

ISBN 85-02-02371-3

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

Ferraz Júnior, Tercio Sampaio, 1941-
Direito, retórica e comunicação : subsídios para uma pragmática do
discurso jurídico / Tercio Sampaio Ferraz Jr. — 2. ed. — São Paulo :
Saraiva, 1997.

1. Direito - Linguagem I. Título.

97-1099

CDU-340.1131

Índice para catálogo sistemático:

1. Linguagem jurídica 340.1131

3366



Avenida Marquês de São Vicente, 1697 — CEP 01139-904 — Tel.: PABX (011) 861-3344 — Barra Funda
Caixa Postal 2362 — Telex: 1126789 — Fax (011) 861-3308 — Fax Vendas: (011) 861-3268 — S. Paulo - SP
Endereço Internet: <http://www.saraiva.com.br>

Distribuidores Regionais

AMAZONAS/RONDÔNIA/RORAIMA/ACRE

Rua Costa Azevedo, 56 — Centro
Fone/Fax: (092) 633-4227 / 633-4782

Manaus

BAHIA/SERGIPE

Rua Agripino Dórea, 23 — Brotas
Fone: (071) 381-5854 / 381-5895
Fax: (071) 381-0959 — Salvador

BAURU/SÃO PAULO

Rua Monsenhor Claro, 2-55 — Centro
Fone: (014) 234-5643 — Fax: (014) 234-7401

Bauru

DISTRITO FEDERAL

SIG QD 3 Bl. B - Loja 97 — Setor Industrial Gráfico
Fone: (061) 344-2920 / 344-2951
Fax: (061) 344-1709 — Brasília

GOIÁS/TOCANTINS

Rua 70, 661 — Setor Central
Fone: (062) 225-2882 / 212-2806
Fax: (062) 224-3016 — Goiânia

MATO GROSSO DO SUL/MATO GROSSO

Rua 14 de Julho, 3148 — Centro
Fone: (067) 782-3682 — Fax: (067) 782-0112

MINAS GERAIS

Rua Padre Eustáquio, 2818 — Padre Eustáquio
Fone: (031) 464-3499 / 464-3309
Fax: (031) 462-2051 — Belo Horizonte

PARÁ/AMAPÁ

Travessa Apinagés, 186 — C.P.: 777 Batista Campos
Fone: (091) 222-9034

Fax: (091) 224-4817 — Belém

PARANÁ/SANTA CATARINA

Rua Alfares Poli, 2723 — Parolin
Fone/Fax: (041) 332-4894

Curitiba

**PERNAMBUCO/PARAÍBA/R. G. DO NORTE/
ALAGOAS/CEARÁ/PIAUÍ/MARANHÃO**

Rua Gervásio Pires, 826 — Boa Vista
Fone: (081) 421-4246
Fax: (081) 421-4510 — Recife

RIBEIRÃO PRETO/SÃO PAULO

Rua Lafaiete, 94 — Centro
Fone: (016) 610-5843
Fax: (016) 610-8284 — Ribeirão Preto

RIO DE JANEIRO/ESPÍRITO SANTO

Av. Marechal Rondon, 2231 — Sampaio
Fone: (021) 501-7149 — Fax: (021) 201-7248

Rio de Janeiro

RIO GRANDE DO SUL

Av. Ceará, 1360 — São Geraldo
Fone: (051) 343-1487 / 343-7563 / 343-7469
Fax: (051) 343-2986 — Porto Alegre

SÃO PAULO

Av. Marquês de São Vicente, 1697
(antiga Av. dos Emissários) — Barra Funda
Fone: PABX (011) 861-3344 — São Paulo

Para meus filhos

Daniela
Carolina
Beatriz
Inaldo
Thatiana

CAPÍTULO I

Caracteres Gerais do Discurso Jurídico

1. DISCURSO JURÍDICO E SITUAÇÃO COMUNICATIVA

Entendemos por discurso uma ação lingüística dirigida a outrem, donde o seu caráter de discussão, em que alguém fala, alguém ouve e algo é dito. Além disso, dissemos que a ação lingüística não se dirige apenas para outrem, mas apela ao seu entendimento, sendo assim considerada apenas aquela que pode ser entendida, isto é, ensinada e aprendida. A essa situação de aprender e ensinar, na qual a compreensibilidade das ações deve ser manifestada, atribuímos a expressão *situação comunicativa*. Todo discurso, nesse sentido, revela uma situação dessa natureza. A situação comunicativa discursiva não deve ser entendida como uma relação de partes físicas, seres humanos biologicamente concebidos e sinais, mas de ações e resultados de ações (acontecimentos), não tendo uma estrutura à parte do seu funcionamento¹. Por isso, o discurso não é, em princípio, uma seqüência preestabelecida de determinadas ações, não se confundindo o seu agir com um mero ritual, embora uma ritualização não se exclua.

O que faz com que o discurso ocorra, conforme vimos em referência à teoria da “situação comunicativa imperativa”, não é uma forma preestabelecida ritualmente, mas o comportamento seletivo dos partícipes, que ensinam, aprendem ou se recusam a aprender, determinam alternativas, escolhem caminhos, absorvem incertezas, transformam questões complexas em problemas claros etc. Vimos ainda que uma situação comunicativa não se manifesta num vácuo, mas ocorre em um conjunto de articulações complexas que a circundam, tendo pois um limite identificável. Esse limite tem um aspecto externo — mundo circundante — que corresponde a uma complexi-

1. Cf. Daniel Katz e Robert Kahn, *op. cit.*, p. 47.

dade maior, e um aspecto interno — estrutura do discurso — que reduz aquela complexidade². Justamente esse limite é que nos permite identificar diferentes situações comunicativas. Nesses termos, uma análise do discurso jurídico propõe, como primeira tarefa, o estabelecimento da sua peculiar situação comunicativa.

Essa tarefa é, por si só, enorme e quase se identifica com a empresa sempre retomada e, nas suas intenções ontológicas, sempre frustrada de *definir o Direito*. Como bem observa Vernengo³, a possibilidade de uma “mostração” de fenômenos que sejam casos de uma propriedade que se pretende investigar — o Direito — (definição ostensiva do objeto), ou é impossível ou conduz a resultados paradoxais⁴. Por isso, é bom que se diga, ao tentarmos identificar a “situação comunicativa jurídica”, não estamos, em primeiro lugar, interessados em “definir” (ostensivamente) o Direito; em segundo lugar, para evitar as dificuldades de uma “definição ostensiva”, recorreremos a um procedimento “operacional”⁵, no sentido de que nos voltamos para o objeto a investigar, sem separá-lo das operações às quais ele está referido, em vez de estabelecer uma série de propriedades que caracterizariam, *a priori*, a estrutura do objeto. Substitui-se, nesses termos, uma indagação do tipo: “Que é uma situação comunicativa jurídica?” por outra do tipo: “A que espécie de experiência nos referimos quando dizemos que algo é uma situação comunicativa jurídica?”, isto é, uma investigação operacional exige uma descrição daquilo que temos de fazer e de observar para captar o objeto investigado dentro de nossa própria experiência.

Retomemos, pois, o ponto de vista da teoria da comunicação, anteriormente esboçado, segundo o qual a comunicação social ocorre entre dois comunicadores, que são ao mesmo tempo emissores e receptores. A essa relação, nos parece, refere-se Miguel Reale, ao reconhecer na “bilateralidade” uma qualidade de toda ação humana social. Esta — diz ele — dirige-se sempre a um “alter”; daí também o uso da expressão “alteridade”⁶. Em princípio, sendo o discurso

2. Sobre a noção de limite como uma relação diferencial entre duas complexidades, cf. Niklas Luhmann, *Legitimation...*, cit., p. 41.

3. Roberto Vernengo, *La interpretación literal de la ley y sus problemas*, Buenos Aires, 1971, p. 22 e s.

4. *Id.*, *ibid.*, p. 30.

5. Cf. Anatol Rapoport, *op. cit.*, em diversas passagens.

6. *Op. cit.*, v. 2, p. 601 e s.

jurídico uma ação social, ele é, nesses termos, uma relação “bilateral” *entre outras*. Vale dizer, o conjunto das ações sociais constitui o seu “mundo circundante” e, pois, o limite externo da sua “situação comunicativa”. O limite interno vai ser fornecido, por sua vez, pela capacidade da situação comunicativa de gerar sua própria história⁷. Gerar sua própria história significa diferenciar seu próprio comportamento, em referência à História mais complexa do seu “mundo circundante”, na medida em que todo e qualquer comportamento que entra para a situação comunicativa é uma contribuição que a limita, isto é, exclui, possibilita, assegura outros comportamentos discursivos.

A constituição de uma história permite, assim, a determinação da estrutura da situação comunicativa, que se manifesta expressamente por regras de relevância e irrelevância, permissão e proibição de agentes e de temas, tradução e determinação do que atrapalha a situação e do que deve ser feito para evitar-se essa perturbação⁸. A configuração de uma situação comunicativa discursiva ocorre, pois, pela ação dos seus participantes em termos de *mútuo entendimento*. Isso dá à situação uma certa “ordem”, não apenas no sentido espacial, mas também temporal: *quando* alguém deve falar, *quando* pode falar etc. Numa situação comunicativa discursiva, como numa relação amorosa, para valer-nos de um exemplo de Luhmann, nem tudo é permitido logo de início. A constituição de uma história, em termos de mútuo entendimento, permite-nos dizer que a ação dos partícipes da situação comunicativa discursiva não é um simples *resíduo* de ações historicamente repetidas (ritual), nem a simples formalização de ações possíveis (previsão), mas um comportamento em que cada partícipe é sempre *parte*, isto é, alguém que traz, em princípio, consigo a carga da sua personalidade historicamente constituída e assume, no mútuo relacionamento, um determinado *papel* (função sintomática e função de sinal do discurso). Assim, a situação comunicativa se limita internamente também na forma de regras de atribuição e

7. Cf. Niklas Luhmann, *Legitimation...*, cit., p. 43. Luhmann aplica esse critério à análise do “procedimento jurídico” enquanto “sistema social”, utilizando-se, desse modo, dos padrões metodológicos da “teoria dos sistemas”.

8. Em termos de teoria dos sistemas, diríamos que uma situação comunicativa discursiva se *identifica* na medida em que ela se *diferencia* e se torna *autônoma*, isto é, capaz de regular a relação de troca entre o seu limite interno e seu limite externo. Para ser autônoma, nesse sentido, ela não pode ser autárquica, isto é, bastar-se a si mesma em termos de fechar-se ao seu mundo circundante.

de diferenciação de papéis. Com isso é possível determinarem-se diversas reações avaliativas dos partícipes: cooperativas, contestativas, indiferentes etc., com a conseqüente qualificação do objeto do discurso e seu controle (função estimativa do discurso). Assumimos, assim, que as partes, na situação comunicativa, estão motivadas, isto é, têm, em princípio, interesse pelo que se diz, certeza de que algo vai ser alcançado e incerteza sobre o que será alcançado.

Vejam, agora, o que temos de fazer para entender uma situação comunicativa discursiva como jurídica. Em primeiro lugar, observamos que, enquanto nas situações comunicativas sociais em geral a comunicação se dá entre dois comunicadores, ambos dotados, ao mesmo tempo, da capacidade de emitir e de receber informações, vale dizer, de perguntar e de responder, em certas situações comunicativas é atribuída ao receptor (qualquer um dos comunicadores) a faculdade de *exigir* a informação. “Exigibilidade”, para usar um termo de Miguel Reale⁹, significa, em nossa análise, uma regra segundo a qual, dada uma situação comunicativa em que pelo menos um dos comunicadores se recusa a comunicar-se, na medida em que ele renuncia, voluntária ou involuntariamente, ao papel de receptor ou de emissor, ao outro comunicador é facultado reclamar o comportamento recusado. Ora, a “exigibilidade” muda a função sintomática e a função de sinal do discurso. As ações lingüísticas deixam de ser mera expressão subjetiva dos comunicadores, ganhando, igualmente, as suas reações uma certa “coordenação objetiva” que liga os comunicadores entre si, ao mesmo tempo em que lhes confere esferas autônomas de ação: obriga-os e, ao mesmo tempo, confere-lhes poderes¹⁰.

Entendemos que a “exigibilidade” tem, além disso, um outro efeito. Ela amplia a situação comunicativa social, acrescentando-a de mais um comunicador: o árbitro, o juiz, o legislador, mais genericamente, a norma. A situação comunicativa torna-se, assim, *triádica*¹¹.

9. *Op. cit.*, p. 607. Num sentido divergente, fala-nos Goffredo da Silva Telles que a norma jurídica “autoriza” o uso da “faculdade de reagir” (*O direito quântico — ensaio sobre o fundamento da ordem jurídica*, São Paulo, 1972, p. 263).

10. Cf. Miguel Reale, *op. cit.*, p. 609.

11. Cf. Otmar Ballweg, *Rechtswissenschaft und Jurisprudenz*, Basel, 1970, p. 103.

Nesta, o terceiro comunicador pode ocupar diversas posições comunicativas. Ele pode assumir uma posição hierarquicamente igual à dos outros dois, isto é, como aqueles, ele é também, ao mesmo tempo, receptor e emissor (*jus dispositivum*); uma posição hierarquicamente superior, na medida em que ele apenas emite, tornando-se os outros partícipes “meros” receptores, mas não necessariamente absolutamente passivos (*jus cogens*); finalmente, uma posição de puro emissor, sem que os outros partícipes percam a sua posição de emissores e receptores, os quais continuam a exercê-la graças à intervenção do terceiro comunicador (formas mistas). Por outro lado, entre os comunicadores primitivos ocorrem dois tipos fundamentais de relação, conforme haja reciprocidade entre eles — ambos emitem e recebem concomitantemente —, caso em que temos uma relação do tipo “contratual”, ou não haja reciprocidade, relação do tipo “institucional”, na distribuição da capacidade de emitir e de receber, dando origem a relações de “coordenação” (as que ocorrem entre os sócios de uma sociedade anônima), de “subordinação” (entre o fisco e o contribuinte) e de “integração” (entre marido e mulher, pais e filhos, na comunhão familiar)¹².

2. QUESTÕES CONFLITIVAS JURÍDICAS

O aparecimento desse terceiro comunicador precisa ser mais bem esclarecido. A “exigibilidade” é uma regra que regula o comportamento das partes na situação comunicativa jurídica, na medida em que lhes atribui um comportamento caracteristicamente não passivo. Para exigir, as partes são convidadas a intervir, não como um observador “teórico” (no sentido de *theorós*), mas ativamente, interessadas que estão no objeto do discurso. A regra da “exigibilidade”, portanto, permite-nos dizer que, na situação comunicativa jurídica, o comportamento discursivo é *ativo* — ele é dirigido a alguém como a expressão de quem fala (função sintomática) — e é *reativo* — isto é, é preso a alguém, a quem se dirigiu (função de sinal). A participação *ativa* do orador e *reativa* do ouvinte jurídicos qualifica, então, o objeto do discurso como um *dubium* (função estimativa). Em que condições, podemos então perguntar, devemos falar que esse *dubium* é jurídico?

