que, tendendo a estabelecer a ínti-

13. Cf. P. Foriers, “Présomptions et fictions”, em *Les présomptions et les fictions en droit*, Bruylant, Bruxelas, 1974, p. 10.

ma convicção, elas são apreciadas livremente, em nada diferem do raciocínio comum que permite concluir de um fato conhecido um fato desconhecido. Deste ponto de vista, sejam quais forem as especificações fornecidas pelo art. 1353, elas nada têm de especificamente jurídico.

Inteiramente diferente é o caso das *presunções legais*. Estas não constituem elementos de prova, mas, pelo contrário, dispensam de qualquer prova os que delas se beneficiam (art. 1352, Cód. Civ.): elas impõem o ônus da prova àquele que deseja derrubá-las, quando essa prova em contrário é admitida.

Enquanto as *presunções do homem* concernem apenas aos *atos não qualificados* juridicamente, as *presunções legais juris tantum*, que podem ser derrubadas por uma prova em contrário, determinam enquanto não forem derrubadas os efeitos jurídicos de dada situação. Seu papel é facilitar a tarefa do juiz ou do administrador público, daquele que se acha na obrigação de julgar ou decidir, ao passo que é muito difícil fornecer a prova dos fatos. A instituição de tais *presunções* justifica-se essencialmente por preocupações de *segurança jurídica*.

Mas estabelecendo-se uma *presunção legal* assim em favor de uma das partes, concede-se-lhe uma vantagem, por vezes decisiva, em nome de outras considerações e outros valores que não a verdade objetiva ou a *segurança jurídica*. Assim é que a *presunção de inocência* protege as pessoas contra a calúnia e os abusos de poder, a *presunção de paternidade* protege a ordem das famílias e, especialmente, a criança concebida dentro do matrimônio, a *presunção de legalidade da coisa decidida* pela administração facilita o exercício da função pública.

A *presunção legal juris tantum* não impede que a verdade seja trazida à luz, mas levando em conta outros valores que o sistema que a instituiu não quis desprezar. A técnica, que permite tomar em consideração tais valores, é que dá ao

raciocínio jurídico sua especificidade¹⁴. De fato, o juiz, obrigado a julgar, deve acatar as *presunções legais* enquanto a prova em contrário não houver sido produzida, de modo contraditório, no próprio decorrer do processo, pois “ele não é autorizado a declarar um fato como consistente apenas pelo fato de lhe ter adquirido pessoalmente, fora do processo, o conhecimento positivo”¹⁵.

23. Vimos que o juiz deve esforçar-se para estabelecer ou considerar como estabelecidos todos os fatos dos quais decorrerão as consequências jurídicas, em conformidade com a lei ou a convenção que, se não contém nenhuma cláusula imoral ou ilícita, constitui a lei das partes. Não há razão de demorar-se em tudo que é notório, em tudo que é objeto de conhecimento ou de experiência comum, em tudo que o juiz está disposto de antemão a admitir, em fatos não controvertidos, bem como em tudo que as *presunções legais* consideram aceito, sem que o adversário procure fornecer prova em contrário.

Mas quais são os fatos com os quais cabe preocupar-se? Em princípio, os fatos são em número indefinido e o que deles pode ser dito comporta, ao lado de muitos elementos insignificantes, precisões que importam em dado contexto jurídico. Quando um estado de coisas acarreta consequências jurídicas, é da existência ou da inexistência desse estado de coisas que é preciso convencer o juiz ou, de modo mais geral, aquele que é incumbido de zelar pela aplicação da lei. Mas, para o fazer, é necessário subsumir os fatos sob os termos da lei ou da convenção, quer dizer, *qualificá-los*.

14. Ch. Perelman, “Présomptions et fictions en droit, essai de synthèse”, *ibid.*, pp. 340-341.

15. Aubry et Rau, *Cours de droit civil français*, 5ª ed., Paris, 1922, t. 12, pp. 73-74.

É necessário estabelecer, a esse respeito, uma distinção fundamental entre a simples descrição dos fatos e a qualificação jurídica deles. Como o que interessa ao juiz é a aplicação das regras jurídicas aos fatos qualificados, de modo que deles extraia as conseqüências previstas pelo direito em vigor, o exame prévio e a descrição dos fatos são orientados pela passagem mais ou menos imediata, mais ou menos difícil, dos fatos estabelecidos à sua qualificação. Assim como um físico ou um médico interessam-se por certos detalhes apenas porque confirmam ou infirmam certa teoria ou certa hipótese, assim também o juiz há de se interessar somente pelos detalhes que permitam ou impeçam a aplicação de uma regra de direito, que seria, em princípio, no sistema de direito continental, um texto de lei ou a cláusula de uma convenção estabelecida entre as partes.

Quando um texto legal está formulado na língua comum, principalmente quando contém elementos quantitativos determináveis por um procedimento incontestável, a passagem da descrição à qualificação poderia ser feita de imediato. Se um artigo do Código decide que se é maior com 18 anos completos, bastará conhecer a data de nascimento do interessado para, se ele não for estrangeiro, estabelecer imediatamente a qualificação. Mas, se se trata de estrangeiro, surge um problema: qual regra decidirá de sua maioridade? Nos direitos modernos, o estado e a capacidade das pessoas são determinados por sua lei nacional: teremos portanto de nos referir a ela para saber se se trata de um maior ou de um menor.

Se uma lei estabelece, entre as condições do casamento, uma idade mínima diferente para cada sexo, teremos de levar em conta o sexo de cada um dos nubentes para a aplicação da lei. Este conhecimento é, portanto, indispensável para a determinação dos fatos cuja qualificação acarretaria conseqüências previstas pelo direito em vigor.

24. Mas, muitas vezes, a passagem da descrição à qualificação não é óbvia, pois as noções sob as quais devem ser subsumidos os fatos podem ser mais ou menos vagas, mais ou menos imprecisas, e a qualificação dos fatos pode depender da determinação de um conceito, resultante de uma apreciação ou de uma definição prévia. “Se o roubo cometido à noite é punido com pena particularmente rigorosa e se está juridicamente estabelecido que pela palavra ‘noite’ entende-se para o período que vai de 1º de outubro a 31 de março, o tempo compreendido entre nove horas da noite e seis horas da manhã, então a questão de saber se o roubo foi cometido ou não à noite não será mais que uma questão de fato... É evidentemente uma questão de aplicação do direito saber se o termo ‘noite’ aplica-se somente ao tempo que decorre entre nove horas da noite e seis horas da manhã ou aplica-se mais ao tempo que separa o crepúsculo da aurora. Tendo o roubo sido cometido em novembro, entre 17 e 18 horas, não se pode dizer com precisão se é uma questão de fato, pura e simplesmente, ou uma subsunção (resultado da qualificação) considerar, levando em conta o grau de obscuridade, que já era noite.”¹⁶

À primeira vista, as discussões deverão versar apenas sobre os limites (indecisos) da aplicação de uma noção qualitativa: assim é que pareceria taxativamente aceito que um roubo cometido à meia-noite seria, sem discussão, um roubo cometido à noite. Para o professor Engisch esta seria apenas uma questão de fato¹⁷. Mas mesmo sobre esse ponto poderão nascer divergências de interpretação se levarmos em conta não os termos da lei, mas a intenção do legislador. Teremos oportunidade de desenvolver ulteriormente este ponto.

16. Cf. K. Engisch, “Le fait et le droit en droit allemand”, em *Le fait et le droit*, Bruylant, Bruxelas, 1961, pp. 36-37.

17. K. Engisch, *ibid.*, p. 37.

Na Alemanha imperial, era proibido desfilar atrás de uma bandeira vermelha no dia primeiro de maio. Que acontece quando a bandeira, apreendida pela polícia, faz parte das provas de acusação e como tal é submetida ao exame do juiz relator do recurso? Pode este último, ao constatar *de visu* que a bandeira não é vermelha, mas lilás, declarar nula a decisão que lhe é apresentada, pelo motivo de o primeiro juiz ter-se enganado ao considerar vermelha a bandeira, quando de fato é de cor diferente?¹⁸

Assim também, se uma placa avisar aos viajantes que lhes é proibido entrar na estação ferroviária acompanhado por um cão, deverá o encarregado permitir a entrada de um viajante que traz pela coleira um urso domesticado? Deve-se fazer prevalecer a letra ou o espírito do regulamento, ou seja, a intenção do legislador?

Esta última noção, que teremos de examinar mais a fundo, convida-nos à prudência quando se trata de compreender e aplicar um texto legal, mesmo quando ele só contém, como condição de aplicação da lei, termos à primeira vista puramente descritivos.

O artigo 182 do Código Penal alemão pune com encarceramento até um ano “aquele que seduzir uma jovem irrepreensível de menos de 16 anos para manter com ela relações sexuais”¹⁹. Quando se dirá de uma jovem que é “irrepreensível”? Dir-se-á que não é irrepreensível porque foi violada, aos 10 anos, por um maníaco?

A aplicação do artigo 224 do Código Penal alemão exige que a vítima de um ferimento no rosto tenha sido “graveemente desfigurada”. A aplicação do artigo 370, 5º, do mesmo Código refere-se ao roubo de um “objeto de consumo pouco importante ou de valor insignificante”. Pode-se qua-

18. K. Engisch, *ibid.*, pp. 32-33.

19. K. Engisch, *ibid.*, p. 28.

lificar deste modo o roubo de três garrafas de *bordeaux*?²⁰ O caso terá de ser apreciado pelo juiz.

Assim também, as noções de *eqüidade*, *interesse público*, *urgência*, *bons costumes* apelam a critérios, a “padrões” que o legislador não definiu. Recorreu a essas noções em razão dessa indeterminação mesma, justamente para deixar ao juiz um poder de apreciação.

Quando o legislador quer diminuir o poder de apreciação, acontece-lhe precisar os termos da lei, introduzindo, se possível, elementos quantitativos. Foi o que se deu, tanto na legislação belga quanto nas legislações estrangeiras, quando, diante do número crescente de acidentes de trânsito, houve necessidade de reprimir severamente a embriaguez ao volante²¹.

A noção de embriaguez apareceu no direito francês na lei Roussel, de 23 de janeiro de 1873. Hoje está caracterizada nos artigos L. 65 e R. 4 do Código de Bebidas. Mas, em razão dos perigos da embriaguez ao volante, sua definição foi modificada e foi-lhe justaposta a noção de estado alcoólico. Dirigir neste estado é uma contravenção, se o sangue do motorista contém uma taxa de álcool puro igual ou superior a 0,8 gramas por mil. Se a taxa é igual ou superior a 1,2 gramas, a infração torna-se delito.

Como essa taxa pode ser medida por meio de testes extremamente simples (teste alcoólico), a liberdade de apreciação do juiz fica, no caso, reduzida ao mínimo. Embora ele a conserve, na medida em que não lhe é vedado o recurso a outros elementos de prova do estado alcoólico (Crim. 11 out. 1960, D. 1961. Somm. 15; 18 dez. 1962, D. 1963. Somm. 34; 24 jan. 1973, D. 1973.240, nota E. Robert) em

20. K. Engisch, *ibid.*, p. 32.

21. Cf. M. Th. Motte, “L’*évolution de la notion d’ivresse dans la répression de l’ivresse au volant*”, *ibid.*, pp. 245-268.

que conserva inteira liberdade para estabelecer a embriaguez (Robert, nota prec.).

Vê-se, por esses poucos exemplos, como, mesmo estando estabelecidos os fatos, surgem problemas de qualificação ligados à maior ou menor dificuldade de interpretar e aplicar a lei. Somente no limite é que o raciocínio do juiz se restringirá à aplicação do silogismo judiciário.

25. Na tradição da escola da exegese as noções de “clareza” e “interpretação” são antitéticas. De fato, diz-se *interpretatio cessat in claris*, não cabe interpretar um texto claro. Mas quando se dirá de um texto que é claro? Poderíamos pretender que um texto é claro quando a cada um de seus termos corresponde uma única idéia e a construção gramatical da frase não dá margem a nenhuma ambigüidade, de modo que qualquer pessoa sensata deveria compreender o texto do mesmo modo?

De fato é possível que, em certos litígios, a interpretação deste ou daquele texto não seja objeto de nenhuma controvérsia. Esse estado de coisas permite-nos, quando muito, constatar que as várias interpretações consideradas desse texto não apresentam nenhum interesse particular para as partes, pois elas não valorizam nenhuma delas. Concretamente, quando se trata de texto redigido em linguagem comum, dizer que o texto é claro é salientar o fato de que, no caso em pauta, não é discutido. Em vez de extrair da clareza de um texto a consequência de que, sensatamente, não é possível discordar sobre sua interpretação e seu alcance, é antes o contrário que podemos afirmar: como não constitui objeto de interpretações divergentes e sensatas, consideramo-lo claro.

Se um roubo foi cometido a uma hora da manhã, não vale a pena se perguntar se o termo “noite” cobre ou não a hora do crepúsculo, pois esta questão em nada mudará a aplicação da lei ao caso em questão. Somente um teórico ou um exegeta

que se esforçasse para precisar o sentido do texto de forma que esclarecesse o juiz em todas as eventualidades em que pudessem ser aplicadas, se interessaria por tais investigações. Mas, para cumprir sua tarefa, sua exegese deveria examinar todos os casos imagináveis. A impressão de clareza pode ser menos a expressão de uma boa compreensão que de uma falta de imaginação. Foi o que bem indicou o filósofo Locke, ao escrever: “Mais de um homem, que acreditara, à primeira leitura, ter compreendido uma passagem da Escritura ou uma cláusula do Código, perdeu-lhes totalmente a compreensão após ter consultado comentadores cujas elucidações aumentaram-lhe as dúvidas ou as originaram e mergulharam o texto na obscuridade.”²²

Tomemos o artigo 617 do Código Civil que afirma, entre outras coisas, que o usufruto extingue-se pela morte natural do usufrutuário. A expressão “morte natural” é suficientemente clara e sua aplicação não levantava nenhum problema: um homem estava morto quando seu coração havia cessado de bater. Mas, com os recentes progressos técnicos que permitem fazer bater o coração de um indivíduo morto, eventualmente, graças ao transplante no corpo de outro indivíduo, os especialistas começaram a busca de uma definição mais adequada. Esta nova definição, que fornecerá o novo critério da morte natural, deverá ser a única a ser adotada de agora em diante?^{22 bis} Ela será, de qualquer modo, diferente da que o legislador que votara a lei tinha em mente. Deverá ser mantida, neste caso, a tese de que o sentido da lei é o que exprime a vontade do legislador?

Mas qual é essa vontade? Não devemos esquecer que nos regimes parlamentares o legislador não é um ser único,

22. Cf. J. Locke, *An essay concerning human understanding*, Livro III, cap. IX, § 9, citado in Ch. Perelman e L. Olbrechts-Tyteca, *Traité de l'argumentation*, p. 168.

22 bis. Cf. J. Savatier, *Et in hora mortis nostrae*, D. 1968. Chron., p. 89.

mas um corpo constituído, que o mais das vezes comporta algumas centenas de membros, o mais das vezes divididos em duas assembléias, e cuja maioria vota segundo uma disciplina de partido, desinteressando-se da questão. Os membros mais competentes costumam ter pontos de vista diferentes sobre a matéria, que em geral se esforçam em conciliar mediante compromissos, freqüentemente obtidos graças a fórmulas vagas que permitem, por isso mesmo, interpretações divergentes. Mas mesmo que estivessem, como no caso da morte natural, de acordo há um século sobre o texto e sobre seu sentido, isso quer dizer que o juiz deve conformar-se a esta vontade presumida, sejam quais forem as conseqüências?^{22 ter} Era essa a idéia dos defensores da escola da exegese. Mas pode-se efetivamente perguntar, a propósito disso, se o papel de juiz é idêntico ao do historiador do direito, que busca descobrir o que realmente se deu quando da discussão e votação de uma lei ou, pelo contrário, ele deve buscar a interpretação mais razoável, a que permitiria a “melhor” solução, a mais equitativa ao caso particular, de acordo com o direito vigente. É evidente que, recusando ao juiz o direito de contribuir para a elaboração da lei, a escola da exegese devia recusar esta última solução.

26. São conhecidas as concepções da Assembléia Nacional que, ao criar o tribunal de cassação, quis fazer dele “um corpo de inspetores da justiça”, de supervisores encarregados de velar pela correta observação da lei por parte das cortes e dos tribunais. A tal ponto que, em 19 de novembro de 1790, a Assembléia votou uma disposição segundo a qual: “Todo ano o tribunal de cassação terá de enviar à barra da assembléia do corpo legislativo uma deputação de seus oito

22 ter. Cf. H. Capitant, “L’interprétation des lois d’après les travaux préparatoires”, D. H. 1935. Chron., p. 77.

membros para apresentar-lhe o estado das sentenças dadas, acompanhadas do resumo informativo de cada caso e do texto da lei que houver decidido a cassação.”

“Vigilância, por conseguinte”, escreve P. Forières, “da lei, de seu conteúdo, de seu respeito pelo juiz de primeira instância, para salvaguardar a obra legislativa. Este encargo de ‘protetor das leis, vigia e censor dos juizes’, para retomar a expressão de Robespierre, é o que ainda hoje se arroga a nosso Tribunal mais elevado.”

“E, em 1950”, lembra o mesmo autor, “ainda era essa a concepção de Léon Cornil, procurador-geral da Corte de Cassação da Bélgica, que dizia: ‘O tribunal de cassação fora criado para controlar todas as sentenças nas quais os juizes houvessem cometido algum excesso, indo além de julgar os litígios particulares *em conformidade* com as diretrizes gerais que a nação lhes *havia dado através do órgão do poder legislativo. Tal é, ainda hoje, a missão da Corte de Cassação.*’”

Ele apenas repetia as reflexões do advogado geral Sartini van de Kerckhove, num texto de 1937: “Sua missão é defender a obra do *legislador* contra a rebelião dos juizes, manter *a unidade da legislação* pela uniformização da jurisprudência.”

A esse respeito, P. Forières nota que “a Corte de Cassação é evidentemente um dos mais ativos fatores do desenvolvimento da jurisprudência e um fator de harmonização desta”, mas para os altos magistrados, *sua finalidade é “manter a unidade da legislação, não do direito”*.

Se é verdade que os juizes devem fazer o direito, este direito, no espírito da escola da exegese, era reduzido a uma entidade quase mística, *a Lei*, expressão da vontade nacional²³.

23. Para o que precede, cf. P. Forières, “La distinction du fait e du droit devant la Cour de cassation de Belgique”, em *Le fait et le droit*, pp. 59-63.

Segundo esta concepção o papel do juiz o obrigaria, sempre que isso fosse possível, e acreditava-se que o era na maioria dos casos, a dar sua sentença conforme à lei, sem ter de preocupar-se com o caráter justo, razoável ou aceitável da solução proposta. Servidor da lei, não tinha de buscar fora dela regras para guiá-lo: era o porta-voz da lei, a quem os exegetas deviam elucidar tanto quanto possível, para fornecer-lhe soluções para todas as eventualidades.

Apenas nos casos excepcionais, de antinomias e lacunas, é que lhe atribuíam um papel mais ativo, o de eliminar as primeiras e preencher as segundas, mas mesmo nestes casos devia motivar suas decisões, amparando-se nos textos legais. Veremos de que modo, servindo-se da latitude que lhe ofereciam as antinomias e as lacunas, o poder judiciário pôde demolir, progressivamente, a teoria do direito elaborada no século XVIII e mantida penosamente até o último quarto do século XIX.

27. Diremos que estamos, num sistema de direito, diante de uma *antinomia* quando, em relação a um caso específico, existem no sistema duas diretrizes incompatíveis, às quais não se pode conformar-se simultaneamente, seja porque impõem duas obrigações em sentido oposto, seja porque uma proíbe o que a outra permite e não é possível se conformar a uma sem violar à outra. As antinomias, assim compreendidas, não dizem respeito ao verdadeiro ou ao falso, não afirmam simultaneamente duas proposições contraditórias, mas consistem em uma norma única ou várias normas cuja aplicação conduz, em dada situação, a diretrizes incompatíveis.

À primeira vista, a existência de antinomias parece dificilmente concebível. Com efeito, se uma lei permite o que a lei anterior proibia, ou vice-versa, não diremos que estamos diante de uma antinomia, mas admitiremos, mesmo que isto não esteja dito expressamente, que a lei anterior foi tacita-

mente revogada. Assim também se um decreto ou um regulamento de execução não são conformes à lei, o artigo 107 da Constituição belga prescreve às cortes e tribunais que não o apliquem.

O problema é mais delicado quando um tribunal é convidado a declarar a inconstitucionalidade de uma lei, pois, em virtude da separação dos poderes, na maior parte dos Estados unitários, a Corte de Cassação, encarregada de zelar pelo respeito à lei por parte das cortes e tribunais, considerava-se incompetente e deixava o poder legislativo juiz na matéria. Mas a situação parece estar evoluindo. De fato, sob a influência do Tratado de Roma, que criou a Comunidade Européia, os tribunais foram levados a considerar inválida uma lei que contradiz uma das disposições do tratado ao qual se concedeu primazia sobre a lei interna. Mas, já que os tribunais se consideram competentes para contestar a validade de uma lei contrária a uma regra de direito internacional convencional, diretamente aplicável na ordem jurídica interna, perguntamo-nos se uma evolução inevitável não vai conduzir os tribunais a declarar-se competentes em matéria de inconstitucionalidade das leis. Os julgados recentes da Corte de Cassação da Bélgica (3 de maio e 25 de junho de 1974) tendem para o controle judiciário da constitucionalidade das leis²⁴, mas é possível que, para evitar a politização dos tribunais, a melhor solução seja criar, como na França, um órgão especializado nessa matéria. Seja como for, se houver conflito entre uma lei e a Constituição, um dos dois textos acabará por se impor, e não estaremos diante de uma antinomia.

O problema das antinomias só se põe com toda a acuidade quando duas normas incompatíveis são igualmente váli-

24. Cf. A. van Welkenhuyzen, "L'attribution de pouvoirs spéciaux et le contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois", *Journal des Tribunaux*, 26 de out. e 2 de nov. de 1974, pp. 577-584, 597-607.

das e não há regras gerais que permitam, nesse caso, atribuir a prioridade a uma ou à outra. Assim é que, em caso de conflito entre uma lei geral e uma lei especial, consideraremos que o legislador quis, com a legislação especial, derogar a regra geral, cujo campo de aplicação será com isso limitado: imediatamente será eliminada a antinomia.

Mas existirá uma antinomia resultante de um conflito, num caso particular, entre duas normas do mesmo nível, na ausência de uma regra que permita suprimi-la? O volume *Les antinomies en droit*, publicado pelo Centro Belga de Pesquisas em Lógica, foi consagrado a casos deste gênero²⁵.

Eis um exemplo concreto:

Em 29 de novembro de 1951, o Tribunal Correccional de Orléans teve de resolver uma antinomia a propósito de inquéritos instaurados contra um “curandeiro”²⁶. Os curandeiros são numerosos na França, a tal ponto que ficaram sujeitos a um imposto sobre serviços nesta qualidade. Diante dos protestos da Ordem dos Médicos, que se insurgia contra esse modo de tolerar a violação da lei que pune o exercício ilegal da medicina, o ministro das Finanças respondeu que “a contribuição dos impostos sobre serviço é aplicável a qualquer pessoa que exerça por sua conta uma atividade com finalidade lucrativa, *não cabendo investigar se tal profissão é exercida em contravenção às leis que a regulamentam*”. Se se trata de uma antinomia, o ministro das Finanças não se considera encarregado de pôr-lhe fim.

“O curandeiro, chamado *Roux*, era processado por ter em Fleury-les-Aubrais, no correr de 1949 e desde uma data não precisada, tomado parte, habitualmente ou com orientação contínua, mesmo em presença de um médico, do estabe-

25. Bruylant, Bruxelas, 1965, 407 pp.

26. Para o que segue, cf. P. Foriers, “Les antinomies en droit”, *op. cit.*, pp. 29 a 35.

lecimento de um diagnóstico ou de um tratamento de doenças ou afecções cirúrgicas congênicas ou adquiridas, reais ou supostas, com atos pessoais previstos em uma nomenclatura, sem ser titular de um diploma de doutor em medicina conferido pelo Estado e sem ser beneficiário das disposições especiais contempladas no parágrafo 1º dos artigos 1, 2, 5 e 70 do Decreto de 24 de setembro de 1945.

Em outros termos, *Roux* era processado por exercício ilegal da medicina. Ele reconhecia os fatos, mas alegava em sua defesa que, em todos os casos, havia tratado e curado doentes em perigo de vida, pelos quais os médicos nada mais podiam fazer e, de fato, averiguou-se pelos debates que ele salvara de um desfecho fatal crianças atingidas de poliomielite e de meningite. A sentença reconheceu, aliás, que não se podia censurá-lo de nenhum ato de charlatanismo, nem de nenhum fato contrário à probidade e à honestidade; que em geral ele agira sem visar ao lucro e com generosidade e mesmo que obtivera um grande número de curas surpreendentes.

Estabelecidos estes fatos, deles resultava, segundo *Roux*, que ele *se sabia dotado do poder de curar* e tinha conseqüentemente o *direito* e mesmo a *obrigação* de intervir, pois o Código Penal, em seu artigo 63, alínea 2, considera delito ‘a recusa de assistência diante de um perigo qualquer’, e pune com prisão de um mês a três anos e com multa de 240 a 10.000 francos ou somente com uma destas duas penas ‘quem quer que se abstenha *voluntariamente* de prestar a uma pessoa em perigo a assistência que sem risco para si e para terceiros possa lhe oferecer, quer por sua ação pessoal, quer praticando um socorro’. O curandeiro fazia observar exatamente que a obrigação de assistência incide sobre todos e não apenas sobre aqueles a quem uma lei particular obriga a fornecer à vítima proteção ou socorro. Visto que ele se sabia dotado do poder de curar, devia pô-lo em prática se quisesse escapar aos rigores da lei!

Antinomia, por conseguinte: contradição evidente entre as regras que proíbem a uma pessoa não formada em medicina imiscuir-se na prática da profissão médica e as disposições que obrigam qualquer pessoa a prestar assistência a um terceiro em perigo, na medida em que possa fazê-lo sem expor a si própria ao perigo. Conflito entre a abstenção e a ação.

O tribunal de Orléans, posto diante desta antinomia, resolveu-a a favor da obrigação de assistência: ‘Considerando-se’, diz o tribunal, ‘que neste caso o réu sabia-se dotado do poder de curar, tinha o dever e, portanto, o direito de intervir; que, de fato, ele não poderia abster-se sem cometer delicto previsto e punido pelo artigo 63 do Código Penal.’”²⁷

Admitir-se-á facilmente que na grande maioria dos casos, quando os tribunais lidam com charlatões, não hesitam em condenar aqueles que são culpados de exercício ilegal da medicina, mas desta vez não foi assim.

28. Casos de antinomia como este, embora sua existência seja indubitável e a obra consagrada às antinomias forneceu vários exemplos deles, constituem exceções bastante raras. Salvo, é evidente, quando juízes devem aplicar regras diferentes das do direito interno, trate-se de regras de direito estrangeiro, de um direito religioso, de um direito comunitário ou do direito internacional.

Encontram-se os conflitos de lei o mais das vezes no direito internacional privado, ramo do direito no qual intervem um elemento de estraneidade, e no qual, por isso mesmo, cabe aplicar-se uma lei estrangeira.

Notemos, a este respeito, que o Código de Napoleão não se ocupou muito dos conflitos de leis no espaço, e apenas o artigo 3 consagra-lhe algumas linhas: “As leis de polícia e de segurança obrigam a todos quantos habitam o território. Os imóveis,

27. *Ibid.*, pp. 30-33.

mesmo os de propriedade de estrangeiros, são regidos pela lei francesa. As leis concernentes ao estado e à capacidade das pessoas regem os franceses, mesmo residentes no exterior.”

A partir destas linhas, o uso, a doutrina e a jurisprudência sistematizaram uma matéria difícil e delicada, em que pululam as antinomias.

Para elaborar regras gerais, que permitam encontrar a lei aplicável, as instituições e as regras de direito foram agrupadas em categorias específicas, chamadas geralmente, segundo a tradição, de “estatutos”. Conhecem-se cinco: estatutos pessoal, real, local (*locus regit actum*), de autonomia da vontade e das leis de polícia²⁸.

Não vamos apresentar, neste contexto, um curso de direito internacional privado²⁹. Mas mostraremos como as questões do estatuto pessoal, concernentes ao estado e à capacidade das pessoas, podem levar a antinomias em matérias como, por exemplo, o casamento e o divórcio.

Para chegar à solução de um problema concreto nesta matéria é preciso:

1º determinar se a relação de direito foge ao direito interno, dada a existência de um elemento de estraneidade (tratando-se do casamento, constatar se um dos cônjuges é estrangeiro ou apátrida, ou se o casamento foi contraído no exterior);

2º analisar a instituição para classificá-la no estatuto próprio do direito internacional privado (o casamento pertence ao “estatuto pessoal”);

3º determinar, conforme o fator de vinculação próprio do estatuto escolhido, a lei do direito interno aplicável (para o casamento, é a lei nacional dos cônjuges);

28. R. van der Elst, “Les antinomies en droit international privé”, *ibid.*, pp. 142-144.

29. Cf. Pouillet, *Manuel de droit international privé belge*, 2ª ed., 1947; R. Savatier, *Cours de droit international privé*, 2ª ed., 1953; H. Batiffol, *Aspect philosophique du droit international privé*, Paris, 1956; *Traité de droit international privé*.

4º descobrir, na lei interna aplicável, as disposições que fornecem, à questão proposta, a solução concreta buscada;

5º aplicar tais disposições ao caso específico.

Compreende-se facilmente que em qualquer fase possam surgir antinomias. Principalmente quando se trata de institutos, como o casamento ou a adoção, quando se referem a duas pessoas, o marido e a mulher, o adotante e o adotado, de nacionalidades diferentes. As antinomias, nessa matéria, são tão freqüentes que raras são as obras de doutrina que conseguem examinar todos os casos que podem apresentar-se.

O caso clássico é o do divórcio entre cônjuges de nacionalidades diferentes, pois o mais das vezes as condições que autorizam o divórcio variam de um sistema para outro, chegando até a uma completa oposição, quando o sistema de um dos cônjuges o proíbe enquanto o sistema do outro o autoriza: até pouco tempo atrás este problema se fazia sentir agudamente quando um dos cônjuges era italiano e o outro belga ou francês.

Diversas jurisdições encarregadas de um caso de divórcio de dois cônjuges de nacionalidades diferentes adotaram, sucessiva ou simultaneamente, seguindo as construções doutrinárias, as mais variadas soluções:

a) cumulação das duas leis e aplicação da lei mais restritiva;

b) aplicação da lei nacional do demandante;

c) aplicação da lei nacional do marido;

d) aplicação da lei nacional da mulher;

e) aplicação da lei do domicílio;

f) aplicação da lei do lugar do casamento;

g) aplicação da lei do cônjuge inocente³⁰;

Poder-se-ia acrescentar ainda a lei do tribunal, *lex fori*.

30. Cf. L. Silance, "Quelques exemples d'antinomies et essai de classement", em *Les antinomies en droit*, p. 89.

Na Bélgica, esse problema é ilustrado pelo caso *Rossi*, em que o marido era italiano enquanto sua mulher conservara a nacionalidade belga.

Após um acórdão da Corte de Apelação de Bruxelas em reunião plenária, de 4 de maio de 1954 (*Journ. Trib.*, 1954, 458), que concedia o divórcio, em consideração ao interesse preponderante da vítima (aplicando a lei belga, a do cônjuge demandante), a Corte de Cassação que havia cassado o acórdão anterior da Corte de Apelação de Liège, adotando, em seu acórdão de 16 de maio de 1952, a teoria da cumulação, havia mais uma vez, com seu acórdão, em reunião plenária de 16 de fevereiro de 1955 (*Journ. Trib.*, 1955, 249) recusado a concessão do divórcio à esposa belga por razões lógicas, pois o divórcio é excluído pela lei italiana: "considerando que não se concebe que o vínculo matrimonial seja rompido em relação a um dos cônjuges e subsista em relação ao outro".

A Corte de Cassação acrescentara em seus considerandos que a solução que concedia o divórcio era inconcebível no *estado atual da legislação*. Este apelo ao legislador foi ouvido, pois este editou a lei de 27 de junho de 1960, cujo artigo primeiro prevê que "no caso de casamento entre estrangeiros, a admissibilidade do divórcio é regida pela lei belga, a menos que a lei nacional do cônjuge demandante a isto se oponha". O artigo segundo prevê ainda que no caso de casamento de cônjuges de nacionalidades diferentes, mas dos quais um seja belga, a admissibilidade do divórcio é regida pela lei belga; dependendo da mesma lei a determinação das causas de divórcio³¹.

Bastou portanto uma decisão do legislador para que aquilo que parecia *inconcebível* para a Corte de Cassação, por ferir a *lógica*, se tornasse uma disposição que se impunha às Cortes e aos tribunais. Se a Câmara dos Lordes não

31. *Ibid.*, pp. 89-93.

pode transformar um homem em mulher, o Parlamento belga seria capaz de transformar o que é inconcebível e ilógico numa disposição que ele impõe aos juízes?

Na verdade a solução imposta pelo legislador belga podia criar dificuldades, sobretudo para o cônjuge italiano, divorciado na Bélgica, mas cujo divórcio não era reconhecido em seu próprio país: era uma situação desagradável, a qual o legislador italiano acaba de sanar, admitindo como causa de divórcio na Itália o fato de o divórcio ter sido concedido por um tribunal estrangeiro.

Este exemplo nos mostra claramente que, se certos juristas contestam a existência de antinomias em direito interno³², sua existência se impõe assim que se apresenta um conflito de leis, quando o juiz deve aplicar simultaneamente as regras de direito extraídas de sistemas diferentes.

Notemos, a propósito disso, que a Corte de Cassação da Bélgica considerava-se como que atada pelo estado da legislação, ao passo que só o era pela construção doutrinária que adotara, a qual, em caso de conflito de leis, preconizava a solução mais restritiva.

Mais tarde, abandonando as concepções da escola da exegese, admitindo outras fontes de direito além da lei positiva, a doutrina, seguida pela jurisprudência, se servira da técnica da antinomia para afastar a aplicação de textos legais a favor de soluções mais equitativas ou mais razoáveis.

29. O artigo 4 do Código de Napoleão considera culpado de denegação de justiça o juiz que se recusar a julgar sob pretexto do silêncio da lei. Por isso mesmo, se o juiz percebe uma lacuna na lei, é obrigado a preenchê-la, mas sua decisão deverá, ainda assim, ser motivada no direito.

32. W. Malgaud, "Les antinomies en droit; à propos de l'étude de G. Gavazzi", *ibid.*, pp. 7-19.

A percepção de uma lacuna na lei significa claramente que, para o juiz, a solução não poderá ser obtida por dedução, a partir do texto legal. Se ele tiver, não obstante, de preencher a lacuna, motivando ao mesmo tempo sua decisão, só poderá fazê-lo recorrendo a formas de raciocínio diferentes das da lógica formal.

O problema das lacunas nasceu com o princípio da separação dos poderes que impõe ao juiz a obrigação de aplicar um direito preexistente e que se supõe ser-lhe conhecido. Antes da Revolução Francesa, este problema não existia, pois o juiz devia encontrar a regra aplicável: na ausência de uma regra expressa, podia procurar outras fontes do direito além da lei positiva e, se as fontes não fossem concordes, importava saber em que ordem deveriam ser classificadas essas fontes de direito supletivo. Como não era proibido aos juízes formularem regras por ocasião de litígios ("as sentenças de regulamentação") e não tinham de motivar suas sentenças de forma expressa, compreende-se que o problema das lacunas não tenha surgido antes do século XIX³³.

A obrigação de preencher as lacunas da lei concede, *ipso facto*, ao juiz a faculdade de elaborar normas. Se ele não é, como na *common law*, necessariamente criador de regras de direito, pois suas decisões não constituem precedentes que outros juízes são obrigados a seguir, mesmo assim, ele elabora regras de decisão que lhe fornecerão a solução do problema que lhe é submetido. Como evitar que o juiz exerça esse poder de modo arbitrário, onde encontrar garantias de imparcialidade?

A solução que prevaleceu no direito penal e também no direito fiscal consiste em admitir que, na ausência de uma

33. Cf. J. Gilissen, "Le problème des lacunes en droit dans l'évolution du droit médiéval et moderne", em *Le problème des lacunes en droit*, Bruylant, Bruxelas, 1968, pp. 197-246.

regra expressa, se aceitará, nestes dois ramos do direito, um princípio geral de liberdade: *nullum crimen, nulla poena sine lege*: é necessário uma regra prévia para motivar tanto uma pena quanto uma imposição fiscal, mas esta regra não deverá, necessariamente, ser interpretada de modo restritivo (o juiz penal assimila os barcos a motor diesel aos barcos a vapor e um cheque de viagem a um cheque comum)³⁴.

Mas esta solução é inaplicável em direito civil ou comercial. Se um contrato, que constitui a lei das partes, prevê juros de mora, mas não fixa a taxa, dever-se-á indeferir o pedido do autor, a pretexto de que o contrato não determina com precisão as obrigações do réu? Semelhante interpretação seria não apenas iníqua, mas claramente contrária à vontade das partes.

Como evitar, neste caso, a arbitrariedade do juiz? Na ausência de uma regra expressa, o juiz deverá inspirar-se no espírito do direito, ou seja, nos valores e nas técnicas que outros textos protegem ou utilizam.

Notemos, a esse respeito, que certos sistemas, tal como o direito canônico, admitem que há uma lacuna não só no caso do silêncio, mas também no da obscuridade da lei. Conforme à máxima "*lex dubia, lex nulla*", ele afirmará a existência de uma lacuna assim que o recurso à interpretação se mostre indispensável³⁵.

Mas parece abusivo assimilar o emprego da interpretação ao preenchimento de uma lacuna. Pois não só parece inconcebível admitir um princípio geral de liberdade assim que há razões de recorrer à interpretação, mas todos os sistemas que, em caso de lacuna, remetem a um direito supletivo são

34. Cf. o estudo de Combaldieu, "A propos d'un conflit entre la raison et l'interprétation restrictive en droit pénal", *Rev. Science Crim.*, 1965, pp. 831-835.

35. Cf. W. Onclin, "Les lacunes de la loi en droit canonique", *Le problème des lacunes en droit*, p. 184.

obrigados a distinguir entre o silêncio da lei e sua obscuridade, que dá lugar à interpretação. Assim é que o direito israelense prescreve que, para preencher lacunas da lei, se faça referência à *commom law* e às doutrinas de equidade em vigor na Inglaterra, mas o juiz só deverá recorrer a essas fontes supletivas *depois* que os esforços de interpretação (da *Mejelle* muçulmana, por exemplo) se tenham revelado infrutíferos³⁶.

Notemos entretanto que a doutrina pode sofrer flutuações na maneira de qualificar certas técnicas de raciocínio jurídico: para os juristas suíços o raciocínio por analogia e o recurso à *ratio legis* prendem-se à interpretação, enquanto o recurso aos princípios gerais do direito pertence à técnica do preenchimento de lacunas; para os juristas alemães, interpreta-se recorrendo a um princípio geral do direito e preenche-se uma lacuna recorrendo a um raciocínio por analogia³⁷.

Seja como for, é impossível admitir que o princípio geral de liberdade forneça a única solução do problema das lacunas. Basta constatar, com efeito, que o problema das antinomias no direito existe apenas nos casos em que não se possui regra geral que permita resolvê-las, ou seja, quando há uma lacuna na lei. Ora, não se concebe que, neste caso, nenhuma das duas regras opostas seja aplicável: cumpre poder decidir, por exemplo, concedendo-se ou não o divórcio, e o princípio geral de liberdade não fornece nenhuma resposta à questão. Há mais, porém. No direito administrativo, a existência de uma lacuna não dá nenhuma liberdade de ação à administração pública: pelo contrário, limita a liberdade de ação do poder administrativo, mesmo quando este deveria agir para desempenhar sua missão³⁸.

36. Cf. G. Tedeschi, "Article 46 of the Palestine order in council and the existence of lacunae", *ibid.*, p. 275.

37. Cf. C. W. Canaris, "De la manière de constater et de combler les lacunes en droit allemand", *ibid.*, p. 162.

38. Cf. H. Buch, "Les lacunes en droit administratif", *ibid.*, p. 455.

Resulta, de tudo que acabamos de dizer, que não se pode, pura e simplesmente, identificar a existência de lacunas com o fato de um sistema formal ser incompleto, como desejariam certos formalistas³⁹. Um sistema formal é incompleto quando não se pode deduzir dos axiomas do sistema, mediante regras de dedução aceitas, uma proposição, que se pode formular nesse sistema, nem sua negação. Mas só falaremos de lacunas em direito quando tentativas de interpretar a lei não chegaram a resultado satisfatório. Ora, as controvérsias jurídicas concretas demonstram que é freqüente, a este respeito, constatar um desacordo entre os intérpretes, o que acarreta, conseqüentemente, um desacordo sobre a existência ou sobre a própria inexistência da lacuna.

30. Tradicionalmente distinguem-se três espécies de lacunas: as lacunas *intra legem*, *praeter* ou *contra legem*.

A lacuna *intra legem* é uma lacuna resultante de uma omissão do legislador, quando, por exemplo, a lei prescreve a elaboração de dispositivos complementares que não foram promulgados. Assim, como nos assinala o professor Ziembski⁴⁰, “conforme o artigo 2, alínea 2, da Constituição da República Popular da Polónia, de 22 de julho de 1952, os deputados da Dieta (Seym) são destituíveis pelos eleitores que os elegeram por sufrágio universal. Mas nenhuma lei concernente à destituição dos deputados da Dieta foi instituída desde 1952; a destituição de um deputado é, conseqüentemente, impossível. A Constituição menciona o instituto da cassação de um deputado (isto é, ordena que não se respeite o mandato de um deputado, que foi cassado pelos eleitores),

39. U. Klug, “Observations sur le problème des lacunes en droit”, *ibid.*, p. 97.

40. Z. Ziembski, “Les lacunes de la loi dans le système juridique polonais contemporain et les méthodes utilisées pour les combler”, *ibid.*, pp. 132-133.

mas, por falta de regras de organização que regulamentem o procedimento de tal ato, a cassação se torna irrealizável. É um típico exemplo de lacuna de regulamentação”.

Mas semelhantes situações são relativamente raras. Na maioria dos casos as lacunas são criadas pelos intérpretes que, por uma ou outra razão, pretendem que certa área deveria ser regida por uma disposição normativa, quando não o é expressamente, que afirmam a existência de uma lacuna axiológica, ou seja, de uma lacuna *praeter legem*. Para outros intérpretes, entretanto, o sistema não é lacunar, quer porque estendam por analogia o alcance da lei, quer porque pretendam que a área em questão não depende de nenhuma regulamentação, por pertencer ao campo do que escapa à esfera do direito, daquilo a que o professor Carbonnier qualificou de *não-direito*⁴¹.

Finalmente, os casos mais flagrantes são aqueles em que intérpretes, desejando evitar a aplicação da lei, em dada espécie, restringem-lhe o alcance introduzindo um princípio geral que a limita e criam assim uma lacuna *contra legem*, que vai de encontro às disposições expressas da lei.

Um excelente exemplo nos é fornecido por um acórdão da Corte de Cassação da Bélgica de 15 de julho de 1907 (*Pas.*, 1907. I.334), a propósito de um belga que “cometera na França um atentado ao pudor, sem violência nem ameaça, contra a pessoa de uma francesa de 13 anos de idade. Fato, na época, não punível na França. A Corte de Cassação decidiu que o réu não podia ser condenado em razão de não poder a lei belga conceder aos estrangeiros, no território destes, uma proteção que não encontram em sua lei nacional. Ora, incontestavelmente os textos obrigavam o juiz belga a condenar esse

41. J. Carbonnier, *Flexible droit*, L.G.D.J., Paris, 2ª ed., 1971, Droit et non-droit, pp. 5-60; V. também H. Comes, *Der rechtsfreie Raum*, Duncker & Humblot, Berlim, 1976.

belga, processado na Bélgica. Os artigos 7, 8 e 14 da lei de 17 de abril de 1818, na redação da época, eram formais: o réu deveria ser julgado conforme as disposições das leis belgas. A Corte de Cassação decidiu de outra forma. Baseando-se na *busca do fundamento* do direito penal: segundo a Corte, a proteção das vítimas. A solução teria sido diferente se a Corte Suprema houvesse adotado a idéia de um direito penal exemplar, ou de defesa social, ou mesmo simplesmente retributivo⁴².

A Corte de Cassação restringe o alcance de um texto legal, alegando a finalidade da lei penal e invocando um princípio geral que não se encontra em nenhum texto de direito positivo. Assim que não se aplica a lei penal porque esse caso não teria sido previsto por ela, encontramos-nos diante de uma lacuna, cujo efeito será inocentar o réu. Mas quem não vê que, para os adversários do sistema adotado pela Corte de Cassação e, de qualquer modo, para os partidários da escola da exegese, a Corte simplesmente violou a lei, criando artificialmente uma lacuna *contra legem*?

Vemos assim como a própria noção de lacuna, que, para os partidários da interpretação estrita da lei, deveria limitar-se às lacunas *intra legem*, às lacunas de construção, foi ampliada pelos defensores de outra concepção de interpretação legal, interpretação teleológica, funcional e sociológica. Eles utilizarão as técnicas de qualificação e de interpretação, as antinomias e as lacunas, na doutrina e na jurisprudência, para ampliar o papel do juiz e emancipá-lo progressivamente da tutela do legislador.

42. Cf. R. Legros, "Considérations sur les lacunes et l'interprétation en droit pénal", em *Le problème des lacunes en droit*, p. 388.

As concepções teleológica, funcional e sociológica do direito

31. Vimos, a propósito da Escola da exegese, como, sob a influência do racionalismo moderno, o direito foi assimilado a um sistema dedutivo, nos moldes dos sistemas axiomáticos da geometria ou da aritmética. Os defensores do positivismo jurídico, tal como se manifestou na Escola da exegese, opõem-se aos partidários do direito natural e da jurisprudência universal, porque os axiomas nos quais fundam sua dedução não são racionais, válidos sempre e em qualquer lugar, mas encontram-se nos textos legais, expressão da vontade do legislador. Embora esses textos possam variar de Estado para Estado, de época para época, as conseqüências que deles tiraremos deveriam, ainda assim, impor-se uniformemente, graças à exegese e à dedução, a todos os que tivessem de aplicar a lei a casos específicos.

Se existirem obstáculos a essa assimilação do direito a um sistema dedutivo, a saber, o silêncio, a obscuridade e a insuficiência da lei, a missão da doutrina será remediá-los apresentando soluções "científicas" às dificuldades.

Para evitar a obscuridade da lei, resultante da imprecisão e da ambigüidade de seus termos, era necessário que a doutrina e a jurisprudência se esforçassem para definir, de modo tão claro quanto possível, todos os termos usados pela lei: era esse o papel da célebre *Begriffsjurisprudenz*, da doutrina dos conceitos, que fixava de uma vez por todas o sentido dos termos jurídicos, de modo que permitisse, a partir

dos textos legais, um raciocínio tão estrito quanto dentro de um sistema matemático. Graças a esse método esperava-se, se não eliminar inteiramente, ao menos reduzir consideravelmente todas as ambigüidades que favoreciam as controvérsias e diminuía a segurança jurídica.

Era necessário também zelar por que o sistema de direito, elaborado a partir dos textos pela Escola da exegese, não contivesse antinomias, conflito de leis, formulando regras gerais de solução de antinomias, mediante a indicação de critérios que permitissem descartar uma das duas leis aparentemente aplicáveis ao caso específico.

Era necessário, por fim, e era isso o mais delicado, encontrar técnicas mediante as quais o juiz pudesse completar as lacunas da lei, admitindo um princípio geral de liberdade, tal como “o que não é proibido é permitido”, “em caso de dúvida, a favor do réu” e outras regras da mesma espécie ou, eventualmente, recorrendo a um raciocínio *a pari* ou *a contrario*, por analogia ou por antítese, que guiaria suficientemente o juiz, mesmo diante do que parecesse ser, à primeira vista, um exemplo do silêncio da lei.

Na segunda metade do século XIX, prosseguindo os esforços da escola histórica de Savigny, o estudo histórico do direito romano, tal como fora empreendido por Ihering, conduziu gradualmente a uma mudança de perspectiva, a uma visão funcional do direito que se torna dominante por volta do fim do século.

