

CONSIDERAÇÕES SOBRE UMA LÓGICA JURÍDICA *

Chaïm Perelman ¹

“A lógica jurídica é o conjunto de técnicas de raciocínio que permitem ao julgador conciliar, em cada caso, o respeito ao direito e a aceitabilidade da solução encontrada. As fontes do direito, tais como postas em cada sistema jurídico, são o ponto de partida do raciocínio do jurista, que tem como objetivo a adaptação dos textos jurídicos às necessidades e às aspirações de uma sociedade viva, em constante mutação”².

Agradeço meus colegas da Academia pela oportunidade de apresentar minhas idéias sobre a lógica jurídica, no momento em que é lançado meu livro dedicado ao assunto³.

Começo por um breve sumário de minhas pesquisas.

Durante o XI Congresso Internacional de Filosofia, que se realizou em Bruxelas no ano de 1953, o Centro Nacional de Pesquisas de Lógica organizou um colóquio internacional consagrado, em parte, à teoria da demonstração⁴. Evidenciou-se, ao longo dos debates, que o raciocínio jurídico, objeto de duas exposições, era bastante desconhecido pelos lógicos e filósofos, que analisaram os meios de prova das ciências exatas e naturais, mas não demonstraram nenhum interesse em relação ao direito. Na verdade, esta área do conhecimento mostrou-se pouco prestigiada como fonte de inspiração às reflexões dos participantes do Congresso.

Em companhia do saudoso Professor da Universidade de Louvain, Robert Feys, ficou decidida a criação, no Centro, de um departamento jurídico naquele mesmo ano. A esta

*. Tradução do original em francês por Cassio Scarpinella Bueno. A publicação do texto traduzido estava previsto para o vol. 3 da *Revista de Pós-Graduandos da PUC/SP*, que, infelizmente, nunca chegou a sair. Ficam registrados os agradecimentos sinceros à Professora Heloísa Brito de Albuquerque Costa, que reviu a primeira versão do trabalho, e ao Professor Fabio Ulhoa Coelho. O texto original foi extraído de *Ethique et Droit*, Editions de l'Université de Bruxelles, 1990, pp. 636/648, coletânea de estudos de Perelman organizada por Alain Lempereur. A publicação, à época, foi autorizada pela Livraria Martins Fontes Editora Ltda., titular dos direitos de versão para o português daquela obra.

¹ A palestra foi publicada, originalmente, no *Bulletin de la classe des lettres et des sciences morales et politiques* da Academie royale de Belgique, Bruxelas, 1976, 5^a. série, t. LXII, pp. 155/167.

² C. Perelman. "Ontologie juridique et sources du droit" em *Archives de philosophie du droit*, t. 27, Sirey, 1982, p. 31 (Em *Ethique et Droit*, cit., pp. 523/535) (N. T.)

³ *Logique Juridique*, Paris, Dalloz, 1976, 2^a. ed., 1979, 193 pp.

⁴ Palestra publicada em 1954 na *Revue internationale de philosophie*, vols. 27/28.

iniciativa associaram-se os professores Henri Buch, Membro do Conselho de Estado, René Dekkers, da Universidade de Bruxelas e de Gand, e, principalmente, Paul Foriers, Reitor da Universidade de Bruxelas.

Os primeiros trabalhos resultaram em um artigo coletivo publicado em 1956 no "*Journal des Tribunaux*" nº. 4104 com o título "*Essais de logique juridique*" (Ensaio de lógica jurídica). Desde então, decidimos concentrar maior atenção a uma série de questões particularmente interessantes do ponto de vista do modo de pensar jurídico: "*Le fait et le droit*"⁵ (O fato e o direito), "*Les antinomies en droit*"⁶ (As antinomias no direito), "*Le problème des lacunes en droit*"⁷ (O problema das lacunas no direito), "*La règle de droit*"⁸ (A regra de direito), "*Le présomptions et les fictions en droit*"⁹ (As presunções e as ficções no direito). Há dois anos examinamos a problemática da motivação no Direito. O Centro publicou, além destas obras, seis volumes intitulados "*Études de Logique Juridique*" (Estudos de Lógica Jurídica).