12. Cf. Miguel Reale, *op. cit.*, p. 613.

A regra da “exigibilidade” nos faz ver, em princípio, que a relação entre orador e ouvinte jurídicos manifesta uma situação comunicativa instável. Sendo o discurso uma expressão carregada da personalidade das partes, estas atuam e se obrigam na medida da sua personalidade. Nesse sentido, elas gozam da liberdade de trazer à discussão temas e informações que julgam necessários àquela manifestação. Essa liberdade é sugerida como um privilégio das partes, mas funciona também como um fator de engajamento. Se ela pressupõe que as partes, ao discutir, tenham a intenção de convencer e, pois, de dizer e buscar a “verdade”, pressupõe também que as partes possam mentir.

A liberdade faz, por isso, da situação comunicativa jurídica uma relação insegura e instável. Essa insegurança e instabilidade é incômoda e tende a ser reduzida. O discurso jurídico revela-se, assim, como um instrumento básico dessa redução. Por meio dele são estabelecidas regras do tipo “se você puxar da espada eu também puxo”, que vão, então, regular os comportamentos permitidos. Essas regras permitem que as partes estabeleçam entre si modalidades diversas de ação e reação em termos de que *toda ação lingüística é questionável*, mas, ao mesmo tempo, garantem que isso possa ocorrer. Em outras palavras, permitem um *dubium* na medida em que *garantem* essa permissão. Ora, é exatamente isso que torna o discurso jurídico, em princípio, ambíguo em relação à *verdade*: é sempre reconhecida mais de uma possibilidade como ponto de partida da discussão.

Essa ambigüidade leva-nos, por sua vez, a ver a relação dialógica jurídica, basicamente, como uma discussão-contra. Como tal, ela envolve um tipo característico de questão que denominamos *conflito*, e uma função igualmente típica, que é a de *possibilitar uma decisão*. Ora, é justamente esse caráter conflitivo e decisório do discurso jurídico que explica melhor, conforme nossa indagação anterior, o aparecimento do terceiro comunicador. Isso porque o conflito, sendo uma questão de discussão-contra, em que o discurso é expressão pessoal das partes, tende a se *generalizar*¹³, isto é, a se referir a todas as qualidades e características da outra parte. Daí a necessidade de especializá-lo para evitar conflitos em larga escala¹⁴. Assim, a ques-

13. Cf. Niklas Luhmann, *op. cit.*, p. 101 e nota 5.

14. Nesse sentido, diz-nos Miguel Reale, a norma de direito assinala um momento conclusivo, que impede a proliferação de conflitos, ao mesmo tempo em que se acha aberta a novas possibilidades conflitivas (*O direito como experiência*, São Paulo, 1968, p. 210 e s.)

tão conflitiva jurídica constitui um *dubium* na medida em que uma ação lingüística é questionada em relação a um terceiro comunicador, que pode ser um árbitro, um juiz e que, genericamente, pode ser designado como *norma*. O terceiro comunicador é quem garante a *seriedade* do conflito, fazendo do discurso um discurso *racional*, aquele em que as questões (no caso, conflitivas) não são fortuitas, mas se acham determinadas pelo dever de prova: elas ocorrem apenas em relação a uma conexão compreensiva já existente, mas que, dada a participação peculiar do ouvinte, não mediatiza uma certeza, ao contrário, abre um leque de possibilidades (v., *supra*, p. 16/17). Um conflito levado a sério, nesses termos, significa, pois, que nem tudo pode ser conflito (v., *supra*, a segunda regra do diálogo, p. 21). E, além disso, significa sua ocorrência temporal, na medida em que, pela participação do terceiro comunicador, ele é ao mesmo tempo provisoriamente suspenso e mantido, o que *dá tempo* para que seja *discutido*: entre orador e ouvinte há, assim, uma distância temporal que lhes permite separar a emissão da ação lingüística da sua recepção, o que envolve o estabelecimento de regras temporais em termos de *prazos*.

A caracterização do conflito jurídico como um *dubium* que se estrutura em uma ou mais alternativas incompatíveis em relação a uma norma não basta para diferenciá-lo. Para melhor caracterizá-lo é preciso levar outros dados em consideração. Assim, o aparecimento do terceiro comunicador não significa que este altere o conteúdo da situação comunicativa diádica, como se ouvinte e orador fossem, por meio dele, despojados de suas opções e perspectivas, retirados do contexto situacional e transportados para um “mundo ideal”, cujas condições vitais fossem diferentes daquelas que teriam conduzido as partes ao conflito ou poderiam tê-las conduzido. Não são, pois, motivos materiais que levam os parceiros da situação comunicativa diádica a recorrerem a um terceiro comunicador, mas sim o modo do procedimento que entre eles, então, se instaura: um procedimento de solução de conflitos que garante, com mais segurança que outros (religiosos, políticos, sociais de modo geral), os resultados. Isso manifesta, em primeiro lugar, que as normas, em princípio, não têm um conteúdo próprio, diferente da própria vida social, nem instauram um campo axiológico materialmente seu, o que pode ser observado pelo fato de que os postulados da justiça se preenchem, neces-

sariamente, de outros valores sociais¹⁵. Em segundo lugar, que o terceiro comunicador, apesar do que acabamos de dizer, goza de uma qualidade comunicativa específica que se localiza no modo próprio do seu falar: suas ações lingüísticas não são nem proposições puramente valorativas (“não se deve matar”) nem puramente fáticas (“há homens que matam outros homens”), mas algo peculiar (“quem matar será punido”). Finalmente, que o conflito que, então, se estabelece em relação a uma norma é uma questão levada a sério no sentido de um *conflito institucionalizado*¹⁶.

Toda questão conflitiva pressupõe uma situação comunicativa estruturada, isto é, dotada de certas regras. Segue-se que há uma relação entre a estrutura da situação e o modo do conflito. Numa situação pouco diferenciada, em que a solução de conflitos se funda na capacidade individual das partes, o papel do terceiro comunicador é bastante limitado e quase não se diferencia em relação às partes. É o que ocorre, por exemplo, com o comportamento da autodefesa, em sociedades pouco complexas¹⁷. O aumento da complexidade estrutural da situação comunicativa implica, porém, uma diferenciação crescente do terceiro comunicador e uma complexidade do próprio discurso. Essa diferenciação faz com que o *dubium* conflitivo passe a referir-se também ao procedimento decisório e, pois, à participação do terceiro comunicador, atribuindo-se-lhe um comportamento peculiar, no que se refere à capacidade de decidir conflitos.

Essa peculiaridade, em oposição a outros meios de solução de conflitos (sociais, políticos, religiosos etc.), revela-se na sua capacidade de *terminá-los* e não apenas de *solucioná-los*. Vimos, porém, que

15. Cf. Otmar Ballweg, *op. cit.*, p. 102. Nesse sentido podemos observar que Platão e Aristóteles atribuíam à *justiça* o caráter de *virtude completa*, na medida em que ela abarca todas as demais virtudes, na relação com o próximo (*Ética a Nicômaco*, V, 1.129 a 27 e s.; *A República*, I, 16, 343c). Mesmo o empenho de Aristóteles em distinguir a justiça num sentido particular redundante, a nosso ver, em uma atribuição a ela de uma qualidade formal — igualdade proporcional —, cujo conteúdo é basicamente a vida política na sua totalidade. Cf., também, nosso, *La noción...*, cit., p. 179.

16. Cf., sobre a expressão “conflito constitucionalizado”, Ralph Dahrendorf, *Soziale Klasse und Klassenkonflikt in der Industriegesellschaft*, Stuttgart, 1957, p. 70 e s.; Talcott Parsons, *The social system*, Glencoe-Illinois, 1951, p. 282; e Niklas Luhmann, *op. cit.*, p. 100 e s.

17. Cf. Max Gluckmann, *Politics, law and ritual in tribal society*, Oxford, 1965, p. 81 e s.

decisões não eliminam conflitos no sentido de que a questão dúbica jamais perde esse seu caráter. Que significa, pois, a afirmação de que as normas *terminam* conflitos? Isso significa, simplesmente, que a norma (a lei, a norma consuetudinária, a decisão do juiz etc.) impede a continuação de um conflito: ela não o termina por meio de uma solução, mas o soluciona, pondo-lhe um fim¹⁸. Pôr-lhe um fim não quer dizer eliminar o *dubium* primitivo que ocorre na situação diádica, mas trazê-lo para a situação triádica, em que ele se torna *decidível*. Isso se esclarece se observamos que nos procedimentos judiciais, por exemplo, constitui-se uma situação em que, primordialmente, se garante que os conflitantes não decidam eles próprios sobre o conflito, mas assumam o *papel de partes*, atribuindo-o mutuamente, o que cria, então, as condições para a decidibilidade do conflito¹⁹. As normas assim terminam conflitos no sentido de que elas os *institucionalizam*. É claro que as questões conflitivas, enquanto questões dialógicas, não perdem nunca a sua reflexividade, isto é, um conflito é sempre um conflito sobre o conflito, a possibilidade de se questionar o próprio conflito como tal não se exclui. Aí se revela, entretanto, o caráter peculiar do discurso jurídico como *discussão-contra*, na medida em que ele cria as condições para o comportamento dos partícipes como partes, estabelecendo uma instância que neutraliza a atividade e a reatividade direta dos conflitantes uns em relação aos outros, trazendo para a situação uma nova regra de procedimento que garante (institucionaliza) o conflito: no conflito institucionalizado (conflito jurídico) não se questiona o “direito ao conflito”, ao mesmo tempo em que se determinam quais conflitos são permitidos e quais são proibidos. O discurso jurídico possibilita, enquanto discussão-contra, a superação da situação em que cada um é dono da “sua verdade” e se dispõe a expô-la convincentemente em relação ao outro, no sentido de obter-lhe a adesão, de fazê-lo abandonar sua própria opinião e aceitar uma outra, obrigando então que essa *auto-exposição* das próprias razões se dê pela assunção do papel de *parte conflitante*, caso em que as estratégias dialógicas visam a per-

18. Cf. Otmar Ballweg, *op. cit.*, p. 104 e s.

19. Cf. Niklas Luhmann, *op. cit.*, p. 103. Sobre o “resfriamento” das relações conflitivas sociais como uma das mais importantes funções do Direito, cf. Talcott Parsons, *Recht und soziale Kontrolle*, in *Studien und Materialien zur Rechtssoziologie*, E. E. Hirsch e M. Rehbinder (eds.), Koel-Opladen, 1971, p. 130 e s.

suadir um ao outro de que cada qual está, ele próprio, persuadido daquilo que diz. A fundamentação jurídica, por isso, deve ser persuasiva enquanto apresentação de *motivos de decisão*. Vê-se por aí o caráter específico do discurso jurídico e sua técnica de tratamento de problemas, que permitem a apresentação como corretas de decisões obtidas de premissas e informações que eram mais ou menos obscuras, inseguras ou discutíveis.

Por isso o discurso jurídico, enquanto discussão-contra, isto é, aquela em que a função da fundamentação é configurar o conflito, possibilitando a decisão, estabelece entre as partes uma interdependência descontínua e dinâmica, que as força a cooperar, a ceder, a exigir etc. Segue-se daí uma constelação de relacionamentos em que as táticas do discurso configuram estratégias por meio das quais cada parte está obrigada não só a levar em conta a estratégia da outra, mas também a planejar o seu comportamento, não apenas em função de cada procedimento singular, mas, sobretudo, em função de procedimentos futuros. O discurso jurídico obriga, nesse sentido, as partes à generalização *prospectiva* das perspectivas. As perspectivas são generalizadas prospectivamente na medida em que a elas é atribuída uma validade de duração, se necessário, contrafática. Nelas se exprime uma pretensão de comportamento que pode ser assumida também com referência a comportamentos divergentes. Daí a ambivalência do discurso jurídico, onde se combinam o fático e o contrafático, este no sentido de uma eventual decepção, que é generalizada concomitantemente²⁰. O discurso jurídico, nesses termos, torna objetiva a dimensão comunicativa subjetiva em que os partícipes da discussão se encontram, permitindo-lhes um panorama da complexidade das suas relações, na medida em que certas possibilidades são antecipadas, o que nos autoriza a conceber cada decisão singular como um momento entre outros²¹.

20. Cf., a propósito, a discussão sobre a aquisição e extinção de expectativas verbais, Ralph M. Stogdill, *Individual behaviour and group achievement*, New York, 1959, p. 59 e s.

21. Cf. Karl Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, Berlin-Göttingen-Heidelberg, 1960, p. 195. Convém esclarecer que tanto a noção de conflito quanto a de decisão são entendidas num sentido mais amplo que o usual (v., *supra*, p. 40 e 41). Por isso, podemos afirmar que o *dubium* jurídico não se identifica necessariamente (e exclusivamente) com a lide processual, mas se refere a toda questão de alternativas incompatíveis, ou seja, de variações possí-

3. REFLEXIVIDADE DO DISCURSO JURÍDICO

A caracterização da situação comunicativa jurídica como manifestando uma estrutura dialógica de discussão-contra nos conduz, por último, ao exame da qualidade *reflexiva* das questões conflitivas no Direito. Reflexividade, como vimos, é qualidade de todas as questões dúbias, dada a participação peculiar do orador e do ouvinte. Nesses termos, não é difícil ver que também o *dubium* jurídico (conflito institucionalizado) é reflexivo, na medida em que a constituição da alternativa em relação a uma norma pode ser de novo questionada, isto é, o que se questiona, então, não são as possibilidades estruturadas em alternativas, mas a própria *relação* à norma que permite essa estruturação. Vale dizer, reflexivamente, o *dubium* jurídico acaba por se instalar dentro da própria norma. Isso significa que, no discurso jurídico, não só as normas estruturam as possibilidades alternadas, mas as próprias normas, reflexivamente, são questionadas em função de outras normas, donde a observação de Kalinovski²² segundo a qual as regras de substituição do “sistema lingüístico” do direito pertencem ao “sistema como tal”, isto é, elas também são regras jurídicas.

