

TERCIO SAMPAIO FERRAZ JR.

**TEORIA DA NORMA JURÍDICA**  
Ensaio de Pragmática da Comunicação Normativa

4ª edição



Rio de Janeiro  
2006

1ª edição – 1978  
2ª edição – 1986  
3ª edição – 1997  
3ª edição – 1999 – 2ª tiragem  
3ª edição – 1999 – 3ª tiragem  
4ª edição – 2000  
4ª edição – 2002 – 2ª tiragem  
4ª edição – 2003 – 3ª tiragem  
4ª edição – 2005 – 4ª tiragem  
4ª edição – 2006 – 5ª tiragem

© Copyright

Tercio Sampaio Ferraz Jr.

CIP-Brasil. Catalogação-na-fonte.

Sindicato Nacional dos Editores de Livros, RJ.

Ferraz Jr., Tercio Sampaio.

F436t Teoria da norma jurídica: ensaio de pragmática da comunicação normativa. Rio de Janeiro, Forense, 2006.

ISBN 85.309.1116-4

Bibliografia

I. Direito – Filosofia 2. Normas jurídicas. I. Título

CDU – 340.12  
/340.14/

O titular cuja obra seja fraudulentamente reproduzida, divulgada ou de qualquer forma utilizada, poderá requerer a apreensão dos exemplares reproduzidos ou a suspensão da divulgação, sem prejuízo da indenização cabível (art. 102 da Lei nº 9.610, de 19.02.1998).

Quem vender, expuser à venda, ocultar, adquirir, distribuir, tiver em depósito ou utilizar obra ou fonograma reproduzidos com fraude, com a finalidade de vender, obter ganho, vantagem, proveito, lucro direto ou indireto, para si ou para outrem, será solidariamente responsável com o contrafator, nos termos dos artigos precedentes, respondendo como contrafator o importador e o distribuidor em caso de reprodução no exterior (art. 104 da Lei nº 9.610/98).

A EDITORA FORENSE se responsabiliza pelos vícios do produto no que concerne à sua edição, aí compreendidas a impressão e a apresentação, a fim de possibilitar ao consumidor bem manuseá-lo e lê-lo. Os vícios relacionados à atualização da obra, aos conceitos doutrinários, às concepções ideológicas e referências indevidas não são de responsabilidade do autor e/ou atualizador.

As reclamações devem ser feitas até noventa dias a partir da compra e venda com nota fiscal (interpretação do art. 26 da Lei nº 8.078, de 11.09.1990).

Reservados os direitos de propriedade desta edição pela

COMPANHIA EDITORA FORENSE

Endereço na Internet: <http://www.forense.com.br> – e-mail: [forense@forense.com.br](mailto:forense@forense.com.br)

Av. Erasmo Braga, 299 – 1º e 2º andares – 20020-000 – Rio de Janeiro – RJ

Tel.: (0XX21) 3380-6650 – Fax: (0XX21) 3380-6667

Impresso no Brasil

Printed in Brazil

Para

**THEODOR VIEHWEG**

**Professor Emérito da Universidade de Mainz**

**Meu mestre, meu amigo.**

## SUMARIO

CAPITULO 1 — MODELO DE PRAGMÁTICA	
1.1 — A pragmática linguística .....	1
1.2 — Direito e linguagem .....	5
1.3 — Pragmática jurídica .....	10
1.4 — Discurso e situação comunicativa ..	12
1.5 — O modelo da pergunta e da resposta	14
1.6 — Delimitação do objeto da análise aos discursos fundamentantes .....	16
1.7 — Estrutura do discurso .....	20
1.8 — Modos de discurso .....	26
1.9 — Propriedades pragmáticas fundamentais do discurso .....	30
CAPITULO 2 — SITUAÇÃO COMUNICATIVA E DISCURSO NORMATIVO	
2.1 — Dificuldades preliminares quanto ao objeto da análise .....	35
2.2 — Situação comunicativa normativa ..	39
2.3 — O aspecto relato e o aspecto comentário da norma .....	47
2.4 — Os operadores pragmáticos, conteúdo condições de aplicação da informação normativa .....	53
2.5 — Relação entre norma e sanção .....	66
2.6 — Situações subjetivas jurídicas .....	75
CAPITULO 3 — ORGANIZAÇÃO DA COMUNICAÇÃO NORMATIVA	
3.1 — A questão da validade .....	93
3.2 — Localização da questão .....	101

Perguntei a um homem o que era o Direito. Elle me respondeu que era a garantia do exercício da possibilidade. Esse homem chamava-se Galli Mathias Comi-o.

OSWALD DE ANDRADE

*Manifesto Antropófago.*

3.3 — Validade e imunização .....	105
3.4 — As técnicas de validação .....	109
3.5 — A questão da efetividade .....	113
3.6 — Relação entre validade e efetividade: o problema da norma inválida .....	122
3.7 — A imperatividade das normas jurí- dicas .....	127
3.8 — A ordem normativa como sistema ..	140
3.9 — Caráter ideológico dos sistemas nor- mativos .....	149

#### CAPITULO 4 — A LEGITIMIDADE DOS SISTEMAS NORMATIVOS

4.1 — A questão do ângulo pragmático ...	161
4.2 — Legitimidade e racionalidade do dis- curso .....	163
4.3 — A legitimidade como fundamento ul- timo: o sistema normativo como "jogo sem fim" .....	169

### MODELO DE PRAGMÁTICA

#### CAPITULO 1

##### 1.1 — A pragmática linguística.

A empresa de realizar, ainda que em esboço, uma pragmática da comunicação jurídico-normativa supõe certa audácia e grande risco. Isto porque a própria noção de pragmática é deveras imprecisa, tratando-se de disciplina que, através da contribuição cruzada de diversos ramos do saber, como as teorias filosóficas da linguagem e da comunicação, da lógica formal, da psicologia, da sociologia, da retórica, da cibernética, da teoria da organização, da teoria dos sistemas, vem ocupando cada vez mais o espaço vazio entre as análises semânticas e sintáticas da comunicação verbal. Dizemos que "vem ocupando" e não "ocupou" ou "ocupa", porque lhe falta ainda um delineamento definitivo ou, pelo menos, mais definido, não só no tocante aos seus instrumentos metodológicos, como também ao seu objeto. Os trabalhos que conhecemos hoje no setor lutam ainda com uma delimitação positiva da pragmática, nascida justamente da consideração de fenômenos linguísticos não classificáveis e não descritíveis nos quadros da semântica e da sintaxe, o que faz dela uma espécie de disciplina de "restos", muitas vezes relegados, por concepções estreitas, aos setores imprecisos e imprecisáveis do comportamento humano. Por isso mesmo, os diversos trabalhos que se ocupam da pragmá-

tica têm que propor seus próprios modelos que se cruzam, coincidem ou contrapõem uns aos outros, havendo autores que preferem realizar sua tarefa deixando o problema de uma definição da disciplina propositadamente de lado.<sup>1</sup>

Uma publicação recente<sup>2</sup> ensaia uma classificação de pelo menos três tipos básicos de análise pragmática. O primeiro é denominado: *teoria do uso de sinais*, ligado aos nomes de Morris, Carnap, Klaus, Bense, e, de modo geral, à Escola de Praga. Aqui a pragmática é concebida como uma das partes da teoria dos signos ou semiótica, que os encara na sua relação entre si

<sup>1</sup> Cf. DIETER WUNDERLICH (ed.): *Linguistische Pragmatik* Frankfurt/M., 1972, p. 5. A pragmática, a despeito de ter sido uma disciplina frustrada no seu nascimento, vem ganhando importância na pesquisa filosófico-lingüística. Citem-se, a propósito, os trabalhos de Y. Bar-Hillel, em Israel, de cuja equipe me permito destacar os artigos de Marcelo Dascal pela sua temática voltada para o discurso moral e religioso, de importância para o estudo pragmático do discurso jurídico. De Bar-Hillel veja-se, entre outros, "Communication and Argumentation in Pragmatic Languages", in *Linguaggi nella Società e nella Tecnica*. Milano, 1972, p. 269-284. Como editor, a sua publicação, com o concurso de vários autores: *Pragmatics of Natural Languages*. Dordrecht, 1971. De M. Dascal: *Levels of Meaning and Moral Discourse*, in A. Kasher (ed.), *Language in Focus*. Dordrecht, 1976, p. 587-625. Na Alemanha, além dos estudos de M. Wunderlich, merecem menção as obras de Karl Otto APEL, especialmente *Transformation der Philosophie*, 2 v. Frankfurt/M., 1973, "Zur Idee einer transcedentalen Sprachpragmatik", in Josef Simon (ed.): *Aspekte und Probleme der Sprachphilosophie*. Freiburg-München, 1974, p. 283-326. Também Jürgen Habermas, especialmente "Vorbereitende Bemerkungen zu einer Theorie der kommunikativen Kompetenz", in Habermas/Luhmann: *Theorie der Gesellschaft oder Sozialtechnologie*. Frankfurt/M., 1971.