Não hesitamos em designar o objeto de nosso trabalho pela expressão 'lógica jurídica'. Trata-se, com efeito, de expressão tradicional para se referir aos estudos destinados ao modo de pensar específico dos juristas.

No entanto, esta denominação contrapõe-se à concepção da lógica difundida com maior frequência entre os estudiosos do século XX, que identificam a lógica com a lógica formal. Georges Kalinowski, lógico polonês atuante em Paris, caracteriza-a como "*instrumento de toda atividade do saber, de aplicação tanto no domínio da vida cotidiana, como em qualquer ciência*". Esta citação foi tirada de um artigo de 1959 intitulado "*Y-a-t-il une logique juridique?*" (Existe uma lógica jurídica?) publicado na Revista "*Logique et Analyse*" (Lógica e Análise), mantida pelo Centro¹⁰. À questão que coloca, responde o Professor Kalinowski de modo peremptório: "*no meu entender, somente existe uma lógica, a lógica pura e simples, tout court, utilizada no sentido teórico ou normativo. Por outro lado, entre as diversas aplicações de leis ou regras lógicas universais não se pode deixar de verificar aquelas feitas para aplicação em qualquer campo jurídico. É extremamente interessante e útil a análise das diferentes aplicações das leis e regras lógicas universais nos diversos campos do direito, assim como o exame das razões pelas quais elas são aplicadas. Todavia, não tem qualquer sentido o estudo de uma lógica jurídica no sentido próprio da palavra. Uma tal lógica simplesmente não existe*"¹¹.

⁵ Bruxelas, Bruylant, 1961.

⁶ Bruylant, 1965.

⁷ Bruylant, 1968.

⁸ Bruylant, 1971.

⁹ Bruylant, 1974.

¹⁰ *Logique et Analyse*, nº. 5, pp. 48/53.

¹¹ *Ibid.*, p. 53.

Não obstante a conclusão então tomada, o Professor Kalinowski publicou alguns anos mais tarde um livro com o título de "*Introduction à la Logique Juridique*"¹² (Introdução à Lógica Jurídica), seguindo o exemplo do jurista alemão, Ulrich Klug, cuja obra ("*Juristische Logik*"), lançada em 1950, foi traduzida para vários idiomas e reeditada sucessivas vezes.

Como estes autores publicaram obras consagradas à lógica jurídica se, expressamente, negam sua existência? Tal comportamento deve-se porque consideram a lógica jurídica como a lógica formal aplicada ao direito, limitando-se ao exame "*das operações intelectuais do jurista do ponto de vista formal*"¹³.

Mas, se o raciocínio jurídico, seu modo de pensar, não tem nada de característico, por que desenvolver uma lógica especificamente jurídica ao lado de uma lógica matemática e não tratar, por exemplo, de uma lógica zoológica ou bioquímica?

Desde a antiguidade, são conhecidas as fórmulas de raciocínio utilizadas na interpretação e aplicação dos textos jurídicos, tais como os argumentos *a simili*, *a contrario*, *a fortiori*, estes últimos dividindo-se nos argumentos *a maior ad minus* e *a minori ad maius*. Pretendendo ver a lógica jurídica tão somente como a aplicação da lógica formal ao direito, impõe-se realçar a estrutura formal destes argumentos tradicionais do pensamento jurídico. Este é o ponto de maior aproximação entre as obras de Klug e Kalinowski: Klug dedicou ao assunto a terceira parte de seu livro¹⁴ enquanto que Kalinowski, o terceiro parágrafo do quarto capítulo¹⁵.

Entretanto, não é tarefa difícil a demonstração de que estes argumentos não são estruturas de pensamento puramente formais. Se assim fossem, seriam invariavelmente válidos e aplicados universalmente, em quaisquer situações. A aplicação simultânea dos argumentos *a simili* e *a contrario*, todavia, leva a conclusões diametralmente opostas, donde decorre a necessidade de escolha entre uma e outra resposta, caso se deseje evitar qualquer contradição.