A captação do objeto do discurso jurídico como um *dubium* que não só se refere a uma norma mas que se instaura dentro da

veis dentro de um campo de flexibilidade que delimita a indiferença quanto a distorções irrelevantes e a capacidade de adaptação às relevantes, criando-se, assim, um campo de soluções equivalentemente utilizáveis. É um *dubium* conflitivo, nesses termos, também o que surge da relação (amistosa) entre uma parte que quer vender e outra que quer comprar. O termo “decisão”, por sua vez, não se identifica com a decisão judiciária, mas abarca a decisão legislativa, o ato administrativo, a conciliação trabalhista etc. Nesse sentido é que dizemos ser o conflito jurídico o conflito institucionalizado, isto é, permitido e assegurado, e que requer decisão enquanto ação lingüística fundamentante, que goza de autoridade pela sua sustentabilidade, e que lhe põe fim no sentido de que impede a sua continuação.

22. Georges Kalinovski, *Introduction à la logique juridique*, Paris, 1965, p. 192. Veja-se, a propósito, o dilema (no sentido dialógico) surgido em torno do direito de veto atribuído às cinco grandes potências (EUA, Grã-Bretanha, China, França e URSS), no que se referia a questões não processuais (art. 27 da Carta das Nações Unidas), mas cuja regulamentação não permitia distinguir quais as questões a serem consideradas como sendo não processuais e que seriam, então, passíveis de veto. O dispositivo do duplo veto constituiu, nesses termos, um recurso eminentemente dialógico no sentido jurídico, estabelecendo-se como regra de substituição normativa no sistema processual em tela.

própria norma, em termos de reflexividade, permite-nos entender a dialogicidade própria do direito como *dialogicidade normativa*. Sendo a norma jurídica não um *a priori* formal, mas, ela própria, o produto de um processo decisório multidimensional, sob o ponto de vista do discurso, ela é uma ação lingüística racional, no sentido de discurso fundamentante. Produto de uma decisão, a norma jurídica *decide*, por sua vez, sobre eventuais conflitos, resultantes da recusa de comunicar-se dos parceiros sociais. Em nossa terminologia, diríamos que a norma instaura uma *discussão-contra* e, concomitantemente, em termos de reflexividade, ela pressupõe também uma *discussão-contra*. Em ambos os casos, a própria norma permanece sempre como o centro do diálogo. Nesse sentido, o direito não é apenas um discurso *sobre* normas, mas é, ele próprio, normativo. Daí o caráter normativo da sua dialogicidade, no sentido de que estamos, no plano jurídico, obrigados a dialogar.

O caráter reflexivo do *dubium* jurídico nos permite, finalmente, obter um critério organizador para a análise que pretendemos fazer do discurso no Direito. Na impossibilidade de executar essa análise no que se refere à totalidade do seu repertório discursivo, vamos nos ater a três aspectos que nos parecem marcantes. A qualificação desses aspectos como marcantes decorre, justamente, de uma pista fornecida pelo caráter reflexivo do *dubium* jurídico. Ela nos autoriza a assumir, ainda que heurísticamente, uma doutrina tradicional da teoria jurídica, no que se refere ao processo normativo. Senão, vejamos.

Quando nos perguntamos em que sentido, de que modo e em que limites a participação dos diversos interessados na discussão jurídica ocorre, parece-nos inadmissível que, em referência a qualquer deles, trate-se de juízes, advogados, funcionários administrativos, cidadãos em geral etc., aquela participação seja, em princípio, a de um ouvinte passivo. Concepções dessa espécie, se é que são ainda radicalmente defendidas, constituem uma constante ilusão. Apesar disso, a doutrina tradicional continua, de certo modo, a conceber o papel do juiz, por exemplo, na relação de comunicação, em termos de mero receptor passivo, em que pesem as teorias sobre a participação ativa da jurisprudência na elaboração do direito²³.

23. Cf. Rubens Limongi França, Da jurisprudência como direito positivo, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, 1971, ano 66, p. 201 e s. Limongi França, nesse trabalho, procura, justamente, superar as limitações da doutrina tradicional, com uma argumentação bastante convincente.

Costuma-se estabelecer, destarte, uma cisão — ainda que não radical — entre duas funções no que se refere ao processo normativo: de um lado, a produção da norma; de outro, a sua aplicação. Embora entre as duas funções se reconheça um relacionamento essencial, esse relacionamento raramente é encarado como síntese. Um indício disso pode ser encontrado na relativa pobreza da literatura jurídica sobre as técnicas legislativas, em proporção com a riqueza dos trabalhos sobre hermenêutica. O jurista encontra, à sua disposição, uma série enorme de técnicas que sempre lhe permitem uma solução para um caso dado. O fato de se valorizar a *aplicação* é acompanhado, porém, da atribuição ao intérprete de uma função relativamente passiva de receptor de uma informação. O pressuposto teórico dessa concepção localiza-se no que poderíamos chamar de *princípio da univocidade*. Com efeito, nos trabalhos referentes às técnicas legislativas, entre as poucas exigências postas ao legislador, encontramos a de que este deve empregar formulações claras e precisas, donde, se possível, o uso, para os mesmos conceitos, das mesmas palavras. Essa exigência encontramos também na literatura não jurídica²⁴. Em que pese a superação dos preconceitos da Revolução Francesa contra a jurisprudência, essa exigência é hoje ainda um ideal da técnica legislativa²⁵.

O reconhecimento de que muitas expressões de um texto normativo são equívocas, ou mesmo a afirmação mais ampla de que

24. Cf. Norbert Wiener, *Cibernética e sociedade — o uso humano dos seres humanos*, trad. J. P. Paes, São Paulo, 1968, p. 106 e s. Wiener, ao referir suas considerações em torno da cibernética ao direito, formula-a da seguinte maneira: para que os cidadãos possam ter uma estimativa prévia dos seus direitos e deveres, deve ser exigida a possibilidade de previsão das decisões judiciais em cada caso dado. Isso pressupõe que as normas, especificamente, as leis, sejam claras. Segue-se daí a obrigação, para o legislador, de produzir enunciados claros e unívocos, de tal modo que não apenas o jurista, mas qualquer pessoa, pudesse interpretá-los de um único modo. O próprio Wiener reconhece, entretanto, o caráter ideal dessa exigência, afirmando que, na verdade, qualquer conceito jurídico novo só se torna inteligível e toma um sentido determinado depois de passar por um processo de precisão, por meio da jurisprudência. Sobre o mesmo problema, cf., nosso, “Da possibilidade de o governo das coletividades ser confiado aos cientistas”, *Anais do Simpósio sobre Ciência e Humanismo*, São Paulo, 1971, p. 243 e s.

25. Cf. Vicente Ráo, *O direito e a vida dos direitos*, São Paulo, 1960, v. 1, p. 319 e nota 206-a. Cf., também, Alípio Silveira, *Hermenêutica no direito brasileiro*, São Paulo, 1968, v. 1, p. 270 e s.

até a palavra clara e unívoca da lei deve ser submetida à interpretação, não chegam a atingir o princípio. Na prática, entretanto, ocorrem algumas dificuldades. Assim, de um lado, vemos que a doutrina tradicional entende que cada expressão conceitual de um comportamento refere-se a um comportamento "real". É exatamente isso que obriga que essa referência seja clara e conhecida por todos. Sabemos, por outro lado, pela própria literatura jurídica, que isso na prática não se dá. Isso coloca o juiz, o promotor, o advogado, enquanto receptores (na visão tradicional, passivos) dos emissores legislativos, na difícil situação de procurar, por meio de comparações aproximadas, a relação entre casos concretos, referidos a padrões abstratos, dificuldade que, de fato, qualquer jurista, dado o esquema teórico vigente, pode perceber já no compendiar as revistas especializadas e que reproduzem catálogos de decisões, remetidas a índices de termos-chaves, necessariamente incompletos e imperfeitos.

Ao mesmo princípio lingüístico vincula-se ainda a doutrina tradicional, ao sustentar o princípio da divisão dos poderes, que implica, por sua vez, uma concepção da norma jurídica como um imperativo acabado e dado antes do caso concreto a que ela se aplica. Daí a tendência a confundir o texto da norma com a própria norma, ou, pelo menos, a tendência em admitir que a palavra da norma exprime basicamente, de modo suficiente e adequado, a sua validade. Prevalece aí, como decorrência, o aspecto técnico-formal da vigência da norma, cujo sistema se ordena, então, segundo uma escala linear e hierárquica, tornando-se a dogmática jurídica cega para as exigências de operacionalidade e comunicabilidade do discurso jurídico²⁶.

Em que pesem, porém, essas dificuldades, quer-nos parecer que a distinção, no processo normativo, entre as funções *fazer* e *aplicar* refletem, no fundo, a estrutura dialógica e, pois, reflexiva do discurso jurídico. Assim, sem aceitar integralmente o que diz a doutrina sobre a relação entre elas, podemos assumi-la (heurísticamente) para apontar os aspectos marcantes do discurso do Direito que desejamos examinar. Nesses termos vamos falar, genericamente, do ponto de vista da *aplicação*, em discurso judicial, do ponto de vista do *fazer*, em discurso da norma. O terceiro aspecto constitui metalinguagem em relação aos anteriores e, nesse caso, falamos em discurso da Ciência do Direito.

26. Cf. Miguel Reale, *O direito...*, cit., p. 167 e s.

A distinção estabelecida nada nos diz, por enquanto, do conteúdo de cada um dos aspectos que tomamos como exemplo para a análise. Nada nos diz, também, da relação que estabelecemos entre eles. Deixa de lado, também, uma série igualmente significativa de situações comunicativas jurídicas que, por economia, mencionaremos apenas de modo subsidiário. Ela organiza, porém, o estudo que se segue.

A relevância atribuída a esses três aspectos tem, além disso, uma outra característica. Ela não é casual, mas intencional, pois assumimos que tanto o discurso judicial como o da norma e o da Ciência do Direito, em que pese o sentido que atribuamos a cada um deles, são tradicionalmente objetos-padrões da pesquisa filosófico-jurídica. Assim, por exemplo, encontramos, da parte da lógica, certas distinções metodológicas que ferem os aspectos mencionados. Tammelo²⁷ nos fala, nesse sentido, em lógica "do pensar sobre o Direito" (*juristische Logik*) e lógica "do pensar jurídico" (*juridische Logik*), distinção essa que se aplica ao discurso da Ciência do Direito, de um lado, e aos discursos judiciais e da norma de outro. Em que pese a significação precisa que essas expressões tomam na obra de Tammelo, que aliás não correspondem perfeitamente aos aspectos que nos propomos a examinar, queremos salientar, por fim, o caráter exemplificativo da nossa própria análise, que pretende assinalar, contudo, um caminho para uma teoria da pragmática do discurso jurídico em geral.

27. *Op. cit.*, p. 25.

CAPÍTULO II

O Discurso Judicial

1. CARACTERES GERAIS

Antes de mais nada faz-se mister esclarecer que a análise que ora encetamos, ao referir-se ao discurso judicial, faz abstração de diferenças específicas, relacionadas ao discurso processual civil, penal, trabalhista etc. Isso não quer dizer, porém, que a análise pretenda constituir-se numa espécie de investigação da “teoria geral do discurso processual”, na medida em que ela abstrai, outrossim, diferenças fundamentais como aquelas que poderiam ser observadas entre discursos processuais administrativos, financeiros, eleitorais, em que há uma íntima ligação com a *praxis* da decisão política dos Estados modernos, de discursos processuais clássicos — civis e penais —, em que aquela ligação toma outros contornos, de expressão menos clara e mesmo latente. Ao falarmos, pois, de discurso judicial e não exatamente de discurso processual, concentramos nossa atenção numa situação comunicativa específica, a que ocorre nos discursos realizados em tribunais, mas também no comércio, nas relações contratuais civis etc., atendo-nos aos seus traços comuns, os quais nos permitem vê-los como procedimentos discursivos, isto é, ações lingüísticas controladas por regras jurídicas e, pois, formas de atuação social institucionalizadas e generalizadas²⁸.

O sentido oficial do processo judiciário, para concentrarmos num dos modos mais importantes do discurso judicial, é o de instrumento de composição de uma lide²⁹. Sob o ponto de vista da situação comunicativa discursiva, diríamos que se trata de uma relação entre

28. Cf. Niklas Luhmann, *Legitimation...*, cit., p. 57 e 58.

29. Cf., entre outros, José Frederico Marques, *Instituições de direito processual civil*, São Paulo, 1958, Cap. I; e Moacyr Amaral Santos, *Direito processual civil*, São Paulo, 1962, v. 1, Cap. I.

diversos partícipes, cujo sentido é a representação da busca de uma decisão, de acordo com certas regras. Essa concepção, em que pese a sua extrema generalidade, nos ajuda, inicialmente, a identificar os componentes básicos da situação discursiva, orador e ouvinte e objeto do discurso. Quanto aos primeiros, distinguimos, em princípio, entre aqueles que decidem — emissores — e aqueles que são os destinatários da decisão (receptores). Os emissores não são, necessariamente, os juízes, mas todos aqueles que devem *encontrar* a decisão. Os receptores, por sua vez, são os que devem *tomá-la* como premissa do seu próprio comportamento³⁰. Sendo alvo do discurso a decisão, o seu objeto é dialógico — *dubium* —, de discussão-contra — conflitivo.

Entre orador e ouvinte há uma correlação. Dada a regra da “exigibilidade”, essa correlação manifesta, inicialmente, uma *assimetria* característica. Essa assimetria resulta das funções pragmáticas peculiares do discurso judicial. Assim, quanto à função sintomática, o discurso manifesta graus diferentes de personalização da ação lingüística. Luhmann nota, nesse sentido, que os emissores da decisão procuram afastar os caracteres peculiares da sua personalidade, na medida em que a decisão buscada não deve resultar senão de normas e de fatos. Ao contrário, os receptores imiscuem sua própria personalidade nas suas ações, pois a decisão será, para eles, uma premissa do seu comportamento pessoal. Daí se segue que a relação entre ambos não é apenas assimétrica, mas também instável: para uns, o discurso é rotina; para outros, é uma vivência singular. As diferenças sintomáticas do discurso tornam-se então patentes: o discurso dos emissores deve expressar uma certa “objetividade”, no sentido de que eles “falam o direito”; o dos receptores, uma certa “subjetividade”, no sentido de que eles “falam os fatos”. Sob o ponto de vista da função de sinal, entretanto, não se pode negar que os receptores se engajam na relação com o intuito de influenciar o seu decurso. Tratados como pessoalmente interessados na decisão, o seu comportamento é reativo e partidário e não “teórico”, no sentido do

30. Cf. Niklas Luhmann, *Legitimation...*, cit., p. 107 e s. Essa colocação, embora tenha certa relação com o problema da ação no direito processual, não pretende tematizá-lo. Para uma visão global, cf. Moacyr Amaral Santos, *op. cit.*, v. 1, p. 169; cf., também, Johan Josef Hagen, *Elemente einer allgemeinen Prozesslehre*, Freiburg im Breisgau, 1972, p. 137, onde o autor trata do processo como um sistema de informação de comunicação.

theorós, caso em que o discurso judicial seria o desenrolar ritualístico de fórmulas consagradas³¹. Sua reação, entretanto, é condicionada pela função sintomática do discurso dos emissores. O comportamento partidário manifesta, assim, uma certa ambigüidade: quando se relacionam entre si (situação comunicativa diádica e primária), a reação dos ouvintes é personalizada ao extremo, pois eles se obrigam em razão dela; quando se relacionam com o terceiro comunicador, porém, eles reagem, na medida em que assumem o papel de partes³². É o papel de parte que determina, afinal, o sentido da sua reação *partidária*. Esse caráter específico da função de sinal do discurso judicial, ao revelar uma certa ambigüidade, vai refletir-se peculiarmente na função estimativa e, pois, na qualificação do objeto do discurso.

