

Tradução do original alemão intitulado
*EINFÜHRUNG IN RECHTSPHILOSOPHIE
UND RECHTSTHEORIE DER GEGENWART*
6. Auflage

© 1994, C. F. Müller Juristischer Verlag GmbH, Heidelberg

Reservados todos os direitos de harmonia com a lei

Edição da
FUNDAÇÃO CALOUSTE GULBENKIAN
Av. de Berna | Lisboa
2002

ISBN 972-31-0952-2

Pr

mát

form

Faz

reit

com

con

(

jurí

info

reit

apli

e de

(

teri

tido

teor

cial

(

tore

men

gêne

mar

E

de S

5. *Direito e linguagem*

Por Fritjof Haft, Tübingen

Observações prévias

Em cada momento da sua vida profissional, o jurista tem de lidar com palavras, frases e textos. A linguagem não é, para ele, apenas um meio utilizado acriticamente no entendimento de objectos exteriores à linguagem. Ela própria é um objecto central do seu trabalho — ele entende leis, descreve situações de facto, subsume casos a normas, resumidamente, ele ocupa-se de certos produtos da linguagem (leis, regras dogmáticas) e procura a correspondência com outros textos (situações de facto, casos). Ele não tem somente, como outras pessoas, que estabelecer a ponte entre o objecto e a linguagem (como sucede na produção de situações de facto), tendo também, e sobretudo, que constituir a relação entre textos diferentes, dos quais uns, «proposições de dever-ser» normativas e dogmáticas, são mais abstractos, outros, as «descrições» apresentadas nos casos e nos factos, são mais concretos. É no estabelecer desta ponte que reside a especificidade da actividade jurídica — o direito como «correspondência entre ser e dever-ser» (Arthur Kaufmann). Nenhuma outra profissão trata a linguagem de uma forma comparável a esta. O que caracteriza o aplicador do direito é uma constante mudança de código linguístico da conceptualidade abstracta das leis e dos dogmas para as descrições mais ou menos concretas das situações factuais dos casos jurídicos e vice-versa (num constante «ir-e-vir do olhar» — Engisch). O tema «direito e linguagem» é, por isso, um tema clássico da filosofia do direito.

Este tema pode ser tratado de diferentes perspectivas, das quais escolhi três para a exposição que se segue. Em primeiro lugar, ocupar-me-ei do estilo dos juristas, isto é, considerarei os textos jurídicos no seu aspecto literário. Em seguida, abordarei a recepção dos resultados da investigação da filosofia da linguagem contemporânea pela filosofia do direito dos nossos

dias. Partindo daqui, procurarei projectar para o futuro, numa «utopia cautelosa», as linhas de desenvolvimento contemporâneas e responder à questão de saber se no uso jurídico da linguagem pode existir algo parecido com o progresso. Não posso, naturalmente, tratar aqui de um modo completo nenhum destes três complexos. Em alguns casos, defenderei uma opinião muito pessoal, que não tem de corresponder necessariamente à «doutrina dominante», nem às restantes posições deste livro. Mas, de qualquer maneira, a opinião dominante não tem na filosofia do direito o estatuto elevado que lhe é conferido na dogmática jurídica, e nós não precisamos de nos perturbar com isso.

5.1. O estilo dos juristas

O estilo dos juristas é louvado por uns, desdenhado por outros, e todos têm razão.

Gustav Radbruch, ele próprio um dos mais elegantes estilistas de entre os escritores jurídicos (e com estudos histórico-literários, entre outros sobre Theodor Fontane, que vão muito para além dos temas jurídicos), elogiava a intencional pobreza do estilo lapidar do direito. «A linguagem jurídica é fria: prescinde de todo o sentimento; é rude; abdica de toda a justificação; é sucinta; abdica de toda a intenção pedagógica.»¹ Na sua exacta precisão, ela teria servido de modelo a um autor do nível de Stendhal. De facto, conta-se que todas as manhãs, antes de começar a trabalhar, Stendhal lia alguns parágrafos do Código Civil *pour prendre le ton*.

A literatura jurídica contém, sem dúvida, numerosos diamantes lapidados. Já os clássicos do direito romano eram famosos pelas suas *responsa*, nas quais transmitiam, compactamente, as suas opiniões jurídicas, as mais das vezes sem fundamentação. Muitas das suas regras de direito ganharam o estatuto de sabedoria jurídica genérica — *pacta sunt servanda; fiat justitia et pereat mundus; audiatur et altera pars; nulla poena sine lege; in dubio pro reo...*² Por vezes, algumas frases contemporâneas atingem

¹ Radbruch, *Rechtsphilosophie*, 8.ª ed., 1973 (org. por Erik Wolf e Hans-Peter Schneider), § 14 («Ästhetik des Rechts»).

² Altamente recomendável é a colectânea *Lateinische Rechtsregeln und Rechtssprichwörter*, 1982, elaborada por Lieb.

a concisão linguística dos clássicos, por exemplo, quando, a respeito da responsabilidade administrativa do Estado, é excluída a restituição em espécie com as palavras lapidares «Dulde und liquidere» (tolera e líquida).

Nos seus melhores momentos, a linguagem jurídica é certa, curta, sóbria e livre de pretensões de imponência (os juristas — ao contrário dos economistas, dos sociólogos e dos psicólogos — têm poder; eles não precisam de exibir uma superioridade linguística). Nos seus melhores momentos, os textos jurídicos são grande literatura, modelam um pedaço de experiência mundana em palavras exactamente adequadas e ajudam-nos a guiar a convivência humana por caminhos ordenados através de modelos linguísticos tão precisos quanto esteticamente satisfatórios. Tome-se, por exemplo, o art. 14.º, II, Lei Fundamental alemã: «A propriedade cria obrigações. O seu uso deve servir, também, o bem comum.» Trata-se de uma formulação grandiosa. Nem Stendhal seria capaz de se exprimir melhor.

Contudo, não pode ser esquecido que os melhores momentos são raros e escasseiam cada vez mais. Não pode ser esquecido que, hoje, as velhas virtudes da simplicidade na linguagem, da concisão e da brevidade se perderam em grande medida. Não pode ser esquecido que os juristas são os principais produtores de colectâneas de floreios estilísticos — «Portanto, o cometimento do roubo por parte do réu foi considerado como provado por parte do tribunal.» — «O tribunal de recurso deu como demonstrada a identidade do porco empenhado, com o juiz da primeira instância.» — «A destituição da posição de proprietário é a característica essencial de um desfalque.» [N.T.; o jogo de palavras feito com o substantivo «Entsetzen», que no uso comum significa horror, espanto, como destituição não tem correspondente em português.]

A luta contra o arrefecido estilo jurídico de «chancelaria» é antiga e acaba sempre derrotada. Já Frederico, *O Grande*, dizia do projecto do Código da Prússia: «É muito denso e as leis têm de ser curtas e não extensas.» Ele acusava os seus funcionários de utilizarem sempre cem palavras, quando bastariam duas. Instituições como o *Institut für Deutsche Sprache*, a *Deutsche Akademie für Sprache und Dichtung* e a *Gesellschaft für deutsche Sprache* preocupam-se, presentemente, em formular conselhos para o emprego da linguagem nos textos jurídicos e administrativos³.