<sup>2</sup> BRIGITTE SCHLIEBEN-LANGE: *Linguistische Pragmatik*, Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz, 1975; p. 10 et seq.

próprios (sintaxe), na sua relação aos objetos extralingüísticos (semântica) e na sua relação aos seus intérpretes ou usuários (pragmática). Esta posição está hoje, em parte, superada, primeiro, porque vê na pragmática uma espécie de procedimento analítico meramente *adicional* às análises semânticas e sintáticas, segundo, porque ignora o importante fenômeno do diálogo, reduzindo o objeto da disciplina ao uso dos signos feito pelo intérprete, sem atenção ao papel do destinatário, ficando de fora a questão decisiva da *convenção* dos signos pelas partes que o usam. O segundo tipo pode ser denominado: pragmática como *lingüística do diálogo*, partindo-se aqui da distinção entre *langue* e *parole*, conforme a propositura de Saussure, mas prolongando a equivoicidade da dicotomia no sentido de uma análise ampla do fenômeno do discurso (*parole*); outros (Habermas, Appel) vão mais longe, tomando como ponto de partida o fenômeno da intersubjetividade comunicativa, fazendo da análise do diálogo uma disciplina filosófica no sentido de determinação das condições transcendentais do diálogo. Finalmente, um terceiro tipo, denominado: pragmática como *teoria da ação locucionária* (do ato de falar), realiza um explícito afastamento da lingüística sistemática, na medida em que encara o *falar* como forma de ação social.<sup>3</sup>

<sup>3</sup> O primeiro grupo tem suas origens no Círculo de Viena, sobretudo no contato entre Carnap (*Introduction to Semantics*. Cambridge, 1947) e Morris (*Foundations of the Theory of Signs*. Chicago, 1938; *Signs, Language and Behavior*, ENGLEWOOD Cliffs, 1946); este último diretamente influenciado pelo pragmatismo de Peirce (Cf. a coletânea de escritos deste autor, editada e traduzida por O. S. da Motta e L. Hegeberg sob o título: *Semiótica e Filosofia* — Textos escolhidos. São Paulo, 1972).

CARNAP aceitou o esquema de MORRIS que, na esteira de Peirce, distinguia a semiótica em sintaxe, semântica e prag-

Nossa ambição, no trabalho que estamos apresentando, é mais modesta. Em primeiro lugar, não queremos e não podemos nos propor uma análise exaustiva da própria pragmática. Limitamo-nos, por isso, a um modelo de sentido meramente operacional, tendo em vista a investigação do discurso normativo. Este modelo enquadrar-se numa espécie de lingüística do diálogo, mais do que numa teoria do uso dos sinais, mas sem atingir as dimensões transcendentais propostas por Habermas e Apel. Os instrumentos de que nos utilizamos, porém, nos levam também à pragmática no seu sentido de teoria do ato de falar, unindo-se, propostadamente, as noções de discurso e diálogo. Podemos, assim, de modo geral, dizer que o modelo operacional que apresentamos se ocupa primordialmente dos aspectos comportamentais da relação discursiva, tendo como centro diretor da análise o chamado *princípio da interação*,<sup>4</sup> ou, seja, pretende ocupar-se do ato de falar enquanto uma relação entre emissor e receptor na medida em que é mediada por signos lingüísticos.

<sup>4</sup> Cf. WATZLAWICK, BEAVIN, JACKSON: *Pragmática da Comunicação Humana*. Trad. A. Cabral. São Paulo, 1973, p. 32 et seq.

mática, propondo, por sua vez, a distinção entre sintaxe pura e descritiva, semântica pura e descritiva, mas não aplicando-a à pragmática, que só podia ser descritiva, isto é, ligar-se a uma língua natural. Mais tarde, R. M. MARTIN (*Towards a Systematic Pragmatics*. Amsterdam, 1959) tentou uma pragmática pura, apolando-se em intuições do próprio CARNAU. No segundo grupo podemos incluir, entre outros, os citados (em nota anterior) Habermas e Apel. No terceiro grupo, na linha de Moore e Wittgenstein, encontram-se J. L. AUSTIN (*How to Do Things With Words*. Oxford, 1962) e J. R. SARTRE (*Speech Acts*. Cambridge, 1969).

## 1.2 — Direito e Linguagem.

A propositura de um modelo lingüístico-pragmático para a análise da norma jurídica relewa uma questão preliminar de natureza metodológica. Reconhecemos, sem pôr em discussão, a pluridimensionalidade do objeto que chamamos *direito*, o que permite diversos ângulos de abordagem, ora separados, ora ligados por nexos meramente lógicos ou didáticos, ora integrados em formas sintéticas. Quem pretende realizar uma investigação ontológica do direito corre, por isso, o risco de privilegiar aspectos deste fenômeno plural, na forma de sociologismos ou psicologismos ou formalismos ou moralismos, conforme a ligação de Miguel Reale a respeito. Soluções integradoras e sintéticas, como o *tridimensionalismo concreto e dinâmico*<sup>5</sup> procuram fórmulas capazes de captar o fenômeno nos seus múltiplos aspectos, sem perder-lhe o sentido unitário fundamental. A questão não é acadêmica e basta ver as investigações sobre hermenêutica jurídica ou, mais particularmente, sobre hermenêutica constitucional, para ter-se uma idéia das dificuldades práticas que o tema relewa. Nossa abordagem, porém, é mais simples e não se coloca ao nível ontológico, mas, quando muito, de uma teoria geral do direito. Não é nossa intenção definir o direito e seu método de investigação, mas, apenas, a de propor um modelo capaz de examiná-lo num dos seus aspectos de manifestação. Nossa proposta é a de tratar o direito do seu ângulo normativo (sem afirmar que o direito se reduz a norma) e encerrar a norma do ponto de vista lingüístico-pragmático (sem afirmar que a norma jurídica tenha apenas esta dimensão).

<sup>5</sup> M. REALE: *Filosofia do Direito*. 2.ª ed. São Paulo, 1969; *O Direito como Experiência*. São Paulo, 1968.

Esta opção metodológica não é, porém, gratuita ou infundada. Afirmamos, neste sentido, uma relação básica, embora não reducionista, entre direito e linguagem. Esta relação pode ser encarada dos seguintes modos:<sup>6</sup>

a) podemos dizer, inicialmente, que o direito, enquanto um fenômeno empírico, *tem* uma linguagem, usando-se a palavra "linguagem" indistintamente para aquilo que os linguistas chamam de *lingua* e *discurso (langue/parole)*; falamos, assim, da *linguagem do direito*, objeto das várias disciplinas linguísticas, como a semântica, a hermenêutica, etc.; b) invertendo-se a fórmula, podemos falar em *direito da linguagem*, caso em que, ao contrário, esta aparece como objeto das disciplinas jurídicas, pois se trata aqui de questões referentes à própria disciplinação da língua, não no seu sentido lógico ou gramatical, mas junctivo, como a linguagem processual, protocolar, etc.; c) finalmente, falamos, num terceiro sentido, do *direito enquanto linguagem*, num relacionamento que assimila o direito à linguagem; neste último caso, estamos diante de uma tese filosófica — tese da intrascendentalidade da linguagem — que vai afirmar, de modo geral, que o jurista, em todas as suas atividades (legislação, jurisdição, teorização) não transcende jamais os limites da língua.