A reação partidária é ambígua, na medida em que, de um lado, ela exprime um comportamento egocêntrico, e de outro, porém, pressupõe uma certa cooperação, pois as partes se reconhecem como tais³³. Esse duplo aspecto qualifica peculiarmente o *dubium* conflitivo do discurso judicial como um “conflito intermitente”³⁴. O “conflito intermitente” é aquele que “começa e acaba”, embora esse “acabar” não signifique necessariamente a produção de consenso no sentido de ausência de conflito. Significa apenas que o conflito deve parar de continuar a partir da decisão. Um comportamento contrário é possí-

31. Essa visão corresponderia a uma tentativa de encarar o discurso judicial como um monólogo, em que a participação do ouvinte estaria reduzida ao controle técnico das argumentações, do que ele, aliás, nem sempre é capaz, o que transforma então a visão monológica do discurso judicial dentro de um ideal tecnológico na manifestação de uma ideologia tecnocrática. A esse problema está ligada a questão da automação dos procedimentos judiciais.

32. Assumir um papel significa aqui enredar-se em ações que o agente passa a ter de representar como parte de si mesmo. Sobre a assunção de um papel como pressuposto da interação contínua numa relação social, cf. Talcott Parsons, *Beiträge zur soziologischen Theorie*, trad. B. Mitschell e D. Rüschemeyer, Neuwied am Rhein-Berlin, 1968, p. 55 e s. Sobre sua relação ao conflito, cf. George H. Mead, *op. cit.*, p. 315 e s.; e Siegfried Nadel, *The theory of social structure*, Glencoe-Illinois, 1957, p. 85 e s.

33. Cf. William F. Ogburn e Meyer F. Nimkoff, *Cooperação, competição e conflito*, in *Homem e sociedade*, ed. por Fernando Henrique Cardoso e Otávio Ianni, São Paulo, 1968, p. 241 e s.

34. Cf. William F. Ogburn e Meyer F. Nimkoff, *Acomodação e assimilação*, in *Homem e sociedade*, cit., p. 262 e s.

vel, mas ele ocorre, então, fora da situação comunicativa, que é, assim, rompida³⁵.

O *dubium* conflitivo do discurso judicial não se confunde com o conceito de *lide*, que a doutrina costuma ver como conflito de interesses em que uma parte *pretende* e outra *resiste*³⁶. Isso porque o *dubium* conflitivo está ligado à noção de alternativa incompatível, e a incompatibilidade envolve situações mais amplas que a de pretensão e resistência. Aproveitando-nos de uma classificação proposta por March e Simon³⁷, diríamos, inicialmente, que a relação pretensão-resistência estabelece um conflito em que as ações linguísticas são incompatíveis pela sua “inaceitabilidade”. Nesse caso, a incompatibilidade ocorre em relação a um padrão considerado satisfatório, interpretado diferentemente pelas partes. Assim, as possibilidades estruturadas em alternativa geram uma atitude de resistência (não podem ser aceitas) quando, por exemplo, a possibilidade *A* é considerada, em relação ao padrão, como “inexpressiva”, isto é, tem pouca probabilidade de produzir para a parte resistente um resultado com valor quer positivo, quer negativo, e a possibilidade *B* é considerada “ruim”, isto é, tem poucas probabilidades mínimas de produzir para a parte um resultado desejável. Um outro exemplo seria o caso de que a possibilidade *A* seja considerada “mista”, tendo grande probabilidade de produzir resultados igualmente positivos quanto negativos, e a possibilidade *B* seja considerada “ruim”. Se, nesses casos, a incompatibilidade mostra um conflito de “inaceitabilidade”, outros há em que as incompatibilidades são reveladas por outros tipos de possibilidades estruturadas em alternativa. Isso ocorre, por exemplo, quando ambas as possibilidades são consideradas “boas”, isto é, estão acima do nível de “aceitabilidade” definido pelas partes. Apesar disso, há aí conflito, na medida em que elas conhecem as probabili-

35. O discurso judicial, enquanto discussão-contra racional, envolve as partes, que passam a discutir dentro dele (mútuo entendimento como filtro e limite da racionalidade). O comportamento contrário representa, nesses termos, o estabelecimento de um conflito não racional, em que as regras do discurso são estabelecidas fora dele, assumindo a parte que se recusa ao diálogo o papel do marginalizado, caso em que suas expectativas e protestos são, simbolicamente, ao menos, enfraquecidos. Cf. Edwin M. Lemert, *Human deviance, social problems and social control*, New York, 1967, p. 40 e s.

36. Cf. Moacyr Amaral Santos, *op. cit.*, p. 23.

37. J. G. March e H. A. Simon, *op. cit.*, p. 161 e s.

dades favoráveis de distribuição dos resultados, mas são incapazes de identificar a mais favorável. O conflito é, então, de “incompatibilidade”. Nesse caso, o comportamento das partes expressa, discursivamente, não uma relação pretensão-resistência, mas consideração-consideração. Assim entendemos, entre outros, os discursos referentes ao desquite amigável. Também há casos em que o conflito ocorre pelo desconhecimento das partes quanto às probabilidades de distribuição do caráter favorável das possibilidades em alternativa. Trata-se, aí, de um conflito de “incerteza”. Este aparece, por exemplo, quando as possibilidades são consideradas “incertas”, isto é, não se tem noção das probabilidades a elas relacionadas. O discurso das partes, nesse caso, expressa um comportamento de “procura de clarificação” e, eventualmente, de “novas possibilidades”. Isso pode ocorrer quando as partes querem contratar, mas desconhecem se o tipo do contrato exigido pela situação se adapta ou não aos ditames legais. Embora o exemplo possa fugir ao estrito sentido do discurso processual, ele deve ser considerado uma questão de discurso judicial.

Além desses tipos, é preciso lembrar a ocorrência de tipos combinados de conflito, como, por exemplo, aquele que aparece em ações meramente declaratórias, em que se observa a conjugação de “inaceitabilidade” e de “incerteza”.

Esse levantamento básico dos componentes do discurso judicial nos permite vê-lo como um discurso racional do tipo discussão-contra e, pois, como um operar racional do discurso, cuja questão é um *dubium* conflitivo, donde o seu caráter genérico de “discussão de problemas”³⁸, ou seja, questões que permitem mais de uma resposta e que pressupõem uma compreensão preliminar e provisória, em virtude da qual algo aparece como uma alternativa dúbia que deve ser levada a sério e para a qual se procura uma solução. O discurso judicial revela-se, assim, dada a sua constante referência a conexões de problemas, como uma instância de controle das próprias premissas, que serão admitidas ou rechaçadas. Esse controle exige, por seu lado, uma distância entre as premissas da decisão e a própria decisão e, assim, uma separação entre o comportamento discursivo referente a ambos, no sentido de separar o questionamento das premissas da decisão e o da decisão. Isso nos permite entender uma distinção importante para o discurso judicial entre os aspectos formais do contro-

38. Cf. Theodor Viehweg, *op. cit.*, p. 68 e s.

le (se a decisão é ou não correta — “dadas as premissas, segue...” e os seus aspectos situacionais (possibilidade de assumir as premissas e recusar a decisão, ou de questionar as premissas e aceitar a decisão)³⁹. A importância dessa distinção está localizada na oportunidade de se compreender o inter-relacionamento estratégico dos partícipes da discussão, o qual tem um sentido pragmático acentuado. Esse sentido está no caráter da informação que é ali transmitida. A informação, na discussão-contra em geral, é sempre *seletiva*, isto é, ela implica sempre um ato de escolha por parte do receptor, que é, assim, um intérprete⁴⁰. A discussão-contra judicial é, pois, basicamente hermenêutica⁴¹. Dada, porém, a dialogicidade normativa do discurso jurídico, a qualidade hermenêutica da discussão-contra judicial é, em termos de reflexividade, também normativa. A própria situação comunicativa estabelece, nesse caso, a obrigação de interpretar. Essa obrigação institui prescrições interpretativas de caráter formal e de caráter situacional⁴², que vão, então, delinear o próprio decurso do discurso.

2. “TÓPICA MATERIAL” E “TÓPICA FORMAL”

O duplo caráter do controle manifestado pelo discurso judicial expressa uma certa ambigüidade em relação ao problema da verdade. Se se tratasse de uma estrutura dialógica do tipo discussão-com, em que há uma pressuposta homologia entre as partes e, pois, condições de verificação interpessoal, esse controle, que nos daria a

39. Cf. Niklas Luhmann, *Legitimation...*, cit., p. 31, em que essa distinção é feita, embora com ligeiras variações e com outro propósito.

40. Sobre o conceito de *seletividade*, cf. Max Bense, *Semiotik — Allgemeine Theorie der Zeichen*, Baden-Baden, 1967, p. 43 e s.

41. Sobre o caráter hermenêutico do discurso jurídico, do ângulo lingüístico, cf. Helmut Hatz, *Rechtssprache und juristischer Begriff*, Stuttgart, 1963, p. 13 e s.

42. Note-se, nesse sentido, que, quando dizemos que o receptor, na discussão judicial, é um “intérprete”, esse termo, que traduz usualmente o *interpretante* de Peirce (*Semiótica e filosofia — textos escolhidos*, trad. O. S. da Mota e L. Hegenberg, São Paulo, 1972), “não designa, tão-somente, o intérprete ou usuário do signo, mas antes uma espécie de Supersigno ou Supercódigo, individual ou coletivo, que reelabora constantemente o seu repertório de signos em confronto com a experiência, conferindo aos signos, em última instância, o seu significado real, prático. O interpretante, assim, não é uma ‘coisa’, mas antes o processo relacional pelo qual os signos são absorvidos, utilizados e criados” (Décio Pignatari, *Informação. Linguagem. Comunicação*, São Paulo, 1968, p. 30).

racionalidade do discurso, repousaria em uma “convicção” dos princípios justificadores (premissas) da decisão, o que faria do discurso judicial um procedimento de busca da verdade, conforme, aliás, com a concepção oficial e tradicional da doutrina processual⁴³. Como na prática essa concepção é difícil de ser sustentada, a tendência é relativizar a noção de verdade, ligando-a a regras (que não têm a mesma consistência das regras da discussão-com), como, por exemplo, a idéia de vontade da maioria. Ora, isso, além do mais, simplifica em excesso a estratégia do discurso judicial, cuja complexidade envolve uma variabilidade muito grande de temas e premissas, a possibilidade de incompatibilidade das próprias premissas da decisão, que nem sempre são harmônicas, e o próprio controle, não como um simples processo de verificação, mas como um processo de aprendizagem que, inclusive, ultrapassa o nível da análise da personalidade e se dá num contexto psicossocial.

Essa relação entre controle discursivo da decisão e processo de aprendizagem pode ser estabelecida do seguinte modo: em que pesem as divergências teóricas relativamente importantes⁴⁴, desejamos assumir, como o faz Karl Deutsch⁴⁵, que ao processo de aprendizagem pertencem “impulso” (*drive*), “motivação” (*cue*), “reação” (*response*) e “recompensa” (*reward*). Ao “impulso” corresponde, sob o ponto de vista discursivo, a questão conflitiva; à “motivação” e “reação”, respectivamente, a função sintomática e a função de sinal; e à “recompensa” a decisão buscada, entendida como o objetivo do discurso judicial em termos de uma situação final, na qual a ação lingüística alcança uma relação definitiva a um outro comportamento. Esse outro comportamento refere-se a expectativas das partes que serão modificadas pela decisão. A determinação do objetivo é complexa e admite diferentes níveis (*Deutsch*). Assim, com a decisão

43. Cf. Niklas Luhmann, *Legitimation...*, cit., p. 32. Nesse sentido, estaríamos aproximando a noção de “verdade” da noção de “justiça”, interpretada como intersubjetivamente verificável em termos de “dirimir a lide com justiça, ou seja, conforme a vontade da lei que regula o conflito” (Moacyr Amaral Santos, *op. cit.*, p. 26).

44. Cf. Ernest R. Hilgard, *Teorias da aprendizagem*, trad. N. P. Mejias, H. de Almeida Guedes e C. A. Rameh, São Paulo, 1966, p. 8 e s. e 572 e s.

45. *Op. cit.*, p. 145 e s. Deutsch refere-se a John Dollard (*The acquisition of new social habits*, in Ralph Linton, *The science of man in the world crisis*, New York, 1945, p. 442).

podemos pretender apenas uma “satisfação imediata” das partes, no sentido de que estas se “acomodam” ou “assimilam”⁴⁶. A “acomodação” é uma forma de subordinação e pode ocorrer como compromisso, conciliação ou tolerância. No primeiro caso, as partes se sentem igualmente fortes. No segundo, há uma assimetria de forças, mas há uma incerteza quanto à sua distribuição. No terceiro, só há composição em razão de um conflito maior desfavorável. Sob o ponto de vista da decisão, teríamos respectivamente mediação, arbitragem, sentença. A “assimilação” é um processo de interpenetração e fusão, como ocorre na relação entre o homem e a mulher, estabelecida pelo casamento. Como se pode perceber, esse primeiro nível não esgota as possibilidades, apontando para situações mais amplas referentes às expectativas condicionantes da própria “satisfação imediata” — expectativas grupais — (segundo nível), às expectativas garantidoras das expectativas grupais — sociopolíticas — (terceiro nível) e às expectativas institucionalizadoras da possibilidade mesma de determinação dos objetivos — expectativas jurídicas (quarto nível).