³ Cfr., p. ex., «Der öffentliche Sprachgebrauch/Deutsche Akademie für Sprache und Dichtung», 2.º vol., *Die Sprache des Rechts und der Verwaltung*, 1981. Ainda: *Fingerzeige für die*

No entanto, esses conselhos só são seguidos quando nós juristas fazemos um esforço extraordinário. Exemplo disso é a revisão do Código da Estrada, que entrou em vigor em 1970. É exemplarmente claro, simples e compreensível. É de notar que o código atinge estes objectivos renunciando conscientemente à consequência jurídica (o código mistura, sem hesitar, as regras «gerais» de trânsito com os preceitos especiais para o trânsito de peões e de ciclistas), abdicando, em larga medida, de definições e cingindo-se àquelas normas que se dirigem a comportamentos especificamente susceptíveis de gerar acidentes.

Mas, na maior parte dos casos, nós juristas não nos damos a este trabalho. Já era assim na formulação do BGB de 1900 (basta comparar o «estilo de chancelaria» do BGB com o estilo muito mais simples do Código Civil suíço de 1907) e, em muitos casos, ainda o é mais hoje. Como traço específico da actualidade surge, frequentemente, ao lado dos velhos vícios linguísticos na reformulação de leis, um sistema de remissões, que, necessariamente, conduz a erros na aplicação das leis, desde logo porque exige demais da memória humana de curto prazo. São precisos computadores, cuja utilização não raras vezes evidencia o absurdo deste método (por exemplo, na circularidade das remissões). Um grupo de peritos que se alimenta a si próprio produz, aqui, um fracasso linguístico. As consequências negativas disso são óbvias.

Atente-se, por exemplo, na lei federal de protecção de dados (BDSG). Esta lei entrou em vigor em 1976 e não tinha precedentes. Daí que o legislador dispusesse de liberdade para fazer uma lei boa do ponto de vista linguístico. Porém, não o fez. Assim, no § 41 considera ser de punir aquele que, por exemplo, transmitir «dados protegidos por esta lei». Para se saber o que é protegido, tem de se ler o § 1, al. 2.^a, para se saber o que não é protegido, tem de se ler o § 1, al. 3.^a. O § 1, al. 2.^a remete para os §§ 7, 22, 31, bem como para seis definições (§§ 2, al. 1.^a; 2, al. 2.^a, n^{os} 1, 2, 3, 4; 2, al. 3.^a, n^o 3), sendo que os §§ 2, al. 2.^a, n^{os} 3 e 4 recorrem novamente à definição do § 2, al. 2.^a, n^o 1. O § 2, al. 2.^a, n^o 2, por seu lado, é preenchido por mais quatro explicações de conceitos, as quais, por sua vez, contêm novas remissões. E tudo isto indica apenas o campo de aplicação do tipo legal. Para se perceber cada uma das acções tipificadas é necessário, mais uma vez,

Gesetzes— und Amtssprache, ed. pela Gesellschaft für deutsche Sprache por acordo com Ministério do Interior, 10.^o ed., 1980.

empreender uma viagem através dos parágrafos. Não é só do cidadão — que todavia se arrisca a ser punido ao infringir a lei — que se exige demais, mas também do aplicador do direito. Assim, a primeira tentativa de proferir uma decisão judicial com base no § 41 BDSG redundou, obviamente, numa aplicação infeliz do sistema de remissões⁴. Entretanto, a justiça optou, inteligentemente, por tratar o § 41 BDSG da mesma forma que trata muitas outras leis comparáveis — evitando-o....

A causa deste tipo de erros reside, antes do mais, no carácter escrito da expressão, surgida já na transição do médio-alto alemão para o moderno-alto alemão, que é, principalmente, responsabilidade nossa, dos juristas (razão pela qual deveríamos fazer todos os possíveis para reparar esta situação). A nossa língua alemã contemporânea nasceu de uma linguagem de estilo formal e protocolar, em uso na Saxónia e na Boémia por volta do ano de 1500. Tratava-se de uma linguagem concebida por juristas e burocratas. Tinha sido criada para a leitura e não para ser ouvida. O médio-alto alemão mais antigo era compreensível através da oralidade. Aquela linguagem nova tinha de ser lida. Paradoxalmente, ela foi divulgada por Lutero, miraculosamente protegido de todos os seus perigos. O mesmo não sucedia (e não sucede) connosco. E assim surgiu essa linguagem escrita, com que nos deparamos pela primeira vez na escola, quando enfrentamos a tortura da redacção em alemão, e com a qual voltamos a ser repetidamente confrontado, ao ter de lidar com as autoridades no «mundo dominado pela Administração».

As regras do «estilo escriturístico» foram compiladas por Ludwig Reiner na sua obra clássica *Stilkunst*⁵. Devem ser evitados os verbos simples, substituídos os verbos genuínos por substantivos, devem converter-se os verbos em substantivos, utilizar o maior número possível de substantivos terminados em «ung» (ão), «heit» (ade), «keit» (ez), substituir os substantivos curtos e concretos por outros compridos e abstractos, alongar-se as frases, zelar por uma extensão distinta e por uma indecisão bem equilibrada do estilo, empregar em cada frase a expressão «o mesmo» («derselbe»), utilizar ou aplicar frequentemente a palavra «respectivamente» («beziehungsweise»), assegurar a sobrevivência de expressões antigas e dignas,

⁴ Cfr. Haft, «Computerkriminalität und Datenschutz», em *DSWR* (1979), pp. 136 ss.

⁵ Reiners, *Stilkunst; Ein Lehrbuch deutscher Prosa*, 1943. As citações do texto são retiradas da terceira parte «Stilkrankheiten».

acrescentar adjectivos e participios, construir frases compridas, usar o discurso indirecto, atenuar um pouco tudo, designar todas as coisas com bastante pormenor e envidar esforços no sentido de elevar o «estilo de chancelaria» a «estilo de chancelaria verdadeiro e secreto».

Uma outra causa só surgiu evidentemente no nosso tempo. Ela consiste no florescente «domínio dos peritos» da actualidade. Os peritos jurídicos não raras vezes atestam a sua perícia ao produzirem normas complicadas, que, depois, só eles podem compreender, interpretar e, naturalmente, também comentar. É óbvio que eles procuram desviar a origem do problema. Aparentam a complexidade das relações existentes no mundo moderno. As sociedades arcaicas poderiam viver com regulamentações simples, como a do dízimo. As sociedades modernas, altamente complexas, já não seriam capazes de fazer o mesmo. As configurações complexas de todos os aspectos da vida teriam de ser tidas em conta com leis correspondentemente diferenciadas. E assim presenteiam-nos, por exemplo, com um direito fiscal que, entretanto e confessadamente, exige demais dos próprios profissionais do ramo.