Assumimos, quanto à questão, uma posição intermédia. Da terceira possibilidade (c), aceitamos limitadamente que o fenômeno jurídico tem, basicamente, um sentido comunicacional, que nos coloca sempre no nível da análise linguística. Todo direito "tem por condição de existência a de ser formulável numa linguagem,

<sup>6</sup> AMEDEO CONTE: *Saggio sulla Completezza degli Ordinamenti Giuridici*. Torino, 1962, p. 191 et seq.

imposta, pelo postulado da alteridade".<sup>7</sup> Dizemos, entretanto, *limitadamente*, porque recusamos a redução total do direito à linguagem, mesmo tomando-se esta num sentido amplo de comunicação. Nestes termos, preferimos dizer que o direito não é só um fenômeno linguístico, nem mesmo um fenômeno *basicamente* linguístico. Se ao nível normativo — o direito como sistema de proposições normativas —, o aspecto linguístico pode ser encarado como fundamental, não se pode esquecer que ele corresponde também a uma série de fatos, empíricos, que não são linguagem, como relações de força, empíritos de interesse, instituições administrativas, etc., os quais, portanto, se não deixam de ter uma dimensão linguística, nem por isso são basicamente fenômenos linguísticos. Nossa opção pela possibilidade (c) é, nestes termos, epistemológica e não ontológica, no sentido de que, ao pretender-se o tratamento da norma como linguagem, se o faz por necessidade operacional, sem fazer-se, com isso, qualquer afirmação sobre a essência do direito. Da segunda possibilidade (b), aceitamos, apenas como material de trabalho, o modo como o direito disciplina a linguagem. Ou seja, não nos colocamos, eventualmente, na perspectiva da disciplinação da linguagem pelo direito, mas tomamos essa disciplinação como objeto de análise. Com essas delimitações, nossa posição parece aproximar-se mais e mais da primeira possibilidade (a). Isto é verdade, mas num sentido também limitado. Isto porque não pretendemos realizar um estudo linguístico, mas *ao nível linguístico*. Qual a diferença?

A diferença está em que não pretendemos estudar a linguagem do direito ou da sua manifestação normativa, mas investigar o próprio direito, enquanto necessária, para a sua existência, da linguagem. Ou seja, o

<sup>7</sup> JUAN RAMON CAPELLA: *El Derecho como Lenguaage*. Barcelona, 1968, p. 28.

direito é levado ao nível linguístico, mas o estudo a realizar não é de linguística, mas jurídico, pois não dispensamos, ao investigar a norma, as características operacionais da teorização jurídica, como a referência à praxis decisória, a possibilidade de solução de conflitos, a regulamentação de comportamento, etc. A expressão "ao nível linguístico" é usada em termos de "ao nível de discurso". A propósito, notamos que a tradição universitária tende a tratar o discurso "como um conjunto de fatos linguísticos ligados entre si por regras sintáticas de construção".<sup>8</sup> Em nome das leis das regularidades da linguagem procede-se, usualmente, a uma investigação do discurso político, filosófico, científico, etc. Aqui se propõe, contudo, que estes "fatos de discurso" sejam tratados não mais simplesmente sob seu "aspecto linguístico", no sentido estrito mencionado, mas como "jogos, jogos estratégicos, de ação e reação, de pergunta e resposta, de dominação e de esquivas, como também de luta".<sup>9</sup> Esta concepção do discurso como um conjunto de "fatos linguísticos" que incorpora o nível lúdico conduz a pesquisa, a nosso ver, ao plano privilegiado da pragmática. Em outras palavras, a investigação que propomos de norma jurídica nos leva ao nível de discurso, da norma nos seus aspectos linguísticos dimensionados no seu plano lúdico. Isto significa que evitamos, na medida do possível, uma análise da norma que proceda de modo puramente construtivo, procurando, por convenção, determinar as regras para o uso do termo *norma*, pois deveremos partir das características de uma linguagem já dada — a do direito. Isto é, não

<sup>8</sup> MICHEL FOUCAULT: *As verdades e as Formas Jurídicas* — Cadernos da PUC, n.º 16. Trad. de Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim de Moraes. Rio de Janeiro, 1974, p. 6.

<sup>9</sup> *Idem, ibidem.*

será o caso de propor uma definição de norma, em nome da qual se decidiria da propriedade ou da impropriedade dos diversos usos jurídicos que se faz da palavra, mas, sim, investigar o fato linguístico *norma*, tal como ele aparece na experiência discursiva do direito.

Para entender isto, é necessário saber se o fato do qual predicamos a expressão "norma jurídica" é, ele próprio, fato linguístico. Distinguímos, com este fito, entre a linguagem como fato e a linguagem como instrumento, ou, seja, entre a *menção* e o *uso* da linguagem. Percebemos a distinção, quando dizemos: "isto é um *cavalo*" e "*cavalo* é um substantivo". O primeiro é um caso de uso, o segundo de menção. Podemos, assim, dizer que determinadas palavras são significativas de entidades não-linguísticas (por exemplo, *cavalo* em "isto é um cavalo"). Outras predicam entidades linguísticas ou propriedades de entidades linguísticas (por exemplo, "cavalo é um trissílabo"). A questão é saber se quando dizemos: "isto é uma norma jurídica", o termo *norma jurídica* tem ou não por material um fato linguístico. Sem cair num reducionismo, é possível responder afirmativamente à questão. Ao menos no sentido de que, ao predicarmos "isto é uma norma", estamos sempre nos referindo *materialmente* a uma proposição ou a um tipo de proposição. A literatura jusfilosófica costuma discutir se é possível, ao contrário, uma norma que não seja um fato linguístico (von Wright), se, por exemplo, um sinal de trânsito indicando a proibição de estacionar é, de *per si*, uma norma. Neste caso, estaríamos predicando de uma tabuleta redonda com uma letra cortada a expressão "norma jurídica". Parece pacífico, porém, que a tabuleta não é norma, quando muito a expressão reduzida de uma norma individual: "é proibido estacionar neste local". Não aprofundamos a questão. Ficamos com a tese: normas jurídicas são fatos



lingüísticos, ainda que não exclusivamente linguagem, como veremos no decorrer da exposição.

### 1.3 — Pragmática jurídica.

No que se refere ao direito, os trabalhos no setor são ainda poucos ou apenas tangenciais, na maior parte realizados por lingüistas, que tomam o discurso jurídico como objeto, mas esparsamente, ou cuidando de alguns aspectos de pequeno alcance, como a linguagem dos acusados nos procedimentos penais,<sup>10</sup> ora voltando-se para os problemas de hermenêutica dentro de uma análise semântica. Uma tentativa importante de pragmática da norma nos parece a de Ross, feita há alguns anos, que procura fornecer uma visão global de natureza pragmática, embora ainda estreitamente ligada à semântica e à sintaxe.<sup>11</sup> Nós mesmos, em trabalho publicado em 1973, tentamos esboçar uma pragmática do discurso jurídico em geral, onde o discurso normativo constitui parte importante, mas analisada apenas no que tange os seus aspectos argumentativos no sentido da retórica. Recentemente, a última edição da *Tópica e Jurisprudência de Viehweg* foi acrescida de um

<sup>10</sup> Cf. RUTH LEOPOLTER: *Das Sprachverhalten von Angeklagten bei Gericht — Ansätze zu einer soziolinguistischen Theorie der Verbalisierung*. Kromberg/Ts., 1975.