Se, por exemplo, uma lei submete todos os jovens de uma certa idade ao serviço militar obrigatório, a inevitável conclusão, por aplicação do argumento *a simili*, é a de que também estão submetidas ao mesmo dever as jovens do sexo feminino da mesma idade. De sua parte, mediante o argumento *a contrario*, elas estarão isentas deste mesmo dever.

Para reduzir estes argumentos a esquemas puramente formais, é indispensável que sua aplicação, caso a caso, seja precedida de uma argumentação em torno da intenção do legislador. No exemplo dado, o legislador quis excluir as mulheres do serviço militar ou, ao contrário, o texto legal, ao se referir a *jovens*, também abrange as pessoas do sexo feminino? As técnicas

¹² Paris, L.G.D.J., 1965.

¹³ Kalinowski, op. cit., p. 12.

¹⁴ Klug, *Juristische Logik*, Berlin, Springer, 3ª. ed., 1966, pp. 97/140.

¹⁵ Kalinowski, op. cit., pp. 155/170.

que reduzem estes argumentos a esquemas puramente formais não levam em consideração esta escolha preliminar justificável apenas por uma argumentação estranha, por completo, à estrutura da lógica formal.

Esta última colocação conduz a um problema mais amplo, de conteúdo filosófico inegável: a lógica deve ser limitada ao estudo dos raciocínios demonstrativos, como os que caracterizam a prova matemática, ou deve, também, analisar os raciocínios, os modos de raciocinar, das mais variadas espécies, que apresentem argumentos a favor desta ou daquela escolha, desta ou daquela decisão? Raciocinar é, unicamente, inferir, calcular e demonstrar, ou é, também, fornecer as razões pró e contra uma dada tese? Os vários estudos lançados sob o título "*Les machines pensent-elles?*" (As máquinas pensam?) respondem, em geral, pela negativa: os cálculos e as demonstrações são considerados como mais distantes do pensamento que as argumentações contrapostas, caracterizadoras do modo de pensar crítico e sua refutação, seja na deliberação íntima ou em uma discussão entre duas ou mais pessoas.

Deve ser excluído da lógica o estudo dos argumentos, em especial aqueles que se mostram irreduzíveis a esquemas puramente formais? A consequência desta exclusão resultaria imediatamente na impossibilidade de compreensão da lógica da controvérsia, já que é em seu campo de atuação, dentro das discussões e das controvérsias, que podem ser encontradas as argumentações contrapostas, estranhas ao campo de aplicação da lógica formal. Esta tem como objeto o estudo das leis lógicas, dos raciocínios corretos, válidos e impositivos, pelo que não resta espaço para desacordo.

É ridículo ignorar, sob o pretexto de serem estranhas à lógica formal, as outras diversas formas de argumentos que aparecem não somente no direito, mas, também, na filosofia, na metodologia das ciências e em todo campo onde intervêm a crítica, a refutação e a justificação, atividades caracterizadoras, por excelência, da atividade reflexiva de um ser racional.

É indevida a tentativa de redução da lógica à lógica formal. Aristóteles, considerado o pai da lógica formal, por seu "*Analytiques*" (onde se ocupa com as deduções corretas formalmente), dedicou sua "*Rhétorique*" e seus "*Topiques et les Réfutations Sophistiques*" ao exame do raciocínio dialético, que trata do controvertido, dos argumentos de persuasão e convicção, das razões pró e contra, que servem à crítica, à refutação, à justificação e que são indispensáveis para estabelecer as premissas de um raciocínio¹⁶.