Não é possível refutar esta justificação com clareza suficiente. É certo que o mundo se tornou mais complicado. Mas as nossas capacidades linguísticas não se tornaram maiores. Talvez um dia os especialistas em informática jurídica nos venham a apresentar progressos neste aspecto (voltarei a este ponto). Enquanto não for este o caso, a nossa linguagem natural continuará a fluir unidimensionalmente no tempo, a capacidade da nossa memória de curto prazo continuará a ser limitada, e teremos que nos conformar com o facto de sermos incapazes de representar realidades complexas em modelos linguísticos adequados. Quanto a isto, nada se alterou desde os tempos de Hammurabi e Solon. A complexificação do direito fiscal, por exemplo, é um mal totalmente injustificável. Talvez o *Bundesverfassungsgericht* venha um dia a proferir um acto de autoridade sobre esta matéria. Thomas Kreppel, profundo conhecedor do direito fiscal, só recentemente lamentou a perda, aparentemente imparável, de clareza dos tipos legais no direito fiscal, apostando na intervenção do supremo tribunal. «Ele teria de traçar o limite que, ao ser transgredido pela complexificação de uma norma de direito fiscal, por exemplo através de uma acumulação de características do tipo legal que o tornasse ininteligível para o destinatário, poria em causa a pretensão de validade da norma.»⁶

⁶ Kreppel, «Persönlichkeitsrecht und Abgabepflicht», em *Festschrift für Simon*, 1984.

A velha virtude da brevidade e concisão da linguagem tem, ainda hoje, de ser cuidada. Se os analisarmos com atenção, constatamos que já os clássicos simplificavam radicalmente realidades complexas nos seus modelos linguísticos. *In dubio pro reo* — mas já na Antiguidade existiam mulheres réis. E também não bastava qualquer dúvida, exigindo-se antes uma dúvida fundamentada. Finalmente, a regra valia apenas para a questão da culpa e da pena, não para o esclarecimento de questões jurídicas duvidosas. Assim, já os clássicos, para utilizarem uma formulação correcta, deviam ter dito: «Em caso de dúvida fundamentada é de decidir a questão da culpa e da pena em favor do réu ou da ré.» No entanto, eles não o fizeram, e, desse modo, aquela regra tornou-se um elemento integrado em todas as culturas jurídicas do mundo.

Para se melhorar o estilo, devia-se pensar, falar e escrever segundo os padrões da oralidade e não da escrita. (Aliás, a linguística moderna assume, há muito, o primado da linguagem falada.) Devia ser feito um esforço no sentido de empregar a maior simplicidade e concisão possíveis. Uma representação perfeita da realidade através de modelos linguísticos é, de qualquer forma, impossível. Tem-se pura e simplesmente a escolha entre a utilização de modelos linguísticos mais concretos ou mais abstractos, isto é, pode optar-se, por exemplo, entre dizer «livro» ou «coisa». Os modelos linguísticos abstractos concentram uma grande quantidade de realidade (têm uma grande extensão conceptual), mas são relativamente vazios do ponto de vista do conteúdo (a sua intensidade é fraca). Com os modelos linguísticos concretos passa-se exactamente o contrário. Se se almejar tanto uma grande extensão como uma forte intensidade, está-se perante um dilema. A saída a que constantemente se recorre consiste na associação de cláusulas gerais a exemplos. Assim, no caso do § 41 BDSG, esclarecer-se-ia o sentido de uma cláusula geral (p.ex.: «o abuso de dados é punível») através de alguns exemplos típicos, estimulando-se a extensão analógica da linha assim traçada⁷.

Naturalmente que aqui se levanta logo a questão da proibição da analogia no direito penal. Mas é desde há muito reconhecido que a regra *nulla poena* não pode estender-se para além do alcance das possibilidades metódicas e linguísticas. Este entendimento manifesta-se claramente no

⁷ Não podemos aprofundar aqui o tema da teoria da feitura das leis. Sobre ele, é fundamental a obra de Noll, *Gesetzgebungslehre*, 1973.

caso dos tipos legais de negligência e dos crimes omissivos impróprios, mas também em alguns outros pontos (p.ex., no § 315 b, I, n° 3, StGB). A linguagem é um sistema de sinais limitado para a representação de uma realidade ilimitada. Que outra forma de proceder que não a analógica se haveria de adoptar⁸?

5.2 Direito e filosofia da linguagem

Nesta secção, pretendo debruçar-me sobre a recepção pela filosofia do direito actual dos resultados da investigação da filosofia da linguagem contemporânea. É natural que esta secção tenha de ser apresentada de forma particularmente fragmentária.

O século XX foi denominado, com alguma justiça, o século da linguagem e, actualmente, parece estar em curso a transição para uma época do tratamento de dados (o que seria totalmente consequente — no computador, tal como sucede com o uso da linguagem que tem lugar no cérebro humano, são trabalhados modelos memorizáveis de sinais representativos da realidade — não se teria chegado ao tratamento de dados, se anteriormente não tivéssemos exercido a crítica da linguagem).

Já na Antiguidade se tinha chegado ao conhecimento de que nem sempre se pode confiar no bom funcionamento da linguagem. Os sofistas gregos tinham formulado numerosos paradoxos do tipo do «cretense mentiroso», através dos quais essa constatação era evidenciada. Contudo, naquela época, não se teve a capacidade de resolver o problema dos paradoxos. Só no início do nosso século — com o estímulo do chamado paradoxismo russeliano — se voltou a atacar e a procurar solucionar este problema. Reconheceu-se que a linguagem nem sempre funciona com segurança, e que é preciso ter especial cuidado na utilização da linguagem, para não se incorrer em erros, por exemplo para não se dizer algo de absurdo («Unsinn») em vez de algo com sentido («Sinn»). Deste modo, a linguagem, consensualmente considerada meio da investigação, tornou-se ela própria objecto da investigação.

⁸ Cfr. Arthur Kaufmann, *Analogie und Natur der Sache; zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Typus*, 2.^a ed., 1982. Para uma abordagem aprofundada da questão da separação das semelhanças, ver agora também Hilgendorf, *Argumentation in der Jurisprudenz*, 1991.

Neste sentido, foram seguidas inicialmente — e consecutivamente — duas grandes orientações, tendo ambas conduzido a correspondências na filosofia do direito. Desta forma, teve-se em conta aquilo que Arthur Kaufmann designou como a «bidimensionalidade da linguagem». Uma das dimensões, dir-se-ia a horizontal, seria a racional-categorial; a outra, a vertical, seria a intencional-metafórica. «Podem também ser denominadas dimensão conceptual-abstracta e dimensão simbólica-concreta da linguagem.» (Arthur Kaufmann)⁹ É de notar que a vertente racional foi prosseguida em primeiro lugar e que a intencional foi essencialmente impulsio-nada pelo fracasso daquela. Esta é uma constatação que também é familiar aos juristas. Primeiro, a jurisprudência dos conceitos reclamou a pretensão à racionalidade e à formalidade, para depois falhar nesse ponto e provocar a reacção do movimento intencionalista contrário da jurisprudência dos interesses. Isto passa-se quase sempre assim. Em primeiro lugar, surgem os racionalistas, exigentes, activos, absolutos e depois vêm os intencionalistas, que se mostram cépticos, articulam a dúvida e lembram o carácter limitado da nossa capacidade de pensar e de falar. Presentemente, podemos voltar a estudar estas conexões à luz da relação entre lógica e hermenêutica jurídicas.

No primeiro plano, o horizontal, está em causa a univocidade lógico-formal da linguagem. Aponta-se para a forma e para a estrutura da linguagem. Pretende-se que a linguagem seja dividida pelo entendimento. O resultado dessa divisão não deve deixar resto. Tem-se por objectivo a linguagem inequívoca, exacta. Neste sentido, já a escolástica medieval procurara compreender a linguagem como espelho (*speculum*) da realidade e, com o auxílio de uma «gramática especulativa», pôr a descoberto os princípios universais e imutáveis, segundo os quais a palavra, enquanto sinal, seria mediadora entre as coisas e o entendimento e, como tal, veículo de conhecimento verdadeiro. No século XVII, os gramáticos franceses de Port Royal deram seguimento a esta linha de pensamento. Queriam demonstrar ser possível complementar as gramáticas das diferentes línguas com uma gramática universal, que representaria um sistema geral, lógico e racional¹⁰.

