



# RETÓRICA, DIREITO E DEMOCRACIA

Sobre a Natureza e Função  
da  
Retórica Jurídica

36154



-R-

T526

Dissertação de mestrado em Comunicação Social,  
apresentada à Faculdade de Ciências Sociais e  
Humanas da Universidade Nova de Lisboa e  
elaborada sob orientação do Exmo. Professor  
Doutor Tito Cardoso e Cunha.

## *AGRADECIMENTOS*

Para a realização deste trabalho pude contar com o apoio de pessoas e instituições às quais devo e desejo expressar pública e sincera gratidão.

Refiro, em primeiro lugar, o Professor Doutor Tito Cardoso e Cunha de quem tive a honra de colher uma orientação exemplar, fruto do seu saber, experiência e entusiasmo pela investigação, particularmente neste domínio que lhe é especialmente caro.

Em segundo lugar, expresso o meu profundo reconhecimento ao Doutor António Augusto P. Santos Carvalho, Juiz de Direito, que se dignou conceder-me muito do seu pouco tempo disponível para fazer o necessário contraponto com o universo judiciário. A ele devo muitas e preciosas elucidações sobre as complexas questões de natureza judiciária.

À Procuradoria-Geral da República manifesto a minha gratidão por ter facultado, sem quaisquer reservas, a consulta de importante conjunto de obras, circunstância que me foi particularmente útil por se tratar de um domínio do saber tão específico como este.

É imperativo sublinhar que a realização deste trabalho só foi possível porque o Ministério da Justiça se dignou conceder-me equiparação a bolseiro durante o período correspondente à sua elaboração.

Por fim, desejo manifestar a minha profunda gratidão aos técnicos do I.N.P.C.C. que me prodigalizaram todo o empenho e competência na composição e impressão deste trabalho.

# ÍNDICE

<b>1 - Introdução</b>	
<b>2 - Lógica formal e lógica jurídica</b>	
2.1 - Introdução .....	12
2.2 - Demonstração, verificação, justificação .....	17
2.3 - Convencer e persuadir .....	26
2.4 - Contradição e incompatibilidade .....	30
2.5 - Lógica e retórica - Do reino da necessidade ao da possibilidade ou da sua inevitável imbricação .....	33
2.6 - Raciocínio jurídico e lógica jurídica. O porquê da designação mesma de «lógica Jurídica» .....	45
<b>3 - Da especificidade do debate judiciário</b>	
3.1 - Argumentação jurídica, caso particular da argumentação prática .....	54
3.2 - Tipos de discussões jurídicas .....	57
3.3 - Argumentação jurídica e justificação interna .....	60
3.4 - Argumentação jurídica e justificação externa .....	69
3.4.1 - Regras e formas de interpretação (cânones de interpretação) .....	71
3.4.2 - A argumentação dogmática .....	77
3.4.3 - Formas especiais de argumentos jurídicos .....	83
3.5 - O debate judiciário .....	87
3.5.1 - Definição e enquadramento legal .....	89
3.5.2 - Natureza dos acordos prévios .....	93
3.5.3 - Da universalidade do auditório judiciário .....	99
3.5.4 - Da argumentação no debate judiciário .....	106
3.5.5 - Efeito de presença e auditório judiciário .....	113
<b>4 - Posição e função do Juiz</b>	
4.1 - Introdução .....	118
4.2 - O debate consigo mesmo e a formação da íntima convicção	
4.2.1 - O problema da deliberação consigo mesmo .....	123
4.2.2 - A estrutura do raciocínio jurídico .....	133
4.2.3 - A especificidade da prova jurídica .....	139
4.3 - Da motivação das sentenças .....	152
<b>5 - O problema da decisão</b> .....	164
5.1 - Uma perspectiva crítica da decisão .....	165
5.2 - Decisão e argumentação .....	180
<b>6 - Conclusão</b> .....	188
<b>7 - Bibliografia</b> .....	194

## 1 - Introdução

*Assim se escreva, assim se faça!*

Com esta bela e concisa expressão, colocada na boca do todo-poderoso faraó do Egito, o realizador de uma célebre macro-produção cinematográfica exprime de modo feliz a forma como a oralidade e a escrita se articulam nos sistemas políticos oligárquicos da antiguidade oriental e médio-oriental, no exercício do poder: A palavra, que é comando, torna-se escrita para que «conste» na memória que comanda a execução de todas as acções futuras.

Importará, no entanto, reconhecer que aquele comando, é multiplamente redundante: em primeiro lugar, no sentido em que a própria linguagem, antes de ser comando, é já «palavra de ordem», como diria Deleuze, isto é, uma «uma ordem dada ao mundo»; em segundo lugar, a expressão em análise enuncia, taxativamente, uma ordem; pela mediação da escrita, ela exige, por último, ser inscrita de forma indelével na memória que preside a toda a acção futura.

Não estamos aqui perante uma sobreposição de sentidos, mas perante o sublinhar reiterado de um único, o que anula a possibilidade da sua coexistência com jogos equívocos de sentido que, uma vez introduzidos pelo questionamento ou pela interpretação, poderiam enfraquece-lo. Ser-nos-á consentido dizer que aquele comando será, por essência, um «sobrecódigo» no sentido que Deleuze dará a este termo, isto é, um sobrecódigo imposto pelo Estado para ligar todos os outros códigos, tentando dominá-los. É este o sentido conferido por Lucien Sfez ao conceito de «sobrecódigo» em Deleuze, quando diz: «No Anti-Édipo Deleuze fala do Estado sobrecodificador; o sobrecódigo do Estado seria uma espécie de polícia do sentido, um super-sistema que recupera os fluxos para lhes dar lugar, que elimina todas as tentativas para se escapar além do sentido (...)» (Sfez, 1990: 344).

A linguagem tem já, por memória auditiva, a lembrança de uma ordem a cumprir, como bem o sugere Deleuze. Mas será, segundo cremos, a memória escrita reforçada pelo vínculo institucional que lhe confere perenidade, traduzida na fixação de normativos, de doutrina e de jurisprudência que, em conjugação, permitem configurar uma espécie de universo autónomo - o dos assuntos jurídicos - criando a miragem de uma fronteira que pretende dar homogeneidade a um conjunto heterogéneo de domínios e que, por isso, lhe dá a ilusão, ou a legitimidade, de ser designado como um sistema. Em todo o caso, nele se concentra e se reforça, pela injunção de «níveis de institucionalização», de «dispositivos coercitivos» e da forma de expressão escrita, a força ilocutória da linguagem.

Em certo sentido, o Direito dá-nos a ver, de forma muito viva e privilegiada, a ligação já estruturalmente presente na linguagem, entre dizer e fazer, dimensão que Austin magistralmente desenvolve em «How to do things with words». Importará então reconhecer que se é pela linguagem que transformamos o mundo, será através da sua fixação escrita que ela reforça a sua eficácia e tem desempenhado, desde eras remotas, o papel de instrumento de controlo de todas as transformações, ao serviço do Poder.

Lévi Strauss refere mesmo que a escrita foi inventada para ser instrumento de dominação e de fixação de regras, razão pela qual não é estranho que a linguagem jurídica tenha encontrado na «escrita» a sua apropriada forma de ser. Será pertinente lembrarmos aqui as palavras de Boaventura Sousa Santos sobre esta questão: *«Pode mesmo dizer-se que a escrita jurídica é de todas a que melhor preenche os requisitos estruturais do pensamento escrito (...) é aquela em que a ficção do auditório atinge o seu nível extremo. É o que decorre do princípio da não ignorância da Lei (...) de que a ignorância da Lei não pode ser invocada para desculpar o comportamento contrário às suas determinações obrigatórias»* (Santos, 1980 : 109).

No século V a.c., circunstâncias sócio-políticas particularmente favoráveis, permitiram a constituição, de um «espaço público de livre exercício da razão», (Cfr. Habermas, 1978) isto é, um lugar do *dialogos* e da *praxis*, enquanto acção comum. Nesse quadro, *«cada indivíduo torna-se cidadão da Polis e passa a ser uma consciência socialmente pensante e socialmente raciocinante»* (Borges, 1991:71), renunciando, de alguma forma, o surgimento, tantos séculos volvidos, do sujeito jurídico na modernidade.

Naquele momento particular de ruptura com um regime político despótico imposto pelo tirano de Ciracusa, a palavra pôde constituir-se, particularmente através dos esforços de Tísias e Corax, como instrumento logo-técnico importante para reivindicar a reapropriação das terras e dirimir os conflitos emergentes desse processo de reorganização agrária. Vemos assim que se é verdade que o novo espaço do exercício da razão é «público», a especificidade das questões que o preenchem, nesse momento inaugural, é jurídica.

Deste modo o exercício democrático do poder e do direito estão, desde esse momento histórico remoto, associados ao uso desse novo instrumento, colocado ao serviço da razão prática, que Aristóteles haveria de definir como *«Téchné Rhétoriké»*. Foi, aliás, este nosso autor quem procurou adequar esta técnica discursiva ao domínio judiciário, apurando nela os instrumentos técnicos para a obtenção da prova judiciária e conferindo-lhe ainda a função de ser mediadora entre as normas, as condutas humanas e a consciência dos juizes.

Podemos dizer que os princípios da oralidade, da imediação e do contraditório, consagrados nos ordenamentos jurídicos dos povos «civilizados» e hoje imprescindíveis ao exercício do direito, são uma marca indelével dessa conquista da oralidade que se liberta e não mais deixará de reivindicar o exercício da sua acção descrepadora sobre o direito escrito, de reivindicar o seu lugar no campo da produção da prova jurídica e judiciária, sempre que as condições histórico-políticas consentem o livre exercício da razão.

Na nossa perspectiva, uma reflexão contemporânea sobre a articulação da palavra, com a democracia e com o Direito, não consente ficar indiferente à célebre correlação de Boaventura. Em pequeno ensaio, por nós publicado e acima referido, tivemos já o ensejo de a ela nos referir dando conta da co-variação múltipla entre factores, expressa nos seguintes termos: «*A amplitude do espaço retórico do discurso jurídico varia na razão inversa do nível de institucionalização da função jurídica e do poder dos instrumentos de coerção ao serviço da produção jurídica*». Boaventura sugere, em momento subsequente, que a correlação por si proposta deve ser entendida deste modo: «*quanto mais elevado é o nível de institucionalização da função jurídica menor tende a ser o espaço retórico do discurso jurídico, e vice-versa; quanto mais poderosos são os instrumentos de coerção ao serviço da produção jurídica, menor tende a ser o espaço retórico do discurso jurídico e vice-versa*» (Santos, 1980: 59 e 61).

De facto o surgimento da «*techné rhétoriké*» é coetânea da constituição de um amplo espaço democrático de livre debate político, dos valores e das ideias. A amplitude do espaço argumentativo não pode ser aí dissociada da quebra dos antigos dispositivos coercitivos do regime tirânico deposto, e nenhuma indicação histórica nos faz supor que fosse elevado o nível de institucionalização da função jurídica. Não estaremos muito longe da verdade histórica ao supor que a função jurídica na Grécia antiga, à semelhança do que pôde ser aprofundado por Boaventura no seu estudo do «*direito de Pasárgada*», teria mais a ver com a adopção de processos de arbitragem e de mediação, coordenados por pessoas prestigiadas do povo e decorrendo de forma pública. É provável que, tal como em «*Pasárgada*» a decisão tendesse mais a ser investida, como diz Boaventura, «*do propósito de contabilizar em pormenor os méritos relativos das diferentes pretensões*» (Santos, 1980: 21).

No entanto, Aristóteles dá-nos a indicação da procura de um grande rigor no que concerne ao sistema de produção da prova, através da «*Téchné Rhétoriké*», esclarecendo que só as provas são técnicas. Com isso pretendia o nosso autor rejeitar todo um conjunto de procedimentos que visavam a comoção psicagógica dos magistrados. Advertia-os, por isso, de que, deviam deixar-se apenas convencer pela racionalidade e razoabilidade dos argumentos e sua conformação à lei. Quando o recurso à lei não fosse suficiente, Aristóteles sugeria que se recorresse aos «*princípios de direito não escrito*» mas universalmente reconhecidos.

Como sustenta Perelman no prefácio à sua obra «*L'Empire Rhétorique*», o declínio da retórica antiga, desde o início da idade média, caracterizado particularmente pela perda de equilíbrio entre os géneros deliberativo, judiciário e epidíctico, estará associado à morte das instituições republicanas. Esta circunstância terá produzido, de facto, uma nova concentração do poder e, com ela, a anulação do debate democrático das grandes questões políticas. O próprio género epidíctico, sempre associado aos grandes acontecimentos da vida pública, onde tinha a oportunidade de fazer a apologia e o reforço dos valores comuns, numa função integradora que não é despiciente realçar, perde o seu espaço e função mobilizadora de vontades, de sentimentos

de comunhão e de pertença. A retórica vê-se rapidamente confinada à «*elocutio*», isto é, à componente ornamental do discurso, «*colores rhetorici*». O «espaço público» toma-se, então, espaço de representação, lugar saturado pelos signos de ostentação do poder.

Uma vez mais a correlação sugerida por Boaventura encontra plena confirmação. O direito caminha para um alto nível de institucionalização que vai consumir-se na configuração do «direito culto» a partir do século XIII e vai refinar esta dimensão sob o «Antigo Regime», no sistema de provas legais. O recurso à violência e aos dispositivos coercitivos, como será oportunamente referido, quando abordarmos a economia da produção da prova e nos referirmos, embora brevemente, à posição e função do juiz na tradição jurídica dos povos do continente europeu, cresceu com a profunda retracção do espaço retórico-jurídico.

É evidente que as alterações operadas pela «Revolução Francesa» inauguraram um novo ciclo de relações entre o poder e o direito. É inegável que o «espaço público» foi de alguma forma recuperado pela revolução burguesa de 1791. Mas, ao invés do que seria legítimo esperar, o século a que abriu portas, o século XIX, longe de delimitar um amplo espaço retórico de público exercício da razão, como o poderiam fazer supôr os estudos utópicos dos juristas do século XVIII, foi marcado muito fortemente pelo surgimento de um amplo poder administrativo, definindo um espaço público administrativo em contraposição com uma esfera pública de pessoas privadas, a sociedade civil. É neste século que precisamente se instala muito fortemente «*a lógica e a economia da escrita como factores estruturantes dominantes da prática e do discurso jurídico*» (Santos, 1980: 109).

No plano que particularmente aqui nos ocupa, vemos surgir de forma vigorosa a «Escola da Exegese», que veicula a corrente de pensamento político-jurídico do positivismo jurídico e que dominará soberanamente até cerca de 1880, coexistindo, a partir daquela data e até ao histórico julgamento de Nuremberga, com as correntes sociológica e funcionalista. A Lei torna-se uma entidade intocável, quase mística, porque é considerada como uma emanação da nação soberana ou do legislador que a representa. Em toda a trajectória do direito o período que medeia entre 1791 e 1880 terá sido aquele em que o tropismo lógico-dedutivo mais se fez sentir sobre a doutrina e o campo de aplicação do Direito. A incidência da retórica no domínio jurídico conhece o solstício da sua retracção e, correlativamente, se exponencia o nível de institucionalização do Direito.

Será importante reter ainda de Boaventura o contributo da sua reflexão, em tomo de uma abordagem que nós designamos de «sincrónica» e que incide sobre a desigual distribuição dos instrumentos coercitivos no espaço do ordenamento jurídico dos países. Trata-se de reconhecer que o Legislador, se quizermos as orientações de estratégia jurídico-política dos países, manifesta uma apetência especial, já visível no quadro da legalidade definida logo após a «Revolução Francesa», para privilegiar, através da concentração de dispositivos coercitivos, áreas centrais onde se exerce a sua dominação.

Particularizando, a tradição liberal privilegiou a punição dos crimes contra a propriedade, isto é, «a legalidade dos bens», deixando mais permissivo e liberto o campo da «ilegalidade dos direitos» de que fala magistralmente Michel Foucault em «Surveiller et Punir». De onde, segundo este autor, a estratégia da eficácia inversa dos sistemas carcerários e o que ele designa pela fixação de um grupo restrito de infractores da lei sob a designação de «a delinquência».

Boaventura faz-nos notar que a eleição de um núcleo central de dominação e a concentração nele da maioria dos dispositivos coercitivos, deixam mais livre o exercício da retórica jurídica nas áreas periféricas da dominação, isto é, nas áreas que a estratégia jurídico-política não privilegia como potencialmente perigosas para a sua auto-sustentação (Cfr. Santos, 1988). A questão que aqui se levanta, segundo o nosso ponto de vista, tem a ver, por um lado, com o desvirtuar simultâneo da função que originariamente se reconhece à retórica e, por outro, do conceito de democracia, de que, afinal, não temos paradigma, a menos que nos atenhamos ao sentido imerso na sua raiz etimológica. De facto, se para a função da «*techné Rhétoriké*» podemos situar historicamente os momentos da sua degradação, a partir de um referencial que nos é dado pela constituição do espaço público da Grécia antiga, quanto à segunda questão será mais prudente tomarmos como referência uma ideia sempre em projecto, mas cujos contornos se vão fixando num senso comum cada vez mais alargado e esclarecido e em textos que consagram para além dos princípios de igualdade formal, princípios que exponenciem a plena realização do homem, de modo a que «democracia» e «livre e público exercício da razão» se tornem sinónimos.

São de natureza estrutural as dificuldades que ainda acorrentam a retórica jurídica e que urge ultrapassar para que se possa reconduzi-la à sua posição no debate das questões jurídicas e à sua função de aprofundar a democracia no campo de aplicação das normas. Isso mesmo nos lembra, uma vez mais Boaventura, citando livremente Souriaux e Lerat, quando diz: «*A subordinação estrutural a que neste processo foram submetidos os resíduos de oralidade no discurso jurídico torna-se patente de múltiplas formas, inclusivamente através dos refinamentos analíticos e exegéticos a que foram submetidos os *topoi* por parte da ciência jurídica, refinamentos esses que relevam de uma lógica sistémica e, como tal, estranha à génese tópica*» (Santos, 1980: 110).

As atrocidades cometidas por um estado soberano em nome da Lei, legitimam que se reconheça à data do julgamento de Nuremberga uma função de charneira na reflexão sobre a natureza e função do Direito. O surgimento, ao nível da comunidade das nações, de medidas cautelares conjuntas e a ratificação de princípios universalmente reconhecidos, são indicadores de uma viragem muito importante, que importará ainda completar. Para a consecução deste desiderato pensamos ser muito importante o concurso da «*techné Rhétoriké*», como instrumento pedagógico importante para que a humanidade reaprenda o discurso sobre os valores e faça de novo da «*Polis*» o lugar do «*dialogos*» e da «*praxis*». Importa, por isso questionarmo-nos muito seriamente sobre os factores de que fala «Lipovetsky», de desafeecção e de retracção narcísicas.