Segundo essa concepção, o direito não constitui um sistema mais ou menos fechado, que os juízes devem aplicar utilizando os métodos dedutivos, a partir de textos convenientemente interpretados. É um meio do qual se serve o legislador para atingir seus fins, para promover certos valores. Mas como ele não pode contentar-se com enunciar tais fins, assinalar tais valores, pois esse modo de proceder introduziria no direito uma indefinição e uma insegurança inadmissí-

veis, deve formular com certa precisão regras de conduta que indicam o que é obrigatório, permitido ou proibido, para atingir esses fins e realizar esses valores. Conseqüentemente, o juiz já não pode contentar-se com uma simples dedução a partir dos textos legais; deve remontar do texto à intenção que guiou sua redação, à vontade do legislador, e interpretar o texto em conformidade com essa vontade. Pois o que conta, acima de tudo, é o fim perseguido, mais o espírito do que a letra da lei.

O juiz inspira-se, algumas vezes, não no espírito da lei, mas no espírito do direito, tal como pôde manifestar-se em outros textos do mesmo sistema de direito. Assim é que uma decisão do *Reichsgericht* alemão, de 11 de março de 1927 (R. Ger. Str. Bd 61, pp. 242 ss.), absolveu um médico culpado por ter submetido ao aborto uma mulher em perigo de vida, embora o artigo 54 do Código Penal alemão não previsse essa exceção na lei que proibia o aborto voluntário¹. Os juízes motivaram amplamente a decisão, alegando o fato de que o legislador atribuía mais importância à vida da mãe que à do feto, porquanto punia mais severamente o homicídio do que o aborto.

O papel da doutrina já não se restringirá a determinar exatamente o sentido dos termos empregados, mas será antes uma investigação teórica da intenção que presidiu à elaboração da lei, tal como se manifestou nos trabalhos preparatórios. E esta investigação parecia tanto mais imperiosa porque, com o passar do tempo e a evolução social e técnica, cada vez mais freqüentemente os meios indicados nos textos pareciam inadaptados aos fins perseguidos.

32. Os poucos exemplos analisados no parágrafo 24 permitem esclarecer a mudança que se deu. Retomemos sua análise.

1. Cf. K. Engisch, *Einführung in das juristische Denken*, 1977, pp. 143-145.

Quando um regulamento proibir ao viajante subir os degraus da estação acompanhado de um cão, será necessário tomar o texto ao pé da letra e negar que deva ser aplicado a outros animais cuja presença causaria os mesmos inconvenientes, e talvez até inconvenientes mais graves do que aqueles ocasionados pela presença, expressamente proibida, de um cão?

Quando um texto considera como circunstância agravante para o roubo o fato de ter sido cometido à noite, o que se quis evitar, punindo-o com maior severidade, foi que o ladrão se prevaleça da escuridão e do sono das vítimas para cometer com mais facilidade seus delitos. Deveremos, nesse caso, tomar literalmente o sentido do texto da lei e considerar como circunstância agravante de um roubo o fato de ter sido cometido à meia-noite, mesmo tendo sido perpetrado em um cassino profusamente iluminado, em meio a uma multidão de pessoas?

Assim também, o que a lei alemã quis prevenir, ao proibir os desfiles com bandeira vermelha organizados no dia 1º de maio, não foi o uso de uma bandeira de uma determinada cor. Não era a cor que parecia contrária à ordem pública, mas a manifestação pública de sentimentos revolucionários, tendo a cor da bandeira, na circunstância, apenas um valor puramente simbólico: a qualificação do delito ficava inalterada enquanto não se tivesse de hesitar sobre o alcance da manifestação.

Na controvérsia relativa aos problemas levantados pela interpretação da lei^{1 bis}, que pôs em confronto, em 1957, o professor Hart de Oxford e o professor Fuller de Harvard, o professor Hart deu como exemplo um regulamento proibindo a entrada de veículos em um parque público. Ele indicava que em certos casos-limite, *limiting cases*, podia-se hesitar e perguntar-se se um carrinho de bebê ou uma patinete, por exemplo, deveriam ser qualificados de veículos, no sen-

1 *bis*. Cf. Hart, "Positivism and the separation of law and morals" e Fuller, "Positivism and fidelity to law, a reply to professor Hart", *Harvard Law Review*, 1958.

tido do regulamento. A isso o professor Fuller replica que, se uma associação de antigos combatentes tivesse desejado erigir um monumento, em lembrança da última guerra, colocando no centro do gramado principal um tanque de guerra arrebatado ao inimigo, dever-se-ia proibir a introdução do tanque no parque a pretexto de que é um veículo e que o regulamento não pode deixar de se lhe aplicar?

Podemos fornecer exemplos menos excepcionais para ilustrar a concepção funcional da interpretação jurídica. Suponhamos que um agente de polícia esteja postado à entrada do parque para fazer que se observe o regulamento municipal. Deveria impedir a entrada de uma ambulância que veio buscar a vítima de um acidente cardíaco, ou mesmo a de um táxi chamado para levar ao hospital uma criança que houvesse quebrado a perna numa queda desastrada? Deverá impedir a entrada de um carro de serviço encarregado de recolher as folhas e os galhos quebrados pelo vento?

O regulamento, tal como é formulado, não prevê nenhuma exceção. Mas não se pode excluir a possibilidade de um caso de força maior, de situações especiais em que se admitiria uma exceção. Se nos ativermos, não à letra do regulamento, mas a seu espírito, à intenção que presidiu sua adoção, o desejo de salvaguardar a tranqüilidade e a segurança em um lugar onde as crianças e os passeantes não sejam incomodados ou ameaçados por veículos, concebe-se que, quando está em jogo um valor mais importante, quando se trata de salvar uma vida, de tratar de um acidentado, de permitir que o serviço de limpeza cumpra sua função, considere-se e admita-se facilmente uma exceção à letra do regulamento².

Este exemplo nos mostra o que pode ter de ambíguo o recurso à vontade do legislador para interpretar um texto

2. Ch. Perelman, "Droit, logique et épistémologie", em *Le droit, les sciences humaines et la philosophie*, Vrin, Paris, 1973, p. 433.

legal. Tratar-se-á de uma vontade expressa nitidamente? O mais das vezes será apenas a vontade de um ministro ou de um deputado ou, no melhor dos casos, de uma pequena fração do corpo legislativo. O caso mais seguro é ainda aquele em que essa vontade é expressa por um voto sobre um ponto particular, quer aceitando, quer rejeitando uma emenda à lei.

Mas, na maior parte das vezes, as questões que são objeto de uma controvérsia jurídica não foram objeto de um debate no Parlamento, ou deram ensejo a um compromisso que deixa por resolver os problemas mais delicados. Nesse caso, ao invocar a vontade do legislador, referimo-nos a uma intenção presumida, e por vezes até inteiramente fictícia, que atribuímos a um legislador *sensato*^{2 bis}.

33. Referindo-se à experiência profissional dos juristas, o professor Tarello, em sua explanação consagrada à especificidade do raciocínio jurídico³, examinou treze tipos de argumentos que permitem interpretar os textos consoante a intenção atribuída ao legislador.

Esses argumentos não pertencem à lógica formal, pois concernem não à forma, mas à matéria do raciocínio, ao estabelecimento de premissas a partir de textos. São os seguintes⁴:

I – O argumento *a contrario*.

II – O argumento *a simili* ou o argumento analógico.

III – O argumento *a fortiori*.

IV – O argumento *a completudine*.

2 bis. V. neste sentido o célebre artigo de H. Capitant, “L’interprétation des lois d’après les travaux préparatoires”, D. H. 1935. Chron., p. 77. – Comparar com Couderc, “Les travaux préparatoires de la loi ou la remontée des enfers”, D. 1975. Chron., p. 249.

3. Cf. o volume complementar dos autos do Congresso de Bruxelas de 1971, *Die juristische Argumentation*, Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie, Beiheft, Neue Folge 7, Steiner, Wiesbaden, 1972, pp. 103-124.

4. *Ibid.*, pp. 104-108.

V – O argumento *a coherentia*.

VI – O argumento psicológico.

VII – O argumento histórico.

VIII – O argumento apagógico.

IX – O argumento teleológico.

X – O argumento econômico.

XI – O argumento *ab exemplo*.

XII – O argumento sistemático.

XIII – O argumento naturalista.

Vamos examiná-los mais detalhadamente.

I, II, III – Os três primeiros tipos de argumentos, que já tivemos a ocasião de assinalar, são os mais conhecidos, na medida em que raros são os raciocínios jurídicos que podem dispensá-los. Assemelham-se, de fato, a técnicas de interpretação literal de um texto, mas ainda assim são suficientemente diferentes para que, ao fazer uso deles, se deva referir-se à vontade do legislador.

O argumento *a contrario* “é um procedimento discursivo segundo o qual, sendo dada uma proposição jurídica, que afirma uma obrigação (ou outra qualificação normativa) de um sujeito (ou de uma classe de sujeitos), na falta de outra disposição expressa deve-se excluir a validade de uma proposição jurídica diferente, que afirma a mesma obrigação (ou outra qualificação normativa) a propósito de qualquer outro sujeito (ou outra classe de sujeitos)”⁵.

Assim é que, se uma disposição jurídica obrigar todos os jovens que chegaram aos vinte anos a prestar o serviço militar, daí se concluirá, *a contrario*, que as jovens não são sujeitas à mesma obrigação.

Notemos que não se deveria recorrer ao argumento, mas a uma interpretação literal, se a disposição dissesse expressamente que *somente* os jovens são sujeitos à obrigação

5. Tarello, *ibid.*, p. 104.

supramencionada. De fato, na ausência de tal restrição, poder-se-ia ter raciocinado *a simili* ou por analogia, dizendo que, sendo dada uma proposição jurídica que afirma uma obrigação jurídica relativa a um sujeito ou a uma classe de sujeitos, existe a mesma obrigação a respeito de qualquer outro sujeito, ou classe de sujeitos, que tem com o primeiro sujeito (ou classe de sujeitos) uma analogia suficiente para que a razão que determinou a regra em relação ao primeiro sujeito (ou classe de sujeitos) seja válida em relação ao segundo sujeito (ou classe de sujeitos). Assim é que o fato de um passageiro ter sido proibido de subir os degraus da estação acompanhado de um cão nos leva à regra de que também se deve proibir isso a um viajante acompanhado de um animal igualmente incômodo.

O argumento *a fortiori*, do qual podemos distinguir duas formas, o argumento *a minori ad maius* e *a maiori ad minus*, “é um procedimento discursivo segundo o qual, sendo dada uma proposição, que afirma uma obrigação (ou outra qualificação normativa) de um sujeito (ou classe de sujeitos), deve-se concluir pela validade e pela existência como disposição jurídica de uma disposição diferente que afirma a mesma obrigação (ou outra qualificação normativa) de outro sujeito (ou classe de sujeitos) que esteja (ou estejam) em condições de merecer, com mais forte razão que os primeiros, a qualificação normativa que a primeira disposição conferia a estes”⁶.

A primeira forma, *a minori ad maius*, aplica-se no caso de uma prescrição negativa, a segunda, *a maiori ad minus*, no caso de uma prescrição positiva. Exemplo do primeiro caso: se é proibido ferir, é proibido matar; se é proibido pisar na grama, *a fortiori* é proibido arrancá-la.

A segunda forma se manifesta no brocardo: “Quem pode o mais, pode o menos.” Se o artigo 2265 do Código Civil

6. Tarello, *ibid.*, p. 105.

declara que “o direito do legítimo proprietário de reclamar a propriedade de quem a adquiriu *a non domino*, de boa fé e por justo título prescreve em dez anos, se o proprietário reside na jurisdição da Corte de Apelação dentro da qual está situado o imóvel, e dentro de vinte anos, se é domiciliado fora da dita jurisdição”, pode-se dizer, graças a um raciocínio *a maiori a minus*, que, do mesmo modo, é possível tornar-se titular de qualquer outro direito real menos importante que o de propriedade.

Kalinowski apresenta este argumento como uma tese que depende da lógica formal⁷, contanto que tudo que é menos importante esteja incluído no que é considerado mais importante (“Se todos os X podem fazer A e todo B é A, então todos os X podem fazer B”).

Mas um exemplo mostrará que essa redução nem sempre é possível e que não se trata de uma regra que possa ser formalizada.

À primeira vista, parece que aquele que é autorizado a comprar três garrafas de álcool em um depósito de bebidas possa comprar apenas uma garrafa, pois todo grupo de três garrafas contém uma garrafa. Entretanto, o artigo 2 da célebre lei Vandervelde, de 29 de agosto de 1919, que regula o comércio de bebidas alcoólicas na Bélgica, autoriza tais operações “contanto que cada venda ou entrega comporte pelo menos dois litros”. Mas é proibido aos comerciantes vender quantidades menores.

A finalidade desta lei, aparentemente paradoxal, foi impedir que os assalariados retirassem, a cada semana, uma parte do salário para a compra de bebidas alcoólicas, pois o custo de dois litros de álcool ultrapassava o salário semanal médio. A lei em nada impedia a compra de quantidades maiores de álcool, pois visava essencialmente à proteção do ope-

7. Kalinowski, *Introduction à la logique juridique*, pp. 163-164.

rário e de sua família. Esta lei, aliás, desempenhou perfeitamente seu papel educativo. E fornece um excelente exemplo de que o argumento *a maiori ad minus* não é de natureza puramente formal.

IV – O argumento *a completudine* ou da completitude do sistema jurídico “é um procedimento discursivo segundo o qual, já que não se encontra proposição jurídica que atribua uma qualificação jurídica qualquer a cada sujeito em relação a cada comportamento materialmente possível, deve-se concluir pela validade e pela existência de uma disposição jurídica que atribua aos comportamentos não regulamentados de cada sujeito uma qualificação normativa, particular: ou sempre indiferentes, ou sempre obrigatórios, ou sempre proibidos, ou sempre permitidos”⁸.

Este argumento funda-se na idéia de que todo sistema jurídico é completo e deve, portanto, conter uma regra geral concernente a todos os casos que não são regulamentados por disposições particulares. Esta concepção, bastante difundida no século XIX, pois era complementar à idéia de que o juiz não deveria participar da elaboração do direito, supunha a ausência de lacunas e, portanto, também de antinomias, pois estas resultam da ausência de uma regra que permita descartar a aplicação de uma das duas regras incompatíveis, em um caso particular. Ela se opõe, aliás, à idéia de que existem comportamentos não regidos pelo direito (“o não-direito”), e que escapam, por esta razão, à competência de qualquer tribunal.

V – O argumento *a coherentia* é o que, partindo da idéia de que um legislador sensato – e que se supõe também perfeitamente previdente – não pode regulamentar uma mesma situação de duas maneiras incompatíveis, supõe a existência de uma regra que permite descartar uma das duas disposi-

8. Tarello, *ibid.*, pp. 105-106.

ções que provocam a antinomia. Este argumento permite ao juiz intervir para resolver a antinomia, mas, se nos ativessemos estritamente à hipótese da coerência do direito, tal solução preexistiria no sistema jurídico.

VI – O argumento *psicológico* consiste na investigação da vontade do legislador concreto, recorrendo ao exame dos trabalhos preparatórios. Este argumento, freqüentemente utilizado quando se trata de uma lei recente, foi um dos analisados pelo professor G. Lazzaro em seu estudo sobre a argumentação dos juizes, ilustrado por acórdãos da Corte de Cassação da Itália⁹. Tais investigações permitem precisar a razão da lei, reconstruindo a intenção do legislador, pensando no problema concreto que ele devia resolver, nos princípios a que se refere, nas emendas feitas ao projeto primitivo. Esta argumentação permite, de modo mais particular, refutar uma interpretação da lei que poderia ter parecido plausível na ausência de tais indicações¹⁰.

VII – O argumento *histórico*, ou de presunção de continuidade, supõe que o legislador é conservador, isto é, que permanece fiel ao modo como quis regulamentar certa matéria, a menos que tenha modificado expressamente o texto legal. Notemos que este argumento é, às vezes, descartado em benefício de outros argumentos, sem o que jamais teria sido possível reformar uma jurisprudência¹¹.

VIII – O argumento *apagógico*, ou de redução ao absurdo, segundo o qual se supõe que o legislador é sensato e que jamais poderia ter admitido uma interpretação da lei que conduzisse a conseqüências ilógicas ou iníquas¹². Teremos de voltar a examinar esta última argumentação, porque estará no

9. G. Lazzaro, “Argomenti dei Giudici”, extraído de *Argomentazione giuridica*, Turim, 1970.

10. G. Lazzaro, *ibid.*, pp. 73-94.

11. G. Lazzaro, *ibid.*, pp. 53-72.

12. G. Lazzaro, *ibid.*, pp. 95-114.

centro de todos os raciocínios que se preocupam com as conseqüências de uma decisão judiciária, com o fato de ser justa ou injusta, e afastam-se, desse modo, de uma concepção puramente positivista do direito. Esse modo de raciocinar, embora não inteiramente ausente na época que examinamos, ficará mais difundido depois da Segunda Guerra Mundial.

IX – O argumento *teleológico*, referente ao espírito e à finalidade da lei, que desta vez não são reconstituídos a partir do estudo concreto dos trabalhos preparatórios, mas a partir de considerações sobre o próprio texto da lei. Esse modo mais abstrato de argumentar impõe-se quando o estudo histórico não permite esclarecer o intérprete, porque os problemas levantados são novos e não se apresentavam na época.

X – O argumento *econômico* ou hipótese do legislador não redundante. Afirma essencialmente que uma interpretação deve ser descartada porque, se fosse admitida, o texto se limitaria a repetir o que resulta de um texto legal anterior e se tornaria, por esta razão, supérfluo. Mas este argumento nem sempre se impõe, pois pode acontecer que uma regulamentação particular não seja mais que a aplicação de um princípio geral¹³.

XI – O argumento *ab exemplo* que permite interpretar a lei em conformidade com os precedentes, com uma decisão anterior ou com a doutrina geralmente admitida.

XII – O argumento *sistemático* parte da hipótese de que o direito é ordenado, e que suas diversas normas formam um sistema cujos elementos podem ser interpretados de acordo com o contexto em que estão inseridos.

XIII – O argumento *naturalista*, ou da natureza das coisas, ou hipótese do legislador impotente.

Este argumento conclui do fato que, em dada situação, um texto de lei é inaplicável, porque a natureza das coisas se

13. G. Lazzaro, *ibid.*, pp. 31-52.

opõe a isso. Veremos mais adiante quando uma situação assim pode apresentar-se^{13 bis}.

34. A concepção funcional do direito não vê neste senão um meio para alcançar um fim almejado pelo legislador. “O direito positivo”, conforme a definição de Lon Fuller, “é apenas um empreendimento que visa a subordinar a conduta humana à direção das regras.”¹⁴

Isto exclui a assimilação de um sistema de direito a um sistema matemático ou a um jogo, pois um sistema puramente formal, bem como um jogo com suas regras, por não terem meios que visam à realização de uma finalidade social, não têm, portanto, de levar em conta as condições de seu funcionamento eficaz. Mas o direito só pode ser compreendido em relação com o meio social ao qual é aplicável. Se este meio se transforma sob a influência de novidades técnicas, ou de uma mudança nos costumes ou nos valores socialmente aceitos, o papel do juiz será invocar o argumento histórico e a presunção de continuidade que este implica, o que conduz a uma concepção estática da interpretação judiciária, ou ele poderá adaptar o texto de modo dinâmico, considerando que a lei não previu essa situação nova e que, diante de uma lacuna da lei, ele deve decidir “conforme as regras que estabeleceria se devesse agir como legislador” (art. 1º do Código das Obrigações suíço de 1911)?

A esta questão não pode ser dada uma resposta geral, pois compreende-se que em certos domínios, como o direi-

13 bis. O professor Tarello voltou a tratar do problema da argumentação na interpretação da lei em um estudo recente: “L’argomentazione dell’interpretazione”, em *Annales de la Faculté de Droit de l’Université de Genève*, 1977, v. XVI, pp. 997-1012.

14. Lon Fuller, *The Morality of Law*, Yale University Press, New Haven, 1964, p. 96 (Law is the enterprise of subjecting human conduct to the governance of rules).

to penal e o direito fiscal, o juiz seja bem mais conservador do que em outros. Ainda assim, sucede, mesmo em direito penal, que diante de uma situação análoga e devendo aplicar textos muito semelhantes, duas Cortes de Cassação cheguem a conclusões diferentes, adotando uma delas uma interpretação estática e a outra uma interpretação dinâmica. É o que podemos observar ao analisar as decisões das Cortes Supremas da Alemanha e dos Países Baixos em face de um problema novo, o criado pelo roubo de eletricidade.

O artigo 242 do Código Penal alemão define o roubo como o fato de subtrair, com o objetivo de dele apropriar-se ilicitamente, um objeto móvel que pertence a outrem. Por duas vezes, o Tribunal do Império (*Reichsgericht*, V. 29, pp. 111 ss. e V. 32, pp. 165 ss.) recusou-se a considerar o roubo de eletricidade como enquadrado no artigo 242, pois a eletricidade não é um objeto, de modo que, em 1900, o Parlamento alemão foi obrigado a votar um novo artigo (o artigo 248) para tornar o roubo passível de punição. E mais, como o texto precisava que o roubo devia efetuar-se por meio de um condutor, o Tribunal do Império recusou-se a subsumir sob este artigo um roubo efetuado de outra maneira (pela introdução de uma ficha falsa em um aparelho automático, por exemplo), de modo que o Parlamento teve de votar, em 1935, uma segunda lei que se tornou o artigo 265 do Código Penal, que pune qualquer uso abusivo de um aparelho automático¹⁵.

Em contrapartida, a Alta Corte dos Países Baixos (Hoge Raad) não hesitou em subsumir um roubo de energia elétrica sob o artigo 310 do Código Penal neerlandês, que fala da subtração de um bem (*goed*) (acórdão de 23 de maio de 1921, W10798, W.J., 1921, 568)¹⁶. Ele assimilou, por extensão, a

15. Cf. K. Engisch, *Einführung in das juristische Denken* (1956), 1977, pp. 46-47.

16. Cf. R. L. Drilmsa, *De woorden her wet of the wil van de wetgever*, North Holland, Amsterdam, 1948, p. 123.

energia elétrica a um bem, enquanto o legislador, que não conhecia este tipo de roubo, certamente não o considerou no momento em que adotou a lei.

Isso suscita uma questão fundamental: em que medida cabe ao juiz, mais do que ao legislador, adaptar os textos legais às necessidades sociais? Cumpre, como mostra o exemplo do roubo de eletricidade, que o juiz não tome nenhuma iniciativa neste campo e, esperando a do legislador, retarde até lá a adaptação do direito às necessidades sociais, ou cumpre que ele próprio se encarregue dessa tarefa de atualização, modificando, quando se faz sentir a necessidade, a jurisprudência anterior? Há casos, como o caso *Rossi*, em que os tribunais, apelando para o legislador, recusam-se a inovar; mas há outros em que não hesitam em fazê-lo. Assim é que, apesar do artigo 1119 do Código Civil, que impede de modo geral a estipulação em favor de terceiro, o que constituía um entrave ao desenvolvimento de um ramo importante dos seguros, o seguro de vida, a Corte de Cassação da França, pelo acórdão de 22 de junho de 1896 (D. P., 1897. 1.73), decidiu que o seguro de vida não era abrangido pelo texto em questão.

O mais das vezes o juiz continental distingue nitidamente entre a legislação em vigor (*de lege lata*) e a legislação desejável (*de lege ferenda*) e não se arroga os poderes do legislador. Entretanto, quando a situação jurídica torna-se insuportável, e a reforma por via legislativa afigura-se muito difícil, se não impossível, acontece-lhe, para remediá-la, recorrer a mecanismos especificamente jurídicos, tais como o recurso às presunções jurisprudenciais irrefragáveis e até, em casos extremos, à ficção.

35. Já vimos no parágrafo 22 que, ao lado das presunções do homem, existem presunções legais *juris tantum*, que admitem a prova em contrário e, por esta razão, pertencem ao domínio da prova. Estas presunções resultam, o mais das

vezes, de uma disposição legal: mas podem também originar-se da jurisprudência, tal como a presunção de legalidade dos atos da administração pública, a presunção de constitucionalidade dos regulamentos, que orientará sua interpretação, a reforma da presunção, em matéria de acidentes de trânsito, que impõe o ônus da prova ao motorista do veículo que atropelou um pedestre.

Mas, ao lado das presunções simples, *juris tantum*, conhecem-se em direito presunções irrefragáveis, *juris et de jure*, que, por não admitirem a prova em contrário, foram muitas vezes assimiladas, erradamente em minha opinião, a ficções¹⁷. Na verdade, ao expor uma presunção assim, que pode ser de origem legislativa ou jurisprudencial, cria-se uma regra de direito nova, que extrai conseqüências jurídicas de um dado estado de fato. Assim é que, quando “a administração pública, devendo pronunciar-se em um recurso administrativo, guarda silêncio durante quatro meses, isto pode significar que não pretende dar prosseguimento à demanda, mas também que, por negligência, deixou engavetado o processo, ou ainda que hesita entre o sim e o não. O legislador (francês) se recusou a deixar o juiz iniciar a investigação do verdadeiro significado do silêncio: vincula-lhe uma presunção irrefragável de indeferimento. A presunção pode corresponder à verdadeira intenção da administração pública, pode também dar-lhe uma interpretação errônea: pouco importa. A coincidência com a verdade não é excluída, como o é, por princípio, na ficção. Mas não é buscada. Pouco importa se ela ocorre ou não. Não é ela, mas a versão oficial, dada pela regra de direito, que servirá de fundamento ao procedimento do jurista¹⁸.

17. Cf. a esse respeito minha explanação “Présomptions et fictions en droit, essai de synthèse”, em *Les présomptions et les fictions en droit*, pp. 342-347.

18. Cf. J. Rivero, “Fictions et présomptions en droit public français”, *ibid.*, pp. 102-103.

Essa presunção irrefragável tem um efeito educativo inegável, pois, dando ao silêncio da administração pública uma interpretação legal que abre caminho para o recurso contra o que é legalmente considerado uma recusa, ela obriga o funcionário responsável a levar em conta essa presunção e a comportar-se de acordo com ela. Daqui por diante, o fato de não dar prosseguimento a um requerimento por mais de quatro meses terá todas as chances de ser uma recusa deliberada: a interpretação legal se tornará conforme à realidade.

Assim também, instituindo como presunção irrefragável o adágio: “Supõe-se que ninguém ignora a lei”, ninguém poderá, sobretudo em direito penal, apresentar como escusa válida o fato de ignorar as prescrições legais, a menos que prove uma ignorância invencível devida à falta de publicidade ou de difusão dos textos legais, o que pode constituir um caso de força maior geral, ou a outras circunstâncias extraordinárias¹⁹.

A maior parte das regras do direito internacional privado são inicialmente de origem doutrinal e depois jurisprudencial. Assim é que “as jurisprudências francesa e belga consagram a regra existente desde o século XIV, *mobilia personam sequuntur, immobilia vero territorium*, submetendo assim a sucessão mobiliária à lei do domicílio do falecido e a sucessão imobiliária à lei da situação do imóvel”²⁰. No que diz respeito aos móveis, podemos considerar esta regra como estabelecendo uma presunção irrefragável que, entretanto, não cabe assimilar a uma ficção.

19. Cf. Ch. Huberlant, “La présomption de connaissance de la loi dans le raisonnement juridique”, *ibid.*, pp. 186-228, e G. Boland, “La publication des lois et arrêtés, condition du caractère obligatoire et du délai de recours en annulation: présomptions ou fictions?”, *ibid.*, pp. 229-258.

20. Cf. Marthe Weser, “Présomptions et fictions en droit international privé”, *ibid.*, p. 146.

36. A ficção jurídica, diferentemente da presunção irrefragável, é uma qualificação dos fatos sempre contrária à realidade jurídica. Se esta realidade é determinada pelo legislador, sua decisão, qualquer que seja, jamais constitui uma ficção jurídica, mesmo que se afaste da realidade de sentido comum. Assim é que, ao atribuir personalidade jurídica a associações, o legislador não institui uma ficção jurídica, mesmo que a assimilação dos grupos a pessoas físicas se afaste da realidade psicológica e moral.

Mas, se o juiz confere a um grupo que não tem personalidade jurídica o direito de interpor uma ação judicial, quando tal direito é reservado pela lei apenas às pessoas jurídicas, ele recorre à ficção. A menos que se pretenda, como a Corte de Cassação da França (acórdão de 28 de jan. de 1954, D., 1954. 7217), “que a personalidade civil não é uma criação da lei; ela pertence, em princípio, a todo grupo dotado de uma possibilidade de expressão coletiva para a defesa de interesses lícitos, dignos portanto de serem juridicamente reconhecidos e protegidos”²¹.

O recurso às ficções jurisprudenciais é o mais frequente em direito penal, quando o júri quer evitar a aplicação da lei que considera injusta, ao menos nas circunstâncias precisas do caso.

Um exemplo conhecido e característico é o da revolta geral dos juízes ingleses, contrários à legislação em vigor no início do século, que previa pena de morte para todos os culpados de *grand larceny*, ou seja, de crime maior. A lei enumerava entre os crimes maiores qualquer roubo no valor de pelo menos 40 xelins. Durante anos os juízes avaliaram em 39 xelins, no máximo, qualquer roubo que fosse, para não ter de punir o roubo com a pena de morte. Até o dia em que, em um

21. Cf. J. Van Compernelle, “La personnalité morale, fiction ou réalité?”, *ibid.*, p. 335.

processo de 1808, tendo sido avaliado em 39 xelins o roubo de 10 libras esterlinas, isto é, de 200 xelins, a ficção tornou-se flagrante e a lei foi modificada pouco tempo depois²².

Na Bélgica e na França, em vários casos de eutanásia, quando os fatos eram patentes e incontroversos, o júri respondeu negativamente à questão: “O acusado é culpado da morte de tal pessoa?”

Assim é que uma respeitada mãe de família que, com a ajuda de seu médico católico, provocou cientemente a morte do filho, nascido monstruoso em consequência dos efeitos nefastos, mas desconhecidos na época, de um medicamento, foi declarada inocente pelo júri de Liège, quando nem a lei belga nem a francesa distinguem os casos de eutanásia de um assassinato puro e simples.

Até bem pouco tempo, a jurisprudência constante da Corte de Cassação da França e da Bélgica foi reformar uma sentença unicamente no caso de violação da lei, e não no de violação de uma regra de direito, como vem fazendo, desde a última guerra, a Corte de Cassação da Alemanha. Mas frequentemente, diante de uma decisão que violava não uma lei, mas um princípio geral do direito, as cortes de cassação, belga ou francesa, não hesitavam em reformar a sentença, motivando o acórdão na violação fictícia de um artigo do Código, com o qual a sentença reformada tinha apenas relações longínquas, mas que, não obstante, tinha de estar indicado no recurso de cassação.

A necessidade de recorrer à ficção é significativa, pois indica que a realidade jurídica constitui um freio inadmissível à boa administração da justiça.

“Em suma”, conclui a propósito disso o professor P. Foirers, “salvagarde-se a aparência e portanto o sistema. Don-

22. Cf. a esse respeito G. Gottlieb, *The Logic of Choice*, Allen and Unwin, Londres, 1968, p. 44.

de a possibilidade de um novo passo. Se a violação da regra é que é essencial, pouco importa que tal regra seja *escrita* ou *não escrita*. Portanto, notadamente a violação de um princípio geral do direito *que faz parte do direito não escrito* pode ser invocada como tal no recurso, sem *referência a um texto legal*. Há nisso algumas dificuldades formais, mas essas dificuldades não são excepcionais”, reportam-se, segundo o procurador-geral Ganshof van der Meersch, à missão da Corte. “Hoje a Corte cassa fundando-se nos princípios gerais do direito. *Deve-se deduzir daí que o demandante*, na medida em que invoca o princípio geral do direito, satisfaz às suas obrigações indicando exatamente este recurso” (Ganshof van der Meersch, *Journ. Trib.*, Bruxelas, 1970, p. 596).

“Assim, graças a este artifício, a ficção chega a seu termo. Permite uma reforma sábia e justificada, que o legislador teria sido bem inspirado em promover.”²³

O recurso à ficção jurisprudencial é a expressão de um mal-estar, que desaparece graças à intervenção do legislador ou a uma interpretação da lei que leva em conta a modificação da ideologia jurídica: estamos cada vez mais próximos de abandonar a idéia de que o direito se limita à lei escrita: já nos encontramos na terceira fase da evolução do pensamento jurídico posterior ao Código de Napoleão.

Constatamos o mesmo fenômeno em ação quando se trata de controlar a constitucionalidade das leis. Até hoje, mas cada vez mais reticentemente, a Corte de Cassação da Bélgica se declara incompetente para julgar da constitucionalidade das leis. Mas em geral ela contorna a dificuldade estabelecendo, como presunção irrefragável, que as leis são conformes à Constituição e que ela tem o direito de interpretar os textos legais em conformidade com esse fato. Tra-

23. P. Foriers, “Présomptions et fictions”, em *Les présomptions et les fictions en droit*, pp. 25-26.

ta-se, então, de uma presunção puramente fictícia, mas quem não vê que estamos, como no exemplo precedente, preparando o caminho para uma reviravolta jurisprudencial (ou talvez legislativa) que submeterá a constitucionalidade das leis ao controle judiciário²⁴?

Aquele que recorre à ficção jurídica manifesta uma revolta contra a realidade jurídica, a revolta de quem acredita não ter condição para modificá-la, mas recusa-se a submeter-se a ela, porque ela o obrigaria a tomar uma decisão que julga injusta, inadequada ou insensata.

Para solucionar o problema, a maneira mais conforme à tradição, que submete o poder judiciário ao legislativo, seria modificar os textos legais. Mas se o legislador demora a manifestar-se, os tribunais podem igualmente dar um fim na ficção, reinterpretação dos textos, saindo da ideologia positivista e legalista do direito, segundo a qual o direito é a expressão da vontade da nação, cujo único porta-voz qualificado é o legislador, em virtude da doutrina da separação dos poderes.

Esta tendência para aumentar o poder dos juizes na elaboração do direito acentuou-se em decorrência dos danos causados pelo regime nacional-socialista e da repercussão mundial do processo de Nuremberg. O saudoso professor Marcić falou, a esse respeito, da transição do Estado governado pelas leis ao Estado governado pelos juizes²⁵. Com essa nova visão das relações entre o legislativo e o judiciário, vai de par uma concepção renovada do raciocínio jurídico, especialmente judiciário, que parece impor-se no Ocidente, na segunda metade do século XX. A ela é que consagraremos a terceira seção desta primeira parte.

24. Cf. A. Vanwelkenhuyzen, “La présomption de constitutionnalité de la loi et du décret en droit belge”, *ibid.*, pp. 263-274.

25. René Marcić, *Vom Gesetzesstaat zum Richterstaat*, Springer, Viena, 1957.

O raciocínio judiciário depois de 1945

37. As concepções modernas do direito e do raciocínio judiciário, tais como foram desenvolvidas após a última guerra mundial, constituem uma reação contra o positivismo jurídico e seus dois aspectos sucessivos, primeiro o da escola da exegese e da concepção analítica e dedutiva do direito, depois o da escola funcional ou sociológica, que interpreta os textos legais consoante a vontade do legislador.

O positivismo jurídico, oposto a qualquer teoria do direito natural, associado ao positivismo filosófico, negador de qualquer filosofia dos valores, foi a ideologia democrática dominante no Ocidente até o fim da Segunda Guerra Mundial. Elimina do direito qualquer referência à idéia de justiça e, da filosofia, qualquer referência a valores, procurando modelar tanto o direito como a filosofia pelas ciências, consideradas objetivas e impessoais e das quais compete eliminar tudo o que é subjetivo, portanto arbitrário.

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

Contrariamente a um sistema formal, que é puramente estático, o direito será concebido como um sistema dinâmico, a norma superior que determina o quadro em que aquele a quem é conferida a autoridade de exercer um poder legal, legislativo, executivo ou judiciário pode escolher livremente uma linha de conduta, desde que não saia dos limites fixados pela norma superior.

Assim é que o oficial de justiça poderá proceder a uma penhora em conformidade com um mandado de execução. O juiz poderá prolatar a sentença, na medida em que foi nomeado regularmente, em que foi encarregado de uma lide que entra na esfera de sua competência, tanto material quanto territorial e se conformar às prescrições legais, tanto no mérito quanto em matéria processual. O legislador poderá discutir, votar e promulgar leis, em conformidade com as regras constitucionais e com as práticas aceitas. Dá-se o mesmo com o poder executivo, na medida em que se conforma à Constituição e às disposições legais. Somente a norma constitucional, enquanto norma fundamental, não terá de conformar-se a nenhuma norma preliminar.

Mas, uma vez que está qualificado para agir legalmente, e na medida em que se conforma às regras prescritas, o legislador, o administrador público ou o juiz têm liberdade de ação, o legislador tem liberdade para votar qualquer lei que não seja contrária às normas superiores, o juiz, encarregado de dizer o direito nos casos particulares, tem liberdade de escolher como melhor lhe pareça entre as interpretações admissíveis de um dado texto.

A teoria pura do direito, tal como Kelsen a elaborou, deveria, para permanecer científica, eliminar de seu campo de investigação qualquer referência a juízos de valor, à idéia da justiça, ao direito natural, e a tudo o que concerne à moral, à política ou à ideologia. A ciência do direito se preocupará com condições de legalidade, de validade dos atos jurídicos,

com sua conformidade às normas que os autorizam. Kelsen reconhecia, sem dúvida, que o juiz não é um mero autômato, na medida em que as leis que aplica, permitindo diversas interpretações, dão-lhe certa latitude, mas a escolha entre essas interpretações depende, não da ciência do direito nem do conhecimento, mas de uma vontade livre e arbitrária, que uma pesquisa científica, que se quer objetiva e alheia a qualquer juízo de valor, não pode guiar de modo algum.

Na concepção de Kelsen, as relações entre a vontade e a razão, características do pensamento do século XVIII, segundo o qual a lei é a expressão da vontade da nação, e o juiz, que diz o direito no caso particular, é a razão lógica e puramente dedutiva, são ligeiramente modificadas. De fato, Kelsen reconhece que a indeterminação do âmbito legal no qual o juiz exerce sua atividade fornece-lhe a oportunidade não só de deduzir a solução concreta a partir da regra geral, mas de proceder livremente a uma interpretação da lei, sendo esta resultante de uma escolha exercida por sua vontade: o juiz arremata o traçado que a lei lhe apresenta antes de convertê-la na maior do silogismo judiciário. Mas, procedendo assim, passando da norma geral à decisão judiciária, que constitui uma norma particular, age como o administrador público encarregado de uma função, que ele exerce da melhor forma, levando em conta considerações oportunas. As decisões deste somente poderiam ser anuladas pelo Conselho de Estado se ele violasse a legalidade, abusando de seu poder ou ultrapassando os limites dos poderes que lhe foram conferidos. Sucederia o mesmo com a ação do juiz. A Corte de Cassação só deveria uniformizar a jurisprudência na medida em que lhe compete determinar o âmbito legal, em cujo interior as decisões do juiz deveriam ser consideradas questões de fato que escapam, como tais, ao controle da Corte Suprema.

Na medida em que o direito não é assimilado a um sistema dedutivo, mas encarado como um meio para alcançar

uma meta do legislador, o estudo das prescrições legais, de sua eficácia e de sua evolução, deveria ser realizado com os métodos tradicionais das ciências sociais, as investigações, as pesquisas estatísticas, com a observação em direito comparado e, se possível, com a experimentação. As concepções teleológicas e funcionais do direito, após Von Ihering, Saleilles e Gény, que na Alemanha e na França anunciam o fim da escola da exegese, foram desenvolvidas, ao mesmo tempo que a sociologia jurídica, por Eugen Ehrlich, Hermann Kantorowicz, Léon Duguit, Olivier Wendell Holmes et Roscoë Pound, para mencionar apenas os nomes mais conhecidos. Assim é que o programa elaborado por Roscoë Pound em 1911-1912 chega a considerar o direito muito mais a expressão de realidades sociais, econômicas e políticas, do que como a expressão de uma vontade de dirigir e orientar estas mesmas realidades.

A redução do direito à sociologia, como se a elaboração das regras de direito fosse um fenômeno natural, ao qual seriam alheias a vontade e as aspirações dos homens, é a consequência, que salta aos olhos, dessa tentativa de tratar o direito como uma ciência.

Ela se emparelha aos inconvenientes da teoria pura do direito de Kelsen, que separa de modo demasiado rígido o direito do fato, faz concessões excessivas ao arbítrio do juiz dentro do âmbito da lei, despreza o papel essencial da regra de justiça formal, que requer o tratamento igual para situações essencialmente semelhantes, e recusa toda referência a juízos de valor, como se a justiça e a equidade fossem noções alheias ao direito.

Enquanto a prática jurídica não estava muito distante dos costumes, dos hábitos e das instituições sociais e culturais do meio regido por dado sistema de direito, a concepção positivista do direito podia expressar de modo satisfatório a realidade do fenômeno jurídico. Mas, com o advento do Estado

criminoso que foi o Estado nacional-socialista, pareceu impossível, mesmo a positivistas declarados, tais como Gustav Radbruch, continuar a defender a tese de que a “Lei é lei”, e que o juiz deve, em qualquer caso, conformar-se a ela. Uma lei injusta, dirá Radbruch¹, não pertence ao direito. Esta revolta antipositivista não deixará de ter importância na Alemanha do pós guerra, pois permitirá aos tribunais condenar um oficial que matara um soldado que se ausentara sem ter pedido permissão, e que pretendia ter-se pautado por uma ordem de Hitler (*Hatastrophengebühl*) que autorizava qualquer membro das forças armadas a matar imediatamente qualquer desertor, covarde ou traidor. O Tribunal Federal, em seu acórdão de 12 de julho de 1951 (B.G.H.Z., 3, 94), recusou-se a reconhecer à ordem do Führer a qualidade de uma regra de direito e condenou o oficial ao pagamento de indenização à mãe do soldado executado sem julgamento².

Os fatos que sucederam na Alemanha, depois de 1933, demonstraram que é impossível identificar o direito com a lei, pois há princípios que, mesmo não sendo objeto de uma legislação expressa, impõem-se a todos aqueles para quem o direito é a expressão não só da vontade do legislador, mas dos valores que este tem por missão promover, dentre os quais figura em primeiro plano a justiça.

Essa reação perante a soberania do legislador, antes contestada, significa o renascimento do direito natural, a volta à jurisprudência universal que dominou os séculos XVII e XVIII? Certamente não, na medida em que o direito natural racionalista acreditava poder formular princípios unívocos de alcance universal. Mas, certamente sim, se se trata de

1. Cf. G. Radbruch, *Rechtsphilosophie*, 4ª ed., por E. Wolf, 1950, p. 353.

2. Cf. Heinrich Rommen, “Natural law in decisions of the federal supreme Court and of the Constitutional Courts in Germany”, em *Natural Law Forum*, 1959, vol. 4, pp. 10-11.

rejeitar a concepção positivista, legalista e estatizante do direito, expressão da vontade arbitrária de um poder soberano, que nenhuma norma limita e não é submetido a nenhum valor.

38. Este longo desvio pela história das ideologias jurídicas posteriores ao Código de Napoleão nos conduz a uma conclusão, que hoje parece comumente aceita, mas que se perdeu de vista na concepção formalista e legalista do direito: o juiz não pode considerar-se satisfeito se pôde motivar sua decisão de modo aceitável; deve também apreciar o valor desta decisão, e julgar se lhe parece justa ou, ao menos, sensata. A própria Corte de Cassação, que no entanto é mais apegada do que os juízes de primeira instância ao aspecto técnico da motivação judiciária, não reforma uma sentença que, apesar de mal motivada, o dispositivo lhe parece conforme ao direito. Contenta-se, nestes casos, em substituir os motivos alegados pelo juiz de primeira instância por uma motivação mais satisfatória.

Se o raciocínio jurídico é um instrumento de justificação, indispensável desde a Revolução Francesa em todo sistema moderno de direito, ainda assim o primado é atribuído ao dispositivo. Deverá este tão-somente conformar-se à lei ou terá de satisfazer também nossa necessidade de justiça e de equidade?

Mas, a este respeito, cumpre insistir no fato de que as noções de *justiça* e de *equidade* são vagas e intervêm não só no direito, mas também em moral, em política, em religião. Terá o juiz a liberdade de dar a conhecer, a propósito disso, sua apreciação subjetiva do justo e do injusto, seja qual for sua fonte de inspiração, e motivar sua decisão com considerações morais, políticas ou religiosas, para desempenhar de modo satisfatório a missão que lhe foi confiada? Poderá ignorar a lei e pretender, mesmo assim, que está cumprindo sua missão de dizer o direito?

Uma resposta afirmativa, que causou escândalo, foi dada pelo presidente Magnaud, que de 1889 a 1904 presidiu o Tribunal de Primeira Instância de Château-Thierry. Seus julgados, célebres em seu tempo, atraíram a atenção dos juristas franceses e estrangeiros. Foram reunidos e editados em dois volumes: *Les jugements du président Magnaud* (1900) e *Les nouveaux jugements du président Magnaud* (1904).

Na segunda edição de sua obra, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif* (1ª edição, 1899), o decano François Géný, que foi um verdadeiro precursor da concepção moderna do direito, consagrou cerca de vinte páginas ao que ele chamou "O fenômeno Magnaud". Géný via nele uma caricatura de suas próprias idéias cujos inconvenientes punha em evidência e, com isso, estorvava-lhes a propagação. Pois o método que preconizava Géný, do modo como era representado pelo presidente Magnaud, "deveria fatalmente redundar na incerteza e na instabilidade das soluções positivas, portanto em uma espécie de anarquia jurídica, que aboliria qualquer freio nos julgamentos, arruinaria toda segurança nos negócios. Realmente, no momento em que se deixa o poder de formular regras abstratas descer da esfera intangível, na qual o abrigava a plenitude soberana da lei, para o domínio versátil do juízo individual, expomo-nos a uma desconcertante flutuação das decisões de direito"³.

O presidente Magnaud queria ser "o bom juiz, clemente para com os miseráveis, severo para com os privilegiados". Não se preocupava com a lei nem com a doutrina, nem sequer com a jurisprudência, comportava-se como se fosse a encarnação do direito: "É a apreciação subjetiva", escreve Géný, "que domina e anima, ao mesmo tempo, todo o processo de julgamento do presidente Magnaud. Ele pretende

3. F. Géný, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, 2ª ed., 1919, vol. 2, pp. 287-289.

ver, por si mesmo e à primeira vista, o motivo da decisão. E, se recorre à lei, é para apreciar-lhe o valor segundo seu juízo pessoal. Assim, crítica do alto e sem medir palavras a jurisprudência estabelecida que não corresponderia a suas opiniões pessoais. Entretanto, mais grave ainda, essa apreciação subjetiva consiste apenas em considerações vagas, mais aptas a tocar o sentimento do que a firmar a razão, e que é, de qualquer modo, impossível de condensar, quer em princípios firmes, quer em meios práticos, constitutivos, em seu conjunto, de um sistema bem articulado”.⁴

39. O fato de o direito, tal como o concebemos, não poder menosprezar a segurança jurídica e dever, por esta razão, evitar a subjetividade e a arbitrariedade, o fato de constituir um empreendimento público – pois o juiz recebe sua autoridade do Estado, que lhe confere competência e poder – impede identificar, pura e simplesmente, o que é justo segundo o direito com o que parece justo a um indivíduo. De fato, não podemos perder de vista que todos os litígios, cuja solução depende de uma questão de direito, põem em oposição adversários que defendem, nesse ponto, teses diametralmente opostas: a afirmação de que tal tese é preferível em direito supõe a existência de uma ordem jurídica, pois de outro modo seria impossível motivar, de modo juridicamente válido, o dispositivo da sentença.

É raro que uma solução se imponha socialmente de modo unânime, sem que se consiga, de outro lado, no estado atual da legislação, motivá-la de modo coerente. Esta possibilidade entretanto não pode ser inteiramente descartada, pois ela ocorreu, durante mais de um século, a propósito das decisões judiciais relativas aos “inconvenientes extraordinários de vizinhança”⁵.

4. *Ibid.*, vol. 2, p. 299.

5. Cf. J. Miedzianagora, *Philosophies positives du droit et droit positif*, L.G.D.J., Paris, 1970, pp. 38-54.

Tomemos o caso de um proprietário que recebeu a autorização de construir em seu terreno um imóvel de vários andares, cuja construção resulta na expressão da tiragem da chaminé de uma pequena casa adjacente. Deverá o vizinho sofrer o dano sem obter reparação? E, se assim não for, que motivo invocar para obrigar o proprietário do grande imóvel a reparar o dano? Durante anos, os tribunais foram concordes em condenar este último a reconstruir a chaminé, de modo que se restabeleça a tiragem, suprimida pela nova construção. Mas as motivações destas decisões variavam e nenhuma era conforme à interpretação normal dos textos invocados. A maioria invocava o artigo 1382 do Código Civil: “Todo ato qualquer do homem que causa a outrem um dano obriga este, por cuja falta ele ocorreu, a repará-lo.” É claro que, normalmente, o simples fato de causar um dano a outrem não obriga a repará-lo: é preciso, além disso, que o dano seja consequência de uma culpa. Mas que culpa poderia ser imputada a quem constrói, sobre seu próprio terreno, um imóvel em conformidade com a autorização que recebera?