⁹ Cfr. Arthur Kaufmann, «Die Geschichtlichkeit des Rechts im Lichte der Hermeneutik», em *Beiträge zur juristischen Hermeneutik*, 1984, pp. 25 ss.

¹⁰ Sobre a evolução histórica, ver Lyons, *Einführung in die moderne Linguistik*, 1971.

Esta tradição foi retomada, no início do nosso século, sob o signo de um interesse renascido pela linguagem, sendo que era possível fazer uso de conhecimentos linguísticos e lógicos sobre a linguagem entretanto muito mais amplos. Neste contexto, é de referir, por um lado, a linguística estrutural, fundada por Saussure, que repousa na ideia de que a linguagem não seria um aglomerado de elementos inteligíveis em si mesmos, que teriam de ser observados e comparados no âmbito de uma mera investigação atomista dos conteúdos linguísticos. Pelo contrário, a descoberta do elemento individual, da unidade linguística, pressuporia já o reconhecimento de um sistema global, de uma ordem, de uma estrutura, devendo justamente o esforço ser dirigido para a explicação desta estrutura¹¹. Por outro lado, é preciso pensar, naturalmente, no desenvolvimento da lógica moderna, formal, liberta de todas as considerações de conteúdos, do século XIX, na linha de pensadores como Gottlob Frege, através da qual foi realizado um programa já concebido por Leibniz na atmosfera intelectual-racionalista do século XVII¹².

Na posse deste tipo de ferramentas, havia a plena convicção, nas primeiras décadas do século XX, de que seria possível atingir a meta de uma linguagem «unívoca», que só comportaria o racionalmente experimentável e comunicável (e com a qual seriam ao mesmo tempo recusadas quaisquer concepções de metafísica e transcendência). Esta elevada pretensão encontrou expressão no empirismo lógico, tal como defendido, por exemplo, por Wittgenstein no *Tractatus logico-philosophicus*. «Tudo aquilo que pode ser pronunciado pode sê-lo de forma clara.» E: «Aquilo que não pode ser dito tem de ser omitido.» Também a «lógica da linguagem» de um Rudolf Carnap é representativa desta corrente¹³. Ao ocupar-se dos paradoxos acima mencionados, ele verificara não ser indiferente falar por referência ao objecto sobre objectos extralinguísticos (por exemplo, sobre os cretenses), ou usar uma metalinguagem ao falar sobre afirmações linguísticas (por exemplo, de um cretense). Se se misturarem os dois níveis linguísticos, podem gerar-se paradoxos (por exemplo, «Um cretense diz: todos os cretenses mentem»).

Carnap entendia, pois, que se geraria um absurdo linguístico sempre que fossem formuladas frases pretensamente referidas a objectos extra-

¹¹ Saussure, *Grundfragen der allgemeinen Sprachwissenschaft*, 2.^a ed., 1967.

¹² Cfr. Haft, *Einführung in die Rechtsinformatik*, 1977.

¹³ Carnap, *Logische Syntax der Sprache*, 2.^a ed., 1968.

linguísticos, «Pseudo-Objektsätze» (por exemplo, «O nada 'nadifica'», «O absoluto é perfeito»). Elas não se limitariam a ser afirmações metalinguísticas; teriam a pretensão de afirmar algo sobre objectos extralinguísticos, embora na realidade não o fizessem. Não nos seria de modo algum possível reconhecer o seu carácter absurdo. Enquanto que nos aperceberíamos imediatamente dos erros de sintaxe (por exemplo, «César é e»), só muito dificilmente teríamos capacidade para identificar erros de semântica (por exemplo, «César é um número primo»). A relevância desta reflexão para as asserções jurídicas é evidente. Basta pensar numa frase como «A justiça é inatingível.» Tal frase pode reflectir uma sabedoria profunda. Mas é bem possível que se trate pura e simplesmente de um absurdo. Se for este o caso, torna-se manifesto que a nossa linguagem natural revela aqui uma insuficiência.

Assumindo esta insuficiência da linguagem, Carnap queria superá-la através da construção de uma sintaxe lógica, que «(pretende) fornecer um edifício conceptual de uma linguagem que contribui para que os resultados da análise lógica possam ser formulados com exactidão». A questão de saber se uma frase pretensamente referida ao objecto («Pseudo-Objektsatz») faria sentido seria resolvida por recurso à pedra-de-toque que consistiria na tradução para uma frase sintáctica («modo de expressão formal» em vez de «modo de expressão substancial»). Carnap escreveu: «Frases que não oferecem qualquer pista para se determinar a sua tradução colocam-se fora do campo da linguagem científica e à margem da discussão, ainda que, quanto ao mais, despertem os sentimentos mais elevados ou profundos.»

O objectivo era ambicioso. Contudo — não pôde ser atingido. Teve que se reconhecer a existência de amplos domínios da realidade «insusceptíveis de serem investigados e afirmados com rigor matemático», nos quais «a 'verdade' só é revelada pela correspondência recíproca de asserções complementares» (Arthur Kaufmann). O racionalismo teve um preço, de resto já conhecido de Aristóteles. Ele reside no esvaziamento da linguagem de todos os conteúdos, no seu desprendimento da realidade dos factos, tal como ele se torna visível na simbólica das linguagens lógicas modernas, surgida já na Antiguidade e hoje consumada. Ter algo em conta significa executar o cálculo de maneira puramente formal, mecânica, como Leibniz o havia tentado com o *calculus ratiocinator*, não tendo, porém, o elemento de cálculo conteúdo, significado, sentido — é um mero

símbolo, que, de uma perspectiva exterior, tem de ser sujeito, muitas vezes com esforço, a uma interpretação referida à realidade.

A linguagem do direito não se pode libertar da imensa riqueza da realidade. Ela permanece refém da linguagem corrente. Tem de retratar aquela riqueza ilimitada com meios limitados e qualificá-la através de valorações (realidades adicionais «de tipo mais elevado»). Esta descoberta exclui a univocidade; a linguagem — e, como tal, também a linguagem do direito — tem de ser equívoca/plurívoca.

No entanto, este discernimento resignado não pode fazer esquecer que o racionalismo promoveu fortemente o desenvolvimento de linguagens lógicas artificiais. Sem o seu instrumental teórico não teria sido possível desenvolver o tratamento de dados. Disso beneficiou em larga medida a filosofia do direito. Basta apontar a moderna lógica jurídica e, sobretudo, a informática jurídica, duas disciplinas jusfilosóficas especiais que serão exaustivamente tratadas num outro capítulo deste livro. E talvez até se torne possível uma melhor utilização da linguagem jurídica — nomeadamente dos conceitos e das cláusulas gerais altamente abstractas — no domínio da informática jurídica. Voltarei a este ponto no capítulo seguinte.