Isto posto, podemos dizer que *aprender* é respeitar as expectativas modificadas pela decisão, aceitando-as como um fato. Não aprender é recusar-se a aprender, permanecendo em estado de protesto, mantendo as expectativas desiludidas⁴⁷. Não se trata, porém, simplesmente, de um processo de dominação-obediência (monólogo), mas de um processo de controle do próprio comportamento, capaz de modificar, retroativamente, os próprios objetivos (diálogo), dada uma situação específica, o que faz dele um processo que ultrapassa o plano individual, exigindo, para ser entendido, uma certa dissolução das motivações, dos impulsos e das reações numa ordem social complexa. Nesses termos, o controle discursivo da decisão exige certo planejamento e inovação, não no sentido de uma “lógica objetiva”, mas de uma “psico-lógica”, no sentido de uma exploração mais completa e minuciosa possível, em termos de esforços sucessivos a partir de frustrações ocorridas ou previstas, das possibilidades argumentativas.

No que se refere ao discurso judicial, cuja dialogicidade normativa estabelece a obrigação de interpretar, o planejamento

46. Cf. William F. Ogburn e Meyer F. Nimkoff, *Acomodação e assimilação*, in *Homem e sociedade*, cit., p. 264 e s. e 277 e s.

47. Cf. Niklas Luhmann, *Legitimation...*, cit., p. 33 e 34.

(“psico-lógico”) se dá de acordo com um conjunto de prescrições interpretativas de natureza *tópica*. Essa natureza nos faz vê-las como fórmulas de procura ou ainda operações estruturantes, como dissemos anteriormente, que nos ajudam a controlar, no sentido de delimitar, restritiva ou amplificadamente, a comunicação discursiva, na medida em que, com o seu auxílio, as estratégias e as táticas se deixam programar. Como essas prescrições manifestam um aspecto formal e um material, distinguimos aqui entre “tópica formal” e “tópica material”.

A “tópica material” constitui, a nosso ver, um conjunto de prescrições interpretativas referentes à argumentação das partes no seu inter-relacionamento, mas do ângulo das intenções persuasivas de uma em relação à outra, isto é, sob o ponto de vista do seu interesse subjetivo. A “tópica material” proporciona, assim, às partes um repertório de “pontos de vista” que elas podem assumir (ou criar), no intuito de persuadir (ou dissuadir) o receptor da sua ação linguística.

Os partícipes do discurso judicial, ao desejar influenciar o discurso do diálogo-contra, precisam produzir uma impressão convincente e confiável; as suas ações linguísticas devem ser dignas de crédito. Isso nos faz ver que a obrigação de interpretar começa já na função sintomática do discurso: as partes principiam por *se* interpretar, o que transforma o seu discurso numa espécie de automanifestação da própria imagem. Por isso as partes, por exemplo, numa discussão processual, sabem o quão importante é para elas a produção de autoconvicção, embora, tendo em vista a astúcia tática, elas procurem “esconder” o modo da sua manifestação, pois a concomitante apresentação do modo da automanifestação, dada a reflexividade do diálogo, torna visível outra possibilidade de apresentação, o que pode desacreditar ou enfraquecer a impressão de convicção e confiança⁴⁸. Na discussão-contra judicial, portanto, os partícipes perdem a sua eventual “ingenuidade”. Isso se dá, justamente, com a utilização da

48. Cf. Chaïm Perelman e L. Olbrechts-Tyteca, *op. cit.*, p. 253 e s. Nesse sentido, observam eles, uma tentativa de analisar a estrutura de um discurso retórico pode, em princípio, aplicar-se de novo ao próprio discurso, no sentido de que uma estrutura levantada a partir do discurso pode tornar-se elemento do próprio discurso que a absorve e a relativiza como estrutura. Daí o fato de que tal análise esbarra sempre com a dificuldade de se evitarem esquemas abstratos, que jamais corresponderiam à estrutura efetivamente concebida pelo próprio orador, no ato do seu discurso.

“tópica material”, que serve, então, às exigências da astúcia tática no processo de argumentação. Na verdade, se a força da argumentação está ligada a um *recte dicere* (“tópica formal”), ela não pode olvidar o *bene dicere* (“tópica material”), que é alcançado pela utilização astuciosa das “categorias de mudança” (*adjectio*, ou acréscimo de uma parte não pertencente ao todo; *transmutatio*, ou troca de uma parte no interior do todo; *immutatio*, ou substituição de uma parte do todo por outra que vem de fora e não pertencida ao todo; *detractio*, ou retirada de uma parte pertencente ao todo)⁴⁹. Assim, se a argumentação não pode ignorar o *recte dicere*, sua correlação com o *bene dicere* impõe ao discurso uma limitação, porém, essencialmente móvel, pois esse *bene (bonum)* possui uma duplicidade significativa que envolve não só as “virtudes técnicas” do discursar, mas também os *mores oratori*.

A automanifestação, no discurso judicial, tem, porém, como dissemos, um caráter prescritivo, pois na auto-interpretação há uma espécie de dever de consistência no papel assumido e expresso, não podendo ser mudado ao prazer dos partícipes, a menos que haja uma boa razão para isso. A necessidade disto repousa no fato de que, até certo ponto, a consistência serve de orientação para o comportamento dos demais partícipes⁵⁰. Assim, a expressividade do discurso tende a se tornar “norma” que obriga o que fala a se engajar até mais do que ele pretendia, donde o protocolo das declarações feitas, registrado, muitas vezes, numa linguagem que nem é mais a do orador, mas a da polícia, do processo, da administração, da lei. Afirmações protocoladas documentam o mútuo entendimento, ainda que provisório, que, se não se refere a conteúdos, pelo menos se refere ao fato de que uma afirmação efetivamente pronunciada o foi efetivamente, não podendo ser desacreditada senão em virtude de motivos especiais que ocorrem por força de certas imprecisões eventuais que estão sujeitas, de novo, a interpretações supervenientes (v., *supra*, as regras *b* e *c* do diálogo).

Dada a assimetria da função sintomática do discurso judicial (v., *supra*, p. 74), devemos considerar a “impessoalidade” e a “pessoalidade” da expressão como os caracteres primeiros da automanifestação. O discurso das partes “profissionais” (as que buscam a de-

49. Cf. H. Lausberg, *op. cit.*, p. 455 e s.

50. Cf. Erving Goffman, *The presentation of self in everyday life*, Garden City-New York, 1959.

cisão) assume uma “impessoalidade” na medida em que elas apresentam as suas ações lingüísticas como um *não-padrão*, impedindo, assim, uma transferência do que se diz para outros papéis⁵¹. A “impessoalização” não isola os papéis, apenas os separa, permitindo uma “distância dos papéis”. Nesses termos, por exemplo, o discurso do juiz é guiado por “*topoi* materiais” como “neutralidade”, “serenidade”, “imparcialidade acima das injunções do caso concreto”, “respeitabilidade”, “dignidade”, “imunidade à crítica” (que só pode ocorrer dentro do discurso e não fora dele) etc. Advogados, procuradores, apresentam-se, por seu lado, como “defensores do interesse público”, “intérpretes autorizados do Direito e da lei”, “responsáveis pelo exercício do direito de defesa ou direito ao conflito” etc. A “impessoalidade”, ao configurar os papéis e sua expressão, liga as partes profissionais entre si, as quais estão sob a “lei da necessidade de reverem-se”⁵², isto é, o seu encontro não é casual, mas freqüente e por vários motivos, o que estabelece entre elas uma mútua dependência. Isso as obriga a generalizar as situações concretas, criando-se certas simplificações sintomáticas do discurso por meio de “*topoi* materiais” como “compreensão”, “capacidade de resignação” etc., que permitem uma certa segurança ao seu falar, na medida em que há, então, oportunidade para a antecipação de expectativas, o que pode, aliás, ser observado nas diferenças entre o discurso do profissional experiente e daquele que apenas se inicia.

As partes não profissionais (aquelas para as quais a decisão deve modificar as expectativas que deverão, então, ser assumidas) expressam, discursivamente, uma certa “pessoalidade”. Essa obrigação de se apresentarem “como são” (o que não quer dizer que elas devam manifestar-se até o íntimo da sua personalidade) resulta da assunção de “*topoi* “materiais” como “ser indefesa”, “acreditar na justiça”, “não pedir mais do que o que lhe é devido” etc. Como, entretanto, a situação para elas não é rotina, o seu discurso tende a manifestar uma

51. Cf. Niklas Luhmann, *Legitimation...*, cit., p. 96. Cf., também, Rudolf Wassermann, *Zur Soziologie des Gerichtsverfahrens*, in *Rechtssoziologie und Rechtspraxis*, W. Naucke e P. Trappe (eds.), Neuwied-Berlin, 1970, p. 135 e s.

52. Cf. Thomas Schelling apud Niklas Luhmann, *The strategy of conflict*, in *Legitimation...*, cit., p. 75. Essa lei cria entre as partes profissionais “sistemas de contato” como o “sistema das boas relações”, que passa a regular o comportamento delas em um nível extranormativo.

certa insegurança⁵³. Para contornar essa dificuldade, surgem para elas a possibilidade de assumir outros *topoi*, que, embora não lhes garantam “impessoalidade”, permitem, ao menos, um distanciamento do seu papel pessoal. Elas aparecem, no seu discurso, desse modo, como “homens de bem”, de “boa-fé”, “côncios dos seus deveres e direitos”, “cidadãos de mérito público reconhecido”; os seus interesses são os do “bem comum”, contrapõem-se aos da “minoría” etc.

Todos esses “*topoi* materiais” podem ser assumidos tanto pelas partes profissionais como pelas não profissionais em diversos momentos da discussão, o que faz da sua seqüência temporal um objeto das táticas do discurso⁵⁴. Essa seqüência é vivenciada prospectivamente no discurso judicial, e tal prospecção permite às partes “anteciparem” a decisão e os seus fundamentos materiais, em que as normas que vão sustentá-la são interpretadas como justas ou injustas, servindo ou não ao bem comum, eficazes ou ineficazes, coerentes ou incoerentes no seu relacionamento mútuo, o que se entende a partir da captação da questão discursiva judicial como um *dubium*. Com isso, porém, a discussão-contrá judicial ultrapassa, por assim dizer, os limites do conflito concreto e se mostra reveladora de uma ordem, em relação à qual os conflitos se definem. Essa ordem é prospectiva, mas no discurso ela aparece como presente⁵⁵.

Essa “antecipação” autoriza-nos, por último, a considerar uma outra série de “*topoi* materiais”. Na verdade, o discurso judicial, ao institucionalizar conflitos, não apenas permite expectativas permanentes de teor positivo, mas também decepções permanentes, no sentido de que ele, sem impedir as decepções, as torna “difusas”, na forma de ressentimentos generalizados, que não podem ser institucionalizados⁵⁶. Nesses termos, o discurso judicial não preten-

53. Daí, como veremos, a necessidade de um “*topos* formal”, que obriga a que elas sejam “representadas” por profissionais.

54. Sobre os aspectos táticos da discussão judiciária ou processual, cf. Wilhelm Scheuerle, Studien zur Prozesstaktik, *Archiv für die civilistische Praxis*, 1952/52, n. 152, p. 351 e s. Cf., também, Julius Stone, *Legal system and lawyers reasonings*, Sydney, 1968, p. 301 e s.

55. Cf., num outro contexto, Karl Engisch, *Einführung in das juristische Denken*, Stuttgart, 1968, p. 98. A questão aqui ventilada se refere ao problema do tempo no direito.

56. Helmut Schocck, *Der Neid — Eine Theorie der Gesellschaft*, Freiburg-München, 1966, esp. Cap. 14, em que o autor estuda, entre outros, o papel do

de conduzir as partes, incondicionalmente, a um consenso real, a uma harmonia sobre o Direito e o não-Direito⁵⁷, mas criar condições para que as partes possam suportar a pressão social, obrigando-as a discutir outras questões que não as “formais” de Direito, especializando, assim, a sua insatisfação⁵⁸. Isso ocorre pela assunção de “*topoi* materiais”, por meio dos quais as partes não profissionais costumam expressar sua insatisfação e justificar suas decepções, em termos de “vítimas das circunstâncias”, “injustiçadas”, “enganadas” etc., o que manifesta, do lado das partes profissionais, uma imagem estereotipada e negativa de juizes, promotores e advogados, por meio de “*topoi* materiais” como “astuciosos”, “donos de uma retórica invencível” etc.⁵⁹.

Além da “tópica material”, as prescrições interpretativas constituem uma “tópica formal”, que se refere ao controle objetivo da comunicação discursiva, tendo em vista a produção de convicção, e que confere à fundamentação do discurso judicial um caráter próprio. Trata-se de um processo de institucionalização de certas regras técnicas do diálogo jurídico e que são fáceis de ser reconstituídas se pensarmos na situação comunicativa em que elas ocorrem. Admitindo-se que duas pessoas submetam um conflito a um terceiro, admitimos igualmente a exigência de que nenhum dos participantes da discussão deva estar sob coação e que o terceiro, na relação, tenha de decidir em razão de uma ordem à qual todos se submetem e em função de uma alta probabilidade de constatação de fatos apresentados. Isso

“invejoso-no-sentido-positivo” no direito. O autor ventila ainda a questão da possibilidade de uma sociedade sem decepções (sem inveja), questão esta que atinge o cerne da responsabilidade sociológica e desemboca na chamada “sociologia terapêutica”, que pretende uma transformação estrutural da sociedade. Sobre a sociologia terapêutica, cf. Talcott Parsons, *The social system*, cit., p. 249 e s.

57. Esse seria, aproximadamente, o sentido da “internalização” de uma instituição, para Talcott Parsons. V., deste, O conceito de sistema social, in *Homem e sociedade*, cit., p. 51 e s.

58. Cf. Niklas Luhmann, *Legitimation...*, cit., p. 116.

59. Para um aspecto particular dessa imagem negativa especificamente dos juizes (na antiga Alemanha Ocidental), cf. Ralph Dahrendorf, *Sociedad y libertad...*, cit., especialmente o ensaio Jueces alemanes — una contribución a la sociología del estrato superior, p. 162 e s., esp. p. 177. Para uma visão apologética da retórica judiciária, mas que mostra, a contrario sensu, o seu sentido pejorativo, cf. Maurice Garçon, *Essai sur l'éloquence judiciaire*, Paris, 1947, esp. Cap. I. Para uma visão da imagem do jurista, nos Estados Unidos e na antiga Alemanha Ocidental, cf. Walter O. Weyrauch, *Zum Gesellschaftsbild des Juristen*, trad. do autor, Neuwied-Berlin, 1970.

exige informações plenas e o acesso a elas, não só por parte do terceiro, mas também dos conflitantes. Entre estes, havendo um *dubium* alternativo e incompatível, a regra é de que suas ações lingüísticas se contraponham. Por isso, uma decisão deve valer-se também de outros meios de conhecimento. O caráter normativo dessas regras decorre, por sua vez, do sentido atributivo da comunicação. Não é difícil reconhecer, aí, entre outros, os chamados “princípios gerais do processo”, como o da igualdade entre as partes, que se manifesta no princípio contraditório, no da distribuição do ônus da prova, no princípio de que a prova contrária é de direito, nas normas que garantem a defesa e a comunicação recíproca dos documentos, no princípio da aquisição processual etc.⁶⁰.