O nosso propósito no trabalho que aqui iniciamos, é o de devolver a dialéctica à retórica e pugnar para que esta deixe de ser considerada pelo senso comum, não por aquilo que ela não quiz ser e possa reconhecer-se que a degradação da sua imagem são as roupagens rasgadas pelas tracções a que foi sujeita, no jogo das estratégias de poder e em razão da sua natureza incómoda.

Em termos propedéuticos, parece-nos que será muito fecundo definir, neste ponto primeiro do nosso trabalho, o rumo que nos propomos seguir, à semelhança de uma rota esboçada sobre uma carta pelos exploradores pioneiros, antes de se embrenharem no continente africano à descoberta das nascentes do Nilo. É bem provável que no termo da nossa viagem não tenhamos descoberto nenhuma nascente. Mas porfiemos no sentido de poder ajudar a confirmá-la e, eventualmente, contribuir para precisar, à escala definida pela nossa reflexão, novos meandros das suas margens e baixios do seu leito.

Redescobriremos, sem dúvida, a natureza estruturalmente argumentativa do raciocínio jurídico, por entre os arborescentes simulacros de configuração quase-lógica; procuraremos identificá-lo como uma forma específica ou particular de argumentação prática; constataremos que o uso do silogismo judiciário (cuja essência é de natureza entimemática), juntamente com os argumentos quase-lógicos «*a simili*», «*a fortiori*», «*a contrario*» e o método do *exemplo*, não tomam, por si mesmos, consistente a identificação do raciocínio jurídico com a dedução e identidade lógicas, com o princípio do terceiro excluído e com a indução lógica a que, respectivamente, parecem corresponder.

O raciocínio jurídico é, como no-lo lembra Perelman, quase sempre controverso e sobre ele impende a obrigação de produzir ponderações sobre valores. Logo, as conclusões por ele produzidas não podem ser, de forma alguma, constringentes no sentido de deverem impôr-se por coerência e necessidade lógicas. Em termos muito gerais, poderemos ainda dizer que a existência de presunções legais, na justa medida em que limitam o campo da produção da verdade material, põem claramente a descoberto que, no campo da aplicação do direito, outros valores sobrelevam o valor «verdade».

Em síntese, diremos que não é objecto do raciocínio jurídico a produção de um conhecimento apodíctico, relativo a uma verdade absoluta e necessária que resultasse de uma evidência de natureza quer racional quer empírica, obtidas por demonstração lógico-dedutiva ou pela experimentação empírica.

Ao raciocínio jurídico respeita uma forma de conhecimento que aspira, muito simplesmente, aderir ao que é crível, plausível e razoável. Pensamos que apenas no quadro de um sistema fechado, como o definido pelo estrito formalismo lógico, se legitima a obtenção de conclusões que devem impor-se de forma absolutamente necessária. Já no que concerne à evidência produzida por experimentação empírica teremos de ter, eventualmente, a atitude prudente de tomar os seus resultados, não numa perspectiva de um cepticismo radical, mas sim no quadro de um relativismo metódico.

À luz do que acabámos de dizer, teremos de reconhecer que o discurso jurídico, como bem no-lo observa Boaventura, *«tem uma natureza argumentativa, visando uma deliberação dominada pela lógica do razoável em face do circunstancialismo concreto do problema, em caso algum redutível à dedução lógica e necessária, a partir de enunciados normativos gerais»* (Santos, 1980: 7).

Em face do exposto toma-se imperativo que procuremos definir, no ponto primeiro do desenvolvimento do nosso trabalho, o estatuto epistemológico da «lógica jurídica» e estabelecer as suas fronteiras, em termos de objecto e de método, face à lógica formal e às ciências positivas, particularmente através da confrontação dos conceitos metodológicos de «demonstração», «verificação» e «justificação». Esboçaremos, desde logo, uma certa crítica à mono-racionalidade clássica, acorrentada aos mecanismos de produção de evidências, ou se quizermos, à «vontade de verdade» que, a partir de Platão, atravessa a cultura ocidental (Cfr. Foucault, 1971).

Afinal, o problema da verdade não se restringe à configuração antitética, já presente em Parménides, entre «via da verdade» e «via da opinião», ou entre «evidência» e «sujestão», como refulge em Descartes. A teoria da argumentação, a nova retórica, surge como via aberta por onde flui uma forma de racionalidade intermédia, que não aspira produzir evidências ou verdades absolutas, mas que não se conforma com o deixar abandonada ao arbítrio e à violência a resolução dos conflitos sobre valores que preenchem o quotidiano das relações humanas. A retórica jurídica, como forma particular de argumentação prática, está precisamente no centro desta conflitualidade, como instrumento mediador.

Do nosso ponto de vista, uma resultante clara da abordagem que empreenderemos, no ponto terceiro do nosso trabalho, sob o título «Debate Judiciário», é a de que a argumentação jurídica é um instrumento logo-técnico central em todo o processo de auto-sustentação e coerência interna do próprio discurso jurídico, que nós, na linha das reflexões de Robert Alexy, abordaremos sob a designação de «justificação interna». É-o igualmente, mas, tanto quanto supomos, de forma mais imediatamente apreensível, no campo do debate judiciário propriamente dito, onde intervém de forma decisiva na produção da prova judiciária e, finalmente, no processo argumentativo do magistrado judicial consigo mesmo, na produção de uma decisão e sua motivação.

No Processo Penal, que não se diferencia radicalmente do Processo Civil, contra o princípio, há muito deposto, do inquisitório, a estrutura acusatória do processo, de par com a obrigatoriedade do «debate instrutório» (sempre que há lugar à instrução preparatória) e com o pleno exercício dos princípios da imediação, da oralidade e do contraditório, em sede de audiência de julgamento são, como veremos, mecanismos que pretendem assegurar o exercício livre da razão, num espaço onde os «procedimentos» têm por função constranger e regular, mas igualmente garantir a plena expressão da retórica jurídica e, nessa medida, a democracia no quadro da produção das provas e da preparação de uma decisão justa.

Ainda no âmbito do capítulo 3, procuraremos mostrar como os elementos de prova material e pessoal, contidos no «dossier criminal» e produzidos no campo das investigações levadas a efeito pelas autoridades policiais competentes, sob directa responsabilidade e coordenação dos magistrados do Ministério Público, se constituem como objectos de acordo prévio ao debate judiciário, em cuja sede, particularmente a da audiência de julgamento, se dará por produzida ou não a prova dos factos.

A Argumentação como que empreende uma descolagem do real concreto dos factos a que respeita para formar, em linguagem que seria mais a de Charles Sanders Peirce, um «interpretante», expressão, apenas em certo sentido, correlata da noção jurídica de «presunção do homem». Não andarão, segundo crêmos, muito distantes, em termos de funcionamento, o Direito e a Linguagem, como aliás bem o ilustra Juan-Ramon Capella numa perspectiva que não sugere uma aproximação ao funcionamento da «semiosis» em Peirce, mas numa aproximação feita segundo o modelo de uma análise lógica (Capella, 1968).

É evidente que a estruturação do campo da aplicação da Justiça é tal que toda a marcha do processo se encaminha, num estreitar abrupto das suas margens, para a produção de uma decisão e se abate sobre a a figura do juiz. Por isso nos ocuparemos, no capítulo 4, em definir a posição e função do juiz em dois planos fundamentais: o da aplicação das normas abstractas aos factos singulares que lhe compete estabelecer e qualificar e sobre eles produzir uma sentença e o plano da articulação dos diferentes momentos da sua acção com o campo estruturante da retórica jurídica, particularmente no que concerne à produção da prova e coordenação do debate judiciário, à deliberação consigo mesmo e formação da sua íntima coíncição e, por fim, à motivação das sentenças.

Estamos lembrados que o legislador configurou, na maioria dos países com os quais nos identificamos do ponto de vista civilizacional, tribunais colectivos, funcionando com ou sem júri, para dirimir conflitos de complexidade própria. Não esqueçamos, porém, que a decisão, quer ela resulte de um juiz, caso em que é designada pelo termo «sentença», quer resulte de um tribunal colectivo e se designe por «acórdão» ela é, em todo o caso, e em última instância, produzida a partir de uma decisão individual e, por isso o problema pertinente a resolver é ainda, e uma vez mais, o da liberdade individual do sujeito decididor, o problema do livre arbítrio associado, não à tomada de uma decisão particular ou doméstica, mas antes referido a um horizonte de legalidade e de conformação a normativos e jurisprudência escritos.

Na sua reflexão sobre o discurso jurídico em Pasárgada, Boaventura Sousa Santos refere que a mediação do juiz, naquele contexto, «*desempenha um papel activo e constitutivo, no qual se tece a distanciação que lhe permite afirmar-se como sede da decisão, ainda que se trate de uma distanciação precária, na medida em que aspira à sua auto-negação na adesão das partes, isto é, no acto pelo qual as partes fazem sua a decisão*» (Santos, 1980: 21).

É evidente que no que concerne ao «direito estatal», designação de que se serve Boaventura no quadro de uma concepção de «pluralismo jurídico», a função do juiz não se tem confinado a cumprir sempre esta função mediadora, tornada quase o sonho utópico da Justiça, uma vez que este Direito está contido num nível máximo de institucionalização, e porque verdadeiramente estruturado na escrita, sua forma de ser natural (cfr. Borges, RCL, 1991: 69).

Mais do que para provocar deliberadamente alguma instabilidade e inquietação na própria sustentação de alguns temas centrais abordados neste trabalho, facto que não enjeitamos de todo, por pensarmos que a inquietação é factor salutar e indutor da configuração de novos desafios e da procura de novas respostas, daremos conveniente relevo no capítulo 5, à «crítica da decisão» de Lucien Sfez. Este autor coloca contundentemente em questão os conceitos de «linearidade», «racionalidade» e «liberdade», enquanto sustentáculos da concepção clássica de decisão.

Pela nossa parte, inclinar-nos-emos por um entendimento mais pragmático da questão, à semelhança, da postura adoptada por Chaim Perelman, para quem não é pertinente perguntar pelas «razões» inconscientes, embora verdadeiras, de algumas decisões. Para este autor, pertinente é fundamentar racionalmente e de tal sorte uma decisão, que a mesma possa colher o assentimento do auditório judiciário universal.

Decidir segundo o critério de constituição de um auditório universal comporta já, do nosso ponto de vista, ser-se bem mais do que «la bouche qui dit la loi», isto é, um mero dispositivo técnico-jurídico de aplicação da lei. Comportará, eventualmente já, o reconhecimento de que o juiz é uma pessoa ética e tecnicamente preparada para decidir segundo uma recta intenção, não obstante o inextermínável risco de subjectivismo e erro que impende sobre as suas apreciações em matéria de facto ou de direito.

Pensamos que o exercício livre e responsável da função de julgar poderá passar por uma adequada acção pedagógica junto dos magistrados, dentro e fora dos «currícula» dos cursos de formação, como o reconhece muito explicitamente Laborinho Lúcio, quando diz: «(...) *dado o desempenho essencial deixado a cargo do magistrado, adquire dimensão de primeira preocupação a temática do seu recrutamento e da sua formação profissional, aí se encontrando hoje um núcleo forte de convergência, ora afirmando-se para o juiz a necessidade de «conhecimentos cada vez mais alargados e de um espírito aberto às diversas disciplinas», ora apelando-se a uma formação interdisciplinar que leve o juiz a conhecer e a conhecer-se melhor, através de um sistema misto de informação crítica, que o projecte técnica, cultural e humanamente, lhe desenvolva um espírito de exigência e de humildade, o vincule deontologicamente e o responsabilize eticamente»* (Lúcio, 1991: 219/220).

Neste quadro, reconhecer ao nível da produção de uma decisão, todo um conjunto de interpenetrações de sentido, em que poderá intervir designadamente a dimensão inconsciente, e que formam o sobrecódigo de que fala Lucien Sfez, parece-nos veicular um contributo sério para

a reflexão sobre certas decisões judiciais que, social e institucionalmente, venham a ser reconhecidas como actos mal sucedidos.

Este nível de abordagem encerra potencialidades de abertura da discussão do problema, possibilitando o evitar do estigma de conotações indevidas, particularmente em casos em que não intervira a má fé. No entanto, no quadro do funcionamento normal da justiça, a sua intromissão não nos parece pertinente, tanto mais que múltiplos procedimentos institucionalizados velam pela fluência normal do curso das decisões que, não esqueçamos nunca, são decisões humanas para servirem o homem e têm, por isso, mais que ver com uma medida de razoabilidade, que dê garantias de segurança jurídica e prodigalize, o mais possível, a paz judiciária e o merecido respeito da justiça e dos que a servem.

## 2 - Lógica Formal e Lógica Jurídica

### 2.1 - Introdução

Reputamos este ponto segundo do nosso trabalho, a que damos o título de «Lógica Formal e Lógica Jurídica», como núcleo gravitacional de toda a nossa reflexão sobre a natureza, estrutura e funcionamento da argumentação no campo jurídico e judiciário.

De facto, através da reflexão que aqui produziremos, perseguimos o objectivo de delimitar o campo da argumentação jurídica, em termos de extensão e de definição de fronteiras, face às Ciências Positivas, à Filosofia e, particularmente, face à Lógica Formal.

Nesse sentido, procuraremos tornar manifesta a complexa estrutura metodológica que o serve, numa palavra, definir o estatuto epistemológico da argumentação, entendida esta como um dos instrumentos de produção da prova judiciária e, em última instância, de veredictos que arbitram o imbricado jogo de interesses, no quadro de um sistema a um tempo fechado e aberto, como o da aplicação da Justiça.

Colocado o Homem como fonte e destinatário do Direito, retirando este último da tutela de uma racionalidade imanente de um Direito Natural ou de uma vontade divina transcendente, fazendo da precaridade das condições estruturais da aplicação da lei a grandeza da «*exercitive utterance*», como designa Austin a produção da sentença pelo juiz, não decorre de inferência necessária que o nosso campo de análise seja o de uma «*Ars Aequi et Boni*», mas depende da vontade e esforço humanos que este ideal de medida, equitativo e justo, se inscreva como horizonte teleológico da aplicação do Direito.

Caber-nos-á responder à questão se imperativos de uma racionalidade interna, inerentes à essencialidade de uma norma jurídica, a confinarão, em contexto da sua aplicação aos casos de espécie, «*lato*» ou «*stricto sensu*», a critérios de apoditicidade de uma lógica inferencial, como o poderia fazer supor a designação, muito cara a Chaim Perelman, de «Lógica Jurídica» e a formulação da célebre Regra de Justiça, onde se estabelece que *os seres de uma mesma categoria essencial devem ser tratados da mesma maneira*.

De facto, Perelman formulou esta regra «*dans un esprit positiviste*», como viria a reconhecer, designadamente no prefácio ao seu livro «*L'Empire Rhétorique*», trinta anos depois do aparecimento da obra «*Justice et Raison*», em que tomara pública e célebre aquela regra de justiça formal (Perelman, 1977: 7).

Uma das pertinentes questões que se nos colocam, é a de saber se a intuição desta regra de justiça poderia, num «*espírito positivista*» e com a ajuda e fundamento de uma filosofia da evidência, constituir-se, legitimamente, como primeiro degrau de uma construção,

progressivamente mais complexa de um sistema de Justiça que, completo e coerente no seu termo, funcionaria, necessariamente, como um sistema de justiça formal.

Perelman logo se apercebeu de que a própria formulação da regra de justiça, em linguagem não-formal, levantava problemas de radical importância, designadamente o de saber como distinguir «*ce qui est essentiel de ce qui ne l'est pas, ce qui importe de ce qui est négligeable*» (Perelman, 1977: 8).

Este nosso autor reconheceu, a partir daí, a imperiosa necessidade de investigar sobre como raciocinar sobre valores, através de métodos racionalmente aceitáveis.

A «Nova Retórica» viria a surgir como resultado da intensa procura, empreendida por Perelman e sua colabora Tyteca, de um modelo de discurso que procura salvaguardar, numa certa similitude formal, o prestígio que as exigências de rigor e de verdade, características do formalismo lógico, detinham, num esforço de compatibilizar tais características com um discurso surgido nas necessidades do agir humano, servido, como sabemos, pela linguagem quotidiana, toda ela entretecida de juízos de valor.

A vontade de promover esta compatibilização parece-nos particularmente manifesta nas investigações a que denodadamente se entregaram Perelman e a sua colabora Tyteca, na procura de uma «Lógica de Juízos de Valor», cuja inspiração e modelo, como refere Perelman, lhes advinha do bom êxito que os investigadores em Lógica haviam obtido, através da observação minuciosa de todas as operações que permitiam aos matemáticos demonstrar os seus teoremas, conseguindo, por essa via, «*le renouveau de la logique formelle, conçue comme une logique opératoire, permettant des calculs, et non une logique de classification, comme la logique classique d'Aristote*» (Perelman, 1977: 9).

O projecto empreendido por Perelman e Tyteca no sentido de adequar a metodologia referida, «*en analysant les écrits de moralistes et de politiciens, d'orateurs préconisant telle ligne de conduite, des articles de fond dans les journaux, des justifications de toute espèce*», não tomou possível, de facto, surpreender «*cette logique des jugements de valeur dont l'absence se faisait si cruellement sentir*» (Perelman, 1977: 9).

No termo das suas pesquisas, chegaram à conclusão de que não existe uma lógica específica de juízos de valor e que «*une discipline très ancienne, actuellement oubliée et méprisée, à savoir la rhétorique, l'ancien art de persuader et de convaincre*» (Perelman, 1977: 9), tinha já a solução técnica para o problema de discorrer sobre valores, através de métodos racionalmente aceitáveis, designadamente nos domínios onde o que está em questão é estabelecer o que é preferível, o que é aceitável e razoável.

A solução redescoberta não consistia no uso de deduções formalmente correctas, nem sequer no uso de induções, mas em «*argumentations de toute espèce, visant à gagner l'adhésion des esprits aux thèses qu'on présente à leur assentiment*» (Perelman, 1977: 9/10).

A «Nova Retórica» surge, em primeiro lugar, da necessidade de conceder uma amplitude e eficácia maior à Lógica, consentâneas, aliás, com a posição e funções que Perelman lhe concede, ao defini-la como «*l'étude du raisonnement sous toutes ses formes*», e, não obstante, confinada, até então, à teoria da demonstração que tradicionalmente competia à Lógica Formal. Chaim Perelman acrescenta-lhe, então, «*une théorie de l'argumentation, étudiant les raisonnements dialectiques d'Aristote*» (Perelman, 1977: 18).