Portanto, o racionalismo não atingiu o seu objectivo, o que conduziu a uma reacção intencionalista. Esta manifesta-se particularmente na evolução de Wittgenstein, que, inicialmente, se contara, como foi dito, entre os fundadores do empirismo lógico. Nessa altura, ele divulgara parecer-lhe a verdade das ideias contidas no *Tractatus* «intocável e definitiva». Mais tarde, porém, reconheceu «graves erros» na sua anterior doutrina, que o levaram a desistir de exigir uma explicação cientificamente exacta e a desenvolver uma «filosofia da linguagem comum»¹⁴. Aliás, já referi que a ordem «desafio racionalista» — «reacção intencionalista» parece estar pré-determinada. O oposto é praticamente inconcebível. Isto pode ser comprovado até pelo percurso de grandes pensadores. Um paralelo jurídico é-nos dado por Rudolf v. Jhering, que, no início, desenvolveu e completou a jurisprudência dos conceitos de exigências racionalistas, para, após uma «experiência de Damasco», se distanciar daquela e, por reacção, fundar a céptica-resignada jurisprudência dos interesses.

Reflectiu-se, pois, sobre o plano intencional-metafórico da linguagem. Está aqui em causa o «sentido transcendental-lógico da linguagem» e,

¹⁴ Wittgenstein, *Philosophische Untersuchungen*, edição especial, 1967.

aqui, a inequívocidade e exactidão estão excluídas pela «lógica da linguagem» (Arthur Kaufmann). Assim, Wittgenstein, por exemplo, concentrou-se na observação do uso corrente da linguagem por parte daqueles que utilizavam a linguagem com naturalidade e, como tal, correctamente. Desse modo, evitar-se-iam problemas aparentes, que de outra forma surgiriam «... quando a linguagem festeja». E, conseqüentemente, Wittgenstein reclamava: «Não penses, observa!»

Enquanto o programa da filosofia da linguagem comum produziu efeitos sobretudo no mundo anglo-saxónico, tendo aí conduzido a correspondências com a filosofia do direito (assim, por exemplo, em H.L.A. Hart), entre nós uma outra corrente tornou-se em larga medida dominante, a hermenêutica jurídica, que, todavia, ainda se insere no contexto intencionalista e se vê, de maneira plenamente consciente, como pólo oposto do racionalismo, porventura da lógica jurídica. Não se trata apenas de uma diferença de grau. Ao passo que no espaço anglo-saxónico predomina o pensamento nominalista, entre nós o realismo conceptual é, tradicionalmente, forte. Os anglo-saxónicos entendem o discurso como um processo, no qual são utilizados sinais para a representação, para a memorização e para o tratamento da realidade (daí que eles não tenham dificuldades de maior ao lidar com computadores). Ao invés, nós deixamos facilmente influir nos nossos conceitos a metafísica de um reino ideal platónico, na qual a ideia de direito também terá o seu lugar, introduzindo-se, assim, natural e imediatamente um elemento místico («visão» das ideias) na utilização da linguagem. Não é por acaso que a hermenêutica foi originalmente desenvolvida na base de textos sagrados (e não é coincidência o facto de o desenvolvimento do tratamento de dados ter sido realizado praticamente sem a nossa participação, o que provavelmente continuará a suceder no futuro — é o oráculo, não o computador, que medra sobre um fundamento conceptual-realista).

Coerentemente, os representantes da hermenêutica jurídica não só põem em causa o sucesso dos esforços racionalistas e lógico-formais no direito, mas também da sua desejabilidade. Esta matéria é tratada pormenorizadamente noutro ponto deste livro. E mesmo quando não se adopte o ponto de partida conceptual-realista de uma «ontologia jurídica hermenêutica», tem de se aceitar que muitos dos resultados da investigação desta corrente de pensamento são elucidativos e convincentes. O dogma da subsunção é insustentável. A aplicação do direito é — também — um trabalhar criativamente a lei. A lei é apenas a possibilidade do direito. Só na aplicação

ao caso concreto ela se torna direito real. O direito é histórico. À margem do processo metódico de descoberta do direito aplicável não pode existir uma correcção objectiva do direito. Os conceitos jurídicos não podem ser apreendidos através de um pensar conceptual de sim-não, mas através de um pensar tipológico de mais-ou-menos. Na medida em que na sua aplicação está insito um elemento criativo (e, em princípio, é sempre este o caso), a correcção da decisão jurídica só pode ser ganha através da argumentação e do consenso entre os interessados. Neste sentido, é necessário tornar claras as estruturas de pré-compreensão («Pré-compreensão e escolha de método na determinação do direito.» — Esser). O consenso — mais precisamente: a possibilidade de consenso — é o critério último de correcção da decisão jurídica. Se tudo isto for acertado (e eu tenho-o por acertado), levanta-se logo a questão da conversão destas ideias para a prática jurídica. Disto se ocupa a retórica jurídica; voltarei a ela na secção seguinte.

O intencionalismo define também os limites da tentativa de estabelecer uma linguagem técnica do direito. Por um lado, existe aqui um campo técnico-jurídico composto por expressões como «condição de eficácia», «privação equiparável à expropriação», «incidente interlocutivo». Tais expressões têm um significado bem definido; um estudante que use, por exemplo, os conceitos de «autorização», «consentimento» e «ratificação» como um leigo comete um verdadeiro erro. Por outro lado, a linguagem jurídica tem de estar sempre aberta à superabundância da realidade viva, o que restringe a possibilidade de se estabelecerem definições conceptuais. A linguagem técnica não pode definir se a electricidade ou uma pista de esqui são «coisas», se a afixação não autorizada de cartazes consubstancia um «dano», ou se aquele que se vale de um engano para casar vive em «comunhão doméstica» com a vítima. Aqui exige-se um raciocínio tipológico, analógico e a aprendizagem jurídica não consiste, e bem, na memorização de definições conceptuais («a perfídia é a exploração da ingenuidade e da impossibilidade de defesa»), mas na assimilação do raciocínio tipológico.

Com o termo «método» remete-se para a acção linguística/discursiva. Assim se toca num aspecto que tem um papel muito importante na filosofia da linguagem contemporânea. É de referir aqui, nomeadamente, a teoria da declaração, fundada por Austin e Searle¹⁵. A sua ideia fundamental

¹⁵ Austin, *Zur Theorie der Sprechakte*, 1972. Searle, *Sprechakte; Ein sprachphilosophischer Essay*, 1971.

consiste em afirmar que não é o sinal (por exemplo, a palavra) o elemento decisivo na comunicação linguística, mas sim a produção do sinal sob determinadas circunstâncias, que teriam de ser dilucidadas. Por exemplo, o significado da declaração «O cão é perigoso» só pode ser determinado pragmaticamente, no contexto da situação concreta («O cão faz jus ao seu preço», «O cão tem de ficar preso», «O cão é inapropriado para crianças» etc.). Analisaram-se milhares de declarações diferentes. As declarações jurídicas, por exemplo a sentença judicial, assumem neste domínio um papel importante. Surge-nos aqui um interessante campo de trabalho interdisciplinar, que, contudo, ainda quase não foi explorado.

5.3. Uma «utopia cautelosa»

Nesta secção procuro, numa «utopia cautelosa», prolongar linhas de evolução actuais para o futuro e responder à questão de saber se no emprego jurídico da linguagem se pode conceber algo como o progresso. Como já foi mencionado, focarei, nesse sentido, duas disciplinas jusfilosóficas especiais, a informática jurídica e a retórica jurídica, que, tal como orientações anteriores, corporizam as duas alternativas da correlação entre lei e sentença. No entanto, elas não se opõem de forma tão inconciliável e agressiva como outros sistemas justeoréticos anteriores. Aliás, aspiram até a uma síntese — e nisso residirá, porventura, parte do progresso jusfilosófico (desde que não se rejeite à partida esta ligação conceptual).