“Certas sentenças, escreve Silance⁶, consideram como constitutivo de culpa o simples fato de causar ao vizinho inconvenientes anormais ou excessivos (acórdãos de 4 de jul. de 1850, *Pas.*, 1851.I.169; 5 de agosto de 1858, *Pas.*, 1858.I.314; 2 de jan. de 1896, *Pas.*, 1896.I.67); o acórdão de 5 de fevereiro de 1914 (*Pas.*, 1914.I.91) considera culpa o uso anormal da propriedade que acarreta inconvenientes que excedam os inconvenientes normais da vizinhança; o acórdão de 17 de novembro de 1927 (*Pas.*, 1928.I.13) considera culpa o simples fato de lesar o direito de propriedade do vizinho. A Corte tentava, assim, estender a noção de culpa, atribuindo-lhe um conteúdo puramente objetivo, seguindo a

6. L. Silance, “Un moyen de combler les lacunes en droit: l’induction amplifiante”, em *Le problème des lacunes en droit*, pp. 491-492.

doutrina do procurador-geral Paul Leclercq (acórdão da Corte de Cassação de 1929 *Pas.*, 1929.I.26): a lesão do direito alheio seria, por si só, um fato ilícito, isto é, uma falta. Esta jurisprudência não foi seguida.

Após ter decidido em 7 de abril de 1949 (*Pas.*, 1949.I.273) que a obrigação contida no artigo 544 do Código Civil “está sancionada no artigo 1382 do Código Civil”, a Corte, em seu acórdão de 25 de junho de 1953 (*Pas.*, 1953.I.857), acrescenta “que a responsabilidade fundada no artigo 1382 supõe necessariamente uma culpa” e que “acolhendo a ação dos demandados pelo único motivo de que os prejuízos cuja indenização é requerida foram causados diretamente pelos trabalhos executados pelo demandante no terreno vizinho, do qual é proprietário, sem constatar que o demandante tenha incorrido em culpa, a sentença atacada violou as disposições legais nas quais procurou fundamento” e particularmente os artigos 544 e 1382 do Código Civil.

Segundo a equidade, a solução admitida impunha-se a todos, mas a ausência de motivação satisfatória impedia o estabelecimento da paz jurídica: fazia-se necessário encontrar uma construção jurídica que, mesmo chegando ao mesmo resultado, lhe fornecesse um argumento jurídico aceitável.

Dois acórdãos, de 6 de abril de 1960 (*Pas.*, 1960.I.932), inspirados na construção jurídica elaborada por De Page e Dekkers⁷, abandonam o sistema anterior, especialmente a referência ao artigo 1382. O advogado geral Mahaux, cuja opinião foi acatada pela Corte, se pergunta “se a confusão assim reinante na doutrina e na jurisprudência” não deve levar necessariamente a “considerar o problema e a se indagar se o fundamento dado à indenização ajusta-se à noção de culpa

7. D. Page e Dekkers, *Traité élémentaire de droit civil belge*, liv. V, 2ª parte, pp. 814-815. Cf. também Dabin, “Le devoir d’indemnisation em cas de trouble de voisinage”, *Revue critique de jurisprudence belge*, 1960, pp. 286-308.

aquiliana e à natureza da reparação que tal responsabilidade comporta na doutrina clássica”. De fato, esta última teria exigido que o imóvel construído irregularmente fosse demolido: ora, ninguém preconizava tal solução, pois era evidente que o custo dos terrenos no centro das cidades impunha a construção vertical como a única solução do problema econômico.

A construção jurídica, apresentada pelo advogado geral Mahaux e aceita pela Corte de Cassação da Bélgica, invocará um princípio que não é enunciado por nenhum texto legal, mas no qual se inspiram várias disposições, tanto legais quanto constitucionais: o princípio da igualdade dos cidadãos diante dos ônus da vida em sociedade.

O princípio pode ser induzido não apenas dos artigos 6 e 112 da Constituição belga, que afirmam respectivamente a igualdade dos belgas diante da lei e a proibição de privilégios em matéria fiscal, mas também, de modo especial, do artigo 11 da Constituição, que estabelece o direito de todos os belgas à justa e prévia indenização em caso de desapropriação por motivo de utilidade pública. Além do mais, vários textos legais afirmam que cabe indenizar todos aqueles aos quais atividades autorizadas, e especialmente úteis, causem prejuízo. Para encontrar uma resposta ao problema levantado pelos incômodos extraordinários de vizinhança, bastava aplicar este princípio de igualdade ao artigo 544 do Código Civil que define o direito de propriedade; foi esta a motivação adotada pelos acórdãos de 6 de abril de 1960:

“Tendo os proprietários vizinhos igual direito ao gozo da propriedade, daí resulta que uma vez fixadas as relações entre suas propriedades, tendo-se em conta os ônus normais resultantes da vizinhança, o equilíbrio assim estabelecido deve ser mantido entre os respectivos direitos dos proprietários.

Considerando que o proprietário de um imóvel que, por um ato não doloso, rompe esse equilíbrio, impondo a um proprietário vizinho um incômodo que excede a medida dos in-

convenientes comuns da vizinhança, deve-lhe uma justa e adequada compensação, que restabeleça a igualdade rompida;

Que, de fato, lesando com isso o direito de propriedade do vizinho, ele deve indenizá-lo, em conformidade com a tradição e com o princípio geral consagrado notadamente pelo artigo 11 da Constituição.⁷⁸

Estes acórdãos, tendo fundamentado no direito a solução equitativa, puderam restabelecer a paz jurídica sobre este ponto.

A jurisprudência francesa conheceu, alguns anos mais tarde, o mesmo problema. E, como a Suprema Corte belga, a Corte de Cassação francesa decidiu que o dano anormal, em relação aos ônus de vizinhança, justifica o princípio de uma reparação pecuniária, mesmo na ausência de culpa do autor do dano^{8 bis}.

40. A justificação encontrada invoca um princípio geral, que nenhum texto formula expressamente, mas do qual o direito positivo fornece vários casos de aplicação. Tal princípio pode, portanto, ser extraído por uma indução amplificadora e fornecer a solução de casos não previstos pela lei. Pode-se, assim, dizer que esse princípio geral encontra seu fundamento na lei.

Mas, ao lado de tais princípios, que a escola da exegese poderia ter admitido, constatamos, após a Segunda Guerra Mundial e o processo de Nuremberg, que os tribunais recorrem com freqüência cada vez maior e mais abertamente aos princípios gerais do direito, comuns a todos os povos civilizados.

A idéia que dominou o processo de Nuremberg foi a de que os crimes abomináveis cometidos pelos dirigentes da

8. Cf. sobre este ponto J. Miedzianagora, *op. cit.*, 1ª parte, cap. III, “Les inconvénients extraordinaires du voisinage”, pp. 38-53.

8 bis. Civ. 3ª, 19 de fev. de 1971, *Bull. Civ.* III, p. 94; 18 de julho de 1972, D. 1973.27 e D., 1974.73, nota S. de la Marnierre; *J.C.P.*, 1972.II.17203, relatório Fabre; 27 de jun. de 1973, D. 1973, Somm. 195.

Alemanha de Hitler não podiam escapar à justiça, mesmo na ausência de disposições legais expressas, a menos que fossem consideradas tais as regras do direito internacional público. Era necessário, portanto, para respeitar o princípio *nullum crimen sine lege*, não há crime sem lei prévia que o defina, afirmar a existência de um princípio geral reconhecido pelas nações civilizadas, concernente ao respeito da dignidade da pessoa humana.

Tratar-se-ia de uma volta ao direito natural clássico? Eu diria que é uma volta à concepção de Aristóteles que, ao lado das leis especiais, escritas, afirma a existência de um direito geral, “todos esses princípios não escritos que se supõem ser reconhecidos em toda parte”.

Eis como os apresenta o procurador-geral W. J. Ganshof van der Meersch, em um memorável discurso inaugural pronunciado na audiência solene de reabertura de 1º de setembro de 1970:

“Os princípios gerais do direito, que são ‘aplicáveis mesmo na ausência de um texto’ (acórdão *Aramu*, Conselho de Estado francês, 26 de out. de 1945, G.A., p. 260), não são uma criação jurisprudencial e não poderiam ser confundidos com simples considerações de equidade. Não são, tampouco, regras consuetudinárias: o juiz, aplicando-os ou controlando-lhes a aplicação, não se refere à constância de sua aplicação. Eles têm valor de direito positivo: sua autoridade e sua força não se reportam a uma fonte escrita; eles existem independentemente da forma que lhes dá o texto quando a eles se refere; o juiz os *declara*; *constata-lhes a existência*, o que permite dizer que a determinação dos princípios gerais do direito não autoriza uma investigação científica livre. Eles se formam independentemente do juiz, mas, uma vez for-

9. *Retórica*, I, 1368, b, 8-9.

dados, impõem-se a ele. O juiz é *obrigado* a garantir-lhes o respeito.”¹⁰

Cada vez mais, a doutrina e a jurisprudência de nossos países invocarão tais princípios¹¹: a Corte de Cassação da Bélgica admite atualmente que, instituída para reprimir as contravenções à lei, poderá cassar uma sentença por violação de um princípio geral do direito. Conseqüentemente, e contra-riamente à interpretação estrita do artigo 1080 do Código Judiciário, que exige que o recurso de cassação contenha “a indicação dos dispositivos legais cuja violação é invocada”, bastará que o demandante indique o princípio geral do direito que teria sido desrespeitado pela sentença contra a qual interpõe o recurso¹².

41. O exemplo mais incontestado de um princípio geral unanimemente aceito é o do direito de defesa: *audiatur et altera pars*. Este princípio foi expressamente reconhecido pela Corte de Cassação da Bélgica como “inseparável de qualquer ato de jurisdição” (cass., 2 de maio de 1961, *Pas.*, 1961.I.926 e 928; 21 de maio de 1963, *Pas.*, 1963.I.1010)¹³. O respeito a este princípio condiciona a administração imparcial da justiça. Entretanto, há outros que não se referem à idéia de justiça, mas a princípios fundamentais do direito

10. W. J. Ganshof van der Meersch, *Propos sur le texte de la loi et les principes généraux du droit*, Bruylant, Bruxelas, 1970, pp. 43-44.

11. *Ibid.*, p. 66.

12. Cf. *supra* p. 64, nota 23, e W. J. Ganshof van der Meersch, *Propos sur le texte de la loi et les principes généraux du droit*, Bruylant, Bruxelas, 1970, p. 133.

13. *Ibid.*, p. 122, e, especialmente, do mesmo autor: “Le droit de la défense, principe général de droit”, em *Mélanges en l'honneur de Jean Dabin*, 1963, t. II, pp. 594-614. – V. igualmente J. Boulanger, “Principes généraux du droit et droit positif”, *Le droit privé français*, estudos dedicados a G. Ripert, 1950.

público, tais como o da permanência do Estado e da continuidade de seus poderes constituídos.

Examinemos, a esse respeito, um acórdão característico da Corte de Cassação da Bélgica, prolatado logo após o fim da Primeira Guerra Mundial, em 11 de fevereiro de 1919 (*Pas.*, 1919.I., p. 8).

Durante a guerra de 1914-18, como a Bélgica estava quase toda ocupada pelas tropas alemãs, com o Rei e o governo belga no Havre, o Rei exercia *sozinho* o poder legislativo, sob forma de decretos-leis.

“A impossibilidade de reunir as Câmaras, em consequência da guerra, impedia incontestavelmente que se respeitasse o artigo 26 da Constituição (O poder legislativo é exercido coletivamente pelo Rei, pela Câmara dos Representantes e pelo Senado). Mas nenhum dispositivo constitucional permitia sua derrogação, nem mesmo em circunstâncias tão excepcionais. O artigo 25 enuncia o princípio de que os poderes ‘são exercidos da maneira estabelecida pela Constituição’, e o artigo 130 diz expressamente que ‘a Constituição não pode ser suspensa nem no todo nem em parte’.”¹⁴

Foi com fundamento nestes dois artigos da Constituição que se atacou a legalidade dos decretos-leis promulgados durante a guerra, porque era contrária ao artigo 26 que precisa como se exerce o poder legislativo.

Se a teoria de Hans Kelsen fosse conforme à realidade jurídica, e se o texto constitucional devesse constituir a norma fundamental do direito belga, a Corte de Cassação teria de aceitar a argumentação do demandante, que atacava como anticonstitucionais os decretos-leis promulgados somente pelo Rei. Mas, na verdade a Corte não hesitou em afirmar que “foi pela aplicação dos princípios constitucionais que o Rei,

14. A. Vanwelkenhuyzen, “De quelques lacunes du droit constitutionnel belge”, em *Le problème des lacunes en droit*, p. 347.

tendo permanecido durante a guerra o único órgão do poder legislativo que conservou sua liberdade de ação, tomou as disposições com força de lei que a defesa do território e os interesses vitais da nação exigiam imperiosamente”.

Como pôde a Corte chegar a uma decisão manifestamente contrária ao texto constitucional? Para compreendê-lo, retomemos as conclusões expostas antes do aresto pelo procurador-geral Terlinden, em razão de seu caráter geral e fundamental.

“Uma lei sempre é feita apenas para um período ou um regime determinado. Adapta-se às circunstâncias que a motivaram e não pode ir além. Ela só se concebe em função de sua necessidade ou de sua utilidade; assim, uma boa lei não deve ser intangível pois vale apenas para o tempo que quis reger. A teoria pode ocupar-se com abstrações. A lei, obra essencialmente prática, aplica-se apenas a situações essencialmente concretas. Explica-se assim que, embora a jurisprudência possa estender a aplicação de um texto, há limites a esta extensão, que são atingidos toda vez que a situação prevista pelo autor da lei venha a ser substituída por outras fora de suas previsões.

Uma lei – constituição ou lei ordinária – nunca estatui senão para períodos normais, para aqueles que ela pode prever.

Obra do homem, ela está sujeita, como todas as coisas humanas, à força dos acontecimentos, à força maior, à necessidade.

“Ora, há fatos que a sabedoria humana não pode prever, situações que não pôde levar em consideração e nas quais, tornando-se inaplicável a norma, é necessário, de um modo ou de outro, afastando-se o menos possível das prescrições legais, fazer frente às brutais necessidades do momento e opor meios provisórios à força invencível dos acontecimentos.”¹⁵

15. *Ibid.*, pp. 348-349.

Em semelhante situação, mais do que a letra da Constituição, prevalecem certos princípios que o procurador-geral Terlinden considerava “axiomas de direito público”:

I – A soberania da Bélgica jamais foi suspensa.

II – Uma nação não pode dispensar um governo.

III – Não há governo sem lei, isto é, sem poder legislativo.

Vê-se imediatamente que desses axiomas vai decorrer a necessidade inelutável de que o Rei legifere sozinho, quando os dois outros ramos do poder legislativo estão impedidos de desempenhar sua função.”¹⁶

Impunha-se a solução da Corte de Cassação, se consideramos que todo sistema de direito não constitui um conjunto de regras jurídicas, cujo sentido e cujo alcance são independentes do contexto político e social – como afirmava a teoria pura do direito de Hans Kelsen –, mas são subordinados a finalidades, em função das quais devem ser interpretados.

Se devêssemos interpretar ao pé da letra o artigo 130 da Constituição, o acórdão da Corte de Cassação teria sido, sem dúvida alguma, *contra legem*. Mas, limitando o alcance deste artigo às situações normais e previsíveis, a Corte de Cassação introduz uma lacuna na Constituição, que não teria estatuído para situações extraordinárias, causadas “pela força dos acontecimentos”, “por força maior”, “pela necessidade”.

Estas considerações, cumpre notar, aplicam-se a qualquer dispositivo legislativo. Na medida em que o juiz pode fazê-las intervir em seus considerandos, e em que as noções que vêm limitar assim o campo de aplicação da lei dependem, em última análise, de sua apreciação, podem introduzir-se elementos de indeterminação em textos que, à primeira vista, parecem perfeitamente claros. Assim é que, como já vimos,

16. *Ibid.*, p. 349.

um regulamento municipal que proíbe a entrada de veículos em um parque só valerá para situações normais, quando a força maior ou a necessidade não puderem ser invocadas.

Observemos, aliás, que a determinação daquilo que constitui em dada situação “um caso de força maior”, daquilo que permite invocar o “estado de necessidade”¹⁷, é em geral objeto de controvérsia. Para alguns, que admitem a exceção, o juiz deve preencher uma lacuna da lei. Seus adversários, em contrapartida, não hesitam em afirmar que se trata de uma decisão contrária à lei, e que se criou uma “falsa lacuna” para não ter de conformar-se às prescrições legais imperativas.

41. bis. Na França, a existência dos princípios gerais do direito foi recentemente lembrada por um importante aresto do Conselho de Estado (Cons. de Est., sessão de 4 de out. 1974, D., 1975. 369, nota Auby). O acórdão declara que a publicidade dos debates judiciais é um princípio geral do direito. Que cabe, portanto, unicamente ao legislador estender ou restringir seus limites. O artigo 83, alínea 2, do decreto de 20 de julho de 1972, que outorgara ao presidente do tribunal o direito de decidir os casos em que os debates fossem realizados na câmara do conselho, foi portanto anulado. Faz tempo que a jurisprudência judiciária francesa mencionou estes princípios gerais^{17 bis}, particularmente em direito penal^{17 ter}. Mas o próprio Conselho de Estado havia consagrado repetidas

17. P. Foriers, *De l'état de nécessité en droit pénal*, Bruylant, Bruxelas, 1951.

17 bis. V. G. Ripert, *Les forces créatrices du droit*, nº 123; J. Boulanger, “Principes généraux du droit et droit positif”, *Etudes Ripert*, t. 1, p. 51; Léauté, “Les principes généraux relatifs aux droits de la défense”, *Rev. science crim.*, 1953.47: Auby, nota D., 1975.372.

17 ter. *Crim.*, 12 de junho de 1952, *J.C.P.*, 1952.II.7241, nota Brouhot; D. 1953. Somm. 2; 21 de fev. e 5 de agosto de 1952, *Rec. Penant*, 1953.8, nota de Soto e Léauté.

vezes a existência de princípios gerais não concernentes ao direito administrativo. Entre eles, ressaltamos particularmente: – os princípios gerais do direito penal (Cons. de Est., 19 de out. de 1962, D., 1962.687; *J.C.P.*, 1963. II.13068, nota Debbasch; *Rev. Admin.* 1962.623, nota Liet-Veaux); – o respeito dos direitos de defesa (Cons. de Est., 3 de dez. 1969, D., 1970.79, concl. Gentot), do caráter contraditório do processo contencioso (Cons. de Est., 13 de dez. 1968, *Rev. Cons. de Est.*, p. 645; 4 de jul. de 1969, *ibid.*, p. 358).

42. Foram elaboradas várias teorias jurídicas para relativizar certos textos e impedir sua aplicação nos casos a que visavam. Como, por exemplo, a teoria do abuso de direito.

Conforme às palavras de Planiol: “O direito cessa onde começa o abuso, e não pode haver uso abusivo de qualquer direito que seja, pela razão irrefutável de que um só e mesmo ato não pode ser, ao mesmo tempo, conforme e contrário ao direito.”¹⁸

“Em numerosíssimos casos”, escreverá L. Josserand, “a falta cometida pelo titular consiste em ter usado seu direito de modo prejudicial a outrem, sem vantagem pessoal apreciável, ... é o caso, por exemplo, de um proprietário que ... podendo escolher entre vários modos de exercer seu direito, opta, sem disso retirar proveito pessoal, pelo modo de execução mais desfavorável à sua vizinhança.”¹⁹

Essa teoria foi seguida pela Corte de Cassação da Bélgica (16 de nov. de 1961, *Pas.*, 1962.I.333) que proclama que, entre modos diferentes de exercer um direito, com a mesma utilidade, não é permitido escolher aquele que é prejudicial a outrem, que ignora o interesse geral.

18. M. Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, t. 2, nº 871.

19. L. Josserand, *De l'esprit des droits et de leur relativité*, 1939, p. 382 – Rappr. A. Pirovano, “La fonction sociale des droits”, D. 1972. Chron., p. 67.

O procurador-geral da Corte de Cassação da Bélgica cita, a este respeito, um texto do grande jurista belga H. De Page.

“Que nos refiramos, para determinar o abuso, à intenção dolosa, ao móbil injustificado, à culpa na execução ou na destinação econômica ou social dos direitos, o princípio permanece idêntico em seus resultados: somente o conteúdo técnico do direito – melhor, seu enunciado, sua letra – não basta para determinar a licitude das atitudes humanas. A conformidade *exterior* às leis não esgota a obra da justiça.”²⁰

E ele acrescenta que um princípio geral de direito “tem uma existência autônoma como fonte de direito; o juiz só tem um papel ‘declarativo’, revela-o, interpreta-o e aplica-o”²¹.

Enquanto o artigo 544 do Código Civil define a propriedade como “o direito de gozar e dispor das coisas do modo mais absoluto, contanto que não se faça um uso proibido pelas leis ou pelos regulamentos”, a teoria do abuso de direito insiste no fato de que os direitos subjetivos não podem ser exercidos de modo contrário ao interesse geral. Ao estabelecer que se exerça o direito de propriedade de um modo que não seja, sem utilidade para o proprietário, prejudicial a outrem, a doutrina e a jurisprudência introduzem uma limitação no direito de propriedade que não havia sido prevista pelo artigo 544.

Assim também, graças à noção de “ordem pública internacional”, a doutrina e a jurisprudência erigem em princípios de aplicação universal umas regras de direito interno, cujo efeito será impedir a aplicação, na Bélgica, de certas disposições da lei estrangeira, quando estas chocam com demasiada violência a consciência do juiz belga. Assim é que, enquanto o estado e a capacidade das pessoas são regidos

20. H. de Page, *A propos du gouvernement des juges*, 1931, pp.112-113.

21. W. J. Ganshof van der Meersch, *Propos sur le texte de la loi et les principes généraux du droit*, p. 97.

pela lei nacional do estrangeiro, e a lei marroquina permite a um marroquino desposar quatro mulheres, este não poderá desposar uma segunda mulher diante de um oficial belga do estado civil, pois a bigamia é considerada na Bélgica não apenas contrária à ordem pública interna, porque passível de punição em virtude do artigo 391 do Código Penal, mas também contrária à ordem pública internacional. Mas caberá à doutrina e à jurisprudência precisar o alcance desta noção. Assim é que um marroquino, embora não possa contrair um segundo matrimônio diante de um oficial do estado civil, não será contudo processado na Bélgica se vier instalar-se com duas esposas legítimas, e será aceito que a segunda esposa também possa propor uma ação de indenização caso seu esposo seja vítima de um acidente de trânsito.

Estes dois exemplos de construções jurídicas indicam claramente que estas, ao contrário das teorias científicas, que não são mais que hipóteses a serem submetidas ao controle da experiência, servem para guiar a ação e, especialmente, para orientar as Cortes e os tribunais. São elas que lhes fornecerão as justificações de direito conformes ao interesse público e à moral dominante. Desempenham um papel análogo ao das teorias filosóficas, morais ou políticas.

43. A dogmática jurídica não pode eximir-se de tomar posição nas controvérsias em que juízos de valor opostos venham a chocar-se num caso particular. Seu papel é fornecer argumentos que permitirão aos advogados militantes, e principalmente aos juízes, eleger uma posição e fundamentá-la no direito. Mas as teorias assim elaboradas e os princípios gerais que elas permitem reconhecer serão uma pura criação do jurista ou encontramos-os na realidade jurídica? Aqueles que, como H. De Page, opõem-se à idéia do direito natural preferirão concebê-los como uma criação da jurisprudência, enquanto o procurador-geral Ganshof van der

Meersch, para permanecer fiel à idéia de que não cabe ao juiz criar princípios de direito, dirá que “o juiz só tem um papel declarativo”²². Na verdade, não se trata nem de uma criação arbitrária nem de uma simples constatação, mas de uma situação intermediária, que procuraremos analisar mais de perto na segunda parte deste trabalho.

Mas devemos desde já chamar a atenção para os originais trabalhos do professor J. Esser, de Tübingen, principalmente *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*, 1956, 1964² e *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*, 1970, que elaboram uma síntese que combina uma concepção mais flexível e mais sociológica do raciocínio jurídico com a busca de uma decisão judiciária que seja equitativa, sensata, em uma palavra, aceitável.

Os esforços do professor Esser são continuados, na Alemanha, sobretudo pelos professores Martin Kriele (*Theorie der Rechtsgewinnung*, 1967) e Othmar Ballweg (*Rechtswissenschaft und Jurisprudenz*, 1970), nos Países Baixos, pelo professor Ter Heide (*Judex viator: Probleem of systeemdenken of gesystemiseerd probleemdenken, Ars aequi*, 1967), na Bélgica, pelo professor W. Van Gerven (*Het beleid van de rechter*, 1973), no México, pelo jurista espanhol L. Recaséns Siches (*Nueva filosofía de la interpretación del derecho*, 1956). Estas obras encontram eco nas análises dos juristas anglo-americanos, tais como K. N. Llewellyn (*The Common Law Tradition, Deciding Appeals*, 1960), R. M. Dworkin (*The Model of Rules*, 1967, retomado em *Law, Reason and Justice*, 1969, pp. 3-43), E. Bodenheimer (*Jurisprudence*, 1974²) e os trabalhos de J. Stone (*Human Law and Human Justice*, 1964, e *Legal System and Lawyer's Reasoning*, 1964). Na França, são os trabalhos de L. Husson (*Les transformations*

22. *Ibid.*, p. 97.

de la responsabilité, 1947, *Nouvelles études sur la pensée juridique*, 1974) que seguem mais claramente esta linha.

O conjunto desses estudos caracteriza-se pelo fato de que, embora constituam uma reação contra o positivismo jurídico, não se fundamentam numa ideologia prévia, ou numa teoria qualquer do direito natural, mas resultam de uma análise do raciocínio judiciário, de uma reflexão de ordem essencialmente metodológica.

Nas páginas seguintes analisaremos esta corrente, a mais recente do pensamento jurídico moderno, baseando-nos essencialmente nos trabalhos do professor Esser.

44. J. Esser constata, em seu livro²³ mais recente, que a enumeração dos métodos de interpretação dos textos, o recurso aos precedentes e aos princípios gerais, às finalidades e aos valores que o legislador busca promover e proteger, todo esse arsenal de argumentos é totalmente insuficiente para guiar o juiz no exercício de suas funções, pois nenhum sistema estabelecido *a priori* pode indicar-lhe, num caso concreto, a qual método de raciocínio deve recorrer, se deve aplicar a lei literalmente, ou, ao contrário, restringir ou alargar seu alcance. “O estilo das motivações”, escreve Esser, “tem manifestamente um alcance secundário em comparação às considerações primordiais, as relativas a tudo que, no caso de um litígio, constitui uma decisão ao mesmo tempo justa e conforme ao direito.”²³

A teoria que ele se empenha em elaborar será extraída da prática judiciária. Ora, esta inspira-se menos num desejo de compreender e interpretar os textos legais, em conformidade com métodos escolares (interpretação literal ou gramatical, sistemática, histórica, teleológica etc.), que numa

23. J. Esser, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*, Athenäum Verlag, Frankfurt, 1970, p. 7.

intenção consciente de buscar uma solução justa, conforme à natureza do problema. As motivações e as justificações da decisão visam essencialmente demonstrar o caráter sensato da solução, inserindo-a no sistema jurídico em vigor.

Conclui-se destas considerações que a solução justa da lide não é simplesmente, como afirmaria o positivismo jurídico, o fato de ser conforme a lei, isto é, legal. É bem raro, de fato, que haja apenas um modo de conceber a legalidade de uma solução: será antes a idéia prévia daquilo que constituirá uma solução justa, sensata, aceitável que guiará o juiz em sua busca de uma motivação juridicamente satisfatória. Mas, em tal caso, a idéia prévia que se forma de uma solução social e moralmente aceitável em dado meio não é uma consideração extrajurídica como o queria, por exemplo, a teoria pura do direito, que se esforça para excluir da ciência do direito qualquer juízo de valor. Pelo contrário, são os juízos de valor, relativos ao caráter adequado da decisão, que guiam o juiz em sua busca daquilo que, no caso específico, é justo e conforme ao direito, subordinando-se normalmente esta última preocupação à precedente. Mas esse caráter adequado não será determinado segundo critérios subjetivos, ao modo do presidente Magnaud, mas de uma maneira intersubjetiva, na medida em que corresponde às preocupações do meio que a deve aceitar.

O raciocínio jurídico deixa de ser, nessa perspectiva, uma simples dedução silogística cuja conclusão se impõe, mesmo que pareça desarrazoada, mas não é tampouco simples busca de solução equitativa (*ars aequi*), que poderá ou não ser inserida na ordem jurídica em vigor. Pois, desse modo, o juiz deixaria de ser atado pelo legislador, o que suprimiria a distinção tradicional entre o justo *de lege data* e o justo *de lege ferenda*. A tarefa que o juiz se impõe é portanto a busca de uma síntese que leve em conta, ao mesmo tempo, o valor da solução e sua conformidade ao direito: o teórico

deverá apenas examinar os métodos que o juiz utiliza para chegar a esse resultado.

A interpretação da lei, para ser aplicada a um caso específico, deve ser considerada uma hipótese, que só será adotada definitivamente se a solução concreta em que redunde afigurar-se aceitável²⁴. Somente levando em conta essa dupla exigência, que exige um vaivém da mente, da situação vivida à lei aplicável²⁵, compreenderemos a especificidade do pensamento jurídico.

De fato, nenhum jurista pode negar que a segurança jurídica, que confere a capacidade jurídica de prever, de modo praticamente satisfatório, as reações daqueles que estão encarregados de dizer o direito, trate-se de juizes ou de agentes da administração pública, constitui um valor fundamental do direito, tal como é concebido atualmente.

O respeito pelos precedentes e a busca de uma solução garantida pela dogmática jurídica guiam as partes: o desejo de não decepcioná-los constitui um obstáculo de porte a qualquer mudança jurisprudencial ou doutrinal, até mesmo legislativa. Mas esse obstáculo, como a história nos ensina, não é intransponível, pois novas leis são votadas e promulgadas, a jurisprudência e a doutrina mudam, embora de modo progressivo e raramente revolucionário. É que o sistema jurídico não é um sistema fechado, isolado do contexto cultural e social no qual se insere, pelo contrário, sofre constantemente seu influxo. O direito jurisprudencial elabora-se por ocasião dos conflitos que o juiz deve arbitrar, encontrando-lhes soluções convincentes e satisfatórias em direito porque juridicamente bem motivadas. E toda nova legislação não

24. Cf. a esse respeito M. Kriele, *Theorie der Rechtsgewinnung*, Duncker und Humblot, Berlim, 1967, § 53.

25. Cf. K. Engisch, *Logische Studien zur Gesetzesanwendung*, 1960, p. 14. – V. também, do mesmo autor, *Einführung in das juristische Denken* (1956), 1977⁷.

faz mais que responder a uma necessidade do meio político, econômico e social.

Essa dialética, implicada pela busca de uma solução convincente, instauradora da paz judiciária, por ser ao mesmo tempo razoável e conforme ao direito, coloca o poder judiciário numa relação nova diante do poder legislativo. Nem inteiramente subordinado, nem simplesmente oposto ao poder legislativo, constitui um aspecto complementar indispensável seu, que lhe impõe uma tarefa não apenas jurídica, mas também política, a de harmonizar a ordem jurídica de origem legislativa com as idéias dominantes sobre o que é justo e equitativo em dado meio. É por essa razão que a aplicação do direito, a passagem da regra abstrata ao caso concreto, não é um simples processo dedutivo, mas uma adaptação constante dos dispositivos legais aos valores em conflito nas controvérsias judiciais²⁶.

A nítida oposição dessa concepção ao positivismo jurídico está sublinhada na seguinte passagem, que, por assim dizer, vai em contracorrente da teoria pura do direito de Hans Kelsen:

“A capacidade do direito de funcionar como um sistema jurídico é inteiramente dependente da inserção controlada de juízos de valor pré-jurídicos ou ao menos pré-positivos. Nenhuma operação discursiva jurídica, por mais elementar que seja, pode ser compreendida, quando submetida a um exame mais atento, sem um juízo de valor assim. O pensamento em termos de valor não pode fornecer uma contribuição construtiva independente, mas guia o esforço da dogmática a partir de seus pressupostos e permite controlar o caráter razoável da decisão: atos cujo alcance não se reduz de modo algum a seu alcance sociológico para a política judiciária. A ‘policy of courts’ é elaborada, necessariamente, no

26. J. Esser, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*, pp. 189-190.

âmbito de um consenso sobre valores e não pretende um controle autônomo do pensamento jurídico, que abandonaria aos leigos toda expressão em termos de juízo de valor.²⁷

Os valores em sua oposição, os interesses em litígio, não podem oferecer solução judicial independentemente do sistema jurídico que o juiz deve aplicar quando diz o direito. É por essa razão que o existencialismo judiciário e a livre apreciação das situações concretas por parte do juiz são teorias inadmissíveis em um sistema de direito que dá valor à segurança jurídica e procura reduzir, na medida do possível, a arbitrariedade das decisões de justiça.

Toda a problemática do raciocínio jurídico, especialmente judicial, esforçar-se-á, portanto, para elaborar uma dialética²⁸ em que a busca de uma solução satisfatória enriqueça o arsenal metodológico que permite manter a coerência do sistema e torná-lo mais flexível. É nesta perspectiva que cabe sublinhar o papel crescente atribuído pelos teóricos do raciocínio jurídico aos princípios gerais do direito e à tópica jurídica.

45. A crescente importância atribuída aos princípios gerais do direito, no direito continental do pós-guerra, manifesta-se não apenas no número cada vez mais considerável de publicações consagradas a esta matéria, mas também na mudança de atitude das Cortes de Cassação, mesmo as mais conservadoras e mais respeitosas da vontade do legislador.

Enquanto em outros países, como a Alemanha e a Itália, os tribunais supremos desde há muito admitiam que um julgamento pudesse ser cassado por violação de uma norma jurídica, fosse qual fosse sua fonte – essa tendência foi favorecida na Alemanha pelo artigo 20 da Constituição Federal de 23 de maio de 1949, que submete os juízes à lei e ao

27. J. Esser, *ibid.*, p. 165.

28. Cf. K. Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, Berlin, 1969², p. 227.

direito –, na Bélgica, como já vimos, qualquer interposição de recurso devia indicar a lei que fora violada. É verdade que, muitas vezes, tal referência a um texto legal foi mais fictícia que real (fornecendo exemplos daquilo que J. Stone qualificou de *illusory reference*)²⁹ e a violação do direito de defesa era, há muito tempo, considerada, tanto na França como na Bélgica, um motivo de cassação, ainda que só se invocassem textos que a protegiam em matérias especiais, alheia ao caso tratado³⁰. Desde o acórdão de 13 de janeiro de 1970 (*Pas.*, 1970.I.399) a Corte de Cassação da Bélgica assinala, sobre este ponto, uma notável reviravolta da jurisprudência.

Já que, seguindo o exemplo célebre do processo de Nuremberg, se reconhece aos princípios gerais do direito, na ausência de qualquer texto escrito, o caráter de regras de direito obrigatórias, a oposição nítida e decisiva que o positivismo jurídico tentou manter entre o direito positivo, legalista e estatal, e o direito natural tende a desaparecer. Embora seja verdade que um princípio geral, para tornar-se regra de direito, deve ser “declarado” por uma instância judiciária, que lhe determina o alcance e lhe circunscreve os limites, não se pode negar que estes princípios retomam, de uma forma mais moderna, diversas regras de direito tradicionais, às quais se reconhece um campo de aplicação mais vasto do que no direito romano clássico³¹.

46. Nem todas as regras formuladas no título 50 do *Digesto* “*De diversis regulis juris antiqui*” enunciam princípios gerais do direito: algumas formulam meras máximas³².

29. J. Stone, *Legal System and Lawyer's Reasonings*, Cap. 7.

30. Cf., sobre o Conselho de Estado francês, R. Odent, “Les droits de la défense”, *Études et documents*, 1953, p. 55.

31. Cf. P. Stein, *Regulae Juris, from Juristic Rules to Legal Maxims*, Edimburgo, 1966.

32. Cf. B. Jouanneau, *Recueil des maximes et citations latines à l'usage du monde judiciaire*, 1952; Daguin, *Axiomes, aphorismes et brocards français du droit*, 1926; Rouast, *Cours de doctorat*, Paris, 1951.

Ganshof van der Meersch descreve-as assim: “As máximas de direito, chamadas também ‘adágios’ ou ‘brocardos’, são, escreve H. De Page, os provérbios do direito. As mais antigas figuram no *Corpus Juris*. Frases concisas, sínteses breves resultantes da experiência e da tradição, cujo crédito se deve à sua antiguidade e à sua forma lapidar. Do ponto de vista da forma ‘são frases brilhantes, concisas e convincentes’, geralmente em latim, do ponto de vista do fundo, são verdades de ordem geral, que não levam em conta as exceções e ignoram a evolução do direito. Numerosas máximas são, portanto, incompletas, geralmente imprecisas, até mesmo inexatas, por vezes até diretamente contrárias à lei. O professor Carbonnier chama-as de ‘doutrina anônima e imemorial’. Como tais elas são alheias ao direito positivo.”³³

Embora diferentes por natureza dos princípios gerais do direito, as máximas representam pontos de vista que a tradição leva em consideração e fornecem argumentos que a nova metodologia, que busca conciliar a fidelidade ao sistema com o caráter sensato e aceitável da decisão, não pode desprezar.

Essa metodologia contribuiu para pôr novamente em moda os *Tópicos jurídicos*, caídos no esquecimento mas que, até os meados do século XVIII, designavam as obras consagradas ao raciocínio específico dos juristas. Basta, para convencer-se disso, constatar a extraordinária repercussão do livro, pequeno mas substancial, de Theodor Viehweg, *Topik und Jurisprudenz*, que, desde 1953, obteve quatro reedições na Alemanha e numerosas traduções estrangeiras.

Os tópicos jurídicos referem-se aos lugares *específicos* de Aristóteles, os que dizem respeito a matérias particulares, opostos aos *lugares-comuns*, que utilizamos no discurso

33. W. J. Ganshof van der Meersch, *Propos sur le texte de la loi et les principes généraux du droit*, pp. 51-52.

persuasivo, em geral, tratados por Aristóteles nos *Tópicos*. Notemos, de passagem, para demonstrar a atualidade do assunto, aliás ligado ao renascimento do interesse pela retórica e pelo raciocínio dialético, que foi o tema do 3.º Simpósio Aristotélico, realizado em Oxford em 1968³⁴.

A importância dos lugares específicos do direito, isto é, dos tópicos jurídicos, consiste em fornecer razões que permitem afastar soluções não equitativas ou desarrazoadas, na medida em que estas negligenciam as considerações que os lugares permitem sintetizar e integrar em uma visão global do direito como *ars aequi et boni*.

47. Um esforço meritório, que ressalta o papel e a importância dos tópicos jurídicos, foi empreendido recentemente por Gerhard Struck. Em seu estudo *Topische Jurisprudenz*³⁵, ele pôs em evidência o papel dos tópicos jurídicos tanto na legislação quanto na jurisprudência alemãs atuais, e assim pôde reunir um catálogo dos lugares específicos utilizados em direito.

Gerhard Struck indica como subtítulo de seu livro “Argumento e lugar-comum no trabalho jurídico” (*Argument und Gemeinplatz in der juristischen Arbeit*), e isto para pôr em evidência o aspecto duplo desses lugares que se apresentam ora como um argumento, ora como um ponto de vista, cuja consideração dará azo a argumentos.

O catálogo dos lugares, apresentado por Struck, enumera sessenta e quatro. Não é necessário enumerá-los a todos, pois a lista assim estabelecida não é, de modo algum, exaustiva. Mas será útil examinar certo número deles para que a idéia de tópica jurídica, que a época contemporânea perdeu de vista, fique suficientemente ilustrada. Logo fica-

34. Cf. *Aristotle on Dialectics*, Proceedings of the third Symposium Aristotelicum, publicado por G. E. L. Owen, Oxford, 1968.

35. Athenäum Verlag, Frankfurt, 1971.

rá claro que os lugares específicos apresentados não passam de argumentos, que são encontrados em todos os ramos do direito e dão o alcance real ao raciocínio jurídico que não quer limitar-se à citação de textos. Alguns afirmam princípios gerais do direito, outros constituem máximas ou adágios, formulados em latim, outros, por fim, indicam valores fundamentais que o direito protege e põe em prática.

Seguem-se algumas amostras do catálogo de Struck, com a indicação de seu número de ordem³⁶:

1 – *Lex posterior derogat legi priori*.

O princípio de que “a lei posterior revoga a lei anterior” é o fundamento de uma das técnicas de ab-rogação implícita nas regras de direito. Se uma disposição posterior, emanada da mesma autoridade, ou de uma autoridade superior, opõe-se a uma disposição mais antiga esta é implicitamente ab-rogada.

Notemos, a esse respeito, que a aplicação deste princípio dá origem a dificuldades quando a disposição jurídica posterior é um texto constitucional, pois pode-se sempre perguntar se o texto novo ab-roga de pleno direito as leis anteriores que lhe são opostas, ou se se trata somente de uma declaração de intenção, de um programa que só se tornará efetivo após a votação de uma nova lei.

Assim é que a Constituição alemã de 1949, no artigo 3, alínea 2, consagra a igualdade dos sexos no direito alemão e o artigo 117, alínea 2, prevê que “o direito contrário à alínea 2 do artigo 3 permanece em vigor até sua adaptação a este dispositivo da Lei Fundamental, mas não além de 31 de março de 1953”.

Que sucederá, após esta data, caso o Parlamento não tiver tomado nenhuma medida ab-rogando a lei anterior? Pode-se dizer que resulta daí uma lacuna *intra legem*, que cabe aos tribunais preencher, ou vai-se manter em vigor a legisla-

36. Cf. Struck, *ibid.*, pp. 20-34.

ção antiga? Embora a adaptação prevista pela Constituição e que deveria modificar os artigos 1353 a 1363 do Código Civil só tenha sido promulgada pela lei de 18 de junho de 1957, as Cortes e os Tribunais não hesitaram, já em 1953, em revogar vários dispositivos da legislação anterior³⁷.

Criou-se um problema análogo aos Tribunais da Venezuela. O último parágrafo do artigo 220 do Código Civil venezuelano estabelece que “as crianças oriundas de relações extramatrimoniais, adulterinas, sacrílegas ou incestuosas não poderão propor ação de investigação de paternidade ilegítima enquanto subsistir um obstáculo ao casamento de seus pais”. Ora, o artigo 75 da Constituição da Venezuela de 1961, posterior ao Código Civil, proclama: “A lei proverá para que toda criança, seja qual for sua filiação, possa conhecer seus pais.” Mas o texto constitucional, ao contrário do artigo 117 da lei fundamental da Alemanha Federal, não prevê data em que os textos contrários à Constituição deveriam ser ab-rogados.

Em 25 de fevereiro de 1969, um tribunal de primeira instância considerou que o último parágrafo do artigo 220 do Código Civil já não é aplicável, mas a Corte Suprema da Venezuela, em sessão plenária, decidiu de outra forma num acórdão de 27 de junho de 1969³⁸.

Que solução adotar em caso de conflito entre um tratado e uma lei nacional posterior? Um acórdão belga, de 26 de novembro de 1925 (*Pas.*, 1926, I, 76), havia assimilado o tratado a uma lei: nesse caso, é a vontade mais recente do legislador que deve prevalecer. Mas um acórdão mais recente, de 27 de maio de 1971 (*Pas.*, 1971, I, 888), considera que uma estipulação *self-executing* de um tratado não pode ser abolida por uma disposição de direito interno (cf. Ganshof van der

37. Cf. Gernhuber, *Lehrbuch des Familienrechts, Munique*, 1971; Labrusse-Riou, *L'égalité des époux dans le droit allemand*, 1965.

38. Cf. H. Petzold Pernia, *La noción de igualdad en el derecho de algunos Estados de América Latina*, Maracaibo, 1974, pp. 97, 316-319.

Meersch. “Le juge belge à l’heure du droit international et du droit communautaire”, *Journal des Tribunaux*, 1969, p. 537).

Problemas como estes, concernentes à solução de uma antinomia, são inconcebíveis em lógica formal ou nas ciências: atestam a especificidade do raciocínio jurídico e das controvérsias às quais pode dar origem.

2 – *Lex specialis derogat legi generali*: lei especial deroga lei geral.

A aplicação desta regra, bastante simples quando a lei especial é posterior, pode suscitar controvérsias quando a lei geral é que é posterior, pois cabe determinar se a nova legislação se aplica ou não a qualquer disposição anterior que lhe é contrária.

4 – *Res judicata pro veritate habetur*: coisa julgada é tida como verdade.

O princípio que afirma a autoridade da coisa julgada, que o artigo 1351 do Código Civil não faz mais que confirmar, estabelece uma presunção legal *juris et de jure* e tem por objetivo pôr um fim a litígios: deu origem a uma abundante literatura concernente ao seu campo de aplicação. O artigo 1351 do Código Civil (substituído na Bélgica pelos artigos 23 a 28 do Código Judiciário de 1967) enuncia: “A autoridade da coisa julgada só ocorre no tocante ao que foi objeto do julgamento. É necessário que a coisa pedida seja a mesma, que o pedido seja fundamentado na mesma causa; que a lide seja entre as mesmas partes e formada por elas na mesma qualidade.” Mas não sucede o mesmo em direito penal. Várias decisões da Corte de Cassação, tanto belga quanto francesa, declaram que: “As decisões prolatadas no crime têm em relação e contra todos a autoridade de coisa julgada, quer quanto à própria existência do fato que deu início ao processo, quer quanto à sua imputabilidade” (Cass. belga, 4 de jul. de 1878, *Pas.*, 1878. 286, Cass. francesa 9 de dezembro de 1902, *Pas.*, fr., 1903. I. 351).

5 – *De minimis non curat praetor*: o pretor não se ocupa de questões insignificantes.

Essa máxima é aplicada, entre outros casos, na determinação da competência de diferentes jurisdições, da apreciação dos fatos que podem dar azo à revisão e daquela da importância da lesão que pode ensejar a anulação de um contrato de venda.

6 – *Ne ultra petita*: a condenação não pode ultrapassar o requerido, tanto em processo civil quanto penal.

7 – *Et audiatur altera pars*: é preciso também ouvir a parte contrária. É a expressão lapidar do princípio do direito de defesa, considerado fundamental para a administração imparcial da justiça.

9 – *In dubio pro reo* ou *in dubio pro libertate*: em caso de dúvida, a favor do réu ou a favor da liberdade. Este princípio é a base da presunção de inocência. Estabelece, de um modo mais geral, um princípio de liberdade que deve ser reconhecido na ausência de dispositivos claros que a limitem.

16 – *Nemo plus iuris transferre potest quam ipse habet*: ninguém pode transferir mais direito do que tem. Este adágio lembra outro, freqüentemente utilizado em direito público, “*ex iniuria ius non oritur*”: do que é contrário ao direito não pode originar-se um direito.

19 – *Casum sentit dominus*: o proprietário arca com o prejuízo resultante do acaso. Foi a partir deste adágio que se elaborou toda a jurisprudência e a legislação concernentes aos acidentes de trabalho.

27 – *Quisquis praesumitur bonus*: todos são presumidamente bons (ou inocentes).

28 – *Venire contra factum proprium*: não se pode insurgir contra as conseqüências do feito próprio. Em direito administrativo, esta regra obriga a administração pública a se conformar às regras que ela própria instituiu: *patere legem quam ipse fecisti*³⁹.

39. Cf. H. Buch, “La règle de droit en droit administratif”, *La règle de droit*, Bruylant, Bruxelas, 1971, p. 276.

29 – *Jura scripta vigilantibus*: as leis foram escritas por aqueles que não são negligentes. A negligência não pode constituir motivo de escusa.

38 – *Favor legitimatis*: o direito favorece o que é legítimo. Regra que vale tanto no domínio da prova quanto no da interpretação.

Ao lado destes adágios latinos, são citadas outras regras em alemão, que parecem relacionadas com uma concepção moderna do direito.

3 – As exceções têm interpretação estrita.

