

RACIONALIDADE JURÍDICA, ARGUMENTAÇÃO E RETÓRICAⁱ

María de los Angeles Manasseroⁱⁱ

Introdução

Donald Neil MacCormick (1999), em um artigo intitulado “Retórica y Estado de Derecho” publicado pela *Isegoría*, propõe, a título de tópicos contrapostos, a afirmação de que o direito é uma atividade essencialmente argumentável, por um lado, e, por outro, a necessidade de que o Direito realize a segurança jurídica e a certeza, como atributos próprios de um Estado de Direito.

A afirmação a respeito da atividade argumentativa do direito é algo compartilhado e instalado na Teoria do Direito atual. Citamos apenas os trabalhos mais conhecidos Viehweg (1953), Perelman (1976), Alexy (1978), MacCormick (1978), Wróblewski (1992), Aarnio (1987). Para isso, basta constatar que todas as instâncias da atividade normativa que se desenvolvem dentro de uma sociedade – criação, interpretação e aplicação de regras – são acompanhadas do exercício de dar explicações e justificativas sobre a postura mantida sobre o assunto. E isto acontece, porque o Direito é uma atividade prática na qual se discutem tanto as consequências jurídicas que geram determinados acontecimentos passados, como também se discute o alcance e o sentido da diretriz de ação contida na regra jurídica.

i Referência da publicação original:

MANASSERO, María de los Angeles. Racionalidad jurídica, argumentación y retórica. In: OLIVEIRA, Eduardo Chagas (Org.). **Chaim Perelman**: Direito, Retórica e Teoria da Argumentação. Feira de Santana: Universidade Estadual de Feira de Santana; Núcleo Interdisciplinar de Estudos e Pesquisas em Filosofia, 2004. p. 141-157.

ii Foi docente da Universidad Nacional del Litoral e da Universidad Católica de Santa Fé, Argentina, até 2007, quando de seu falecimento. Registramos aqui nossa homenagem.

Esta margem de indeterminação do Direito¹ se resolve em uma prática que o próprio Direito² se encarrega de regular, a fim de reduzir, no procedimento e com o procedimento, a margem de incertezas de sua atividade. Contudo, dita redução não é absoluta, o que deixa aberta a possibilidade de mais de uma resposta correta.

Na realidade, as regras de procedimento só podem satisfazer os aspectos formais da controvérsia e da tomada de decisão, pelas seguintes razões, entre outras: a) não existe um método que conduza infalivelmente a uma práxis argumentativa determinada; b) a variedade da matéria que se submete à decisão e particularidade dos casos, próprio das questões de índole prática; c) a necessidade de o julgador realizar ponderações em razão da presença de valorizações por haver uma certa margem de discricionariedade. Este último agrava-se ainda mais nos tribunais colegiados, como é o caso da Corte Suprema com as sentenças que contêm dissidências.

Esta última apresenta-se, para Mac Cormick, como um paradoxo, uma vez que o Estado de Direito implica predição, o que esperar da atividade Estatal no uso do seu poder de coação jurídica, a fim de resguardar a esfera da liberdade dos cidadãos. Como conciliá-los é o problema que se tenta resolver o próprio autor. E o faz assinalando que no princípio do Estado de Direito está implícito o direito de defesa, de apresentar todos os argumentos disponíveis na medida em que estes sejam razoáveis. Pelo que o Estado de Direito, que se apresenta à primeira vista salientando o aspecto estático do Direito, isto é, a norma estabelecida e previamente dada, reconhece, ao mesmo tempo, um lado dinâmico: o perfil argumentável do Direito (MacCORMICK, 1999, p. 21). Assim, MacCormick adverte que a aceitabilidade, a sinalizada pela argumentação, resulta “inútil se for reduzida a uma persuasividade de fato” (1999, p. 12). Com isso, estabelece distância entre a racionalidade jurídica e a racionalidade estratégica, instrumental a que está associado, em geral, o discurso retórico.

Portanto, o título do artigo “Retórica e Estado de Direito” não implica nenhuma reabilitação da primeira, exceto que, na verdade, contém de retórica apenas a forma de tratamento do problema: tratam-se de dois tópicos – Retórica e Estado de Direito – que, apesar de sua aparente contradição, o

1 Em relação ao tema, consultar Moreso (1997).

2 Aqui devemos considerar o sentido diferente que o termo Direito adquire, como conjunto de normas, para compatibilizar com o outro uso do mesmo termo, que permanece indeterminado.

primeiro está implicado no segundo, mas querendo dizer, de fato, “argumentação” no lugar de “retórica”. Parece, em consequência, que é pouco ou nenhum o lugar que MacCormick concede à retórica, entendida como o estudo dos meios que perseguem a persuasão, na racionalidade jurídica. Postura que é partilhada por autores que, como o professor escocês, trabalham com temas relativos à racionalidade no Direito.

Contudo, algumas reflexões sobre o tema merecem ser levadas a cabo, a fim de não deixar ocultos aspectos que podem ser de utilidade para a compreensão da racionalidade jurídica, antes de se apressar numa desqualificação geral da retórica. Em seguida, considerar-se-á brevemente a proposta de quem introduziu a retórica como modelo de racionalidade, a *Nova Retórica* de Chaïm Perelman. Posteriormente, será feita uma breve referência à dissolução dos elementos retóricos em outros trabalhos sobre argumentação de Aarnio e de Alexy. Finalmente, far-se-á uma avaliação do alcance e função da retórica na racionalidade jurídica. Com isso, pretende-se fazer um balanço, livre de preconceitos, da virtualidade da retórica no Direito, a fim de apontar o seu lugar correspondente.