Atentemos, em primeiro lugar, na informática jurídica. Imagino que a utilização dos computadores conduzirá, já num futuro próximo, a uma superação de barreiras que, no presente, com a linguagem comum correndo unidimensional e linearmente no tempo, não podem ser superadas. Os técnicos de tratamento de dados queixam-se da incapacidade humana para pensar em sistemas e estruturas em rede e para representar realidades complexas em modelos simbólicos adequados. Categorias como «bom» e «mau», «justiça» e «injustiça» surgem, à luz desta crítica, não como expressão de um reino platónico ideal, mas como testemunho da incapacidade do homem para a construção de modelos diferenciados de sinais linguísticos. A nossa linguagem natural impele-nos para «simplificações terríveis». Isto pode ter consequências negativas — e no direito produz efeitos negativos.

Tais consequências tornam-se visíveis com a formulação e com a aplicação das leis. As leis não existem por causa delas mesmas. Pelo contrário, por meio delas são prosseguidos determinados objectivos. Assim, o legislador, confrontado, por exemplo, com a reduzida dimensão do parque habitacional, pode proteger os inquilinos contra a possível exploração e arbitrariedade por parte dos senhorios. Mas, por não ter um conhecimento suficiente da realidade, e porque, tendo-o, não é capaz de representar a realidade apropriadamente, o legislador emite leis abstractas, que, como tal, distorcem necessariamente a realidade e frustram o objectivo pretendido, podendo até, em certas circunstâncias, conduzir ao resultado oposto. De uma perspectiva sistemático-teórica, pode dizer-se que, em lugar de uma optimização, o que ocorre é a destruição do sistema. A segunda lei limitadora da possibilidade de denúncia do contrato de arrendamento, de 1975, constitui, a este propósito, um exemplo instrutivo. O legislador almejava o louvável objectivo de promover a protecção dos inquilinos face à possibilidade de denúncia do contrato de arrendamento, uma vez que aqueles eram socialmente considerados como contraente tendencialmente débil. Contudo, ao fortalecer, de uma forma pouco inteligente, a posição jurídica dos inquilinos, conseguiu, nada mais nada menos, do que levar o mercado da habitação à ruína. E fê-lo mediante a utilização de conceitos jurídicos altamente abstractos e unidimensionais como «justo interesse» do senhorio na cessação da relação jurídica de arrendamento. Experiências legislativas com a realidade pelas quais se paga um preço elevado são, infelizmente, o pão nosso de cada dia. Basta pensar em «reformas» igualmente fracassadas, como a do divórcio ou a da interrupção da gravidez.

O dilema linguístico que aqui transparece nada tem a ver com categorias políticas como «esquerda» e «direita», «socialista» e «burguês» etc. É um dilema metódico. Todos — até a respectiva oposição — são confrontados com ele. Tanto a actividade legislativa como a aplicação das leis exigem demais das nossas capacidades linguísticas. E quanto mais complicada é uma matéria, tanto mais essa exigência não correspondida se repercute negativamente. A lei reúne uma multiplicidade de casos numa linguagem abstracta. A tarefa do aplicador do direito consiste em enquadrar o caso concreto que se lhe apresenta no paradigma dos casos pensados pela lei. Ou seja, ele terá sempre de proceder à comparação de casos. Povos juridicamente dotados como os romanos e os anglo-saxões acreditaram ter a capacidade da comparação directa de casos. Mas também eles

tiveram e têm de formular regras (*regulae, rules*) para conseguirem estabelecer a ponte entre este e aquele caso. A comparação directa de casos não é possível porque cada caso comporta um grande número de aspectos, sendo frequente que cada um dos critérios de decisão para a comparação de casos ainda possa ser ele mesmo graduado. Deste modo, tornam-se necessários espaços de decisão multidimensionais, que, todavia, pura e simplesmente não existem na linguagem corrente unidimensional. Assim, contentamo-nos com um conceptualismo altamente abstracto, que promove um tratamento unidimensional, pontual (através de meras decisões de sim ou não), encobrendo dessa forma a subjacente realidade complexa e multidimensional que lhe subjaz; um processo ainda fomentado pelo suposto carácter metafísico dos conceitos de elevado grau de abstracção.

Para se poder responder à questão de saber, por exemplo, quanto tempo uma pessoa envolvida num acidente de viação está obrigada a permanecer no local para cumprir o seu dever de espera previsto no § 142, al. I, n.º 2 StGB, tem de se ter em conta uma série de critérios graduáveis como as condições meteorológicas, a hora do dia, a intensidade do trânsito, o tipo e a dimensão do dano etc. Tais critérios tanto podem fazer aumentar o tempo de espera devido, como fazê-lo diminuir. Porém, a linguagem natural é tão incapaz de expressar estas relações, como de exprimir cálculos matemáticos (o leitor procure apenas dizer por palavras uma equação matemática simples como $(a + b)^2 = a^2 + 2ab + b^2$). Torna-se necessário recorrer a métodos matemáticos, como, por exemplo, o cálculo vectorial, para entrar em espaços de decisão a tal ponto multidimensionais e conseguir efectuar uma comparação de casos que faça verdadeiramente jus à realidade. Contudo, isto pressupõe, por sua vez, o emprego do computador. Na linguagem corrente (da qual a linguagem técnico-jurídica é refém), só nos podemos socorrer da utilização de conceitos altamente abstractos, com os quais se ganha uma extensão suficientemente grande à custa de uma intensidade reduzida. É desta forma que o legislador procede desde há tempos imemoriais e foi também assim que caracterizou a duração do tempo de espera previsto no § 142 StGB através da palavra abstracta «razoável». (Este problema nada tem a ver com a questão acerca do modo como são valorados os diversos factores, ou seja, quanto tempo deve valer como «razoável» no exemplo citado. O problema coloca-se antes de forma idêntica a propósito de cada escolha valorativa, tendo, portanto, carácter essencial.)

Os defensores da hermenêutica jurídica têm de aceitar a crítica de que incorrem no exagero de, através de categorias como compreensão e interpretação, transpor para o campo da metafísica algo que não passa de uma simples dificuldade metódica da linguagem corrente. Uma palavra como «razoável» é por eles apontada, com demasiada facilidade, como proveniente do reino platónico das ideias. É certo ser de reconhecer, em seu favor, que neste contexto jamais se atingirão uma precisão e uma univocidade definitivas, e que na escolha e ponderação dos critérios de decisão a aplicar será sempre necessária uma decisão humana a respeito dos valores. No entanto, isto decorre apenas do facto de a nossa linguagem ter de fazer um uso ilimitado de meios limitados. As nossas palavras servem para agregar coisas que apenas são mais ou menos semelhantes entre si. Sem a capacidade criativa própria do declarante, tal não é possível. No caso do aplicador do direito, a situação é equivalente. Encontramo-nos aqui perante uma dificuldade linguística, não se afigurando já apropriado transformá-la em virtude, quando ainda pareçam possíveis melhorias (graduais). E, no presente, é este precisamente o caso no que respeita ao tratamento de dados.