Numa perspectiva sistemática, podemos assim conceber um amplo universo da Lógica, continente dos domínios diferenciados da Lógica Formal e da Teoria da Argumentação, esta última designada também por «Nova Retórica».

Naquele vasto universo lógico se conteriam os domínios das verdades necessárias e eternas e o das opiniões verosímeis ou razoáveis, sujeitas ao debate e à controversia. Fazendo uso de designações aristotélicas, nele se conteriam os raciocínios analíticos, de natureza demonstrativa e impessoal, e os raciocínios dialécticos, estruturados sobre premissas geralmente aceites, o que é dizer, razoáveis, no sentido mais preciso do termo «*Eulogos*».

A «Nova Retórica» acaba definitivamente com a distinção aristotélica entre «Retórica» - conjunto de técnicas usadas pelo orador que se dirige a uma multidão, reunida numa praça pública e que, além de não possuir nenhum saber especializado, é incapaz de seguir um raciocínio um pouco mais elaborado - e «Dialéctica» - que tem a ver com os argumentos utilizados numa controvérsia ou numa discussão com um só interlocutor.

Diz Perelman, que o objecto da «Nova Retórica» é o estudo do discurso não-demonstrativo e a análise de raciocínios que não se limitam a inferências formalmente correctas, a cálculos mais ou menos mecanizados, sublinhando que «*la Théorie de l'Argumentation conque comme une nouvelle rhétorique (ou une nouvelle dialectique) couvre tout le champ du discours visant à convaincre ou à persuader, quel que soit l'auditoire auquel il s'adresse, et quelle que soit la matière sur laquelle il porte*» (Perelman, 1977: 19).

Inflctindo para o campo da análise que aqui particularmente nos ocupa, diremos que «Lógica Jurídica» e «Nova Retórica Jurídica», são nomes próprios que, sendo distintos, têm, como diria Wittgenstein, a mesma denotação, isto é, a argumentação jurídica e judiciária. Esta, pode-la-famos definir como uma espécie de metodologia especializada, em função do tipo de auditório e do género de disciplina, mas inscrita no vasto continente da Teoria da Argumentação que Perelman designa igualmente por «Nova Retórica».

Neste sentido, o objecto do nosso trabalho - o estudo da Argumentação e Persuasão nos campos Jurídico e Judiciário - pretende ser apenas, como diria Perelman, uma aplicação particular da Nova Retórica ao Direito.

Atendendo ao agora exposto, a correlação pertinente e fecunda, para a economia do nosso discurso, teremos de fazê-la entre «Lógica Formal» e «Teoria da Argumentação» ou, se quisermos, entre raciocínios lógicos ou analíticos e os raciocínios dialécticos que Perelman designa por argumentos.

Hume, no seu «Tratado da Natureza Humana» e, algo similarmente, os filósofos positivistas em geral, fundamentam a sua descrença, quanto à possibilidade de raciocinar validamente sobre valores, designadamente os que respeitam aos fins, em razão de não haver, para tanto, instrumentos técnicos de raciocínio aceitáveis.

Neste sentido, a Filosofia Prática, a Filosofia Moral, a Filosofia Política e a Filosofia do Direito, na medida em que se não dispensam do uso de juízos de valor nas suas asserções e em que orientam a sua acção pela consideração de horizontes de natureza teleológica, ou perdiam de todo o seu objecto, como seria o caso da filosofia prática, ou, em todo o caso, não podiam aspirar a qualquer credibilidade e legitimação racionais.

No que concerne ao Direito, e nós temos presente o quanto as concepções positivistas influíram na perspectivação teórica das escolas de pensamento jurídico da Exegese e do Positivismo Jurídico, apenas a demonstração lógico-dedutiva e, bem assim, a evidência e comprovação empíricas, poderiam legitimar a sua aplicação, sendo de excluir toda a consideração que comportasse juízos de valor. Deste modo, a racionalidade do sistema de Direito, inspirada nas concepções filosóficas empirista e positivista, excluía de todo a razoabilidade dos argumentos, não obstante estes veicularem, pela sua própria natureza, quer os juízos de verdade, quer os juízos de valor.

Aos argumentos, pede-se-lhes, no contexto de uso de uma concepção topico-jurídica, a incumbência de amortecerem o embate violento quer das verdades constringentes e necessárias, quer de toda a espécie de evidências racionais ou empíricas, para que o «módulo» da Justiça possa poisar suave e adequadamente na delicada, complexa e rica diversidade de naturezas da sociedade contemporânea.

Devemos, por isso, realçar *«l'effort des juristes, à tous les niveaux et dans toute l'histoire du droit, à chercher à concilier les techniques du raisonnement juridique avec la justice, ou du moins l'acceptabilité sociale de la décision»*, acrescentando o nosso autor: *«Cette préoccupation suffit pour souligner l'insuffisance, en droit, d'un raisonnement purement formel qui se contenterait de contrôler la correction des inférences, sans porter de jugement sur la valeur de la conclusion»* (Perelman, 1979: 9).

Por isso, Perelman contrapõe àquela, uma concepção de razão mais alargada, restaurando, como diz Paul Gochet, as prerrogativas de um tipo de racionalidade que se manifesta nos raciocínios dialécticos aristotélicos, o mesmo é dizer, nos argumentos, por oposição aos raciocínios lógicos (Cfr. Gochet, 1979).

Como compreender, então, que Perelman mantenha o designativo «lógica» para classificar a nova Retórica Jurídica, dando forma a uma concepção radicalmente oposta à de Kalinowski, para quem existe uma só lógica - a Lógica Formal?

Como tivemos o ensejo de referir sobre esta questão, (Borges, RCL, 1991: 82), seguindo na oportunidade o fio de pensamento de Perelman, não obstante ser lógica a essencialidade dos

argumentos típicos aplicados no raciocínio jurídico, (v.g. *a simili, a fortiori, a contrario*) tal não legítima, no entanto, que o possamos considerar «formal» por duas distintas razões: porque o raciocínio jurídico é quase sempre controverso e porque *«quelle que soit la technique de raisonnement utilisée en droit, celui-ci ne peut pas se désintéresser de la réaction des consciences devant l'iniquité du résultat auquel ce raisonnement aboutirait»* (Perelman, 1979: 9).

Do que dissemos, resultam claramente duas conclusões: a de que a Lógica Jurídica não pode nem deseja ser «formal» e a de que a manutenção do designativo «Lógica» tem sobretudo que ver com a similitude dos dispositivos de natureza inferencial em uso nos domínios em presença.

Referimo-nos, designadamente, à notória semelhança entre os silogismos lógico e judiciário, entre o argumento pelo exemplo e a indução lógica e, por fim, entre os demais argumentos quase-lógicos (que desempenham uma função de grande eficácia e são fonte de segurança na argumentação jurídica) e os princípios da identidade lógica, do terceiro excluído e da não-contradição.

Esta utilização específica do termo «lógica», terá, possivelmente, que ver ainda com a estratégia de Perelman inscrever a Lógica Formal e a Teoria da Argumentação (onde se abriga a Lógica Jurídica) no universo mais largo da Lógica «tout court», curando por essa via obter para o campo da argumentação jurídica o prestígio granjeado pelo rigor dos argumentos lógicos, sem os inconvenientes que o seu carácter constringente e necessário poderia trazer para um domínio onde a ponderação sobre valores e a procura de soluções razoáveis sobrelevam a da procura de uma verdade apodéctica.

Cuidaremos de elucidar a fina relação que os processos de produção de prova judiciária entretecem, através da argumentação jurídica, entre a demonstração lógico-formal, os processos de verificação empírica e o uso de uma racionalidade de novo tipo, ligada ao processo de justificação.

Teremos de, a limite, recusar inscrever a argumentação jurídica numa lógica probabilística ou, em sentido oposto, num espaço de pura sugestão e, eventualmente, definir, no termo da nossa reflexão, o campo de uma racionalidade intermédia, ajustável à natureza interactiva de toda a acção humana, física ou intelectual, requerida pela sua inscrição numa relação com a alteridade e pela consistência valorativa que caracteriza os juízos humanos.

Sob o escopo da argumentação jurídica e judiciária estarão sempre, em delicado equilíbrio, a materialidade dos factos, uma determinada acção humana dominada ou dominável pela vontade, uma norma que a subsume e a reconhece como típica, uma censura social que desvaloriza a acção e a torna ilícita, uma apreciação do dolo, se volitivo ou cognitivo, por um lado, se directo, necessário ou eventual, por outro, e da negligência.

Estas ponderações, entre outras, produzidas aquando da apreciação de um caso singular introduzido em juízo, servem para ilustrar a multiplicidade de juízos de valor que ali intervêm e

tornam mais evidente a precaridade eventual da estrita subsunção de um evento a uma Lei, através do silogismo judiciário.

Como no-lo recorda Perelman, o domínio da apoditicidade, ou, se quisermos, o das verdades necessárias e eternas, univocamente estabelecidas, restringe-se ao de sistemas fechados e convencionais.

Apenas no quadro de um sistema aberto e que tenha por objecto a troca de juízos de valor, nos parece lícito falar de comunicação humana e, particularmente, de argumentação.

De facto, mesmo a natureza quase-necessária de certas acções humanas, como as que se prendem com o exercício do poder, e entre estas, particularmente, as que se exercem no quadro da aplicação da Lei a um evento particular, não ilude, de forma alguma, a natureza valorativa dos juízos que aí são chamados a intervir, designadamente, no livre estabelecimento dos factos, na interpretação da lei, na qualificação dos factos e na motivação da sentença. Deste conjunto de tarefas que são parte integrante das funções do juiz, daremos oportuna e detalhadamente conta.

A argumentação jurídica e judiciária é hoje, muito possivelmente, de entre os dispositivos múltiplos que intervêm na aplicação da justiça, o instrumento logo-técnico mais adequado ao aprofundamento do conceito de justiça, quer a entendamos num estrito plano para-individual, ou num plano amplo de justiça e solidariedade social. A sua eficácia manifesta-se, a limite, no aprofundamento da democracia, muito para além do estrito funcionamento de uma legalidade formal.

Inequivocamente, Perelman mostrar-nos-á que no âmbito de uma teoria da argumentação se abrem, de par com a Demonstração (que Perelman confina às inferências logico-dedutivas) e com a Verificação (método que se liga à comprovação empírica), possibilidades de uma argumentação e fundamentação racionais que se ligam com o processo de Justificação.

Com Perelman surge sobretudo, como no-lo lembra Alexy, a possibilidade de o uso prático da razão poder inscrever-se numa Teoria Geral da Argumentação (Alexy, 1989).

## 2.2 - Demonstração, Verificação, Justificação (\*)

Para um melhor enquadramento da nossa reflexão sobre as íntimas e finas ligações entre a Lógica e o Direito, e que de uma forma perene se maximizam na designação osmótica de «Lógica Jurídica», tenhamos presente que, já em 1938, a tese doutoral de Chaim Perelman, tinha a denominação de «Étude sur Frege».

---

(\*) Título dado à "Synthèse des Entretiens de L'Institut International de Philosophie, Liège, 1967, in *Ethique et Droit*, pp. 316-332.

Por detrás de toda a sua imensa obra, da qual fazemos destacar o monumental «Traité de L'Argumentation-La Nouvelle Rhétorique», pressente-se o profundo conhecimento das investigações em Lógica Formal e sente-se o pervasamento, aparentemente unidireccional, do domínio da Lógica Formal para a Teoria da Argumentação, designada e explicitamente para a argumentação jurídica, como é o caso da sua «Logique Juridique - Nouvelle Rhétorique».

No «Traité de L'Argumentation», Chaim Perelman e a sua colaboradora L. Olbrechts-Tyteca, dão-nos a indicação precisa do ponto onde, no amplo espaço das suas pesquisas, confina o continente da Teoria da Argumentação e se abre um amplo mar circum-navegável da Lógica «tout court»: *«l'étude du raisonnement sous toutes ses formes»* (Perelman, 1977: 18).

Também no capítulo primeiro de «L'Empire Rhétorique» Perelman nos faz notar que é justamente a partir de meados do séc. XIX que sob a influência de Kant e dos lógicos matemáticos que a lógica passa a ser identificada exclusivamente com a lógica formal, negligenciando por completo os raciocínios dialécticos que passaram a ser estranhos à lógica.

É neste sentido que dizemos que o velho oceano circum-navegável é hoje, por aquela razão, um pequeno mar confinado, como se diz no «Traité de L'Argumentation», ao estudo dos meios de demonstração utilizados nas ciências matemáticas e, por essa razão, estruturalmente limitado, *«car tout ce qui est ignoré par les mathématiciens est étranger à la logique formelle»* (Perelman e Tyteca, 1983: 13).

A nossa proposta, tal como a dos autores do «Traité de L'Argumentation» é a de que a lógica, sendo o estudo do raciocínio sob todas as formas não se deve confinar ao domínio dos raciocínios analíticos de que se ocupa a lógica formal, mas recobrir, de igual modo, os raciocínios dialécticos de que falava Aristóteles. Neste sentido os nossos autores recomendam: *«Les logiciens se doivent de compléter la théorie de la démonstration ainsi obtenue par une théorie de l'argumentation»* (Perelman e Tyteca, 1983: 13).

Os próprios, Perelman e Tyteca, propõem-se construir essa Teoria da Argumentação *«analysant les moyens de preuve dont se servent les sciences humaines, le droit et la philosophie; nous examinerons des argumentations présentées par publicistes dans leurs journaux, par des politiciens dans leurs discours, par des avocats dans leurs plaidoiries, par des juges dans leurs attendus, par des philosophes dans leurs traités»* (Perelman e Tyteca, 1983: 13). À parte a carência referida na Lógica Moderna, por acção do modelo do raciocínio matemático, uma circunstância se constitui como ponte para a nova empresa: *«Dans la logique moderne, issue d'une réflexion sur le raisonnement mathématique, on ne rattache plus les systèmes formels à une quelconque évidence rationnelle. Le logicien est libre d'élaborer comme il lui plaît le langage artificiel du système qu'il construit, de déterminer les signes et combinaisons de signes qui pourront être utilisés.(...) La seule obligation qui s'impose au constructeur de systèmes axiomatiques formalisés et qui rend les démonstrations contraignantes, est de choisir signes et règles de façon à éviter doute et ambiguïté»* (Perelman e Tyteca, 1983: 17).

Um paralelismo nos parece notável, no duplo sentido em que caracteriza «visibilidade» e «importância», e que diz respeito aos pressupostos que fundamentam quer a Lógica Formal moderna, quer a Nova Retórica nascente: à primeira, é dispensável a evidência racional num quadro onde os signos são arbitrários e a verdade é produzida por dispositivos técnicos que se incumbem de transferir necessariamente a verdade das premissas para a conclusão, onde, por isso, só o demonstrável é verdadeiro; a argumentação, pelo seu lado, só tem lugar quando justamente não há, muito simplesmente, evidência.

O que é evidente não tem discussão. Por esta razão, também os juízos de valor não têm lugar no quadro de um sistema assente na evidência racional, como, aliás, no quadro de uma qualquer evidência, como refere Perelman: *«Une argumentation n'est jamais capable de procurer l'évidence, et il n'est pas question d'argumenter contre ce qui est évident. Celui qui fait état de l'évidence est sûr de ce qu'elle s'imposera avec la même évidence à tous ses interlocuteurs; l'argumentation ne peut intervenir que si l'évidence est contestée»* (Perelman, 1977: 20).

Deste modo nascidos, num caso, da natureza convencional dos signos e de regras lógicas, no outro, da realidade controversa e movente dos valores, a lógica formal moderna e a teoria da argumentação rompem decididamente com a oligárquica tradição do racionalismo cartesiano.

Perelman faz-nos ver que onde as premissas são evidentes a conclusão se impõe como necessária e, por essa mesma razão, não há lugar a controvérsia nem a argumentação.

Procedendo à maneira dos géometras, de evidência em evidência, Descartes procurou construir um sistema coerente de saber, o baluarte de uma ciência racional, onde não havia lugar a nenhuma opinião controversa.

Diz-nos Perelman que a ambição cartesiana de elaborar uma filosofia cujas teses fossem, quer evidentes, quer demonstráveis de maneira constringente, teve como resultado *«d'en éliminer toute forme d'argumentation, de rejeter la rhétorique comme instrument de la philosophie»*. Mas, acrescenta Perelman um pouco mais adiante e com alguma ironia: *«Paradoxalement, le rationalisme mathématique, allant de pair avec le rejet de toute opinion, donc de tout échange d'opinions, de tout recours à la dialectique et à la rhétorique, aboutit, en pratique, à l'immobilisme et au conformisme en droit, en morale, en politique et en religion»* (Perelman, 1977: 171 e 173).

Mas, na medida em que nos embrenhamos mais a fundo no pensamento de Perelman e Tyteca, tomamos contacto com noções que vêm aprofundar a problemática central dos valores na teoria da argumentação, designadamente as noções de «auditório», de «contacto de espíritos», de «contacto intelectual», de «intensidade de adesão», entre outras. É nesse sentido que nos conduz o trecho seguinte: *«Mais quand il s'agit d'argumenter, d'influer au moyen du discours sur l'intensité d'adhésion d'un auditoire à certaines thèses, il n'est plus possible de négliger complètement, en les considérant comme irrelevantes, les conditions psychiques et sociales à défaut desquelles l'argumentation serait sans objet ou sans effect. Car toute argumentation vise à l'adhésion des esprits et, par le fait même, suppose l'existence d'un contact intellectuel»*.

*Pour qu'il y ait argumentation, il faut que, à un moment donné, une communauté des esprits effective se réalise»* (Perelman e Tyteca, 1983: 18).

Ficar-nos-á seguramente mais clara a explicação dada pelos nossos autores se tentarmos, daquela sua asserção, elucidar as expressões «adesão dos espíritos» e «contacto intelectual».

Diz-nos, muito a propósito, Bernard Guillemain: *«Trata-se, com efeito, de contacto, de contacto de espíritos. E este contacto tem a ver com fineza de tocar, farejar, por antecipação, as reacções de outrém. Tem a ver mesmo, em certa medida, com moral»* (Guillemain, 1960: 6). Lembra-nos, a propósito, que Aristipo se defendera da acusação de falar de joelhos perante o tirano Dionísio, dizendo *«que ce n' était pas sa faute, mais celle de Dionysios qui avait les oreilles dans les pieds. Serait-il donc indifférent où les oreilles se trouvent ?»* (Cfr. Perelman e Tyteca, 1983: 21).