A “tópica formal” permite um maior rigor na exigência de fundamentação do discurso, caracterizando de modo peculiar a prova jurídica. Enquanto nos demais discursos dialógicos de discussão-contra o dever de prova constitui um elo de natureza mais subjetiva, no discurso judicial a consistência das afirmações recebe um tratamento especial, que, como já dissemos, objetiva-se de tal modo que os partícipes da discussão se vinculam mesmo quando não queriam engajar-se tão profundamente. Nesses termos, a prova jurídica, no discurso judicial, pode ser entendida, de modo genérico, como um mecanismo destinado a estabelecer uma convicção sobre um ponto incerto. Lévy-Brühl⁶¹ nota, a partir da etimologia da palavra (*probus*, *probatio*), o caráter ético, diríamos, pragmático, que a informa. Esse caráter, no discurso jurídico, acentua-se. Em função do *dubium*, a prova no direito não visa a transformar a incerteza em certeza, no sentido de substituir o *dubium* por um *certum*, onde os partícipes da discussão passassem a comportar-se passivamente, mas sim à produção de uma convicção necessariamente partidária⁶². A prova jurídica, nesses termos, não exclui, ao contrário, pressupõe o comportamento crítico dos partícipes da discussão: provar significa fazer aprovar⁶³. A prova jurídica, dada a prospectividade da discussão-contra, consti-

60. Cf. Johan Josef Hagen, *op cit.*, p. 19 e s.

61. H. Lévy-Brühl, *La preuve judiciaire — étude de sociologie juridique*, Paris, 1964, p. 15 e s.

62. Cf. Karl Larenz, *op cit.*, p. 205 e 206. Larenz fala em “convicção subjetiva”.

63. Cf. H. Lévy-Brühl, *op. cit.*, p. 22.

tui, assim, um instrumento com a ajuda do qual se procura não eliminar a possibilidade de contestação da outra parte, mas de resguardar-se contra ela. Isso faz da prova um instrumento situacional. Mas o direito desenvolve, nesse sentido, uma série de ficções (“tópica formal”), que garantem essa situacionalidade. Assim, por exemplo, tendo em vista a própria ação lingüística, somos obrigados, às vezes, a tratar uma coisa como não existente, mesmo que ela exista, e vice-versa, tendo em vista a garantia da pretensão das partes no processo⁶⁴.

“Tópica material” e “tópica formal”, apesar da análise que as distinguiu, estão intimamente entrelaçadas, o que pode, aliás, ser observado pelo fato de que a prova no discurso judicial envolve, da parte de quem a sustenta, qualidades éticas capazes de inspirar confiança e que podem e são efetivamente asseguradas por processos institucionais; do ângulo do receptor, qualidades patéticas que assegurem e provoquem o seu interesse. Sob o ponto de vista do discurso, as provas manifestam, assim, uma combinação entre *delectare*, *movere* e *docere*. O *delectare* corresponde à produção de uma espécie de *simpatia* capaz de sugerir a autoconvicção. O *movere* visa a despertar o ouvinte da sua indiferença, com a utilização de instrumentos como a *presença*, dado psicológico que se dá no nível da percepção e que se caracteriza pela influência exercida pelo que é atual, está perto de nós e com que nos confrontamos diariamente, nos nossos padrões de julgamento (por exemplo, a apresentação da arma do crime, das vestes dilaceradas, a reprodução fotográfica de uma cena etc.)⁶⁵. O *docere*, finalmente, manifesta um momento “objetivo” da prova, fundado na “racionalidade conclusiva” da argumentação.

Essa multiplicidade de aspectos (psicológicos, psicossociais, axiológicos, lógico-formais) torna, sem dúvida, uma esquematização do decurso da discussão-contra judicial bastante difícil. Referimo-nos ao problema de se encontrar um critério a partir do qual seja lícito relevar os momentos fundamentais do seu processo. Acredita-

64. Cf., entre outros, Aubry e Rau, *Cours de droit civil français*, Paris, 1922, t. 12, p. 73 e 74.

65. Cf. Jean Piaget, *Introduction à l'épistemologie génétique*, Paris, 1950, v. 1, p. 174 e s. O exemplo clássico, na retórica, do uso da presença é a apresentação da túnica ensangüentada de César por Antônio. Cf. William Shakespeare, *Julius Caesar*, ato III, cena 2, R. M. Hutchins (ed.), Chicago-London-Toronto-Genève, Britannica, 1952, v. 26, p. 585.

mos, porém, que isso possa ser feito. A escolha desse ponto de partida deve repousar, a nosso ver, na análise dos componentes do discurso judicial. Quer-nos parecer, por outro lado, que dentre eles assume importância a função do ouvinte e, em referência a ela, a qualificação do objeto do discurso como *questão* conflitiva. Isso nos permite ver o discurso judicial como um processo de *questionamento*. É, pois, a *questão* o ponto decisivo, que servirá de orientação para a análise subsequente do decurso da discussão-contra judicial.

3. QUESTÕES “DOG MÁTICAS” E QUESTÕES “ZETÉTICAS”

Conforme vimos anteriormente (v., *supra*, p. 12), questões discursivas podem ser classificadas conforme a sua complexidade numérica, grau de reflexividade e complexidade qualitativa. Deixemos de lado a complexidade numérica e concentremo-nos nos dois outros critérios. Quanto à qualidade, em se tratando de um discurso dialógico, o discurso judicial, como já salientamos, tem por questão um *dubium*. Sendo, além disso, uma discussão-contra, esse *dubium* é também conflitivo. Quanto ao grau de reflexividade, as questões dialógicas são, em regra, infinitas (abertas, genéricas e abstratas), donde a sua manifestação como problema, dilema e aporia (v., *supra*, p. 18). Dadas, entretanto, certas peculiaridades do discurso judicial, a reflexividade toma contornos especiais.

Essas peculiaridades referem-se ao caráter normativo e interpretativo do discurso. A constituição do *dubium* jurídico em relação a uma norma confere à discussão-contra judicial o caráter normativo. Mas a sua reflexividade nos permite distinguir, aí, dois momentos que estão, porém, intimamente ligados. No primeiro momento, podemos dizer que a norma decide conflitos. Mas a possibilidade de instaurar, reflexivamente, o *dubium* dentro da própria norma nos autoriza a vê-la, ela mesma, num segundo momento como um novo *dubium* que se constitui como tal em relação a outra norma. Sem indagar, neste passo, das diferenças entre esses dois níveis, assinalamos, por ora, que a norma aparece, nesses termos, também como o resultado de decisão e, pois, como uma estrutura conflitiva (“tridimensional”, diria Reale). Ora, é exatamente esse duplo aspecto que nos vai permitir uma classificação dos tipos básicos de questão judicial. Essa classificação, por sua vez, dado o caráter interpretativo do discurso, não significa uma separação radical, mas

momentos da atividade hermenêutica: separados pela análise, eles revelam íntima conexão. Na verdade, o grau de reflexividade manifestado pelas questões judiciais depende do grau de complexidade da própria situação comunicativa social. Ele resulta da capacidade da situação em separar, por necessidade de argumentação, os aspectos de “ser” e de “dever-ser” das premissas da decisão, vale dizer, da sua capacidade de introduzir o terceiro comunicador: este não aparece *por causa* das relações fáticas (não são fatos “verdadeiros” que dizem o que *deve ser* o Direito), mas, por outro lado, ao dizer o Direito, ele não vai estabelecer se os fatos são “verdadeiros”. Essa separação dá certa autonomia à discussão judicial, criando-lhe condições para mudar, por necessidade de argumentação, as bases de sua orientação: podemos interpretar normas a partir de fatos do caso em tela ou os fatos a partir de normas.

Conforme o modelo pergunta-resposta, que mencionamos anteriormente, podemos distinguir, assim, duas possibilidades na constituição das questões judiciais. No primeiro, o aspecto *pergunta* é acentuado, os conceitos-chaves, as dimensões que constituem a norma e a própria norma na sua referibilidade reflexiva a outras normas, e que permitem a organização de uma alternativa, são postos em dúvida, isto é, aqueles elementos que constituem a base e conferem a estrutura a um sistema patente ou latente, dentro do qual um *dubium* se torna inteligível, conservam o seu caráter hipotético, problemático, não perdem a sua qualidade de tentativa, permanecendo abertos à crítica. Eles servem, pois, primariamente, para delimitar o horizonte problemático de um campo temático dado, mas ao mesmo tempo ampliam esse horizonte, trazendo essa problematicidade para dentro deles mesmos. No segundo aspecto, ao contrário, determinados elementos são subtraídos à dúvida, predominando o lado *resposta*, isto é, postos fora de questionamento, mantidos como *respostas* não atacáveis, eles são, pelo menos temporariamente, postos de modo absoluto. Eles dominam, assim, as demais “respostas”, de tal modo que estas, mesmo quando postas em dúvida, não os podem pôr em perigo; ao contrário, devem ajeitar-se a eles de maneira aceitável.

No primeiro caso, usando uma terminologia proposta por Viehweg⁶⁶, temos uma questão de *pesquisa* ou questão *zetética*; no

66. Systemprobleme in Rechtsdogmatik und Rechtsforschung, in *System und Klassifikation in Wissenschaft und Dokumentation*, Alwin Diemer (ed.), Meisenheim-Glan, 1968, p. 99 e s.

segundo, uma questão *dogmática*. Entre elas, como dissemos, não há uma separação radical; ao contrário, na totalidade do discurso jurídico, elas se entremeiam, referem-se mutuamente, às vezes se opõem, outras se colocam paralelamente, estabelecendo um campo de possibilidades bastante diversificado. As questões “dogmáticas” relevam o ato de opinar e ressaltam certas opiniões (*dokein*), certas ações lingüísticas. As questões “zetéticas”, ao contrário, desintegram, dissolvem meras opiniões (*zetein*), pondo-as em dúvida, o que pode ocorrer ainda dentro de certos limites (na perspectiva empírica das ciências: sociologia, psicologia, antropologia jurídicas etc.) ou de modo a ultrapassar aqueles limites, constituindo uma aporética (na perspectiva da Filosofia do Direito).

Questões “dogmáticas” têm uma função diretiva explícita. A situação nelas captada é configurada, pois, como um dever-ser. Questões desse tipo visam a possibilitar uma decisão e a orientar a ação. De modo geral, as questões judiciais são “dogmáticas”, as quais são sempre *restritivas* (*finitae*), e, nesse sentido, “positivas” (de positividade). As questões judiciais não se reduzem, entretanto, às “dogmáticas”, na medida em que as ações lingüísticas postas fora de dúvida e que estruturam a alternativa — os dogmas — podem ser submetidas a um processo de questionamento, por meio do qual se exige uma fundamentação e uma justificação deles, procurando-se, com a ampliação do *dubium*, mediante o estabelecimento de novas conexões, facilitar a orientação da ação. O jurista revela-se, assim, não só como o especialista em questões “dogmáticas”, mas também em questões “zetéticas”.

Na verdade, os dois tipos de questão, no discurso judicial globalmente considerado, embora separados pela análise, estão em correlação funcional. Apesar disso, é preciso reconhecer que os juristas, há mais de um século, tendem a atribuir maior importância às questões “dogmáticas” que às “zetéticas”. Estas últimas são mais livres, no sentido de mais abertas, e, por isso mesmo, muitas vezes dispensáveis, pois a pesquisa pode trocar com facilidade os seus conceitos hipotéticos, enquanto a “dogmática” (num sentido restrito e até mesmo mal entendido), conforme nos faz ver Reale⁶⁷, presa a conceitos fixados, obriga-se muito mais ao trabalho de interpretação. Mesmo assim, não é difícil mostrar com certa facilidade que as questões

67. *O direito...*, cit., p. 135 e s.

“dogmáticas” não se estruturam em razão de uma ação lingüística qualquer, mas de um dogma que deve ser, de algum modo, legitimado. Ora, no mundo ocidental, onde essa legitimação vem perdendo a simplicidade, que se revelava na sua referência a valores outrora fixados pela fé, ou pela razão ou pela “natureza”, o recurso a questões “zetéticas” torna-se inevitável. Viehweg⁶⁸ assinala, por exemplo, o que ocorre no direito penal, notando quão pouco é ainda indicado como sabível, nesse campo, pela pesquisa criminológica, e qual o esforço desenvolvido pela dogmática penal em fornecer pressupostos convincentes, simplesmente para manter-se em funcionamento. Essa dificuldade não consegue ser eliminada nem por uma separação radical entre questões “zetéticas” e “dogmáticas”, como querem normativistas como Kelsen, nem pela redução das “dogmáticas” às “zetéticas”, como desejam os adeptos do sociologismo e do psicologismo jurídicos, nem, menos ainda, por uma espécie de “dogmatização” das questões “zetéticas”, como ocorre em países onde domina o marxismo-leninista. Nesses termos, a distinção estabelecida, por necessidade da análise, entre questões “zetéticas” e “dogmáticas” mostra, na *praxis* do discurso judicial uma transição, poderíamos dizer, entre o *ser* e o *dever-ser*⁶⁹.

A determinação do objeto do discurso judicial e a discriminação dos tipos fundamentais de questão que nele ocorrem não consti-

68. *Ideologie und Rechtsdogmatik*, in *Ideologie und Recht*, W. Maihofer (ed.), Frankfurt-Main, 1968, p. 86. Cf. também, nesse sentido, a superação gradativa da escola técnico-jurídica pela teoria finalista, no direito penal, em Miguel Reale Júnior, *Dos estados de necessidade*, São Paulo, 1971, p. 1 e s.