1 A retórica como teoria da argumentação

O surgimento da retórica contemporânea no âmbito jurídico acontece no marco de uma renovação dos estudos sobre metodologia do Direito. Assim como, em grande parte do século XIX, a preocupação centrava-se na racionalização do sistema jurídico a partir do qual se garantia a objetividade da decisão judicial, o século XX caracterizou-se pelos estudos dedicados a determinar critérios que permitissem um controle da racionalidade da sentença. Efetivamente, superada a interpretação mecanicista e a teoria da subsunção, que entendiam o trabalho do juiz como tarefa asséptica, mera operação dedutiva, os empenhos teóricos voltaram-se a destacar o papel protagonista que a pessoa do juiz exerce na determinação do direito e na cota de “criatividade” que lhe cabe na dita função³ e, conseqüentemente, a

3 Concretamente e seguindo Wróblewski (1989, p. 53), destacam-se os seguintes momentos: 1) eleição da normativa do caso; 2) atribuição de significado da normativa; 3) determinação dos fatos submetidos a juízo; 4) qualificação dos fatos e 5) determinação das conseqüências jurídicas da normativa em relação com os fatos. Em cada uma das fases, entre as quais não é possível ordená-las nos fatos tal como aqui se apresenta, produz-se uma atividade argumentativa. Atividade cujo resultado transforma-se nos pontos considerados, na motivação da decisão em cumprimento do dever de motivação.

determinar critérios de racionalidade da atividade argumentativa que acompanha a decisão judicial. Isto é, por um lado organizam-se e determinam as características do complexo processo de raciocínio judicial, ao mesmo tempo em que, progressivamente, aperfeiçoam-se as teorias que, destacando a assinalada atividade argumentativa do direito, oferecem critérios de racionalidade que permitam distinguir entre bons e maus argumentos. Entre as teorias pioneiras da argumentação, destaca-se a de Chaïm Perelman, que propõe o modelo da retórica da racionalidade jurídica.

Ao nome do professor de Bruxelas somam-se outros, tais como: Viehweg, Recasens Siches, Villey, que salientam a necessidade de uma racionalidade que se adaptasse de forma mais adequada às questões próprias do fazer jurídico. Entre eles, há os que coincidem também em voltar o olhar para a filosofia clássica, para a lógica aristotélica no sentido amplo do termo, contida nos *Tópicos* e na *Retórica*, como fonte de inspiração de suas respectivas teorias. Dentro dessa orientação, em 1952, Perelman, juntamente com Olbrechts-Tyteca, publica *Rhétorique et Philosophie: pour une théorie de l'argumentation en philosophie*, e, em 1958, *Traité de l'argumentation: la nouvelle rhétorique*. Por sua vez, em 1953, aparece a obra de Viehweg, *Topik und jurisprudentz*. Esta recuperação do raciocínio não apodíctico da lógica clássica obedece a uma tendência que excede o marco do pensamento estritamente jurídico, recebendo a denominação de movimento da “Nova Retórica”⁴.

No caso concreto de Perelman, a retórica é recuperada em seu perfil lógico⁵ como a arte do “bom pensar” em contraste com a “arte do bem dizer”, a retórica de estilo, da beleza da fala. Nessa perspectiva, a retórica apresenta-se como uma lógica não formal e se desenvolve em uma teoria da argumentação. A Nova Retórica possui, em consequência, um valor epistemológico indubitável, ao se situar como meio ou recurso em virtude da qual a racionalidade prática se faz possível.

4 Florescu (1970, p. 80) assinala que o ambiente da primeira metade do século passado era propício para a recuperação da retórica. Pontua, em relação a isso, o interesse dos filósofos pelos problemas da linguagem, em coincidência com o desenvolvimento da Linguística, o escasso papel da lógica formal e a revalorização da sofística. Por sua vez, García Amado (1988, p. 23), referindo-se à reabilitação da retórica, sinaliza que “o fundamento da retórica seria o ‘princípio de razão insuficiente’, a constatação de que a ausência de verdades evidentes e indubitáveis como fundamento da ação prática força um permanente processo de fundamentação e intercâmbio comunicativo, visando à convicção e ao consenso”.

⁵ Conforme Perelman & Olbrechts-Tyteca (1952, p. 3).

Descreveremos, a seguir, de modo sucinto, os principais aspectos da Nova Retórica, para depois fazer algumas considerações. Em primeiro lugar, é preciso salientar que a competência da retórica circunscreve-se ao âmbito dos problemas práticos, em que estão em jogo pontos de vistas contrapostos, como consequência da afirmação de valores em disputa. O império retórico - tal como o nome que dá Perelman à sua teoria em uma publicação - estabelece uma divisão metodológica entre o campo do conhecimento teórico, reservado aos métodos formais e dedutivos - demonstração - e o prático, no qual se desdobra a argumentação.