Uma comparação de casos automatizada, em que, de certa maneira, o raciocínio tipológico é simulado no computador, pode vir a ter como consequência, já no futuro próximo, uma profunda reconfiguração das nossas normas jurídicas. A forma como esta evolução se concretizará não será analisada aqui. Não me quero perder em especulações. Pretendo apenas marcar os seus contornos, que já hoje se começam a desenhar. Assim, é concebível que, nos sistemas periciais jurídicos do futuro, proposto pela informática, casos-modelo seleccionados venham a tomar o lugar do conceptualismo abstracto das leis de hoje. O seu significado reside no facto de marcarem a posição de possíveis casos-tipo no sistema e de possibilitarem a correspondência mais precisa possível de outros casos com os casos existentes no sistema e anteriormente decididos. Neste sentido, impõe-se desenvolver processos computadorizados ambiciosos, que, de certa forma, tornarão possível uma automatização do raciocínio tipológico. É interessante que venham a ser precisamente as cláusulas gerais abstractas, que, à primeira vista, parecem incompatíveis com a automatização e que, frequentemente, são encaradas como obstáculos à «computadorização sem alma do direito», a poderem fornecer ao computador um domínio de trabalho pleno de sentido.

Hoje, já não é utópico cogitar tais concepções. O tratamento de dados, até aqui quantitativo, encontra-se, presentemente, numa fase de transição para um tratamento de dados qualitativo. Está prestes a deixar de incidir sobre aquilo que é facilmente apreensível pelo tratamento de dados (cálculos, actividades comerciais) e a avançar para campos mais ambiciosos, até hoje somente domináveis pela linguagem corrente — é o caso da generalidade das aplicações jurídicas. Já se encontram em fase de experimentação concreta sistemas periciais jurídicos que funcionam como potenciadores do raciocínio. Não se procura aqui melhorar o tratamento insatisfatório de conceitos como «razoável». Decisiva será, antes (também), a transição de uma perspectiva microscópica para uma perspectiva macroscópica, com a qual já não se visa exclusivamente o objectivo da decisão correcta do caso individual, mas também, e justificadamente, a meta de uma configuração óptima do sistema social global. No futuro, o mote já não será apenas «justiça do caso concreto», mas também «justiça social global»¹⁶.

Quando, na teoria do direito tradicional, é reflectida a relação entre lei e sentença judicial, está sempre apenas em causa o caso individual. Nisso se exprime a referida dificuldade metódica da linguagem corrente. Nós não conseguimos perspectivar estruturas complexas, muito menos compreendê-las. Daí que, até agora, a importância do conceito de sistema (no sentido da informática) tenha sido praticamente nula. No exemplo da protecção do inquilino, só a decisão justa do caso individual está em primeiro plano. O sistema global — portanto a totalidade dos casos de protecção do inquilino — não é apreensível. Daí que sejam realizadas experiências com a realidade, experiências essas que se fazem pagar caro. Embora existam já alguns programas informáticos destinados a testar as leis, a final acabam por surgir leis formuladas nos termos tradicionais. Futuramente, todo o sistema terá de ser reformulado, sendo que, simultaneamente, terá de ser garantida a possibilidade de acomodação do sistema à mudança social através de uma posição de abertura face às concepções de valores de cada aplicador do direito em particular. As mudanças que tudo isto implica terão uma projecção tal que nós não a conseguimos sequer representar com a profundidade suficiente. E seria simplista procurar recusar esta evolução com o argumento de que ela encerraria uma ameaça de perda de

¹⁶ Cfr., mais detalhadamente, Erdmann/Fiedler/Haft/Traunmüller (org.), *Computergestützte Juristische Expertensysteme*, Tübingen, 1986.

humanidade. Não seremos muito mais chamados, na nossa procura de justiça, a prosseguir com os melhores meios e técnicas do nosso tempo a «precisão milimétrica» que Radbruch louvava na linguagem jurídica?

De resto, não se pode pensar um sistema pericial baseado na informática, no qual o homem não desempenhasse, mesmo quanto ao caso individual, o papel decisivo. O «autómato dos artigos» e a «máquina de justiça», que já Max Weber concebeu como uma imagem medonha e que é repetidamente empregue como argumento contra o uso do computador no direito, são representações simplistas, que apenas servem para assustar as pessoas mal informadas. Os perigos não advêm da utilização do «computador sem alma». Eles decorrem não da utilização da técnica, mas de um tratamento mecânico das normas, perante as quais o aplicador do direito ignora a sua própria actividade criativa. Este erro é ainda agravado por uma «metodologia jurídica» antiquada, provinda do século XIX, que o pode levar a tomar os seus preconceitos por direito objectivo. E com isto entrei já no domínio da retórica jurídica. De certa maneira, ela situa-se nos antípodas da informática jurídica (e o leitor notará não ter sido por acaso que escolhi esta ordem de exposição).

A retórica jurídica é uma disciplina prática, que se preocupa com as consequências a tirar do acesso ao espaço livre de criação na aplicação do direito¹⁷. Já sublinhei os grandes méritos da hermenêutica jurídica quanto à explicitação desta descoberta. Toda a aplicação do direito — não só a integração de lacunas, mas também a subsunção «normal» — comporta um elemento criativo. Quanto a este elemento criativo, o juiz não pode, naturalmente, reportar-se à lei para justificar a sua decisão. Sendo certo que os precedentes e a dogmática o podem auxiliar, não é menos verdade que também eles carecem de legitimação. Em última análise, é inevitável que uma parte da decisão tenha um carácter estritamente pessoal, o que, conforme a «pré-compreensão» de cada um, tanto pode ser considerado actividade criativa, como arbitrariedade. Em qualquer caso, esse elemento está presente, não só nas lacunas legais e nas dúvidas de interpretação, mas também na aplicação normal, «a problemática» do direito. Cada decisão acrescenta uma nova informação à lei: que esta vale ou não vale para o novo caso. Contudo, o espaço livre de criação torna-se, naturalmente, mais evidente nos casos duvidosos. Aliás, bem vistas as coisas, a normali-

¹⁷ Mais pormenorizadamente, Haft, *Juristische Rhetorik*, 4.^a ed., 1990.

dade de um conceito jurídico só é determinável na apreciação do caso problemático. Nisto reside a explicação mais profunda para o facto, à primeira vista surpreendente, de na formação jurídica apenas serem apresentados casos problemáticos e até casos patológicos de escola (diga-se, a propósito, que também na evolução da linguagem avultam regularidades comparáveis. Ao que parece, a nossa necessidade de linguagem manifestou-se sempre que se observou algo que sobressaía, que se desviava do normal. A normalidade não precisa de um nome)¹⁸.

O reconhecimento do espaço livre na aplicação do direito, sempre presente e a preencher sempre de forma criativa, acarreta consequências. O aplicador do direito tem de relativizar a muito apreciada concepção da neutralidade do juiz e reconhecer a existência de preconceitos inevitáveis, também na sua própria pessoa. A palavra a sublinhar é «reconhecer». Hoje já é amplamente conhecido que também os juízes são marcados por estruturas de pré-compreensão. Mas não se tiram daí as necessárias consequências. O juiz tem de pôr essas estruturas a descoberto e submetê-las à discussão. Só então poderá chegar a algo próximo de uma decisão «correcta». A retórica jurídica ocupa-se precisamente destas consequências e fá-lo através de exercícios baseados em casos concretos. Ela é, portanto, uma disciplina prática, que, tendo em conta as relações vigentes *hic et nunc*, visa um melhor tratamento da linguagem no direito.