69. Cf., a propósito, a “Dialética de implicação-polaridade” e sua aplicação na análise do ato interpretativo no direito em Miguel Reale, *O direito...*, cit., p. 235 e s. Sobre a “dogmatização”, de questões “zetéticas” no marxismo-leninista, leia-se também, Hans Kelsen, *The communist theory of law*, New York, 1955, p. 48 e s. Essa relação entre questões “zetéticas” e “dogmáticas” apresenta, entretanto, na *praxis* discursiva do direito moderno, alguns pontos de estrangulamento. De um lado, a complexidade cultural das sociedades desenvolvidas tende a propiciar um aumento da precisão jurídica da regulamentação legal, graças ao crescente número de publicações especializadas (livros, revistas) e ao aparecimento de novas técnicas (automação). Isso tende a aumentar a importância das questões “dogmáticas”. De outro, porém, essa complexidade cultural torna a avaliação dos fatos também mais complexa, na medida em que põe a descoberto condicionalidades cruzadas que relativizam a própria avaliação (assim, por exemplo, os pressupostos psicológicos dos testemunhos relativizam o seu valor). Isso, por sua vez, tende a aumentar a importância das questões “zetéticas”.

tuem, por si sós, uma análise do seu decurso, isto é, uma análise dos modos pelos quais ele se desenvolve. Apesar disso, elas já indicam e sugerem os caminhos que deveremos percorrer, ao revelar-nos a sua dialogicidade específica. Cumpre-nos, pois, agora, examinar o decurso dessa dialogicidade, distinguindo-lhe não só os elementos que caracterizam a sua qualificação como normativa interpretativa, mas também o modo como esses elementos são efetivamente usados na *praxis* discursiva

4. ARGUMENTAÇÃO “DOGMÁTICA” E ARGUMENTAÇÃO “ZETÉTICA”

O discurso judicial constitui-se como discussão-contra, dada a reação do ouvinte, seguindo-se, então, a qualificação do seu objeto como um *dubium* conflitivo. O processo de questionamento organiza-se em função dessa qualificação. Trata-se não só de uma técnica de configuração das bases da discussão, no seu início, mas também de toda a discussão no seu decurso. Referindo-se o *dubium* conflitivo a uma norma e voltando-se, reflexivamente, sobre ela, pudemos distinguir aí dois momentos, que se acham, porém, interligados: de um lado, o *dubium* em função da norma; de outro, a norma em função do *dubium*. No primeiro caso, temos uma questão “dogmática”; no segundo, uma questão “zetética”.

Qualquer tentativa de esquematização do decurso da discussão judicial envolve o *problema da racionalidade*. A tendência da doutrina jurídica é ver essa racionalidade em termos de discurso científico (discussão-com), mesmo quando, ao vislumbrar as dificuldades dessa visão, procuram uma saída.

Esta tendência faz do discurso judicial uma ação lingüística entre partes homólogas, que teria por objeto questões alternativas do tipo verdadeiro-falso. Com isso, o discurso judicial concentrar-se-ia em princípios de funcionamento interno, capazes, até certo ponto, de resolver os problemas postos, sem alterar a ordem estável que o caracterizaria. Como latente herança dos sistemas dedutivos do jusnaturalismo, permeados pelo formalismo positivista do século XIX, o discurso judicial seria visto como um conjunto de proposições normativas, cuja movimentação em direção a uma integração e coordenação mais íntimas seria feita para garantir aquela estabilidade. Na realidade, coordenação e precisão tornar-se-iam fins por si mesmos e não meios para um fim, donde o estabelecimento de certas regras,

como a da proibição da interpretação *contra legem*. As movimentações do discurso seriam, porém, vistas, por imposição da perspectiva cientifizante e dadas as dificuldades que daí advêm, não como ajustando o discurso ao meio ambiente, mas como metas desejáveis dentro dele (por exemplo, como “tentativas de direito justo”). Isso faz surgir séries conceituais — direito subjetivo, direito subjetivo privado, direito de propriedade, direito das coisas, direitos reais, direito de utilização de coisas alheias, hipoteca — às quais se atribuiria uma precisão tal que permitiria a construção de um discurso em que as possibilidades alternadas sempre se reduziriam a duas: ou isto ou aquilo. Em conseqüência, eventuais irregularidades no funcionamento do discurso, originadas por influência do meio, passariam a ser tratadas como *falha*, *lacuna*, variantes de *erro*. A busca, para cada ente jurídico, da sua *natureza jurídica* bem exemplifica o que queremos dizer: um direito ou é público ou é privado, ou é pessoal ou é real; uma sociedade ou é civil ou é comercial. As eventuais irregularidades devem ser excluídas das operações discursivas, como irrelevantes, e eventuais incongruências são tratadas ou como exceções ou contornadas por ficções⁷⁰.

Esse modelo de racionalidade apresenta, entretanto, algumas dificuldades. Ele se funda, na verdade, em alguns pressupostos. Basicamente, assume que o agente discursivo, diante de uma questão conflitiva, procura uma “decisão ótima” (verdadeira), num campo de possibilidades minuciosamente especificado e nitidamente definido⁷¹. Isso significa, primeiramente, que o agente, ao agir (ação lingüística), tem já todas as alternativas possíveis, que constituem para ele um *dado*, que ele não precisa indagar como é obtido. Cada alternativa é, então, associada a um conjunto de conseqüências (decisões possíveis) que devem ocorrer, caso ela seja assumida. Diante disso, surgem algumas divergências. No século XIX, as teorias jurídicas de tendência positivista pressupuseram que podia haver uma certeza na relação entre alternativa e conseqüência, na medida em que o Direito aparecia como um sistema fechado de normas. Posteriormente, esse

70. Cf. Helmut Coing, *Grundzüge der Rechtsphilosophie*, Berlin, 1969, p. 276 e s. e p. 299 e s.; Karl Engisch, *Die Einheit der Rechtsordnung*, Heidelberg, 1935, p. 4 e s.

71. Cf. J. G. March e H. A. Simon, *op. cit.*, p. 193 e s. Cf., também, David Braybrooke e Charles Lindblom, Escolha de políticas alternativas como processo social, in *op. cit.*, p. 13 e s. e 29 e s.

positivismo foi abrandado, admitindo-se que a interpretabilidade das normas introduzia, na relação, um certo risco, contornável por regras hermenêuticas e pela constância nas interpretações judiciais, o que permitia um conhecimento razoável das probabilidades das consequências de cada alternativa. Modernamente, dada a idéia de que há um método que permite dar à norma “o sentido mais conveniente, segundo suas convicções, à solução dos casos que se lhe apresentam”⁷², admite-se que aquela relação é incerta, na medida em que não há a possibilidade de serem previstas, com probabilidades definidas, a ocorrência de uma certa e determinada consequência, dada a opção por uma alternativa, embora a relação não seja absolutamente aleatória (continua proibida a interpretação *contra legem*), na medida em que a norma garante que as consequências para cada alternativa estão limitadas num conjunto de todas as consequências possíveis (manutenção do fator *certeza* no Direito). Nas três tendências, pressupõe-se que o agente discursivo age conforme uma ordem de preferências, embora, no último caso, a concepção de racionalidade se torne bastante problemática⁷³.

De um modo ou de outro, o modelo apresentado atende à noção de racionalidade exigida pelo bom senso. Mas só nas concepções positivistas do sistema fechado de normas há uma coadunação perfeita entre ambos. Na verdade, o pressuposto básico do modelo (procura de uma “decisão ótima” num campo de possibilidades definido) faz dele um “modelo normativo” que se aproxima do ideal socrático da ação racional, segundo o qual há um critério para se dizer como convém que as pessoas ajam, podendo ter sido outra a sua ação, no caso de falta de informações, caso o agente *tivesse sabido*. Essa concepção, entretanto, vê a racionalidade do ângulo do observador que analisa as ações de um agente qualquer, procurando estabelecer a racionalidade dessas ações em função dos termos de referência dele, observador⁷⁴. Com isso, ela deixa em aberto a situacionalidade específica do agente — um ser humano —, problema este de há muito registrado pela epistemologia das ciências sociais. Essa dificuldade obriga-nos a retomar a questão da racionalidade do discurso judicial em relação a termos de referência devidamente especificados.

72. Cf. Alípio Silveira, *op. cit.*, p. 4 e 35.

73. Veja-se, em consequência, a distinção feita por Recaséns-Siches, entre “lógica del racional” e “lógica del razonable” (*Nueva filosofía...*, cit.).

74. Cf. J. G. March e H. A. Simon, *op. cit.*, p. 195.

A racionalidade de uma discussão-*contra*, como vimos, está referida a um tipo característico de situação comunicativa que determina peculiarmente os conceitos de *fundamentação* e *crítica*. Os elementos dessa situação não são *dados*, isto é, não são pressupostos pela situação, mas postos pelos agentes na situação. Apesar disso, a ação é efetivada tendo em vista um modelo da situação concreta, o que permite que se fale num esquema do decurso da discussão. Nesse sentido, a ação lingüística de agentes heterólogos é também programável e revela certas estratégias, tendo em vista a solução de questões conflitivas. Dado, porém, o sentido partidário das ações, as soluções buscadas se afastam do padrão *ótimo* e se referem ao padrão *satisfatório*. Simon e March distinguem, com agudeza, esses dois critérios. Uma solução *ótima* só aparece quando há padrões que permitam a comparação de todas as possibilidades e quando a possibilidade em causa é preferível, conforme os padrões, a todas as outras. Uma solução *satisfatória*, por seu lado, está referida a padrões que apresentam *requisitos mínimos* de aceitabilidade, preenchendo a possibilidade em tela esses requisitos. A busca da solução *ótima* requer técnicas muito mais sofisticadas (compare-se, nesse sentido, as técnicas de interpretação propostas pela lingüística com as da ciência jurídica), e a distinção entre ela e a busca da solução *satisfatória* pode ser intuída quando percebemos a diferença entre “revistar um palheiro em busca da agulha *mais pontuda* que nele se encontre e revistar o palheiro para encontrar uma agulha bastante pontuda para costurar”⁷⁵.

Isto posto, podemos ensaiar uma descrição do decurso da discussão judicial, elaborando um esquema que não deve ser tomado num sentido rígido, mas como adaptável a um grande número de situações. Na verdade, como não nos é possível examiná-las todas, circunscrevemo-nos a um tipo fundamental, que se aproxima da situação comunicativa do discurso judicial do processo penal, embora não façamos referência direta a ele, na intenção de verificar os caracteres comuns a diversos tipos. Aceitamos, por outro lado, que o decurso do discurso judicial se revela como um processo de questionamento. Isso nos permite referir o esquema a ser descrito diretamente à retórica antiga, que denominava *status* o processo de questionamento, distinguindo quatro tipos básicos: *conjecturae*, *finitionis*, *qualitatis* e *translationis*⁷⁶.

75. *Id.*, *ibid.*, p. 198.

76. Cf. H. Lausberg, *op. cit.*, p. 70 e s., cuja exposição seguimos nesse passo.

A argumentação “dogmática” começa por questionar a consistência do *dubium* conflitivo enquanto *dubium*. Trata-se de um questionamento condicionante da própria discussão e que determina o seu caráter, possibilitando às partes uma visão provisória do seu decurso. No plano judicial, ele visa a verificar não só se há mesmo um *dubium*, mas sobretudo se este é jurídico (*translatio*). Esse *dubium* sobre o *dubium* se refere às suas condições de possibilidade e, embora esteja colocado no início da discussão, está sempre presente em cada uma das suas fases, isso porque a *translatio* se relaciona ao fundamento básico do discurso judicial, qual seja, o direito ao conflito. Embora esse direito não possa ser questionado, pois garante a institucionalidade do conflito, não deixa de estar submetido a certas regras, que o delimitam. Segue-se, então, que a sua discussão *formal* é, assim, sempre possível. Essa possibilidade repousa na reflexividade do discurso judicial e nos dá, já, uma medida da complexidade do sistema jurídico, como veremos no próximo capítulo.

A *translatio* permite às partes rejeitar a própria possibilidade da discussão, não só no seu início, mas a todo instante. Ela implica sempre uma *transferência* do objeto da discussão de um tema para outro, que mantém, com o precedente, uma relação condicionante, de tal modo que um não possa ser discutido sem que se discuta primeiro o outro. Admitindo-se, porém, que o *dubium* tenha sido questionado e aceito, no início, passamos para uma segunda etapa.

O *dubium* judicial, cuja alternativa *difusa* opõe duas qualificações incompatíveis — justo ou injusto —, *diferencia-se* em relação a uma norma. Temos aí o ponto de partida para o questionamento “dogmático”: na pressuposição — provisória — de que há uma norma, submete-se-lhe o *dubium*. Este envolve, do ângulo das partes, dois comportamentos: ataque e defesa. Em regra, a parte que ataca tem a iniciativa, a parte que se defende contrapõe-se a ela. Simbolizando, teríamos *W* (parte que ataca) e *Y* (parte que defende). Assim, após a *translatio*, num segundo momento do processo de questionamento (conjetura), uma ação lingüística de *W* é contestada por *Y* na sua consistência *fática*. A ação lingüística (*A*) articula um *fato*, relacionando-o a um *autor*. Em virtude disso, o questionamento conjetural da consistência *fática* se especializa de dois modos: *Há o fato? E quem é o autor?* Este último modo, por sua vez, envolve uma conjetura do animo do autor (vontade livre, coagida, intencional etc.), das suas condições de possibilidade física, do seu relacionamento com o fato. O questionamento estrutura as possibilidades de ataque e

defesa. O ataque mais forte afirma o fato e o relaciona ao autor. Nesse caso, a defesa mais forte é constituída pela negação pura e simples de ambos. A defesa mais fraca admite o fato, mas nega a autoria. Ou então objeta o ânimo, as condições de possibilidade, o relacionamento causal. A defesa mais fraca introduz, assim, uma limitação — admite-se, mas... —, que nos conduz a um terceiro momento do processo de questionamento.

Referindo-se a limitação ao fato, pode ela consistir, primeiramente, na proposição de um outro objeto direto que modifica o conteúdo do fato: admite-se, mas outra coisa. Constitui-se, dessa forma, um novo lance no processo de questionamento (*definitio*), em que uma ação lingüística (*B*) de *W*, a qual estabelece uma relação entre um fato e uma norma, é contestada por *Y*, sob o ponto de vista do discurso, na sua consistência onomasiológica (entendendo-se por onomasiologia a teoria da designação nominal). Em termos de discussão, dado um ataque de *W*, que afirma uma relação entre o fato e a norma, a defesa pode ser negativa, na medida em que uma designação legal, por exemplo, *furto*, é recusada (substitui-se, pois, a resposta “admite-se, mas outra coisa” por “não se trata de furto”), sem que seja apresentada uma designação (mais “correta”) substitutiva. A defesa pode ser ainda positiva, quando a designação *furto*, perigosa para *Y*, é substituída por um sinônimo que lhe é favorável. Se esse sinônimo o isenta da acusação, a defesa positiva é forte; se apenas diminui sua intensidade, é fraca.