A Nova Retórica ou Teoria da Argumentação define-se como “o estudo das técnicas discursivas que tendem a provocar ou acrescentar a adesão dos espíritos às teses que se apresentam a seu assentimento” (PERELMAN; OLBRECHTS-TYTECA, 1992 [1958], p. 5; PERELMAN, 1968, p. 7). Ficam assim configurados os três elementos que compõem a relação retórica: o orador, o auditório e a ponte de comunicação, o discurso. É precisamente neste último onde se realiza o “encontro” entre orador e auditório, onde é selado o sucesso ou o fracasso da atividade retórica. É por isso que a argumentação retórica requer certa preparação, certas condições que devem dar-se de forma prévia, como se verá mais adiante.

O orador é aquele que deseja exercer influência por meio do discurso. O caráter do orador dependerá de cada circunstância, conforme a exigência de determinadas condições para argumentar ou não, como, por exemplo, seria o caso do parlamento ou de um processo judicial. O auditório não se circunscreve a um grupo reunido em uma praça pública, como na retórica antiga, mas sim se considera como tal o conjunto daqueles aos quais chega o discurso. Assim, o auditório pode ser composto por várias pessoas, por dois - diálogo - e, inclusive, por um só - diálogo interior⁶. À ampliação do conceito de auditório, une-se a incorporação do auditório universal, regulador da racionalidade prática, aporte mais relevante e discutido de Perelman. Mas, antes de considerá-lo especificamente, convém tratar do terceiro elemento.

O discurso retórico, como se indicou, requer certas condições que devem ocorrer de forma prévia. Uma delas é a realização do que Perelman chama de “contato intelectual” entre os participantes do discurso, o que supõe: a existência de uma linguagem comum, regras de conversação, a

⁶ Com este último caso, Perelman quer incluir também, dentro do âmbito retórico, as decisões e escolhas individuais.

atribuição de valor à adesão do interlocutor e a disponibilidade para ouvir⁷. Por sua vez, para que o contato efetivamente ocorra é necessário captar a atenção do interlocutor. Assim, outro aspecto relevante é o conhecimento que o orador tem do seu auditório⁸. Deste conhecimento depende o sucesso da argumentação. Por isso, Perelman afirma que “a argumentação efetiva emana do fato de conceber ao suposto auditório o mais próximo possível da realidade” (1992 [1958], p. 56). A partir do conhecimento do auditório, quanto às convicções, princípios e hierarquia de valores que sustenta, o orador construirá as premissas de partida da argumentação, instância denominada “os acordos prévios” da argumentação. Como se pode notar, tanto o contato intelectual, que proporciona uma comunicação e entendimento, quanto os acordos de base da argumentação, próprios do discurso retórico, criam a opinião comum, *endoxas*, necessárias para o desenvolvimento do silogismo típico da retórica, o entinema ou silogismo abreviado, no qual algumas de suas premissas tornam-se implícitas, pressupostas.

Pelo descrito até agora, cabe advertir que a retórica supõe uma teoria do conhecimento em que a afetividade dos interlocutores exige uma função não inferior à compreensão dos problemas nos quais estão implicados princípios e valores. Em outras ocasiões, o mesmo autor afirma que a retórica aponta em direção ao homem total, compreendendo, com esta expressão, a razão e os afetos, a vontade. E isso é assim, porque a finalidade da retórica é mover-se em direção à ação graças à persuasão. Porém, antes de aprofundar nisto, é necessário concluir a dinâmica da retórica, tratando do binômio que a governa: a adesão-adaptação.

O discurso fica compreendido como o conjunto de argumentos que o orador elabora para conseguir a adesão do auditório. Para isso, o discurso deve estar adaptado ao auditório para este possa compreendê-lo e, desse modo, assentir aos seus argumentos. Por isso, afirma-se que a qualidade do discurso depende da qualidade do auditório ao qual se dirige (PERELMAN; OLBRECHTS-TYTECA, 1992 [1958], p. 32). Perelman sustenta que, na argumentação, “o importante não está em saber o que o próprio orador

7 Em relação à existência de uma linguagem comum, um acordo prévio implícito nas normas da vida social sobre a forma de conversação, atribuição de valor à adesão do interlocutor e estar disposto a ouvir (PERELMAN; OLBRECHTS-TYTECA, 1992 [1958], p. 195s).

8 Na retórica clássica constitui o que se conhece como psicagogia, a análise psicológica do auditório para a construção de uma argumentação que consiga captar e influir no ânimo do público que o compõe.

considera verdadeiro ou convincente, mas sim qual é a opinião daqueles aos quais se dirige a argumentação” (1992 [1958], p. 31). A Teoria da Argumentação, explicita na própria obra, pertence à ordem “adaptativa”, querendo significar este termo a ausência de qualquer critério, regra ou método discursivo (1992 [1958], p. 672). Isto explica que os esquemas de argumentação, agrupados em técnicas de associação e dissociação de ideias, analisados no *Tratado* e que constitui a maior parte da obra, só se limitam a descrever o funcionamento dos mesmos, pontuando os efeitos que conseguem no auditório.