Deste modo, ela retoma uma tradição antiga, entretanto perdida. A retórica jurídica da Antiguidade marcou o início da jurisprudência racional. A discussão e a argumentação de casos individuais faziam parte da ciência jurídica primitiva. Somente mais tarde se chegou à formulação de *regulae*, à elaboração de princípios e institutos jurídicos, à construção de sistemas jurídicos (a estes sobretudo por razões didácticas). A isto correspondeu depois uma orientação do ideal justeorético fundamental segundo a imagem do aplicador do direito e, como tal, pelo juiz, supostamente neutro e dominador do sistema. E, contudo, outros ideais — pense-se, por exemplo, no advogado, o ideal da jurisprudência cautelar — mereceriam, pelo menos, a mesma atenção dispensada àquele. Hoje, uma vez que os grandes sistemas jurídicos se nos afiguram cada vez mais duvidosos, que a crença no direito codificado, se não está destruída, está, pelo menos, fortemente abalada,

¹⁸ Daqui resultam consequências para a aprendizagem do direito. Exaustivamente sobre esta questão, Haft, *Einführung in das juristische Lernen*, 5.^a ed., 1991.

que amplas áreas do direito — como, por exemplo, o direito da segurança social ou o direito fiscal — se voltam a desagregar em casuística, deveríamos recordar-nos da raiz retórica da ciência jurídica. Deveríamos fazê-lo tanto mais, quanto a concepção da decisão de casos jurídicos rigorosamente determinada pela lei já não é cientificamente sustentável.

Neste contexto, deve também ser tido em conta que a retórica geral, à qual teremos que recorrer aqui, há muito superou o seu estágio de decadência. A maior parte das pessoas associa à palavra «retórica» a ideia de um discurso ornamental, bem sonante, notório. Algo de parecido com isto existiu realmente, mas na época barroca, tendo contribuído para o declínio da grande tradição retórica no século XVIII. Hoje, envidam-se esforços, por todo o mundo, no sentido de fazer emergir a retórica «nova, científica, pós-aristotélica» (*new rethoric, nouvelle rhétorique*, retórica nova). A sua tese central — não é possível, em parte alguma, um discurso neutro («wherever there is meaning, there is persuasion» — Kenneth Burke) — encontra a sua confirmação impressiva precisamente nas descobertas da hermenêutica jurídica. Toda a declaração, logo também toda a declaração jurídica, é intencional, situacional, pragmática — em suma: retoricamente estruturada. Daí que a retórica seja um tema importante também para os juristas.

A remissão para a ideia de direito não ajudará, por exemplo, a decidir se uma pessoa que se tenha servido de burla para casar viveu em «comunhão doméstica» com a sua vítima, para efeitos do § 247 StGB, o que terá como consequência que os crimes de furto e de burla se configurem como delitos perseguidos sob queixa (o que significa que um burlão astuto intrujará a sua vítima, não só enriquecendo à sua custa, mas também convencendo-a a retirar uma queixa que haja sido apresentada contra ele). Nem tão-pouco adiantará recorrer à metodologia jurídica, a qual pretende tomar como ponto de partida a interpretação da letra da lei, quando é precisamente o sentido literal («comunhão doméstica»?) que é aqui colocado em questão. Não há ninguém que ajude. Numa situação destas é necessário argumentar, discutir e pôr a descoberto a sua própria pré-compreensão (por exemplo, encarar a união de facto como um sinal da decadência generalizada dos costumes), para lhe poder contrapor, de forma aberta e argumentativa, outros mundos de pré-compreensões (para as quais a união de facto represente, porventura, um progresso face ao casamento tornado um risco pelas leis sobre o divórcio feitas pelos juristas). Assim se poderá, por fim, estabelecer algo como a oportunidade de consenso. É preciso fazer

convergir esforços no sentido de pôr este processo em marcha, o que pressupõe a realização de exercícios práticos. Por si mesmo, tal processo não chegará a bom porto, pelo contrário, resultará num fracasso, porque teriam de ser superadas barreiras, cujo fortalecimento é precisamente a função dos preconceitos.

Uma argumentação de tal forma aberta ocorre, no presente, muito menos vezes do que seria desejável. Os juízes receiam dar uma imagem de parcialidade, ao integrarem-se no processo como pessoas (inevitavelmente) presas a preconceitos. Até o princípio judicial constitucional da audiência é interpretado de forma altamente parcial: tal princípio não vincularia o juiz à discussão do direito. Existem muitos mecanismos de garantia e de encobrimento que obstruem o juiz na clarificação das suas próprias estruturas de preconceitos e no confronto aberto com mundos preconceituais e que lhe são estranhos. Não menos importante é o facto de o procedimento tradicional, que cultiva a ficção do juiz neutro, ser também cómodo.

É óbvio que os exercícios práticos não são suficientes. De resto, eles só têm sentido se lhes estiver subjacente uma análise das estratégias e dos meios de argumentação jurídica. Aí se mostra quão importante é o papel da produção de ordens, estruturas e relações de dedução precisamente no direito. Já na Antiguidade, o jurista era o homem que trazia ordem ao mundo, socorrendo-se exclusivamente de meios linguísticos. Ele procedia de forma sistemática. Ele estabelecia sequências. Indicava conceitos abstractos e resumia o caso com base neles. Analisava as alternativas de decisão. Escolhia os argumentos e determinava as suas posições relativas. Produzia relações de dedução. Apontava vias para chegar à decisão. Ponderava. Decidia. Criava ordem, ali onde outros apenas viam um caos. O jurista não sabia deste caos mais do que os outros. Sabia, porém, criar ordem, não resolvendo assim o conflito, mas decidindo-o e dando-lhe um fim através de um compromisso o mais sustentável possível. O meio de que se socorria era a linguagem.

E, bem vistas as coisas, neste aspecto, nada de fundamental se alterou até hoje.

Bibliografia Escolhida

- Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation*, 2.^a ed., 1991.
Dölle, *Vom Stil der Rechtssprache*, 1949
Deutsche Akademie fuer Sprache und Dichtung, *Der öffentliche Sprachgebrauch*, II, «Die Sprache des Rechts und der Verwaltung», 1981

- Forsthoff, *Recht und Sprache*, 1940 (reedición de 1964)
- Haft, *Rechtssprache und juristischer Begriff*, 1963.
- Haft, *Einführung in die Rechtsinformatik*, 1978.
- Haft, *Juristische Rhetorik*, 4.^a ed., 1990.
- Haft, *Einführung in das juristische Lernen*, 5.^a ed., 1991.
- Hilgendorf, *Argumentation in der Jurisprudenz*, 1991.
- Horn, Dieter, *Rechtssprache und Kommunikation*, 1966.
- Kaufmann, Arthur, «Die Geschichtlichkeit des Rechts im Licht der Hermeneutik», em *Beiträge zur Juristischen Hermeneutik*, 1984, pp. 25 ss. V. também pp. 101 ss.
- Neumann-Duesberg, *Die Sprache im Recht*, 1949.
- Oksaar, «Sprache als Problem und Werkzeug des Juristen», em *ARSP* 53 (1967) pp. 91 ss.
- Perelman, *Juristische Logik als Argumentationslehre*, 1979.