

AS FALÁCIAS JURÍDICAS

Por:

DR. LUÍS ALBERTO WARAT

Tradução de:

HORÁCIO WANDERLEI RODRIGUES

O discurso é fundamentalmente persuasivo. Advogar é persuadir, é argumentar a favor de uma das partes. A decisão judicial é uma peça persuasiva, que persegue a aprovação da instância superior, da doutrina, da política e da comunidade e a satisfação das exigências valorativas do direito, de suas pautas axiológicas, que só relativamente podem ser alcançadas. A relatividade dos direitos é o que determina e impõe o caráter persuasivo do discurso jurídico.

As normas jurídicas percebem o comportamento humano com relação à sociedade, porém sua eficiência não depende só da coação, que pode exercer o Estado para impor seu cumprimento, mas também da aceitação comunitária, ainda que somente setorial. A atividade legislativa é eminentemente política.

As prescrições, que contêm as normas jurídicas, não são equívocas. As palavras da lei são inalteráveis, porém não as significações comunicam, Estas variam de acordo com as trocas que se operam na valorização ambiental predominante, entre as distintas correntes existentes. Isto determina o caráter relativo da valorização ambiental, que requer permanentemente o auxílio da persuasão para manter-se, para penetrar assim mesmo no sistema jurídico, alterando as significações legais.

O caráter persuasivo do discurso jurídico determina, inevitavelmente, a presença das falácias em seu conteúdo, isto é, de toda classe de recursos argumentativos, que tendem a impor uma conclusão, não derivada logicamente, mas que logra sua aceitação por associação psicológica e emotiva, e ademais por coincidência valorativa, que se desperta e que faz decidir a escolha de uma alternativa significativa, desejada e sugerida pelo emissor.

O discurso jurídico contém toda classe de argumentos, toda classe de falácias – ainda que em sua acepção mais ampla – que compreendem qualquer opinião equivocada ou qualquer crença falsa. Em troca o discurso demonstrativo não tolera nenhuma classe de falácias, nenhuma classe de argumentos e só aceita afirmações categóricas.

O caráter prescritivo das normas jurídicas impede o uso do discurso demonstrativo. As normas jurídicas não descrevem uma realidade concreta e sensível, atual e existente. Prescrevem uma realidade possível, encarada como exigível e devida, que pode porém dar-se ou não na realidade, ainda que seja factível e inspirada na realidade circundante e existente, e condicionada axiologicamente. Um acúmulo de fatos, relativos e interrelacionados, de índole díspar, fáticos, conceituais e axiológicos, concorrem simultaneamente para a concretização das prescrições contidas nas normas jurídicas, que são meras conceitualizações de uma realidade possível, exigível e devida, que se enfrenta constantemente com uma realidade existencial e vivencial. Esta confrontação não é pacífica, mas geralmente muito conflitiva. Para apaziguá-la se necessita recorrer à persuasão, à argumentação, às falácias, que são técnicas argumentativas.

No discurso prescritivo ou persuasivo, não se pode perguntar pela verdade ou falsidade. Esta pergunta constitui uma exigência lógica no discurso demonstrativo, categórico e descritivo. No discurso prescritivo ou persuasivo, a única pergunta que cabe, é saber se a conclusão sugerida é aceita ou reprovada. Isto coincide com o objetivo das falácias.

O uso das diversas classes de falácias, no discurso jurídico, varia segundo seu conteúdo e nível em que aparece. As falácias formais podem aparecer em qualquer discurso, portanto também no discurso jurídico. Elas são cometidas muitas vezes por ignorância,

erro, ou por simples inadvertência, o que não excluía possibilidade de que se apele às mesmas deliberadamente, com fins persuasivos, produzindo significações alternativas, através da transgressão das regras de derivação. Tal situação pode produzir-se em qualquer discurso jurídico. O uso das falácias formais pode dar-se nas apresentações dos letrados, nas sentenças judiciais e nas disposições legais.

O uso das falácias não formais, ou materiais, no campo jurídico, também é muito amplo. Se usam técnicas argumentativas, recursos jurisprudenciais, argumentos de grande persuasão. A incorreção lógica do raciocínio é neutralizada pela carga emotiva que comunicam, e a sugestão de conclusões tentadoras e promissoras. Se amplia nos discursos políticos com os quais se apresentam os projetos das leis. Servem também de fundamento para as mesmas.

A nível da prática forense, é óbvio que os advogados fazem um grande uso das falácias não formais em defesa dos interesses de sua pátria.

Neste caso é ao julgador que toca a tarefa de desentranhar as falácias encontradas. Isto não significa que os juízes sejam imunes à sua influência, ou que, deliberadamente ou não, as empreguem.

O juiz também tem que argumentar e persuadir. Tem que valorar situações fáticas, aplicar as disposições legais e satisfazer exigências axiológicas de sua própria personalidade e de grupos comunitários de sua esfera de ação. Para encontrar uma coincidência com a valoração ambiental, que o condiciona, e as normas legais aplicáveis, o juiz necessariamente tem que argumentar. Portanto não pode evitar o emprego das falácias não formais.