Portanto, tal como se deve esperar de uma proposta retórica, o auditório determinará a ordem, qualidade, extensão e, em grande medida, o conteúdo do discurso. Em consequência, a adesão obtida pelo orador não poderá ser transferida para outro auditório, alcançando um acordo de fato que garante uma racionalidade circunscrita aos limites do auditório. A superação de tal parcialidade se realiza com a introdução do conhecido auditório universal, que exige uma argumentação que apela não às paixões, mas às razões⁹. O discurso que se dirige ao auditório particular caracteriza-se pela persuasão e o apelo ao universal, à convicção (PERELMAN; OLBRECHTS-TYTECA, 1992 [1958], p. 67), a argumentação dirigida a ele adquire a categoria de racional. A intencionalidade do alcance que o orador pretende dar à sua argumentação é que opera a distinção entre a persuasão e a convicção, uma vez que é o orador, definitivamente, quem constitui o auditório. Em outras palavras, o auditório, tanto o particular quanto o universal, são construídos pelo orador, na medida em que deve se formar uma ideia tanto de um quanto do outro. O primeiro, que existe de fato, para conhecê-lo e adaptar-se, do segundo, que não existe de fato, mas sim de direito, para buscar argumentações que, superando as parcialidades, alcancem o caráter de imparcialidade. A argumentação frente a este auditório exige que o orador pense em contra-argumentos e pondere a virtualidade do consenso universal que possa obter sua argumentação. Esta pauta normativa do auditório completa-se com o princípio de inércia, que impõe dar razões apenas no caso em que se propicie a mudança:

⁹ “Uma argumentação dirigida a um auditório universal deve convencer ao leitor de caráter crucial das razões alegadas, de sua evidência, de sua validade atemporal e absoluta, independente das contingências locais e históricas” (PERELMAN; OLBRECHTS-TYTECA, 1992 [1958], p. 72).

[...] a inércia permite contar com o normal, o habitual, o real, o atual e valorizá-lo, já que se trata de uma situação existente, de uma opinião admitida ou de estado de desenvolvimento contínuo ou regular. A mudança, pelo contrário, deve se justificar; uma decisão, uma vez tomada, só pode ser mudada por razões suficientes (PERELMAN; OLBRECHTS-TYTECA, 1992 [1958], p. 189).

Não é o objetivo do presente trabalho analisar os problemas que cercam o conceito de auditório universal, mas sim destacar os aspectos retóricos da teoria de Perelman¹⁰. No geral, e como será oportuno considerar, é aplaudida a introdução de um auditório normativo, o auditório universal, como medida de objetividade, de racionalidade dos argumentos. Entretanto, com a introdução do auditório universal, abandona-se uma postura de puro corte retórico. Tendo em vista que, de acordo com a retórica clássica, esta é “a faculdade de considerar em cada caso o que cabe para persuadir” (ARISTÓTELES, 1990 [c. 400 a.C.], 1355b, p. 25); a Nova Retórica, com o auditório universal, afasta-se daquela finalidade, já que, diante de um auditório ideal, não têm lugar as técnicas de persuasão que supõem a existência de seres concretos.

Permanecem ainda alguns aspectos da Nova Retórica por desenvolver, mas, para o propósito que se pretende aqui, o exposto já é suficiente. Fazendo um balanço, deve-se pontuar o seguinte. Em primeiro lugar, a Nova Retórica se oferece como uma via alternativa para a racionalidade prática. A intenção do seu autor não é meramente metodológica, pois aspira constituir-se em um modelo de racionalidade prática, a racionalidade retórica como razão histórica, contextualizada, porém sem abandonar a pretensão da universalização. A equação de harmonizar ambos os aspectos não deixa de trazer problemas para o seio da teoria, posto que a leva a uma situação de tensão entre ambas de difícil equilíbrio. A retórica é resgatada para ocupar um lugar que excede seu objetivo de acordo com a tradição aristotélica. A Nova Retórica pretende constituir-se em um âmbito graças ao qual o juízo de valor se objetiva. Mas, se bem que não se pode admitir esse último, não cabe apenas fazer uma desqualificação da retórica. Na Teoria de Perelman, a base principal do ponto de vista retórico gira, sem dúvidas, em torno da ideia de auditório. Este elemento obriga que sejam considerados os aspectos circunstanciais, históricos e sociais próprios dos problemas práticos. De tal maneira, o auditório desenha um contorno ou entorno a partir do qual a argumentação toma corpo e se desenvolve, ao provê-la dos elementos que se

¹⁰ Para isso, veja Manassero (2001).

incorporam na atividade argumentativa do orador. A presença do auditório, portanto, não é meramente passiva, não se limita a escutar e deixar-se seduzir pela argumentação persuasiva, mas sim impõe, em certa medida, seus pontos de vista, que deverão ser considerados pelo orador se quiser ser atendido em seu discurso. Por isso, o discurso retórico não é absolutamente monológico, apesar do protagonismo do orador. Em todo caso, realiza certa intersubjetividade, ainda que atenuada pela mediação do orador, que tem de testar o grau de adesão que obtém sua argumentação.

Finalmente, se avaliamos a Nova Retórica como teoria da argumentação, devemos salientar que esta realiza um tipo de redução dos argumentos ao deixar de lado os argumentos dedutivos. Neste ponto, o problema se explica pela incompreensão de seu autor, que estabelece uma brecha insuperável entre os métodos dedutivos e retóricos. Na retórica clássica, pelo contrário, o argumento retórico por excelência é o entimema que, como já foi mencionado, trata-se de um silogismo abreviado: a demonstração retórica. As subsequentes propostas argumentativas, pelo contrário, caracterizam-se por fazer uso da lógica formal na explicação e desenvolvimento das formas dos argumentos.

2 A superação da retórica nos trabalhos de Robert Alexy e Aulis Aarnio

A razão de haver eleito os trabalhos de Roberto Alexy (1989) e de Aulis Aarnio (1991) é que ambos recorrem a Perelman, em seus respectivos estudos, deixando de lado, porém, a perspectiva retórica na racionalidade.