Esta regra de interpretação é fundamental quando se trata tanto de textos legislativos quanto de tratados. Ela supõe que se conheça o campo de aplicação da regra em relação à qual um dispositivo particular constitui exceção.

8 – Não se pode ser juiz em causa própria.

Ninguém pode ser juiz e parte. Mas cumpre precisar quando o juiz pode ser recusado ou deve abster-se: os artigos 828 e 831 do Código Judiciário belga de 1961 enumeram longamente os casos de recusa, as situações que podem dar motivo a uma suspeita de parcialidade. Assim é que o juiz pode ser recusado, entre outros casos, se ele, ou seu cônjuge, é parente ou afim de uma das partes até o quarto grau, se ele, seu cônjuge ou seus ascendentes e descendentes são partes numa lide similar à que está em julgamento, se são credores ou devedores de uma das partes etc.

Vê-se aqui, claramente, a diferença entre um adágio e uma regra de direito. O adágio é vago, enquanto a regra procurará precisar detalhadamente, na medida do possível, todos os motivos possíveis de recusa.

10 – *Einmal ist kein Mal*: aquilo que só acontece uma vez não conta. Este adágio implica certa tolerância, tanto nas causas criminais, quanto cíveis. Ter-se-á tendência de dar mostras de indulgência para com uma infração única, mas aumentará a severidade se houver reincidência.

11 – A simples possibilidade de dúvida não pode ser determinante: é preciso contentar-se, para a convicção do juiz, com um grau de certeza suficiente para a vida prática.

12 – Cumpre devolver o que foi adquirido sem razão jurídica.

Este adágio corresponde ao princípio do enriquecimento sem causa, admitido como tal pelo acórdão da Corte de Cassação da França de 15 de junho de 1892 (D., 1892.596) e pelo acórdão da Corte de Cassação da Bélgica, de 27 de maio de 1909 (*Pas.*, 1909.I.823).

“A ação reclusória do enriquecimento sem legítima causa, realizado à custa de outrem, é admitida não apenas em direito civil, mas também em direito administrativo”⁴⁰ (Conselho de Estado francês, 14 de abril de 1961, *J.C.P.*, II.12255).

14 – Na dúvida, deve-se dividir em partes iguais.

A igualdade corresponde à justiça se não há razão para afastar-se dela. Se a divisão for impossível, aplicar-se-á a regra seguinte.

15 – Em uma divisão, recorrer-se-á, em último recurso, ao sorteio.

Há situações em que o que à primeira vista parece irracional pode tornar-se a única solução sensata de um litígio.

17 – Proibição de concluir contratos que onerem terceiros.

18 – Aquilo que favorece, ao mesmo tempo desfavorece.

Esse é o grande argumento contra a subvenção a empresas privadas. Justifica também, nas sucessões, os limites impostos às doações.

23 – Quem cometeu uma falta deve arcar com suas consequências.

Este princípio vale tanto em direito civil (contrato, divórcio), quanto em direito penal (homicídio, ferimentos, incêndio).

40. Cf. W. J. Ganshof van der Meersch, *Propos sur le texte de la loi et les principes généraux du droit*, p. 109; cf. também M. Waline, “Un nouveau principe général du droit”, *Rev. dr. publ.*, 1959, 767.

25 – O silêncio não obriga a nada.

30 – O importante é o que foi querido e não o que teria sido desejável: a vontade manifestada é que importa, não a intenção que não o foi.

32 – O direito exige sanções.

Essa é, para muitos juristas, a característica específica do direito. Esta medida impõe-se sobretudo ao legislador. Neste contexto, pode-se considerar como sanção a nulidade de um ato jurídico.

33 – A chicana é proibida.

Esta máxima encontra-se na base da teoria do abuso de direito.

39 – A confiança merece proteção.

Esta máxima está na base de todas as disposições que protegem quem tem boa-fé.

40 – O direito não deve ceder ao que é violação do direito.

Donde o princípio da legítima defesa.

43 – Devem-se utilizar os meios menos danosos.

Convém exercer seu direito evitando causar danos a terceiros para não ter de repará-los.

44 – O necessário é permitido.

Tem como correlativo o princípio seguinte.

50 – Ninguém é obrigado ao impossível.

Estes dois princípios justificam os casos de força maior e o estado de necessidade. Não se trata, em ambos os casos, de necessidade e de impossibilidade lógicas, mas de situações que decorrem “da natureza das coisas”. Uma de suas aplicações são os artigos 1949 a 1953 do Código Civil relativos ao depósito obrigatório.

45 – A ação oportuna é permitida.

Este adágio justifica a gestão dos negócios.

46 – São permitidas exceções em caso de extrema dificuldade.

47 – Somente o que é indicado com precisão é pertinente em direito.

51 – A arbitrariedade é proibida.

Esta máxima limita o poder discricionário, que não pode ser exercido de modo contrário à razão.

54 – O que é insuportável não pode ser de direito.

Se a denegação de justiça é passível de punição, não se pode proibir o juiz de suprir as deficiências do legislador; assim também, é preciso interpretar a lei, de modo que suas conseqüências não sejam insuportáveis.

Este adágio é ilustrado pelo acórdão *Romain* de outubro de 1952, pelo qual a Corte de Cassação da Bélgica rejeitou o recurso apresentado contra a absolvição de um transportador rodoviário.

Romain, que fazia coleta de manteiga entre os fazendeiros e a entregava aos revendedores em Namur, foi intimado a comparecer ao tribunal administrativo com fundamento no artigo 20 da lei belga de 8 de julho de 1935, combinado com o artigo 23, parágrafo 5, 2º. O artigo 20 proíbe “transportar para venda ou para entrega manteigas, margarinas ou gorduras preparadas que contenham menos de 82% de gordura”. O artigo 23, parágrafo 5, 2º, pune “aqueles que, à sua revelia, tiverem contravindo às disposições do artigo 20”.

Ora, para estabelecer a deficiência das matérias graxas, um perito teve de proceder a um exame microscópico. *Romain* foi absolvido porque lhe era absolutamente impossível conhecer o conteúdo da manteiga transportada, sem mandar fazer uma análise prévia. A Corte de Cassação confirmou a sentença, argumentando que “conforme o princípio geral do direito, consagrado no artigo 71 do Código Penal, a ignorância, quando é invencível, ou a força maior, constitui uma causa de justificação”.

55 – Não podem ser admitidos pedidos que não têm limites.

Não se admitirá nenhuma ação de indenização que possa estender-se ao infinito. Foi por esta razão que os tribunais alemães recusaram-se a acolher a queixa de prejuízo de um vizinho, fundada em considerações de ordem estética.

Ao lado destes adágios e princípios, Struck formula certo número de lugares jurídicos, ou seja, de pontos de vista, que tanto o legislador quanto o juiz devem levar em conta na elaboração e na aplicação do direito.

Estes pontos de vista referem-se (13) à compensação, (20) à responsabilidade e à iniciativa, (21) à prioridade (o primeiro a chegar é o primeiro a ser servido), (22) à igualdade, (26) à autonomia da vontade, (36) aos padrões (critérios), (37) à proteção dos comportamentos habituais, (42) à proporcionalidade, (48) ao praticável, (56) ao perigo de abuso, (57) à finalidade, (58) ao interesse, (59) ao interesse geral, (60) à proteção social, (61) ao interesse econômico, (62) ao princípio de ordem, (63) à segurança jurídica, (64) à possibilidade de abreviar os procedimentos nos casos evidentes.

48. A principal *crítica* feita aos partidários dos tópicos jurídicos pelos adeptos de uma concepção mais dogmática e mais sistemática do direito é a imprecisão destes lugares e o fato de, num litígio, ser raro ambas as partes não poderem invocar um ou outro lugar em seu favor.

A esta objeção Struck responde que, se certos lugares são objeto de um consenso geral, é porque se prestam a interpretações diferentes, de sorte que um acordo sobre um lugar pode constituir um acordo apenas sobre uma fórmula vazia: a discussão deverá, nesse caso, como quando há conflito entre lugares diferentes, chegar a uma interpretação ou a uma escolha que pareça fornecer a solução mais razoável à situação litigiosa.

Mas a refutação fundamental, do ponto de vista dogmático, resulta da constatação de que nenhuma regra de direito, assim como nenhum valor, é absoluta, e que sempre

haverá situações em que uma regra, seja ela qual for, deverá ser limitada, e em que um valor, qualquer que seja sua importância, deverá ceder diante de considerações preponderantes na ocorrência⁴¹.

Assim é que, ainda que a liberdade de expressão seja considerada um valor prioritário na constituição americana, nem por isso se admite que se possa permitir seu exercício quando constitui um perigo indubitável e iminente. Quem grita: “fogo” em um teatro repleto, e isso a fim de provocar pânico, não pode invocar seu direito à liberdade de expressão para subtrair-se aos processos judiciais.

O recurso aos tópicos jurídicos não se opõe nem um pouco à idéia de um sistema de direito, mas, antes, à aplicação rígida e irrefletida das regras de direito. Permite, ao contrário, o desenvolvimento de argumentos jurídicos, de controvérsias, em que, tendo sido evocados todos os pontos de vista, poderá ser tomada uma decisão ponderada e satisfatória. Como a segurança jurídica é um dos valores centrais no direito, que contribui para o respeito das regras de direito, dos precedentes, dos costumes e hábitos sociais, os partidários dos tópicos jurídicos jamais podem perder de vista os inconvenientes da incerteza em matéria de direito. Do mesmo modo, como uma comunidade regida por regras de direito é, ao mesmo tempo, uma comunidade lingüística, supor-se-á que os termos utilizados nos textos legais deverão ser entendidos em um sentido comumente aceito, a menos que razões especiais justifiquem que dele nos afastemos.

Se é verdade que, graças aos tópicos jurídicos, o juiz dispõe de maior liberdade na interpretação dos textos legais, tornados mais flexíveis, essa liberdade, em vez de conduzir à arbitrariedade, aumenta os meios intelectuais de que o juiz dispõe na busca de uma solução razoável, aceitável e equitativa⁴².

41. Struck, *Topische Jurisprudenz*, p. 47.

42. *Ibid.*, p. 42.

O obstáculo à aceitação de um sistema rígido de direito é o fato de, diante das diferentes técnicas de interpretação, tais como foram apresentadas por Von Savigny, por exemplo, jamais ter sido possível hierarquizá-las de um modo tal que se possa dizer, *a priori*, a qual técnica de interpretação deve-se dar prioridade quando interpretações divergentes são opostas umas às outras⁴³. De fato, o que determinará a escolha de uma ou outra técnica não são considerações de ordem geral, válidas sempre e em todo lugar, mas antes o fato de uma dada técnica de interpretação permitir, no caso considerado, chegar a uma solução mais equitativa, mais aceitável, quando se pesaram bem os prós e os contras, e se examinaram os efeitos da decisão adotada, tanto para o caso litigioso, quanto, como precedente, para a solução de casos da mesma espécie.

A grande vantagem dos tópicos jurídicos consiste no fato de que, em vez de opor dogmática e prática, eles permitem elaborar uma metodologia jurídica inspirada na prática, e guiam os raciocínios jurídicos, que em vez de opor o direito à razão e à justiça, se empenharão em conciliá-los⁴⁴.

43. *Ibid.*, p. 55.

44. *Ibid.*, p. 64-65.

Segunda Parte

Lógica jurídica e nova retórica

49. Enquanto o raciocínio jurídico relativo à aplicação da lei foi considerado uma simples operação dedutiva, quer se tratasse de decisão judiciária ou administrativa, devendo a solução ser apreciada unicamente segundo o critério de legalidade, sem levar em consideração seu caráter justo ou injusto, razoável ou aceitável, podia-se pretender que uma teoria pura do direito devia ignorar os juízos de valor. De fato, na medida em que estes intervêm, sem que disso resulte uma violação à lei, dependeriam apenas da consciência do juiz, escapando, por esta razão, a qualquer controle de ordem jurídica. Mas se, de acordo com Esser, Kriele e Struck, os juízos de valor relativos à própria decisão são insuprimíveis do direito, porque guiam todo o processo de aplicação da lei, já não se pode desprezar a questão de saber se tais juízos são a expressão de nossos impulsos, de nossas emoções e de nossos interesses, e portanto subjetivos e inteiramente irracionais, ou se, ao contrário, existe uma *lógica dos juízos de valor*.

A teoria positivista admitia que um raciocínio pudesse concluir num juízo de valor ou numa norma, desde que um juízo de valor ou uma norma figurassem em uma das premissas. Mas não admitia, e isto desde as análises de Hume, que um juízo de valor ou uma norma pudessem derivar de um juízo de fato. A passagem de um juízo de fato a um juízo de valor, do ser ao dever ser, não poderia ser racional pois não pertencia à lógica. Era necessário, conseqüentemente,

admitir a existência de juízos de valor ou de normas primárias, de princípio não derivados, expressão da vontade ou da emoção subjetiva do sujeito que os enuncia. Esta é uma tese comum a todos os positivistas, desde Hume até Ayer, e que foi bem exposta pelo professor Léonard G. Miller, em seu artigo “Du scepticisme moral”, cuja crítica fiz há alguns anos¹.

O que parece justificar o ponto de vista positivista é que, graças à experiência e à demonstração, pode-se estabelecer a verdade de certos fatos e de certas proposições, lógicas e matemáticas, enquanto os juízos de valor permanecem controvertidos, sem que seja possível encontrar um método racional que permita estabelecer um acordo a respeito deles. Frequentemente, com efeito, quando é necessário superar os desacordos que eles suscitam e tomar uma decisão, é a razão do mais forte que se impõe como a melhor, sendo o mais forte aquele que prevalece pelas armas ou por um voto majoritário. Acontece, por vezes, de estas duas técnicas se combinarem, sendo o direito ao voto concedido apenas a uma minoria privilegiada, sustentada pelo poder militar. Em certas repúblicas da América Latina, as decisões importantes eram tomadas pela maioria dos votantes, mas só os generais se beneficiavam do direito ao voto.

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.

Pessoalmente, sempre procurei estender o papel da razão, e foi nessa perspectiva que encetei, há mais de trinta anos,

1. Para este artigo e a crítica, cf. minha coletânea *Droit, morale et philosophie*, L.G.D.J., Paris, 1968, pp. 65-78.

minha análise da noção de justiça². Aplicando a esta noção um método de análise de inspiração positivista, obtive um primeiro resultado: pude evidenciar uma noção de justiça formal que corresponde à regra de justiça, segundo a qual é justo tratar do mesmo modo situações essencialmente semelhantes³. Esta regra, que é central em toda aplicação de uma norma a situações particulares, é indispensável em qualquer concepção positivista do direito. Ela parece, à primeira vista, alheia a qualquer juízo de valor. Mas, assim que se quer utilizar essa regra, é preciso decidir se uma situação nova é ou não é essencialmente semelhante à outra que poderia servir de precedente, e torna-se inevitável o recurso a um juízo de valor: de fato, cumpre declarar que as diferenças que distinguem os dois casos são ou não negligenciáveis. Ora, em 1944, quando escrevi esse primeiro estudo sobre a justiça, considerava os juízos de valor inteiramente arbitrários⁴.

Mas essa resposta, que 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 com a moral, o direito e a política. De fato, se nos ativermos ao método positivista, a idéia de uma escolha, de uma decisão, de uma solução *razoável*, que implique a possibilidade do uso prático da razão, deverá ser excluída. Mas mesmo que fôssemos além da abordagem positivista, não bastava desejar uma concepção mais ampla da razão: cumpria também elaborar uma metodologia que permitisse pô-la em prática, elaborando uma lógica dos juízos de valor que não os fizesse depender do arbítrio de cada um.

2. Cf. “De la justice”, *Justice et raison*, pp. 9-80.

3. *Ibid.*, p. 26.

4. *Ibid.*, pp. 75-76.

50. Para elaborar uma lógica assim, pareceu-me que o melhor seria inspirar-me no método utilizado pelo célebre lógico alemão Gottlob Frege para renovar a lógica formal. Partindo da idéia de que se encontram nas deduções matemáticas as melhores amostras de um raciocínio lógico, ele analisou suas técnicas para distinguir os procedimentos daqueles que, não se contentando com um recurso à intuição e à evidência, procuram demonstrar seus teoremas de forma rigorosa. Uma análise análoga, a partir de raciocínios que implicassem valores, não deveria permitir elaborar aquilo a que se poderia chamar uma lógica dos juízos de valor?

Essa empresa, encetada em 1947, com a preciosa colaboração de Lucie Olbrechts-Tyteca, iniciou-se pela análise de textos variados, de tratados filosóficos, de artigos políticos, de obras de moral e de estética. Ela nos conduziu, após quase dois anos de trabalho, à conclusão inesperada de que não havia lógica específica dos juízos de valor, mas que, nas áreas examinadas, bem como em todas aquelas em que se trata de opiniões controvertidas, quando se discute e delibera, recorre-se a técnicas de argumentação. Estas têm sido analisadas desde a antigüidade por todos que se interessavam pelo discurso que visa persuadir e convencer e publicaram obras intituladas *Retórica, Dialética e Tópicos*⁵.

Esta descoberta não deixa de ter pertinência para a lógica jurídica. Pois, embora o raciocínio do juiz deva empenhar-se para chegar a soluções que sejam equitativas, razoáveis, aceitáveis, independentemente de sua conformidade às normas jurídicas positivas, é essencial poder responder à questão: “Mediante quais procedimentos intelectuais o juiz chega a consi-

5. Cf. nosso artigo “Logique et rhétorique” publicado em 1950 na *Revue philosophique de la France et de l'étranger*, republicado em *Rhétorique et Philosophie*, Presses Universitaires de France, Paris, 1952, pp. 1-43.

derar tal decisão como equitativa, razoável ou aceitável, quando se trata de noções eminentemente controvertidas?”

É quando se trata de noções como estas que cabe, segundo Platão, recorrer à dialética. Citemos, a esse respeito, um trecho de interessantíssimo artigo do professor J. Moreau⁶ que, parafraseando e comentando um texto de Platão (*Eutifron* 7 b-d), escreve: “Se divergissemos, tu e eu, diz Sócrates a Eutifron, sobre o número (de ovos de um cesto), sobre o comprimento (de uma peça de tecido) ou sobre o peso (de um saco de trigo), não brigariamos por isso; não começaríamos uma discussão; bastar-nos-ia contar, medir ou pesar e nossa divergência estaria resolvida. As divergências só se prolongam e se envenenam quando nos faltam tais métodos de medição, tais critérios de objetividade; é o que sucede, precisa Sócrates, quando estamos em desacordo sobre o justo e o injusto, o belo e o feio, o bem e o mal, em uma palavra, sobre os valores. Ora, se se quer evitar que em tais casos o desacordo degenerem em conflito e seja resolvido pela violência, não há outro meio senão recorrer a uma discussão racional. A dialética, arte da discussão, se mostra o método apropriado à solução dos problemas práticos, os que concernem aos fins da ação, que envolvem valores; é no exame de tais questões que é empregada nos diálogos socráticos, e esta a razão da estima que Platão tem por ela.”

Na ausência de técnicas unanimemente admitidas é que se impõe o recurso aos raciocínios *dialéticos e retóricos*, raciocínios que visam estabelecer um *acordo* sobre os valores e sobre sua aplicação, quando estes são objeto de uma controvérsia.

Vê-se aparecer assim o caráter central da noção de acordo, tão desprezada pelas filosofias racionalistas ou positivistas, nas

6. J. Moreau, “Rhétorique, dialectique et exigence première”, *Théorie de l'argumentation*, Nauwelaerts, Louvain, 1963, p. 207.

quais o que importa é a *verdade* de uma proposição, vindo o acordo por acréscimo, uma vez que a verdade foi estabelecida pelo recurso à intuição ou à prova. Mas a noção de acordo torna-se fundamental quando os meios da prova inexistem ou são insuficientes, principalmente quando o objeto do debate não é a verdade de uma proposição, mas o valor de uma decisão, de uma escolha, de uma ação, consideradas justas, equitativas, razoáveis, oportunas, louváveis, ou conformes ao direito.

Como se obtém o acordo alheio, e o próprio, no caso de uma deliberação íntima?

Foi isso que examinamos num *Tratado da argumentação*, que intitulamos também “A nova retórica”⁷.

Consagraremos o primeiro capítulo à argumentação jurídica em geral e o segundo à argumentação específica do direito. Mostraremos, assim, sucessivamente a importância da nova retórica como instrumento da razão prática e sua importância particular para a lógica jurídica.

7. Cf. Ch. Perelman e L. Olbrechts-Tyteca, *Traité de l'argumentation, La nouvelle rhétorique*, Edição da Universidade de Bruxelas, 1976³ (1ª ed. Presses Universitaires de France, 1958).

A nova retórica e os valores

51. A Retórica, que foi elaborada pelos Antigos e à qual foram consagradas as obras muito conhecidas de Aristóteles, Cícero e Quintiliano, é uma disciplina que, após ter sido considerada o coroamento da educação greco-romana, degenerou no século XVI, quando foi reduzida ao estudo das figuras de estilo, e depois desapareceu inteiramente dos programas do ensino secundário. Esta retórica foi definida por Aristóteles como a arte de procurar, em qualquer situação, os meios de persuasão disponíveis¹. Prolongando e desenvolvendo a definição de Aristóteles, diremos que seu objeto é o estudo das técnicas discursivas que visam a *provocar ou a aumentar a adesão das mentes às teses apresentadas a seu assentimento*².

Esta definição deve ser completada por *quatro observações* que permitirão precisar-lhe o alcance.

A primeira é que a *retórica procura persuadir por meio do discurso*. Quando recorremos à experiência para obter a adesão a uma afirmação, não se trata de retórica. É verdade que, para obter a adesão ao enunciado de um fato, a experiência é insuficiente sem um acordo prévio sobre o sentido das palavras utilizadas no enunciado. Assim que se discutir sobre o sentido das palavras, para conseguir um acordo a

1. Aristóteles, *Retórica*, I, 1355, b 26-27.

2. Ch. Perelman e L. Olbrechts-Tyteca, *Traité de l'argumentation*, p. 5.

esse respeito, será indispensável recorrer à retórica no sentido amplo, que engloba tanto os tópicos como a dialética, as técnicas próprias do debate e da controvérsia.

Excluimos da retórica tanto a violência como a carícia, mas é difícil eliminar-lhe a ameaça e a promessa, pois estas se servem da linguagem para ganhar a adesão.

A segunda observação concerne à *demonstração e às relações da lógica formal com a retórica*.

A prova demonstrativa, aquela que é analisada pela lógica formal, é mais que persuasiva, é convincente, mas isto desde que se admita a verdade das premissas de que parte. De fato, a validade de uma demonstração só garante a verdade da conclusão se estamos dispostos a reconhecer a verdade das premissas.

Descartes e os racionalistas puderam deixar de lado a retórica na medida em que a verdade das premissas era garantida pela *evidência*, resultante do fato de se referirem a idéias claras e distintas, a respeito das quais nenhuma discussão era possível. Pressupondo a evidência do ponto de partida, os racionalistas desinteressaram-se de todos os problemas levantados pelo manejo de uma linguagem. Mas, assim que uma palavra pode ser tomada em vários sentidos, assim que se trata de aclarar uma noção vaga ou confusa, surge um problema de escolha e de decisão, que a lógica formal é incapaz de resolver; cumpre fornecer as razões da escolha para obter a adesão à solução proposta, e o estudo dos argumentos depende da retórica.

A terceira observação é que *a adesão a uma tese pode ter intensidade variável*, algo essencial quando se trata não de verdades, mas de valores. De fato, admitimos preliminarmente que os fatos e as verdades são sempre compatíveis, e duas proposições evidentes não podem afirmar teses contraditórias: É uma evidência, escreve Brentano³, que aquele

3. E. Brentano, *Die Lehre vom richtigen Urteil*, Berna, 1930, p. 192. Cf. meu artigo “De l'évidence en métaphysique” em *Le champ de l'argumentation*, p. 241.

que afirma “a negação do que afirma aquele que julga com evidência, não pode julgar com evidência”. Se assim fosse, um dos *fatos* perderia seu estatuto e se tornaria aparência, uma das “verdades” seria desqualificada e se tornaria erro. Mas não acontece o mesmo quando se trata de uma escolha entre valores. Quando só se pode obter um valor sacrificando o outro, dizer que se sacrifica apenas um valor aparente é desconhecer o significado do sacrifício. Se Abraão, para obedecer a Javé, está pronto a sacrificar seu filho único, não é porque não lhe tenha apego. Ao contrário, todo o relato bíblico valoriza a imensidão de seu sacrifício. Os mártires da fé dão provas de sua convicção, pois estão prontos a pagar com a vida sua fidelidade religiosa, cuja grandeza é medida pela grandeza do sacrifício. Quando se trata de aderir a uma tese ou a um valor, a intensidade da adesão sempre pode ser utilmente aumentada, pois nunca se sabe com qual tese ou qual valor ela poderia entrar em competição, em caso de incompatibilidade e, portanto, de escolha inevitável.

A quarta observação, que distingue a retórica da lógica formal e até das ciências positivas, é *que ela diz respeito mais à adesão do que à verdade*. As verdades são impessoais, e o fato de serem, ou não, reconhecidas nada muda em seu estatuto. Mas a adesão é sempre a adesão de um ou mais espíritos aos quais nos dirigimos, ou seja, de um auditório.

52. A noção de *auditório* é central na retórica. Pois um discurso só pode ser eficaz se é adaptado ao auditório que se quer persuadir ou convencer.

Em sua retórica, Aristóteles analisa detidamente os diferentes tipos de auditório, diferenciados pela idade ou pela fortuna. Pensando na multidão reunida na praça pública, salienta que a tarefa da retórica é conquistar a adesão de um auditório não especializado e incapaz de seguir um raciocínio complicado⁴,

4. Aristóteles, *Retórica*, Liv. I, 1357, 1-4.

mas nada nos obriga a nos limitar desse modo. De fato, uma argumentação persuasiva ou convincente pode dirigir-se a qualquer auditório que seja, trate-se de estudiosos ou de ignorantes, trate-se de uma única pessoa, de um pequeno grupo ou da humanidade inteira. Argumenta-se também consigo mesmo, numa deliberação íntima. Ocorre também que o mesmo discurso possa dirigir-se simultaneamente a diversos auditórios; o orador pode, em um discurso no Parlamento, subdividir seu auditório em tantos elementos quantos forem os partidos políticos; pode procurar ganhar para a sua causa a opinião pública nacional ou internacional, que não reagirão necessariamente da mesma forma a cada um de seus argumentos.

Daí a superioridade, do ponto de vista teórico, dos argumentos que seriam admitidos por todos, isto é, pelo auditório universal: dir-se-á então que se lança um apelo à razão, que se utilizam argumentos convincentes, que deveriam ser aceitos por qualquer ser racional. É esta espécie de argumentos que Aristóteles analisa nos *Tópicos*, onde a noção de auditório não é explícita, pois trata-se de raciocínios dialéticos utilizáveis em qualquer controvérsia, diante de qualquer interlocutor e que não precisam ser adaptados às particularidades deste ou daquele auditório.

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.

53. Como toda argumentação é relativa ao auditório que ela se propõe influenciar, ela pressupõe, tanto na mente

do orador quanto na do auditório – e isto vale para quem apresenta seus argumentos por escrito assim como para aqueles aos quais se dirige –, o desejo de realizar e de manter um contato entre os espíritos, de querer persuadir, por parte do orador, e o desejo de escutar, por parte do auditório. Ora, isto não é nem um pouco óbvio. Não se dá a qualquer um, sobre um tema qualquer, em qualquer circunstância que seja, a oportunidade de se fazer ouvir. As crianças só têm, o mais das vezes, o direito de calar. Apenas os deputados e os senadores, bem como os responsáveis pelo executivo, podem, normalmente, tomar a palavra na Câmara e no Senado. Nas Cortes e nos tribunais é preciso uma qualidade particular para ter direito à palavra; o mesmo acontece na maior parte das sociedades científicas, como das demais. A livre circulação das idéias existe apenas em alguns países privilegiados; na maioria dos Estados, somente porta-vozes do governo podem dirigir-se ao grande público e a censura impede a difusão das idéias subversivas.

Por outro lado, já é significativo que se procure ganhar nossa adesão, que se procure persuadir-nos, em vez de nos ignorar ou nos dar ordens, sem se preocupar com nossa opinião.

O contato dos espíritos exige uma linguagem comum que possa ser compreendida pelos ouvintes, que lhes seja mesmo familiar. Isso não cria nenhum problema se nos dirigimos a ouvintes que têm a mesma formação, a mesma profissão, ou se nos dirigimos, sobre problemas não especializados, ao nosso meio habitual. Mas, assim que o meio é desconhecido, ou se procura obter, a propósito de questões técnicas, a adesão de um auditório não especializado, a adaptação do orador ao auditório pode apresentar dificuldades consideráveis. É esse todo o problema da *vulgarização*.

A adaptação ao auditório não se refere somente a questões de linguagem, pois não basta que o auditório compreenda o

orador para que dê sua adesão às teses que este apresenta a seu assentimento.

Para persuadir o auditório é necessário primeiro conhecê-lo, ou seja, conhecer as teses que ele admite de antemão e que poderão servir de gancho à argumentação. É importante não só conhecer quais são as teses admitidas pelos ouvintes que fornecerão à argumentação seu ponto de partida, mas também a intensidade da adesão do auditório. De fato, o mais das vezes, em uma controvérsia, as teses se opõem umas às outras e prevalecerá aquela à qual se confere maior peso, à qual se adere com maior intensidade. Vincular uma argumentação a premissas às quais se concede uma adesão apenas de fachada é tão desastroso como pendurar um quadro pesado a um prego mal fixado à parede: tudo corre o risco de vir abaixo e, em vez de ver adotadas as conclusões, em consequência da solidariedade estabelecida entre elas e as teses iniciais, estas é que serão abandonadas pelo auditório se as conclusões em que resultou a argumentação lhes parecem menos aceitáveis do que as teses das quais dependem. É por este motivo, aliás, que certos discursos, como os elogios fúnebres, as cerimônias patrióticas e religiosas, as comemorações de toda espécie, são tão importantes para fortalecer a adesão aos valores que poderiam ser postos à prova em outras ocasiões. Estes discursos, que não levam a nenhuma decisão concreta, a nenhuma ação particular, criam, entretanto, uma disposição preliminar, essencial para orientar certas escolhas futuras.

54. Percebemos nesse ponto uma nítida diferença entre o discurso sobre o real e o discurso sobre os valores. De fato, aquilo que se opõe ao verdadeiro só pode ser falso, e o que é verdadeiro ou falso para alguns deve sê-lo para todos: não se tem de escolher entre o verdadeiro e o falso. Mas aquilo que se opõe a um valor não deixa de ser um valor, mesmo que a importância que lhe concedamos, o apego que lhe testemu-

nhemos não impeçam de sacrificá-lo eventualmente para salvaguardar o primeiro. Nada garante, aliás, que a hierarquia de valores de um será reconhecida por outro. Muito mais, nada garante que a mesma pessoa, ao longo de sua existência, permanecerá sempre apegada aos mesmos valores: o papel da educação, da formação espiritual, a possibilidade de uma conversão supõem que as atitudes, as tomadas de posição, as hierarquias de valores não sejam imutáveis.

Enquanto os raciocínios demonstrativos, as inferências formais são corretos ou incorretos, os argumentos, as razões fornecidas pró ou contra uma tese têm maior ou menor força e fazem variar a intensidade da adesão de um auditório. Todas as técnicas de argumentação visam, partindo do que é aceito, reforçar ou enfraquecer a adesão a outras teses ou suscitar a adesão a teses novas, que podem, aliás, resultar da reiteração e da adaptação das teses primitivas.

55. Aristóteles havia distinguido três gêneros oratórios, o deliberativo, o judiciário e o epidíctico, pressupondo os dois primeiros uma controvérsia política ou um litígio judiciário, enquanto o epidíctico não conduzia a nenhuma decisão particular. Os discursos epidícticos para ele eram um espetáculo, e o papel dos ouvintes, segundo ele, não era tomar uma decisão, mas apreciar o talento do orador⁵. Mas, na realidade, é possível transformar em espetáculo ou em obra literária qualquer gênero que seja de discurso: tal como o *Pro Milone* de Cícero, que este modificara para transformá-lo em uma obra-prima literária, após a condenação de Milão; tal como o discurso de Antônio no *Júlio César* de Shakespeare, composto muito tempo depois dos acontecimentos. Ao contrário do que pensava Aristóteles, os discursos epidícticos têm um efeito sério, o de criar uma comunhão em torno de certos acon-

5. *Ibid.*, 1358 b 1-7.

tecimentos, de certas pessoas, de certas realizações, cuja valorização caracteriza a cultura de uma sociedade. É para isso que servem a história patriótica, as ideologias e os mitos comunitários, aos quais a ciência histórica e as filosofias vão opor valores universais, que caracterizam as culturas humanistas. Estas últimas apresentam-se como visando à verdade e à objetividade, portanto a valores que se impõem a todos. Assim é que aparece a ambigüidade da noção de verdade, ora alheia aos valores, ora valor universal, impondo-se a todos e primando sobre todos os outros valores. Veremos, no último capítulo, que lições interessantes o direito nos dá a este respeito.

Se é incontestável que toda argumentação pressupõe a adesão do auditório a certas teses, a certas opiniões preliminares, não podemos deixar de recusar a epistemologia empirista que se empenha em fazer todas as nossas idéias derivarem da experiência. Pois ela ignora que, ao lado da experiência, cujo papel é inegável para controlar e corrigir nossas idéias, estas constituem um elemento preliminar, transmitido pela tradição e pela educação, e que requer a existência de uma língua comum, síntese e símbolo de uma cultura. A inserção dos jovens em uma comunidade supõe que tenham aprendido seus usos e suas peculiaridades e, principalmente, a língua comum e todas as representações a que remete. Mas o aprendizado de uma língua também significa aderir aos valores de que, de modo explícito ou implícito, ela é portadora, às teorias cujas marcas traz, às classificações subjacentes ao emprego dos termos. A criança se integra através da imitação dos pais e dos mestres, aos quais confere um valor que ela transfere para o modo de agir, de falar e de pensar deles. De fato, sem os sentimentos de amor, de respeito, de admiração dos quais o educador se serve para realizar essa transferência, ele só pode agir mediante a ameaça ou a promessa de uma recompensa, utilizando a vara ou a cenoura – proverbiais.

Foi realmente a esta conclusão que chegaram os utilitaristas que, desde Hobbes, desprezando as emoções que favorecem

a sociabilização da criança, se ativeram aos valores biológicos, o desejo de viver e o medo de morrer, o prazer e a dor, que guiarão o interesse bem compreendido de cada um. Mas, mesmo neste caso, quando não se vê nos valores sociais e culturais senão valores derivados, meios para objetivos egoístas, o empenho educativo dos epicuristas e utilitaristas visará a hierarquizar os prazeres e as dores por meio de argumentos de toda espécie, que não deixarão de apelar para os sentimentos de amor-próprio, de ambição, de honra, para promover certos valores, certo ideal de homem, que prevalecem em dado meio, em dado grupo social ou profissional. Isto permitirá, na argumentação entre adultos, considerar como reconhecidos não só os valores de ordem puramente egoísta, mas tradições, instituições, modelos, freqüentemente de inspiração religiosa, que dão a cada cultura sua originalidade própria.

56. As reflexões consagradas, desde Aristóteles até Globot, ao raciocínio prático, à deliberação, à lógica dos juízos de valor⁶ insistiram principalmente no aspecto técnico desses raciocínios: com vistas a um fim, quais são os melhores meios de alcançá-lo, quais os obstáculos para remover, sendo apenas os valores instrumentais, derivados, objeto de uma deliberação, de uma reflexão das quais sairia a lógica. O valor dos fins jamais era discutido ou posto em questão.

Tal modo de proceder pode bastar, a rigor, quando o fim perseguido é único: mas que sucede quando sua busca é incompatível com outros fins, outros valores e outras normas aos quais somos igualmente apegados? Na visão tradicional e racionalista da filosofia ocidental, sempre se procurou eliminar esse pluralismo dos valores e das normas, graças a uma sistematização e uma hierarquização, que se pretendia

6. Aristóteles, *Ética a Nicômaco*, Liv. III; E. Globot, *La logique des jugements de valeur*, Paris, 1927.

objetiva, de todos os aspectos do real. O que se opunha à ontologia assim elaborada era desqualificado como erro ou aparência; sendo os valores assim desqualificados subordinados ao que é verdadeiramente real ou ao que é real de um modo superior. Agindo desse modo, em vez de pôr em evidência o que distingue os valores das verdades, procurou-se um fundamento objetivo para os valores e as normas, graças à ontologia, colocados sob o signo da verdade, como se ela não passasse de uma ciência entre outras.

Os utilitaristas, que recusaram a ontologia, ainda assim procuraram guiar os comportamentos humanos, fazendo a solução racional depender de todos os problemas práticos dos sentimentos de prazer e de dor, cuja intensidade seria determinável quantitativamente, de modo idêntico para todos os homens. No pensamento de Bentham, a aritmética dos prazeres permitiria, graças a elementos científicos e objetivos, pôr fim a todas as controvérsias concernentes aos valores.

Recorrendo à ontologia ou a uma ciência do comportamento, transformamos todas as vezes os problemas concernentes aos valores em problemas relativos à verdade, problemas práticos em problemas teóricos: damos continuidade, sob diversas variantes, à atitude do sábio que espera encontrar, com um melhor conhecimento da ordem universal, da natureza humana ou dos mandamentos divinos, a solução certa, a única solução, dos problemas criados pela ação, assim pondo fim aos desacordos e às controvérsias.

Notemos que, já na Antigüidade, aqueles que prestaram alguma atenção a essas controvérsias não deixaram de reconhecer a existência de certo pluralismo, do qual o senso comum sempre teve consciência. Assim é que para Aristóteles, embora seja inegável que todos os homens buscam a felicidade, mesmo assim alguns identificam a felicidade com o prazer, outros com a honra, outros, por fim, preferem a vi-

da contemplativa à vida política e encontram a felicidade no conhecimento⁷.

Para os estóicos, especialmente para Epicteto, a existência de um acordo sobre o que qualificam de “prenoções”, que são os valores do senso comum, universalmente admitidos, não impede desacordos sobre casos de aplicação, quando se trata de passar dos valores comuns aos comportamentos concretos que deveriam guiar. Eis, a esse respeito, uma passagem característica das *Dissertações* de Epicteto.

“As prenoções são comuns a todos os homens. Nenhuma delas está em contradição com outra. Quem de nós não admite que o bem é algo útil, desejável, que deve ser buscado e perseguido em qualquer circunstância? Quem não admite que o justo é algo belo e conveniente? Em que momento, então, há contradição? Quando aplicamos as prenoções às realidades particulares, quando um diz: “Ele agiu honestamente, é um homem corajoso” e outro diz “Não, é um insensato”. Há assim conflito dos homens entre si. Tal é o conflito que opõe judeus, sírios, egípcios e romanos: que se deva antes de tudo buscar a santidade e buscá-la em tudo está fora de questão; mas nos perguntamos se é ou não conforme à santidade comer carne de porco. Tal é o conflito que opõe Agamenon a Aquiles. Convoca-os à tua presença. Que dirás tu, Agamenon? Não é necessário agir como se deve e com honestidade? Assim é. E tu, Aquiles, que dizes? Não pensas que se deva agir honestamente? Sou inteiramente dessa opinião. Apliquei agora estas prenoções: eis onde começa o conflito. Um diz que não se deve devolver Criseida ao pai, o outro diz que é necessário devolvê-la. De qualquer modo, um dos dois aplica mal a prenoção de dever.”⁸

7. Aristóteles, *Ética a Nicômaco*, Liv. I, 5, 1095 b 13-35, 1096 a 1-4.

8. Epicteto, “Les Entretiens”, in *Les stoïciens*, I, XXII, trad. Bréhier, Paris, Ed. de la Pléiade, pp. 857-858.

Diante da multiplicidade dos caracteres humanos, da pluralidade das opiniões, o papel tradicional dos filósofos era, estabelecendo uma hierarquia entre esses caracteres, ensinando o verdadeiro sentido das palavras, fornecer a resposta válida, objetivamente fundada, que haveria de se impor a todos os seres dotados de razão.

Infelizmente estas esperanças milenárias se mostraram vãs: a multiplicidade das filosofias, por ser oposta ao corpo comum dos conhecimentos científicos e acarretar controvérsias sem fim, levou a um ceticismo crescente quanto ao papel prático da razão e a uma separação metodológica entre os juízos de realidade e os juízos de valor. Somente os juízos de realidade seriam a expressão de um conhecimento objetivo, empírica e racionalmente fundado, sendo os juízos de valor, por definição, irracionais, subjetivos, dependentes das emoções, interesses e decisões arbitrárias de indivíduos e grupos de toda espécie.

Mas este ceticismo acerca do papel da razão prática apresenta, por sua vez, um *duplo inconveniente*. Reduzindo ao nada o papel e as esperanças tradicionais da filosofia, ele abandona a fatores irracionais, e afinal de contas à força e à violência, individual e coletiva, a solução dos conflitos concernentes à prática. Recusa, por outro lado, qualquer sentido à noção de *razoável*, de modo que, como as expressões “escolha razoável”, “decisão razoável”, “ação razoável” passam a ser apenas racionalizações, falsas aparências, fica impossível que as discussões e as controvérsias possam terminar de outro modo que não seja pelo recurso à força, a razão do mais forte sendo sempre a melhor. Por isso, toda educação, toda moral, toda filosofia prática, seja ela de inspiração religiosa ou laica, tenha ela como objeto a ética, o direito ou a política, não são mais que ideologia e legitimação capciosa das forças e dos interesses em conflito. Com o desmoronamento da filosofia prática, com a negação do valor de todo

raciocínio prático, todos os valores práticos, tais como a justiça, a equidade, o bem comum, o razoável, passam a ser simples palavras vazias que cada um poderá encher de um sentido conforme a seus interesses.

Há mais, porém. Faz uns vinte anos, a reação antipositivista, que caracteriza a filosofia do pós-guerra, pôs em evidência o fato de que não só as ciências humanas, como a história, mas também as próprias ciências naturais não podem constituir-se e progredir sem uma visão do mundo e uma metodologia que pressupõem juízos de valor implícitos, quando não explícitos, que permitem que se concentre no que é essencial, importante, pertinente, fecundo, simples, descartando o que é acidental, negligenciável, irrelevante, estéril, inutilmente complicado. Se, como demonstrou Thomas S. Kuhn, em sua obra consagrada às revoluções científicas⁹, cada busca científica insere-se em uma visão do mundo e em uma metodologia, que não podem dispensar juízos de valor, apreciações preliminares a qualquer teoria e a qualquer classificação, a qualquer elaboração de uma terminologia apropriada, relegar tais juízos de valor ao arbitrário e ao irracional retira todo fundamento científico do edifício da ciência, o qual garante os juízos de realidade cuja objetividade parecia a mais segura. De fato, como as ciências não são mais que o produto da atividade científica, a metodologia dela só pode elaborar-se se negamos a existência de critérios que permitiriam considerar preferíveis certas hipóteses, certas teorias, uma certa terminologia e um certo uso da linguagem.

Se rejeitarmos esse niilismo, se acreditarmos que nem tudo que concerne aos valores é arbitrário e que os juízos de realidade não são inteiramente independentes deles, afastaremos, como infundado, o fosso aberto pelo positivismo entre

9. Th. S. Kuhn, *The Structure of Scientific Revolutions*, The University of Chicago Press, 1970, trad. francesa Flammarion, Paris, 1972.

os juízos de realidade e os juízos de valor. Chegaremos, pelo contrário, à conclusão de que, no seio de um estudo geral sobre os raciocínios práticos, considerações próprias da metodologia farão prevalecer certos modelos e certos critérios nas ciências, e que outras considerações caracterizarão o raciocínio jurídico e a metodologia própria dos diferentes sistemas de direito.

Uma vez aceita esta posição, é normal começar a análise do raciocínio prático, ou seja, da argumentação que visa a justificar e a criticar as decisões, com considerações de ordem geral, deixando para elaborar mais tarde metodologias particulares para cada uma das disciplinas, indicando de que modo os fins que elas perseguem permitem especificar e precisar os valores e os critérios que parecem mais apropriados à sua realização. Assim é que uma teoria geral da argumentação, ou seja, uma nova retórica, concebida no sentido mais amplo, parece um preliminar a qualquer explanação consagrada ao raciocínio jurídico.

56. bis. Vimos que a Nova Retórica é o estudo das técnicas discursivas que visam a provocar ou a intensificar a adesão de certo auditório às teses apresentadas.

Tais teses são formuladas numa linguagem particular, que é a de uma comunidade cultural, por vezes de uma comunidade profissional, elaborada na história de uma cultura, no desenvolvimento de uma disciplina. Uma língua natural ou técnica não é nem necessária nem arbitrária: de fato, ela evolui, mas não evolui sem razão. Toda iniciação consiste no fato de transmitir aos recém-chegados à comunidade uma língua e uma terminologia que são o resultado de uma longa história; não são imutáveis, mas não se pode modificá-las sem razão. De fato, uma língua, por ser um instrumento de comunicação, deve ser comum. Só nos podemos afastar da língua comum se houver razões suficientemente boas para

que os outros membros da comunidade fiquem dispostos a seguir-nos.

Essa visão das coisas, que faz da língua um instrumento de comunicação indispensável, opõe-se tanto ao realismo quanto ao nominalismo filosóficos que procuraram ambos minimizar o papel da linguagem no conhecimento.

Para o primeiro, a linguagem é apenas um véu, apenas um obstáculo, que se deve remover para entrar diretamente em contato com a realidade, com o mundo das idéias, apreensível graças a uma experiência imediata, a uma intuição racional. O método certo seria partir de idéias claras e distintas, correspondentes a naturezas simples: se forem corretamente elaboradas, serão adequadas a um real preliminar; na medida em que daí se afastam, dão origem a erros e confusões.

Os nominalistas, pelo contrário, consideram os signos e os axiomas convenções puramente arbitrárias, hipóteses que não cabe justificar, o que elimina qualquer desacordo a respeito deles. Se daí resulta uma pluralidade de línguas possíveis, não há por que escolher entre elas, e portanto fornecer razões para preferir um uso lingüístico a outro.¹⁰

Mas se vemos numa língua um instrumento de comunicação e de ação, adaptável a fins variados e não apenas a fins científicos, já não é questão de modelá-la por uma língua ideal, caracterizada pela univocidade, pela ausência de imprecisão e de ambigüidade. Estas características que exigimos de uma linguagem formal, tal como a da lógica e a das matemáticas, não podemos impô-las a qualquer linguagem, seja qual for o fim para o qual a utilizamos. Uma língua, elaborada para um único fim, é freqüentemente inapta para outro: a língua dos cálculos não é a língua dos poetas ou dos diplomatas, nem a dos juristas. Resulta daí que, em vez de

10. Cf. a esse respeito nosso artigo "Opinions et vérité", *Justice et raison*, pp. 196-205.

considerar a língua natural uma aproximação imperfeita de uma língua formal, aquele que argumenta toma como ponto de partida de seu raciocínio teses formuladas na língua do auditório ao qual se dirige, e que normalmente é uma língua comum. Não verá na língua formal senão uma adaptação e uma regularização de uma parte da linguagem natural, adequada aos fins perseguidos pelos lógicos e matemáticos, e pelos estudiosos que utilizam em suas pesquisas modelos matemáticos.

57. A argumentação não visa à adesão a uma tese exclusivamente pelo fato de ser verdadeira. Pode-se preferir uma tese à outra por parecer mais equitativa, mais oportuna, mais útil, mais razoável, mais bem adaptada à situação. Em certos casos, é verdade que excepcionais, conceder-se-á preferência a outros valores que não a verdade; já o constatamos (*supra* 20, ao tratar da prova no direito); teremos ocasião de voltar a esse ponto mais tarde.

Em nítida oposição aos métodos da lógica formal, que não deixa espaço algum às reações do auditório, vimos que toda argumentação deve partir de teses que têm a adesão daqueles a que se quer persuadir ou convencer. Negligenciando esta condição, o orador, aquele que apresenta uma argumentação, arrisca-se a cometer uma *petição de princípio*. Esta, classificada tradicionalmente entre os sofismas, não é, como pretenderam alguns, um erro de lógica formal, mas um erro de argumentação. Se fosse um erro de lógica, teríamos de ver apenas um sofisma no princípio de identidade, que afirma que uma proposição implica-se a si mesma (se p, então p). Mas como ele concerne à verdade da proposição, e não à adesão a teses, o princípio de identidade jamais foi contestado. Por outro lado, quando se trata de adesão, é evidente que aquele que procura ganhar a adesão de um auditório a uma tese não pode pressupô-la de saída.