Vamos construindo e precisando a idéia, importante para a economia deste ponto da nossa análise, de que, independentemente dos planos (lógico-dedutivo, científico, ou da comunicação interpessoal) e independentemente dos distintos métodos de que fazem uso (demonstração, verificação e justificação), do que se trata é, como no-lo refere Perelman, *«d' une façon générale, du problème de la preuve, de la justification de nos affirmations, des prétentions de rationalité d' un discours responsable, qu' il soit scientifique ou philosophique»* (Perelman, 1990: 316).

Importa, então, que façamos na nossa análise uma focagem que traga a um primeiro plano os conceitos de «Demonstração», «Verificação» e «Justificação».

Na sua «Syntèse des Entretiens de L'Institut International de Philosophie», Liège, Septembre de 1967, Perelman dá-nos o seu claro ponto de vista.

Para a nossa ordem de preocupações ressalta daquele texto, em primeiro lugar, este princípio de ordem metodológica: devemos procurar ter sempre presente que, seja qual for o assunto de que nos proponhamos falar, por mais familiarizados que estejamos com os conceitos de que pretendemos fazer uso, convém que façamos deles prévia e necessária elucidação.

Deste cuidado nos dá conta Perelman, demarcando o sentido do termo «Demonstração», no uso que se propõe fazer, do sentido que ao mesmo dava Aristóteles: *«(...) la notion même de démonstration, telle qu'elle est présentée chez Aristote, où elle est liée à l'évidence des prémisses d' un discours apodictique, et la notion de démonstration formelle au sein d' un système hypothético-déductif, ont philosophiquement une portée très différente»* (Perelman, 1990: 316).

Diferente, efectivamente, pois na concepção aristotélica o papel do filósofo é amplamente estirado, na medida em que, partindo de axiomas ou de princípios incontestados lhe cabe apresentar às ciências estes princípios evidentes e a estas, por sua vez, a tarefa de tirar das as consequências necessárias.

Mas, como bem no-lo faz notar Bernard Guillemain, é sobretudo Descartes quem, na continuação das descobertas de Galileu, propõe à Filosofia, como ideal, o discurso científico e forma o projecto de uma «matemática universal» (Cfr. Guillemain, 1960: 2).

Guillemain cita muito a propósito, do texto «Raison Eternelle, Raison Historique» de Perelman, o seguinte trecho: «*Na tradição cartesiana, a razão é esta faculdade característica da espécie humana que, graças à evidência das ideias claras e distintas, força a adesão de cada um às verdades que ela lhe revela*» e, em coerência com este entendimento, diz Perelman, seria necessário «*substituir progressivamente as teorias filosóficas, que são apenas um tecido de opiniões, por uma ciência que, partindo de evidências, procederia de certeza em certeza*» (Guillemain, 1960: 3).

Não é este o desígnio que Perelman reserva à filosofia, nem é ela a depositária do método demonstrativo. A sua racionalidade advir-lhe-á de uma forma outra de abordagem dos problemas. Por isso Perelman se empenha em dar-nos conta da especificidade do ponto de vista filosófico.

Perelman, para quem a argumentação não pode assentar em premissas evidentes — já que, como anteriormente se referiu, onde há evidência não pode haver contestação, mas sim pronta e inquestionável adesão — reserva para o termo «Demonstração» um sentido que lhe dá o seu uso no quadro de um sistema hipotético-dedutivo, como «Demonstração Formal»: «*dans la suite de mon discours, (diz Perelman) quand je parlerai de démonstration, je comprendrai ce terme, nom dans le sens aristotélicien, mais dans le sens actuel de preuve par opération formelle, de preuve par calcul, à partir de prémisses, à l'intérieur d'un système formel*» (Perelman, 1990: 319).

A partir desta elucidação, erodido do processo demonstrativo o contributo apriorístico de evidências racionais, é-nos possível fazer a contraposição daquele conceito com o de «verificação». Estejamos, no entanto, de sobreaviso para que, sob uma outra forma, a «evidência» persiste como garantia de seriedade dos discursos que se pretendem científicos. Mas a evidência de que aqui se trata tem a ver, do nosso ponto de vista, com necessidades internas e inerentes ao funcionamento seguro da razão.

De facto, diz-nos Perelman, «*alors que dans la démonstration on part des principes, les opérations de vérification exigent l'évidence de certains faits, qui doivent vérifier ou falsifier, confirmer ou infirmer des hypothèses ou des idées générales. Dans les deux cas, celui du discours démonstratif et celui du discours de vérification, on ne peut se passer d'une forme d'évidence, qui garantit le sérieux du discours scientifique*» (Perelman, 1990: 317).

A evidência liga-se, no primeiro caso, à validade e natureza necessária de uma inferência lógico-dedutiva; no segundo, porém, a uma correspondência, empiricamente demonstrável, do discurso das ciências com a realidade objectiva. Por isso, Perelman acrescenta que as técnicas científicas da prova permitem, grosso modo, chegar a um acordo que não é possível obter em filosofia.

O nosso autor, cita, mais em jeito de ilustração bem humorada do que de fundamentação do que acima dissera, Gilbert Ryle que diz: «*Les philosophes ne fournissent pas de preuves, pas plus que les joueurs de tennis ne marquent de goals. Et les philosophes n'essaient pas en vain*

*de fournir des preuves. Les goals sont étrangers au tennis, tout comme les preuves à la philosophie»* (Perelman, 1990: 317).

A única questão aqui pertinente é a de saber se apenas as técnicas científicas de prova ganham foro de procedimentos racionais ou, como sustenta fundamentalmente Perelman, há uma outra dimensão de racionalidade que se liga aos processos de Justificação, cujo uso vemos amplamente utilizado em filosofia, como, aliás em todo o campo de sustentação de opiniões e de refutação das teses adversas, no vasto campo da argumentação, na ausência e/ou em complemento do discurso científico.

Nesta medida, tem razão M. Mckeon, citado livremente por Perelman, ao dizer que *«ces trois notions de démonstration, de vérification et de justification, correspondent aux différentes conceptions d'un discours établissant un fondement, selon que ce fondement est conçu comme une élaboration à partir de principes, comme une confrontation avec un certain object, ou qu'il met l'accent sur la communication entre les hommes. A partir de chacune de ces conceptions d'un fondement, les notions de démonstration, de vérification et de justification seront différemment élaborées, car elles seront adaptées à la conception que l'on veut faire prévaloir»* (Perelman, 1990: 318).

Perelman, dando-se embora conta de que um halo de ambiguidade envolvia a tríade de noções sob análise, Demonstração, Verificação e Justificação, deixa-nos entrever um maior desembaraço no estabelecimento de um sentido para o termo «Demonstração» e devolve-nos a constatação de que o termo «verificação» é mais dificilmente utilizado da mesma maneira unívoca, *«car si pour M.Granger celle-ci n'est que la simple constatation d'un fait, pour M.Vuillemin elle résulte d'un arbitrage entre différentes mesures, alors que pour M.Bunge elle est indissociable de tout un ensemble d'éléments théoriques qui permettent d'accorder leur juste valeur aux éléments d'origine empirique»* (Perelman, 1990: 319), para só referir as definições expressas pelos intervenientes no debate.

É interessante notar que não é igualmente pacífico o interface entre os sistemas lógico-formal e sistemas científicos, particularmente no que concerne à possibilidade ou não de haver interacção entre Demonstração e Verificação. Há autores que sustentam que a primeira se liga unicamente a um sistema formal, prondo-se como ideal a qualquer ciência, outros, porém, sustentam que a actividade científica consiste numa interacção entre a demonstração e a verificação (Cfr. Perelman, 1990: 322).

Enuciamos acima a possibilidade de uma racionalidade cujo fundamento conceberíamos como o pôr em acento a comunicação entre os homens e diria respeito ao processo de Justificação.

O texto em análise, Demonstração, Verificação, Justificação, vai ainda mais fundo na abordagem desta questão: explicita a possibilidade de o domínio da Justificação se não confinar somente a zonas pouco consistentes do ponto de vista epistemológico, mas que *«un point de*

*vue philosophique est préalable à la mise en forme soit de structures abstraites soit de structures obtenues par induction à partir de recherches d'ordre empirique»* (Perelman, 1990: 322).

De facto, esta tese pôde ser ilustrada por três excelentes exemplos: O primeiro diz respeito ao Princípio da Uniformidade da Natureza: não se pode demonstrar, nem verificar e, no entanto, as ciências naturais recorrem a ele em razão da sua fecundidade, como princípio metodológico e heurístico. Para confirmar a sua fecundidade e validade, necessário se torna que *«toutes les catégories, tous les concepts et toutes les classifications que nous élaborons pour décrire et expliquer les phénomènes naturels tiennent compte de ce principe, mais sans qu'il soit indiqué a priori ce qui est uniforme dans la nature»* (Perelman, 1990: 320).

Tal como aquele, também o princípio da não-contradição, que sustenta que apenas os seres não-contraditórios têm existência matemática, permite definir um domínio de racionalidade e, neste caso específico, a existência da matemática.

No entanto, lembra Perelman, seguindo de perto a sugestão de M. Gonseth, é um princípio *«qu'on ne parvient pas à démontrer, qu'on est constamment occupé à vérifier, mais qui constitue, en fait, un préalable qui permet de définir l'existence mathématique»* (Perelman, 1990: 321).

Dos exemplos referidos, um nos merece particular destaque, pelas incidências no conjunto do nosso trabalho: a Regra de Justiça. Também dela se justifica a utilização como princípio prévio, em razão da sua fecundidade e, tal como os demais citados, pela riqueza que a sua formulação algo indeterminada e flexibilidade comportam: *«C'est ainsi que l'affirmation qu'il faut traiter de la même façon des situations essentiellement semblables est un principe a priori, dont la fécondité n'est pas due à son évidence, mais à ce qu'il contient de vague. Il contient des notions dont le sens ne s'élabore qu'au fur et à mesure de l'épreuve scientifique et de la construction des théories qui précisent ce qui, dans chaque cas, est essentiel et relevant, ces précisions pouvant d'ailleurs être modifiées avec le progrès scientifique»* (Perelman, 1990: 321).

Também sobre esta questão, Perelman dá-nos conta de que não há um entendimento que permita acordo entre os participantes no debate: Para uns, como M. Granger e M. Vuillemain, a actividade científica apresenta-se como independente de pressupostos filosóficos; ao invés, M. Bunge reconhece a existência de tais pressupostos filosóficos que intervêm tanto na doutrina prévia, como na metodologia das ciências e que variam, efectivamente, de uma época para outra. Perelman, pelo seu lado, dá a este ponto a confinação possível: *«A moins de vouloir confondre science et philosophie, leur objet et leurs méthodes, il faut reconnaître la spécificité du point de vue philosophique, qui réagit sur la méthodologie des sciences, mais il ne peut être question d'opposer à des thèses scientifiques des thèses philosophiques concurrentes»* (Perelman, 1990: 323).

A especificidade e o paradigma da Justificação vamos surpreendê-los, em Perelman, na actividade filosófica, mais precisamente naquela que justifica um sistema filosófico. Nesse espaço, efectivamente, não têm lugar a Demonstração e a Verificação.

Perelman define o papel do filósofo pondo acento nas actividades de, tornar manifesto o que está invisível ou, então, implícito nos conceitos e na actividade do não filósofo, fazendo uso de «*instruments de connaissance habituels*». Segundo o nosso autor, «*le philosophe part de ce qui est apparent, c'est-à-dire de ce qui nous apparaît comme immédiatement donné pour nous montrer le réel qui est en dessous de l'apparence. Il ne s'agit pas, en effet, simplement d'opposer l'invisible, l'implicite et le présupposé à ce qui est visible et immédiatement donné, mais aussi de montrer sa supériorité sur l'apparent en le qualifiant de réel. L'intérêt, l'importance de l'activité philosophique, résulte justement de la primauté du réel sur l'apparence, celle-ci n'étant qu'erreur ou aspect superficiel des choses*» (Perelman, 1990: 326).

Há portanto dois aspectos da actividade do filósofo que Perelman propõe que destaquemos: um tem a ver com o mostrar algo que os outros não viram; o outro o de «*montrer la supériorité, la réalité, de ce qui est ainsi montré*» (Perelman, 1990: 327).

Perelman coloca-nos, assim, perante uma actividade que não se quadra com os procedimentos de demonstração lógico-formais, nem com os procedimentos de verificação, como os usualmente aplicados nas ciências empíricas. Acrescenta, por fim, o nosso autor: «*Le philosophe est celui qui restructure une réalité primitivement donnée, en cherchant à montrer que cette restructuration n'est pas arbitraire, mais a des raisons en sa faveur. Son rôle n'est pas de démontrer la vérité d'un énoncé, mais d'établir le bien-fondé d'une restructuration, et ceci grâce aux techniques de justification*» (Perelman, 1990: 327).

Decorre do exposto que, do ponto de vista dos que apenas admitem a demonstração e a verificação como meios de prova racionais, a actividade filosófica assume foros de exoterismo e irracionalidade. No entanto, Perelman faz-nos notar que existe uma racionalidade inerente ao acto de justificar, sublinhando mesmo que «*l'irrationalisme en philosophie s'explique essentiellement par la méconnaissance de la rationalité du processus de justification. En effet, le recours indispensable à la justification ne peut que condamner à l'irrationalité toute construction philosophique aux yeux de ceux qui limitent les preuves rationnelles à la démonstration et à la vérification*» (Perelman, 1990: 327).

A racionalidade do processo de justificação situa-se no manter aceso e inacabado um discurso que não se contenta em afirmar, mas justifica-se, corrige-se e modifica-se, quando necessário. Ora isto só é possível no quadro de um sistema aberto, onde cada razão não se assume com absoluta. A racionalidade do processo de Justificação situa-se como uma ponte entre um Eu, sujeito de enunciação, e o outro, em que a racionalidade é essencialmente o que eu sou tentado a designar por racionalidade de relação.

Deste modo, a racionalidade da justificação filosófica, não estando nunca acabada, está permanentemente aberta ao diálogo e às críticas.

Uma racionalidade acabada, diz-nos Perelman, «*ne peut se réaliser que dans un système fermé, qui ne tient pas compte des critiques, qui repose sur des évidences inébranlables, qui se*

*développe en une espèce de monologue, quel que puisse être d'ailleurs son intérêt intrinsèque, c'est une science fermée, une scolastique»* (Perelman, 1990: 331).

A finalizar este ponto, tenhamos presente a recomendação de Perelman: *«La justification est indispensable quand la démonstration est impossible, mais il ne faut pas vouloir l'identifier à ce qu'elle n'est pas, ne peut pas être, et ne prétend pas être; par là elle est à l'abri de la critique qu'elle se prétend être ce qu'elle n'est pas. Sa structure est différente, le type de son discours et de sa rationalité est différent»* (Perelman, 1990: 331).

Para a economia do nosso trabalho, importa que ponhamos em relação esta trilogia instituinte da prova em todo o domínio do saber e acção humanos, com o mundo jurídico, no sentido mais amplo do termo.

Pensamos que uma fina rede de relações se entretetece entre Demonstração, Verificação e Justificação nos níveis diversos da produção e estabelecimento da prova, no campo da aplicação da Lei.

Se considerarmos, em termos de precedência na tramitação judiciária, o tratamento pericial da prova e todo o processo de reconstituição dos factos, é-nos manifesto que, então, toda a produção da prova material, na medida em que procura a estrita correspondência com a realidade objectiva, congrega de forma dominante procedimentos de Verificação, socorrendo-se de saberes técnico-científicos de elevado nível de especialização.

Mas a dinâmica da própria investigação, faz interagir aquele com outros níveis de tratamento e produção da prova. Elementos advenientes do processo de Justificação, gerados ao nível da produção da prova pessoal, podem determinar novos ângulos de incidência dos procedimentos de Verificação e vice-versa.

A demonstração, no sentido preciso que lhe atribui Perelman, isto é, *«preuve par opération formelle, de preuve par calcul, à partir de prémisses, à l'intérieur d'un système formel»* (Perelman, 1990: 319), podemos surpreendê-la no accionar do **dispositivo**.

Paul Foriers, em comentário sobre a obra de Chaim Perelman *«Le Champ de L'Argumentation»* faz-nos notar, seguindo de perto o texto deste autor, que o julgamento do tribunal contém essencialmente uma decisão ou **dispositivo** (que, quanto a nós tem a ver com a estrita subsunção de um evento a uma norma legal, através do raciocínio jurídico) e a motivação com que o Juiz justifica o **dispositivo** adoptado. O raciocínio jurídico, em sentido restrito, tem a ver com a subsunção de um caso particular (premissa menor) a uma Lei geral (premissa maior) e com a produção de uma conclusão necessária, na forma da cominação, por exemplo, de uma pena a aplicar.

Mas é, inegavelmente, como teremos oportunidade de desenvolver convenientemente, no espaço do debate judiciário, no accionamento dos mecanismos de Justificação, onde, para além da realidade objectiva e da estrita correspondência dos factos apurados, para além mesmo da força constitutiva do dispositivo de aplicação da Lei, se jogam, designadamente através do princípio *«audiatur altera pars»*, da justificação e fundamentação contidas na motivação da sentença, a grandeza e a fragilidade dos valores humanos, onde o jurídico se abeira do humano, se exerce, de facto, mas se recicla também, não obstante os imperativos de segurança jurídica.

## 2.3 - Convencer e Persuadir

No Tratado da Argumentação, Perelman e Olbrechts-Tyteca retomam, mas numa nova acepção, a dupla de conceitos em análise.

De facto, um debate de muitos séculos opôs «*les partisans de la vérité et ceux de l'opinion, entre philosophes, chercheurs d'absolu et rhéteurs, engagés dans l'action. C'est à l'occasion de ce débat que semble s'élaborer la distinction entre persuader et convaincre, que nous voudrions reprendre en fonction d'une théorie de l'argumentation et du rôle joué par certains auditoires*» (Perelman e Tyteca, 1983: 35).

Como pano de fundo deste velhíssimo debate, lembram-nos ainda, está o ideal de procura de objectividade e «*ce désir de transcender les particularités historiques ou locales de façon que les thèses défendues puissent être admises par tous*» (Perelman e Tyteca, 1983: 34).

Na sua recente obra, «*Rhetoriques*», Perelman dá-nos conta, de forma transparente e enriquecedora, da natureza desta oposição ancestral: «*Une distinction classique oppose les moyens de convaincre aux moyens de persuader, les premiers étant conçus comme rationnels, les seconds comme irrationnels, les uns s'adressant à l'entendement, les autres à la volonté*» (Perelman, 1989: 66).

Em certo sentido, poderíamos dizer, repuxando um fio de pensamento de Michel Foucault, que esta contraposição dos termos convencer e persuadir é resultante da célebre partilha platónica, de que nos fala no seu livro «*L'ordre du Discours*» e da vontade de verdade que a perpetuou na tradição filosófica ocidental, na forma das oposições dicotómicas, como o são, entre outras, as duplas filosóficas: Racional/Irracional, Inteligível/Sensível, Entendimento/Vontade.