A relação discursiva pragmática de defesa e ataque propõe, neste passo do questionamento, como se vê, o problema semântico do antagonismo da norma como signo lingüístico no seu relacionamento com os fatos. Dado o caráter basicamente dialógico da discussão (contra) judicial, esse problema deve ser encarado aqui no nível pragmático. A *definitio*, no questionamento “dogmático”, é sempre *partidária*, isto é, ela é “usada” no interesse das partes. Ela estabelece uma relação entre a questão onomasiológica (designação do fato) e a questão semasiológica da palavra normativa (significação do texto normativo), em função da produção de convicção. A *definitio* corresponde, no discurso judicial, a uma “normativização” lingüística da semântica “natural”⁷⁷. Seu fim último é subsumir a designação

77. Sobre “língua natural” e “língua artificial”, cf. Paul Lorenzen e Wilhelm Kamlah, *Logische Propädeutik...*, cit., p. 23 e s.

do fato à significação (da palavra legal) “querida pelo legislador” (*voluntas legumlatoris*) ou “querida pela lei” (*voluntas legis*) — a opção manifestada pela disjunção *ou* depende do interesse das partes —, ou negar essa subsunção, tendo em vista as possibilidades de ataque e defesa. No questionamento “dogmático”, a existência de uma *voluntas legumlatoris* ou *voluntas legis*, à qual a palavra da norma deve corresponder, constitui uma presunção, que limita, até certo ponto, a liberdade das partes em usar a *definitio* de acordo com os seus interesses. Por isso, cada parte procura demonstrar convincentemente a sua definição, recorrendo a argumentos referentes à intenção da lei ou do legislador, ao uso lingüístico geral, à etimologia, a critérios axiológicos dominantes numa cultura e mesmo aos efeitos patéticos que ela (a definição) possa sugerir. Esses recursos arrefecem a força da presunção, tornando difícil uma qualificação — sempre no sentido partidário — da definição em termos de verdadeira ou falsa. O caráter negativo da determinação significativa da palavra da norma nos obriga a uma distinção elástica e gradativa, que oscila, com diferentes intensidades, entre um *plenum* (a definição que, no sentido partidário, abarca o maior número de “fatos-tipos” ou um número proporcionalmente limitado, não pecando por excesso) e um *parum plenum* (a definição que abarca “fatos-tipos” em demasia ou de menos), devendo-se observar que tanto o *plenum* quanto o *parum plenum* constituem *defeasible concepts*⁷⁸, que se determinam, pois, também negativamente. Em virtude disso, mesmo quando se estabelece a presunção supramencionada (*v.*, mais adiante, o momento monológico do discurso jurídico), resta sempre um *dubium* referente à relação da norma à designação do fato em tela, relação esta que tem sempre um sentido analógico. Esse *dubium* pode ter graus diversos de complexidade, distinguindo-se questões simples, em que se discute a subsunção analógica de uma designação “natural” à terminologia legal, e questões comparativas, caso em que encontramos, na terminologia legal, mais de um termo para a designação “natural” de um fato.

78. H. L. A. Hart, The ascription of responsibility and rights, in *Essays on logic and language*, Flew (ed.), *first series*, p. 147 e s. Citado por Justus Hartnack, *op. cit.*, 1962, p. 115 e s. Hart mostra que os conceitos jurídicos não podem ser determinados positivamente, no sentido de uma enumeração das condições e subsunção a elas, mas negativamente, no sentido de que a não-validade da definição não pode ser demonstrada.

Dissemos anteriormente que a defesa mais fraca — “admitte-se, mas...” — introduz o questionamento da relação entre fato e norma — definição — em termos de “admitte-se, mas outra coisa”. Existe, contudo, uma outra possibilidade, o que nos permite introduzir um quarto momento do questionamento e que se manifesta na expressão “admitte-se, mas *de jure*”. Trata-se, nesse caso, da questão da *qualificação* adverbial do fato, conforme a alternativa *jure — non jure*. A defesa é aí uma defesa da qualidade jurídica do fato expresso na ação lingüística original. Essa defesa envolve também a questão da *quantidade*, no sentido da amplitude (quantitativa) do fato⁷⁹. Aqui igualmente podemos distinguir uma defesa mais forte e uma mais fraca. A força da defesa repousa na força atribuída ao advérbio *jure*. Procura-se demonstrar, então, que o fato revela uma qualidade *de jure* “imaneente”, por meio da sua conformidade “evidente” com a norma. Essa demonstração, por sua vez, coloca o problema dos graus de validade das normas e, conseqüentemente, dos diversos âmbitos normativos: direito positivo, direito suprapositivo, princípios axiológicos etc., em que se discute, então, a prevalência deste sobre aquele. Essa discussão tem um estatuto técnico-dogmático (hierarquia das normas) que, dada a oportunidade da defesa e do ataque, aponta para uma forma “zetética” de questionamento (fundamento das normas para além do dogma). Quando, porém, a conformidade não pode ser demonstrada, a defesa é mais fraca e se dá pela assunção, ou melhor, pela introdução de outros fatos e condições que modificam, num sentido favorável, a qualidade jurídica. Assim, por exemplo, relaciona-se um comportamento, admitido como ilícito, a uma reação “natural” e “espontânea” ao comportamento ilícito da outra parte, ou se procura trazer para a avaliação do fato admitido como ilícito um critério modificador, como o bem comum, a utilidade geral, o dever “superior” de servir a pátria etc., tentando-se, pela comparação, uma espécie de compensação. Pode-se ainda remover a força do ataque, reconhecendo-se a ilicitude do comportamento, mas transferindo a carga da intencionalidade: “Disse, mas não queria dizer”, “fiz, mas não queria fazer”. Aqui se introduz a problemática da liberdade, a questão do ato sob coação, da boa-fé, do erro, da ignorância etc. Por fim, a forma mais fraca de defesa, dentro do questionamento da qualidade, é uma espécie de vênua deprecativa,

79. Cf. Aristóteles, *Retórica*, 1.417b25.

onde a ilicitude do comportamento e da intenção é reconhecida, mas há um apelo de clemência, dadas circunstâncias especiais, como a situação econômica, condições sociais etc. Aqui aparecem, entre outros, argumentos como o da cláusula *rebus sic stantibus*.

A esses momentos do questionamento “dogmático” liga-se o questionamento “zetético”, não necessariamente na forma de um complemento subsidiário, mas na de uma correlação. O questionamento “zetético”, como vimos, manifesta-se na reflexividade do *dubium*, trazendo-o para a própria norma em função da qual ele se estrutura, mas sem desligar esse novo *dubium* do anterior. Trata-se, pois, de um questionamento da própria norma que serve de base para o questionamento “dogmático”⁸⁰, mas sempre dentro dos móveis da discussão-contra: preparar ou possibilitar uma decisão.

A captação da própria norma como um *dubium* é uma qualidade básica do discurso judicial. Discussão-contra, ele vivencia a norma como resultado de um ato decisório, no sentido que Miguel Reale⁸¹ atribui à expressão. Reflexivamente, é possível, então, que atos decisórios se reportem a atos decisórios, não só no sentido de uma ordem escalonada e hierárquica de fontes e matérias, mas também de uma ordem não escalonada e não hierárquica de competências decisórias⁸². Na discussão-contra judicial, ainda que o modelo dominante da ordem continue hierárquico e escalonado, há uma experiência que distingue competências modificadoras constitucionais e ordinárias, administrativas, judiciárias, fiscais e fiscalizantes etc., ao mesmo tempo em que as refere umas às outras, numa relação balanceada de recíprocos pressupostos e ligações, trabalhos preparatórios e agravantes de decisões. Ora, as normas, enquanto premissas dessas decisões, voltam-se primariamente sobre essa organização, mas, reflexivamente, elas *refletem* sobre processos sociais, políticos e econômicos (fáticos-axiológicos, diria Reale), que, por sua vez, condicionam novos atos decisórios. Assim, em termos de reflexividade, o discurso judicial, em que pese a utilização de uma série de ficções hierarquizantes, como unidade, delegação, represen-

80. Convém lembrar que questionamento “dogmático” e questão “dogmática” não estão sendo usados no sentido que aparecem na expressão “dogmática jurídica”, mesmo porque esta abarca, a nosso ver, não só a argumentação “dogmática” como a “zetética”.

81. *O direito...*, cit., p. 197 e 200.

82. Cf. Niklas Luhmann, *Soziologische...*, cit., p. 180 e s.; e *Legitimation...*, cit., p. 141 e s.

tação — no sentido kelseniano de uma ordem escalonada que acaba num ato-premissa-zero, formalmente constante e permanente —, manifesta, na verdade, uma constante proliferação de complexidades, verticais e horizontais, hierárquicas e circulares. Por isso mesmo, se é possível e, em princípio, “legítimo” mudar o direito por meio de decisões, na prática isso é limitado e nunca se dá de uma só vez. Como discussão-contra, o discurso judicial revela uma massa de interdependências que limita a própria mudança, embora esta seja manifestada constantemente. Nesse sentido, por exemplo, nenhuma revolução, por mais radical que seja, consegue instaurar, *ab ovo*, um “novo” direito, ainda que a dialogicidade seja aí eliminada aparentemente.

Tomada a própria norma como *dubium*, o questionamento “zetético” apresenta um decurso próprio, mas que pode ser construído analogamente ao “dogmático”. Podemos distinguir, aí, três níveis gerais, que chamaríamos de análise, crítica e metacrítica. No primeiro nível, a norma é tomada como uma ação linguística. Como tal, ela envolve questões referentes ao seu autor (orador), ao seu destinatário (ouvinte) e a ela própria como técnica de comunicação (objeto). No segundo, ela é articulada dentro de uma situação e examinada na sua estrutura, no seu repertório e nos seus objetivos, isto é, ela é interrogada no seu próprio fundamento (dever de prova). No terceiro, esse fundamento é posto à prova, pedindo-se a sua justificação.

No primeiro nível, portanto, no nível da análise, a norma é concebida como *scriptum* ou *vox*, que possui uma *intentio* que lhe é própria ou que lhe foi dada pelo autor — *voluntas legis* ou *voluntas legumlatoris*. O questionamento analítico separa o *scriptum* ou *vox* da *voluntas*, captando-os como alternativa, donde a possibilidade de uma incompatibilidade entre ambos. O sentido desse questionamento é determinar a *voluntas*, sobre o que paira, aliás, uma incompatibilidade eventual, reflexiva: *voluntas legis* ou *voluntas legumlatoris*. Como, mesmo no questionamento “zetético”, ao menos o *scriptum* pode ser pressuposto, uma dúvida *conjetural* (conjetura) volta-se aí sobre a existência ou não de uma *voluntas* determinada. Pode ocorrer, entretanto, uma conjetura sobre o próprio *scriptum*, no caso, por exemplo, de um “princípio geral de direito” que tenha de ser demonstrado positivamente, pois não basta, como observa Canaris⁸³, o

83. Klaus Wilhelm Canaris, *Die Feststellung von Lücken im Gesetz*, Berlin, 1964, p. 96. Cf., também, Jean Boulanger, *Principes généraux du droit et droit positif*, in *Le droit positif français au milieu du XX^e siècle*, Paris, 1950, t. 1., p. 65.

simples juízo negativo de que um princípio não contradiz o direito vigente para reconhecê-lo como imanente ao ordenamento jurídico. Da incompatibilidade conjetural (quer/não quer) — o ataque mais forte corresponde à afirmação de uma *voluntas*; a defesa mais forte, por sua vez, é constituída pela sua negação — podemos passar para uma questão de definição (*definitio*) que introduz um objeto direto à oposição inicial: “quer (ou não quer), mas... outra coisa”. Coloca-se, aqui, o problema da determinação (histórica, sociológica, psicológica, econômica etc.) da *voluntas* e da possibilidade da sua ampliação analógica. A *definitio* releva, como se vê, o problema semântico que, na discussão-contra judicial, nos coloca entre a presunção da clareza da lei em contraste com a sua obscuridade semiológica.

A ampliação analógica da *voluntas* nos conduz ao segundo nível do questionamento “zetético”. Isso porque a ampliação analógica faz da *definitio* uma tentativa de normatização da própria norma, aparecendo, então, uma questão de qualidade. Propõe-se o problema do conflito das normas, que é, de início, um desdobramento do nível analítico, pois se levanta a possibilidade de incompatibilidade, não só entre *scriptum* e *voluntas*, mas entre dois *scripti* e duas *voluntates*. Mas, para além disso, o conflito das normas constitui, na verdade, um conflito de validade: no nível crítico, o problema da validade é posto em termos de avaliação de uma norma por outra norma. Coloca-se, aqui, a questão da hierarquia e circularidade de validades (estrutura) em relação ao seu âmbito de incidência (repertório). O *dubium* qualitativo no nível crítico — válido e não-válido —, conduz-nos, finalmente, a um nível metacrítico em que a norma é questionada no seu sentido metanormativo, isto é, para além da sua vigência, na sua eficácia e no seu fundamento axiológico.

O questionamento “zetético”, na discussão-contra judicial, aponta, no seu decurso, para além dos seus próprios limites. Embora seja todo ele construído em função do preparo de uma decisão, donde o seu constante relacionamento a um *dubium* primitivo de natureza “dogmática”, ele abre uma perspectiva que já não é mais o da discussão-contra judicial. Essa outra perspectiva pode ser entendida de dois ângulos: ao questionar o “dogma”, sobretudo no seu momento crítico e metacrítico, o discurso judicial põe em xeque a própria *decidibilidade*, isto é, a possibilidade de decisão; ao mesmo tempo, porém, ele torna essa *decidibilidade* o seu objeto imediato. No primeiro caso, temos a oportunidade de examinar condições e circunstâncias que expliquem o aparecimento, no discurso jurídico, de uma

estrutura monológica. No segundo, há a perspectiva de uma discussão-com. A presença dessas variantes, porém, não constitui um momento de exceção nem representa um mero complemento subsidiário à discussão-contra judicial, mas é uma decorrência da própria situação comunicativa jurídica, o que nos vai dar uma medida da complexidade do discurso do direito, concebido na sua totalidade.

Na verdade, o exame feito da discussão judicial não esgotou as suas múltiplas possibilidades. Há uma série de problemas, deixados propositadamente em aberto, porque se referem a condicionamentos localizados num âmbito mais amplo da análise do discurso. Por isso, em vez de tratá-los neste capítulo, preferimos passá-los para outra ordem de considerações que constituirão os capítulos seguintes. Esses problemas se relacionam com a própria norma como discurso e ao Direito como discurso científico. É nossa intenção examiná-los em dois capítulos separados, embora a íntima ligação entre eles e deles com o capítulo que ora se encerra nos obrigue a uma constante referência à totalidade de aspectos do discurso jurídico. Na medida do possível evitaremos remissões e repetições, procurando iluminar as questões de ângulos novos, sem contudo perder de vista o seu sentido unitário. Esse sentido unitário está localizado, a nosso ver, no problema da racionalidade do discurso jurídico (fundamentação-crítica). Por isso esse tema será retomado sempre, a fim de propiciar, ao final, condições para uma visão retrospectiva.