Este é precisamente o papel da lógica jurídica. Seu campo de aplicação não concorre com o da lógica formal, porquanto nenhum homem sensato põe em dúvida a validade de um silogismo ou de um raciocínio formalmente correto. Porém, a veracidade da conclusão não pode ser garantida apenas pela dedução correta, já que esta nada mais faz que transferir àquela a veracidade das premissas. Há necessidade de se buscar mecanismos que assegurem a veracidade das premissas. Quando as premissas podem ser demonstradas, o problema é remontado às

¹⁶ Aristóteles, *Topiques*, 101b I-4.

premissas anteriores. Finalmente, pode ser necessário regredir até os axiomas: desde que sejam evidentes ou admitidos por hipótese, pode-se dispensar a argumentação. Naqueles casos, entretanto, em que o debate envolve as próprias premissas, que não são evidentes ou indiferentes, será necessária a escolha de uma ou de outra tese que se apresente. Se esta escolha é pensada é porque toma como base os argumentos que constituem as razões e que fornecem os motivos em prol de uma dada tese. Estes argumentos não serão corretos ou incorretos, verdadeiros ou falsos, ou seja, conformes ou desconformes às regras de uma dedução válida. Serão, antes, mais ou menos pertinentes, mais ou menos eficazes, para obter a adesão do auditório a que se dirigem.

Um argumento que convence um determinado auditório pode ser ineficaz em relação a outro. Para apreciar o valor, e não somente, a eficácia dos argumentos é normal, à falta de critérios objetivos, a referência à qualidade do auditório que é convencido pelo discurso. Poderia se conceber o uso da razão, na prática tradicional dos filósofos, como a consideração de um auditório ideal, tão informado e exigente quanto possível. Platão, imaginando a retórica digna de um filósofo, desejava que os discursos pudessem ser aptos a convencer os próprios deuses (*"Phèdre"*, 273). Aqui, a argumentação racional dirige-se ao auditório universal. Este processo será, como a ação moral em Kant, de acordo com o imperativo categórico: será preferível a argumentação que, segundo o sentir do orador, é apta a convencer todos os homens suficientemente informados. Como toda argumentação, ainda que racional, não pode ser impositiva, o que se pode pretender é apenas uma intenção de racionalidade na mente do orador.

Não se pode esconder a circunstância de que é bastante difícil a obtenção de uma adesão unânime a uma das teses postas em confronto. Por isto, faz-se necessário que sejam previstos os procedimentos para se chegar a uma decisão, mormente quando a discussão não possa durar indefinidamente.

Os diversos ramos do direito possuem instituições e prevêm procedimentos e competências para que, em cada caso, possa se determinar como e por quem as regras serão elaboradas, interpretadas e aplicadas. O *Code judiciaire* indica os procedimentos e as condições segundo as quais os litígios são resolvidos. Para evitar que os processos não se repitam sem fim, as decisões tomadas, obedecendo certos pressupostos, beneficiam-se da autoridade da coisa julgada.

A lógica jurídica não pode desprezar todas estas questões, cujas considerações teóricas são indissociáveis de suas conseqüências práticas, pois o modo de pensar específico do jurista deve se adaptar ao contexto construído pelas instituições, pelos procedimentos e, sobretudo, pela ideologia dominante. Esta deve responder às seguintes questões: o que é o direito? Quais suas relações com a moral e com a religião? Em que medida os juízes devem se preocupar com a justiça e com a equidade? Levando em conta o dever do juiz de dizer o direito, sua obrigação é cumprida apenas com a invocação das disposições legais ou, conforme o caso, deverá limitá-las com a aplicação de outras fontes do direito como, por exemplo, os princípios gerais?

Em todas estas indagações pode ser constatada uma evolução da antiguidade até os dias de hoje. A ideologia da Revolução Francesa ocupou um papel determinante na evolução do direito continental (europeu), mas, desde a edição do *Code Napoléon*, verifica-se uma alteração de perspectiva: inicialmente, o positivismo jurídico da escola da exegese; depois, a concepção funcional e teleológica do direito; e, por fim, uma visão mais sociológica e mais democrática do papel do juiz, destinada ao estabelecimento da paz judiciária, mediante a obtenção do consenso da opinião pública esclarecida.