Foi por causa da confusão de John Stuart Mill, em sua célebre crítica ao silogismo, entre o aspecto demonstrativo e o aspecto argumentativo desse tipo de raciocínio, que os lógicos modernos não tomaram em nenhuma consideração suas objeções. É certo que Mill tem razão quando diz que ninguém admitirá a tese de que todos os homens são mortais se duvida que Sócrates seja mortal: a conclusão de que Sócrates é mortal seria apenas uma petição de princípio na medida em que está pressuposta na maior, segundo a qual todos os homens são mortais. Esta crítica, válida se o silogismo fosse uma forma de argumentação, deixa de ser pertinente como crítica de uma forma de raciocínio que não concerne à adesão mas à verdade¹¹.

Para evitar a petição de princípio, o orador deve conhecer seu auditório, ou ao menos os posicionamentos deste em relação ao assunto abordado.

O padre que faz um sermão diante dos fiéis de sua igreja tem o direito de contar com o fato de que estes, como todos os que crêem, aderem aos textos sagrados e aos dogmas reconhecidos. Mas o mesmo sermão, apresentado a uma reunião de filósofos, dentre os quais muitos fossem ateus, ou aos adeptos de outra religião, não deixaria de ser ridículo.

O mesmo discurso político ou ideológico seria convincente ou ridículo, conforme sejam as teses que pressupõe admitidas ou não pelos ouvintes.

Quem ignora a opinião e as convicções daqueles a quem se dirige poderia, caso o auditório se restringisse a uma pessoa ou a um pequeno número, certificar-se pelo método de perguntas e respostas – que é o método socrático (maiêutica) – de quais teses são admitidas por seus interlocutores. Mas se as condições são tais que o orador não pode proceder deste

11. Cf. a respeito da petição de princípio *Traité de l'argumentation*, § 28.

modo, é obrigado a partir de hipóteses ou de presunções sobre o que é aceito pelo auditório.

Tais presunções serão ainda mais seguras quando existir um corpo de conhecimentos, um código, um programa político, um conjunto de fatos e de métodos, de valores e de normas, que os ouvintes, dada sua especialidade, sua função, sua filiação política ou confessional provavelmente admitem. Assim como se supõe que o fiel partilhe as crenças de sua comunidade religiosa, supõe-se que o físico admita o que faz parte do corpo incontroverso de sua disciplina, supõe-se que o juiz reconheça a validade do direito que deve aplicar, supõe-se que o membro de um partido político dê sua adesão ao programa do partido¹².

58. O problema das teses iniciais é mais difícil para o orador quando se trata de uma questão a cujo respeito não lhe é possível referir-se a nenhum corpo de doutrina pré-constituído, quando se dirige a um público heterogêneo, cujas opiniões sobre o problema em pauta podem ser muito diversas. A solução que se impõe então ao orador é fundamentar-se em teses geralmente admitidas, em opiniões comuns, nas decorrentes do senso comum. Cada orador tem, em cada época, uma idéia do que é aceito pelo senso comum, dos fatos, das teorias e das presunções, dos valores e das normas que se supõem admitidos por todo ser racional.

A idéia de *razão*, principalmente em suas aplicações práticas, ligada ao que é razoável crer, tem vínculos indiscutíveis com a idéia de *senso comum*, sendo uma das tarefas da filosofia precisar e sistematizar as idéias de senso comum, eliminando delas, na medida do possível, as ambigüidades e as confusões, bem como as incompatibilidades que a adesão a tais idéias acarretarão para um pensamento um pouco mais

12. *Ibid.*, § 26.

aprofundado. Em nome das exigências de clareza e de coerência, a reflexão filosófica, partindo do senso comum, chega à construção dos grandes sistemas, que são obras-primas da filosofia.

Uma noção característica de todas as teorias da argumentação, já analisada por Aristóteles, é a do *lugar-comum*. O lugar-comum é, antes de tudo, um ponto de vista, um valor que é preciso levar em conta em qualquer discussão e cuja elaboração apropriada redundará numa regra, numa máxima, que o orador utilizará em seu esforço de persuasão. Os lugares-comuns são, em relação ao pensamento não especializado, o que são os lugares específicos em relação a uma disciplina particular. Se os princípios gerais do direito nada mais são do que os lugares específicos do direito, afirmações de ordem muito geral, como as que Aristóteles analisou nos *Tópicos*, e que analisamos no *Tratado da argumentação* (§§ 21 a 25), fornecem os princípios iniciais a um pensamento não especializado. Opusemos os lugares da quantidade (“é superior o que é mais útil ao maior número, o que é mais duradouro”) aos lugares da qualidade (“é superior o que é único, incomparável, o que é raro e difícil”), examinamos os lugares da ordem (“o que é causa é superior ao que é apenas efeito”), da superioridade do que existe sobre o que é apenas possível etc.

Os lugares-comuns desempenham na argumentação um papel análogo ao dos axiomas em um sistema formal. Podem servir de ponto inicial justamente porque os supomos comuns a todos os espíritos. Mas diferem dos axiomas porque a adesão que se lhes concede não é fundamentada na evidência deles, mas, ao contrário, na ambigüidade deles, na possibilidade de interpretá-los e de aplicá-los de modos diversos. É assim que uma reflexão sobre a liberdade pode partir de um lugar-comum tal como “a liberdade vale mais do que a escravidão”. Mesmo tratando-se de uma banalidade, ela pode

ainda assim, pela reinterpretação das noções de liberdade e de escravidão, resultar numa filosofia original, como a de Spinoza. Mas não é porque se está de acordo sobre as teses gerais (“é preciso procurar o bem e evitar o mal”, “não se deve infligir sofrimentos inúteis”) que se estará de acordo sobre os casos de aplicação. Vê-se por aí que o acordo sobre os lugares-comuns, como o acordo sobre os fatos e os valores, de modo algum garante o acordo sobre sua aplicação concreta e, portanto, sobre as conclusões a que chegaremos.

59. É evidente que os fatos, os valores, os lugares-comuns, que servirão de ponto inicial ao orador, sempre constituem apenas uma escolha efetuada em meio a uma massa de dados igualmente disponíveis. O orador, ao escolher tais fatos, tais valores, tais lugares em vez de tais outros, ao ressaltar a importância deles, graças a diversas técnicas de apresentação, buscará conferir-lhes uma *presença*, colocá-los no primeiro plano da consciência dos ouvintes.

A noção de presença, central na teoria da argumentação, enquanto não desempenha nenhuma função na lógica tradicional, refere-se, inicialmente, a uma presença efetiva, física, como o atesta esta bela história chinesa narrada por Mêncio¹³:

“Um rei vê passar um boi que deve ser sacrificado. Sente piedade dele e ordena que o substituam por um carneiro. Confessa que isto aconteceu porque via o boi e não via o carneiro.”

O provérbio “longe dos olhos, longe do coração” exprime a influência que a proximidade ou a distância, no espaço e no tempo, exercem sobre a afetividade. O que distingue o homem dos animais é o fato de ser capaz de combater a preeminência daquilo que está próximo, com a evocação, por

13. G. Pauthier, *Confucius et Mencius*, Paris, 1852, pp. 230 ss. — Cf. *Traité de l'argumentation*, p. 156.

meio do discurso, do que está distante. As técnicas do discurso podem, assim, como observou Lorde Bacon, “aplicar a razão à imaginação para melhor mover a vontade”¹⁴.

Nunca será demais insistir sobre o papel que desempenham as figuras de retórica na obtenção desse efeito de presença, principalmente a *amplificação*, desenvolvimento oratório de um assunto, a *congérie*, amplificação por enumeração das partes de um conjunto, a *repetição*, o *pseudodiscurso direto*, no qual se atribuem ficticiamente palavras a alguém, a *hipotipose*, na qual se descreve um acontecimento como se se desenrolasse ante nossos olhos, a *enálage do tempo*, em que se substitui um tempo por outro, contrariando as regras da gramática (se falas, *estás* morto)¹⁵. A arte da apresentação, em vez de produzir um simples efeito literário ou ornamental, tem uma inegável função persuasiva. Desde o século XVI, por influência das idéias de Pierre Ramus, estudaram as figuras de retórica fora de seu contexto, trataram-nas como flores de estufa, desprezando sua função dinâmica, entretanto inegável, no discurso que visa a persuadir. Seria útil, e já procuramos fazê-lo ocasionalmente em nosso tratado, retomar o exame de todas as figuras de retórica, mostrando que são figuras de estilo apenas quando se revelam ineficazes do ponto de vista argumentativo. Em contrapartida, quando são plenamente eficazes, nem sequer as percebemos como figuras, de tal modo a maneira de se exprimir parece então adaptada à situação¹⁶.

60. Para comunicar-se com seu auditório, o orador há de considerar a língua como um vasto arsenal no qual escolherá os meios que lhe parecem mais favoráveis a sua tese.

14. Francis Bacon, *Of the Advancement of Learning*, Oxford University Press, Liv. II, XVIII. 1; ref. *Traité de l'argumentation*, p. 157.

15. *Ibid.*, pp. 235-239.

16. *Ibid.*, § 41.

Toda exposição dos fatos pode situá-los em diversos níveis de generalidade. Uma mesma ação, a de apertar as porcas de um carro, também pode ser descrita como uma contribuição para o esforço de exportação do país. A escolha de um termo pode ser valorizadora ou depreciativa. Associando dois termos pode-se ressaltar o primado atribuído a um ou a outro, tornando um ou outro o substantivo ou o adjetivo: há uma diferença ente “um corpo animado” e “uma alma encarnada”¹⁷.

A maneira de juntar as proposições, coordenando-as ou subordinando-as, permite orientar o pensamento e hierarquizar os acontecimentos descritos. As técnicas de apresentação podem acentuar a singularidade dos acontecimentos, naquilo que têm de particular e mesmo de único ou, pelo contrário, no que têm de exemplar e que reclama uma generalização, uma subsunção sob uma categoria de acontecimentos semelhantes¹⁸.

Que fazer quando a adesão simultânea a vários valores ou a várias regras redundante, em casos particulares, em incompatibilidades ou antinomias? O senso comum considera valores, admitidos por todos, a liberdade e a justiça. Mas pode acontecer, mal os definimos desta ou daquela maneira, que eles venham a chocar-se em uma situação particular. Para resolver a incompatibilidade que se apresenta, será necessário sacrificar um dos dois valores ou redefinir um deles, a fim de subordiná-lo ao outro. Para tanto, dissociamos uma noção, qualificando de aparentes alguns de seus aspectos. Se certa concepção da justiça conduz a uma tirania que queremos a todo custo evitar, nós a qualificaremos de justiça *aparente*. Se certo uso da liberdade viola o ideal de justiça, ao qual concedemos primazia dentro de certa visão do homem e da so-

17. *Ibid.*, §§ 30 a 33.

18. Sobre o raciocínio pelo exemplo, *ibid.*, § 78.

cidade, diremos que se trata de licença ou de liberdade *aparente*. É assim que a solução dos conflitos entre valores, aceitos pelo senso comum, pode conduzir a concepções filosóficas e ideológicas diferentes, pois há várias maneiras de resolver um conflito entre valores e normas múltiplos em dada situação.

A superioridade do pensamento jurídico sobre o pensamento filosófico está em que, ao contrário deste que pode contentar-se com fórmulas gerais e abstratas, o direito é obrigado a considerar a solução das dificuldades que surgem quando se trata de aplicar essas fórmulas gerais à solução de problemas particulares. Os filósofos ficarão satisfeitos quando formularem um princípio como o imperativo categórico (*Age de modo que a máxima de tua ação possa tornar-se também a lei de uma legislação universal*) ou o princípio utilitarista (*Age de modo que alcances a maior utilidade para o maior número*). Mas um jurista não pode limitar-se ao enunciado de tais princípios. Uma vez formulado o princípio da responsabilidade civil (Art. 1382 do Código de Napoleão: “*Toda e qualquer ação do homem que cause a outrem um dano obriga o autor do dano a repará-lo*”) o jurista terá de propor-se questões concernentes à sua aplicação: as reflexões a este respeito fizeram surgir bibliotecas de comentários. Seria muito útil, para todos os que se interessam pela filosofia prática, inspirar-se na maneira pela qual os juristas consideram esses problemas¹⁹.

A busca das soluções concretas obrigará muitas vezes a reinterpretar os princípios, a opor o espírito à letra da lei, o ponto de vista pragmático, que leva em consideração as consequências resultantes da aplicação de uma regra, ao ponto de vista formalista, o da aplicação literal do texto²⁰. Adotando

19. Cf. meu estudo “Ce que le philosophe peut apprendre par l'étude du droit”, *Droit, morale et philosophie*, pp. 135-147, e “Scepticisme moral et philosophie morale”, *ibid.*, pp. 73-78.

20. Cf. “Ce qu'une réflexion sur le droit peut apporter au philosophe”, *Justice et raison*, pp. 252-253.

um ou outro ponto de vista interpretaremos, de modo mais rígido ou mais flexível, os termos da lei: se consideramos as noções instrumentos de ação sobre os espíritos somos levados inevitavelmente, às vezes até inconscientemente, a adaptá-las ao papel que lhes é atribuído nas controvérsias intelectuais. Nada mais característico a este respeito que os posicionamentos opostos, adotados pelos professores Bobbio e d'Entrèves, em 1957, por ocasião da sessão do Instituto Internacional de Filosofia Política consagrada ao direito natural. Enquanto o primeiro, adotando a posição de Kelsen, via no direito natural um sistema da mesma natureza que o direito positivo, mas cujo conteúdo variava conforme seus diferentes defensores, para o professor d'Entrèves o direito natural não tinha conteúdo determinado, mas limitava-se a exprimir uma aspiração à justiça, devendo limitar o arbítrio do legislador²¹.

Tratando as noções como instrumentos adaptáveis às mais diversas situações, já não haverá razão para buscar, ao modo de Sócrates, o *verdadeiro sentido* das palavras, como se houvesse uma realidade exterior, um mundo das idéias, às quais as noções devam corresponder. A questão do sentido das palavras deixa de ser um problema teórico, com uma única solução, conforme ao real, mas torna-se um problema prático, o de encontrar, ou elaborar se for o caso, o sentido mais bem adaptado à solução concreta que se preconiza por uma ou outra razão. É claro que aqueles que propõem para o mesmo problema uma solução diferente, talvez oposta, só raramente estarão de acordo sobre o sentido e o alcance dos termos que intervêm em sua apresentação²². Vê-se imediata-

21. Cf. suas comunicações no volume *Le droit naturel*, Presses Universitaires de France, Paris, 1959, pp. 147-158 e pp. 175-190.

22. V. a esse respeito, em *Le champ de l'argumentation*, "Les notions et l'argumentation", pp. 79-99, "Avoir un sens et donner un sens", pp. 64-78, e *Traité de l'argumentation*, §§ 33-35.

mente por que, para pôr fim ao conflito, o juiz, ao decidir com autoridade o modo de interpretar a lei, decidirá, ao mesmo tempo, a vitória de uma ou da outra parte.

61. Espero que as páginas precedentes tenham posto em evidência o fato de que aquele que argumenta e procura exercer com seu discurso uma influência sobre seu auditório não pode evitar fazer escolhas. Estas incidirão tanto sobre as teses em que ele apoiar sua argumentação como sobre a maneira de formulá-las. Pode até suceder que dois oradores, que se opõem em uma controvérsia e que deveriam portanto, aparentemente, tratar do mesmo assunto, apresentem exposições tão diferentes que alguém que ignorasse tudo do contexto poderia crer que se trata de problemas que nada têm em comum: confrontando-os um com o outro é que ele perceberá que os dois discursos propõem soluções incompatíveis e que, adotando o ponto de vista de um dos oradores, não se pode admitir o do outro, e vice-versa. Para quem deve tomar uma posição, é essencial estabelecer os pontos de desacordo e reconduzir, a partir deles, os discursos a um plano em que as teses opostas possam ser comparadas, e no qual os argumentos alegados a favor da primeira solução se tornem objeções à segunda e vice-versa.

Nas controvérsias políticas, quando cada orador se dirige a seus próprios adeptos e limita-se a apresentar seu próprio ponto de vista, de modo que eles reconheçam quão é justa a causa deles, a ausência de um ponto de vista oposto facilita a comunhão em torno de valores aparentemente incontestes. Uma atitude assim parece, à primeira vista, incompreensível, se os diferentes discursos se dirigem ao mesmo auditório. Mas pode ocorrer que o auditório seja o mesmo apenas na aparência. De fato, na teoria da argumentação, o auditório não é definido como o conjunto daqueles que escutam um discurso, mas antes como o conjunto daqueles aos quais

visa o esforço de persuasão. Ora, pode suceder que cada um dos oradores dirija-se apenas a uma parte do auditório, aos seus partidários, que admitirão sem dificuldade suas premissas e sua argumentação.

62. Como evitar esta divisão do auditório, que impede qualquer posicionamento imparcial? Para remediar esta dificuldade, a filosofia e o direito recorrem a técnicas diferentes.

A filosofia, como tal, dirige-se à razão, ou seja, ao auditório universal, ao conjunto daqueles que são considerados homens razoáveis e competentes no assunto. Se, de fato, dois oradores, tendo concepções diversas sobre o que admitem os homens razoáveis e competentes, dirigem seus discursos a auditórios diferentes, a controvérsia poderá iniciar, como sobre qualquer outra questão filosófica, com uma referência ao *sensu comum*, na medida em que este permite transcender, metodologicamente, as divergências ideológicas entre as filosofias²³. Essa abordagem, que permite compreender a possibilidade de uma discussão entre filósofos de tendências diferentes, de modo algum garante que se chegará a um acordo nem sobre as soluções propostas nem sobre as teses que se supõe que o auditório universal, encarnação da razão, aceita no início. É por este motivo, aliás, que as discussões entre filósofos podem continuar indefinidamente, não desempenhando o fator tempo, em princípio, nenhum papel neste assunto. É possível que outro filósofo continue um debate que tenha sido interrompido por falta de tempo. Ele poderia até apresentar uma discussão entre interlocutores que jamais se encontraram em vida, como nos célebres diálogos entre os mortos.

23. Cf., a respeito de uma discussão entre um existencialista e um marxista, meus "Remarks on the papers of professor Wild and Dr. Dunham", in *Dialogues on the Philosophy of Marxism*, publicados por J. Somerville e H. L. Parsons, Greenwood Press, Westport (Conn.), 1974, pp. 360-366.

No direito, em contrapartida, é essencial que os litígios terminem num lapso de tempo razoável para que se alcance a paz judiciária. É necessário, portanto, soluções que possam intervir definitivas. É preciso evitar que, logo no início, se instaurem debates intermináveis a propósito de qual auditório é competente para decidir da solução do litígio. É por esta razão que os problemas de competência e, de modo mais geral, de procedimentos, serão objeto de uma regulamentação preliminar, que inserirá o debate judiciário em um contexto apropriado. Na ausência de um acordo preliminar sobre estas questões, quando os litígios permanecem indefinidamente sem solução judiciária, a parte que se crê capaz de impor seu ponto de vista ao adversário não hesitará em recorrer à força. O recurso ao direito apresenta-se assim como o ramo de uma alternativa, aceito pelos homens e pelas sociedades organizadas, que preferiram não fazer justiça pelas próprias mãos, recorrendo à violência, mas confiar nas instituições judiciárias, cuja autoridade reconhecem e cuja competência não contestam. Mas não se deve perder de vista que, em circunstâncias particulares, este assentimento pode ser questionado outra vez, como sucede nas guerras e revoluções. O primeiro passo desse novo questionamento consiste na contestação da legitimidade, portanto da autoridade das instituições existentes, da ordem legalmente estabelecida, que serão apresentadas, não como a expressão de um acordo preliminar, mas como o resultado de uma simples relação de forças, que uma ideologia falaciosa busca legitimar, para assegurar-lhe a perpetuação²⁴.

Enquanto os axiomas de um sistema formal fazem abstração de qualquer contexto – o que permite comparar um sistema formal a um jogo como o de xadrez – a argumenta-

24. Cf. minha explanação "Autorité, idéologie et violence", *Le champ de l'argumentation*, pp. 207-218.

ção insere-se necessariamente em um contexto psicossocial, que não pode ser totalmente separado das forças subjacentes, sejam elas militares, econômicas, institucionais ou ideológicas. Falar de um argumentação pura, ou de uma teoria pura do direito, é desprezar elementos sem os quais o raciocínio prático funcionaria, por assim dizer, no vazio: essa é uma perspectiva que só pode atrair os que ignoram tudo sobre a argumentação e vêem o raciocínio prático conforme o modelo do raciocínio teórico e, de preferência, de um raciocínio formal.

Essa aproximação é que levou bom número de filósofos, em busca dos primeiros princípios da moral, a apresentá-los como evidentes ou, ao menos, como não controvertidos em seu meio, de tal modo parecem impor-se em dado clima ideológico. Ora, basta demonstrar que tais princípios são numerosos, que parecem à primeira vista incompatíveis, ainda que possamos nos esforçar para conciliá-los, para nos darmos conta do que têm de vago e de quanto é duvidosa sua evidência. De fato, trata-se antes de presunções do que de evidências.

63. Em uma notável comunicação intitulada “Presunções”²⁵ o professor Patrice Day nos apresenta três princípios, por ele qualificados de *conservador*, *liberal* e *socialista*. O princípio conservador é o que presume a superioridade do que existe, das tradições e costumes aceitos, das regras e instituições reconhecidas, daí a importância que se atribui aos precedentes na vida social e no direito. Como a continuação daquilo que é, a conformidade aos precedentes parece ser evidente, tudo que daí se afasta, em contrapartida toda novidade, não é nem um pouco evidente. Daí resulta que, citan-

25. P. Day, “Presumptions”, in *Actes du XIII^e Congrès International de Philosophie*, Herder, Viena, 1970, vol. 5, pp. 137-143.

do um sociólogo inglês, “a mudança sempre, em toda parte e em tudo, exige uma justificação”²⁶. O princípio liberal, cujo porta-voz clássico é J. Stuart Mill, afirma que “será sempre melhor, *caeteris paribus*, deixar os homens livres em suas decisões em vez de constrangê-los”²⁷. A presunção atual, neste caso, a favor da liberdade. Tudo o que não é proibido é permitido, e é qualquer limitação da liberdade, nesta perspectiva, que deve ser justificada. Na opinião de Sir I. Berlin, pelo contrário, e essa é a presunção socialista, “a igualdade não exige razões, somente a desigualdade deve fornecê-las”²⁸.

Cada um desses três princípios, alegado isoladamente, constitui um lugar-comum, um princípio geral de conduta, que é apresentado como evidente e não tendo nenhuma necessidade de prova: como presumidamente é válido, o ônus da prova incumbiria todas as vezes àquele que, em um caso específico, quisesse afastar-se dele: deverá fornecer boas razões para não se pautar por ele. Mas vendo que, conforme os autores, um ou outro é apresentado como fora de discussão, parece difícil tratar todos os três como evidentes, quando cada um deles fornece uma boa razão para não seguir os dois outros. Além do mais, se quisermos vincular nossa argumentação a um ou outro desses princípios, seremos obrigados a precisar-lhes o conteúdo. De fato, não só as idéias de liberdade e igualdade são suscetíveis de interpretações diversas, mas a idéia do que é atualmente reconhecido como aceito ou como válido em determinado meio, em determinada época, pode ocasionar numerosas controvérsias. Conforme a idéia que temos do direito, por exemplo, o que é juridicamente obrigatório será limitado às leis positivas e aos costumes reconhecidos, ou

26. Cf. B. Wootton, *Social Foundations of Wage Policy*, Londres, 1958, p. 62.

27. J. Stuart Mill, *On Liberty*, Cap. I.

28. I. Berlin, “Equality”, *Proceedings of the Aristotelian Society*, vol. LV, Londres, 1956, p. 305.

então poderemos incluir precedentes judiciais, lugares-comuns e lugares específicos, bem como princípios gerais do direito admitidos por todos os povos civilizados. Daí resulta que não basta ter princípios gerais como ponto inicial de uma argumentação: é preciso escolhê-los de um modo tal que sejam aceitos pelo auditório, formulá-los e apresentá-los, interpretá-los enfim, para poder adaptá-los ao caso de aplicação pertinente.

64. Em um sistema formal, uma vez enunciados os axiomas e formuladas as regras de dedução admitidas, resta apenas aplicá-los corretamente para demonstrar os teoremas de uma forma impositiva. Se a demonstração estiver correta, deveremos inclinar-nos diante do resultado obtido e, se aceitarmos a verdade dos axiomas, admitir a verdade do teorema, enquanto não tivermos dúvidas sobre a coerência do sistema. O mesmo, porém, não acontece quando argumentamos.

As técnicas de argumentação fornecem todo um arsenal de razões mais ou menos fortes, mais ou menos pertinentes, mas que podem, partindo de um mesmo ponto, conduzir a conclusões diferentes e, por vezes, até opostas. Os argumentos podem fortalecer-se mutuamente, mas podem também combater-se, e é raro que, contra as razões em favor de uma tese, não se possam alegar razões em sentido contrário. A argumentação nunca é impositiva como a demonstração, sendo por isso que será mais freqüente o acordo sobre o ponto inicial da argumentação do que sobre as conclusões para as quais tende o discurso do orador.

Quais são as técnicas argumentativas mais conhecidas? Analisamos perto de uma centena: a terceira do *Tratado da argumentação* (pp. 251-674) é-lhes quase inteiramente consagrada. Não vamos retomar aqui essas análises, uma tarefa como essa não pode ser realizada no espaço de que dispomos.

Basta assinalar que é possível distinguir entre os argumentos, as técnicas de ligação e as técnicas de dissociação de noções.

As técnicas de ligação comportam argumentos quase lógicos, argumentos fundamentados na estrutura do real e os que fundamentam a estrutura do real.

Os argumentos quase lógicos têm uma estrutura que lembra os raciocínios formais, lógicos ou matemáticos: tais como os argumentos que recorrem a uma definição, ou a uma análise, e lembram o princípio de identidade; tais como os argumentos que enunciam uma incompatibilidade e lembram o princípio de contradição; tais como os argumentos que lembram uma transitividade formal (“os amigos de meus amigos são meus amigos”), tal como a argumentação pelo sacrifício que lembra uma pesagem: aquilo a que se sacrifica um valor reconhecido terá normalmente valor superior. Os argumentos quase lógicos sempre podem ser contestados, pois, pondo em evidência o que os distingue das demonstrações formais, demonstraremos ao mesmo tempo as objeções que lhes podem ser feitas e que lhes tiram todo valor impositivo.

Os argumentos fundamentados na estrutura do real utilizam as ligações de sucessão ou as de coexistência. As ligações de sucessão concernem aos acontecimentos que se seguem no tempo, tais como a causa e o efeito. Permitem buscar a causa a partir dos efeitos, chegar à conclusão da existência da causa pela dos efeitos, ou apreciar a causa pelos efeitos (*argumento pragmático*)²⁹.

65. Cada tipo de filosofia, cada metodologia, valorizará um ou outro tipo de argumento, pondo em discussão o valor dos demais. O utilitarismo, por exemplo, recorrerá de preferência ao argumento pragmático, ou seja, ao argumento pelas conseqüências. Bentham declara-o formalmente: “O que é dar uma *boa razão* em matéria de lei? É alegar os bens e os males

29. *Traité de l'argumentation*, § 62.

que essa lei tende a produzir... O que é dar uma *falsa razão*? É alegar pró ou contra uma lei algo que não sejam os seus efeitos, tanto para o bem quanto para o mal.³⁰

Se os utilitaristas só dão valor ao argumento pragmático, os formalistas, como Kant, que exigem uma adesão absoluta às regras, aconteça o que acontecer – “o dever é o dever”, “a lei é a lei” –, fazem essa obediência depender de critérios intrínsecos. É evidente que esta oposição se fará notar também na atitude de quem interpreta e aplica um texto: ao respeito pela letra da lei oporão a interpretação cujos efeitos forem mais úteis socialmente.

Mas o argumento pragmático não é tão fácil de ser aplicado. Como escolher, em meio à multiplicidade quase infinita das conseqüências possíveis de um ato, aquelas atribuíveis ao ato em questão, e a ele apenas? Sabemos quantas dificuldades surgem, quase insuperáveis em muitos casos, quando se trata de determinar os danos resultantes de uma falta. Os juízes, em desespero de causa, recorrem comumente a uma noção ligada à idéia de normalidade ou à das conseqüências previsíveis, ou razoáveis, para deter o encadeamento das conseqüências com infundáveis desenvolvimentos. Semelhante política judiciária não resulta de modo algum do princípio utilitarista, que exige que se leve em consideração *todas* as conseqüências, boas ou más, e nunca indicou como poderia realizar uma escolha entre elas.

Por outro lado, com muita freqüência, a apreciação das mesmas conseqüências, contrariamente ao que pretendeu Bentham, não pode ser feita de modo objetivo, idêntico para todos os homens. Como apreciar, numa perspectiva utilitarista, o pecado original, tal como está descrito na Bíblia, se as conseqüências que dele resultam são, de um lado, privar

30. Bentham, *Oeuvres*, Bruxelas, 1840, t. 1, *Principes de législation*, Cap. XIII, p. 39.

Adão e Eva da imortalidade, após terem sido expulsos do paraíso e, do outro, dotar o primeiro casal de uma posteridade, origem do desenvolvimento da espécie humana, com os bens e os males que daí advieram?

Em caso de desacordo sobre o valor das conseqüências, na opinião de quem deveremos confiar? Será necessário seguir a opinião da maioria? Quem são aqueles que terão voz ativa? Seria melhor seguir, como sugere J. Stuart Mill, a opinião dos homens mais competentes, mais qualificados, dos que são moralmente superiores? Mas, nesse caso, serão necessários outros critérios do valor moral deles, e não a avaliação das conseqüências, pois não se poderá deixar de considerar as *intenções*, a boa vontade do agente, às quais a moral do dever é sensível acima de tudo.

66. Assim que introduzimos noções tais como a intenção, passamos para uma argumentação fundamentada nas relações de coexistência. Já não se trata, nesse caso, de uma ligação entre acontecimentos, mas de uma ligação entre duas realidades de nível desigual, sendo uma a manifestação da outra, considerada mais estável e com um valor explicativo. Tal é a relação entre uma pessoa e seus atos. O ato é considerado a expressão da pessoa, que é responsável por seus atos. Quer se considere, à maneira de Leibniz, a pessoa um sujeito cujos atos seriam apenas manifestações predeterminadas, quer, pelo contrário, se considere, à maneira do existencialismo, a pessoa realizando-se através de seus atos, esta ligação é essencial, tanto à moral quanto ao direito, pois sem ela a própria idéia de imputabilidade, bem como a de responsabilidade seriam incompreensíveis.

Conforme a forma como associarmos o agente e os atos, chegaremos a argumentações diferentes em termos de determinismo ou de liberdade. A partir desse modelo é que, por outro lado, se elaborarão as categorias que caracterizam as

ciências humanas e, especialmente, a história³¹. A elaboração destas categorias – o cristianismo, o feudalismo, o romantismo, o barroco, a nação francesa etc. – dará certa unidade às realidades, obras, instituições às quais será atribuído um espírito comum, o espírito do tempo (*Zeitgeist*), o espírito do povo (*Volksgeist*), uma visão comum do mundo, um estilo comum. Encontraremos entre estas categorias e suas manifestações relações análogas às estabelecidas entre a pessoa e seus atos, relações que darão ocasião a argumentos de mesma estrutura; e elas permitirão esse ordenamento, essa forma particular de inteligibilidade que caracteriza a compreensão da história.

67. Ao lado dos argumentos fundamentados na estrutura do real é necessário conceder um amplo espaço àqueles que fundamentam a estrutura do real³², tais como os raciocínios pelo exemplo, pelo modelo ou pela analogia, graças aos quais identificaremos regularidades, leis ou estruturas, que servirão de base aos argumentos fundamentados na estrutura do real.

A argumentação pelo exemplo ou pelo modelo é um raciocínio graças ao qual se passará de um caso particular a outro caso particular, ou de um caso particular a uma regra³³. No caso do exemplo, a conclusão diz respeito ao que é, no caso do modelo, ao que deve ser. Mas a utilização destes raciocínios pode também gerar controvérsias.

De fato, quando se passa de um caso particular a outro, é necessário, para que o argumento pelo exemplo seja apli-

31. Cf. a esse respeito Ch. Perelman e L. Olbrechts-Tyteca, "Acte et personne dans l'argumentation", *Rhétorique et philosophie*, Presses Universitaires de France, Paris, 1952, pp. 49-84, e minha exposição "Sens et catégories en histoire", *Le champ de l'argumentation*, pp. 372-390.

32. Cf. *Traité de l'argumentation*, 3ª parte, Cap. III, pp. 471-549.

33. *Ibid.*, §§ 78 e 80.

cável, que o segundo caso seja suficientemente semelhante ao primeiro, que possa ser desprezado o que os diferencia. O recurso ao precedente, como decisão anterior que deve servir de modelo à decisão atual, suscita no direito problemas da mesma natureza. Acontece de as partes adversas invocarem precedentes diferentes para determinar a *ratio decidendi* no litígio em que se defrontam. Qual é o precedente mais apropriado que fornecerá a *ratio*, a regra de solução do litígio? Muitas vezes, para influenciar o tribunal, uma das partes não se contentará em pôr em evidência a similitude de duas situações, mas recorrerá ao argumento pragmático, alegando conseqüências sociais, favoráveis ou desfavoráveis, que resultariam da adoção de um ou outro dos precedentes. Vê-se, por este exemplo, como as técnicas complexas da argumentação são utilizadas no raciocínio do juiz.

Quando se trata de passar do caso particular à regra, trate-se de uma lei ou de uma norma, o grande problema será determinar a classe da qual o exemplo ou o modelo constituem um caso particular. Até onde é possível levar a generalização? Quais são os traços próprios do caso particular que cabe desprezar porque acidentais e não representativos? Foi para facilitar a eliminação desses elementos secundários que se imaginou o método das variações concomitantes. Com a mesma finalidade, serão construídas hipóteses, que serão submetidas à prova da experiência, para ver se esta confirma a hipótese ou, ao contrário, obriga a modificá-la, por causa da ocorrência de um caso invalidante³⁴.

68. O raciocínio por analogia, cujo valor é muito contestado na metodologia científica, foi, nesta, limitado: reconheceu-se sua função heurística, como instrumento de inven-

34. Cf., a esse respeito, os trabalhos metodológicos de K. Popper e, especialmente, *La logique de la découverte scientifique*, Payot, Paris, 1973.

ção das hipóteses, mas foi-lhe negado todo valor probatório. É normal, aliás, atribuir à analogia um estatuto subordinado, quando se dispõe de um critério experimental que permite testar o valor das hipóteses. Mas em muitas áreas, de modo especial na filosofia, a analogia, tal como a concebo, constitui um modo de raciocínio essencial e imprescindível³⁵.

A analogia estabelece uma proporção: *a* está para *b*, como *c* está para *d*. Trata-se de esclarecer, por meio de uma relação conhecida (*c* está para *d*), à qual chamamos *foro*, uma relação menos conhecida (*a* está para *b*), que é o *tema* do discurso. Esta relação assimétrica entre o tema e o foro é que distingue a analogia da proporção matemática, na qual a igualdade das relações é simétrica. Na proporção matemática estabelecemos relações puramente formais entre elementos homogêneos. Essa homogeneidade é inconcebível na analogia, cuja função epistemológica de fazer conhecer melhor, estruturar ou avaliar o tema graças ao foro, pressupõe a heterogeneidade dos elementos.

Eis, por exemplo, a maneira pela qual Escoto Erigena descreve a ação da graça divina sobre a vontade humana, servindo-se do foro da visão: “o homem envolto em trevas espessas, embora tendo o sentido da visão, nada vê, porque nada pode ver, antes que venha do exterior a luz”³⁶. Assim o aparecimento da “luz da misericórdia divina” cura “a vontade doente e destrói a noite dos pecados e sua culpabilidade”.

O papel da analogia será diferente conforme ela puder ou não ser objeto de um controle experimental. Raciocinando sobre as propriedades da corrente elétrica por analogia

35. Cf. *Traité de l'argumentation*, §§ 82 e 86, e meu artigo “Analogie et métophore en science, poésie e philosophie”, *Le champ de l'argumentation*, pp. 271-286. Cf. também P. Ricoeur, *La métaphore vive*, Le Seuil, Paris, 1975, e também meu livro *L'empire rhétorique*, Vrin, Paris, 1977, cap. X, Analogie et métaphore.

36. Cf. *Traité de l'argumentation*, p. 513.

com a corrente de água, seremos levados a construir experiências que indicarão até onde podemos prolongar a analogia sem que sejamos contraditos por elas. Mas, quando se afirma que o homem está para Deus como a criança está para o adulto, esta analogia não pode ser submetida a um controle empírico. Neste caso, instaurada a controvérsia, poderemos apenas opor uma analogia à outra. Diremos, por exemplo, que o homem está para Deus como o finito está para o infinito: as conclusões que tiraremos dessa segunda analogia serão bastante diferentes, mas tão incontroláveis quanto as derivadas da primeira. Assim sendo, a escolha de uma ou de outra analogia terá de ser justificada por toda espécie de considerações: o emprego da analogia, em vez de constituir uma hipótese de trabalho, sujeita ao controle da experiência, como sucede nas ciências, redundará numa concepção filosófica ou teológica do real, estruturada pela analogia.

Uma vez admitida e integrada na língua, a analogia pode fornecer, graças à catacrese, um modo de expressão tão usual e incontestado que o aspecto metafórico da fórmula passa despercebido, a não ser que, de um modo ou de outro, desperte-se a metáfora adormecida.

Assim é que a expressão “encadeamento das idéias” conduz Descartes a admitir naturalmente que a conclusão de um raciocínio não é mais sólida do que o mais frágil de seus elos. “E certamente”, escreve ele, “aí onde um ponto é omitido, ainda que o menor, imediatamente a corrente é rompida, e toda a certeza da conclusão se esvai.”³⁷ Mas se a argumentação, ao contrário da dedução, não for percebida ao modo de uma corrente, mas como um tecido, admitiremos facilmente que sua trama possa ser mais sólida do que cada um dos fios que entram em sua constituição³⁸.

37. Descartes, “7^e règle pour la direction de l'esprit”, *Oeuvres*, Ed. de la Pléiade, p. 58.

38. Cf. *Le champ de l'argumentation*, p. 277.

Aceitar uma analogia é aceitar as conseqüências que dela decorrem, seja para estruturar, seja para avaliar os elementos do real. Resulta daí que toda filosofia original, que introduz uma nova visão do mundo, é acompanhada de uma nova analogia fundamental, que procura justificar, graças a seu sistema argumentativo.

69. Cada visão filosófica original tende a demonstrar que o que até então se considerava real não passa de aparência. A oposição da realidade à aparência apresenta um caso típico daquilo que qualifico de dissociação de idéias. Diante de duas afirmações incompatíveis concernentes ao real (esta vara mergulhada na água é reta ou não é), é preciso escolher entre o que se escolherá como real e o que se desqualificará como ilusão ou aparência. Distinguiremos do mesmo modo a justiça real da justiça aparente, a democracia real da democracia aparente (ou formal ou legal), o mundo fenomênico do mundo das coisas em si: no seio das noções comumente admitidas dissociaremos dois aspectos, um dos quais será desqualificado em razão da introdução de um novo critério daquilo que constitui o real, a verdadeira democracia ou a verdadeira justiça. É assim que cada nova filosofia reestrutura o real comum, ou, pelo menos, o que era reconhecido como tal antes de seu aparecimento³⁹.

Se essa filosofia se difundir, se sua visão das coisas for admitida, ela influenciará o uso comum e a linguagem de todos os dias. Será assim que as filosofias dominantes do Ocidente deixarão sua marca na linguagem do senso comum: as distinções estabelecidas por Platão e Aristóteles se propagarão, a partir do grego e do latim, nas línguas européias.

39. Cf. a esse respeito “Le réel commun et le réel philosophique”, *Le champ de l’argumentation*, pp. 253-264, e, de modo mais geral, sobre as dissociações, *Traité de l’argumentation*, 2ª parte, Cap. IV, pp. 550-609.

Parecerão óbvias, e apenas análises aprofundadas, estudos de semântica comparada nos tornarão conscientes da dependência de nossa linguagem e de nossos modos de pensar para com filosofias que impregnaram nossa cultura.

Para dar-se conta de seu impacto, basta apresentar alguns “pares filosóficos”, que resultaram das dissociações de noções realizadas pelos filósofos, segundo o modelo do par “aparência/realidade”: *ato/pessoa, subjetivo/objetivo, individual/universal, linguagem/pensamento, letra/espírito, acidente/essência, relativo/absoluto, meio/fim, teoria/prática*. A influência de cada filósofo introduz pares filosóficos diferentes. Platão está na origem de pares tais como *aparência/realidade, opinião/ciência, corpo/alma, devir/imutabilidade, humano/divino*. Em Spinoza encontraremos pares diferentes, tais como *imaginação/entendimento, universal/individual, abstrato/concreto, contingência/necessidade, paixão/ação, escravidão/liberdade, duração/eternidade, superstição/religião*⁴⁰.

É evidente que esta influência dos pensadores sobre a linguagem continua. Assim é que o pensamento hegeliano e as concepções marxistas introduziram no pensamento moderno os pares mais característicos. Retomando o par de Spinoza *abstrato-concreto*, encontramos os pares *parte/todo, metafísica/dialética, entendimento/razão, imobilidade/movimento, forma/conteúdo* etc. Deve-se notar que em certas filosofias o par se inverte: enquanto, para Platão, o devir é aparência, para Marx, a imobilidade não passa de abstração, portanto de aparência, enquanto o real se caracteriza pelo movimento. O mais das vezes, aliás, essa inversão é acompanhada por um deslocamento de sentido: a essência, à qual se atribui o primado no pensamento clássico, torna-se uma abstração, uma forma vazia, no pensamento marxista, que preferirá a ela uma visão concreta da realidade em evolução.

40. Cf., a esse respeito, *Traité de l’argumentation*, § 91.

Estes exemplos indicam suficientemente, parece-me, como, nessa concepção do emprego argumentativo das noções⁴¹, toda estruturação do real é acompanhada da valorização de alguns de seus aspectos, ou seja, de juízos de valor concomitantes. Mas, quando uma visão do real se impõe e deixa de ser objeto de controvérsia, passa-se a considerá-la expressão fiel da realidade, sem perceber os juízos de valor subjacentes. É assim que toda concepção científica, admitida de um modo geral, perde de vista os pressupostos filosóficos que a justificaram quando era ainda nova e revolucionária.

70. A eficácia da argumentação, o fato de exercer sobre o auditório uma influência de maior ou menor importância, depende não apenas do efeito dos argumentos isolados, mas também da totalidade do discurso, da interação entre argumentos entre si, dos argumentos que acodem espontaneamente ao espírito de quem ouve o discurso. O efeito do discurso é condicionado notadamente pela idéia que o auditório faz do orador. O *ethos* do orador, como assinalou Aristóteles⁴², desempenha um papel inegável no modo como o discurso é recebido. Mas, sendo o próprio discurso considerado um ato do orador, pelo qual este é responsável, sua qualidade não pode deixar de influir sobre a opinião que se faz de seu autor. O autor não é necessariamente aquele que pronuncia o discurso: foi sobre essa distinção que Bossuet insistiu longamente, quando pediu aos fiéis que recebessem como emanados de Deus, e não de pregadores corrompidos, os sermões portadores da palavra de vida eterna⁴³.

Para que uma argumentação exerça influência, é necessário que seja ouvida, de preferência com interesse, e mesmo

41. Cf. "Les notions et l'argumentation", *Le champ de l'argumentation*, pp. 79-99.

42. Aristóteles, *Retórica*, Liv. I, 1356, 1-13.

43. Bossuet, "Sur les vaines excuses des pécheurs", *Sermons*, Garnier, Paris, vol. 2, p. 489.

com certa benevolência. Em geral os oradores se empenham em conquistá-la com um exórdio, substituído às vezes por uma apresentação do orador feita pelo presidente da sessão. O exórdio e a apresentação são supérfluos se a reputação do orador e a simpatia de que goza tornam estas precauções inúteis.

A argumentação do orador costuma ser organizada em um discurso em que os argumentos são dispostos, por escolha deliberada, em certa ordem. Existirá uma ordem que se imponha em todo discurso?

Quanto a esta questão, o único critério do orador é a eficácia. De fato, na medida em que tendo efeito sobre o auditório, o discurso o modifica, a ordem de apresentação dos argumentos será determinada pelo momento em que o auditório estiver mais bem disposto para acolhê-los.

Não é possível formular regras gerais a este respeito, conquanto em certas matérias, diante de auditórios especializados, exista uma ordem esperada, a que é convencionalmente admitida, que parece natural, da qual é perigoso afastar-se sem uma forte razão. Quando vários oradores defendem, sobre o mesmo assunto, teses convergentes ou opostas, certas regras de procedimento, por vezes muito estritas, determinarão a ordem em que a palavra lhes será concedida.

Freqüentemente outras condições, tais como o tempo do discurso, impõem-se ao orador. Às vezes, tais condições são estritas, às vezes flexíveis, mas sempre há certos limites psicológicos ou sociais, naturais ou convencionais, que não se podem ultrapassar sem cansar e indispor os ouvintes.

Todas essas considerações, evidentemente, distinguem com clareza a argumentação da demonstração, pois esta última despreza inteiramente as relações entre o orador e seu auditório.

No direito, principalmente, no processo judiciário, algumas destas questões podem ser regulamentadas de forma precisa, ao passo que, na argumentação não jurídica, dependerão comumente do costume, do bom senso e do tato.

71. As páginas que precedem chamaram suficientemente a atenção para o fato de que o raciocínio judiciário visa a discernir e a justificar a solução autorizada de uma controvérsia, na qual argumentações em sentidos diversos, conduzidas em conformidade com procedimentos impostos, procuram fazer valer, em situações diversas, um valor ou um compromisso entre valores, que possa ser aceito em um meio e em um momento dados.

Durante séculos, quando a busca da solução justa era o valor central que o juiz devia levar em conta, e os critérios do justo eram comuns ao direito, à moral e à religião, o direito se caracterizava principalmente pela competência atribuída a certos órgãos para legislar e a outros para julgar e administrar, assim como pelos procedimentos que deviam ser observados em cada caso. Muitas vezes, aliás, todos os poderes estavam reunidos nas mãos do soberano, que podia delegar a funcionários a missão de julgar e de administrar, nos limites definidos pelo mandato que lhe fora outorgado. A argumentação jurídica era ainda menos específica porque não havia necessidade de motivar as sentenças, as fontes do direito eram imprecisas, o sistema do direito era pouco elaborado e as decisões da justiça quase não eram levadas ao conhecimento do público.

A situação, neste ponto, muda completamente após a Revolução Francesa, com a proclamação do princípio da sepa-

ração dos poderes, com a publicação de um conjunto de leis, codificado se possível, e com a obrigação, para o juiz, de motivar suas sentenças referindo-se à legislação em vigor. Mesmo nos casos de obscuridade, silêncio ou insuficiência da lei, o juiz deveria, ainda assim, referir-se ao direito positivo para motivar suas decisões. Nessa perspectiva, o que é posto no primeiro plano é o valor concedido à segurança jurídica, à conformidade das decisões de justiça com as prescrições legais. O juiz não deveria violar a lei, aplicando critérios de justiça que lhe fossem próprios: sua vontade e seu senso de equidade deveriam inclinar-se diante da manifestação da vontade geral, tal como era dada a conhecer pela legislação. Esta submissão completa do juiz à letra, e eventualmente ao espírito da lei, orientou o esforço de sistematização do direito, empreendido pelos teóricos da escola da exegese: era necessário guiar o juiz mostrando em que caso sua decisão seria conforme à lei, ou seja, justa, no sentido positivista do termo.

Desde o processo de Nuremberg, que pôs em evidência o fato de que um Estado e sua legislação podiam ser iníquos, e mesmo criminosos, notamos na maioria dos teóricos do direito, e não apenas entre os partidários tradicionais do direito natural, uma orientação antipositivista que abre um espaço crescente, na interpretação e na aplicação da lei, para a busca de uma solução que seja não só conforme à lei, mas também equitativa, razoável, aceitável, em uma palavra, que possa ser, ao mesmo tempo, justa e conciliável com o direito em vigor. A solução buscada deveria não apenas poder inserir-se no sistema, mas também revelar-se social e moralmente aceitável para as partes e para o público esclarecido.

Distinguimos assim três fases na ideologia judiciária. Na primeira fase, antes da Revolução Francesa, o raciocínio judiciário, embora enfatizando o caráter justo da solução e não concedendo grande importância à motivação, era, ainda

assim, atado pela regra de justiça que exige tratamento igual de casos essencialmente semelhantes. Daí a importância atribuída às regras consuetudinárias e os precedentes.