<sup>11</sup> Cf. ROSS: *Logica de las Normas?* Trad. José S. P. Hierro. Madrid, 1971. O ponto de vista sustentado por Ross a propósito da *pragmática* é mais estreito do que aquele que propomos, pois se ocupa do ato discursivo enquanto dirigido à produção de efeitos (portanto a relação emissor-receptor, sem considerar o retorno emissor-receptor-emissor), abstraindo das peculiaridades "não lingüísticas" da comunicação (p. 15), nitidamente na linha de Carnap. Além disso, a diferença básica entre discurso indicativo e diretivo, central no seu pensamento, não está no nível pragmático, mas no semântico, como ele próprio reconhece (p. 71, § 18).

capítulo, com preciosas incursões e indicações em termos de pragmática, voltada ao direito. Ainda quando escrevamos este trabalho, pudemos ler, em manuscrito, tese de livre-docência a ser apresentada, em Mainz, por Schrekemberger, que realiza longa análise, fundada especialmente, em Peirce e Morris, de normas e decisões tendo em vista as suas possibilidades interpretativas. Uma teoria pragmática ensaia também Tammelo, com importantes reflexões sobre o sentido pragmático da lógica jurídica, que atendem, sobretudo, alguns problemas básicos da teoria da justiça.<sup>12</sup>

Nossa intenção, neste trabalho, é propor, em linhas gerais, uma visão da norma jurídica do ângulo da pragmática. O fato de privilegiarmos este aspecto não significa que menosprezemos a semântica e a sintaxe, mas apenas que, como já salientamos, encaramos a norma

<sup>12</sup> Sobre a literatura mais recente, vide, entre outros: ILMAR TAMMELLO: *Rechtstheorie und materielle Gerechtigkeit*. Frankfurt/M., 1971; THEODOR VIEHWEG: *Topik und Jurisprudenz*, na última edição revista e aumentada, § 9. München, 1974; WALDEMAR SCHREKENBERGER: *Ueber die Pragmatik der Rechtstheorie*, in Jahrbuch F. Rechtssoziologie V. Rechtslehre, Bd. II, 1972, p. 561 et seq.; HUBERT RODINGEN: *Ansätze zu einer sprachkritischen Rechtstheorie*, in ARSP-LVIII, 1972, p. 161 et seq.; THOMAS SEIBERT: *Von Sprachgegenständen zur Sprache von juristischen Gegenständen*, in ARSP-LVIII, 1972, p. 43 et seq. Na *Introducción a la Logica Jurídica*, de GEORGES KALINOWSKI (Trad. Ivan A. Cacaubón. Bueno Aires, 1973) ha certa referência à pragmática, na linha de Carnap. Leia-se ainda, com especial proveito, LUTZ ALBERTO WARAT: *El Derecho y su Lengua*. Buenos Aires, 1976; LUTZ ALBERTO WARAT e ANTONIO ANSELMO MARTINO: *Lengua y Definición Jurídica*. Buenos Aires, 1973; EDUARDO ANGEL RUSSO e CARLOS OSCAR LEINER: *Lógica de la Persuasión*. Buenos Aires, 1975; PAOLO SEMANA: *Linguaggio e Potere*. Milano, 1974; PAOLO SEMANA: *Argomentazione e Persuasione*. Milano, 1974; CHAIM PERELMAN: *Logique Juridique*. Bruxelles, 1976.

como fato linguístico, incorporando a dimensão lúdica. Ademais, significa também que acreditamos serem as características pragmáticas da norma fundamentais para o seu entendimento, no sentido de que uma análise semântica e sintática dificilmente conseguem descrever a a contento, sem tais características. O fato de não ensaiarmos, então, uma semiótica jurídica, os três aspectos estariam reunidos, dá-se porque faltaria uma análise prévia de natureza pragmática, para que os resultados pudessem ser satisfatórios. É nesse sentido, aliás, que empreendemos nossa tarefa: dar subsídios para uma futura semiótica da linguagem normativa.

Por isso, o nosso primeiro passo é fornecer um modelo de pragmática. Aqui ele se apresenta nos seus delineamentos gerais. Uma discussão mais aprofundada já realizamos em outro trabalho, ao qual remetemos o leitor.

#### 1.4 — Discurso e situação comunicativa. <sup>13</sup>

Admitimos que todo comportamento humano, como falar, sorrir, chorar, correr, é uma ação dirigida a outrem. Destes destaca-se o ato de falar como ação dirigida a alguém (ouvinte) por alguém (orador), como apelo ao entendimento de quem ouve. Considera-se, assim, discurso ou ato de falar apenas aquele que pode ser entendido, isto é, ensinado e repetido. O aprender corresponde à possibilidade de o destinatário repetir o ato ensinado. Assim quando, digamos, alguém ordena "aproxime-se" e o ordenado se aproxima, dizemos que o ato de falar se realizou. A situação de ensinar e aprender, na qual se manifesta a compreensibilidade

<sup>13</sup> Para esta parte até o n.º 18, vide o nosso livro: *Direito, Retórica e Comunicação*. São Paulo, 1973 (1.ª parte) e a bibliografia ali citada.

da ação, denominamos *situação comunicativa*. Situação comunicativa não deve ser confundida com uma relação de partes físicas, isto é, entre seres humanos apenas biologicamente considerados e sinais fisicamente identificáveis (por exemplo, entre o dedo que aperta o botão e a luz que acende), mas entre ações e resultados de ações, o que faz que uma situação comunicativa não tenha uma estrutura à parte do seu funcionamento. Melhor explicando, as relações, conforme certas regras (estrutura) que compõem a situação, só são identificáveis enquanto essa está funcionando. Neste sentido, por exemplo, falar não é, em princípio, uma sequência predeterminada e automática de articulações, não se confundindo o seu agir com mero ritual (embora isto não exclua as possibilidades de ritualizações do falar). Cessado o ato de falar, nada resta da estrutura da situação, não ficando visíveis, como no caso dos órgãos do corpo humano, a anatomia das relações, mesmo depois que o corpo deixou de viver.

Não sendo uma sequência preestabelecida ritualmente, aquilo que faz com que uma ação ocorra é o comportamento *seletivo* das partes postas em relação de ensinar e aprender, determinando alternativas, escolhendo caminhos, absorvendo incertezas, transformando questões complexas em questões simples, etc. Estas seqüências, que compõem as situações comunicativas, revelam-se como ações *inter homines*, sendo apenas, de modo secundário, uma relação entre agentes humanos e coisas.

Uma situação comunicativa não ocorre, porém, num vácuo, mas se manifesta sempre num conjunto de articulações complexas que a circundam, tendo, assim, um limite identificável. Este limite tem um aspecto externo — mundo circundante — e um aspecto interno — estrutura da situação. O mundo circundante corresponde

ao conjunto complexo de alternativas, ações, possibilidades de ação, conflitos em larga escala, ausência de consenso, etc. Toda vez que esta imensa complexidade é, em parte, reduzida pelo estabelecimento de regras e de relações, estrutura-se a situação. O limite da situação é dado, pois, pela noção de alta complexidade do mundo circundante e pela estrutura da própria situação que se revela como complexidade reduzida (Luhmann). Por exemplo, a situação em que cinco garotos se atiram num monte de feno para descobrir 20 bolinhas de vidro e a situação em que o monte é dividido em cinco setores, um para cada garoto, estão em relação de maior e menor complexidade. Não, necessariamente, por uma razão de eficiência, mas pela simples diminuição de possibilidades de ação e encontro de ações ou redução de alternativas. Nestes termos, podemos dizer que uma situação comunicativa pode ser vista como constituindo um sistema (no sentido da Teoria dos Sistemas). Neste sistema, se as ações são ações de falar, a ação de quem fala (orador) quer ou deve ou pode provocar uma resposta por parte de quem ouve (ouvinte), influenciando-o, ao torná-lo passivo, reativo, etc. Por sua vez, a reação do ouvinte influencia o próprio orador e, por conseguinte, a sua ação de falar. Dizemos que entre ambos há troca de mensagens. Uma série de mensagens trocadas entre orador e ouvinte se chama *interação*. Toda situação comunicativa é, nestes termos, um sistema interacional.