Os argumentos jurídicos terão conteúdo diverso toda vez que forem utilizados, pois o que constitui um argumento forte em dado contexto poderá não ser levado em consideração em outro diverso. O juiz deve considerar, para seu julgamento, as conseqüências sociais, econômicas ou políticas de sua decisão? Ou deve ser fiel à máxima *pereat mundus, fiat justitia*? Quais são as considerações que deverão prevalecer no seu ponto de vista? É a segurança jurídica, vale dizer, a fidelidade à letra da lei? É a equidade? O juiz deve conciliar estas duas exigências quando parecem levar a decisões divergentes?

Ao mesmo tempo que a segurança jurídica e a imparcialidade exigem respeito à justiça formal, isto é, tratamento igual a situações essencialmente semelhantes, pode-se dizer que o progresso técnico e a evolução dos hábitos acabaram por transformar a legislação e a jurisprudência. Como evitar a arbitrariedade nesta matéria? Uma primeira garantia consiste na previsão de colegiados nos Tribunais. Uma outra reside na possibilidade de recursos. O constituinte, com o decreto de 16/24 de agosto de 1790, fornece a propósito duas garantias diversas: a obrigação de motivação dos julgamentos e a instalação de um Tribunal de Cassação.

De acordo com o art. 4º. do *Code Napoléon*, "*o juiz que se recusar a julgar, sob o pretexto de omissão, obscuridade ou insuficiência da lei, poderá ser processado como culpado de denegação de justiça*". Portanto, ao contrário de um cientista, o juiz não pode, argüindo sua ignorância, abster-se de decidir: ele deve, sempre, fornecer um julgamento. A lógica jurídica tem como tarefa o estudo das técnicas e das razões que lhe possibilita chegar à decisão e motivá-la.

Quando a produção da prova dos fatos é livre, depende unicamente da formação da convicção íntima dos juízes. Pode ser baseada em presunções precisas e concordantes. As presunções legais dispensam a produção de prova por aqueles que se beneficiam com sua aplicação. Na hipótese de não serem absolutas, a parte adversa, então com o ônus da prova, poderá refutá-las. Quando a produção de prova testemunhal é indispensável para o estabelecimento de um dado fato, o juiz poderá convocar as testemunhas e tomar seu depoimento sob juramento. Em contrapartida, de acordo com o art. 931 do *Code judiciaire*, é vedada a oitiva dos descendentes naquelas causas em que seus ascendentes tiverem interesses opostos, evitando-se, com esta medida, qualquer possibilidade de conflito no seio familiar. Aquele que guarda segredo profissional pode se recusar a testemunhar. A busca da verdade no processo subordina-se, ainda, às relações de confiança estabelecidas entre o advogado e seu

cliente, assim como ocorre entre o médico e o doente, o confidente e o confessor. Por fim, são previstos outros limites na livre pesquisa da ocorrência dos fatos relacionados com a dignidade da pessoa humana, com destaque à proibição da tortura.

O juiz é a peça fundamental na administração da justiça, por ser o centro de todo debate judiciário: é a ele que as partes devem convencer da realidade dos fatos, da escolha e da interpretação da regra de direito a ser aplicada ao caso litigioso. Sendo assim, como assegurar sua imparcialidade e sua independência? Ao analisar um raciocínio matemático, ninguém se interessa pela honestidade e independência daquele que o realiza, porque sua demonstração é impessoal e sua validade impõe-se a todos que tiverem condições de acompanhá-la. Mas, a imparcialidade e a independência dos juízes são essenciais ao bom funcionamento da justiça. São indispensáveis para a proteção de todas as pressões a que estão sujeitos aqueles que exercem o poder. Desta observação, fica evidenciado o perigo dos tribunais de exceção (*tribunaux spéciaux*) que subtraem dos jurisdicionados seu juiz natural. Por outro lado, o juiz pode ser recusado por uma das razões constantes do art. 828 do *Code judiciaire* e o art. 831 do mesmo estatuto estabelece o dever de o juiz abster-se de julgar quando "*tem conhecimento de motivo para recusa de sua pessoa*".