Desde a Revolução Francesa, e durante mais de um século, pondo-se no primeiro plano a legalidade e a segurança jurídica, havia-se acentuado o aspecto sistemático do direito e o aspecto dedutivo do raciocínio judiciário. Havia-se difundido a idéia de que este último não se diferenciava muito do raciocínio puramente formal: esta aproximação entre o direito e as matemáticas deveria garantir o funcionamento previsível e imparcial das Cortes e dos tribunais. Este modo de ver subordinava, mais nitidamente do que nunca, o poder judiciário ao poder legislativo e favorecia uma visão estatizante e legalista do direito.

Faz algumas décadas que assistimos a uma reação que, sem chegar a ser um retorno ao direito natural, ao modo próprio dos séculos XVII e XVIII, ainda assim confia ao juiz a missão de buscar, para cada litígio particular, uma solução equitativa e razoável, pedindo-lhe ao mesmo tempo que permaneça, para consegui-lo, dentro dos limites autorizados por seu sistema de direito. Mas é-lhe permitido para realizar a síntese buscada entre a equidade e a lei tornar esta mais flexível graças à intervenção crescente das regras de direito não escritas, representadas pelos princípios gerais do direito e pelo fato de se levar em consideração os tópicos jurídicos. Esta nova concepção acresce a importância do direito pretoriano, fazendo do juiz o auxiliar e o complemento indispensável do legislador: inevitavelmente, ela aproxima a concepção continental do direito da concepção anglo-saxã, regida pela tradição da *common law*.

Como se trata de deixar as decisões de justiça aceitáveis, o recurso às técnicas argumentativas torna-se indispensável. Como, por outro lado, trata-se de motivar as decisões, mostrando sua conformidade com o direito em vigor, a argumen-

tação será específica, pois terá por missão mostrar de que modo a melhor interpretação da lei se concilia com a melhor solução dos casos particulares.

72. O raciocínio judiciário, tal como é atualmente concebido, não permite estabelecer uma distinção tão nítida quanto no século XIX entre o direito natural e o direito positivo. De fato, se o direito positivo é o direito tal como funciona efetivamente em dada sociedade, ele já não coincide com os textos promulgados, pois de um lado os princípios gerais e as regras do direito não escrito virão limitar ou estender o alcance das disposições legislativas e, do outro, certos textos legais, por um outro motivo, deixam de ser aplicados, ao menos em toda a sua generalidade e, embora formalmente válidos, vêem sua eficácia diminuída de modo imprevisível.

No parágrafo 29 e, especialmente, no 42 demos alguns exemplos do modo como o recurso aos princípios gerais do direito e a teorias tais como a do abuso do direito e a da ordem pública internacional permitem limitar, relativizar os textos à primeira vista mais coercivos. Mas não tratamos muito do problema da eficácia das normas jurídicas que, mesmo uma concepção formalista do direito, como a de Hans Kelsen, não podia desprezar inteiramente num século em que a sociologia jurídica adquire cada vez maior importância.

Mesmo os partidários de uma concepção legalista do direito tinham de render-se à evidência e constatar que certos textos jamais foram efetivamente aplicados e que outros, em dado momento, sem ter sido ab-rogados, caíram em desuso. O fato de que o costume e a jurisprudência podiam exercer uma influência sobre a vida do direito era um fenômeno que se tinha de constatar, mas a teoria dominante não podia explicá-lo.

Na concepção atual do direito, menos formalista, porque preocupada com a maneira pela qual o direito é aceito

pelo meio regido por ele e que, por isso mesmo, se interessa pelo modo como uma legislação funciona na sociedade, é impossível identificar pura e simplesmente o direito positivo com o conjunto de leis e regulamentos, votados e promulgados em conformidade com critérios que lhes garantem a validade formal. Pois pode haver divergências consideráveis entre a letra dos textos, sua interpretação e sua aplicação; quando falamos da vida do direito, referimo-nos ao modo como um mesmo texto pôde ocasionar interpretações variáveis conforme as épocas.

Para as instâncias internacionais, como a Corte Permanente de Justiça Internacional ou a Corte de Justiça das Comunidades Européias, o que conta é o direito efetivamente aplicado, *le jus quod est*, mesmo se está em oposição aos textos promulgados. Assim é que circulares administrativas, tidas como ilegais por especialistas, foram não obstante consideradas como parte do direito interno e, por essa razão, como contrárias ao artigo 12 do Tratado de Roma, pela Corte de Justiça das Comunidades¹.

Pode acontecer que um texto seja votado apesar da forte oposição de uma parte importante da opinião pública: pode-se, para conciliar a oposição, aplicá-lo de uma forma amenizada.

O artigo 305 do Código Penal belga, que prevê pena de prisão para os proprietários de casas de jogo e para aqueles que participam da exploração pública dos jogos de azar, suscitou a oposição irreduzível das estações balneárias. Temiam estas que o fechamento dos cassinos as privasse de grande parte de sua clientela abastada, para a qual as casas de jogo constituíam um grande atrativo. O texto primitivo, aliás, previa que seriam puníveis apenas os que explorassem uma casa

1. Cf. L. Silance, "La règle de droit dans le temps", *La règle de droit*, pp. 50-67, e também J. Kirkpatrick, "L'égalité devant l'impôt en droit belge contemporain", *Egalité III*, Bruylant, Bruxelas, 1975, p. 37.

de jogo sem autorização legal. Mas esta última cláusula foi suprimida por uma emenda que figura no artigo 8 da lei de 24 de outubro de 1902. Constatou-se, entretanto, que a adoção da emenda em nada modificou a situação anterior, que oito cassinos autorizados funcionam ainda hoje sem empecilhos e que os representantes de fisco supervisionam suas operações e recolhem uma taxa sobre o ganho dos jogadores. Esta situação, aparentemente ilegal, explica-se pelo fato de terem certos procuradores gerais, cuja competência abrange as estações balneárias, aceitado não denunciar os administradores de casas de jogo que tivessem obtido uma concessão governamental. A latitude de não denunciar, concedida aos procuradores-gerais, foi utilizada de modo sistemático para não descontentar os habitantes das estações balneárias e isto apesar da emenda do artigo 305 do Código Penal, que suprimia qualquer exceção.

Outro exemplo nos é fornecido pelo modo como é concebida ultimamente a aplicação na Bélgica, nos Países Baixos e na França da lei que pune com muita severidade todos que são culpados de aborto.

Vinha-se constatando, há uns dez anos, o questionamento em muitos países ocidentais das leis, votadas após a Primeira Guerra Mundial, que puniam tanto as mulheres que fazem um aborto como todos que as ajudam. Os países protestantes foram os primeiros a modificar sua legislação neste domínio, mas a oposição da Igreja impediu, ou retardou, a adoção de legislação semelhante nos países católicos. Nos Países Baixos, onde uma fração considerável da população é católica, decidiu-se, em vez de abolir ou modificar a legislação em vigor, utilizar a latitude concedida aos procuradores-gerais, determinando-lhes que não denunciasses os abortos realizados em meio hospitalar. O governo da Bélgica, onde a maioria é católica, não tinha pressa alguma em adotar uma nova lei que colidiria com a Igreja, mas, querendo

evitar manifestações hostis a estas dilações, adotou uma política análoga à do governo holandês.

Na França, antes que fosse aprovada a lei de 17 de janeiro de 1975 sobre a interrupção voluntária da gravidez, uma circular do Ministro da Justiça convidava, em 1973, todos os membros do ministério público a não iniciar a persecução penal sem antes comunicar ao ministério. E o Presidente da República, em uma entrevista coletiva, declarava, em julho de 1974, que nenhum inquérito seria aberto “antes da votação de uma nova lei” (v. G. Roujou de Boubée, D., 1975, cron. pp. 217 ss.).

Se se perguntasse a um especialista nestas questões qual é, na Europa ocidental, a situação legal em matéria de aborto, poderia este contentar-se em enumerar os textos de lei que regulam a matéria, sem indicar, ao mesmo tempo, as modalidades de sua aplicação ou não-aplicação?

Constatamos por estes dois exemplos que o direito, tal como está determinado nos textos legais, promulgados e formalmente válidos, não reflete necessariamente a realidade jurídica. Quando uma sociedade está profundamente dividida sobre uma questão particular, e não se quer colidir de frente com uma parte considerável da população, nas sociedades democráticas em que se deseja que as medidas de coerção se beneficiem de um amplo *consensus* é-se obrigado a recorrer a compromissos fundamentados numa aplicação seletiva da lei. Espera-se que, após uma fase transitória em que a situação de fato não coincide com a situação prevista pela lei, seja possível, graças ao costume estabelecido, fazer os textos coincidirem com a realidade.

73. Pode também acontecer que umas instituições continuem a funcionar como estavam habituadas, apesar das prescrições legais que parecem ordenar uma mudança. Examinemos um exemplo característico.

O artigo 97 da Constituição belga de 1831 reza: “Toda sentença é motivada. É pronunciada em sessão pública.” Ora, desde sua criação, no fim do século XVIII, o Tribunal de Contas motivava suas decisões, mas não pronunciava seus arestos em sessão pública. De 1880 até 1959, a Corte de Cassação recusou-se, regularmente, a cassar os arestos do Tribunal de Contas pelo fato de o Tribunal violar o artigo 97 da Constituição. Somente em 1959 é que o procurador-geral Hayoit de Termicourt deu-se ao trabalho, graças a uma construção jurídica *ad hoc*, que distinguia diversos tipos de jurisdição, de fornecer uma interpretação do artigo 97 que justificava a prática mais que secular do Tribunal de Contas (*Pas.*, 1880.I.45, e *Pas.*, 1960.I.170)².

Quando uma prática secular, geralmente satisfatória, for contestada, por não ser conforme a um dispositivo legal, os juristas se empenharão para encontrar uma interpretação dos textos, em vez de forçar o abandono de uma prática sensata. Vimos, no parágrafo 39, a mesma reação da Corte de Cassação diante do problema das extraordinárias perturbações da vizinhança: em vez de abandonar a solução sensata, mas que não eram capazes de justificar no direito, mantiveram-na contra todos os que se indignavam com a fraqueza das motivações, até que uma construção jurídica conseguisse responder de uma forma juridicamente satisfatória às objeções fundamentadas na aparente ilegalidade das decisões.

Quando, por razões de bom senso, de equidade ou de interesse geral, uma solução se apresente como a única admissível, ela é que tende a impor-se também em direito, ainda que se seja obrigado a recorrer a uma argumentação especiosa para mostrar sua conformidade com as normas legais em vigor. Assim é que, por mais de um século, a Corte de Cas-

2. Cf. J. Miedzianagora, “Philosophies positives du droit positif”, pp. 5-12, e minhas observações em “La règle de droit, réflexions de méthode”, *La règle de droit*, p. 318.

sação da Bélgica, acreditando-se autorizada a cassar uma sentença apenas quando esta violava um texto legal – e não uma regra de direito não escrita, tal como um princípio geral do direito –, justificava regularmente as soluções, julgadas equitativas, referindo-as ficticiamente a um texto legal com o qual o caso julgado tinha apenas remotas relações. Como já indicamos no parágrafo 40, foi somente reinterpretando os textos, especialmente o artigo 1080 do Código Judiciário, relativo ao recurso de cassação, permitindo que a parte demandante indicasse, não as disposições legais violadas na sentença, mas a *regra de direito* infringida, que a Corte pôde renunciar à ficção, antes imprescindível³.

74. Estes diversos exemplos, que indicam que os tribunais não hesitam em tomar uma decisão que se impõe, mesmo à custa de uma justificação fictícia, não devem fazer esquecer que tais subterfúgios criam sempre um mal-estar, que se manifesta pela continuação dos litígios pelas partes, convencidas de ter legalmente razão: a paz judicial só se restabelece definitivamente quando a solução, a mais aceitável socialmente, é acompanhada de uma argumentação jurídica suficientemente sólida. A busca de tais argumentações, graças aos esforços conjugados da doutrina e da jurisprudência, é que favorece a evolução do direito. Essa é a principal razão de ser das novas teorias, das construções jurídicas aceitas arduamente pelos tribunais, para melhor justificar sua prática. Uma destas teorias será a nova concepção do direito positivo, especialmente do papel atribuído ao poder judiciário e, mais particularmente, à Corte de Cassação que, para aplicar o direito de modo judicioso, deve fazê-lo progredir.

É evidente que o mal-estar criado pelo recurso à ficção pode ser dissipado, não pela doutrina e pela jurisprudência,

3. Cf. P. Foriers, “Présomptions et fictions”, *Les présomptions et les fictions en droit*, pp. 25-26.

mas pela intervenção do legislador. Este pode, de fato, o mais das vezes sem dificuldade particular, atender aos apelos da Corte de Cassação e modificar os termos da lei, de modo que a preocupação do juiz de administrar uma justiça socialmente aceitável se concilie com a obrigação da submissão à lei.

Cada vez que se apresenta uma incompatibilidade entre o que a lei aparentemente prescreve e o que a solução sensata de um caso particular parece exigir, será estabelecida a distinção bem conhecida entre a solução justa *de lege lata* e a *de lege ferenda*. A Corte dá claramente a entender qual é a solução que teria sua preferência, se devesse levar em conta unicamente o que considera justo e razoável; inclina-se entretanto, a contragosto, para conformar-se à vontade do legislador, indicando ao mesmo tempo seu desejo de mudança. Essa ambivalência é quase sempre a expressão de uma Corte dividida, em que a minoria se inclina diante de uma decisão que lhe parece dificilmente aceitável, mas solicitando a permissão de manifestar seu descontentamento.

Foi um compromisso desse tipo que parece ter sido aceito no célebre caso *Rossi*, do qual já falamos⁴. Como explicar de outro modo o apelo ao legislador que se encontra no acórdão, quando as razões alegadas para recusar o divórcio dependiam pretensamente da lógica, como se o legislador, ao contrário do juiz, tivesse autoridade para modificar as leis da lógica? De fato, enquanto a maioria católica da Corte quisera deixar mais restritivas as condições de admissibilidade do divórcio, fundamentando-se, para alcançar seus fins, não num texto legal, mas na teoria do acúmulo de legislações, a minoria, preocupada sobretudo com a sorte de algumas centenas de jovens belgas, abandonadas pelos maridos italianos e impedidas, pelos tribunais, de refazer a vida, esperara que o legislador pusesse fim a essa situação insustentável. O apelo da Corte não ficou muito tempo sem resposta.

4. V. sobre este ponto o § 28.

74. bis. É raro, entretanto, que os tribunais, se realmente o desejam, não encontrem, na técnica jurídica, um meio de conciliar sua preocupação de uma solução aceitável com sua fidelidade à lei.

Um caso notável apresentou-se aos tribunais belgas e franceses pelas conseqüências inadmissíveis que decorriam da aplicação estrita a certos estrangeiros do artigo 11 do Código Civil, segundo o qual: “O estrangeiro gozará na França (ou na Bélgica) de direitos civis iguais aos que são ou serão concedidos aos franceses (ou aos belgas) pelos tratados da nação à qual pertence.”

Este princípio de reciprocidade trazia gravíssimos problemas tanto aos apátridas como aos cidadãos de países com os quais não fora assinado nenhum tratado nesta matéria. Dever-se-ia recusar-lhes os direitos mais fundamentais, particularmente o de pleitear na justiça?

A Corte de Cassação da Bélgica, alegando que o legislador não quisera regulamentar esses casos de modo dezaradoado e contrário à equidade, criou uma “falsa lacuna”, pretendendo que os dispositivos deste artigo não eram aplicáveis quando estivessem em oposição ao direito das gentes. Assim é que, em um acórdão já antigo de 3 de agosto de 1848 (*Pas.*, 1848.I.536), ela estatuiu que o artigo 11 do Código Civil “trata apenas dos direitos civis que são uma pura criação da lei civil, sendo esse artigo totalmente inaplicável aos direitos civis que se originam do direito das gentes”. Vincula o direito de pleitear na justiça à legítima defesa, considerada um direito natural.

Mais tarde, a propósito da interpretação do mesmo artigo 11, quando o positivismo jurídico era a doutrina dominante e as técnicas de interpretação deviam ficar fiéis aos textos, esta mesma Corte de Cassação não hesitou em invocar os direitos naturais. Em um acórdão bem conhecido, de 1º de outubro de 1880 (*Pas.*, 1880.I.292), em vez de dar às palavras

“direitos civis” o sentido habitual que os opõe aos direitos políticos, a Corte os opõe aos direitos naturais, decidindo que “independentemente de todas as condições de reciprocidade, o estrangeiro goza na Bélgica dos direitos naturais: matrimônio, propriedade, ação e depoimento na justiça etc. ...”.

A Corte de Cassação da França chegou ao mesmo resultado de um modo muito mais simples, declarando que os estrangeiros gozam na França dos direitos que não lhes são expressamente negados. Presume-se que gozem de todos os direitos civis, a menos que haja uma disposição expressa da lei em sentido contrário⁵.

Com a criação de uma antinomia entre uma disposição do direito positivo e uma regra de direito não escrita, limita-se o alcance do texto e cria-se uma lacuna que o juiz preencherá de acordo com a regra de direito não escrita.

Em um artigo, já citado, de L. Silance, “Alguns exemplos de antinomias e tentativa de classificação”, o autor analisa vários acórdãos em que a lei escrita é oposta ora ao direito natural, ora à equidade, representada por um princípio geral do direito, ora às regras de “ordem pública internacional”⁶.

Vimos como a interpretação do artigo 11 resulta da antinomia entre a letra do texto e os direitos naturais de cada homem. Em outros casos, descartaremos, como contrárias à equidade, uma interpretação da lei e uma decisão que sejam contrárias a um princípio geral do direito, tais como o enriquecimento à custa de outrem (Corte de Cass. belga, 27 de maio de 1908, *Pas.*, 1909.I.272, Corte de Cass. francesa, 15 de junho de 1892, D.P., 92.I.596 : S., 93.I.281).

Os tribunais recorrem à noção de ordem pública internacional sempre que recusam aplicar a lei estrangeira, quando a aplicação desta é exigida pelo artigo 3 do Código Civil.

5. Cf., sobre a jurisprudência francesa, H. Batiffol, *Droit international privé*, Paris, 1967, pp. 295 ss.

6. Em *Les antinomies en droit*, pp. 113-132.

O acórdão da Corte de Cassação da Bélgica, de 4 de maio de 1950 (*Pas.*, 1950.I.624), justifica esta recusa do seguinte modo:

“Uma lei de ordem pública só é de ordem pública internacional privada na medida em que o legislador tenha entendido consagrar, com os dispositivos desta, um princípio que considera essencial à ordem moral, política ou econômica estabelecida e que, por este motivo, deve necessariamente, a seus olhos, excluir, na Bélgica, a aplicação de qualquer regra contrária ou diferente, inscrita no estatuto pessoal do estrangeiro.”

Elevando uma lei belga à categoria de um princípio de ordem internacional privada, confere-se a ela uma universalidade que cria a antinomia; a seguir resolve-se a antinomia em favor do princípio, o que impede, neste caso, a aplicação da lei estrangeira.

75. Vimos no parágrafo 36 que, quando os tribunais não querem aplicar um texto legal, porque este conduziria, no caso particular, a uma solução totalmente inaceitável, e quando não têm condições de encontrar uma interpretação da lei que permitisse conciliá-la com a equidade, acontece-lhes recorrer, em última instância, à *ficção* jurisprudencial.

Esse recurso à ficção foi objeto de controvérsias, às vezes apaixonadas. Remete a um problema mais vasto, o das relações entre a verdade e a justiça. De fato, a ficção fornece um exemplo extremo em que, por preocupação com equidade, o júri qualifica erradamente os fatos dos quais deve conhecer, mas este não é o único caso em que o direito atribui maior importância a outros valores que não à verdade, embora o respeito a esta seja ligado a um dos valores fundamentais do direito, a saber, a segurança jurídica.

Em nosso direito, a mentira só é punível se a testemunha comprometeu-se sob juramento a dizer a verdade, toda a verdade e nada mais do que a verdade. Assinalamos no parágrafo 20 que o artigo 268 do Código de Processo Civil belga

estipula que não podem ser indicados como testemunhas o cônjuge ou os parentes em linha direta de uma das partes. Caso sejam ouvidas sem prestar juramento, o artigo 225 estipula que não poderão ser condenadas por falso testemunho ou falsa declaração quando depuseram em favor dos réus. O artigo 205 do novo Código de Processo Civil francês prevê que “os descendentes jamais poderão ser ouvidos a respeito das acusações feitas pelos cônjuges para apoiar um pedido de divórcio ou de separação de corpos”. E o artigo 206 precisa que podem recusar-se a depor “os parentes ou afins em linha direta de uma das partes ou o cônjuge, mesmo divorciado”.

Isto significa que nosso sistema coloca as relações de confiança, de respeito e de amor, que se supõe existir entre parentes próximos, antes da obrigação de depor a verdade. Se se pune a mentira, é unicamente quando se mente em *detrimento* de um parente próximo, e não a seu favor.

Há pessoas que são obrigadas ao sigilo. O artigo 378 do Código Penal francês impõe o sigilo profissional a certas categorias de pessoas: “Os médicos, cirurgiões e outros agentes de saúde, farmacêuticos, parteiras e todas as outras pessoas depositárias, em razão de seu estado, profissão, função temporária ou permanente, de segredos confiados por outrem, que excetuados os casos em que a lei os obriga ou os autoriza a agir como acusadores, tiverem revelado tais segredos, serão punidos com prisão de um a seis meses e multa de 500 a 3.000 francos.”

A Corte de Cassação julgou que o artigo 378 se aplica a todos aqueles a quem o estado ou a profissão impõe a obrigação do sigilo, quer os fatos de cunho sigiloso de que têm conhecimento lhes tenham sido confiados por particulares, quer o conhecimento deles provenha do exercício de uma profissão a cujos atos a lei, no interesse geral e de ordem pública, imprimiu o caráter confidencial e sigiloso (Crim., 27 de julho 1936, D. H., 1936.494; 5 de fev. 1970, D., 1970.249; 17

de maio 1973, D., 1973.582, nota Doll. – V. também Berr e Groutel, nota D., 1972.609).

Para os médicos, a obrigação do sigilo profissional constitui um dever de sua profissão; é geral e absoluta e a ninguém é dado escusá-los de tal obrigação. Eles podem prevalecer-se dela para recusar-se a depor na justiça sobre os fatos de que só tiveram conhecimento durante o exercício da profissão (Crim., 8 de maio de 1947, D., 1948.109, nota Gulphe; 22 de dez. de 1966, D., 1967.122, relatório Combaldieu). Todavia, o sigilo tem por limite o interesse dos doentes (v. Soc., 1º de março de 1972, I, 1972.426, nota Le Roy) ou da família (Civ. 1ª, 12 de fev. de 1963, D., 1963.471, nota Badinter).

Em nosso direito, a presunção de inocência garante ao réu o direito ao silêncio. Mas o direito americano vai mais longe. A 5ª emenda à Constituição permite até à testemunha sob juramento ficar calada se, com o depoimento, ela se arriscar a incriminar a si mesma (*self incrimination*).

Há casos em que é punível uma imputação verdadeira, mas que não se pode provar. Assim é que o artigo 443 do Código Penal belga estipula: “Quem, nos casos abaixo indicados, imputou dolosamente a uma pessoa um fato preciso que pode, por sua natureza, atingir a honra desta pessoa ou expô-la ao desprezo público, sem fornecer prova legal de tal fato, é culpado de calúnia, quando a lei admite a prova do fato imputado, e de difamação, quando a lei não admite tal prova.” No direito francês a prova dos fatos difamatórios não pode ser estabelecida quando a acusação diz respeito à vida privada da pessoa (L. 29 de jul. 1881, art. 35).

Portanto, pode-se ser culpado não apenas por propagar mentiras que atinjam a honra de uma pessoa, mas também por alegar fatos cuja veracidade se está disposto a provar. Há mais. Mesmo que exista no momento do delito uma prova legal dos fatos imputados, será considerado culpado de divulgação dolosa quem agiu com intuito de prejudicar (art. 449 do C. Penal belga).

Em certos casos, quem dá a conhecer a verdade pode ser culpado de denúncia. A denúncia ao inimigo é severamente punida, e a gravidade da pena será proporcional à gravidade das conseqüências acarretadas pela denúncia (art. 121 *bis*. do C. Penal belga).

Notemos, a propósito disso, que mesmo a denúncia de um colega ao professor, que se supõe no entanto representar uma autoridade moral, que denúncia é encorajada em certos casos, o mais das vezes será severamente condenado no plano moral. Explicam-se as divergências de atitudes a respeito da “denúncia moral” pelas concepções opostas das relações entre o indivíduo e a autoridade. Quando se desconfia das autoridades, coloca-se no primeiro plano as relações de confiança e de solidariedade entre os indivíduos, e qualquer denúncia passa a ser considerada desprezível⁷.

Estes diversos exemplos demonstram que nosso direito admite a existência de situações em que outros valores passam a ser considerados mais importantes do que a própria verdade, e isto mesmo nos casos em que a decisão justa depende do conhecimento objetivo dos fatos.

Embora nossas análises concernentes à ficção judiciária tenham indicado como o recurso a essa técnica pode ser o único meio de evitar uma decisão iníqua, cumpre, não obstante, insistir nos perigos dessa técnica, que pode tornar derrisória a administração da justiça que menosprezasse a verdade em nome de considerações inconfessáveis.

É por essa razão, que, nos regimes democráticos, o recurso às ficções judiciárias não é habitual entre os juizes togados, mas entre os júris. Estes, justamente por serem chamados a atuar como representantes da opinião pública, hesitam menos em se opor à vontade do legislador do que o juiz

7. Cf. a esse respeito minha comunicação “Droit et morale”, *Droit, morale et philosophie*, pp. 129-130.

de carreira, cuja consciência profissional foi formada dentro do espírito de fidelidade à lei.

Não devemos esquecer que a ficção judiciária, isto é, a falsa qualificação dos fatos, pode efetivamente ser utilizada não por preocupação com a equidade, mas para perseguir adversários políticos, e até, como aconteceu na Rússia stalinista, para enviar milhões de inocentes aos trabalhos forçados, condenando-os, em virtude das disposições legais, por crimes imaginários.

76. A revelação, que hoje já ninguém contesta, dos crimes cometidos pela “justiça” stalinista, expõe de modo cruel o problema do direito positivo em dado país. Será este determinado unicamente pelos textos constitucionais ou legislativos, válidos, promulgados, ou pelo modo como são efetivamente utilizados e aplicados? Não se poderia afirmar, com razão, que por vezes os textos oficialmente promulgados não passam de uma fachada, de uma máscara, atrás da qual se esconde não um Estado de direito, mas um Estado policial, onde reina a mais completa arbitrariedade?

Para que exista um Estado de direito é necessário, de fato, que aqueles que governam o Estado, e são encarregados de administrar e de julgar em conformidade com a lei, observem as regras que eles mesmos instituíram. Na ausência daquilo que os americanos qualificam de *due process of law*, o respeito pelas regras da honesta aplicação da justiça, a própria idéia de direito pode servir de biombo a todos os excessos de um poder arbitrário. Essa é uma das condições que, em seu notável estudo intitulado “The Morality of Law”⁸, o professor Lon Fuller considerou indispensável para a existência de um Estado de direito, sendo as sete outras aquelas que se impõem ao legislador para que o direito possa cumprir sua

8. New Haven, Yale University Press, 1964, pp. 38, 81-90.

função de ser a empreitada de “submeter o comportamento humano ao governo das regras”⁹.

Reencontramos assim a conclusão clássica, de que a existência de um Estado de direito implica um poder judiciário independente: é a esta exigência que corresponde a teoria da separação dos poderes, a inamovibilidade dos juizes e a interdição de constituir tribunais especiais.

De fato, se o direito é um instrumento flexível e capaz de adaptar-se aos valores considerados prioritários pelo juiz, não será necessário, em tal perspectiva, que o juiz decida em função de diretrizes vindas do governo, mas em função dos valores dominantes na sociedade, sendo sua missão conciliar com esses valores as leis e as instituições estabelecidas, de modo que ponha em evidência não apenas a legalidade, mas também o caráter razoável e aceitável de suas decisões.

É por isso que se deve diversificar a análise do raciocínio jurídico conforme as diversas funções que deve desempenhar, os vários domínios a que se aplica e as diversas instâncias que constituem o aparelho judiciário.

77. Na tradição ocidental, principalmente depois da Revolução Francesa, a supremacia do poder legislativo em matéria de direito não foi muito contestada. Este poder, enquanto é considerado o representante legítimo da vontade nacional, determina as regras que se tornarão as leis do país; muitas vezes, mesmo nos países que não admitem o controle judiciário da constitucionalidade das leis, ele o faz de uma maneira que poderia parecer soberana. Mas, na realidade, todas as constituições modernas insistem no fato de que “Todos os poderes emanam da nação. São exercidos conforme o modo determinado pela Constituição” (art. 25 da Constituição belga). A supremacia da nação manifesta-se pelo controle que pode

9. *Ibid.*, p. 96.

exercer sobre seus representantes mediante eleições periódicas. Querer opor, como faz Rousseau¹⁰, a vontade geral, sempre reta, à vontade de todos, freqüentemente induzida em erro, é justificar de antemão todas as tiranias, pois é evidente que o tirano sempre conhece melhor que o povo os “verdadeiros” interesses deste último.

Para quem, como Martin Kriele, explica detalhadamente as conseqüências do princípio democrático na Constituição de um Estado parlamentar¹¹, o sistema parlamentar inglês é que serve de fonte de inspiração. A função legislativa do parlamento desenvolveu-se a partir do século XVII, continuando a missão da *curia regis*, que era o órgão judiciário supremo, encarregado também de fazer progredir o direito. O papel do Parlamento, em um direito fundado nos precedentes judiciais, era fazer progredir o direito, independentemente dos precedentes. O legislador é quem acelera, guia e orienta o processo da formação do direito. “A força política obriga a transformar as oposições de poder, de interesse e de pontos de vista em uma controvérsia de opiniões que, regulada conforme um procedimento, deve chegar a uma decisão impositiva.”¹²

Para que semelhante controvérsia possa instaurar-se e fazer valer todos os interesses em pauta, é necessário que, como em um processo, as partes opostas possam fazer-se ouvir. Somente uma argumentação em sentido diverso permite compreender o processo dialético da formação do direito. Justificar uma decisão legal é, segundo Hale, “comparar as alter-

10. J.-J. Rousseau, *Du contrat social*, Liv. II, Cap. III, in *Oeuvres complètes*, ed. de La Pléiade, t. 3, p. 371.

11. M. Kriele, “Das demokratische Prinzip im Grundgesetz”, *Veröffentlichungen der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer*, Heft 29, pp. 46-84.

12. *Ibid.*, p. 51. O autor refere-se ao *Chief Justice Matthew Hale, Consideration touching the Amendment or Alteration of Laws*, ed. por Francis Hargrave (Collectanea juridica, 1791, pp. 253-289).

nativas resultantes de uma ou de outra norma considerada, sopesar suas conseqüências previsíveis para a vida prática, humana, econômica e social, e escolher a que, numa apreciação imparcial das conseqüências favoráveis ou desfavoráveis, acarretar, mediante comparação, os menores inconvenientes e as maiores vantagens¹³.

Mas, no processo legislativo, ao contrário do que sucede num tribunal, os legisladores são juizes e partes; é inevitável, pois não há poder político neutro superior às partes. Admitir que houvesse um seria o mesmo que negar a importância e o valor do processo democrático, voltar à concepção do rei-filósofo, do déspota esclarecido. Se rejeitamos esta utopia, devemos aceitar o caráter indispensável de uma pluralidade de interesses e de valores, entre os quais se instaura uma dialética que resulta em uma decisão tomada por maioria de votos.

Em um país democrático, onde a opinião pública pode exprimir-se livremente, graças à liberdade de expressão e à liberdade de imprensa, o poder legislativo não pode desprezar esta última nem os grupos de pressão, que se manifestam de diversas maneiras. Faz-se necessário ganhar esta opinião pública para as iniciativas do legislativo, para impedir reações de descontentamento que só podem arruinar o prestígio e minar a legitimidade do poder, criando uma oposição, que não deixaria de ser explorada, entre o país legal e o país real.

O outro aspecto, menos político e mais jurídico, da função legislativa se relaciona com o fato de que as leis são feitas para ser aplicadas no contexto de um sistema jurídico existente. Conforme o legislador deseje restringir ou estender o poder de apreciação daqueles que deverão aplicar as leis, trate-se da administração pública ou do poder judiciário, redigirá o texto da lei em termos mais ou menos precisos, ou mais ou menos vagos: significando a imprecisão que, nos

13. *Ibid.*, p. 51.

casos particulares, o próprio legislador não deseja tomar uma posição determinada, quer pelo fato de estarem ausentes todos os elementos de informação, quer por não haver acordo dos membros do legislativo sobre a maneira de regulá-los: caberá, então, aos que devem aplicar os textos legais tomar as decisões definitivas em cada caso específico.

A tarefa da administração pública seria impossível sem uma presunção de legalidade de sua ação, podendo essa presunção ser derrubada por uma decisão de justiça nos casos em que a administração, em vez de exercer a liberdade de juízo que lhe é sempre concedida nos limites da lei, abusou de seu poder para cometer atos ilegais, seja por excesso, seja por desvio de poder.

Mas vê-se que é necessário deixar ao poder judiciário a competência de julgar, em última instância, o modo como a lei será efetivamente aplicada, ao menos até o dia em que o legislador, descontente com a forma como os textos existentes são efetivamente aplicados, os modificar, obrigando o poder judiciário a levar em conta sua vontade claramente manifesta.

78. O fato de o juiz submeter-se à lei ressalta a primazia concedida ao poder legislativo na elaboração das regras de direito. Mas disso não resulta, de modo algum, um monopólio do legislativo na formação do direito. O juiz possui, a este respeito, um poder complementar indispensável que lhe permitirá adaptar a lei aos casos específicos. Se não lhe reconhecessem tal poder, ele não poderia, sem recorrer a ficções, desempenhar sua missão, que consiste no solucionamento dos conflitos: a natureza das coisas obriga a conceder-lhe um poder criativo e normativo no domínio do direito¹⁴.

Esta visão das relações entre o legislativo e o judiciário supõe que, em um Estado de direito, o poder judiciário nun-

14. Cf., a esse respeito, a convincente obra de S. Belaïd, *Essai sur le pouvoir créateur e normatif des juges*, L.G.D.J., Paris, 1974.

ca fique diante de um vazio normativo, e que os textos validamente promulgados permaneçam válidos até o momento em que, de modo implícito ou explícito, tiverem sido ab-rogados.

Mas que deverá fazer um poder revolucionário que se instala e se encontra diante de uma legislação votada pelo regime contra o qual se insurgiu e à qual pode ser nitidamente contrário, pois ela foi elaborada em função de uma hierarquia de valores que não é a sua, que ele combateu para fazer prevalecer perspectivas diferentes das do regime anterior? Evidentemente seria fácil ab-rogar a legislação anterior, se houvesse uma nova legislação, pronta para substituir a antiga. Mas é muito raro que o novo regime disponha de uma legislação de reposição, salvo no tocante a alguns textos constitucionais fundamentais. Dever-se-á, nesse caso, abolir mesmo assim a legislação anterior, criando um vazio normativo insuportável?

O problema não é teórico: foi, de fato, enfrentado pelo novo regime da República Popular da Polônia que o resolveu com uma disposição geral, que, embora mantendo provisoriamente em vigor as leis anteriores, permitiu que se evitassem soluções judiciais consideradas contrárias ao sistema de valores do novo Estado socialista. Assim é que o artigo 4 do Código Civil de 23 de abril de 1964 declara: "As disposições do direito civil devem ser interpretadas e aplicadas em conformidade com os princípios do sistema social e com as metas da República Popular da Polônia." "O Código Civil", escreve Ziembinski, "formula desse modo uma diretriz teleológica de interpretação: em caso de obscuridade da lei, deve-se atribuir-lhe o sentido mais conveniente do ponto de vista do sistema de valores oficialmente aceito."¹⁵

Pessoalmente, eu entenderia o artigo 4 como significando que, na interpretação da legislação burguesa, seja qual for

15. Cf. Z. Ziembinski, "Les lacunes de la loi dans le système juridique contemporain polonais et les méthodes utilisées pour les combler", *Le problème des lacunes en droit*, p. 140.

a clareza de suas disposições, o juiz sempre deve interpretá-las de tal modo que a solução adotada não seja incompatível com os valores do regime socialista. São estes que, em caso de antinomia, terão primazia sobre as mais claras disposições das normas consideradas ultrapassadas, mas que não se teve ainda o desejo de ab-rogar enquanto uma legislação mais conforme às visões do novo regime não tiver sido promulgada.

79. Esta obrigação legal de interpretar dentro de certo espírito uma disposição antiga formalmente válida levanta o problema geral da submissão do juiz à lei e de seu poder de interpretar textos legais. Invocou-se, a propósito disso, a *vontade do legislador* (V. §§ 25, 32 e 33), noção característica do raciocínio jurídico e que merece ser esclarecida.

Já a escola da exegese recorreu a essa noção: tratava-se então de, quando o texto legal não permitia por si só dirimir um conflito relativo à sua interpretação, precisar-lhe o sentido consultando os trabalhos parlamentares e os debates que precederam a votação da lei. Esta pesquisa da vontade do legislador, tal como se achava expressa nos trabalhos parlamentares, redundava necessariamente numa concepção estática da lei: de fato, procurando conhecer tal vontade, que às vezes se manifestara mais de um século antes, supõe-se que a vontade do legislador possa permanecer a mesma, apesar da evolução técnica, moral e política que pôde ocorrer nesse ínterim. Significa adotar a hipótese metodológica, muito contestável, de que, pelo fato de o texto ter ficado inalterado, deve receber hoje a mesma interpretação que lhe deu o legislador no passado.

Além do mais, como saber se a vontade do legislador coletivo é idêntica à expressa por todos os participantes dos debates parlamentares? Pode perfeitamente suceder que se o texto não manteve as precisões fornecidas nos debates, foi porque elas não foram aceitas pela maioria, que votou um texto

mais vago. Por estas razões, a justiça inglesa se proíbe de recorrer aos trabalhos parlamentares, preferindo extrair do próprio texto da lei o meio de interpretá-lo em conformidade com o espírito desta. Acontece com muita frequência, aliás, que a situação atual, que se quisera subsumir sob uma lei antiga, não tenha sido prevista pelo legislador e que o juiz se veja diante de uma lacuna que teria de preencher pondo-se no lugar do legislador.

Mas esta última solução, que poderíamos qualificar de dinâmica, opondo-a à interpretação estática, apresenta outro inconveniente, o de liberar completamente o juiz, graças à hipótese da lacuna, de qualquer submissão à lei. De fato, ao colocar-se no lugar do legislador o juiz torna-se, por assim dizer, independente dele, tendo a missão de criar a lei em vez de se limitar a aplicá-la. Assim é conduzido a elaborar soluções conformes a seu senso de equidade, libertando-se das coerções legais, com todos os perigos de subjetividade e de arbitrariedade que comporta semelhante solução.

É por essa razão que sugiro que o juiz, tendo de procurar na interpretação da lei a vontade do legislador, deveria entendê-la como sendo não a do legislador que votou a lei, principalmente se se trata de uma lei antiga, mas a do legislador *atual*.

De fato, o legislador antigo, qualquer que tenha sido sua vontade real, que o juiz pode quando muito presumir, não tem condições de externar seu desacordo sobre a interpretação que lhe é atribuída. Pode acontecer que tal atribuição não seja mais do que uma ficção graças à qual o juiz faz passar uma interpretação da lei que lhe pessoal como conforme à vontade do legislador. Por outro lado, quando a vontade à qual alude é a do legislador atual, afirma uma hipótese cuja verdade pode ser controlada, pois, em caso de desacordo com o juiz, o legislador atual tem condições de se manifestar e de votar uma lei interpretativa¹⁶. A possibilidade de um

16. Cf., a esse respeito, meu artigo "L'interprétation juridique", *Archives de philosophie du droit*, 1972, t. 17, pp. 32-33.

diálogo entre as partes capazes de dar a conhecer sua opinião, a saber, a Corte Suprema e o legislador atual, é que torna atraente a técnica de interpretação sugerida, pois ela transforma a busca da vontade do legislador em uma presunção susceptível de ser derrubada, em vez de fazer dela uma presunção irreversível, e, às vezes, nitidamente fictícia, pois escapa a qualquer controle efetivo.

Essa concepção, que pode parecer paradoxal, foi confirmada por um célebre aresto da Corte Internacional de Justiça sobre a Namíbia (1971), cuja motivação declara expressamente que "um instrumento internacional deve ser interpretado e aplicado dentro do contexto de todo o sistema legal que prevalece no momento da interpretação"^{16 bis}.

80. Que acontece com essa solução quando a legislação que deve ser interpretada é de origem divina, quando é apresentada como definitiva e veda qualquer possibilidade de emenda? Esta hipótese, que parece puramente imaginária em uma concepção laicizada do direito, é entretanto a que é expressamente prevista na Bíblia, a propósito das leis dadas por Moisés ao povo hebreu. Lemos, de fato, no *Deuteronômio* IV, 1,2: "E agora, ó Israel, ouve as leis e os preceitos que hoje vou ensinar-vos. Ponde-os em prática para que vivais e entreis na posse da terra que o Senhor, Deus de vossos pais, vos dá! Não ajuntareis nada a tudo o que vos prescrevo, nem tirareis nada daí, mas guardareis os mandamentos do Senhor, vosso Deus, exatamente como vos prescrevi" (trad. Centro Bíblico Católico, ed. Ave Maria).

Em virtude desta prescrição, Moisés ficou sendo o único profeta legislador. Sendo vedada qualquer legislação nova, tanto no sentido de ab-rogar uma disposição legal como no

16 bis. Ch. Perelman, "La motivation des décisions de justice, essai de synthèse", e L. V. Prott, "The justification of décisions in the International Court of Justice", *La motivation des décisions de justice*, Bruylant, Bruxelas, respectivamente pp. 415-426 e 331-344.

de complementá-la, todo o trabalho jurídico de adaptação dos textos às novas realidades sociais foi, por força das circunstâncias, abandonado aos intérpretes da lei. Compreendemos melhor as discussões dos talmudistas, que às vezes podem parecer estranhamente justificadas, quando sabemos que eles devem, custe o que custar, reportar toda solução admissível, por mais revolucionária que possa parecer, a um texto bíblico. Eles, aliás, não alimentavam ilusões sobre o papel que lhes é assim confiado, pois distinguem claramente, na metodologia hermenêutica, a interpretação fiel ao texto (*o pchat*) e a interpretação com vista à aplicação de uma lei para permitir uma solução aceitável de um problema de direito (*o drach*)¹⁷.

Que sucede, neste contexto, com o respeito à vontade do legislador divino? Um relato característico do Talmude (*Baba Metzia* 59 a-b) nos narra, a esse respeito, uma história que mereceria ser mais bem conhecida.

Por ocasião de um debate sobre as condições em que um forno pode ser utilizado, permanecendo ritualmente puro, a grande maioria dos intérpretes opôs-se ao parecer do Rabino Eliezer que pretendia, contra seus adversários, exprimir a vontade autêntica de Deus. Para provar que tinha razão, ele invoca Deus, para que ele manifeste sua aprovação por meio de milagres, que não deixam de se realizar. Como a assembléia não parecia convencida pelos milagres, ele invoca o testemunho de Deus, e faz-se ouvir uma voz celeste, que sustenta o ponto de vista do Rabino Eliezer. Neste ponto, o Rabino Josué, porta-voz da maioria, citando o versículo do *Deuteronomio*, XXX, 12, “a Tora não se situa nos céus”, comenta: “Que quer dizer isto? Significa que a Tora nos foi dada no Sinai e que nós não confiamos numa voz celeste, pois a Tora já prescreveu no Monte Sinai (*Êxodo*, XXIII, 2) ‘em conformidade com a maioria modifica-se a lei’.”

17. *Ibid.*, pp. 33-34.

O comentário, que abandona inteiramente aos intérpretes o poder de decidir sobre o sentido da lei, é ainda mais característico pelo fato de a passagem que trata do papel da maioria deformar conscientemente o texto bíblico, o qual diz exatamente o contrário: “Não seguirás a massa para agir mal e não deporás num processo para desviar, para fazer a balança pender do lado do maior número.”

Na ausência do legislador atual, impõe-se aos intérpretes apenas a pesquisa fútil de uma justificação fictícia; quanto ao reto, o que determina a decisão é unicamente o caráter razoável, aceitável pela maioria, do resultado proposto.

Notemos, a esse respeito, que os talmudistas não hesitavam em substituir pela vontade divina sua própria solução, quando esta lhes parecia sensata, enquanto os rabinos ortodoxos hoje já não ousam na ausência de um Sinédrio – a Corte Suprema da lei mosaica – substituir a interpretação dos talmudistas pela deles. Enquanto os dez ou quinze séculos que separam os textos do Pentateuco da elaboração do Talmude são marcados por uma criação jurídica extremamente fecunda, os séculos que se seguiram fixaram a interpretação tradicional e a adaptaram pouquíssimo às necessidades atuais.

Essa história da interpretação bíblica nos fornece dois exemplos extremos, o de uma liberação quase total dos talmudistas em relação aos textos sagrados e o de uma submissão, quase tão radical quanto, dos intérpretes posteriores à interpretação ortodoxa, que adquiriu a força de uma lei imutável na tradição religiosa judaica.

81. O raciocínio jurídico manifesta-se, por excelência, no processo judiciário. De fato, o papel específico dos juizes é dizer o direito – e não o criar – embora freqüentemente a obrigação de julgar, imposta ao juiz, leve-o a completar a lei, a reinterpretá-la e a torná-la mais flexível. Desde a Revolução Francesa, no direito continental, o juiz também tem

a obrigação de motivar. O estudo dessas técnicas de motivação é que permite discernir o raciocínio judiciário nos diferentes ramos do direito, bem também nas diversas instâncias hierarquicamente organizadas.

Os resultados da análise da motivação serão diferentes conforme a idéia que se tiver do direito e do papel do juiz em relação ao legislador, concepções que vimos variarem muito, conforme as épocas; aliás, podem variar numa mesma época nos diversos sistemas de direito. Assim é que em nossa época, na Europa ocidental, ao contrário do que sucede no direito dos Estados socialistas, a importância e a independência do judiciário aumentaram consideravelmente, o que tende a aproximá-lo cada vez mais da concepção anglo-americana^{17 bis}.

A importância da motivação das decisões judiciais é considerada hoje essencial à boa administração da justiça. Como diz T. Sauvel, em um excelente artigo intitulado “Histoire du jugement motivé” (História da sentença motivada):

“Motivar uma decisão é expressar-lhe as razões. É, desse modo, obrigar quem a toma a tê-las. É afastar toda arbitrariedade. Somente graças à motivação aquele que perdeu um processo sabe como e por quê. A motivação convida-o a compreender a sentença e não o deixa entregar-se por muito tempo ao amargo prazer de ‘maldizer os juizes’. Ela é que o ajuda a decidir se deve recorrer, ou, se for o caso, a dirigir-se à Cassação. Ela é que permite não colocar-se novamente em uma situação que faria nascer um segundo processo. Além do mais, a motivação dirige-se não apenas aos pleiteantes, mas a todos. Faz compreender o sentido e os limites das leis novas, o modo de combiná-las com as antigas. Fornece aos comentaristas, aos estudiosos da jurisprudência, a possibilidade de comparar as sentenças entre si, de analisá-las, agrupá-las,

17 bis. V. a esse respeito o volume coletivo *La motivation des décisions de justice*, publicado por Ch. Perelman e P. Frieris, Bruylant, Bruxelas, 1977.

criticá-las, de extrair delas lições, em geral, também de preparar as soluções futuras. Sem ela não teríamos ‘emen ários’, e esta publicação não seria o que é. A necessidade da motivação entrou de tal modo em nossos costumes que em geral ultrapassa os limites do domínio jurisdicional e vai-se impondo, pouco a pouco, a decisões simplesmente administrativas, cada vez mais numerosas.