#### 1.5 — O modelo da pergunta e da resposta.

O princípio básico da teoria pragmática é o princípio da interação. No estudo das ações humanas (no sentido de comportamentos seletivos, redutores de complexidade, que movimentam processos de ensino e aprendizagem), a pragmática relewa sempre o aspecto

comportamental dos atores, no seu relacionamento mediado por mensagens. A dogmática jurídica, de modo geral, embora não possa olvidar jamais o sentido interacional do direito, tende, porém, tradicionalmente, a uma concepção *monádica* dos agentes, inclinando-se para uma coisificação daquilo que a pragmática é levada a considerar antes como complexos padrões de relação e interação. Se tomamos, por exemplo, um conceito básico como o de *direito subjetivo*, em que pesem as diversas análises críticas que a noção tem sofrido, notamos que os manuais e a prática universitária continuam a falar em *facultas agendi* para defini-lo. Embora a doutrina não deixe de pôr em relevo o aspecto relacional do conceito, ligando-o a direito objetivo, ao sujeito agente, etc., a noção acaba assumindo, para o usuário do termo, uma pseudo-realidade própria, até que, finalmente, *direito subjetivo* se converta realmente num fenômeno isolado, *aligo* que se *tem*. Assim, o vocabulário dogmático, ainda que não despreze os contextos interpersonais (oposição de direito *erga omnes*), guarda forte sentido monádico.

O princípio da interação, ao contrário, domina a perspectiva pragmática. Para melhor apresentá-lo, vamos propor um modelo de situação comunicativa, baseado na ação de perguntar e responder. O ser humano age e se comporta também no sentido de que se orienta e reflete. Falando, ele traz para o presente um comportamento passado ou futuro. Este trazer para o presente algo já acontecido ou por acontecer significa um estar inseguro do seu próprio presente, que põe em estado de incerteza os fundamentos do seu agir. Denominemos *pergunta* este comportamento. Perguntar significa, pois, estar inseguro quanto ao seu próprio comportamento. Daí a possibilidade de, perguntando, distinguir entre as finalidades e as conseqüências do seu agir e, assim,

entre o falar fundamentado e o não fundamentado. A partir disto, a ação de pergunta permite a distinção entre diversas possibilidades de ação: *dever agir*, *poder agir*, *querer agir*, etc. Perguntar, porém, não é uma ação num vácuo, mas se articula num mundo circundante. Este mundo constitui-se de justificações, atos de falar que aparecem com a pretensão de autoridade, isto é, são capazes e estão prontos para oferecer fundamentos e exigir confiança. São ações (de falar) que chamamos, então, de consistentes. O comportamento locucional que se apresenta como consistente chamamos de *resposta*.

O modelo pergunta/resposta esconde uma complexidade. Não só quem pergunta desafia alguém para uma resposta, como quem responde pode desafiar o outro para uma fundamentação da própria pergunta. O modelo, portanto, se aplica a si próprio. O ato de falar se revela, assim, como *reflexivo*. A reflexividade significa que a relação interacional admite sempre um aumento de complexidade no interior da situação comunicativa. Assim, por exemplo, se alguém diz: "o senhor está preso por prática de lenocínio" e o outro responde, "não discuto a sua ordem de prisão, mas não aceito a qualificação lenocínio", na situação comunicativa, a *ordem de prisão* adquire uma complexidade maior, na medida em que transferimos o modelo pergunta/resposta para os *fundamentos* da ordem.

#### 1.6 — Delimitação do objeto da análise aos discursos fundamentantes.

A reflexividade da situação comunicativa pode ser controlada. Este controle exige regras. A situação comunicativa, cuja reflexividade é controlada por regras, nos fornece um tipo de discurso que nos interessa peculiarmente, qual seja, o discurso racional.

Entendemos por racional o discurso fundamentante. Todo discurso, dissemos, *apela* ao entendimento de outrem. Nestes termos, discurso é ação linguística que pode ser aprendida, o que se mede na possibilidade de ser repetida. Além disso, há discursos que não se negam a fundar o que se diz, que não impõem arbitrariamente a sua sustentabilidade, mas que fornecem instrumentos para a sua comprovação. Portanto, discursos não apenas prováveis, mas *com-prováveis*. Esta comprovação depende do mútuo entendimento das partes que discutem, o que não significa que o caráter racional do discurso seja fruto de uma convenção (convencionalismo) em termos de tudo é racional, desde que as partes consciente ou inconscientemente (relativismo das culturas) estejam de acordo. A racionalidade, ao contrário, não emerge do acordo ou consenso sobre o que se diz, isto é, sobre temas, assuntos, conceitos, princípios, mas do mútuo entendimento sobre as *regras* que nos permitem falar deles. Isto significa que podemos ter até mesmo dissenso sobre temas, sobre interpretações, sobre conceitos, sobre fins, sobre meios, sobre a relação entre ambos (*reflexividade do discurso*); e, apesar disto, ter um discurso racional. Condição disto é que as regras da discussão não sejam impostas de fora da situação comunicativa, mas de dentro dela. Isto significa que, para ser racional, não se exige do discurso que ele fundamente tudo (princípio da razão suficiente), mas que ele esteja aberto à exigência de fundamentação. Discurso racional não é discurso fundamentado, nem mesmo fundamentável, mas fundamentante. Para ser racional, portanto, não é preciso que a cadeia reflexiva das fundamentações nos conduzam a um corpo de axiomas e dele sejam dedutíveis, nem que, caso este corpo não seja patente ou mesmo não exista, que seja-mos capazes de descobrir princípios últimos, explicati-

vos ainda que provisórios (discurso fundamentável), mas sim que haja uma regra que me obrigue à fundamentação (regra do dever de prova), o que pode me conduzir, às vezes, a questões aporéticas que, evidentemente, nem têm o caráter de corpo axiomático nem de solução provisória, mas são motivo de ação coerente. Assim, por exemplo, o discurso filosófico é tipicamente um discurso que desemboca em aporias (que é o conhecer, o falar, o ser justo, o verdadeiro, etc.), mas, ao enfrentá-las, reconhecendo-as como motivo último do seu discursar, é racional, mesmo quando as "resolve" (embora não as "solucione"), afirmando o *absurdo* como fundamento. Em última análise, no discurso racional tem de haver espaço para o questionamento que é outra regra básica que me permite falar em discurso fundamentante.

A regra que permite o questionamento é, na verdade, corolário da que exige a prova, a regra do dever de prova. Esta é vista, assim, como o centro lógico e ético da discussão racional. Lógico, porque, sem ela, não há fundamentação, nem ordem nos fundamentos. Ético, porque a racionalidade é também uma exigência de racionalidade. Daí uma relação possível entre o irracional e o arbitrário, entre o racional e o legítimo (usando-se a palavra legítimo num sentido amplo de regulado). Não que não possa haver fundamentos arbitrários num discurso racional. A decisão de um árbitro que decide contra toda coerência e mesmo contra o protesto estupefacto daqueles que o escolheram como tal, pode ser racional, ainda que proclame como fundamento do seu decidir o absurdo das suas próprias razões (decido assim, porque não há outro fundamento senão o meu próprio decidir): a racionalidade repou-saria aí, por exemplo, numa regra absoluta de competência. Sem esta possibilidade, teríamos, por exemplo,

de taxar de irracional o discurso do soberano, *v. g.*, nos moldes de Austin. É claro que, com isto, não estamos a dizer que tudo é racional, que uma decisão do tipo "todo aquele que nascer judeu está condenado à morte" (Hitler) seja também racional. Se é verdade que a racionalidade não está nos fins propostos da ação (racionalidade dos fins), nem na correlação de fins e meios (coerência da ação), nem por isso deixa de haver um traço divisório entre razão e irrazão. A visão pragmática da racionalidade nos permite dizer que esta não se localiza nem em "formas" (invariáveis, essenciais), nem em "matérias" (variáveis, contingentes), nem na sua manipulação, nem mesmo em "premissas" que ocorrem sempre, como componentes estruturais do discurso da discussão, mas no tratamento correlacional e regrado de questões e solução de questões. A condenação dos judeus é irracional porque, embora ela seja aparentemente possível, graças a uma regra absoluta de competência (vontade do Fuehrer), na verdade ela está "sustentada" por uma regra que afirma ou, melhor, que transforma uma aporia num axioma: não há soberania sem obediência (a aporia está no caráter reflexivo e infinito da regra: o soberano *obedece* suas próprias normas), sem perceber que, ao fazê-lo, está, na verdade, impondo uma regra à situação que não passa nem pode passar pelo mútuo entendimento, sendo posta de fora, e que foge ao dever de prova: a regra que afirma que não há regra. Esta regra não constitui discurso fundamentante, ao contrário, elimina a sua possibilidade, pois permite às partes apenas dois comportamentos: ou não falar, o que torna a relação comunicativa indeterminável, ou falar qualquer coisa, caso em que há discurso, mas não pode ser nem sustentado nem contestado.