Diante desta constatação, percebe-se que a lógica jurídica não pode se desinteressar do contexto social e político dentro do qual é exercida. Do mesmo modo que o professor Lon Fuller, da Universidade de Harvard, elencou várias regras a serem observadas por todos os sistemas jurídicos para que o direito seja eficaz no interior de uma sociedade organizada¹⁷, não é errado salientar que certas condições devem ser realizadas para asseguramento de uma administração imparcial da justiça, o *due process of law*.

Toda a argumentação que tem como objetivo obter ou aumentar a adesão de um dado auditório às teses que se lhe apresentam, realiza-se dentro de um contexto psicossocial, já que implica a existência de contato entre os espíritos e a utilização de uma linguagem comum, assim como a observação de um certo número de costumes, de práticas e hábitos que regem a utilização do discurso. Mas aquilo que é vago e indeterminado quando se trata de práticas socialmente admitidas, passa a ter a necessidade de um regramento mais rígido quando o que está em pauta é a prática jurídica, em específico a judiciária.

Os códigos de processo visam a assegurar o desenvolvimento normal dos debates judiciários, tendo em vista, principalmente, a garantia do direito de defesa. É importante que as teses em oposição se manifestem com toda a sua força, sendo desejável a apresentação dos melhores argumentos favoráveis e, também, os contrários a cada uma delas, de modo que o juiz possa tomar sua decisão com amplo conhecimento da causa. De acordo com a maneira pela qual concebe sua missão, o juiz dará primazia à segurança jurídica, à coerência, às conseqüências sociais de sua decisão ou à equidade.

¹⁷ L. Fuller, *The Morality of Law*, Yale University Press, New Haven, 1964.

A lógica jurídica não se limita à análise dos esquemas argumentativos que podem ser utilizados para o acolhimento de uma ou outra tese jurídica. Antes, ela é uma forma de argumentação que se desenvolve no interior de um contexto, o judiciário no mais das vezes, em que o respeito às regras de direito, sejam as de fundo, sejam as relativas ao procedimento, é essencial. Em uma sociedade democrática, a segurança jurídica, o respeito pelas regras e a busca da verdade, devem se conciliar com o respeito à pessoa humana, com a proteção dos inocentes e com a salvaguarda das relações de confiança, valores indispensáveis à vida em sociedade. Tal preocupação, totalmente estranha à lógica formal, faz com que a lógica jurídica (a lógica da controvérsia) tenha como objetivo o estabelecimento, caso a caso, da predominância de um ou de outro valor.

Esta é a razão, aliás, pela qual o raciocínio jurídico não pode deixar de recorrer às ficções jurídicas, atacadas com veemência pelos teóricos racionalistas do direito, com destaque a Jérémie Bentham.

Ao contrário do que ocorre com o cientista ou com o filósofo, o jurista deve levar em conta as ficções. Pode ocorrer, por exemplo, que o juiz, sem competência para alterar as leis, seja forçado a recorrer às ficções toda vez em que a decisão a ser tomada mostrar-se, de uma maneira patente entre os membros da comunidade, contrária à equidade. A ficção jurídica pode ser definida como uma qualificação de fatos ou uma motivação contrária à realidade jurídica.

Eis alguns exemplos de ficções jurisprudenciais que podem ser colhidos nos diversos campos do direito:

O Direito Penal Inglês fornece um interessante caso de recurso à ficção na revolta dos júris populares contra as leis inglesas promulgadas nos anos seguintes à Revolução Francesa, tidas como demasiadamente severas. Todos os delitos qualificados como *grand larceny* (grande roubo) passaram a ser punidos com a pena de morte no início do século XIX. O tipo penal compreendia todo roubo de objetos com valor superior a 40 shillings. Os juízes recusaram-se a condenar à morte alguns homens culpados de roubo e estimaram em 39 shillings o roubo de qualquer importância, diante da impossibilidade de alterarem a lei. No caso R.V. Macallister de 1808, bastante elucidativo, não houve qualquer receio em avaliar em 39 shillings a subtração de uma nota de 10 libras (200 shillings)¹⁸.