Se considerarmos, em termos perelmanianos, os primeiros termos das duplas como o «*tema*», teríamos a primeiridade daqueles sobre os segundos, que constituiriam, então, uma forma de «*fore*» degradado, pela acção classificatória das contraposições estabelecidas, à semelhança do processo de hierarquização operada na dupla dos termos Espírito/Letra em que o segundo é subalternizado, sistematicamente, em relação ao primeiro.

À luz daquela «*partilha*», compreendemos melhor a posição racionalista, de Descartes, Kant e outros e, designadamente, a posição de Pascal. De facto, como refere Perelman, para Pascal o que é alvo de persuasão é o autómato, querendo designar com este, o corpo, a imaginação, o sentimento, em suma, tudo o que escapa ao domínio da razão (Cfr. Perelman, 1989: 36).

Em nossa opinião, a consonância referida de perspectivas, daqueles nossos autores, é visível ao nível da adução dos critérios que, aparentemente distintos, enformam a mesma «*partilha*».

Referimos já Foucault. Vejamos Perelman: «*Les critères par lesquels on croit pouvoir séparer conviction et persuasion sont toujours fondés sur une décision qui prétend isoler d'un*



*ensemble, ensemble de procédés, ensemble de facultés, certains éléments que l'on considère comme rationnels. Il est à souligner que cet isolement porte parfois sur les raisonnements eux-mêmes»* (Perelman e Tyteca, 1983: 36).

Dizem-nos Perelman e Tyteca, a título de ilustração: dizer que um dado silogismo convence mas não persuade é estar a isolar esse mesmo silogismo de todo um contexto e é supor que as suas premissas existem no espírito desligadas do resto, é, afinal, dizem os nossos autores, transformá-las em verdades inabaláveis e inatingíveis.

É de um humor fino e certo a situação que ilustra este ponto de vista: *«On nous dira, par exemple, que telle personne, convaincue du danger de mastiquer trop rapidement, ne cessera point pour autant de le faire; c'est que l'on isole le raisonnement sur lequel cette conviction est basée de tout un ensemble. On oublie, par exemple, que cette conviction peut se heurter à une autre conviction, celle qui nous affirme qu'il y a gain de temps à manger plus vite»* (Perelman e Tyteca, 1983: 36).

Daqui, concluem os nossos autores, que o critério que tem servido para definir «convicção» não se funda unicamente numa diferenciação dos meios de prova ou das faculdades postas em jogo. Opera igualmente pelo isolamento de certos dados do seu contexto próprio, naturalmente mais complexo.

Perelman e Tyteca recusam-se a adoptar estas distinções no seio de um pensamento vivo e, mais ainda, como no-lo lembra Bernard Guillemain, transformam sensivelmente a distinção clássica entre Persuadir e Convencer, deixando-a subsistir, mas dando-lhe, no entanto, uma significação que Guillemain estima como porventura mais precisa e mais rica que a de muitos autores modernos (Cfr. Guillemain, 1960: 6).

É no quadro de uma teoria da argumentação, designadamente, na relação do orador com o seu auditório que nós poderemos surpreender essa nova significação: *«Nous nous proposons d'appeler persuasive une argumentation qui ne prétend valoir que pour un auditoire particulier et d'appeler convaincante celle qui est censée obtenir l'adhésion de tout être de raison. La nuance est assez délicate et dépend, essentiellement, de l'idée que l'orateur se fait de l'incarnation de la raison. Chaque homme croit en un ensemble de faits, de vérités, que tout homme «normal» doit, selon lui, admettre, parce qu'ils sont valables pour tout être raisonnable»* (Perelman e Tyteca, 1983: 36/37).

Guillemain chama-nos particularmente à atenção para a inscrição, neste trecho, do termo «delicate» que, como vimos no ponto anterior, marca subtilmente o *contacto de espíritos* por um apelo à *«fineza de tocar»*, de sondar, antecipadamente, as reacções do outro.

A dimensão da alteridade cresce subitamente e ganha lugar de destaque em toda a arquitectura da Nova Retórica.

É neste sentido que nos lembra oportunamente Perelman: *«N'oublions pas qu'écouter quelqu'un, c'est se montrer disposé à admettre éventuellement son point de vue»* (Perelman e Tyteca,

1983: 22). E Guillemain observa atentamente, «*esta simples frase faz-nos pressentir uma torção considerável que deve sofrer a filosofia (...): se a razão é antes de tudo argumentação, é a atitude de dobrar-se sobre si própria, simbolizada pelo cógito, que se encontra em questão. O pensamento não é mais primordial nem fundamentalmente o pensamento de um «moi»; ele está, por essência na segunda pessoa*» (Guillemain, 1960: 6/7).

Perelman faz-nos notar que o novo critério, proposto por si e pela sua colaboradora Tyteca, sendo embora diferente em termos de princípio, se aproxima, em razão das suas consequências, do critério proposto por Kant na Crítica da Razão Pura, onde parece manifesto que *convicção e persuasão se identificam a duas espécies de crença.*

Diz Kant, citado pelo nosso autor: «*Je peux garder pour moi la persuasion, si je m'en trouve bien, mais je ne puis, ni ne dois la faire valoir hors de moi*» (Perelman e Tyteca, 1983: 37). Deste modo, diz Perelman, «*La conception kantienne, quoique par ses conséquences assez proche de la nôtre, en diffère parce qu'elle fait de l'opposition subjectif-objetif le critère de la distinction entre persuasion et conviction*», deste modo, conclui o nosso autor, «*Kant n'admet que la preuve purement logique, l'argumentation non contraignante étant, par lui, exclue de la philosophie*» (Perelman e Tyteca, 1983: 37 e 38).

No entanto, Perelman dá-nos em «*Rhetoriques*» um contributo importante para a nossa compreensão da perspectiva kantiana sobre esta matéria: «*Pour lui, sans conteste, la conviction est supérieure à la persuasion; elle est seule communicable. Toutefois, si l'on considère l'individu isolé, la persuasion ajoute quelque chose à la conviction, en ce sens qu'elle s'empare plus totalement de l'être*» (Perelman, 1989: 67).

Perelman reconhece que, tanto o senso comum como a tradição filosófica, «*nous imposent donc en quelque sorte une distinction entre convaincre et persuader qui équivaut à la différence entre raisonnement et suggestion.*» Mas, acrescenta o nosso autor, «*Preciser l'opposition entre conviction et persuasion exigerait la détermination des moyens de preuve que l'on considère comme convainquants, les autres étant qualifiés de moyens de persuasion, quel que soit l'appareil logique dont ils se parent*» (Perelman, 1989: 68/69).

Mas, seguindo nesta linha de exigência, alerta-nos Perelman, restringir-se-ia o campo da prova e, em progressão inversa, se expandiria o campo da sugestão para proporções insuspeitáveis: «*A la limite, (diz-nos ele) toute délibération dans une assemblée, tout plaidoyer, tout discours politique ou religieux, la plupart des exposés philosophiques, n'agiraient que par suggestion, et le domaine de celle-ci s'étendrait à tout ce qui ne peut être basé soit sur l'expérience, soit sur le raisonnement formel*» (Perelman, 1989: 69).

Ora, no que concerne mais estritamente à economia do nosso trabalho, apenas eventualmente a dogmática jurídica, enquanto núcleo mais estável, aparentemente duro e estruturante da ciência jurídica, as concepções jurisprudenciais de tradição vincadamente positivista, de par com uma muito fina fatia de procedimentos jurídicos, ilustrados pelo dispositivo das subsunções e

os raciocínios quase-lógicos, poderiam tentar conformar-se ao nível de exigência de um tão restritivo critério de prova.

Pensamos que a Justiça, se entendida como uma prática promotora do exercício efectivo, ponderado, razoável e equitativo da legalidade, não poderá colher, daquele critério, meios bastantes para o seu pleno exercício.

O nosso ponto de vista vai, de facto, no sentido de compreender a aplicação da Justiça como um delicado equilíbrio dos processos de verificação, demonstração e justificação.

Uma concepção jurídica que fizesse confinar, exclusivamente, o domínio da prova à estrita correspondência à realidade objectiva, a ratificar pelos processos de verificação, e à demonstração lógico-formal da conformação da norma com os factos típicos, deixaria ainda uma lacuna muito significativa na aplicação da Justiça.

Apenas o concurso da argumentação, que dê voz às «razões», mas também à subjectividade das partes, poderá permitir ao juiz decidir segundo a sua íntima convicção, e fundamentar tecnicamente a sua decisão. É justamente no acto de fundamentar a sua decisão, isto é na motivação, que o juiz deve não só fazer a demonstração da racionalidade da sentença proferida, com ainda justificar que a solução encontrada é a mais razoável e justa.

Deste modo, ao processo de justificação cumpre uma importante função pedagógica no quadro de aplicação da justiça, e dá dimensão verdadeiramente humana à argumentação jurídica e judiciária. A esta luz, ganha pleno sentido e dignidade o concurso do juiz que se não limita a emprestar a sua voz a uma racionalidade impante, cega e surda às razões e justificações das partes.

É um facto que, em Perelman, fica em aberto o problema da subjectividade que afecta o estabelecimento e aplicação, pelo orador, do critério definidor de auditório universal e, decorrentemente, fica ainda pouco precisa a distinção entre persuadir e convencer. Mas é ele mesmo que afirma: *«Notre point de vue permet de comprendre que la nuance entre les termes convaincre et persuader soit toujours imprecise, et que, en pratique, elle doit le rester. Car tandis que les frontières entre l'intelligence et la volonté, entre la raison et l'irrationnel peuvent constituer une limite précise, la distinction entre divers auditoires est beaucoup plus incertaine, et cela d'autant plus que la représentation que l'orateur se fait des auditoires est le résultat d'un effort toujours susceptible d'être repris»* (Perelman e Tyteca, 1983: 38/39).

É da sua obra «Rhétoriques», de publicação mais recente, que destacamos, como oportuna conclusão, as seguintes palavras: *«Cet examen nous incite à conclure que l'opposition conviction-persuasion ne peut suffire quand on sort des cadres d'un rationalisme étroit et que l'on examine les divers moyens d'obtenir l'adhésion des esprits. On constate alors que celle-ci est obtenue par une diversité de procédés de preuve qui ne peuvent se réduire ni aux moyens utilisés en logique formelle ni à simple suggestion»* (Perelman, 1989: 70).

## 2.4 - Contradição e incompatibilidade

Para melhor elucidarmos o que designamos por núcleo duro de questões e que organizámos sob o título "Lógica Formal e Lógica Jurídica", parece-nos de muita oportunidade procurar, na obra de Perelman, definir que águas comportam as enseadas da **contradição** e da **incompatibilidade**.

É consistente, como aliás pudemos verificar na abordagem dos conceitos enunciados e analisados em 2.2 e 2.3, dizer-se que a linguagem, nos seus múltiplos **jogos e usos** correntes, vai esmaecendo e tomando, de certa forma, imprecisa a coloração e equívoco o sentido dos termos de linhagem, digamos assim, de natureza técnica.

No «*Traité de L'Argumentation*», Perelman e Tyteca, dão-nos, como sempre, um precioso auxílio para a elucidação técnica que favorece o nosso reencontro com a amplitude de sentido dos termos em presença, não nos dando embora, para cada caso, uma única definição explícita. Fazem-no antes um pouco na linha de preocupações de Wittgenstein, para quem a elucidação do sentido de um termo deverá ser feita através de uma listagem de usos desse termo, em jeito de uma definição que vai crescendo, perfazendo-se, mas que nunca é dada unívoca e explicitamente. Na falta de definições explícitas, fica-nos a possibilidade de recorrer ao sentido implícito nos diversos usos dos termos, escolhendo o que melhor se adapte ao contexto presente.

Perelman e Tyteca começam por nos dizer que a contradição acontece quando, no seio de um mesmo sistema, se faz a asserção de uma proposição e da sua negação. Neste caso, a contradição é manifesta e torna também incoerente e inutilizável o sistema em que ocorre, circunstância que em nada depende da nossa vontade e demais contingências.

Fazendo desde já a necessária correlação, o mesmo se não passa no quadro de uma argumentação: «*Il n'en est pas ainsi dans l'argumentation, où les prémisses ne sont que rarement entièrement explicites et, quand elles le sont, rarement définies d'une façon entièrement univoque; le champ et les conditions d'application y varient avec les circonstances, dont font partie d'ailleurs les décisions elles-mêmes des participants au débat*» (Perelman e Tyteca, 1983: 262).

Quando se confrontam entre si duas teses, no âmbito de uma argumentação, pretende-se mostrar que as mesmas levam a uma incompatibilidade. Incompatibilidade esta que, não obstante ter a aparência de uma contradição, designadamente pelo facto de se tratar de duas asserções entre as quais é necessário escolher, (a menos que se opte por renunciar a ambas) não é, em nenhuma circunstância, gerada por razões puramente formais, como é o caso de asserções contraditórias.

Dizem Perelman e Tyteca: «*Quoique l'on s'efforce souvent de la présenter comme conforme à la raison ou à la logique, c'est-à-dire comme nécessaire, l'incompatibilité dépend soit de la nature des choses, soit d'une décision humaine*» (Perelman e Tyteca, 1983: 263).

Dito de outra maneira pelos nossos autores, percorrido algum caminho, a contradição entre duas proposições supõe um formalismo ou, de alguma forma, um sistema de noções unívocas, enquanto a incompatibilidade está dependente de contingências, sejam estas advenientes de leis naturais, de acontecimentos particulares ou, como atrás haviam dito, de decisões humanas.

Certo é, igualmente, que a incompatibilidade é correlativa de *sacrifício*, em razão de se obrigar a uma escolha necessariamente penosa entre um de dois valores. E se, como sublinham Perelman e Tyteca, pretendemos renunciar a ambos, incorremos, frequentemente em novas incompatibilidades.

Neste contexto, os nossos autores sugerem que recorramos a técnicas variadas que permitirão afastar as incompatibilidades, mas que comportam um compromisso e um sacrifício relativo à escolha entre valores, no sentido acima descrito (Perelman e Tyteca, 1983: 264/265).

Na medida em que as incompatibilidades não são formais e surgem apenas em contexto criado por certas situações, *«l'on comprend que trois attitudes fort différentes puissent être adoptées dans la façon de traiter les problèmes que cette confrontation des règles et des situations peut poser au théoricien et à l'homme d'action»* (Perelman e Tyteca, 1983: 265).

Perelman e Tyteca caracterizam assim as três atitudes referidas:

A atitude lógica, *«est celle où l'on se préoccupe, à l'avance, de résoudre toutes les difficultés et tous les problèmes qui peuvent surgir, dans les situations les plus variées, que l'on s'efforce d'imaginer, suite à l'application de règles, de lois et de normes auxquelles on accorde son adhésion»* (Perelman e Tyteca, 1983: 265).

Esta deverá ser uma das atitudes mais requeridas na postura de quem legisla, ou contribui pelo prestígio e qualidade dos seus trabalhos para a elaboração de doutrina, designadamente nos campos jurídico, ético e deontológico.

Não obstante, para apenas referirmos o caso que especificamente nos ocupa, a atitude do Legislador poderá e deverá, eventualmente, conter a disponibilidade, na forma de uma certa humildade intelectual, para aceitar interagir activamente com magistrados, técnicos de justiça e demais auxiliares da administração da Justiça. Por essa via poderá obter, a partir das dificuldades concretas, emergentes no campo de aplicação das normas aos casos singulares, indicadores de rumo para um necessário reajustamento legislativo que enriquecerão, necessariamente, a especulação teórica.

*«A cette attitude s'oppose celle de l'homme pratique, qui ne résout les problèmes qu'au fur et à mesure qu'ils se présentent, qui repense ses notions et ses règles en fonction des situations réelles et des décisions indispensables à son action»* (Perelman e Tyteca, 1983: 266).

Poderemos, pelo nosso lado, considerar uma forma intermédia de atitude prática, mais caracterizadamente técnica e que não opomos, pelo menos radicalmente, à que designámos por atitude lógica. Pelo menos assim o pensamos quando consideramos como «prática» e «lógica» a atitude do juiz, em resultado de lhe reconhecermos uma amplitude de funções que ultrapassam

as de mero aplicado da Lei: ele analisa, interpreta e complementa, muitas vezes, a função do legislador. Dizemo-lo pensando mesmo estar em consonância com Perelman, quando refere, como nós, a natureza complementar da acção do juiz, face à do Legislador.

Mas, essencialmente, a atitude do Juiz é prática, mesmo quando na sua acção lhe compete suprir a Lei, no vago dos seus conceitos ou na ocorrência de lacunas.

A atitude prática, é uma atitude de prudência, como de resto o é a precedente. Mas é-o, sobretudo, neste sentido que lhe dá o juiz: *«sachant que chacune de ses décisions constitue un précédent, cherche à limiter leur portée autant qu'il le peut, à les énoncer sans dépasser dans ses attendus ce qu'il est nécessaire de dire pour fonder sa décision, sans étendre ses formules interprétatives à des situations dont la complexité pourrait lui échapper»* (Perelman e Tyteca, 1983: 266).

A terceira e última das atitudes é a que Perelman e Tyteca designam por «atitude diplomática». Em que consiste, afinal, quem a aplica e em que circunstâncias ?

É a atitude de quem *«ne désirant pas, du moins à un moment et dans des circonstances déterminées, se mettre en opposition avec une règle ou résoudre, d'une façon ou d'une autre, le conflit né de l'incompatibilité entre deux règles pouvant s'appliquer à une situation particulière, on invente des procédés pour éviter que l'incompatibilité apparaisse, ou pour remettre à un moment plus opportun les décisions à prendre»* (Perelman e Tyteca, 1983: 266).

No contexto definido pelo nosso tema e objectivos, merece natural relevo, como procedimento ilustrativo desta atitude, o caso da ficção jurídica. Perelman e Tyteca designam a ficção como um «fingimento», mas que, por sê-lo, não se confunde com a mentira. A mentira é um fingimento unilateral, segundo eles; a ficção finge, mas em cumplicidade com todas as partes envolvidas e em vista de um benefício ou interesse imediatos das partes, ou na salvaguarda de uma solução mais consetânea com o seu sentido de justiça, em vista, designadamente de uma solução mais razoável que a decorrente da aplicação linear da própria Lei.