Em minha opinião, no direito, há além disso o uso das falácias em sua acepção mais ampla, que compreende qualquer opinião equivocada ou crença falsa, que se usa como argumento ou como ponto de partida para uma concepção jurídica. As falácias lógicas, formais e não formais, têm uma aceitação mais restrita - são raciocínios incorretos, que se usam como argumentos, são persuasivas. As falácias que denomino "jurídicas" também têm um caráter persuasivo, argumentativo, porém não se dão necessariamente em um raciocínio, nem se constituem necessariamente por violação das leis de derivação. As falácias jurídicas podem dar-se em um enunciado equivocado, em uma falsa crença, porém o que tem

força persuasiva, a nível jurídico, são pontos de partida para as conceitualizações jurídicas, são condições retóricas de sentido, isto é, princípios metodológicos para a organização e sistematização das significações persuasivas. Usando outro vocabulário, poderíamos chamar os pressupostos metodológicos retóricos ou as falácias em sentido amplo, concepções valorativas sobre o mundo, postulados metafísicos, concepções ideológicas sobre a produção do conhecimento. Neste trabalho abalizarei rapidamente a principal destas falácias jurídicas. Por enquanto, pode-se dizer que em geral, através das falácias jurídicas, se projeta fundamentar uma decisão ou um ponto de vista, provocando um efeito de adequação entre as afirmações conclusivas e os pressupostos metodológicos ou condições retóricas de sentido.

Se não se logra esse efeito de adequação, as afirmações conclusivas sugeridas não são legitimadas como significativas. São sem sentido jurídico. As falácias jurídicas podem distinguir-se das materiais, porquanto aquelas servem como pressuposto determinante das alterações significativas das palavras da lei, enquanto que estas se aplicam aos desacordos valorativos dos feitos.

A "argumentum ad legem" - apelação à legalidade - é a principal dentre as falácias jurídicas. É ela um argumento, como ponto de partida para ser uma conceitualização, um rótulo para um tipo de argumentação, que debaixo da aparência de observar o princípio da legalidade, na realidade o transgride. O fator determinante de tal efeito, que por outra parte, é mais bem aceito que reprovado, surge da prevalência da valorização ambiental sobre a legal, isto é, a que emana do sistema jurídico ou da lei aplicável ao caso. O princípio da legalidade, que se pretende observar, pode ser caracterizado como a conceitualização de que o poder legislativo é o único órgão que cria o direito, que dita as leis. O órgão jurisdicional não pode criar o direito, e não o cria. O ordenamento jurídico criado pelo órgão legislativo é suficientemente unívoco, inalterável, justo e seguro.

Para seu melhor entendimento pode-se usar o seguinte exemplo: o artigo 622 do código civil argentino vinha sendo interpretado como estabelecendo o princípio monetarista nominal, pelo qual se nega a indexação das somas devidas. Não interessa saber, para nossa análise, se tal interpretação é correta ou não, mas simples-

mente constatar que era pacífica e constante durante muito tempo, sem provocar situações conflitivas, brindando segurança diante dessa conceitualização da lei. Tampouco é necessário trazer a coleção toda, de argumentações variadas e múltiplas, usadas para chegar à mesma disposição legal que não foi modificada.

O princípio da legalidade se mantém, porquanto a decisão judicial se baseia na mesma norma jurídica. Qual tem sido o procedimento usado para introduzir uma alteração significativa na lei? A resposta, em termos gerais, é que se tem operado uma redefinição das palavras da lei. A conotação do conceito "moeda", contido na norma legal através do mesmo termo, como seu significante, tem sido ampliado, agregando-lhe um atributo mais "constante".

Agora já não se trata da "moeda nominal", mas de "moeda constante". E para manter o valor constante da moeda, há que atualizá-la, indexá-la. Quiçá, pode sustentar-se, que se tenha modificado a conotação no conceito "moeda". Antes se falava "moeda nominal" e agora "moeda constante". Se tem tirado um atributo ao conceito e o substituído por outro. Qualquer que seja a análise da troca operada na conotação, o efeito obtido é o mesmo, e isto é o que mais interessa. A operação à legalidade, feito caracterizado como "falácia jurídica", porquanto se oculta, em certos casos faz o juiz criar o direito. Surge então uma pergunta: porque surge tal ocultamento, ou, por que não se admite que o juiz, em certos casos e dadas certas e determinadas condições, possa decidir livremente, criando o direito? Por que o pode fazer ocultamente e não aberta-mente?

As razões são várias. O princípio de legalidade, como falácia jurídica, por si só, é uma vala que obstaculiza a tendência natural de todo trabalho humano de estender a esfera de sua ação, com o qual o risco de atentar contra a segurança, que brinda o ordenamento jurídico, resulta mínimo.

Este fator seria suficiente para manter o princípio da legalidade como falácia jurídica. Porém ainda existe uma razão mais profunda e fundamental. Se se admitisse, que o juiz, mesmo que seja em certos casos e colocadas determinadas condições, pudesse criar o direito, trabalhar como se fosse legislador, isto é, sem outro limite que o dado pela constituição, resultaria muito fácil o órgão jurisdicional derivar da faculdade outorgada um princípio legal com

igual hierarquia ao princípio da "legalidade", que por essas circunstâncias poderia chegar a anulá-lo, tirar-lhe a eficácia e com isto depreciar o ordenamento jurídico, que perderia seus atributos de predicibilidade, previsibilidade e seguridade.