“A sentença motivada substitui a afirmação por um raciocínio e o simples exercício da autoridade por uma *tentativa de persuasão*. Desempenha, desta forma, no que poderíamos chamar de equilíbrio jurídico e moral do país, um papel absolutamente essencial.”¹⁸

82. Embora a motivação tenha aparecido no direito francês no século XIII, limitava-se o mais das vezes a indicar a prova dos fatos e, eventualmente, a regra de direito aplicável. Mas a motivação desaparece no século XIV. *Le style de la chambre des enquêtes*, redigido em cerca de 1336, aconselha muito claramente o relator a “ter grande cuidado, na conclusão da sentença, de não mencionar nenhuma ‘causa’”¹⁹. Esta situação se prolongará durante todo o Antigo Regime. Além disso, era proibido publicar as decisões de justiça sem a autorização dos Parlamentos. Montesquieu insistiu sobre a importância que há em conhecer a jurisprudência, mas sem se inquietar com a ausência da motivação. “Em 1771, Jousse, conselheiro do *presidial* (tribunal) de Orléans, depois de lembrar que os juizes têm certamente o direito de motivar suas sentenças, acrescenta que é preferível não se valer de tal direito ‘a fim de não dar motivo a chicanas por parte daquele que tiver perdido a causa’.”²⁰

18. T. Sauvel, “Histoire du jugement motivé”, *Rev. dr. publ.*, 1955, pp. 5-6.

19. *Ibid.*, p. 21.

20. *Ibid.*, p. 36.

Foi necessário, como sabemos, esperar a lei de 16-24 de agosto de 1790 para expor claramente o problema da motivação, tanto no cível quanto no penal. O artigo 15 do título V dispõe que, em cada sentença, “o resultado dos fatos reconhecidos ou constatados pela instrução e os motivos que houverem determinado o juiz serão expressos”. Mas, para alguns, a exigência da motivação identificava-se com a indicação do “texto de lei que havia determinado os juízes”²¹. Quando, pelo decreto de 1º de dezembro de 1790, foi criado o Tribunal de Cassação, “seu artigo 17 exigia apenas que o dispositivo contivesse *o texto da lei ou das leis nas quais a decisão se apoiará*”²², mas não havia, de forma alguma, a obrigação de motivar as sentenças. Esta obrigação foi instituída por um decreto do 4 germinal do ano II, apenas para as sentenças de indeferimento. Logo todos os arestos deverão ser motivados. “Viu-se então que a necessidade de motivação devia ser geral e indivisível, entendendo-se com isso que deveria aplicar-se a todas as jurisdições, à mais alta inclusive, sendo melhor dizer sobretudo à mais alta, para permitir que esta a impusesse às demais. Somente a existência da Cassação dá todo o sentido e todo o alcance à motivação no direito moderno. Ela faz de todo julgamento uma cena com vários personagens, na qual o juiz não apenas responde ao pleiteante, mas pensa também nas críticas que poderão ser formuladas em um recurso.”²³

Foi um aresto do Conselho de Estado, de 28 de julho de 1834 (S. 34.2.628), que considerou que a motivação era exigida não apenas por um texto da lei, mas porque sua ausência infringe *as formas substanciais de qualquer decisão em matéria contenciosa*²⁴. Trata-se de um desses princípios gerais

21. *Ibid.*, p. 45.

22. *Ibid.*, p. 46.

23. *Ibid.*, p. 47.

24. *Ibid.*, p. 51.

do direito que, ao contrário de certas concepções do direito natural, resulta da prática e dos progressos do direito entre os povos civilizados.

Mas, a propósito da motivação, teríamos de retomar a descrição que dela nos oferece Sauvel? Ele, de fato, escreve: “Os motivos bem redigidos devem fazer-nos conhecer com fidelidade todas as operações da mente que conduziram o juiz ao dispositivo por ele adotado. Eles são a melhor, a mais alta das garantias, já que protegem o juiz tanto contra qualquer falso raciocínio que possa oferecer-se a seu espírito como contra qualquer pressão que quisesse influenciá-lo.”²⁵

Creio que estas observações confundem o desenvolvimento psicológico dos móveis e o papel dos motivos: estes devem persuadir os pleiteantes, as instâncias superiores e a opinião pública esclarecida dos motivos que, no direito, justificam o dispositivo. Mas não devem de modo algum conter os móveis dos motivos: ao identificar os motivos com “todas as operações da mente que levaram o juiz ao dispositivo por ele adotado”, Sauvel esquece ou deixa de lado todos os elementos extrajurídicos que podem ter influenciado a opinião do juiz e que este evitará revelar. Não que tais elementos sejam necessariamente vergonhosos: podem ser fundamentados num senso agudo da equidade, que a escola da exegese, por exemplo, não consideraria ter de representar um papel na motivação. Hoje, em contrapartida, não se hesitaria em levar em conta, na motivação, a equidade, desde que se pudesse encontrar-lhe um fundamento jurídico satisfatório.

83. Após o que acabou de ser dito, é interessante constatar que um recente estudo, redigido por dois eminentes juristas, um dos quais é procurador-geral junto à Corte de Cassação da França, começa com esta frase: “Costuma-se ouvir

25. *Ibid.*, p. 48.

os juizes ingleses e americanos dizerem que as decisões francesas não são motivadas.”²⁶ Tal afirmação, errada e chocante à primeira vista, resulta da diferença de estilo na formulação das decisões no direito francês e no direito anglo-americano²⁷. Será suficiente, para motivar, apresentar o silogismo judiciário, que abrange a regra aplicada, a constatação dos fatos subsumidos sob a regra e a conclusão que daí resulta? Evidentemente, se nem a escolha e a interpretação da regra, nem o estabelecimento e a qualificação dos fatos são contestados, esse procedimento de raciocínio está ao abrigo de toda crítica. Mas, se fosse esse o caso, não haveria litígio. O conflito surge quando um ou vários desses elementos são contestados, e a motivação, tal como a concebe o direito anglo-saxão, consiste em indicar as razões que guiaram a Corte nas opções que julgou preferíveis.

A propósito do estilo da Corte de Cassação da França, escrevem Touffait e Tunc:

“A Corte de Cassação, ao julgar, afirma princípios cujo alcance não procura de modo algum elucidar. Por outro lado, ‘as constatações de fato’ que enfatiza comportam normalmente apreciações, algumas delas discutíveis. Aqui também encontramos correntemente afirmações peremptórias, que convencem mal por esconderem toda uma discussão possível. Daremos alguns exemplos: o juiz francês, principalmente na Corte de Cassação, em geral motiva sua decisão apenas de modo muito formal. Recusando-se a argumentar: se deve responder a todos os meios, não tem de responder a todos os argumentos. Ele não deve sobretudo recorrer a argu-

26. A. Touffait e A. Tunc “Pour une motivation plus explicite des décisions de justice, notamment de celles de la Cour de cassation”, *Rev. Trim. Dr. civ.*, 1974, p. 487.

27. Cf. Folke Schmidt, “The Ratio decidendi”, *A Comparative Study of a French, a German and an American Supreme Court Decision*, Estocolmo, 1965.

mentos de ordem extrajurídica, ainda que sejam tão pertinentes quanto as considerações sobre seguro em um caso de acidente, e menos ainda a ‘bobagens humanitárias’. Talvez esses princípios só constituam uma fachada: é claro, por exemplo, que a ‘descoberta’ do artigo 1384, alínea 1, do Código Civil, inspira-se na preocupação de indenizar as vítimas dos acidentes. Resta saber, entretanto, se tal fachada é satisfatória.”²⁸

Por antítese, eis como eles apresentam a atitude do juiz da *common law*:

“Já a audiência permite um diálogo muito livre entre o juiz (normalmente único, em primeira instância) e os advogados. Nada é excluído deste diálogo: versa, ao mesmo tempo, sobre os fatos, os meios, os argumentos, as conseqüências das diversas soluções possíveis – conseqüências para as partes em causa e conseqüências sociais, pois o direito é uma arte social: no caso de um acidente de trânsito, por exemplo, não se limitarão a um raciocínio lógico, mas examinarão a incidência desta ou daquela regra sobre o comportamento dos usuários da rua e da estrada.

Na prática... a sentença reflete este diálogo. O juiz não procura tanto ser breve quanto ser compreendido. Ele decide, é verdade, mas deseja também convencer. É, sob este aspecto, muito respeitoso para com as partes e seus advogados. Já se disse, com o toque de humor que convém, que a sentença exprime suas desculpas endereçadas ao perdedor e a seus defensores. Afirmaram-lhe que o caso punha em jogo um princípio firmado em processo anterior? O juiz explica em que os dois casos se distinguem e talvez especifique, nessa ocasião, os limites do princípio anterior. Sustentaram que uma solução, em certo sentido, se importaria numa série de casos parecidos uns com os outros e acabaria conduzindo a uma

28. Touffait e Tunc, *ibid.*, pp. 489-490; cf. também F.-M. Schroeder, *Le nouveau style judiciaire*, Dalloz, Paris, 1978.

solução absurda? Mais uma vez ele explica onde faria o corte na série de casos que lhe apresentam como indivisível. A parte perdedora sabe, na verdade, por que perde. Os juristas que lêem a decisão sabem por que foi dada.”²⁹

Na medida em que o funcionamento da justiça deixa de ser puramente formalista e visa à adesão das partes e da opinião pública, não basta indicar que a decisão é tomada sob a proteção da autoridade de um dispositivo legal, é necessário demonstrar ainda que é equitativa, oportuna, socialmente útil. Com isso a autoridade e o poder do juiz ficam acrescidos, e é normal que justifique com uma argumentação apropriada o modo como os usa. É compreensível que o exemplo dos juizes da *Common law*, que sempre tiveram consciência de seu papel e de sua responsabilidade, seja seguido na medida em que cresce o papel do juiz continental. Este paralelismo entre o poder concedido ao juiz e a obrigação de uma ampla justificação é confirmado pelo estilo das motivações tanto da Corte Internacional de Justiça quanto da Corte de Justiça das Comunidades Européias.

O raciocínio judiciário tem de ser matizado segundo os auditórios aos quais se dirige, segundo a matéria tratada, segundo o ramo do direito: compreende-se que a hierarquia de valores estabelecida pelas cortes e tribunais não seja a mesma em direito internacional, em direito civil e em direito penal, em direito fiscal e em direito comercial.

84. Começemos nossa análise das modalidades do raciocínio jurídico pela análise do raciocínio dos advogados, cujas pretensões são opostas em uma lide. O papel do advogado é utilizar, nos limites permitidos pela deontologia profissional, todos os meios que lhe permitirem fazer triunfar a tese que aceitou defender, a menos que, sendo má a sua causa, contente-se com manobras dilatórias.

29. *Ibid.*, pp. 490-491.

Notemos, a este respeito, que um advogado é obrigado a aceitar a defesa de um cliente apenas se tal missão lhe é imposta porque, não tendo o réu advogado de sua escolha, não se quer deixá-lo sem defesa. A recusa do advogado pode resultar de regras de deontologia profissional, se é adversário do cliente eventual em outro processo ou se, de modo mais geral, teme-se a possibilidade de um conflito de interesses entre seu papel de advogado e outras funções que exerce ou outros interesses que defende. Pode também recusar patrocinar uma causa que lhe pareça indefensável ou cuja defesa seja contrária a suas convicções. Assim, nos processos políticos ou ideológicos, é normal que haja afinidade entre as tendências dos advogados e as daqueles cuja causa aceitam patrocinar.

É vedado ao advogado enganar o juiz, dizer o que sabe ser falso, sem ter, não obstante, a obrigação nem sequer o direito de revelar tudo que sabe graças às confidências daqueles cuja causa aceita defender. Salientemos a este respeito que as relações entre os advogados e seus clientes são protegidas pelo sigilo profissional, cuja violação é passível de punição. Cada Ordem dos Advogados tem suas tradições em matéria de deontologia, que podem variar nos detalhes mas que visam, *grosso modo*, evitar que o advogado seja impedido, por uma ou outra razão, de desempenhar convenientemente sua tarefa e do outro, que venha a tornar-se cúmplice daqueles cuja defesa assegura.

O papel do advogado é fazer o tribunal ou o júri admitir a tese que está encarregado de defender. Para consegui-lo, adaptará sua argumentação ao auditório, do qual depende o desfecho do processo, que lhe é imposto.

Por causa do papel central que, em toda lide, compete aos juizes ou ao júri, é normal que regras de processo permitam recusar aqueles cuja parcialidade se teme. Assim é que o Código (belga) de Processo Judiciário, de 10 de outubro de 1967, prevê nos artigos 247, 249, 250 e 251 que o réu e o

procurador-geral poderão, cada um deles, recusar seis membros do júri, sem ter de indicar nenhuma razão. Sucede diversamente quando se trata de recusar um juiz ou de requerer seu impedimento. Os artigos 828 a 847 e 648 a 659 regulamentam as condições e o procedimento de recusa e de impedimento. Artigo 831 precisa que: “Todo juiz que sabe haver motivo de impedimento em sua pessoa é obrigado a abster-se.” O mesmo se dá com o Ministério Público.

85. Não se postula uma causa diante de um júri como diante dos juízes togados, e o recurso diante da Corte de Casação exige técnicas de argumentação diferentes das que são empregadas diante de uma Corte de Apelação. A argumentação que versa sobre questões de fato será diferente da que versa sobre questões de direito.

Há mais, porém. Todo advogado sabe que sua apresentação dos fatos e as conseqüências jurídicas que deles tira serão objeto, por parte da parte contrária, de uma apresentação dos fatos e de conclusões jurídicas diferentes. A convicção do juiz ou do júri resultará, em grande parte, da confrontação entre exposições opostas, em que não apenas os fatos da lide poderão estar diversamente descritos e qualificados, mas em que uma das partes, desprezando fatos que considera irrelevantes, introduzirá outros fatos, considerados essenciais, e que a outra parte terá deixado na sombra.

Esta diferença na apresentação dos fatos da lide pode provir do fato de as partes insistirem em regras de direito diversas, em precedentes diferentes, considerados decisivos para a solução do litígio: a qualificação dos fatos dependerá da regra sob a qual se deseja subsumi-los, do precedente ao qual se quer aproximá-los. A escolha da regra aplicável do precedente que se invoca exigirá a determinação de seu sentido e de seu alcance, para que possam ser aplicados ao caso específico.

Cada uma das partes invocará as regras e os precedentes que lhe são favoráveis, procurando mostrar por que os in-

vocados pelo adversário não são aplicáveis ao caso concreto, que é o objeto da lide: vê-se como a apreciação das similitudes e das diferenças é essencial na maioria dos litígios. Observemos, a propósito disso, que o fato de seguir uma jurisprudência constante é suficiente para motivar uma sentença, ao passo que a reforma de uma jurisprudência estabelecida deve ser seriamente motivada. Pois, por causa do grande crédito atribuído à regra de justiça, que ordena o tratamento igual para casos essencialmente semelhantes, são necessárias razões imperiosas para motivar uma reforma de jurisprudência. De fato, mesmo que não sejam obrigadas à regra do *stare decisis*, no direito continental, as instâncias inferiores hesitam em contradizer as instâncias superiores, que poderiam cassar-lhes a sentença, a menos que possam argumentar de modo suficientemente convincente em favor de uma mudança de jurisprudência. Esta é, aliás, a razão pela qual cada uma das partes tem interesse em mostrar ao juiz que a solução que propõe afasta-se o menos possível da jurisprudência tradicional. Ou, caso se afaste, que se insere numa linha de evolução indicada por arestos anteriores. Mas, a cada vez, será necessário mostrar que a solução que se propõe é a mais justa, a mais razoável, que corresponde melhor aos interesses da sociedade.

Deverá o advogado, em sua argumentação, evocar de antemão todos os argumentos que poderiam ser levantados contra a tese que defende, esforçando-se para diminuir-lhes o impacto? Se a réplica preventiva apresenta vantagens, comporta também inconvenientes, pois, ao dar importância aos possíveis argumentos do adversário, não apenas aumentamos sua *presença* no espírito do juiz, mas lhe reconhecemos o caráter de um argumento plausível, pertinente, que não temos o direito de negligenciar. É por esta razão que em geral os advogados quase não aludem, em sua exposição, aos argumentos que o adversário poderia desenvolver, reservando-se para respondê-los na réplica que levará em conta não eventuais argumentos do adversário, mas os que ele efetivamente desenvolveu.

Se a jurisprudência não lhe oferecer argumentos suficientes para sustentar sua tese, e principalmente se a jurisprudência favorecer mais a tese do adversário, o advogado buscará na doutrina e na jurisprudência estrangeiras argumentos que favoreçam uma reforma de jurisprudência. Não se deve esquecer, com efeito, que, nas lides que versam sobre questões de direito, o processo apresenta-se em geral como uma escolha entre decisões que favorecem um valor em detrimento de outro e uma tendência oposta que prefere uma ordem de prioridade diversa. Trata-se, a cada vez, de convencer o juiz que terá de dirimir o conflito de que, adotando a tese que se defende, não fará figura de original, insensível à hierarquia dos valores tal como foi proclamada pelo legislador, pela jurisprudência e pela doutrina, mas de que, ao contrário, estaria na linha que mais probabilidade teria de triunfar, se o mesmo litígio devesse ser julgado em recurso, ou se a decisão e sua motivação tivessem de ser submetidas à Corte de Cassação.

86. Nunca se deve perder de vista que o juiz, ao redigir uma sentença, não tem de exprimir uma opinião estritamente pessoal. Se sua íntima convicção lhe permite considerar como estabelecidos os fatos, estando conforme às prescrições da lei o procedimento concernente aos meios de prova – mais ainda, é necessário que essa convicção não pareça ser desarrazoada –, a qualificação dos fatos e as conseqüências jurídicas que deles extrai devem corresponder a uma opinião comum, de fato ou de direito. É necessário que a motivação da decisão demonstre suficientemente que esta é conforme ao direito em vigor, tal como é entendido pelas instâncias superiores e pela opinião dos juristas qualificados. É para fazer que o tribunal admita que a tese por ele defendida corresponde melhor a essas diversas exigências que deve tender a argumentação de cada uma das partes.

Nunca será demais ressaltar a importância atribuída em todos esses debates à tradição reconhecida, tal como se ma-

nifesta pelos processos, instituições e jurisprudência. Neste sentido, a aplicação das noções a que as partes recorreram para descrever essa solução como conforme à letra e ao espírito da lei, como justa, equitativa ou razoável, não pode expressar uma opinião puramente subjetiva. Ela manifestará um aspecto intersubjetivo justificado por sua conformidade com o funcionamento do aparelho judiciário.

O processo, por sua própria existência e pela controvérsia que põe em evidência, coloca, ou recoloca, em questão situações e prioridades existentes. A vida do direito manifesta-se tanto nos processos, em que as questões de direito devem ser precisadas e dirimidas, quanto nos debates parlamentares sobre os novos textos legislativos, que freqüentemente se limitam a prolongar os debates judiciais. No parlamento, os argumentos utilizados serão antes de ordem social, moral ou política do que jurídica, pois seu papel não é dizer o direito existente, mas estabelecê-lo. Esta é, aliás, a razão pela qual considero que é o raciocínio judiciário, mais do que qualquer outra argumentação, que é específico da lógica jurídica.

As coletâneas de jurisprudência fornecem o melhor material para o estudo da lógica jurídica. De fato, os tribunais, e não os teóricos, é que são encarregados de dizer o direito, motivando suas decisões. É o seu raciocínio que permite, no final das contas, discernir a lógica jurídica num Estado, em dado momento, e as obras de doutrina só se tornam parte integrante de uma ordem jurídica positiva quando as justificações e as conclusões que propõem são adotadas pelo poder judiciário. O papel da doutrina, desse ponto de vista, lembra de certo modo o dos advogados, embora a autoridade que lhe é atribuída derive, em parte, da presunção de que defende não interesses particulares de clientes, mas o interesse geral, o bem comum, a equidade.

87. Na concepção atual do direito já não se trata de limitar o papel do juiz ao de uma boca pela qual fala a lei. A

lei já não constitui todo o direito; é apenas o principal instrumento que guia o juiz no cumprimento de sua tarefa, na solução dos casos específicos.

Como toda lide implica um desacordo, uma controvérsia, o papel do juiz é encontrar uma solução que seja razoável, aceitável, ou seja, nem subjetiva, nem arbitrária. Sendo a sentença uma decisão, e não uma conclusão pessoal e impositiva a partir de premissas incontestes, ela supõe a intervenção de uma vontade. Como mostrar que esta não é arbitrária?

Pode-se evidentemente tentar embaixar, camuflar o papel do juiz por meio do silogismo judiciário que formula na maior a norma aplicável, indica na menor os fatos estabelecidos, e tira a conclusão de que a lei prescreve a partir da subsunção dos fatos sob a norma jurídica. Mas esse silogismo só se impõe com a condição de que nenhum destes elementos seja objeto de controvérsia, o que fica contradito pela própria existência do processo. Pelo fato de que o juiz deve dirimir uma controvérsia, uma motivação que simulasse que os elementos litigiosos são evidentes se prende à ficção. Como escrevem dois eminentes juristas: “O considerando apresentado como uma evidência transporta o jurista ao país das maravilhas.”³⁰ De fato, motivar é justificar a decisão tomada, fornecendo uma argumentação convincente, indicando a legitimidade das escolhas feitas pelo juiz. É esta justificação, específica do raciocínio jurídico, que devemos examinar mais de perto. É ela que, explicitando as razões do dispositivo, deve convencer as partes de que a sentença não resulta uma tomada de posição arbitrária.

O processo psicológico que levou o juiz a tomar posição talvez possa ser explicado por intuítos de ordem social, moral ou política e, até mesmo, pela simpatia que, por razões

30. *Ibid.*, p. 498.

confessáveis ou não, o juiz sente por uma das partes. Mas a motivação da sentença jamais pode limitar-se à explicitação dos intuítos, por mais generosos que sejam: sua função é tornar a decisão aceitável por juristas e, principalmente, pelas instâncias superiores que teriam de conhecê-la. Como cada decisão pode servir de precedente para a solução posterior de casos da mesma espécie, cabe demonstrar que ela pode desempenhar tal papel, inserindo-se sem dificuldade nessa obra coletiva constituída pela jurisprudência. Não basta que a decisão pareça equitativa, é necessário ainda que seja conforme ao direito em vigor, e aceitável como tal por aqueles que a examinarão. É este último aspecto que é favorecido pelo sistema que organiza os tribunais em colegiados, aos quais, tanto no cível quanto no penal, são submetidos os litígios mais importantes, pois a decisão deverá resultar não da tomada de posição de um só, mas da unanimidade ou, pelo menos, da maioria que se formará no seio do tribunal. Mesmo que, muitas vezes, a decisão preceda a motivação, a deliberação preliminar permitirá levar em conta argumentos alegados por todos os membros do colegiado, e a solução adotada será tanto menos subjetiva quanto mais possibilidades de serem expostos e apreciados tiverem os pontos de vista eventualmente opostos.

Convém que tais divergências se tornem públicas ou, para não abalar a confiança dos jurisdicionados na certeza do direito, fiquem cuidadosamente sigilosas? Esta última prática talvez convenha melhor à majestade da justiça, mas com a condição de ser mais do que uma aparência. A autoridade da decisão não deve fundar-se numa ficção. Como escrevem Touffait e Tunc: “A prática das opiniões separadas é um poderoso fator para vivificar o direito e para adaptá-lo à sociedade contemporânea. Contribui para revelar a autoridade real de uma decisão. Seria uma triste falta de confiança na magistratura pensar que ela permitiria a expressão de opiniões

estupidamente apaixonadas. Caso deveriam ser emitidas, tais opiniões só desacreditariam seu autor.³¹ Esta prática, seguida pela Suprema Corte dos Estados Unidos, contribuiu para tornar suas decisões menos formalistas, mais preocupadas com a realidade econômica e social.

88. O raciocínio judiciário será diferente, conforme o conflito judicial se refira a questões de fato ou a questões de direito, embora seja difícil separá-las completamente.

Hoje, quando as controvérsias dizem respeito ao estabelecimento dos fatos, embora o ônus da prova seja regulamentado por presunções legais, a própria prova, em todos os processos penais e na maior parte das questões cíveis, é livre e a argumentação deverá determinar a íntima convicção do juiz ou do júri. Não era assim nas monarquias absolutas, na maior parte dos países europeus: sob a influência da *Carolina*, Código Penal do imperador Carlos V (1532), as provas por indícios eram classificadas e indicados os indícios comuns suficientes para se proceder à tortura (cf. § 18)³². Foi com a abolição da tortura e a rejeição do papel primordial da confissão, em direito penal, que se abriu o caminho para uma concepção mais flexível da prova, cujo valor, em matéria criminal, é apreciado soberanamente pelo julgador. O estudo científico da prova e a introdução das técnicas de laboratório demonstraram, ao mesmo tempo, a fragilidade dos depoimentos, o valor dos indícios, tais como as impressões digitais, bem como o interesse de certas provas psicométricas. Mas em que medida pode-se submeter o acusado a estas últimas, sem atentar contra a dignidade da pessoa e sem obrigá-lo a fornecer provas contra si mesmo? A questão ainda é controvertida.

31. *Ibid.*, p. 506.

32. Cf. Fr. Gorphe, *L'appréciation des preuves en justice*, Paris, 1947, p. 258.

Quando o processo se desenrola não diante de um juiz togado, mas diante de um júri, mais crédulo e mais impressionável, é normal que se tomem precauções suplementares. É por esta razão que no direito anglo-saxão, em que o recurso ao júri é muito mais generalizado, as regras de exclusão são muito mais estritas (proibição de relatar fatos dos quais não se tem conhecimento pessoal), e as testemunhas são submetidas à *cross-examination*, a um *contra-interrogatório* pela parte adversária.

Os depoimentos, os indícios e as presunções quase nunca conduzem a uma certeza absoluta, mas esta não é exigida: basta que a convicção dos juizes seja suficiente para afastar qualquer dúvida razoável. Aqui, mais uma vez, a colegialidade é um obstáculo a qualquer convicção prematura e insuficientemente fundada.

89. Como o estabelecimento dos fatos, dentro do respeito pelas regras do processo, não cria precedentes, é normal que nesta matéria o juiz não esteja sujeito ao controle da Corte de Cassação. Mas não se dará o mesmo quando se operar uma qualificação ou uma subsunção.

Quando a qualificação diz respeito a noções vagas, tais como a *urgência* ou o *interesse geral*, cuja definição não é fornecida em um texto legal, o sentido que se deve atribuir-lhes vai-se precisando gradualmente, graças aos casos específicos, cujo conjunto poderia permitir, depois de certas hesitações, a elaboração de uma definição jurisprudencial.

Na ausência de uma definição esclarecedora, deveremos começar por uma delimitação negativa que precisará o que não pode ser considerado *razoavelmente* um caso de urgência ou conforme ao interesse geral³³. Quando as deci-

33. Cf. *Rép. Dalloz pr. civ.*, V^o *Cassation*. – V. os estudos de G. Bolland, “La notion d’urgence, dans la jurisprudence du Conseil d’Etat de Belgique” e M. Dumont, “Le Conseil d’Etat, juge de l’interêt général”, em *Le fait et le droit*, Bruylant, Bruxelas, 1961, pp. 171-187 e 188-217.

sões forem em número suficiente para permitir a generalização, a doutrina, ou a Corte de Cassação, poderá elaborar uma definição confirmada pela jurisprudência. Assim é que cada decisão, que implica uma qualificação positiva ou negativa, contribui para precisar a noção. É normal que a Corte de Cassação e o Conselho de Estado sejam competentes para apreciar a legitimidade das qualificações que conduzem à elaboração gradual das noções essenciais do direito público, mais especialmente do direito administrativo.

São os órgãos administrativos e o poder executivo que decidem o que constitui um caso de urgência e o que é conforme ao interesse geral, mas unicamente no limite da razoabilidade. Assim que a qualificação for despropositada, o Conselho de Estado poderá decidir que a decisão tomada é ilegal, por contrariar a letra e o espírito da lei.

90. O Código Civil, para precisar as noções de *culpa* ou de *negligência*, refere-se muitas vezes ao comportamento do bom pai de família (por exemplo, os artigos 601 e 627 do Código Civil): trata-se de um conceito normativo, em comparação ao qual serão apreciadas as condutas. Em oposição aos conceitos descritivos, os conceitos normativos tomam em consideração dados que não podem ser simplesmente percebidos ou experimentados mas que só podem ser representados e compreendidos, escreve K. Engisch³⁴, em relação ao mundo das normas.

Este modo de se expressar pode prestar-se a mal-entendido, pois a expressão “o mundo das normas” faz pensar em idéias platônicas, que seriam eternas e imutáveis. Mas, na verdade, a especificidade dos conceitos normativos está em variarem de uma sociedade para outra, de uma época para outra.

Esta variação é que pode apresentar enormes problemas para os juizes, na medida em que os critérios de aplicação desses conceitos não podem ser dissociados do contexto social. Problemas análogos podem surgir também para os conceitos descritivos, mas estes não evoluem tão rapidamente. A aplicação do conceito de “bons costumes” é que fornece o melhor exemplo de tais dificuldades. Assim, o artigo 283 do Código Penal francês pune com prisão de um mês a dois anos e com multa de 360 a 18.000 F quem quer que tenha “distribuído ou entregue para ser distribuído por um meio qualquer impressos, escritos, desenhos, cartazes, gravuras, pinturas, fotografias, filmes ou clichês etc. ... ofensivos aos bons costumes” (a mesma expressão “bons costumes” também figura no artigo 284). Assim o artigo 383 do Código Penal belga estabelece pena de multa, e até prisão de oito dias a seis meses, para “quem tenha exposto, vendido ou distribuído canções, panfletos ou outros escritos, impressos ou não, figuras ou imagens ofensivos aos bons costumes”.

A aplicação destes artigos, que servem de fundamento a todos os processos em matéria de pornografia e obscenidade, trate-se de livros ou de brochuras, de exposições, de teatro, e principalmente de cinema, depende do que se entende por “bons costumes”. Ora, os costumes de nossa sociedade evoluíram tanto e tão rapidamente no decorrer dos últimos anos que o que parecia contrário aos bons costumes antes da última guerra parece hoje completamente anódino. Nessas condições, é difícil definir o que é ofensivo aos bons costumes pela indicação dos elementos materiais: será a apresentação do nu feminino ou masculino, será o fato de exhibir os órgãos sexuais, será a apresentação da cópula ou de certas perversidades? A jurisprudência tornou-se cada vez mais liberal a este respeito, principalmente depois da distinção estabelecida entre o erotismo, aceito, e a pornografia,

34. Cf. K. Engisch, *Einführung in das juristische Denken*, Kohlhammer, Stuttgart, (1956), 1977, p. 110.

proscrita pelo artigo 283³⁵. Seriam ofensivas aos bons costumes “as imagens que chocam a opinião média do público”. Como determinar tal opinião média? Dir-se-á que a obscenidade é revelada pelo escândalo? Mas é possível que o que escandaliza o “homem de bem” não suscite muita reação da parte de um público cada vez mais calejado. E, o que é mais grave, o que provoca escândalo em uma localidade pouca comoção produz em um grande porto. Certos filmes pornográficos, cuja projeção durante várias semanas em algumas cidades não provocou nenhuma intervenção do Ministério Público nem da polícia, foram proibidos em outras. Os distribuidores dos filmes, acusados, puderam invocar o erro invencível, devido à ausência de denúncias em outras comarcas: eles podiam crer, efetivamente, que a projeção do filme não se enquadrava no artigo 283. Em certos casos, o tribunal absolveu, em outros, o tribunal do foro concedeu apenas circunstâncias atenuantes³⁶.

Convém, em situações como essa, que a Corte de Casação uniformize a jurisprudência, mediante uma decisão jurisprudencial, da qual se poderia esperar que redundará em decisões uniformes, ou convém que ela considere a aplicação da lei uma questão de fato, deixada à apreciação soberana de cada juiz? Cada solução apresenta alguns inconvenientes, a primeira por tentar impor critérios muito draconianos ou muito liberais para os costumes desta ou daquela região do país, a segunda por dar azo a julgamentos arbitrários, que variariam conforme o temperamento do juiz e os costumes locais, o que introduziria uma grande insegurança jurídica nessa

35. Cf. sobre a aplicação do artigo 383 do Código Penal belga, Corte de Bruxelas, 29 de junho de 1970, *Rev. dr. pén.*, 1970, p. 254, citado por R. Lallemand, “Considérations sur les bonnes moeurs”, *Rev. Université de Bruxelles*, 1973, pp. 38-39.

36. *Ibid.*, p. 43.

área tão delicada, ainda mais grave porque nenhuma jurisprudência poderia guiar os juízes, os promotores públicos ou os jurisdicionados.

Diante desta situação, alguns propuseram abolir o artigo 283, limitando-se a lei a proteger os menores de 18 anos contra a afixação pública de imagens ofensivas aos bons costumes. Alguns edis municipais, tais como os de Boston, nos Estados Unidos, limitaram a autorização de exibir filmes pornográficos a certos bairros reservados, proibindo-lhes a projeção pública em todos os outros bairros da cidade.

91. Este último exemplo, mais revelador do que muitos outros, prova que a aplicação do direito, que se quer aceitável, porque razoável, não poderia limitar-se a uma simples dedução, pois define-se o conteúdo de grande número de conceitos em comparação aos valores aceitos pela sociedade. O direito admitido não é simplesmente o direito imposto pelo legislador: é preciso torná-lo flexível para conciliá-lo com o que é considerado equitativo ou razoável; é neste sentido que evolui o direito contemporâneo em todas as sociedades democráticas, nas quais a simples afirmação por parte da autoridade é fortemente contestada.

O formalismo é atacado cada vez mais, mesmo quando se trata apenas de questões de interesse. Eis um exemplo significativo que tiramos de Fr. Gorphe³⁷:

“Um proprietário manda erguer uma construção junto à divisa de seu terreno; inadvertidamente, invade a propriedade do vizinho; este só se apercebe do fato depois de construído o edifício: pode pedir que seja demolido? Em princípio, pode, porque foi lesado no direito de propriedade, direito real protegido pela lei (arts. 552 ss. do Cód. Civ.), que autoriza

37. Fr. Gorphe, *Les décisions de justice*, Presses Universitaires de France, 1952, pp. 37-38.

a reivindicar a integralidade de seu terreno. Mas pode ser que a construção seja grande e invada pouco: pode ser também que a divisa estivesse mal traçada e, se o construtor errou em não verificar, o proprietário lesado não terá sido negligente ao deixar as coisas correrem? Nestas circunstâncias, a aplicação da regra pareceu chocante, procurou-se contorná-la para que prevalecesse a equidade certa, e formou-se uma jurisprudência neste sentido: quando o erro do construtor é desculpável e a retirada da construção lhe causaria um dano desproporcional à violação do direito do proprietário, contentam-se em conceder ao proprietário lesado uma indenização para ressarcir-lo da perda da faixa de terreno; esta solução apóia-se em um dispositivo particular do código (art. 555), aplicado por analogia, se bem que preveja um caso diferente, aquele em que o terceiro possuidor é expulso pelo verdadeiro proprietário através de uma ação de reintegração de posse (Cass. fr., 15 de julho/1901, S., 1902.1.217).

O artigo 555 alude ao terceiro de *boa-fé*. Esta noção desempenhará um grande papel na flexibilização do direito. Como escreve Fr. Gorphe: “Todas as vezes que as conseqüências das regras estritas parecem ir além da medida, procura-se afastá-las recorrendo a princípios mais justos.”³⁸

Eis um exemplo concreto. O artigo 191 do Código Civil permite ao Ministério Público impugnar todo casamento “que não foi celebrado diante do oficial público competente”. Casamajor descreve os fatos de modo pitoresco:

“Por volta de 1900, na *mairie* de Montrouge, o oficial de Estado civil que havia, na ausência do *maire*^{38*}, celebrado uma série de casamentos era deveras um adjunto, mas, infelizmente, não era o adjunto mais próximo na ordem do Qua-

38. *Op. cit.*, p. 38.

38* O “maire”, eleito pelo conselho municipal, do qual faz parte, acumula as funções de administrador e primeiro magistrado em uma comuna. (N. da T.)

dro dos adjuntos presentes. Ora, a lei municipal de 1884 estabelece que, embora o *maire* possa delegar expressamente seus poderes a um adjunto ou a um conselheiro municipal de sua escolha, sem levar em conta o famoso quadro, na falta de delegação especial, é, ao contrário, a ordem do Quadro que define a competência. Achando-se o *maire* impedido, é o primeiro adjunto que celebra os casamentos, achando-se impedido o primeiro adjunto, cabe ao segundo adjunto etc. Os esposos haviam sido unidos pelo terceiro adjunto, por exemplo, em vez de sê-lo pelo segundo. Drama! O promotor denunciou a nulidade dos casamentos. O tempo passa, os esposos se tomam concubinos, os filhos se tornam bastardos, mas, impávido e sereno, o processo continua a se arrastar até a Corte de Cassação que, acertadamente, declarou a lide sem interesse, considerou não ser necessária nenhuma providência. Assim, por obra do Espírito Santo jurídico, os bastardos voltaram a ser legítimos, os cônjuges voltaram a ser esposos. A realidade prevaleceu sobre a ficção.”³⁹

Se a Corte de Cassação pôde evitar as conseqüências deploráveis de um erro ridículo, para voltar à “realidade”, foi recorrendo a uma ficção jurídica, a do “funcionário de fato”: “Um indivíduo, em virtude de circunstâncias que podem ser muito diversas, foi levado a exercer durante certo lapso de tempo uma função pública. Todos os que tiveram de recorrer a seus serviços acreditaram de boa-fé na regularidade de sua investidura. Entretanto, ele não era funcionário, e nenhum de seus atos tinha no direito o menor valor. Esta qualidade, que ele não tinha realmente, o juiz lhe atribui ficticiamente e trata as decisões tomadas por ele, concernentes aos administrados de boa-fé, como emanadas de um verdadeiro funcionário.”⁴⁰

39. Casamajor, *Les juges*, Editions du Seuil, Paris, 1957, pp. 154-155.

40. J. Rivero, “Fictions et présomptions en droit public français”, *Les présomptions et les fictions en droit*, p. 106.

Caso patente de uma situação em que a ficção judiciária é indispensável para impedir que a observação estrita da lei, o formalismo jurídico, acarrete conseqüências socialmente inaceitáveis.

92. Retomemos as conclusões de Fr. Gorphe: “Os juízes, encarregados de aplicar a lei e a justiça ao mesmo tempo, hesitam quando elas não são concordes e procuram uma acomodação, inspirando-se no espírito da lei e nos princípios que dominam as disposições particulares. O espírito de equidade permite adaptar a regra geral às particularidades de cada caso.”⁴¹

Encontraremos uma excelente ilustração disso no caso *Giry*⁴².

Atendendo, um requisitório de um comissário de polícia, encarregado de investigar as circunstâncias da morte de duas pessoas proprietárias de um hotel, o doutor Giry foi, no decorrer de uma investigação, e sem que se encontre nenhum erro seu, gravemente ferido em razão de uma forte explosão de gás no lugar do crime. O doutor Giry tem direito à indenização e, caso tenha, qual é seu fundamento?

Conforme verificaram os juízes, não há nenhuma lei particular que conceda indenização aos civis acidentados durante um serviço público. Ora, salvo texto especial, o Estado não tem de responder pelos danos causados pelo serviço público da justiça.

Este resultado é, ao mesmo tempo, chocante e inadmissível. Sobre este ponto estão de acordo tanto os juízes de primeira instância quanto os de apelação e a Corte de Cassação.

O Tribunal de primeira instância motiva sua decisão com a regra de equidade que “exige que o prejuízo sofrido por um

41. Gorphe, *op. cit.*, p. 38.

42. Cf. S. Belaïd, *op. cit.*, pp. 336-338, Dalloz, 1957, pp. 34 ss.

particular, no curso de uma ação indispensável executada no interesse de um serviço público, conseqüentemente geral, seja arcado pela sociedade e não unicamente pela vítima”.

Como fazer para que o recurso à equidade não ocasione decisões subjetivas e arbitrárias? Podemos, evidentemente, presumir-nos contra estes inconvenientes com colegialidade dos juízes e possibilidade de apelação. Mas constata-se, ainda assim, que a busca de uma solução equitativa pode levar os magistrados, com o passar dos anos, a soluções diametralmente opostas. Vejamos a evolução da jurisprudência em matéria de responsabilidade civil.

Esta importante matéria é regida por poucos textos, os artigos 1382 a 1386 do Código Civil, que deram origem a bibliotecas de comentários e de construções jurídicas.

“Qualquer ato”, reza o artigo 1382, “que cause prejuízo a outrem obriga o autor do dano a repará-lo.” O artigo 1383 precisa que “cada um é responsável pelo dano causado não apenas por seus atos, mas também por sua negligência ou por sua imprudência”. “Cada um é responsável não apenas pelo dano causado por seus próprios atos, mas também pelo dano causado pelos atos de pessoas pelas quais é responsável, ou por coisas que tenha sob sua guarda” (art. 1384). “O proprietário de um animal, ou aquele que dele se serve, é responsável pelo dano por ele causado, quer o animal esteja sob sua guarda, quer tenha fugido ou se extraviado” (art. 1385). “O proprietário de um edifício é responsável pelo dano causado por seu desabamento, quando este ocorreu por causa de falta de manutenção ou por defeito de sua construção” (art. 1386).

Conforme estes artigos, a vítima deve, todas as vezes, provar a culpa, a negligência, a imprudência ou o defeito de construção que está na origem do dano. Invocando-se o artigo 1382, a prova será concernente à culpa, à negligência ou à imprudência de quem é responsável pelo dano. Tratando-se de pessoas pelas quais se deve responder, ou de coisas

que se tenha sob sua guarda, a culpa é presumida, mas os responsáveis poderão livrar-se da presunção de culpa se provarem “que não puderam impedir o fato que dá azo a esta responsabilidade” (art. 1384, al. 5).

Resulta daí que a legislação referente aos quase-delitos é ligada à idéia de responsabilidade: se nenhuma culpa, negligência ou imprudência puder ser provada, a vítima do prejuízo é que arcará com as conseqüências.

No caso de um acidente, trate-se de acidente de trabalho ou de acidente de trânsito, o operário ou o pedestre esmagado deveria fornecer a prova de uma culpa por parte do patrão ou do motorista.

Esta situação pareceu iníqua quando se tratava de acidentes de trabalho: na França a lei de 1898, na Bélgica a de 24 de dezembro de 1903 vieram modificar a situação, introduzindo uma nova noção, a de risco profissional, pondo tal risco a cargo do patrão.

Quanto aos acidentes de trânsito, contentou-se em invocar o artigo 1384, alínea 1, criando uma presunção de culpa do motorista, responsável pelas coisas que estão sob sua guarda, mas permitindo-lhe livrar sua responsabilidade se provasse que não podia evitar o acidente. Mas este modo de raciocinar não oferecia uma solução equitativa quando o acidente ocorria sem que ninguém fosse culpado. E, nesta perspectiva, o proprietário do veículo, que tem juridicamente sua guarda, será responsável pelos acidentes causados por um carro roubado? Deverá indenizar seu passageiro, vítima de um acidente, no caso do transporte gratuito, quando não cometeu nenhum erro? “A Corte de Cassação, acompanhando as Cortes e os tribunais, ficou impressionada com o que havia de chocante no fato de um ato de pura cortesia poder voltar-se contra seu autor, sem que houvesse culpa alguma de sua parte”⁴³ (nota Paul Esmein, S.,

43. Fr. Gorphe, *op. cit.*, pp. 49-50.

1929.1.249). Aplicar-se-á, em tal caso, o artigo 1382, que exige uma culpa da parte de quem causou o dano. Foi essa jurisprudência que prevaleceu desde o aresto da Corte de Cassação, de 27 de março de 1928 (D.P., 1928.1.145; S., 1928.1.353) até os arestos da Câmara Mista de Cassação, de 20 de dezembro de 1968 (D., 1969.1.37), que colocaram a responsabilidade a cargo do proprietário do veículo.

Como e por que o que parecia equitativo em 1928 deixou de sê-lo em 1968? A modificação da jurisprudência deveu-se ao arbítrio ou pode ser justificada de modo satisfatório? Foi isso que o professor Husson examinou longamente em suas notáveis análises sobre a evolução desta jurisprudência⁴⁴.

Ele mostra muito claramente como o problema, levantado pela busca de uma solução equitativa, foi modificado pela instituição do seguro obrigatório, que põe em segundo plano a idéia de responsabilidade e de culpa, substituindo-a pela de risco, o que deveria cobrir também o beneficiário de um transporte gratuito. Esta última concepção resulta das conclusões do advogado geral Schmelck, publicadas antes do acórdão de 1968, que põem em evidência a grande vantagem que traria esta alteração, simplificando e unificando o regime da responsabilidade civil. “Mas”, escreve Husson, “ele não se deteve neste ponto, teve ainda o cuidado de explicar que a solução, que poderia parecer oportuna há quarenta anos, deixara de sê-lo, porque os dados do problema haviam mudado com a instituição do seguro obrigatório e porque a conjuntura jurídica se modificara, pois a jurisprudência concede hoje o benefício do artigo 1384 a todas as vítimas, diretas ou indiretas, de um dano causado por um veículo, excetuando-se somente as pessoas transportadas gratuitamente. Aplicando-se

44. “Réflexions d’un philosophe sur un revirement de jurisprudence”, *Archives de philosophie du droit*, t. 16, 1971, pp. 293-343, republicado em *Nouvelles études sur la pensée juridique*, Dalloz, Paris, 1974, pp. 57-119.

a demonstrar 'que os papéis de agora em diante estão invertidos' no plano da equidade, reconheceu claramente que, se a solução do problema devia ser deduzida de princípios jurídicos, era igualmente necessário que fosse satisfatória do ponto de vista moral."⁴⁵

Com efeito, se podia parecer pouco equitativo que o proprietário do veículo fosse vítima de sua própria amabilidade, em caso de um acidente sobrevindo sem culpa de sua parte, é normal que o segurador, que cobre os riscos de acidentes, deva cobrir os riscos corridos pelo passageiro, beneficiário de um transporte gratuito. O que era equitativo quando se devia decidir quem arcaria com os prejuízos do acidente, o proprietário ou o beneficiário do transporte gratuito, deixava de sê-lo quando se devia decidir entre a vítima do acidente e "uma empresa cuja razão de ser é cobrir os riscos, que muitas vezes tira proveito deste ofício e que, em todo caso, já recebeu na forma de prêmios a contrapartida da indenização que lhe é pedida... Assim, o sentimento de equidade não variou, o que variou foi a realidade social à qual se aplica e variou sob a influência do direito, que instituiu uma obrigação nova, mais profundamente, porém, graças à invenção de uma técnica econômica, a do seguro, que o direito deixou plenamente eficiente tornando-o obrigatório"⁴⁶.

93. Esta análise nos permite chegar a conclusões mais gerais concernentes à evolução do direito, para a qual colaboram, de modo variável, conforme os casos, a legislação e a jurisprudência, sob a influência de uma reflexão orientada pela doutrina, que busca adaptar as situações jurídicas, sem transtorná-las, ao senso de equidade, tal como é sentido pelos membros de uma sociedade. É esta dupla obrigação que Husson extrai daquilo que considera a finalidade do direito,

45. *Op. cit.*, p. 63.

46. *Op. cit.*, pp. 99-100.

e que se manifesta em sua análise das transformações da responsabilidade:

"O direito não tem por objeto, como as ciências positivas, algumas das quais desejariam hoje absorvê-lo, o conhecimento de uma realidade, ou de uma verdade, que só tivessem de registrar e analisar, mas sim regulamentar a organização e o funcionamento das sociedades humanas, realizando nelas uma ordem tão equitativa quanto possível. Só pode cumprir este ofício trazendo aos problemas concretos, criados por essa organização e por esse funcionamento, soluções viáveis e adaptadas às circunstâncias, que não encontra prontas, mas lhe cabe inventar e reinventar incessantemente consoante mudanças sobrevindas e resultados que consegue observar; ele é, em razão de suas incidências mútuas, obrigado a coordenar essas soluções entre si para que formem um conjunto tão coerente quanto possível; é também forçado a assumir formas diversas e condenado a uma atualização incessante. Mas daí não se segue que essas formas possam ser arbitrárias (...) como o higienista e o médico, o legislador e o juiz não são livres para estabelecer prescrições a seu bel-prazer. Podem certamente, se são instruídos e hábeis, criar procedimentos mais ou menos engenhosos e mais ou menos cômodos; mas, ao preparar e ao pôr em prática esses procedimentos, são obrigados, sob pena de prejudicar a sociedade pela qual são responsáveis, a respeitar duas espécies de dados: a estrutura, as necessidades e as aspirações da sociedade e de seus membros, seu estado presente e os recursos que, de um lado, o meio põe à sua disposição, do outro, as condições de sua sobrevivência e de seu desenvolvimento. Devem levar em conta, portanto, a natureza das coisas; e, cada vez que se permitem ignorá-la, a experiência chama-os à ordem. É verdade que essa natureza, realizando-se tão-somente por intermédio de uma cultura, apresenta-se sob aspectos e pode desenvolver-se sob formas muito diversas, mas nem por isso

deixa de ter leis primordiais de estrutura e de organização que devem encontrar-se para além desses aspectos e sob todas essas modalidades.⁴⁷

94. O direito se desenvolve equilibrando uma dupla exigência, uma de ordem sistemática, a elaboração de uma ordem jurídica coerente, a outra, de ordem pragmática, a busca de soluções aceitáveis pelo meio, porque conformes ao que lhe parece justo e razoável.