Alexy (1989), na introdução de sua obra, afirma que seu propósito é elaborar um modelo “que, por um lado, permita ter em conta as convicções estendidas e os resultados das discussões jurídicas precedentes e, por outro lado, deixe espaço aos critérios do correto” (1989, p. 31). Para isso, submete à revisão crítica algumas das teorias da racionalidade prática, com o objetivo de ressaltar os pontos resgatáveis de cada uma delas, de tal modo que sirva de marco de referência para construção de seu modelo. A revisão compreende quatro teorias, indo da ética analítica, passando pela teoria de Habermas, a escola de Erlangen e, finalmente, chegando à Teoria da Argumentação de Perelman.

Em relação a Perelman, o que Alexy propõe é averiguar se, efetivamente, ele consegue fundamentar uma “teoria consistente da

racionalidade prática” (1989, p. 157) a partir da qual será viável um uso prático da razão. Destaca a pretensão lógica da retórica perelmaniana e o conceito básico da teoria: a ideia de auditório. Conceito que implica, por sua vez, o de adesão, que deve manter-se em cada passo do discurso, desde as premissas à conclusão, de modo que a função dos esquemas de argumentação é influir no auditório. De acordo com Alexy, retrai-se, em consequência, a pretensão lógica da teoria e se destaca um perfil descritivo e psicológico da argumentação. Isso motiva a crítica de Alexy pela falta de um tratamento dos esquemas de argumentação desde o instrumental oferecido pela lógica contemporânea. Não obstante, Alexy resgata o papel normativo que cumpre o auditório universal. Se os juízos práticos alcançam o consenso do auditório universal, permanecem fundados. De todo modo, para o autor, esse critério resulta insuficiente basicamente por duas razões. Por um lado, porque está escassamente explicado e desenvolvido na teoria, permanecendo a cargo do orador forjar a ideia de auditório universal. Por outro lado, a apelação ao auditório universal seria uma razão necessária de argumentação racional, mas não suficiente, posto que somente afirma o princípio de universalização: quem dá uma razão deve ser aceita por todos para que seja racional. Nisto encontra semelhança com a habermarsiana situação ideal de diálogo. Porém, afirma Alexy: “não se proporciona nenhuma via que conduza com segurança a um consenso fundamentado” (1989, p. 169). É claro que Alexy está pensando aqui nas pautas que guiam o procedimento de obtenção do consenso universal. Assim, é insuficiente a retórica com a pretensão de universalidade de Perelman – que só indica o ponto de partida, o admitido e aceito pelo auditório e o ponto de chegada – alcançar o acordo universal. Tampouco parece suficiente o princípio de inércia que indica que é preciso somente justificar a mudança, somente aquele que propõe a mudança deve argumentar, sendo que não indica em que caso cabe a mudança e como se deve resolver a mesma.

Em suma, Alexy (1989, p. 172) resgata a ideia de auditório universal, associando-a à situação ideal de diálogo de Habermas, a combinação da aspiração a uma universalidade desde uma argumentação situada sócio-historicamente e, portanto, a impossibilidade de chegar a uma única resposta correta, o que significa a abertura à tolerância.

Por sua vez, Aarnio (1991) não propõe construir uma teoria da argumentação como tal, mas sim realizar um estudo abrangente da

interpretação jurídica que combine elementos analíticos e normativos, com a finalidade de esclarecer os requerimentos que implica a ideia de justificação, em que se deve indagar a correção do resultado da interpretação (1991, p. 59). O trabalho de Aarnio revaloriza a contribuição teórica oferecida pela disciplina filosófica para a compreensão da tarefa do jurista, de modo que seu estudo harmoniza três propostas filosóficas diferentes: a filosofia da linguagem do último Wittgenstein, a teoria de Habermas e a Nova Retórica de Perelman. As duas primeiras são as que incidem de forma mais pronunciada em seu pensamento, retendo de Perelman a ideia de auditório. Ele aborda o tema no último capítulo de sua obra, dedicado à aceitabilidade de um enunciado interpretativo. Igualmente a Alexy, Aarnio (1991, p. 280) destaca o auditório como a ideia central da Nova Retórica, salientando que a justificativa tem lugar sempre perante o outro, seja este concreto, um ou vários, auditório particular ou imaginário, auditório universal. Rapidamente, Aarnio ignora o problema da argumentação dirigida ao auditório particular – persuasão – regida pela eficácia, preocupando-se em assinalar o papel do auditório universal, graças ao qual as valorizações alcançam objetividade. Mas também afirma a ambiguidade do conceito de auditório universal, porque é ideal, porém circunstanciado social e culturalmente. Para obter melhores rendimentos teóricos, Aarnio propõe a distinção entre audiência concreta e ideal e audiência universal e particular.