Um discurso é racional, portanto, na medida em que se submete à regra do dever de prova. A regra do dever de prova nos permite determinar o orador como aquele que, na situação comunicativa, tem o *onus probandi*. O *onus probandi*, por sua vez, está submetido a regras que determinam o seu decurso. Estas regras são regras da situação comunicativa e não para ela. Isto é, surgem na situação comunicativa e não fora dela. Falar racionalmente é obedecer a essas regras. Esta obediência é controlada pelo ouvinte, de tal modo que quem fala está obrigado a provar o que diz, na medida da exigência crítica do ouvinte. Esta exigência crítica, em princípio, é ilimitada, mas, na prática, ela se exerce ilimitadamente. Isto porque a crítica ilimitada leva ou à paralisção do discurso ou à inversão do *onus probandi* (o orador pode, por exemplo, pôr em questão as próprias questões do ouvinte, caso em que o orador passa a ouvir e o ouvinte a orar). Ao contrário, um discurso irracional é aquele que não respeita e dever de prova, que não segue as regras de fundamentação, introduzindo regras estranhas à situação comunicativa, procurando desqualificar o comportamento crítico do ouvinte.

### 1.7 — Estrutura do discurso.

A estrutura do discurso racional ou fundamentante está determinada pela regra do dever de prova e outras que a ela se ligam. O que dá o sentido da sua unidade é a possibilidade pragmática do discurso, ou seja, as regras compõem uma unidade em função da possibilidade de comportamentos discursivos fundamentantes. A primeira regra, consoante a noção de racionalidade exposta, que assegura ao ouvinte o seu papel crítico, afirma que todo ato de falar pode ser posto em dúvida. O exercício limitado da crítica exige, entretanto, que,

a partir desta regra, se estabeleçam entre orador e ouvinte "diálogos parciais" com o intuito de se fixarem ações lingüísticas primárias, sob forma de presunção, postulado, axioma, pressuposto, etc. Isto posto, uma segunda regra afirma que uma ação lingüística primária do orador (por exemplo, numa discussão jurídica, "o ponto de partida de qualquer argumentação deve ser a lei") não pode mais ser atacada pelo ouvinte, pois o orador pode defendê-la. Em compensação, terceira regra, o orador não mais poderá modificar suas ações lingüísticas primárias. Vamos denominar o discurso fundamentante que tenha esta estrutura de discurso *dialogico*. A dialogicidade, como se vê, não pressupõe o princípio do terceiro excluído que exigiria, no caso, que todo ato de falar fosse ou atacável ou inatacável, o que feriria a primeira regra.

As regras do diálogo estabelecem típicas relações entre orador, ouvinte e as mensagens que os intermedeiam. Assim, as mensagens — aquilo que é dito —, dada a primeira regra, aparecem como questões dubitativas ou *dubium*. Um *dubium* é, dado o comportamento, em princípio, ilimitadamente crítico do ouvinte, um conjunto de possibilidades estruturadas em alternativas, de alta reflexividade. Assim, quem diz A, numa estrutura dialogica, aceita, de princípio, ao menos a possibilidade de não-A. Diante desta possibilidade, o discurso passa a ter funções características.

Por função entendemos não o efeito buscado pelo ato de falar, mas um sinal que representa uma ligação entre duas (ou mais) posições. Assim, as funções pragmáticas do discurso não se confundem com aquilo que se busca ou com a finalidade procurada, mas se referem à relação generalizada possível entre orador e ouvinte. Sob o ponto de vista do orador falamos, então, em função *sintomática* no sentido de que todo discurso

expressa sentimentos, posições, modos de entender (dor, amor, ódio, compreensão, dúvida, etc.) em termos de uma relação do emissor *para* o receptor (um discurso é sintomático *para* alguém, *para* outrem, *para* si mesmo). Sob o ponto de vista do ouvinte, o discurso tem função de *signal*, isto é, ele desperta no ouvinte uma reação — uma modificação ou manutenção no seu modo de pensar, falar, ser, etc. —, em termos de uma relação que vai da posição do receptor *para* a do emissor. Por fim, do ponto de vista do objeto do discurso — a questão, aquilo que é dito e que pode ser posto em dúvida — falamos em função estimativa do discurso em termos da relação de convergência dos comportamentos sintomáticos e de *signal* sobre a questão, que aparece, então como duvidosa, inteligente, boa, má, etc.

Pois bem, numa estrutura dialógica, a função sintomática é personalíssima, no sentido de que todo discurso aparece como expressão pessoal de quem fala: é impossível dissociar o que é dito daquele que diz, sob pena de se desentender o ato locucionário, sendo o orador responsável (regra do dever de prova) pessoalmente pelo que diz. Assim, por exemplo, uma declaração de vontade — eu quero isto — se enquadrará tipicamente aqui. Do mesmo modo, a função de *signal* mostra que o ouvinte se liga à situação comunicativa de modo especial, participando do discurso não como mero espectador, mas como ator, convidado a intervir na ação. Falamos, então, em reação *ativa*. Por fim, quanto à função estimativa é, marcadamente, dubitativa, donde o caráter de *dubium* da questão: trata-se de questões tomadas a sério, responsáveis (isto é, surgidas num contexto), cuja alta reflexividade pode nos conduzir sempre a aporias. Esta alta reflexividade determina o discurso com um jogo infinito de estratégias que se organizam a partir de *topoi*.

*Topoi* ou lugares comuns são fórmulas de procura que orientam a argumentação. Não são dados ou fenômenos, mas construções ou operações estruturantes, perceptíveis no decurso da discussão. Assim, por exemplo, na moderna teoria jurídica da interpretação, em contraste com a doutrina predominante no século passado, na sua primeira metade, a flexibilidade interpretativa das leis em oposição ao princípio da interpretação literal, pode ser visto como um *topos* da hermenêutica atual. No caso do direito, os *topoi* aparecem, inclusive, no próprio texto legal como, por exemplo, no art. 5.º da Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro, que dispõe: "Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se destina e às exigências do bem comum". Tanto a noção de "fins sociais" quanto a de "bem comum" são, do ponto de vista da pragmática, noções tópicas que, no caso, *devem* orientar o discurso aplicativo da lei. A presença de *topoi*, no discurso, dão à estrutura uma flexibilidade e abertura característica, pois sua função é antes a de ajudar a construir um quadro problemático, mais do que resolver problemas. Outros *topoi* da argumentação jurídica são a imparcialidade do juiz, a noção de interesse, a noção de boa fé, a presunção de inocência, até prova em contrário, etc.

A dialogicidade, porém, não esgota a estrutura do discurso, do ângulo pragmático. Pois é possível que, a partir da regra do dever de prova, colocar, de antemão, como regra básica do discurso a disposição, segundo a qual nem todos atos de falar do orador possam ser atacados. Segue-se uma segunda regra pela qual os mesmos atos são divididos em dois grupos opostos: os atacáveis e os não-atacáveis ou os defensáveis e os não-defensáveis. Daí uma terceira, que propõe que, se o ato for defensável, não poderá ser posto em questão, se for atacável, não poderá ser proposto. Neste caso,

denominamos a estrutura de monológica. A monologicidade, como se vê, ao contrário da dialógica, pressupõe o princípio lógico do terceiro excluído, pois os atos de falar são, de princípio, ou atacáveis ou inatacáveis, excluída uma terceira possibilidade.