Esta dupla exigência pode provocar desacordos e tensões, porque os juizes de primeiro grau são mais sensíveis às conseqüências de suas decisões, enquanto a Corte de Cassação é mais sensível à coerência do sistema que deve salvar; uns são mais sensíveis à equidade da decisão, outros à sua conformidade com o direito. Mas, quando uma solução se impõe como a única equitativa, a insuficiência de motivos não acarretará a cassação: a Corte se esforçará para substituir os motivos do juiz de primeira instância por uma motivação mais aceitável e, se não o conseguir, contentar-se-á, à espera de algo melhor, com uma motivação puramente aparente. A Corte, por outro lado, se resignará de má vontade a uma decisão conforme à letra da lei, mas que lhe pareça desarrazoada, inaceitável, por chocar seu senso de equidade.

É preciso, de fato, não esquecer que as decisões de justiça devem satisfazer três auditórios diferentes, de um lado as partes em litígio, a seguir, os profissionais do direito e, por fim, a opinião pública, que se manifestará pela imprensa e pelas reações legislativas às decisões dos tribunais. É assim que a busca do consentimento de auditórios diferentes dá azo a esta dialética que pertence à esfera do direito consuetudinário, e que se manifesta pelas justificações de toda espécie, de ordem social, moral, econômica, política ou pro-

47. *Op. cit.*, pp. 118-119.

priamente jurídica, que os partidários das teses em confronto não deixarão de fornecer.

O juiz, cuja tarefa é apreciar o valor de cada um desses argumentos – que, na medida em que forem apresentados pelas partes, conduzirão a soluções opostas –, deve evitar uma decisão puramente subjetiva. Tal perigo é diminuído pela instauração da colegialidade a qual seria totalmente incompreensível se a lógica jurídica fosse apenas a lógica formal aplicada ao direito, propondo-se demonstrar uma conclusão a partir de premissas supostamente verdadeiras.

95. De fato, como demonstra a notável exposição do professor J. D. Bredin no 5º Colóquio do Instituto de Estudos Judiciários⁴⁸, a lógica judiciária centra-se inteiramente não na idéia de verdade, mas na de adesão. O que o advogado procura conquistar com seu arrazoado é a adesão do juiz. Só pode obtê-la mostrando-lhe que tal adesão é justificada, pois será aprovada pelas instâncias superiores bem como pela opinião pública. Para atingir seus fins o advogado não procederá das verdades iniciais (os axiomas) para as verdades demonstradas (os teoremas), mas de acordos *preliminares* para a adesão que deseja obter.

Sobre o que versam os acordos preliminares⁴⁹? Sobre os fatos primeiramente, enquanto não forem contestados. Sobre as presunções, em seguida, enquanto não forem derrubadas. Depois sobre os valores, as hierarquias de valores e os lugares-comuns, reconhecidos por dada sociedade. Por fim, sobre a existência e a interpretação das regras de direito, a partir dos textos legais e da jurisprudência.

Se todos estes elementos devessem conduzir às mesmas conclusões, haveria poucas chances de um litígio ser levado

48. “La logique judiciaire et l’avocat”, *La logique judiciaire*, Paris, Presses Universitaires de France, 1969, p. 94.

49. *Ibid.*, pp. 96-98.

ao tribunal, a menos que se tratasse de um simulacro de processo, destinado na verdade a ganhar tempo. Se normalmente o processo ocorre é porque ou os elementos de fato, ou os elementos de direito, ou ambos, são controvertidos e porque os acordos preliminares não conduzem univocamente à solução preconizada por uma ou outra das partes. Como os advogados de cada parte lançarão mão de todos os argumentos à sua disposição para demonstrar a superioridade da causa que lhes foi confiada, caberá ao juiz, no final das contas, depois de ter comparado as soluções apresentadas, assim como as objeções levantadas contra elas, tomar a decisão que lhe parecer, ao mesmo tempo, a mais equitativa e a mais conforme ao direito em vigor.

Enquanto uma demonstração se desenrola dentro de um sistema cujos elementos, unívocos e coerentes, a um só tempo, não podem ser nem interpretados nem postos em questão, toda argumentação se desenvolve a partir de acordos preliminares. A partida será sempre mais fácil para aquele cuja argumentação for favorecida por presunções e precedentes, pois insere-se mais facilmente na ordem jurídica.

É raro que se procure, durante um processo, descartar ou mesmo modificar os acordos preliminares: o mais das vezes contenta-se em precisá-los, em reinterpretá-los. Somente diante de acordos que se revelam incompatíveis surgirá o problema de reformá-los no curso do processo.

96. Via de regra é fora do tribunal, na própria sociedade, que se realizam lentamente as mudanças de opinião que levam a uma transformação dos âmbitos nos quais se desenrolam os debates judiciários. Os debates políticos e filosóficos, bem como as construções doutrinárias dos juristas, contribuem para estas mudanças fundamentais, resultantes do continuado esforço de conciliação entre as exigências do direito e as da equidade, entre as necessidades de estabilidade

e a adaptação às situações novas, entre a salvaguarda dos valores e a das instituições. Mais fundamental para a lógica judiciária, estes debates dirão respeito ao papel do juiz na aplicação e na criação do direito.

Conforme atribua maior ou menor importância ao princípio da separação dos poderes, e conforme a maneira pela qual conceba a autonomia do poder judiciário, apesar da primazia atribuída ao poder legislativo, o juiz se achará obrigado, ao menos formalmente, a conformar-se estritamente à letra da lei, ou à vontade do legislador que a votou, ou então, compreendendo que nem todo o direito está contido na lei, reconhecerá que seu papel é conciliar a lei com a equidade. Se conceder à lei um lugar central para guiar seu pensamento, o juiz disporá, conforme o caso, de maior ou menor poder para torná-la flexível, estender ou restringir seu alcance, a fim de conciliar o respeito pelos textos com a solução mais equitativa e mais razoável dos casos específicos.

97. Como o direito tem uma função social para cumprir, não pode ser concebido, de modo realista, sem referência à sociedade que deve reger. É porque o direito, em todas as suas manifestações, insere-se no meio social, que a sociologia do direito adquire, em nossa concepção do direito, uma importância crescente^{49 bis}.

Em uma sociedade democrática, é impossível manter a visão positivista do direito, segundo a qual este seria apenas a expressão arbitrária da vontade do soberano. Pois o direito, para funcionar eficazmente, deve ser aceito e não só imposto por coação.

Esta visão do direito, e do lugar que ocupa na sociedade, é indissociável de uma concepção do papel do Estado e

49 bis. Carbonnier J., *Sociologie juridique*, Presses Universitaires de France, Paris, 1978.

das relações estabelecidas e desejáveis entre o poder e aqueles sobre os quais se exerce. Se nem todos os poderes emanam de Deus, mas da nação, é a esta que devem prestar conta os que o exercem em seu nome.

Se os juízes devem dizer o direito, e isso em conformidade com a vontade da nação, é um preconceito pensar que as leis que exprimem tal vontade devam ser sempre interpretadas de acordo com a vontade do legislador que as votou, seja qual for a evolução dos costumes e das técnicas acontecida entretimentos. Para evitar qualquer arbitrariedade na matéria, deve-se presumir que o legislador atual tem a mesma vontade que o legislador do passado. Mas, quando existem boas razões para acreditar que o legislador atual não pode partilhar as opiniões do legislador antigo, e isto será tanto mais provável quanto as circunstâncias em que a lei foi votada tiverem sido mais ou menos profundamente alteradas, o juiz, procurando conformar-se à vontade da nação, há de conformar-se, em última análise, à vontade presumida do legislador atual.

98. Nada impede, no final das contas, que o raciocínio judiciário seja apresentado sob a forma de um silogismo, mas tal forma não garante, de modo algum, o valor da conclusão. Se esta é socialmente inaceitável, é porque as premissas foram aceitas levemente: não devemos esquecer que todo o debate judiciário e toda a lógica jurídica concernem apenas à escolha das premissas que forem mais bem motivadas e suscitem menos objeções.

O papel da lógica formal consiste em tornar a conclusão solidária com as premissas, mas o papel da lógica jurídica é demonstrar a aceitabilidade das premissas. Esta resulta da confrontação dos meios de prova, dos argumentos e dos valores que se defrontam na lide; o juiz deve efetuar a arbitragem deles para tomar a decisão e motivar o julgamento.

Sucedem muitas vezes que a decisão lhe seja ditada por considerações extrajurídicas, vindo somente posteriormente

a motivação, que insere a sentença no sistema de direito em vigor. Mas nem sempre as coisas se passam assim. Pode suceder que, encontrando-se na impossibilidade de motivar de modo satisfatório a decisão que desejara tomar de início, o juiz seja obrigado a repensar os dados do problema e a rever o julgamento anterior. A dialética, assim instaurada, entre os motivos e o enunciado do julgamento, na medida em que parece difícil conciliá-los, conduzirá algumas vezes, quando são os elementos sistemáticos que prevalecem, a rever a decisão primitiva, para torná-la conforme às exigências do direito. Outras vezes, pelo contrário, será a interpretação tradicional das regras que será modificada, e assistiremos à alteração de uma jurisprudência, o mais das vezes anunciada por construções doutrinárias preliminares. Há casos, se bem que excepcionais, em que o juiz só poderá manter a decisão que lhe parece impor-se recorrendo à ficção, seja na qualificação dos fatos, seja na motivação da sentença.

Mas o recurso à ficção cria sempre um mal-estar, revelando que a realidade jurídica, bem como as regras de direito em vigor, dão provas de uma inadaptação às exigências sociais e que se faz necessária uma modificação, se possível por via legislativa.

A lógica jurídica, especialmente a judiciária, que procuramos discernir com análise do raciocínio dos juristas, mais particularmente das Cortes de Cassação, apresenta-se, em conclusão, não como uma lógica formal, mas como uma argumentação que depende do modo como os legisladores e os juízes concebem sua missão e da idéia que têm do direito e de seu funcionamento na sociedade.

Bibliografia

- ABELARDO, P., *Dialogus inter philosophum, judaeum et christianum*, Patrologie latine, CLVXXXVIII.
- Aristóteles, *Ética a Nicômaco*.
- _____. *Refutações sofísticas*.
- _____. *Retórica*.
- _____. *Tópicos*.
- AUBENQUE, P., *La prudence chez Aristote*, Paris, 1963.
- AUBRY et RAU, *Cours de droit civil français*, 5^a ed., Paris, 1922.
- AUBY, J. M., nota D., 1975.372.
- BACON, F., *Of the Advancement of Learning*, Oxford University Press.
- BALLWEG, O., *Rechtswissenschaft und Jurisprudenz*, Basiléia, 1970.
- BATTIFOL, H., *Aspect philosophique du droit international privé*, Paris, 1956.
- _____. *Traité de droit international privé*, Paris, 1967.
- BELAÏD, S., *Essai sur le pouvoir créateur et normatif des juges*, L.G.D.J., Paris, 1974.
- BENTHAM, "Principes de législation", *Oeuvres*, Bruxelles, 1840.
- BERLIN, I., "Equality", *Proceedings of the Aristotelian Society*, vol. LV, Londres, 1956.
- BOBBIO, N., "Quelques arguments contre le droit naturel", *Le droit naturel*, Presses Universitaires de France, Paris, 1959, pp. 147-158.
- BODENHEIMER, Ed., *Jurisprudence*, Harvard University Press, Cambridge, 1974².
- BOLAND, G., "La notion d'urgence, dans la jurisprudence du Conseil d'État de Belgique", *Le fait et le droit*, Bruylant, Bruxelles, 1961.
- _____. "La publication des lois et arrêtés, condition du caractère obligatoire et du délai de recours en anulation: présomptions ou fictions?", *Les présomptions et les fictions en droit*, Bruylant, Bruxelles, 1974.

- BOSSUET, "Sur les vaines excuses des pécheurs", *Sermons*, Garnier, Paris.
- BOULANGER, J., "Principes généraux du droit et droit positif", *Le droit privé français, études offertes à G. Ripert*, 1950.
- BREIN, J. D., "La logique judiciaire et l'avocat", *La logique judiciaire*, Presses Universitaires de France, Paris, 1969.
- BRENTANO, E., *Die Lehre vom richtigen Urteil*, Berna, 1930.
- BROUCHOT, nota *J.C.P.*, 1952.II/7241.
- BUCH, H., "Les lacunes en droit administratif", *Le problème des lacunes en droit*, Bruylant, Bruxelles, 1968.
- _____. "La règle de droit en droit administratif", *La règle de droit*, Bruylant, Bruxelles, 1971.
- CANARIS, C. W., "De la manière de constater et de combler les lacunes en droit allemand", *Le problème des lacunes en droit*, Bruylant, Bruxelles, 1968.
- CAPITANT, H., "L'interprétation des lois d'après les travaux préparatoires", *D. H.* 1935, Chron., p. 77.
- CARBONNIER, J., *Flexible droit*, L.G.D.J., Paris, 2^a ed, 1978.
- _____. *Sociologie juridique*, Presses Universitaires de France, Paris, 1978.
- CASAMAYOR, *Les juges*, éd. du Seuil, Paris, 1957.
- CÍCERO, *De Republica*.
- COMBALDIEU, R., A propos d'un conflit entre la raison et l'interprétation restrictive en droit pénal, *Rev. Science Crim.*, 1965.
- COMES, H., *Der rechtsfreie Raum*, Duncker & Humblot, Berlin, 1976.
- Congrès de Bruxelles, 1971, *Die juristische Argumentation*, Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie, Beiheft, Neue Folge 7, Steiner, Wiesbaden, 1972.
- Congrès de Bruxelles (Actes), *Le raisonnement juridique*, publicados por H. Hubien, Bruylant, Bruxelles, 1971.
- COUDERC, M., "Les travaux préparatoires de la loi", *D.* 1974. Chron., p. 249.
- DABIN J., "Le devoir d'indemnisation en cas de trouble du voisinage", *Rev. critique de jurisprudence belge*, 1960.
- DAGUIN, *Axiomes, aphorismes e brocards français du droit*, 1926.
- DAY, P., "Presumptions", *Actes du XIII^e Congrès International de Philosophie*, vol. V, Herder, Viena, 1970.
- DE PAGE, H., *A propos du gouvernement des juges*, 1931.
- DE PAGE e DEKKERS, *Traité élémentaire de droit civil belge*, Bruxelles, 1938-1949.
- D'ENTRÈVES, P. A., "L'idée du droit naturel", *Le droit naturel*, Presses Universitaires de France, 1959, pp. 175-190.

- DESCARTES, "Règles pour la direction de l'esprit", *Oeuvres*, éd. de La Pléiade.
- DRILSMA, R. L., *De woorden der wet of de wil van de wetgever*, North Holland, Amsterdam, 1948.
- DUMONT, M., "Le Conseil d'État, juge de l'intérêt général", *Le fait et le droit*, Bruylant, Bruxelles, 1961.
- DWORKIN, R. M., "The Model of Rules", *Law, Reason and Justice*, New York University Press, Nova York, 1969, pp. 3-44.
- EHRlich, K., *Die juristische Logik*, Mohr, Tübingen, 1918.
- ENGISCH, K., *Einführung in das juristische Denken*, Kohlhammer, Stuttgart, 1977.
- _____. "Le fait et le droit en droit allemand", *Le fait et le droit*, Bruylant, Bruxelles, 1961.
- _____. *Logische Studien zur Gesetzesanwendung*, Heidelberg, 1960.
- EPICETETO, "Les entretiens", *Les stoïciens*, éd. de la Pléiade, Paris, 1962.
- ESSER, J., *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*, Tübingen, 1964.
- _____. *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*, Athenäum Verlag, Frankfurt, 1970.
- FORIERS, P., "Les antinomies en droit", *Les antinomies en droit*, Bruylant, Bruxelles, 1965.
- _____. "La distinction du fait et du droit devant la Cour de cassation de Belgique", *Le fait et le droit*, Bruylant, Bruxelles, 1961.
- _____. *Del l'état de nécessité en droit pénal*, Bruylant, Bruxelles, 1951.
- _____. "Présomptions et fictions", *Les présomptions et les fictions en droit*, Bruylant, Bruxelles, 1974.
- FULLER, L., "Positivism and Fidelity to Law, a Reply to Professor Hart", *Harvard Law Review*, 1958.
- _____. *The Morality of Law*, Yale University Press, New Haven, 1964.
- GANSHOF van der MEERSCH, W. J., "Le droit de la défense, principe général de droit", *Mélanges en l'honneur de Jean Dabin*, 1963.
- _____. *Propos sur le texte de la loi et les principes généraux du droit*, Bruylant, Bruxelles, 1970.
- _____. "Le juge belge à l'heure du droit international et du droit communautaire", *Journal des Tribunaux*, Bruxelles, 1969, pp. 537 ss.
- GAUDEMET, E., *L'interprétation du Code Civil en France depuis 1804*, Sirey, Paris, 1935.
- GÉNY, F., *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, 2^a ed., 1919.
- GERNHUBER, *Lehrbuch des Familienrechts*, Munique, 1971.

- GILISSEN, J., "Le problème des lacunes en droit dans l'évolution du droit médiéval et moderne", *Le problème des lacunes en droit*, Bruylant, Bruxelles, 1968.
- GIULIANI, A., *La controversia*, Contributo alla logica giuridica, Pavia, 1966.
- GOBLOT, E., *La logique des jugements de valeur*, Paris, 1927.
- GORPHE, F., *L'appréciation des preuves en justice*, Paris, 1952.
- _____. *Les décisions de justice*, Presses Universitaires de France, 1952.
- GOTTLIEB, G., *The Logic of Choice*, Allen and Unwin, Londres, 1968.
- GOYARD-FABRE, S., *Le droit et la loi dans la philosophie de Th. Hobbes*, Paris, 1975.
- HALE, M., *Consideration touching the amendement or alteration of laws*, ed. de Francis Hargrave (Collectanea juridica, 1791).
- HART, L. A., "Positivism and the separation of law and morals", *Harvard Law Review*, 1958.
- HEIDE, Ter., "Judex Viator, Problem of Systeemdenken of gesysteematiseerd probleemdenken", *Ars aequi*, 1967, pp. 3-31.
- HOBBS, Th., *A Dialogue between a Philosopher and a Student of the Common Laws of England*, Edição Ascarelli, Giuffrè, Milão, 1960.
- _____. *Le Leviathan*, 1651.
- HUBERLANT, Ch., "Les mécanismes institués pour combler les lacunes de la loi", *Le problème des lacunes en droit*, Bruylant, Bruxelles, 1968.
- _____. "La présomption de connaissance de la loi dans le raisonnement juridique", *Les présomptions et les fictions en droit*, Bruylant, Bruxelles, 1974.
- HUSSON, L., *Nouvelles études sur la pensée juridique*, Dalloz, Paris, 1974.
- IHERING, R. von, *L'esprit du droit romain (1852-1865)*.
- _____. *Le but dans le droit (1877-1883)*.
- JOSSERAND, L., *De l'esprit des droits et de leur relativité*, 1939.
- JOUANNEAU, B., *Recueil des maximes et citations à l'usage du monde judiciaire*, 1952.
- KALINOWSKI, G., *Introduction à la logique juridique*, L.G.D.J., Paris, 1965.
- _____. "Y a-t-il une logique juridique?", *Logique et analyse*, 1959.
- KELSEN, H., *Théorie pure du droit*, trad. Ch. Eisenmann, Paris, Dalloz, 1962.
- KIRKPATRICK, J., "L'égalité devant l'impôt en droit belge contemporain", *Egalité III*, Bruylant, Bruxelles, 1975.
- KLUG, U., *Juristsche Logik*, Springer, Berlin, 1966.

- _____. "Observations sur le problème des lacunes en droit", *Le problème des lacunes en droit*, Bruylant, Bruxelles, 1968.
- KRIELE, M., "Das demokratische Prinzip im Grundgesetz", *Veröffentlichungen der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer*, Heft 29.
- _____. *Theorie der Rechtsgewinnung*, Duncker und Humblot, Berlin, 1967.
- KUHN, Th. S., *The Structure of Scientific Revolutions*, The University of Chicago Press, 1970, trad. française Flammarion, Paris, 1972.
- LABRUSSE-RIOU, C., *L'égalité des époux en droit allemand*, 1965.
- LALLEMAND, R., "Considérations sur les bonnes moeurs", *Rev. Université de Bruxelles*, 1973.
- LARENZ, K., *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, Berlin, 1969.
- LAURENT, Fr., *Cours élémentaire de droit civil*, Bruxelles, 1878.
- LAZZARO, G., "Argomenti dei Giudici", *Argomentazione giuridica*, Turin, 1970.
- LÉAUTÉ, "Les principes généraux relatifs aux droits de la défense", *Rev. science crim.*, 1953.
- LEGROS, R., "Considérations sur les lacunes et l'interprétation en droit pénal", *Le problème des lacunes en droit*, Bruylant, Bruxelles, 1968.
- LEVI, E. H., *An Introduction to Legal Reasoning*, The University of Chicago Press, 1948.
- LÉVY, J. Ph., "Le problème de la preuve dans les droits savants du Moyen Âge", *La preuve*, Recueils de la Société de Jean Bodin, t. 17, Librairie encyclopédique, Bruxelles, 1965.
- LLEWELLYN, K. N., *The Common Law Tradition-Deciding Appeals*, Little, Brown and C°, Boston, 1960.
- LOCKE, J., *An Essay Concerning Human Understanding*, Londres, 1894.
- MALGAUD, W., "Les antinomies en droit, à propos de l'étude de G. Gavazzi", *Les antinomies en droit*, Bruylant, Bruxelles, 1965.
- MARCIC, R., *Vom Gesetzesstaat zum Richterstaat*, Springer, Viena, 1957.
- MIEDZIANAGORA, J., *Philosophies positives du droit et droit positif*, L.G.D.J., Paris, 1970.
- MILL, J. Stuart, *On liberty*, 1859.
- MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, Oeuvres complètes, ed. de la Pléiade.
- _____. *Lettres persanes*, Oeuvres complètes, ed. de la Pléiade.
- MOREAU, J., "Rhétorique, dialectique et exigence première", *Théorie de l'argumentation*, Nauwelaerts, Louvain, 1963.
- MOTTE, M. Th., "L'évolution de la notion d'ivresse dans la répression de l'ivresse au volant", *Le fait et le droit*, Bruylant, Bruxelles, 1961.

- ODENT, R., "Les droits de la défense", *Études et documents*, 1953, p. 155.
- ONCLIN, W., "Les lacunes de la loi en droit canonique", *Le problème des lacunes en droit*, Bruylant, Bruxelles, 1968.
- OWEN, G. E. L., *Aristotle on Dialectics*, Proceedings of the third Symposium Aristotelicum, Oxford, 1968.
- PAUTHIER, G., *Confucius et Mencius*, Paris, 1852.
- PERELMAM, Ch., *Le champ de l'argumentation*, Presses Universitaires de Bruxelles, 1970.
- _____. *Droit, morale et philosophie*, L.G.D.J., Paris, 1968.
- _____. "Droit, logique et épistémologie", *Le droit, les sciences humaines et la philosophie*, Vrin, Paris, 1973.
- _____. *Justice et raison*, Presses Universitaires de Bruxelles, 1963.
- _____. "L'interprétation juridique", *Archives de philosophie du droit*, 1972, t. 17.
- _____. "Présomptions et fictions en droit, essai de synthèse", *Les présomptions et les fictions en droit*, Bruylant, Bruxelles, 1974.
- _____. "Le raisonnement pratique", *La philosophie contemporaine*, vol. I, La Nuova Italia, Florence, 1968.
- _____. "La règle de droit, réflexions de méthode", *La règle de droit*, Bruylant, Bruxelles, 1971.
- _____. "La motivation des décisions de justice, essai de synthèse", *La motivation des décisions de justice*, Bruylant, Bruxelles, 1977, pp. 415-426.
- _____. *L'empire rhétorique*, Vrin, Paris, 1977.
- PERELMAN, Ch. e OLBRECHTS-TYTECA, L., *Rhétorique et philosophie*, Presses Universitaires de France, Paris, 1952.
- _____. *Traité de l'argumentation*, Ed. de Université de Bruxelles, 1976³.
- PETZOLD PERNIA, H., *La noción de igualdad en el derecho de algunos Estados de América Latina*, Maracaibo, 1974.
- PIROVANO, A., "La fonction sociale des droits", D. 1972. Cron.
- PLANIOL, M., *Traité élémentaire de droit civil*.
- PLATÃO, *A República*.
- POPPER, K., *La logique de la découverte scientifique*, trad. N. Thysen-Rutten e Ph. Devaux, Payot, Paris, 1973.
- PORTALIS, *Discours préliminaire du projet de Code Civil*, Loqué, *Législation civile de la France*, t. I.
- POULLET, *Manuel de droit international privé belge*, 2^a ed., 1947.
- PROTT, L. V., "The Justification of Decisions in the International Court of Justice", *La motivation des décisions de justice*, Bruylant, Bruxelles, pp. 331-344.

- QUARRÉ, "Le droit au silence", *Journ. Trib.*, Bruxelles, 5 out., 1974.
- RADBRUCH, G., *Rechtsphilosophie*, 4^a ed., E. Wolf, 1950.
- RAYNAUD, P., "Avant-propos au 5^e colloque des Instituts d'études judiciaires", *La logique judiciaire*, Presses Universitaires de France, Paris, 1967.
- RECASÉNS-SICHES, L., *Nueva filosofía de la interpretación del derecho*, México, 1956.
- Recueils de la Société Jean Bodin, *La preuve*, t. 14 a 19, Librairie encyclopédique, Bruxelles, 1961 a 1965.
- RICOEUR, P., *La métaphore vive*, Le Seuil, Paris, 1975.
- RIPERT, G., *Les forces créatrices du droit*, L.G.D.J., Paris, 1955.
- RIVERO, J., "Fictions et présomptions en droit public français", *Les présomptions et les fictions en droit*, Bruylant, Bruxelles, 1974.
- ROMMEN, H., "Natural Law in Decisions of the Federal Supreme Court and of the Constitutional Courts in Germany", *Natural Law Forum*, 1959.
- ROUAST, A., *Cours de doctorat*, Paris, 1951.
- ROUSSEAU, J.-J., *Du contrat social*, Oeuvres complètes, éd. de La Pléiade.
- SAUVEL, T., "Histoire du jugement motivé", *Rev. dr. pub.*, 1955, pp. 5-6.
- SAVATIER, J., "Et in hora mortis nostrae", D. 1968. Cron., p. 89.
- SAVATIER, R., *Cours de droit international privé*, 2^a ed., 1953.
- SCHMIDT, F., *The Ratio Decidendi. A Comparative Study of a French, a German and an American Supreme Court Decision*, Almqvist & Wiksell, Estocolmo, 1965.
- SCHROEDER, F. M., *Le nouveau style judiciaire*, Dalloz, Paris, 1978.
- SILANCE, L., "La règle de droit dans le temps", *La règle de droit*, Bruylant, Bruxelles, 1971.
- _____. "Quelques exemples d'antinomies et essai de classement", *Les antinomies en droit*, Bruylant, Bruxelles, 1965.
- _____. "Un moyen de combler les lacunes en droit: l'induction amplifiante", *Le problème des lacunes en droit*, Bruylant, Bruxelles, 1968.
- SOMERVILLE, J., e PARSONS, H. L., *Dialogues on the Philosophy of Marxism*, Greenwood Press, Westport (Con.), 1974.
- Soto e Léauté, nota *Rec. Penant*, 1953.8.
- STEIN, P., *Regulae juris, from juristic rules to legal maxims*, University Press, Edimburgo, 1966.
- STONE, J., *Legal system and Lawyers' Reasonings*, Stevens, Londres, 1964.
- STRUCK, G., *Topische Jurisprudenz*, Athenäum Verlag, Frankfurt, 1971.

- TAMMELO, I., "On the Construction of a Legal Logic in Retrospect and in Prospect", *Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie*, 1974.
- TARELLO, G., "Sur la spécificité du raisonnement juridique", *Die juristische Argumentation, Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie*, Beiheft 7, Neue Folge, Steiner, Wiesbaden, 1972.
- TARELLO, G., "L'argomentazione dell'interpretazione", *Annali della Facoltà di Giurisprudenza* (Università degli Studi di Genova) Giuffrè, Milão, 1977, pp. 947-1012.
- TEDESCHI, G., "Article 46 of the Palestine Order in Council and the Existence of Lacunae", *Le problème des lacunes en droit*, Bruylant, Bruxelles, 1968.
- TOUFFAIT, A., e TUNC, A., "Pour une motivation plus explicite des décisions de justice, notamment de celles de la Cour de cassation", *Rev. trim. dr. civ.*, 1974.
- VAN COMPERNOLLE, J., "La personnalité morale, fiction ou réalité?", *Les présomptions et les fictions en droit*, Bruylant, Bruxelles, 1974.
- VAN DER ELST, R., "Les antinomies en droit international privé", *Les antinomies en droit*, Bruylant, Bruxelles, 1965.
- VAN GERVEN, W., *Het beleid van de rechter*, Standaard, Antuérpia, 1973.
- VAN WELKENHUYZEN, A., "L'attribution de pouvoirs spéciaux et le contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois", *Journal des Tribunaux*, Bruxelles, 26 out. e 2 nov. 1974.
- _____. "De quelques lacunes en droit constitutionnel belge", *Le problème des lacunes en droit*, Bruylant, Bruxelles, 1968.
- _____. "La présomption de constitutionnalité de la loi et du décret en droit belge", *Les présomptions et les fictions en droit*, Bruylant, Bruxelles, 1974.
- VIEHWEG, Th., *Topik und Jurisprudenz*, Beck, Munique, 1953.
- VILLEY, M., *Leçons sur l'histoire de la philosophie du droit*, Dalloz, Paris, 1957.
- _____. *Philosophie du droit*, Précis Dalloz, Paris, 1974.
- WALINE, M., *Rev. dr. publ.*, 1959.767.
- WESER M., "Présomptions et fictions en droit international privé", *Les présomptions et les fictions en droit*, Bruylant, Bruxelles, 1974.
- WOOTTON, B., *Social Foundations of Wage Policy*, Londres, 1958.
- ZIEMBINSKI, Z., "Les lacunes de la loi dans le système juridique contemporain polonais et les méthodes utilisées pour les combler", *Le problème des lacunes en droit*, Bruylant, Bruxelles, 1968.

Índice remissivo*

- A**
- Abelardo, n.º 8 bis
 - Abuso de direito, n.º 42
 - Acidentes de trânsito, n.º 92
 - Acordos preliminares, n.º 95
 - Adágios, n.º 46
 - Adesão, n.º 51
 - Advogados, n.ºs 84 ss.
 - Álcool, n.º 33
 - Afins, n.º 20
 - Álibi, n.º 19
 - Ambigüidade, n.º 25
 - Amplificação, n.º 59
 - Analogia, n.ºs 67 ss.
 - Animais, n.º 32
 - Antigo Regime, n.º 18
 - Antinomias, n.º 26 ss.
 - Aparência, n.ºs 60, 69
 - Argumentos, n.ºs 33 ss.
 - a *coherentia*, n.º 33, p. 78
 - a *completudine*, n.º 33, p. 78
 - a *contrario*, n.ºs 8, 33, p. 75
 - a *fortiori*, n.ºs 8, 33, p. 76
 - a *simili*, n.ºs 8, 33, p. 76
 - *ab exemplo*, n.º 33, p. 80
 - analógico, n.º 33, p. 76
 - apagógico, n.º 33, p. 79
 - econômico, n.º 33, p. 80
 - histórico, n.º 33, p. 79
 - naturalista, n.º 33, p. 80
 - não impositivo, n.ºs 3 ss.
 - pragmático, n.ºs 64
 - psicológico, n.º 33, p. 79
 - sistemático, n.º 33, p. 80
 - teleológico, n.º 33, p. 80
 - Argumentação, n.ºs 71 ss.
 - Aristóteles, n.ºs 5, 1, 2, 8 bis, 51, 56, 70
 - Atentado ao pudor, n.º 30
 - Aubenque (P.), n.º 8 bis
 - Auby (J. M.), n.º 41 bis
 - Aubry, n.ºs 16, 22
 - Auditório, n.ºs 52, 61 ss.
 - diversidade, n.ºs 61 ss.
 - Autoridade da coisa julgada, n.º 47
 - Axiomas, n.ºs 63 ss.
- B**
- Bacon (F.), n.ºs 10, 59
 - Ballweg (O.), n.º 43

* Os números que seguem os verbetes referem-se aos números dos parágrafos.

Bandeira vermelha, n.º 24, 32
 Batiffol (H.), n.º 28
 Beccaria, n.º 18
 “Begriffsjurisprudenz”, n.º 31
 Belaïd (S.), n.º 78
 Bentham, n.º 56, 65
 Berlin (I.), n.º 63
 Bigamia, n.º 42
 Blackstone, n.º 7
 Boa-fé, n.º 47, p. 127, 91
 Bobbio (N.), n.º 60
 Bodenheimer (E.), n.º 43
 Boland (G.), n.º 89
 Bons costumes, n.º 24, 90
 Bossuet, n.º 70
 Boulanger (J.), n.º 41 *bis*
 Bracton, n.º 7
 Bredin (J. D.), n.º 95
 Brentano (E.), n.º 51
 Brocardos, n.º 46
 Bruch (H.), n.º 29, 47

C

Calúnia, n.º 75
 Canaris (C. W.), n.º 29
 Capitant (H.), n.º 25, 32
 Carbonnier (J.), n.º 30, 97
 Carlos V, n.º 88
 Casamento, n.º 91
 Casas de jogo, n.º 72
 Casamayor, n.º 91
 Cassação, n.º 14
 Catacrese, n.º 68
 Chicana, n.º 47
 Cícero, n.º 9, 10
 Clareza, n.º 25
 Código Civil, n.º 14, 17
 Coke, n.º 7
 Coletâneas de jurisprudência, n.º 86
 Colóquio dos Institutos de Estudos
 Judiciários (5.º), n.º 5

Combaldieu (R.), n.º 29
 Comes (H.), 30
 “Common law”, n.º 7, 10, 29, 33,
 71, 83
 Comunidades europeias, n.º 27
 Conceitos, n.º 31
 Concílio de Latrão, n.º 18
 Confissão, n.º 18
 Conflito de leis, n.º 27
 Conflito de valores, n.º 60
 Congérie, n.º 59
 Cônjuge, n.º 20
 Considerandos, n.º 87
 Constituição, n.º 41, 77
 “Contrato Social”, n.º 13
 Controvérsias, n.º 6, 7
 Cornil (L.), n.º 26
 Corte de Cassação, n.º 26, 89
 Corte de Justiça das Comunidades,
 n.º 14, 72
 Corte Permanente de Justiça Inter-
 nacional, n.º 72
 Costumes, n.º 90
 Couderc (M.), n.º 32
 “Cross-examination”, n.º 88
 Culpa, n.º 47, 90
 Curandeiro, n.º 27

D

Dabin (J.), n.º 39
 Daguin, n.º 46
 Day (P.), n.º 63
 Decreto-lei, n.º 41
 Dekkers (R.), n.º 39
 Demonstração, n.º 51
 Denegação de justiça, n.º 14, 17, 29
 Denúncia, n.º 75
 D’Entrèves, n.º 60
 De Page (H.), n.º 39, 42 ss.
 Depoimento, n.º 18, 75

Descartes, n.º 51, 68
 Detector de mentiras, n.º 19
 Dialética, n.º 44
 Dieta polonesa, n.º 30
 Difamação, n.º 75
 Direito, n.º 93
 – bárbaro, n.º 18
 – canônico, n.º 9, 18
 – concepção teológica, n.º 31 ss.
 – exigências, n.º 94
 – finalidade, n.º 93
 – jurisprudencial, n.º 71
 – natural, n.º 9, 10, 74
 Direitos de defesa, n.º 41
 Direito internacional privado, n.º 28
 “Discurso preliminar para o Código
 de Napoleão”, n.º 14
 Discurso sobre o real, n.º 54
 Discurso sobre os valores, n.º 54
 Divórcio, n.º 28
 Doutrina do conceito, n.º 31
 Drilmsa (L.), n.º 34
 Duelo, n.º 18
 “Due process of law”, n.º 76
 Duguit (L.), n.º 37
 Dumont (M.), 89
 Dworkin (R.-M.), n.º 43

E

Eficácia, n.º 70
 Ehrlich (E.), n.º 4, nota 8, 37
 Elemento externo, n.º 28
 Eliezer, n.º 80
 Embriaguez, n.º 24
 Enálage do tempo, n.º 59
 Encadeamento de idéias, n.º 68
 Engisch (K.), n.º 4, nota 7, 5, 31,
 34, 44, 90
 Enriquecimento sem causa, n.º 47,
 p. 126
 Entimema, n.º 2

Epicteto, n.º 56
 Eqüidade, n.º 8, 24, 38, 92
 “Equity courts”, n.º 8
 Escoto Erigena, n.º 68
 Espírito das leis, n.º 12
 Esser (J.), n.º 43, 44
 Escola da exegese, n.º 16 ss.
 Escrito, n.º 19
 Estado alcoólico, n.º 24
 Estado de guerra, n.º 41
 Estado de necessidade, n.º 41
 Estatutos, n.º 28
 Estraneidade, 28
 Estrangeiros, n.º 74 *bis*
 Estruturas do real, n.º 67
 Evicção, n.º 24
 Exceções, n.º 47
 Exegese, n.º 16 s.
 Exemplos, n.º 67
 Exórdio, n.º 70

F

Fatos pertinentes, n.º 20
 Ficção, n.º 36, 91
 – jurisprudencial, n.º 75
 Fontes do direito, n.º 78
 Força maior, n.º 32, 41, 47, p. 127
 Foriers (P.), n.º 22, 26, 27, 36,
 41, 74
 Formalismo, n.º 65
 Frege (G.), n.º 50
 Fuller (L.), n.º 32, 34, 76
 Função legislativa, n.º 77
 Funcionários, n.º 91

G

Ganshof van der Meersch (W.),
 n.º 36, 40, 42 ss.
 Gaudemet (E.), n.º 16
 Gêneros oratórios, n.º 55

Gény, n.º 16, 37, 38
 Gernhuber, n.º 47
 Gilissen (J.), n.º 29
 Giuliani, n.º 7
 Glauco, n.º 11
 Glosadores, n.º 7
 Goblot, n.º 56
 Gorphe (F.), n.º 88, 91, 92
 Gottlieb (G.), n.º 36
 Goyard-Fabre (S.), n.º 11
 Grotius, n.º 9
 Grupo de pressão, n.º 77
 “Grundnorm”, n.º 37

H

Hale (M.), n.º 77
 Hart (L. A.), n.º 32
 Heide (Ter), n.º 43
 Hipnose, n.º 19
 Hipotipose, n.º 59
 Hitler (A.), n.º 37
 Hobbes, 10, 11
 Holmes (O.), n.º 37
 Huberlant (Ch.), n.º 14, 35
 Husson (L.), n.º 16, 43, 92, 93

I

Ideologia judiciária, n.º 71
 Ihering, n.º 16, 31
 Imperativo categórico, n.º 60
 Inconstitucionalidade, n.º 27
 Intenções, n.º 66
 Interesse geral, n.º 89
 Interesse público, n.º 24
 Interpretação, n.º 25
 Íntima convicção, n.º 18

J

Jogos de azar, n.º 72

Josserand (L.), n.º 42
 Jouanneau (B.), n.º 46
 Juizes, n.º 19
 – função, n.º 27
 – missão, n.º 38, 82, 87 ss.
 – técnica do juiz, n.º 44
 Juízo de valor, n.º 49 ss.
 Juramento, n.º 18
 Júri, n.º 19, 84 ss.
 Jurisdições, n.º 19
 Jurisprudência, n.º 86
 Justiça aparente, n.º 60
 – formal, n.º 49
 – primitiva, n.º 9

K

Kalinowski, n.º 4, 33
 Kant, n.º 65
 Kantorowicz (H.), n.º 37
 Kelsen (H.), n.º 37
 Kirkpatrick (J.), n.º 72
 Klug (U.), n.º 4, nota 4, 5, 29
 Kriele (M.), n.º 43, 44, 77
 Kuhn (T.), n.º 56

L

Lacunas, n.º 29 ss.
 Lallemand (R.), n.º 90
 Larenz (K.), n.º 44
 Laurent, n.º 16
 Lazzaro (G.), n.º 33
 Léauté (J.), n.º 41 *bis*
 Leclerc (P.), n.º 39
 Legislação
 – condições de aplicação, n.º 72
 Legislador, n.º 25, 77
 Legítima defesa, n.º 93
 Legros (R.), n.º 30
 Lei
 – lacunas, n.º 29

– nacional, n.º 28
 Leibniz, n.º 9, 66
 Levi (E. H.), n.º 4, nota 7, 5
 “Leviatã”, n.º 10
 Lévy (J. Ph.), n.º 18
 Liberdade de expressão, n.º 48
 “Limiting cases”, n.º 32
 Linguagem, n.º 56 *bis*
 Livros, n.º 90
 Llewellyn (K.), n.º 43
 Locke, n.º 25
 Lógica
 – definição, n.º 1
 – existência, n.º 4 ss.
 – formal, n.º 2, 4
 – juízos de valor, n.º 56
 – lógica judiciária, n.º 5
 – relação com a retórica, n.º 51
 Lugares-comuns, n.º 58
 Lugares jurídicos, n.º 47

M

Magistrados, n.º 19
 Maire, n.º 91
 Magnaud, n.º 38
 Mahaux, n.º 39
 Malgaud (W.), n.º 28
 Marcié (R.), n.º 36
 Marx (K.), n.º 69
 Máximas, n.º 46
 Miedzianagora (J.), n.º 39, 73
 Mill (J. Stuart), n.º 57, 63, 65
 Miller (L.), n.º 49
 Missão do juiz, n.º 82, 87 ss.
 Modelos, n.º 67
 Moisés, n.º 78
 Montesquieu, n.º 10, 12
 Monumentos, n.º 32
 Moreau (J.), n.º 50
 Morte, n.º 25

Motivações, n.º 15 ss., 71, 81 ss.,
 98
 Motte (M. Th.), n.º 24

N

Não-aplicação das leis, n.º 72 ss.
 Negligência, n.º 90
 Noite, n.º 25, 32
 Nominalismo, n.º 56
 Normas, n.º 90
 Nova retórica, n.º 49 ss., 51 ss.

O

Obscenidades, n.º 90
 Odent (R.), n.º 45
 Olbrechts-Tyteca, n.º 8, 50
 Omissão de socorro, n.º 27
 Onclin (W.), n.º 29
 Ônus da prova, n.º 21
 Orador, n.º 70
 Ordálias, n.º 18
 Ordenação de Moulins, n.º 18
 Ordem pública internacional, n.º
 42, 72
 “Organon”, n.º 1
 Owen (G. E.), n.º 46

P

Padrões, n.º 24, 47
 Pais, n.º 20
 Parlamento, n.º 82
 Parque, n.º 32
 Pauthier (G.), n.º 59
 Persuasão, n.º 51, 81 ss.
 Petição de princípio, n.º 57
 Petzold Pernia (H.), n.º 47
 Pirovano (A.), n.º 42
 Planiol (M.), n.º 42

- Platão, n.º 9, 10, 11, 50, 69
 Poder legislativo, n.º 77
 Polônia, n.º 78
 Popper (K.), n.º 67
 Pornografia, n.º 90
 Portalis, n.º 14, 16, 18
 Positivismo jurídico, n.º 37 ss.
 Positivistas, n.º 97
 Poulet, n.º 28
 Pound (R.), n.º 37
 Práticas extralegais ou ilegais, n.º 73
 Precedentes, n.º 85
 Preconceitos, n.º 19
 Prenocção, n.º 56
 Presença, n.º 59
 Presunções, n.º 22, 35
 – de legalidade, n.º 77
 – *juris tantum*, n.º 22
 Prova, n.º 18
 – literal, n.º 19
 – ônus, n.º 21
 – testemunhal, n.º 22
 Princípios de Day, n.º 63
 Princípios gerais de direito, n.º 40, 45
 Procedimento inquisitorial, n.º 21
 Processo de Nuremberg, n.º 15, 36, 40, 71
 Propriedade, n.º 42
 Prott (L. V.), n.º 79
 Pufendorf, n.º 9
- Q**
- Qualificação, n.º 23
 Quarré (Ph.), n.º 19
- R**
- Raciocínio, n.º 1
 – analítico, n.º 1
 – dialético, n.º 2
 – dos advogados, n.º 84 ss.
 – histórico, n.º 71 ss.
 – por analogia, n.º 67 ss.
 – relatividade, n.º 6 ss.
- Raciocínio judiciário depois de 1945, n.º 37 ss.
- Racionalistas, n.º 10
 Radbruch (G.), n.º 37
 Ramus (P.), n.º 59
 “Ratio decidendi”, n.º 8
 “Ratio legis”, n.º 29
 “Ratio scripta”, n.º 9
 Raynaud (P.), n.º 5
 Recaséns-Siches (L.), n.º 42
 Rejeição, n.º 19, 84
 “Refutações sofisticadas”, n.º 2
 Regra “stare decisis”, n.º 8
 Repetição, n.º 59
 Responsabilidade, n.º 92
 Responsabilidade civil, n.º 60, 92
 Revolução, n.º 78
 Revolução Francesa, n.º 14, 71
 Retórica
 – utilidade, n.º 51 ss.
 – V. *Nova retórica*
- Ricoeur (P.), n.º 68
 Ripert (G.), n.º 41 *bis*
 Riscos, n.º 92
 Rivero (J.), n.º 35, 91
 Robespierre, n.º 26
 Roma, n.º 9
 Rommen (H.), n.º 37
 Rouast (A.), n.º 46
 Roubo, n.º 32
 – de eletricidade, n.º 34
 Roujou de Boubée (G.), n.º 72
 Rousseau (J.-J.), n.º 10, 13, 77
- S**
- Santo Agostinho, n.º 10

- São Tomás, n.º 8 *bis*
 Saleilles, n.º 37
 Sartini van der Kerckhove, n.º 26
 Sauvel (T.), n.º 81
 Savatier (J.), n.º 25
 Savatier (R.), n.º 28
 Savigny, n.º 31, 49
 Schmelck (R.), n.º 92
 Schmidt (F.), n.º 83
 Schroeder (F. M.), n.º 83
 Sigilo profissional, n.º 75
 Sedução, n.º 24
 “Self-incrimination”, n.º 75
 Sentido das palavras, n.º 60
 Separação dos poderes, n.º 16
 Serviço militar, n.º 33
 Silance (L.), n.º 28, 39, 72, 74
 Silogismo, n.º 2 ss., 98
 Sócrates, n.º 52, 60
 Solução
 – concreta, n.º 60
 – idéia preliminar, n.º 44
 Spinoza, n.º 69
 Stalin, n.º 75 ss.
 Stone (J.), n.º 43, 45
 Struck (G.), n.º 47 ss.
 Stein (P.), n.º 9, 45
- T**
- Talmudistas, n.º 7, 80
 Tammeló, n.º 4, nota 6
 Tarello (G.), n.º 33
 Tedeschi (G.), n.º 29
 Tempo, n.º 62
 Teocracia, n.º 78
 Teses, n.º 53, 58, 61
 Testemunhas, n.º 20
 Texto claro, n.º 25
 Trasímaco, n.º 11
 Tópicos, n.º 2, 46 ss.
 Tortura, n.º 18
- Touffait (A.), n.º 83
 Trânsito rodoviário, n.º 92
 Transportador, n.º 47
 Tratado de Roma, n.º 27, 72
 Tribunal de Cassação, n.º 26
 Tribunais, n.º 19
 Tunc (A.), n.º 83
- U**
- Urgência, n.º 24, 89
 Usufruto, n.º 25
 Utilitarismo, n.º 55, 50, 65
- V**
- Valores, n.º 51 ss., 91
 – discurso, n.º 54
 Van Compernelle (J.), n.º 36
 Van der Elst (R.), n.º 28
 Van Gerven (W.), n.º 43
 Van Welkenhuyzen (A.), n.º 27, 36, 41
 Venezuela, n.º 47
 Viajantes, n.º 24
 Viehweg (T.), n.º 46
 Villey (M.), n.º 10
 Vizinhança, n.º 39, 91
 Vontade do legislador, n.º 25, 32, 33, 78, 79
 Vulgarização, n.º 53
- W**
- Waline (M.), n.º 47
 Weser (M.), n.º 35
 Wolf (C.), n.º 9
- Z**
- Ziembinski (Z.), n.º 30, 78