A combinação de ambos os termos resulta em quatro classes de audiência: a) audiência concreta universal; b) audiência concreta e particular; c) audiência ideal universal; d) audiência ideal particular. Esta distinção permite-lhe analisar, entre as diferentes classes de audiências, aquela que reúne melhores condições para desenvolver a ideia de “aceitabilidade racional”. Descarta a audiência concreta ideal, entendendo-a como aquela que se configura a todos os homens racionais viventes em um dado momento. Além de ser quase impossível sua configuração, porque se alteraria a cada instante, também é impossível alcançar a aceitação de todos os seus componentes (AARNIO, 1991, p. 283). Deixa de lado também a audiência particular e concreta, o auditório particular de Perelman, porque, embora se possa obter aí a aceitação, esta poderia se dar sobre a base de uma argumentação não racional, persuasiva. A audiência ideal universal, o auditório universal de Perelman, tampouco satisfaz a Aarnio, porque em sua opinião significa admitir a evidência de critérios valorativos, tese que o autor não

admite por aderir a um relativismo axiológico. Finalmente, permanece de pé a audiência ideal particular. Ideal, porque seus componentes se comprometem a se deixar convencer somente pelos meios racionais, cumprem as condições e seguem as regras do discurso racional. Particular, porque compartilham um conjunto de valores, uma forma de vida (AARNIO, 1991, p. 284). Nesse aspecto, aproxima-se do auditório particular perelmaniano. Uma audiência semelhante permite desenvolver a ideia de aceitabilidade racional, posto que seus componentes movimentam-se racionalmente e partem de valores concretos e vigentes em uma comunidade. A partir daí, Aarnio obtém um princípio regulador para a racionalidade jurídica, o da aceitabilidade racional que reza assim: “a dogmática jurídica deve tentar alcançar as interpretações jurídicas que puderam contar com o apoio da maioria em uma comunidade jurídica que refletem racionalmente” (AARNIO, 1991, p. 286). A argumentação acerca dos valores será racional se conseguir produzir o consenso de um auditório assim concebido, ou ao menos a maioria deste auditório. Salva-se a racionalidade do discurso jurídico ao introduzir um critério regulador do mesmo.

Esta breve consideração da prova da orientação que tomaram os estudos sobre racionalidade jurídica posteriores a Nova Retórica. Comparando os autores resenhados, ambos coincidem em resgatar a ideia de auditório, isto é, a ideia de uma racionalidade constituída intersubjetivamente que a Nova Retórica insinuou, mas não desenvolveu. O ponto de dissidência entre ambos é o auditório que revalorizam. Enquanto Alexy resgata a ideia de um auditório universal, graças ao qual os juízos de valor se objetivam, Aarnio toma a ideia do auditório particular, concebendo-a com a exigência de que seus membros se conduzam racionalmente. A explicação é simples e se deve às diferentes posturas éticas que esses autores defendem. Alexy, inscrito na orientação da filosofia de Habermas, inclina-se a um universalismo ético; Aarnio, tomando a ideia das “formas de vida” de Wittgenstein, mantém-se dentro de um relativismo axiológico. Mas, para além desta diferença, ambas as teorias coincidem em desqualificar a argumentação persuasiva do auditório particular, concentrando-se em aperfeiçoar os critérios da racionalidade jurídica que a Nova Retórica deixou pendente de resolução, segundo seus pontos de vista. Desta forma, Alexy encontra suas soluções nas regras do discurso racional, ao passo que Aarnio, no critério da aceitabilidade racional. Nessa linha, também contribuíram trabalhos de outros autores, tais como

MacCormick, Atienza entre outros. Desse modo, isto significa a saída da retórica em relação a racionalidade jurídica? No próximo ponto, procurar-se-á justificar seu aporte.

3 Retórica e racionalidade jurídica, seu alcance, função e limites

Em primeiro lugar, não se admite a ideia de uma razão retorizada, ou uma racionalidade retórica se por tal expressão se pretende imprimir uma distorção ontológica ao termo. Já se advertiu anteriormente que a Nova Retórica distorce a função da retórica ao concebê-la como “modelo” de racionalidade prática. Talvez este seja um erro de excesso provocado pelo dualismo epistemológico de Perelman que distinguia, claramente, o âmbito teórico, da prova demonstrativa, do âmbito prático, o das argumentações. Porém, advertidos do erro, este não deve levar à recusa da retórica como tal. Para isto, é preciso perguntar em sua natureza, objeto, alcance, segundo sua gênese para lhe devolver o lugar que lhe corresponde dentro da racionalidade prática.

A Retórica reconhece uma origem judicial na Sicília, com os tratados de Corax e Tisias, mas é com Aristóteles que se alcança sua sistematização e categoria de técnica ou arte. A partir daí, é que se pode tomar o texto de Aristóteles como base de análise. Assim, a primeira afirmação feita pelo estagirita é o vínculo da retórica com a dialética¹¹:

A Retórica é correlativa da Dialética, pois ambas tratam de coisas que em certo ponto são de conhecimento comum a todos e não correspondem a nenhuma ciência determinada. Por isso, todos, de certo modo, participam uma e outra, já que todos, até certo ponto, procuram inventar ou opor uma razão e se defender e acusar (ARISTÓTELES, 1990 [c. 400 a.C.], 1354).

Ambas configuram uma técnica de raciocínio sobre determinadas questões, não sendo próprios da retórica os recursos externos à razão que apenas se encaminham para sensibilizar o árbitro¹². O objeto da retórica são os argumentos retóricos, e este é por excelência o entimema. O entimema é um silogismo cujo objeto é o verossímil. Assim afirma Aristóteles:

11 Para Reboul (1991, p. 161), a afirmação inicial da Retórica sobre ela ser a antístrofe da dialética é uma provocação que Aristóteles fez a seu mestre Platão, que havia condenado a retórica e exaltado a dialética.

12 Aristóteles (1990, Livro I, 1354a) afirma que “não se deve perverter o juiz, levando-o à cólera ou à compaixão, o que distorceria a regra que se pretende utilizar”.