Como no-lo observam Perelman e Tyteca, o conceito de "incompatibilidade" adquire em Sartre um novo e inesperado sentido, ao ser associado ao conceito de "má-fé". Os nossos autores referem-se-lhe nestes termos: *«que la mauvaise foi de Sartre c'est le refus de reconnaître des incompatibilités»* A "má-fé é ilustrada por Sartre na atitude protagonizada no exemplo seguinte: *«témoin l'exemple de la femme à qui on dit des paroles spiritualistes et à qui on prend la main»* (Perelman e Tyteca, 1983: 269).

Perelman e Tyteca fazem-nos notar que Sartre estabelece uma distinção entre facticidade e transcendência, significando, com a primeira *«ce que les paroles et gestes signifient»* e, com a segunda, *«ce vers quoi elles tendent, et que la mauvaise foi refuse de coordonner»* (Perelman e Tyteca, 1983: 269). Esta distinção faz-nos lembrar um pouco os conceitos de ilocutório e perlocutório em Austin.

De facto, Austin define deste modo acto ilocutório: *«Il s'agit d'un acte effectué en disant quelque chose, par opposition à l'acte de dire quelque chose. Et j'appellerai la théorie des*

*diferentes fonctions linguistiques dont il est ici question, la théorie des «valeurs illocutoires»* (Austin, 1970: 113). Aqui se tem em conta que produzir um enunciado é produzir um acto, podendo a sua fórmula ser ou não performativa, isto é, fazer ou não recurso a enunciados performativos explícitos. Assim, o acto ilocutório constitui, como diz Ducrot, uma certa transformação das relações entre os interlocutores.

Vejamos o que diz Austin de um acto perlocutório: *«Dire quelque chose provoquera souvent - le plus souvent - certains effects sur les sentiments, les pensés, les actes de l'auditoire, ou de celui qui parle, ou d'autres personnes encore. Et l'on peut parler dans le dessein, d'intention, ou le propos de susciter ces effects»* (Austin, 1970: 114). Estamos aqui em presença de actos que nós provocamos ou completamos pelo facto de dizer algo. Através dele veiculamos desígnios e perseguimos fins mais longínquos e não enunciados. Estamos no campo do pleno uso do «pathos» e do «ethos», no espaço retórico de persuasão.

Mas, não esqueçamos, para finalizarmos este ponto da nossa análise, a recomendação seguinte, excerta do «Traité de L'Argumentation - Nouvelle Rhetorique»: *«Les incompatibilités différent des contradictions parce qu'elles n'existent qu'en fonction des circonstances: il faut que deux règles, pour entrer en un conflit qui impose un choix, soient applicables simultanément à une même réalité»*, não perdendo dos nossos autores esta recomendação de ordem prática: *«il se peut qu'éluder une incompatibilité actuelle en crée de nouvelles, et plus graves, dans l'avenir»* (Perelman e Tyteca, 1983: 270).

## 2.5 - Lógica e Retórica - do reino da necessidade ao da possibilidade ou da sua inevitável imbricação.

Já o dissemos, Perelman conheceu o efeito de sedução das investigações em Lógica formal, como são disso ilustração os seus «Etude sur Frege». Mas cedo, como ele próprio no-lo confessa, se apercebeu da existência de um domínio muito vasto, mal explorado, a merecer um estudo sistemático e paciente. Daí a sua imediata preocupação em circunscrever e definir esse domínio e a subsequente e apaixonada entrega, de toda uma vida, à sua investigação.

A sua preocupação começara por ser, de início, o estudo dos meios de prova constringentes e, de entre estes, os que diziam respeito à lógica formal, interessando-se, designadamente, pela lógica *«mise en oeuvre par les mathématiciens»* (Perelman, 1977: 9).

Tenhamos presente que, também os factos, quando comprovados, as verdades e, mesmo, em certo sentido e circunstâncias, as presunções, têm a força de prova constringente. Mas, o amplo campo a que denodadamente passa a dedicar-se Perelman, estende-se agora à vasta área circum-ciêntífica da actividade humana, onde igualmente se exerce a razão, mas cujo domínio se não confina, ao da verdade que resulta da estrita correspondência com a realidade objectiva,

verificável pelas ciências positivas, ou sequer ao da verdade do formalismo lógico, demonstrável através de inferências lógico dedutivas.

O novo domínio, em análise, estende-se à Ética, à Estética, à Filosofia, às Ciências Humanas, e, afinal, a todo o imenso campo do «comércio» e da actividade humanas, onde a comunicação humana tem lugar.

Este, é o domínio onde impera o conceito de «razoabilidade», que se situa a meio caminho entre a mera sugestão e a já mencionada racionalidade das provas constringentes e necessárias da Lógica Formal e das Ciências Positivas.

É, então, o campo de uma racionalidade intermédia que promove a adesão dos espíritos por persuasão. E esta persuasão, possibilitando, embora, níveis mais ou menos profundos de adesão, não se impõe unívoca e definitivamente.

Pensamos que se o exercício da razão, a que chamamos teórica, no domínio da produção de verdades necessárias e constringentes, se obriga à obediência estrita a regras de funcionamento interno, não é menos seguro que o campo de utilização da razão prática, designadamente no seu exercício público, em sede de argumentação e de persuasão, requerer, para além de uma multiplicidade de conhecimentos, designadamente de natureza cultural, psicológica e das técnicas argumentativas, entre outros, um apurado bom senso, isto é, uma boa medida do que é razoável.

Resulta do que vimos dizendo que a correlação pertinente e fecunda, para a economia de todo o capítulo 2º do nosso trabalho, teremos de obtê-la pela elucidação e contraposição dos conceitos de «racional» e «razoável».

Tenhamos, uma vez mais, presente a partilha entre razão e vontade e entre convencer e persuadir, a elas associados: o que nos parece ser propriamente inaugural em Perelman é recusar-se a cindir em dois o espírito humano. É num delicado jogo intersticial que a razão e a emoção se engajam para persuadir. Por isso, nesta nossa perspectiva, a distinção entre convencer e persuadir, não sendo de todo infundada, não pode ser radicalizada.

Assim o entendem hoje as ciências positivas que não dispensam o concurso de técnicas de argumentação para veicularem descobertas científicas e persuadirem o auditório e, dessa forma, vencer a inércia e o conservadorismo próprios de uma natural sedimentação e estabilização do saber nas Instituições.

A um discurso científico não basta ser verdadeiro, necessita situar-se no verdadeiro da sua época. Necessita, para tanto, afinal, da velha «*tekne rhétoriké*».

Diz-nos Perelman, em texto inserto na sua obra «*Rhetoriques*»: «*L'ensemble que nous voudrions étudier pourrait sans doute faire l'objet d'une recherche psychologique, vu que le résultat auquel tendent ces argumentations est un état de conscience particulier, une certaine intensité d'adhésion. Mais notre préoccupation est de saisir l'aspect logique, au sens très large du mot, des moyens mis en oeuvre, à titre de preuve, pour obtenir cet état de conscience*» (Perelman, 1989: 65).

Perelman recorda-nos, na obra supra citada, o caso dos autores americanos cuja profissão é dar conselhos, frequentemente judiciosos, sobre a arte de influenciar o público ou de conciliar os compradores. A nós ocorreu-nos, por associação de ideias, a leitura em idade juvenil, de Dale Carnegie. Perelman, pelo seu lado, refere a propósito de Dill Scott.: *«Dill Scott nous dira qu'il ne faut pas forcer l'adhésion à l'aide d'un syllogisme qui agit comme la menace d'un revolver.»* Acrescenta, o nosso autor: *«Pour ces auteurs, la psychologie contemporaine aurait montré, contrairement à la vue traditionnelle, que l'homme n'est pas un être logique, mais un être de suggestion»* (Perelman, 1989: 66).

Este ponto de vista choca frontalmente com a tradição filosófica ocidental. Referimo-nos à que se organiza a partir da referida «velha partilha platónica». Vem por isso ao caso, de novo, a palavra de Perelman: *«Par contre, pour qui est élevé dans une tradition qui préfère le rationnel à l'irrationnel, l'appel à la raison à l'appel à la volonté, la distinction entre convaincre et persuader sera tout aussi essentielle, mais ce seront les moyens, non les résultats qui seront appréciés, et le primat sera accordé à la conviction»* (Perelman, 1989: 66).

Temos presente o quanto se esforçaram a Escola da Exegese e o Positivismo Jurídico, no campo da Dogmática e da Doutrina jurídicas, no sentido de transporem linearmente os procedimentos da Lógica Formal para o raciocínio jurídico. Mas, lembra-nos Perelman, que até juristas de vulto, como o americano Cardozo, insuspeitos de não se aperceberem do «lado movente do Direito» e da importância que tem, para este seu funcionamento, a natureza ambígua de alguns dos seus conceitos, caem na utilização equívoca do termo «lógico(a)».

Segundo Perelman, Cardozo dirá que a lógica dedutiva se aplica a certo grupo de raciocínios jurídicos - os raciocínios baseados sobre a interpretação tradicional. Sopesando o alcance das asserções de Cardozo, diz Perelman: *«il semblerait que, dans son esprit, les innovations juridiques seules entraînent des argumentations extra logiques, tandis que seraient logiques les raisonnements basés sur l'interprétation traditionnelle»* (Perelman, 1989: 69).

Ora, segundo o nosso autor, não será correcta a utilização do termo «Lógico(a)» numa acepção tão larga e imprecisa como esta. Porque a Lógica Moderna o não consente.

Tem outro matiz e diferenciados contornos a concepção de Perelman face à Lógica formal. Em momento anterior havíamos dito que o seu propósito era o de construir uma teoria da argumentação, não dentro, não através, não em volta da lógica formal, mas no seu prolongamento, como necessário complemento. Ela renasce por imperativos de um quadro de realidade manifestamente mais complexo e irreverente (porque não se deixa confinar à estrita existência dos seres matemáticos e a um real matematizável), exigindo um conceito de prova mais amplo que o deposto.

Diz Perelman: *«N'avons-nous pas le droit d'espérer que, en utilisant pour l'étude de la rhétorique la même méthode que celle qui a réussi en logique, la méthode expérimentale, nous parviendrons également à reconstruire la rhétorique et à la rendre intéressante ?»* (Perelman, 1989: 72/73).

Acrescentaríamos, tentando precisar um pouco mais o nosso pensamento acerca do nosso autor, que, do que se trata é emprender, com sucesso idêntico ao das ciências formais, inspirados eventualmente pelo seu método, uma análise do campo que é próprio à teoria da argumentação, em cujo amplexo faríamos conter, designadamente, a filosofia, a política, a ética, as ciências humanas, o direito e, porque não, o discurso da prática quotidiana.

Diz-nos Perelman: *«Cela n'aurait-il pas pour résultat de soustraire l'argumentation utilisée dans ces sciences à une assimilation à des phénomènes de suggestion - ce qui implique généralement quelque méfiance, ou à une assimilation à la logique qui, dans sa structure actuelle, doit nécessairement répudier ce genre de raisonnements ?»* (Perelman, 1989: 70).

O que denodadamente procura o nosso autor é dar consistência a uma forma de racionalidade cuja natureza e função lhe permitam dar legitimidade aos meios de prova não constringentes e, por essa via, fazer com que este vasto horizonte das ciências humanas desvaneça definitivamente o véu da subserviência, face ao brilho enganador mas constringente das verdades lógico-formais ou à arrogância ostentatória das evidências empíricas. Este desiderato teria tradução, no que nós já designámos por estabelecimento de uma racionalidade intermédia que não consente que a acção comunicativa se afunde na mera sugestão, como um fio de água nas areias do deserto, ou que, por antítese, corra o risco de se despenhar, pulverizando-se, das alturas inescaláveis da razão imutável.

Para Aristóteles, a Retórica tem por fundamento uma carência de duplo recorte: em primeiro lugar, a nossa ignorância da matéria técnica de tratar um assunto; em segundo lugar, a incapacidade dos auditores para seguir um raciocínio complicado. Observa de pronto Perelman: *«cette conception qui fonde la rhétorique sur l'ignorance et sur le probable, à défaut du vrai et du certain - et qui ne fait aucune place au jugement de valeur - la met, de prime abord, dans un état d'infériorité qui expliquera son déclin ultérieur»* (Perelman, 1989: 73).

Perelman dirá ainda que a luta entre a lógica e a retórica é a transposição, sobre um outro plano, da oposição entre «Aletheia» e «Doxa», característica do séc. V a.c. Pela nossa parte, parece-nos que, não obstante a inviabilização de uma «Lógica dos Juízos de Valor», não a relativa aos «juízos tecnológicos» de que tratara Goblot de uma maneira satisfatória, segundo refere Perelman no prefácio de L'Empire Rhétorique, mas aquela que teria podido legitimar a formulação de raciocínios aceitáveis relativamente aos fins, a «Nova Retórica» vem possibilitar uma releitura das oposições dicotómicas e das hierarquias nelas fundadas, estabelecidas a partir da «partilha platónica» (projectada no espaço da nossa cultura pela «vontade de verdade» que lhe está associada) e que, do nosso ponto de vista, condicionam decisivamente a nossa vida comum, na justa medida em que se tornaram elementos estruturantes da nossa cultura.

Continuar o esforço de Perelman possibilita-nos-á recuperar para um plano de visibilidade e de debate as ideias submersas nas extensas zonas de neblina da cultura ocidental, designadamente as que se adensaram nas suas vertentes jurídica, científica, filosófica, ética e estética.

É com a introdução da noção de «Juízo de Valor», que um passo importante é dado para a «Nova Retórica» de Chaim Perelman. Mas é ele próprio que nos adverte de que *«la notion même de jugement de valeur dont le droit de cité en philosophie paraît définitivement acquis, mais dont il est bien difficile de fournir des caractéristiques précises, susceptibles d'un accord suffisant.»* Em todo o caso, acrescenta imediatamente, *«cette notion a modifié les données du rapport «logique-rhétorique», et ne permet plus la subordination de la seconde à la première»* (Perelman, 1989: 74).

Perguntar-nos-emos: mas, então, o género oratório que Aristóteles designava por epidíctico não versava ele, sobretudo questões de maturidade moral, patriótica, em suma os valores? É também a questão que Perelman se coloca e a que responde, fazendo-nos ver que *«pour l'Antiquité - si l'on excepte la tradition des grands sophistes - rien n'était plus sûr que l'appréciation morale»* (Perelman, 1989: 74).

No que aos valores diz respeito, pelo facto de assumirem então o estatuto de «verdades» inquestionáveis, ficava arredada a possibilidade de discussão que os pudesse pôr em causa. Ora se, como vimos em Aristóteles, a retórica se fundava sobre a ignorância e a incerteza, como poderiam os gregos compreender que se pudesse fazer «retórica» com o que não tinha contestação? Como compreender a existência do género Epidíctico *«portant sur des choses certaines, incontestables, et qu'aucun adversaire ne conteste ?»* (Perelman, 1989: 75), ao lado do Judiciário e do Deliberativo?

Diz-nos Perelman: *«Les anciens ne pouvaient voir que ce genre portait, non sur le vrai, mais sur des jugements de valeur auxquels on adhère avec une intensité variable»*, sendo por isso *«important de confirmer cette adhésion, de recréer une communion sur la valeur admise»* (Perelman, 1989: 75).

Pelas razões expendidas, o género Epidíctico, e Aristóteles não se terá apercebido disso, não terá tido apenas o mérito de favorecer a eloquência, prestando culto aos seus lados lúdico e espectacular. Terá tido sobretudo o mérito de reforçar os sentimentos de pertença e de integração na sociedade grega antiga e, particularmente, como no-lo mostra Bernard Guillemain no seu texto Les Techniques de L'Argumentation et la Pédagogie (Guillemain, 1961), no que concerne à formação dos mais jovens, o de ter sido um precioso auxiliar pedagógico, em vista de uma sólida formação ética e humana.

Como Jean-Jacques Rousseau, reconhecemos que pensar é uma arte que se ensina como as demais e que é, possivelmente, em termos de transmissão e aprendizagem, aquela que encerra maiores dificuldades pedagógicas.

Uma das dificuldades de maior monta prende-se, como diz Guillemain, no ensaio citado, com a delicadeza com que o professor terá de saber conciliar duas coisas importantes: a exigência de rigor e a realidade concreta do universo dos alunos.

Estamos, de facto, em presença de dificuldade de tomo. Trata-se de procurar conciliar a Razão e a Vida, desígnio que torna o professor de hoje tão próximo, embora Aristóteles e Platão não tivessem disso consciência, da função exercida pelos oradores do género Epidíctico: promover e aumentar a intensidade de adesão aos valores numa atitude não dogmática, de forma a que seja possível a realização das escolhas e reajustamentos de cada indivíduo à sociedade a que pertence. Compete-lhe, em certo sentido, «formatar» o intelecto discendo, passe a metáfora de um neologismo tecnológico, para, numa relação interactiva, que se estende muito para além da estrita aprendizagem dos conteúdos curriculares, construir o espaço do reconhecimento, da consolidação da afectividade e dos valores.

Mas Perelman põe-nos ainda de sobre-aviso para o seguinte: não obstante a profunda semelhança entre os géneros epidíctico e educativo, não pode o professor, que goza do prestígio inerente às suas funções, e que decorre de ser porta-voz dos valores reconhecidos pela comunidade, anular o seu discurso, retirando-lhe rigor e seriedade, na preocupação de melhor se adaptar à realidade do seu auditório. Fazê-lo seria, segundo Perelman, fazer demagogia.

Dizem Perelman e Tyteca, referindo-se ao papel do professor: *«il ne doit pas s'adapter à ses auditeurs et partir de thèses que ceux-ci admettent, mais peut procéder à l'aide d'arguments qu'Aristote appelle didactiques»* (Perelman e Tyteca, 1983: 70/71). Guillemain observa, justamente aliás, que tal não quer dizer que o mestre, estando revestido da dignidade da sua disciplina, não deve baixar-se diante dos seus alunos, quer pleiteando, quer usando da perigosa demagogia.

Para ultimar a nossa reflexão quanto à real pertinência do género epidíctico, importa que digamos ainda que Aristóteles não se terá apercebido de que as próprias premissas que suportam os discursos deliberativo e judiciário, géneros a que ele dá tão grande relevo, são, elas também, juízos de valor (Cfr. Perelman, 1989: 75).

Segundo Perelman, foi esta incompreensão do papel e da natureza do discurso epidíctico que encorajou o desenvolvimento de uma arquitectura literária no campo da retórica e favoreceu o esquiteamento desta entre duas tendências: uma filosófica (que visou integrar na lógica as discussões sobre matérias controversas) e outra literária, ligada sobretudo a problemas de expressão e a aspectos artísticos do discurso.

A história antiga e recente das nações tem sido pródiga em ilustrações que legitimariam, sem preocupações de absoluto rigor, o estabelecimento de uma correlação entre pompa e declínio. Parece haver, no entanto, razões mais consistentes sobre o declínio e esvazamento da retórica. Por isso, a sua fundamentação terá de ser, necessariamente, mais técnica.