Estas regras estabelecem típicas relações entre os componentes do discurso, ou seja, entre orador, ouvinte e objeto. O orador, garantido pelas regras, pode se colocar num segundo plano, pois, desde que não proponha atos de falar atacáveis, torna-se cambiável, não sendo responsável pessoalmente, pois as fundamentações decorrem do que foi assumido como defensável. Isto faz dele mero proponente. Assim, uma demonstração matemática, não importa quem a faça, é válida dentro dos quadros de coerência. O discurso, portanto, não é sintoma pessoal, mas há a possibilidade de generalização e universalização. Do mesmo modo, quanto à função de sinal, o ouvinte torna-se passivo, um espectador que assiste ao espetáculo, sem interferir nele, a não ser para acompanhar a coerência das operações. Por isso, quanto à função estimativa, o objeto do discurso revela-se como um *certum*, isto é, uma questão cuja reflexividade está interrompida, cujas alternativas são reduzíveis a duas possibilidades contraditórias: sim ou não, verdadeiro ou falso, 0 ou 1, etc. Não sendo reflexivo, o monólogo se desenvolve apenas numa direção: para frente, a partir da *quaestio certa*, ao contrário do diálogo, que se desenvolve para frente e para trás, na forma de questões sobre questões, etc. O discurso monológico, tendo um ponto de partida certo, admite axiomatização. O dialógico, sendo tópicico, é sempre aberto e não axiomatizável, e como os *topoi* são fórmulas presas à situação comunicativa, o discurso dialógico experimenta certa historicidade. Contudo, propriamente dita, não é a estru-

tura dialógica, mas as estratégias do diálogo, enquanto orientadas por *topoi*, é que são históricas.

Para exemplificar as duas formas estruturais do discurso, do ângulo pragmático, tomemos o caso de um discurso pericial, de balística, apresentado num tribunal. O discurso pericial, *independentemente da sua apresentação no tribunal*, pode, eventualmente, assumir caracteres monológicos. A questão é do tipo *certum*: ou a bala saiu da arma criminosa ou não saiu, ou a probabilidade (quantificação) é maior de um lado ou do outro. O discurso, neste caso, não é expressão pessoal do técnico x ou y, mas de *um* técnico. Pressupõe um ouvinte que apenas acompanha a coerência da argumentação e não é convidado a intervir. Não é reflexivo, pois exclui questões sobre os fundamentos da balística que são, em princípio, aceitos e não postos em dúvida perene. Por isso é um discurso abstrato, no sentido de que não está preso à situação de um determinado orador e um determinado ouvinte, podendo, nas suas linhas teóricas, ser transportado para outros sujeitos e outras armas. O discurso do promotor público, porém, que exhibe a perícia como prova do crime, incorpora o discurso pericial num outro contexto comunicativo, tipicamente dialógico. A questão pericial "em si" não deixa de ser *quaestio certa*, mas na palavra do promotor ela se torna *quaestio dubia*, pois a parte contrária pode levantar novas alternativas do tipo: qual o grau de confiabilidade em termos de sua relevância jurídica, do laudo técnico, até que ponto aquela prova pericial pode ser usada como instrumento de incriminação. Neste contexto, o perito em balística perde sua universalidade absoluta, sua condição pessoal de perito passa a exercer uma interferência no próprio sentido da perícia e o auditório, ao qual se dirige, perde também sua passividade, tornando-se contestativo e tendo que ser levado



em conta para a organização estratégica dos argumentos.

### 1.8 — Modos de discurso.

O exemplo apresentado tem, porém, nuances que precisam ser reveladas. Isto nos conduz ao problema dos modos pragmáticos do discurso.

A literatura filosófica costuma estabelecer diferenças do tipo: juízos de ser e de dever-ser, teóricos e práticos, juízos de realidade e juízos de valor, descritivos e diretivos, etc. Admitamos, sem discutir longamente, que uma distinção do tipo ser e dever-ser tem uma relevância basicamente sintática (caso não se dê àquelas expressões sentido ontológico), já a distinção entre juízos descritivos e diretivos teria relevância mais semântica. Ora, nossa intenção é propor, na mesma linha, uma distinção de natureza basicamente pragmática, que afete, pois, a relação interativa de orador e ouvinte.

Imaginemos um primeiro caso, a posição de um cientista, tentando descobrir a possibilidade de se identificar a arma da qual saiu uma bala pelas marcas contidas nesta última. Este homem levanta dados, compara possibilidades, propõe uma hipótese. Verifica-se que a hipótese é viável. Outros cientistas a estudam, tentam confirmá-la ou desconfirmá-la. No último caso, devolvem a hipótese ao autor e concedem-lhe a chance de continuar as pesquisas. Por outro lado, admitamos um segundo caso, também de um cientista que, tendo proposto uma hipótese, verificou-a e agora constrói uma teoria balística. Por fim, um terceiro caso, em que uma perícia é realizada e apresentada no tribunal. Para simplificar, vamos tomar dos três discursos o seguinte ato locucionário: "as estrias fixadas no projétil, comparadas com a arma, permitem identificar a arma". Sob o ângulo sintático, não há distinção a fazer, pois

não são três, mas o mesmo enunciado. Isto é válido também para o ângulo semântico. Não, porém, para a pragmática.

Admitindo-se que estamos falando de discursos submetidos ao dever de prova, portanto racionais, não podemos ignorar que a interação entre orador e ouvinte admite duas relações básicas: ambos discutem um *com* o outro ou um *contra* o outro. Para que o primeiro caso ocorra, é necessário que entre ambos exista *homologia*, no sentido socrático do termo: ambos possuem qualidades, não só para discutir um com o outro, mas também para verificar inter pessoalmente o que é enunciado. Digamos que ambos dominam uma língua, cujos elementos são convencionados e cujo uso é disciplinado por uma série de regras. Assim, no exemplo dado, está pressuposto que o modo como se devam entender os termos *projétil*, *arma*, *marcas* foi disciplinado. Domina aqui, portanto, mútua confiança e respeito, que conduzem à cooperação e que se fundam na "competência comunicativa" das partes (comunidade linguística comum, capacidade de controle comum, etc.). A relação é predominantemente simétrica, não necessariamente no que se refere às partes, mas aos atos de falar, o que faz com que o comportamento do ouvinte não vise diretamente a pessoa do orador, mas a sua fala. No caso de uma estrutura dialógica, combinam-se, pois, aqui, a responsabilidade pessoal do orador, com certa imunização contra a crítica pessoal por parte do ouvinte. Isto permite, aliás, a tranqüila passagem de uma estrutura dialógica para uma monológica. Quanto à fundamentação, o discurso-com ou homológico atende a uma estratégia de *conhecimento*. *Conhecimento* entende-se como um sentimento que se funda na verdade. Só há convicção (o termo não deve ser entendido psicologicamente, mas como condição de possibi-

lidade da homologia) se o ouvinte se submete ao procedimento verificador, o que não exclui a possibilidade de tentativa de falsificação para testar a veracidade. Isto é, uma falsa asserção não produz convicção, o que exclui da relação homológica a mentira.

No caso, porém, em que se discute um *contra* o outro, a relação é basicamente *heterológica*. Aqui um eventual consenso entre as partes não é fruto da verdade, mas, ao contrário, a "verdade" se funda no consenso obtido. Não há lugar, pois, para convicção, mas para *persuasão*. Persuasão é entendida como um sentimento que se funda no *interesse*. Enquanto a verdade se liga aos procedimentos verificadores (e falsificadores) nos quadros da comum competência comunicativa, o interesse se liga a procedimentos de controle de opção. Tanto a ação quanto a reação de orador e ouvinte são eminentemente *partidárias*, ambos defendem *suas opiniões*. Por isso, o objeto do discurso, a *questão*, aparece sob a forma de *conflito*. Conflitos são questões em que a relação entre as partes é predominantemente não simétrica, constituída de alternativas *incompatíveis*. Alternativas incompatíveis se distinguem das contraditórias. Estas são mutuamente excludentes e a sua afirmação conjunta não tem sentido. Alternativas incompatíveis, porém, não são de imediato mutuamente excludentes, pois elas não indicam, fora de qualquer contexto, que a adoção de uma exclua a outra. Assim, por exemplo, num sistema de regras de conduta, uma regra que se recomende cautela nos negócios e outra que peça a coragem de assumir riscos aparecem como incompatíveis, se alguém, na realização de um negócio, tem que optar. A incompatibilidade só surge, então, da oposição entre duas proposições, analíticas (agir com cautela e assumir riscos) e de uma proposição empírica

(fazer tal negócio). Além disso, conflitos são alternativas incompatíveis que pedem uma *decisão*.