[...] tanto o verdadeiro como o verossímil são próprios da mesma faculdade, já que os homens são suficientemente capazes para a verdade e a alcançam na maior parte; por isso ter hábito de conjecturar frente ao verossímil é próprio de quem também está com o mesmo hábito em relação à verdade (ARISTÓTELES, 1990, Livro I, 1355).

Como se desprende do anterior, a retórica é uma técnica de argumentação racional, mesmo que diferente do silogismo científico em razão da matéria da qual trata o verossímil, o plausível. A retórica, como técnica, adapta-se ao seu objeto. Se a matéria sobre a qual raciocina admite ser de outra maneira, não é adequado pretender um raciocínio rigoroso. Na *Ética a Nicômano*, Aristóteles (1967) salienta que é:

[...] próprio do homem culto não se afobar em conseguir a precisão em cada gênero de problemas, sem tomar consciência da natureza do assunto. Igualmente absurdo seria aceitar de um matemático raciocínios de probabilidade como exigir de um orador demonstrações conclusivas (ARISTÓTELES, 1967, Livro I, 1094b).

A retórica é então a arte de raciocinar sobre os contrários, não porque sejam equivalentes. A esse respeito, diz Aristóteles (1990) que “não se deve persuadir o mal” se não for para conhecer o contra-argumento e desfazê-lo, e acrescenta que “sempre o verdadeiro e o bom são naturalmente de raciocínio melhor tramado e mais persuasivo, por dizê-lo absolutamente” (Livro I, 1355).

Mas, além disso, a finalidade da retórica é buscar os meios para persuadir e não simplesmente persuadir, tal como o faz a sofística. Esta última tem por finalidade obter a persuasão ainda por meio dos argumentos erísticos, isto é, aqueles que parecem raciocínios, mas não o são (ARISTÓTELES, 1988, 65 b5). Assim, a crítica e a desqualificação devem recair sobre esta e não sobre a retórica.

Dentre os meios para persuadir, além dos meios lógicos (o entimema e o exemplo), estão os que apelam para o aspecto afetivo da persuasão: aqueles que se referem ao *ethos* e ao *pathos*. O primeiro é relativo ao caráter do orador, ao prestígio deste enquanto disposição ética e moral¹³, ao passo que o *pathos* é relativo às emoções que o discurso desperta no auditório¹⁴. Talvez este seja um dos aspectos da retórica que oferece certas dificuldades em sua

13 “Pelo caráter, quando o discurso se diz de tal maneira que se faz digno de fé ao que o diz, pois cremos mais e antes nas pessoas decentes, e sobre qualquer questão, em geral, e nas que não há segurança mas também duvida por completo”, Retórica, 1356 a 5.

14 Cf. Retórica, 1356 a 15.

compreensão e faz de seu nome um termo pejorativo. O caminho para entender o valor do aspecto afetivo da argumentação retórica é começar salientando a particularidade do conhecimento prático em Aristóteles. Em primeiro lugar a finalidade do conhecimento ético não é meramente teórica, mas sim prática:

Nossa tarefa atual, diferentemente das outras, não tem por fim a especulação. Não empreendemos esta pesquisa para saber o que é a virtude – o que não teria nenhuma utilidade –, mas para chegar a ser virtuosos (ARISTÓTELES, 1967, Livro II, 2, 1103b).

Prático é o conhecimento cuja compreensão e realização se resolvem em ações. Por isso, em segundo lugar, o conhecimento prático é contingente, nada tem de estável e de absolutamente certo¹⁵. Considerando ambos, a retórica como técnica argumentativa da práxis que move os afetos pelo discurso, cumpre uma função pedagógica (REBOUL, 1991, p. 11). Na argumentação sobre questões práticas, em que se trata do que é correto, justo ou bem fazer, o prestígio ético da pessoa que argumenta não é algo a se desdenhar, porque aquele que pratica a justiça e a bondade é quem sabe elaborar melhores argumentos. E, da mesma forma, carece de importância a afetividade que o discurso desperta no auditório, pois compreenderá melhor o juízo acerca da bondade, justiça ou equidade, como de qualquer virtude, quem estiver disposto a escutar e for conduzido a uma captação integral do problema apresentado.

Chegando a este ponto, cabe perguntar-nos pelo papel da retórica na racionalidade jurídica. Descartado seu papel de modelo de racionalidade, a retórica cumpre uma função mais modesta, porém significativa. Como técnica ou arte que busca os meios para persuadir, tem seu lugar no discurso de justificativa da decisão judicial, porque é ali onde pode servir de ferramenta para o juiz decisor que deve fundamentar seu juízo. Mas, diferente de uma teoria da argumentação, a retórica não oferece nenhum critério normativo externo aos argumentos para avaliar sua racionalidade. A retórica, por ser uma arte, não é boa nem má em si, em todo caso, cabe ao orador os dizeres qualificativos. Por isso, os argumentos retóricos só podem ser qualificados

15 “Deve também conceder-se preliminarmente que todo discurso sobre a conduta prática há de expressar-se somente em generalidades e não com exatidão, já que, como dissemos no início, o que se deve exigir de todo o raciocínio é que seja adequado a sua matéria; agora, tudo o que concerne às ações e a sua convivência nada tem de estável, como tampouco no que corresponde a saúde” (ARISTÓTELES, 1967, Livro II, 2, 1104a).

como mais ou menos persuasivos, mas não de argumentos corretos ou incorretos, sem que por eles se possa afirmar a irracionalidade do seu discurso. Não podemos esquecer que a persuasão é fruto de uma argumentação que é racional, utiliza do silogismo abreviado para persuadir. A normatividade da argumentação retórica é intrínseca à matéria que se debate.