*«Dans cet écartèlement de la rhétorique nous retrouvons, en quelque manière, un aspect des empiétements de la logique et de la suggestion sur de domaine d'argumentation qui nous intéresse. (...) nous nous servirons désormais du terme «rhétorique» pour désigner ce que l'on aurait pu appeler aussi la logique du préférable»* (Perelman, 1989: 77).

Terá sido a retórica, conjuntamente com as ciências humanas, quem forçou a extensão da palavra «prova» a tudo o que não é, pura e simplesmente, sugestão. A argumentação por aquelas utilizada releva, então, quer da lógica, quer da retórica. Mas, adverte-nos Perelman: «*C'est, cependant, en les opposant à la logique que l'on parviendra le mieux à caractériser les moyens de preuve particuliers que nous appellerons rhétoriques*» (Perelman, 1989: 78).

Perelman procura no texto em apreço, caracterizar os meios de prova retóricos, que obtém pela confrontação, momento a momento, passo a passo, com a lógica formal. Em primeiro lugar, a diferença entre Retórica e Lógica situa-se ao nível do fim visado por cada uma delas: a primeira visa a adesão — «*produir ou d'accroître l'adhésion d'un auditoire déterminé à certaines thèses*» (Perelman, 1989: 79); a segunda visa a verdade abstracta, categórica ou hipotética. O ponto de partida da argumentação retórica é ainda a adesão deste auditório a outras teses; o ponto de partida da segunda são princípios e axiomas estabelecidos sem adesão prévia, convencional e/ou arbitrariamente.

Ora, como resultado desta constatação, é imprescindível que aquele que argumenta, na procura de fundamentar o seu ponto de vista, e aquele a quem ele deseja persuadir formem, à partida, uma comunidade de espíritos, tenham um recíproco e relativo conhecimento e se interessem por um mesmo problema. O mesmo não acontece com o propagandista que pode ser detentor único do interesse pelo objecto da comunicação e, nessa medida, sendo muito comum o desinteresse manifesto do seu interlocutor.

Também aqui encontramos motivos fundados para retornar à especificidade da questão educativa um pouco acima referida. Dizem Perelman e Tyteca: «*Harold D. Lasswell, le spécialiste américain de ces questions, croit que l'éducateur diffère du propagandiste essentiellement parce que son propos porte sur des matières qui ne sont pas, pour son auditoire, objet de controverse*» (Perelman e Tyteca, 1983: 68).

Perelman considera ainda o que ele designa por limiar da retórica. É o primeiro estádio, «*avant que l'argumentation ne s'engage véritablement, aura-t-on recours aux moyens nécessaires pour forcer l'attention: nous serons au seuil de la rhétorique*» (Perelman, 1989: 79).

Estamos perante uma questão de soberana importância: É que há uma necessidade de quebrar, com oportunidade, a cadeia das condições prévias a um debate. Prolongá-la indefinidamente, além de exaurir a nossa paciência e o nosso tempo, impossibilitariam eventualmente o próprio debate. No contexto produzido por aquela necessidade, surge o papel relevante das instituições, sejam elas políticas, judiciárias, de ensino ou outras. O seu contributo, em termos de estabelecimento de um processo argumentativo, está no facto de que elas «*porvoient à ces conditions objectives préalables. Elles ont pour avantage d'ailleurs d'engager au minimum les participants*» (Perelman, 1989: 80).

O préstimo das instituições é ainda, do nosso ponto de vista, o de dar alguma estabilidade à argumentação retórica, designadamente pelo argumento de autoridade que se desprende da

qualidade enunciada de quem fala. De facto, a argumentação é constitutivamente movente, na justa medida em que, visando a adesão, ela fica na dependência do auditório ao qual se dirige. Lembremo-nos, a título de ilustração, que o que é admitido por um auditório, pode não o ser por um outro e isto independentemente das premissas do raciocínio em questão, mas igualmente de *«chaque chaînon de celui-ci, et enfin le jugement même qui sera porté sur l'argumentation dans son ensemble»*(Perelman, 1989: 80).

Tenhamos aqui presente o que acima dissemos. Quando há evidências, não pode haver, de facto, lugar a argumentar ou a persuadir. As evidências impõem-se necessariamente, no sentido que este termo tem em Lógica formal. Mas, refere Perelman, o orador pode perfeitamente ter sido convencido pela evidência, circunstância que não contraria o princípio de que a retórica não tem que se exercer quando o facto parece impor-se a todos. Diz-nos o nosso autor que *«elle doit intervenir quand l'un des interlocuteurs seul admet cette évidence et a fondé sur elle sa conviction. Ici, non plus, il n'y a pas d'hypocrisie»* (Perelman, 1989: 81).

Lembremos que a circunstância antecedente constituía para Platão a única condição de possibilidade de se exercer a boa retórica.

Quando desenvolvemos uma argumentação com uma só pessoa, é imperativo que, passo a passo, nos vamos certificando do acordo do nosso interlocutor. Este procedimento é por excelência parte integrante do método maiêutico e, daí, a sua presença viva e constante nos diálogos socráticos. No entanto este método induz-nos numa ilusão. Pelo facto de obtermos a cada instante o acordo do nosso interlocutor, convencemo-nos de que o domínio em que nos situamos é o da verdade e não apenas o da opinião.

Platão terá sido, segundo Perelman, o responsável pela identificação, nos séculos posteriores, da dialéctica com a lógica, *«c'est-à-dire d'une technique qui s'occupe du vrai et non de l'apparent, comme le fait la rhétorique»* (Perelman, 1989: 82).

No entanto a noção mesma de auditório universal como que opera a mutação alquímica da pedra filosofal em ouro, ou, para sermos mais precisos, opera a mutação do subjectivo em objectivo, da aparência em factos, a limite, a opinião corrigida (uma ortodoxia) em verdade. É que, embora não sendo nunca um auditório real e actualmente existente, não estando, *ipso facto*, submetido às condições sociais e psicológicas do meio envolvente ele é, efectivamente, um critério de legitimação racional que obriga, por um lado, a servimo-nos de premissas admitidas por todos, o que remete para uma intersubjectividade legitimante, por outro lado, sempre que seja impossível obter esta circunstância ideal, obriga a servimo-nos de premissas admitidas *«par cette assemblée hypercritique, indépendante des contingences de temps et de lieu, à laquelle on est supposé s'adresser»* (Perelman, 1989: 82).

Este auditório, no qual deverá incluir-se o próprio orador, *«ne sera convaincu que par une argumentation qui se prétend objective, qui se base sur des «faits», sur ce qui est considéré comme vrai, sur des valeurs universellement admises»* (Perelman, 1989: 82).

É evidente que o auditório e a opinião deste sobre o orador são fundamentais em retórica. Enquanto isso, a Lógica, a partir do acto em que é gerada como sistema, dispensa em absoluto o aval de um qualquer auditório, uma vez que a validade das suas asserções independe de qualquer reconhecimento. A limite, ela subsiste como sistema, cidadela erigida sobre os seus próprios princípios de validade, independentemente do seu próprio criador ou de quem dela faça uso.

*«En logique, comme en science, nous pouvons croire que nos idées sont la reproduction du réel, ou expriment le vrai, et que notre personne n'intervient pas dans nos assertions; la proposition n'est pas conçue comme un acte de la personne. Mais ce qui distingue précisément la rhétorique, c'est que la personne a contribué à la valeur de la proposition par son adhésion même»* (Perelman, 1989: 84).

O nosso autor abre caminho para a reflexão sobre o prestígio do orador e para a consideração da interacção que se estabelece entre este e o que ele diz, o que é dizer, para a interacção acto-pessoa.

No entanto, Perelman refere dois casos extremos onde este tipo de interacção, entre a pessoa e o discurso por ela produzido, não funciona: Assim será, em primeiro lugar, sempre que se trate de um facto objectivo, na condição de haver a seu respeito reconhecimento unânime; em segundo lugar, quando *«l'acte ou le jugement ne réagissent donc plus sur la personne»*, como acontece quando Deus é a fonte do discurso, uma vez que se presume que *«tout ce que Dieu dit ou fait ne peut être que le meilleur possible»* (Perelman, 1989: 84/85).

No primeiro dos casos referidos, a Retórica dá lugar ao domínio da experiência, tal é dizer que a justificação dá lugar à verificação - confrontação com a realidade empiricamente observável; no segundo, é a fé que toma o seu lugar, na forma de conhecimento intuitivo ou revelado de Deus. Em qualquer dos casos, será sempre fora do campo da Retórica o lugar onde nos encontramos.

Não obstante estes dois casos-limite, à interacção entre o orador e os seus juízos, vemos que a sua importância global se pode aferir, como sustenta o nosso autor, pelo esforço que faz qualquer orador para ganhar a simpatia do auditório. Daí a posição e função do exórdio na argumentação retórica, *«spécielement lorsqu'il s'agit d'argumentation devant un auditoire non universel, alors que - en logique - l'exorde est inutile»* (Perelman, 1989: 86).

Uma outra diferença que podemos surpreender entre a Retórica e Lógica tem a ver com o uso do elogio como *«contre-technique»*, usada para simular que não é por preconceito que faremos a alguém as críticas que se perfilarão no momento seguinte do discurso. Será imediatamente perceptível que aqueles elogios não são, no contexto de uso retórico, *«pure condescendance ou amabilité, comme ils le seraient s'ils étaient insérés dans le cadre d'une argumentation purement formelle»* (Perelman, 1989: 87).

Uma outra distinção de vulto entre Retórica e Lógica, tem a ver com o facto de que numa argumentação retórica tudo pode ser sempre posto em questão e a nossa adesão podemos retirá-la sempre que nos aprofite, na medida que aquilo com que se concorda é um facto, não um direito, como sustenta Perelman. O mesmo já não acontece em Lógica onde raciocinamos «*toujours à l'intérieur d'un système donné, supposé admis*» (Perelman, 1989: 87), onde aquela liberdade não pode ser consentida, em razão da coerência interna dos procedimentos lógico-dedutivos e da natureza necessária das suas inferências.

Resulta do que dissemos, que a argumentação em Lógica é constringente, isto é impõe-se com carácter de necessidade, não pede licença, nem consente dúvidas; processa-se no interior de um sistema cujas premissas e regras de dedução são unívocas e estabelecidas de maneira invariável. Inversamente, em Retórica, não há constrangimentos desta natureza.

Se tivermos em apreço a correlação **contradição/incompatibilidade** e se tivermos em conta a natureza lógica da primeira e retórica da segunda, verificamos que em Retórica, como refere Perelman, não se está nunca encurralado com o absurdo, na justa medida em que se houver uma incompatibilidade pode sempre esperar-se conseguir uma solução e alterar o quadro que gerou essa incompatibilidade. Isto muito simplesmente porque é próprio das incompatibilidades da argumentação retórica dependerem de uma vontade. O mesmo não pode acontecer para debelar o «absurdo» em lógica formal. Em vez da vontade, impera ali a necessidade.

Em Retórica existe uma noção que, de certo modo, desempenha na sua economia discursiva o mesmo papel que o do «absurdo» em Lógica. Para explicitar a diferença de usos que respectivamente comportam, valerá a pena referir o exemplo dado por M. Nicole, e que Perelman cita a partir do texto de Leibniz: «*il n'est pas absurde que le magistrat sage et grave parcourt les rues de la ville tout nu pour faire rire, mais cette hypothèse est ridicule. Si donc l'adversaire parvient, par son argumentation, à nous convaincre de ridicule, il aura presque gagné la partie*» (Perelman, 1989: 89).

Em debates de natureza retórica é frequente vermos fazer cedências de parte a parte e chegar a uma situação de compromisso, tão distante da tese de um como da do outro. Ora esta solução de compromisso não é possível no interior de um sistema dedutivo fixado univocamente.

Entre Lógica e Retórica encontramos também uma diferença ao nível da economia de meios: Em Lógica, uma vez admitida uma prova, pela sua natureza constringente, é superflua a adução de quaisquer outras; em Retórica não há qualquer limite à acumulação útil de argumentos.

Perelman chama a nossa atenção para o facto de o uso de maus argumentos em Retórica trazer, quase sempre, maiores perigos do que em Lógica, onde «*la fausseté d'une prémisse ne modifie nullement la vérité d'une conséquence, si celle-ci est prouvée par d'autres voies. La vérité de cette dernière proposition reste indépendante de ces fausses prémisses*» (Perelman, 1989: 90).

A linguagem artificial não é, como sabemos, exclusiva da Lógica Formal. Uma tal linguagem pode ser convencionalmente estabelecida, como lembra o nosso autor, no seio de uma

ciência determinada por um grupo de sábios especializados. A univocidade destas linguagens é que toma o seu uso constringente. Por isso se compreende que a natureza não constringente da argumentação retórica lhe venha, como sugere Perelman, do facto de as suas condições serem muito menos precisas do que as da argumentação lógica. No entanto, não se deve ver na indeterminação dos conceitos e na sua natureza menos precisa, necessariamente, um mal.

O nosso autor observa, com razão, que em diferentes domínios é hoje reconhecida a necessidade de operar com conceitos cujo sentido não é univocamente determinado, *«on considère que l'indétermination des concepts est indispensable à leur utilisation»*, por isso, acrescenta, é que *«le problème de l'interprétation, en droit, est aujourd'hui étudié en connexion étroite avec les problèmes du langage»* (Perelman, 1989: 91).

A elencagem antecedente de elementos que distinguem Lógica e Retórica, não tem pretensão, por muita generosidade que tenham os meus leitores, de constituir uma leitura saborosa. Talvez tenha, contudo, a consistência e a sobriedade da nossa «sopa de pedra» e que permita apurar o gosto para oportunas iguarias, se as houver .

Voltando ao concreto da análise que nos ocupa, queremos ainda referir alguns aspectos que reputamos importantes, que colhemos e trabalhámos perto do texto de Perelman.

Duas tentativas foram feitas no sentido de trazer a Retórica de volta, quer à argumentação lógica, quer à pura e simples sugestão. Mas Perelman mostra-nos que a tentativa logicista, ao pretender reconduzir a retórica a uma «Lógica do provável», terá minimizado um pormenor de grande importância: é que, não obstante os progressos reais do cálculo das probabilidades, *«la application en est limitée à un domaine dont les conditions ont été déterminées avec une précision suffisante. Or, nous l'avons vu, en rhétorique, il faut exclure cette détermination»* (Perelman, 1989: 93).

A segunda tentativa, diz Perelman, *«consisterait à étudier les effets suggestifs produits par certains moyens verbaux d'expression, et à ramener à ces effets toute l'efficacité des procédés non logiques d'argumentation»* (Perelman, 1989: 93).

Esta tentativa poderia, eventualmente, revelar-se fecunda, mas deixaria escapar precisamente a componente da argumentação a que Perelman se propõe dar relevo. De acordo com a nossa reflexão, o que escaparia, fundamentalmente, seria esta possibilidade de delimitar um domínio, valendo por si, de uma racionalidade complementar da racionalidade lógica e da racionalidade própria das ciências positivas, que pudesse servir de garante e de fiel na arbitragem dos conflitos humanos.

Perelman dá-nos conta de que a prova pelo exemplo, os argumentos baseados sobre o normal e sobre a competência, se situam proximamente dos procedimentos de uma lógica do provável. No lado oposto, situam-se os argumentos destinados a aumentar a intensidade da adesão, através da impressão de presença ou de realidade, como são o caso a analogia, nas suas diferentes formas e a metáfora. *«Ce groupe d'arguments (diz Perelman), que nous appellerons*

«arguments de présence», est celui qui est le plus négligé par tous ceux qui minimisent le rôle de l'irrationnel» (Perelman, 1989: 94).

Entre estes dois polos extremos, os argumentos de uma lógica do provável e os argumentos ligados ao efeito de sugestão e presença, situa Perelman os argumentos que ele designa por essencialmente retóricos, e que «caractérisent la rhétorique en tant que logique des jugements de valeur» (Perelman, 1989: 94).

Neste grupo inclui o nosso autor toda a série de procedimentos de qualificação e desqualificação e que constituem o que ele chama o verdadeiro arsenal da Retórica. De entre os que designa no campo da «Desqualificação», o procedimento propriamente dito é aquele cuja acção pode inclusivamente afectar toda a argumentação retórica. De facto, «la dépréciation résultant de ce que quelque chose est considéré comme procédé est une des formes majeures de disqualification. C'est d'elle que la rhétorique eut le plus à souffrir elle-même» (Perelman, 1989: 96).

No entanto, segundo o nosso autor, existe uma circunstância em que a percepção de que algo é um procedimento, ao invés de o desqualificar, aumenta-lhe a sua eficácia. É precisamente o caso da fórmula ritual que, longe de ser considerada como «cliché», ganha prestígio e dignidade com a sua natureza repetitiva e previsível e pelo facto mesmo de que é percebida como procedimento.

Nesta abordagem em que privilegiamos o elucidar da contraposição Lógica Formal/ Retórica, procuramos conhecer as delimitações e definir qual fosse a racionalidade própria da «Nova Retórica». Nova, porque distinta da retórica dos antigos, designadamente da de Aristóteles, em razão da emergência forte da noção de «juízos de valor» e de «auditório universal» e no apagar do sentimento menor de servir de *medium* de ignorâncias, nas franjas do império logico-formal e das ciências empíricas.

Com Perelman, o universo da nova retórica expande-se para um horizonte de racionalidade que, recobrando todo o campo da acção comunicativa humana, permite, com propriedade, o uso da designação «L'Empire Rhetorique».

Dizemos ainda «Nova Retórica», porque ao monismo platónico que transforma os problemas dos valores em problemas da verdade, ela soube contrapor a «verdade» do que é razoável e melhor se adequa à natureza humana que se manifesta na multiplicidade dos valores e crenças.

A sua ignomínia de outrora, é agora a razão maior da sua grandeza: Se ela pode sustentar o «por» e o «contra» é para possibilitar a formulação de juízos que decidam com justiça e com equidade os conflitos humanos. A retórica jurídica, ao dar voz às razões que se julgam únicas, torna possível a obtenção de veredictos que comprometem quem julga e quem é julgado e redimindo todas as partes, possibilita a paz judiciária. A limite, só neste quadro de argumentação e de debate jurídico e judiciário se pode fazer do conceito de justiça uma prática efectiva.

Numa perspectiva pedagógica sem precedentes, a nova retórica vai abrindo, à semelhança do esforço empreendido por Giordano Bruno, os horizontes de um universo fechado, se não como aquele para um «universo de infinitos mundos», pelo menos para a constelação de infinitas razões que entretecem o firmamento da intercompreensão humana.