Uma rebeldia nestes moldes contra um dado texto legal é difícil de ser imaginada em se tratando de juízes profissionais. Entretanto, há casos em que a Corte de Cassação recorreu não só às ficções, mas a uma verdadeira reinterpretação da lei, principalmente no que se refere à motivação das decisões.

A Corte de Cassação da Bélgica pode reformar um julgamento somente naquelas hipóteses em que se verifica a violação de uma lei belga. O art. 1.080 do *Code judiciaire* de

¹⁸ Cf. G. Gottlieb, *The Logic of Choice*, London, 1968, p. 44, a partir de Kenny, *Outlines of Criminal Law*, p. 208 (15ª. ed., 1946).

1967 determina que a petição do recurso adequado para tanto (recurso de cassação) conterà "*a indicação das disposições legais que fundamentam a violação*". Quando o caso não era de violação da lei, mas de um princípio geral do direito, os advogados nas razões do recurso - e a Corte, na medida em que lhes dava razão - procuravam fundamentar-se, como dito pelo procurador-geral Ganshof van der Meersch, no discurso de abertura do ano judiciário de 1970, em textos legais que tinham somente uma relação "*longínqua e aproximativa*" com a regra de direito efetivamente violada¹⁹. Este uso de uma motivação mais ou menos fictícia mostrou-se indispensável à Corte para reformar um julgado que lhe parecia contrário ao direito, até o dia em que, por proposta de seu procurador-geral, admitiu que "*está satisfeita a obrigação do recorrente quando invocado e indicado em sua petição um princípio geral do direito*"²⁰. A técnica da ficção tornou-se desnecessária, desde que a Corte passou a interpretar o termo "*disposições legais*" em um sentido mais amplo, abrangendo, também, outras regras de direito.

O terceiro exemplo é fornecido pelo direito administrativo francês que se valeu do recurso à ficção jurídica para sair de um situação ridícula, que parecia juridicamente insustentável²¹.

Estes exemplos demonstram casos em que a busca de uma solução aceitável justifica a criação de uma ficção jurisprudencial. Entretanto, não se pode deixar de ter em mente que esta técnica é perigosa, pois uma justiça que se apresentasse como instrumento a serviço de um poder despótico, poderia se valer dela para condenar inocentes, indesejáveis ao regime. Por esta razão, ainda, são comuns as críticas em torno das ficções jurídicas, pois quaisquer considerações estranhas à missão dos juízes dão margem ao risco de arruinarem a segurança jurídica.

Em conclusão, considerando o direito como uma técnica de proteção simultânea de diversos valores, às vezes incompatíveis entre si, a lógica jurídica apresenta-se, essencialmente, como uma forma de argumentação destinada a motivar as decisões de justiça, para que possam usufruir de um *consensus* das partes, das instâncias judiciárias superiores e, enfim, da opinião pública esclarecida. Se a solução tomada pelo Tribunal, ao hierarquizar e ordenar valores conflitantes, não parecer aceitável ela será, conforme o caso, reformada ou cassada e, em se tratando de um julgamento da Corte de Cassação, poderá suscitar a modificação da lei. É desta forma que a administração da justiça em um Estado Democrático resulta de uma constante

¹⁹ Cf. *Propos sur le Texte de la Loi et Les Principes Généraux du Droit*. Bruxelas, Bruylant, 1970, p. 132.

²⁰ *Ibid.*, p. 133.

²¹ O autor, segundo anota Alain Lempereur, organizador da coletânea *Ethique et Droit*, desenvolveu este exemplo em outra palestra que proferiu em 1978. Trata-se, ao que consta, da construção do conceito de *funcionário de fato* pela Corte de Cassação francesa exposta na doutrina do administrativista francês Jean Rivero. Aquele Tribunal não deixou de reconhecer direitos subjetivos em prol de administrados de boa-fé, ainda que originários de irregular desempenho de funções públicas naqueles casos em que, objetivamente, não havia margem de dúvida quanto à investidura e exercício na forma da lei (N. T.).

confrontação de valores que implica um diálogo permanente entre o poder judiciário, o poder legislativo e a opinião pública.