Entendemos por decisão um ato de falar que soluciona uma questão sem eliminá-la. Para explicar isto, tomemos, por exemplo, um sistema ético, onde conste: a) a verdade deve ser dita; b) devemos ser misericordiosos. Supondo-se que um médico se pergunte se deve ou não contar a um moribundo que sua morte se aproxima, temos um caso de conflito. Ora a decisão, digamos, de dizer a verdade, soluciona o conflito, mas não o elimina, pois as alternativas permanecem na sua selectividade de novo objeto de decisão. Decisões, neste sentido, podem ter, mas não têm, necessariamente, por finalidade estabelecer consenso, mas, sim, "absorver insegurança" (Simon/March), pois decisões não eliminam alternativas, mas tornam alternativas indecíveis em decíveis. Daí poder-se dizer também que a fundamentação dos discursos heterológicos visa não a *demonstração*, mas a *justificação* das decisões.

Podemos, assim, entender porque as três proposições anteriores constituem do ângulo pragmático, pelo menos, dois modos discursivos diferentes. A primeira pode ser localizada como uma discussão-com de estrutura dialógica. A segunda é uma discussão-com de estrutura monológica. A terceira é uma discussão-com de estrutura dialógica. A distinção entre discurso homológico e heterológico pode ser apreciada também em discussões políticas. Numa conferência internacional sobre a segurança europeia, em Helsinque (julho de 1975), um dos pontos importantes era a determinação do sentido atribuível a expressões do tipo "segurança", "relações humanitárias", etc. Ora, podia-se observar que os participantes, ao discutirem, não estavam empenhados em *conventionar* o sentido destas palavras dentro de uma possível comunidade

linguística, mas, *sim conquisitar* uns dos outros um sentido que lhes fosse mais favorável. Assim podemos dizer que o problema não estavam no nível semântico, mas pragmático, pois o eventual trabalho de tradutores, fixando os textos nas diversas línguas, não estava resolvendo a questão, que era de nível preponderantemente, pragmático e, no caso, de discussão-contra.

### 1.9 — Propriedades pragmáticas fundamentais do discurso.

O que dissemos até agora nos quadros de um esquema breve, já nos basta para o encaminhamento dos itens principais de uma teoria pragmática do direito. Podemos assim ordenar os seguintes pontos principais que abordaremos neste trabalho. Antes, porém, é preciso resumir em termos gerais os principais resultados da exposição precedente, fixando as propriedades fundamentais do discurso do ângulo pragmático.

Ponto de partida da análise pragmática é o princípio da interação. Assim concebemos o ato de falar como uma ação linguística dirigida a outrem, como apelo ao entendimento de outrem. Esta ação comporta como elementos fundamentais: o sujeito que fala ou orador, o endereçado da fala ou ouvinte e o objeto, aquilo que se fala ou questão. Estes três elementos são incontroláveis e não há discurso sem eles. O discurso não se contunde, pois, com um enunciado, um conjunto de palavras sintaticamente ordenadas e dotadas de sentido, mas abarca modos expressivos *digitais* e *analógicos*.<sup>14</sup> Comunicações verbais são basicamente digitais. Quando digo: retire-se! e diante do rosto espantado do interlocutor, segue-se longo e pesado silêncio, este silêncio e o rosto espantado *prolongam*, por assim dizer, *de modo*

<sup>14</sup> WARTZLAWICK et alii, cit., p. 44 et seq.

*analógico*, o discurso verbal, momentos antes proferido. Alguns chamam o modo analógico de paradiscursivo (Wunderlich). Enquanto o modo digital é cheio de recursos que permitem controle e disciplina do falar (denotação), o modo analógico é pobre de recursos e conotativo. Assim, o silêncio pode ser, num interrogatório, consentimento, indiferença, ignorância, dependendo da situação em que ocorre. Por isso, no seu modo analógico, o discurso é de difícil generalização, ao contrário do digital, que se generaliza com facilidade.

Quanto ao objeto do discurso, aquilo que se fala e que, em relação ao modelo pergunta/resposta, chamamos de *questão* (dúbia ou certa), distinguimos entre o *relato* e o *cometimento* como dois níveis diferentes.<sup>15</sup> Isto porque quem fala não transmite apenas uma informação (relato), mas transmite, ao mesmo tempo, como esta informação deve ser entendida (cometimento), isto é, quem fala informa e determina a *relação* entre si próprio e o seu ouvinte. Assim, as divergências doutrinárias no entendimento da lei quanto à chamada *mens legis* ou *ratio legis* são, no fundo, divergências em torno do nível *cometimento*. Por exemplo, se um texto legal preceitua: "Quando o juiz verificar pelo auto de prisão em flagrante que o agente praticou o fato nas condições do art. 19, ns. I, II e III, do Código Penal, poderá, depois de ouvir o Ministério Público, conceder ao réu liberdade provisória, mediante termo de comparecimento a todos os atos do processo, sob pena de revogação" (art. 310 do Código de Processo Penal), a expressão *podará* transmite junto com a in-

<sup>15</sup> No mesmo sentido, Erving Goffman distingue na expressividade do indivíduo dois tipos de atividade significativa: a expressão que ele dá e a expressão que dele *emana* (*La presentación de la persona en la vida cotidiana*. Trad. Torres Perón e Flora Setaro. Buenos Aires, 1971, p. 14).

formação também uma ordem que afeta o comportamento do endereçado, em relação ao emissor da norma, tanto que os intérpretes chegam a divergir se, neste termo, está contida apenas uma permissão ou uma obrigação. Esta discussão hermenêutica afeta à *relação* entre emissor e receptor. O relato, no caso, é a possibilidade de concessão ao réu de liberdade provisória, dentro de determinadas condições. O cometimento é o *aspecto* metacomunicacional de como o relato deve ser entendido, se mera permissão ou se obrigação.

Quanto a orador e ouvinte, como elementos do discurso, é preciso salientar que não se trata, em princípio, de papéis fixos e predeterminados; ao contrário, no processo discursivo, são posições intercambiáveis. Orador é sempre aquele que, de acordo com a regra do dever de prova, assume o *onus probandi*, mas este assumir uma posição depende da situação comunicativa. Assim, para um expectador externo, um discurso pode ser visto como uma troca contínua de informações, mas do ponto de vista dos participantes a carga da prova sempre cabe, em cada momento, a um deles. For recursos estratégicos, às vezes, empurraremos esta carga para o outro, de tal modo, que o orador não é aquele que fala, mas o receptor da mensagem. Por exemplo, alguém diz a uma criança: agora você vai para a cama, não vai? Isto que parece uma pergunta é, antes, uma ordem a uma provável recusa, que deverá ser justificada. Há uma antecipação a qualquer justificativa da criança em não querer ir dormir. A discórdância em torno da distribuição do *onus probandi* está na base de incontáveis disputas em torno das *relações*, não podendo ser ignorado, neste sentido, o próprio direito processual como uma fórmula normativa, que organiza essa distribuição no discurso jurídico.

Por último, convém lembrar o modo homológico e heterológico do discurso, conforme a simetria ou a complementaridade das relações interacionais. Aqui nos interessa, particularmente, o discurso heterológico, que tem por objeto conflitos e pede decisão. Portanto, questões que não podem ser solucionadas por meros atos de escolha, caso em que as alternativas confinariam um sistema simples, em que todas as posições poderiam ser enumeradas e avaliadas de acordo com critérios definidos. Trata-se, ao contrário, de questões que fogem a tais critérios, onde a racionalidade simétrica entre problemas e soluções de problemas não é a regra, e onde as partes têm comportamentos heterológicos, que se manifestam na diversidade de interesses ou da sua interpretação, na diversidade, pois, das condições de avaliação, ocorrendo então um diálogo ao nível opinativo, sendo partidários as reações. As interações heterológicas têm formas específicas de controle, como veremos posteriormente.

Isto posto, resta-nos agora levantar os problemas que nos propomos. Nossa intenção, dados os limites que nos impomos, não é tratar da pragmática do direito em geral, mas escolher um tema específico. Este tema deve ser limitado pela noção de norma jurídica ou discurso normativo. Consoante o modelo pragmático apresentado, a investigação se preocupa, em determinar em que situação comunicativa ocorre o discurso normativo.