Por outro lado a retórica tem o acerto de localizar a racionalidade prática no contexto histórico-social, porque obriga a considerar a quem se dirige a argumentação pela qual se justifica uma pauta de ação. Este aspecto é relevante para a racionalidade prática em sua função de aplicação de uma norma geral ao caso particular, como é a problemática própria da metodologia do direito. Não é o da universalidade, mas como afirma Klaus Günther (1995), o do “ajuste”, da norma geral ao caso concreto, a “faculdade de juízo” em termos kantianos, e o problema da “prudência” em termos clássicos. Daí que aspirar a uma racionalidade universalista não é próprio a essa instância, na qual, pelo contrário, as peculiaridades e circunstâncias que rodeiam cada caso resultam ser o mais importante a considerar se quiser realizar um juízo não meramente racional – em sentido formal – mas também correto em sentido material, realização dos valores de justiça e equidade.

Começou-se salientando que a renovação das propostas metodológicas no século XX surgiu como esgotamento de um modelo de racionalidade que depositava nos métodos dedutivos a garantia de uma racionalidade objetiva. Nas propostas atuais, a depositária dessa confiança passou às teorias da argumentação. Elas significaram e significam uma importante contribuição para a reflexão da racionalidade prática, mas é preciso precaver-se de não incorrer no erro consistente, no empenho por aperfeiçoar os critérios que garantam uma racionalidade objetiva no contingente, pois talvez se caía numa armadilha e num engano maior do que se atribui à ação da retórica.

REFERÊNCIAS

AARNIO, Ailius. **Lo racional como razonable**. Un tratado sobre la justificación jurídica. Centro de Estudios Constitucionales: Madrid, 1991.

ALEXY, Robert. **Teoría de la argumentación jurídica**. Trad. M. Atienza e I. Espejo. Centro de Estudios Constitucionales: Madrid, 1989.

ARISTÓTELES. **Ética Nicomaquea**. Porrúa: México, 1967.

_____. **Tratados de Lógica (Organon)**. Gredos: Madrid, 1988.

_____. **Retórica**. Centro de Estudios Constitucionales: Madrid, 1990.

FLORESCU, Vasile. La rivalutazione della retorica nella filosofia contemporanea. **II Verri**, Milano, n. 35-36, p. 73-95, 1970.

GARCÍA AMADO, Juan Antonio. **Las teorías de la tópic jurídica**. Cívitas: Madrid, 1988.

GÜNTHER, Klaus. Un concepto normativo de coherencia para una teoría de la argumentación jurídica. **Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho**, Alicante, n. 17-18, p. 271-302, 1995.

MacCORMICK, Donald Neil. **Legal reasoning and Legal Theory**. Oxford University Press: Oxford, 1978.

_____. **Retórica y Estado de Derecho**. Isegoría, Madrid, n. 21, p. 5-21, 1999.

MANASSERO, María de los Angeles. **De la argumentación al derecho razonable: un estudio sobre Chaïm Perelman**. Eds. Universidad de Navarra (EUNSA): Pamplona, 2001.

MORESO, Juan José. **La indeterminación del derecho y la interpretación de la Constitución**. Centro de Estudios Constitucionales: Madrid, 1997.

PERELMAN, Chaïm. **Éléments d'une théorie de l'argumentation**. Presses Universitaires de Bruxelles: Bruxelles, 1968.

_____. **Logique juridique**. Nouvelle rhétorique. Dalloz: Paris, 1976.

PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. **Rhétorique et Philosophie: pour une théorie de l'argumentation en Philosophie**. Paris: Presses Universitaires de France, 1952.

_____; _____. **La nouvelle rhétorique**. Traité de l'argumentation. Editions de l'Université de Bruxelles: Bruxelles, 1992 [1958].

MANASSERO, María de los Angeles. Racionalidade jurídica, Argumentação e Retórica. Trad. Ingrid Bomfim Cerqueira e Raquel da Silva Ortega. Rev. Trad. Eduardo L. Piris. **EID&A - Revista Eletrônica de Estudos Integrados em Discurso e Argumentação**, Ilhéus, n.5, p. 248-265, dez.2013.

REBOUL, Olivier. **Introduction à la rhétorique**. Presses Universitaires de France: Paris, 1991.

VIEHWEG, Theodor. **Topik und Jurisprudenz**. Beck: München, 1953.

WRÓBLEWSKI, Jerzy. **Sentido y Hecho em el Derecho**. Trad. Ezquiaga Ganuzas e Igartúa Salaverría. J. Caballero Harriet: Bilbao, 1989.

_____. **The judicial application of Law**. Kluwer academic Publishers: Dordrech; Boston; London, 1992.

Tradução:

Ingrid Bomfim Cerqueira

Graduanda em Letras/Espanhol pela Universidade Estadual de Santa Cruz.

E-mail: cerqueira_ingrid@hotmail.com

Raquel da Silva Ortega

Docente da Universidade Estadual de Santa Cruz

E-mail: raquelsortega@gmail.com

Revisão da tradução:

Eduardo Lopes Piris

Docente da Universidade Estadual de Santa Cruz

E-mail: elpiris@uesc.br