## 2.6 - Raciocínio Jurídico e Lógica Jurídica (o porquê da designação mesma de «Lógica Jurídica» )

O problema que se enuncia sob o título em epígrafe, foi tratado por Chaim Perelman, num estudo com o mesmo título, publicado em 1966, na revista nº XI, da série Archives de Philosophie du Droit. Entretanto, o mesmo texto encontra-se inserido na sua obra recente — «Ethique et Droit».

No início deste texto, Perelman define «raciocínio jurídico» nestes termos: *«tout raisonnement qui, directement ou indirectement, concerne l'application de la loi, conçue dans le sens le plus large»* (Perelman, 1990: 587).

Aparentemente muito abrangente, a concepção que aqui se enuncia de raciocínio jurídico, é bastante restrita quando postos em presença do seu real campo de aplicação.

De facto, são os julgamentos e as sentenças *«les spécimens les plus autorisés»* para, segundo o nosso autor, ilustrar o seu conceito de «raciocínio jurídico». Deste modo, Perelman não considera as alegações das partes, aduzidas no debate judiciário, nem mesmo, as publicações doutrinárias, como «raciocínio jurídico». A função destes é, segundo o nosso autor, *«d'éclairer et d'influencer le juge dans sa recherche de la décision la plus conforme au droit. Elles doivent, en effet, fournir au juge des éléments de fait et de droit, qui lui permettront, à la fois, de se former une conviction et de motiver sa décision»* (Perelman, 1990:587).

Neste sentido a doutrina jurídica e o debate judiciário, têm uma função propedêutica e auxiliar, acção segunda, numa perspectiva de hierarquização dos actos processuais que intervêm na aplicação da justiça.

Designamos por «elementos de facto», neste contexto, o conjunto de eventos, comportamentos ou acções, típica e juridicamente relevantes, bem como as circunstâncias que envolvem a prática dos mesmos (como o são as motivações das pessoas) e sobre os quais é consentido o estabelecimento de uma prova em Direito; por «elementos de direito», designaríamos, antes, o conjunto dos dispositivos legais que poderão intervir, de forma pertinente, na qualificação e subsunção dos factos à norma que contém os elementos típicos.

Neste sentido, compete às partes em litúgio, acusação e defesa autor e demandado, produzir o que tecnicamente se designa por «justiça material», configurando, com os seus contributos antitéticos, as condições e a qualificação jurídica do evento.

Ninguém contesta, diz Perelman, que existam raciocínios especificamente jurídicos. Já, outrossim, não é unívoca, nem pacífica, a aceitação de que exista uma «lógica jurídica».

O nosso autor deixa-nos perceber que não é pela circunstância de termos insertas, nos enunciados jurídicos, expressões como «é interdito», «é obrigatório», «é permitido», que obteremos para o campo jurídico a natureza constringente da lógica formal e o seu elemento performativo. Lembra-nos ele que estes conceitos foram já analisados recentemente por um lógico e filósofo finlandês, de nome G.H.Von Wright, num estudo a que chamou de «Deontic Logic» (Cfr. Perelman, 1990: 595).

Observa a propósito Perelman: *«Constato, à ce propos, que la logique déontique n'a rien de spécifiquement juridique, car les analyses et les formalisations qu'elle nous présente, et qui nous éclairent sur certaines usages possibles des opérateurs déontiques, s'appliquent à tous les énoncés qui comportent des éléments prescriptifs, et pas seulement aux énoncés juridiques»* (Perelman, 1990: 588).

Não é, como se depreende, nem consistente, nem legítimo, fundar, através de operadores deónticos, o campo da nossa lógica jurídica. Por outro lado, não tenhamos igualmente a ilusão de pretender para a Lógica Jurídica os mesmos critérios de validade que são próprios à Lógica Formal. Não se deve sequer pretender equipará-la a esta, em termos de uma mesma e pretensa utilização da teoria da prova demonstrativa. Nem pela linguagem, nem pelos critérios de validade, nem pelos meios e natureza da prova se poderá colocar, lado-a-lado, Lógica Formal e Lógica Jurídica.

A nítida distinção de objectivos e linguagem que servem quer a «Lógica Jurídica» quer a «Lógica Formal», permite a Perelman reconhecer a possibilidade de utilização da noção de «lógica jurídica» com um sentido específico inegável, ao lado da lógica formal. Se a esta compete a elaboração da teoria da prova demonstrativa, à «Lógica Jurídica», enquanto *«logique non formelle»*, compete o estudo da argumentação, *«c'est-à-dire de l'ensemble des raisonnements qui viennent appuyer ou combattre une thèse, qui permettent de critiquer et de justifier une décision.»* Acrescenta de imediato Perelman que o objecto próprio desta nova e específica lógica seria o de examinar os argumentos específicos em direito, *«telles d'ailleurs qu'elles ont été enseignées, pendant des siècles, sous le nom de Topique Juridique»* (Cfr. Perelman, 1990: 588).

Digamos ainda que à «Lógica Jurídica», na medida em que se inscreve numa Teoria da Argumentação, caberia também ocupar-se das provas que Aristóteles designou por «provas dialécticas», produzidas, como sabemos, através de raciocínios que assentam em premissas razoáveis («*Eulogos*») e que Aristóteles contrapõe aos raciocínios analíticos de natureza demonstrativa e impessoal.

Aos raciocínios analíticos diz, naturalmente, respeito a produção de «provas analíticas», designação também ela adveniente de Aristóteles, e de que se ocupa, em exclusividade, a Lógica Moderna, na medida em que constui um sistema fechado, cujo campo de análise se restringe ao

da apoditicidade pura, isto é, ao domínio da produção de verdades necessárias, ou se quisermos, de evidências de natureza formal.

Podemos, deste modo, dizer que não há propriamente argumentação em lógica formal, no sentido restrito que contém a expressão de Perelman que diz «*l'argumentation ne peut intervenir que si l'évidence est contestée*» (Perelman, 1977: 20).

Mas, se nos é consentido falar, «lato sensu» em argumentação lógica-formal é para referirmos que ela é necessariamente constrangedora e tem por característica ser impessoal, na medida em que a verdade é uma propriedade das proposições e em nada depende da opinião dos homens.

Retiremos no entanto do termo «constrangedor» conotações associadas ao uso do termo em jogos de linguagem do nosso quotidiano. O constrangimento de que se trata, no formalismo lógico, é pertinente, na medida em que tem a ver com imperativos de coerência interna, próprios da racionalidade do sistema.

Pelo contrário, diz Perelman, as teses jurídicas são fundadas «*non sur des preuves démonstratives, mais sur des arguments dont la force et la pertinence peuvent être diversement appréciées*» (Perelman, 1990: 589), consentindo, conseqüentemente, argumentações em sentido oposto. A limite, só o concurso de uma razão exterior, técnica e humanamente preparada para conhecer e resolver os litígios, se revelará apta para produzir uma decisão que tomará forma de imposição.

Mas esta imposição, não é uma produção unilateral, não obstante ser da responsabilidade final do juiz. De facto, a sentença é o resultado computável da comparticipação dos vários intervenientes e, no acto em que é proferida, cria um vínculo que compromete quem julga e quem é julgado.

Um questão é insuperável na caracterização da lógica jurídica: ela não se exerce nunca sem o concurso de pessoas, cujos interesses arbitra. Não é nunca impessoal e, mesmo tendo em conta a produção de um resultado, não é indiferente à expectativa de um auditório, muito específico e exigente, que velará pela sua correspondência e coerência com o sistema jurídico, mas, mais ainda, se a sua medida foi equitativa e justa. No fundo apreciará se a racionalidade da decisão se equilibra com o seu carácter de razoabilidade.

Em resultado do que dissemos, é pertinente e autorizada, como sempre a palavra do nosso autor: «*En fait, ce qu'on appelle une démonstration, en droit, n'est qu'une argumentation, et la logique juridique comporte l'étude de schémas argumentatifs non formels, propres au contexte juridique*» (Perelman, 1990: 589).

Tenhamos presente que, em termos de uma qualquer argumentação, não especificamente jurídica, é fundamental que quem toma a palavra se identifique previamente com as teses admitidas por quem o vai escutar e, não estando seguro desta identificação de facto, impõe-se

que as presume e proceda com prudência. Do mesmo modo, no campo da argumentação jurídica e, para sermos mais abrangentes e exactos, em todo o debate judiciário, onde fazemos compreender as participações das partes e a adução de proposições de doutrina jurídica, nós encontramos a correlata correspondência de um acordo prévio sobre as teses a admitir e a debater.

Falamos, naturalmente das regras de fundo e das regras de procedimento, que são próprias do sistema jurídico. Falamos, em suma de toda a cultura jurídica. Delas deverão socorrer-se, com rigor, os promotores do interesse público, os advogados de acusação e defesa, do autor e demandado e, mais condescendentemente, as partes, que, na falta de um domínio técnico dessas regras, delegam naqueles a palavra, em matéria de articulação dos factos com o direito. Já na restante matéria, como seja o testemunho pessoal e/ou presencial dos factos, se lhes pede objectividade, verdade, e um certo *senso comum jurídico*, para usarmos um termo tão caro a Boaventura Sousa Santos, para quem, obviamente, o alcance e implicações do termo tem outra consistência e profundidade que não nos cabe, por ora, elucidar.

Analisar a natureza do raciocínio jurídico, em contraposição com a do sistema lógico-formal, recomenda-nos ainda uma distinção de monta: Vimos que, em sede de julgamento, as regras de fundo e de procedimento constituem propriamente o sistema jurídico — e aí reconhecemos uma forte similitude com um sistema formal — a que devem conformar-se: os factos, pois só serão admitidos os «factos típicos»; as provas, pois só serão consentidas as provas admitidas em direito; as alegações das partes, que devem ser pertinentes e conformes à doutrina e às regras fundo e de procedimento.

Ao juiz compete, de alguma forma, dirigir, em sede de julgamento, a representação ritualizada da aplicação da Justiça, através da arbitragem dos eventos juridicamente relevantes. Mas, ao fazê-lo, ele tem consciência de que as suas decisões são objecto de apreciação por um auditório tecnicamente muito competente e complexo, composto pelos juizes dos tribunais superiores e inspectores judiciais, pelos seus pares, pelos técnicos que de múltiplas formas colaboram na administração da justiça e pela sociedade em geral. Dele esperam que decida segundo a sua íntima convicção, mas esperam também e fundamentalmente, uma decisão conforme ao Direito e simultaneamente razoável. Ao proferir uma sentença, ele tem ainda presente que a sua decisão pode constituir um precedente, juridicamente relevante na apreciação de casos futuros.

Deste modo, não obstante lhe ser pedido que motive a sua decisão no quadro do sistema, com a liberdade de decidir por si o estabelecimento dos factos e de formar intimamente a sua convicção, não deixa de estar dependente deste complexo auditório que dele espera uma decisão justa, mas equitativa, que lhe pede que salvguarde a segurança do sistema e ao mesmo tempo faça intervir a ponderação da natureza ortopédica e ressocializadora da justiça e a consideração dos fins.

E é porque o direito comporta tantos elementos de incerteza e o concurso de um juízo humano, conquanto produzido por uma personalidade que se deseja e espera bem formada mas, em todo o caso, estruturalmente única e imprevisível, que, de forma alguma, se não podem nunca fazer equivaler «raciocínio jurídico» e «raciocínio lógico-dedutivo».

Diz-nos Perelman que *«toute la technique judiciaire de la preuve des faits ne se comprend qu'à partir de la notion de présomption»*, acrescentando que *«les faits présumés n'ont pas à être prouvés. C'est ainsi que, dans notre droit, l'accusé est présumé innocent jusqu'à preuve du contraire, et c'est à l'accusateur qu'incombe la charge de cette preuve»* (Perelman, 1990: 592).

Tenhamos presente que a presunção do juiz se forma no estrito quadro dos factos introduzidos em juízo, não podendo sequer valer-se de elementos impressivos, por si formados ou colhidos, mas que escapam à competência do debate judiciário a que preside. Temos, assim, o concurso de mecanismos que controlam os próprios limites da subjectividade na formação da «íntima convicção do juiz» e da sua presunção final de «culpado» ou «não culpado», conforme ao Direito ou desconforme, cumprido ou incumprido. A esta questão nos referiremos mais detalhadamente no ponto 4. deste trabalho.

Para a economia da questão que desejamos elucidar neste ponto, convém reter que a prova dos factos é dita *livre*, justamente porque antecede e prepara, unicamente o estabelecimento da convicção do Juiz. Porque compete ao acusador público e/ou às partes convencer o Juiz, os argumentos, nessa fase aduzidos, não são ainda raciocínios jurídicos, nos termos em que nós anteriormente os definimos.

A especificidade do jurídico verificar-se-á a partir do momento em que se trata de qualificar os factos, *«c'est-à-dire, quand il faudra les subsumer sous une catégorie légale, pour pouvoir en tirer les conséquences prévues par la loi»* (Perelman, 1990: 592).

Tratar-se-ia, aparentemente, de uma pura produção de inferências lógicas, através da aplicação do silogismo judiciário: A Lei seria a premissa maior, o facto em apreciação, a menor, a conclusão, resultaria necessariamente da validade do processo. Mas, não é exactamente disso que se trata: O Juiz não poderá ser, como pretenderam a Escola da Exegese e o positivismo jurídico, uma mera máquina calculadora. A sua função, mesmo no processo da subsunção dos factos à lei, que caracteriza o processo de «qualificação», é muitas vezes uma função de apreciação e, como refere Perelman, *«la qualification n'est que rarement déterminée par les seules propriétés objectives de ce que l'on veut qualifier: bien souvent le juge, pour justifier sa qualification, s'inspire de l'intention du législateur et de l'appréciation des conséquences légales qui découleraient de sa décision»* (Perelman, 1990: 592).

Mas a circunstância ímpar que faz do dispositivo de qualificação algo mais que um raciocínio lógico-dedutivo, é a do recurso à chamada «ficção jurídica», isto é, *«c'est-à-dire à une qualification contraire aux faits, mais qui est la seule technique dont il dispose pour arriver au résultat sans modifier les termes de la loi»* (Perelman, 1990: 593).

Como aliás refere o nosso autor em «Logique Juridique - Nouvelle Rhétorique», a ficção jurídica é uma qualificação de factos sempre contrária à realidade jurídica e que a obrigação de recorrer a ela é por si reveladora de que «*la réalité juridique constitue un frein indmissible à la bonne administration de la justice*» (Perelman, 1979: 64).

É, como refere o nosso autor, aquando da «qualificação» que mais claramente se manifesta a interferência entre «facto» e «direito». Perelman ilustra esta diferença, em diversos momentos da sua vasta obra, com o exemplo da lei que proíbe o desfile, no 1º de Maio, atrás de uma bandeira vermelha. Como actuar e, depois, como qualificar o facto de, uma multidão seguir, nesse dia, atrás de uma bandeira cor-de-rosa ou lilás?

Diz-nos Perelman: «*L'on voit immédiatement que la qualification dépendra non seulement d'une description des faits non controversée, mais aussi de la manière dont le juge interprétera la loi*» (Perelman, 1990: 593).

Dá que o que caracteriza propriamente os problemas da Lógica Jurídica não seja o accionar do dispositivo silogístico, mas o próprio estabelecimento das premissas desse dispositivo, altura em que, como refere Perelman, se dá o alcance exacto às normas jurídicas. Estamos, então, no momento anterior à estrita qualificação dos factos e que, tradicionalmente, se designa por «interpretação da lei»(\*).

Avisadamente, refere-nos Perelman a este propósito: «*On pourrait évidemment prétendre que les problèmes d'interprétation sont étrangers à la logique, et l'on aura certainement raison si l'on identifie la logique avec la logique formelle. Mais si la logique juridique doit étudier ce qu'il y a de spécifique dans le raisonnement juridique, elle ne peut se borner à l'étude des aspects formels du raisonnement car son rôle essentiel est d'analyser l'argumentation telle qu'elle se déroule dans un contexte juridique*» (Perelman, 1990: 593/594).

A interpretação é, assim, um importante elemento distintivo dos dois domínios em análise, que a doutrina e os seguidores do positivismo jurídico não devem ignorar, tanto mais que aceitar o papel da interpretação e da qualificação no domínio jurídico implica aceitar, decorrentemente, a necessidade de ponderar sobre valores e, por essa via, entrar no domínio de uma teoria da argumentação que contendo «*techniques de raisonnement acceptables*» comporte a emissão de juízos de valor, o que é dizer, é admitir a existência efectiva de uma Retórica Jurídica no teatro da aplicação da Lei.

Chaim Perelman faz-nos saber que alguns argumentos clássicos da lógica jurídica, como são os argumentos *a pari*, *a contrario*, *a fortiori*, *ab absurdo*, *ab inuiti sensu*, *a maiori ad minus*, entre outros, «*tous concernent l'interprétation de la loi, et c'est grâce à l'un ou l'autre de ces arguments que le juge pourra justifier son interprétation*» (Perelman, 1990: 594).

---

\* Sobre a natureza do silogismo judiciário e sua função na produção da sentença, é importante considerar o desenvolvimento dado por Miguel Teixeira de Sousa, 1983: 15-19.

Sustentamos um ponto de vista segundo o qual a utilização de quaisquer destes argumentos comporta o estabelecer de comparações entre valores, não obstante a natureza quase-lógica de alguns deles poder induzir e reforçar a ideia de um sistema de direito fechado, coerente e absoluto, tão do agrado, justamente, dos que se opõem a uma concepção que não ignora, antes reconhece, a existência e importância, no direito, de noções com sentido pouco preciso, a existência de lacunas, do recurso a ficções, de incompatibilidades, em suma, de circunstâncias que requerem inapelavelmente o concurso de um juízo humano, o recurso a uma tónica jurídica e, para além desta, a uma teoria da argumentação especificamente jurídica.

Entretanto, como nos lembra Perelman, aqueles argumentos não são nunca de tal forma constrangedores que não consintam uma argumentação em sentido oposto. E este facto não comporta, em definitivo, uma correspondência e similitude de funcionamento com a lógica formal. A sua aplicação não dispensa nunca o concurso de um juiz para terminar o debate e, do nosso ponto de vista, não de um juiz «ex máquina», mas de um juiz humano, capaz de interpretar e aplicar a lei de modo razoável.

Tenhamos presente que, após o estabelecimento dos factos e subsequente qualificação dos mesmos pelo juiz, se segue o estabelecimento de uma sentença. Referimo-nos um pouco de passagem a este momento. Mas, em que consiste ele?

Não basta que o juiz, ouvidas as partes decida sobre o "direito" ou "torto", a culpa ou inocência de quem é julgado. Terá de fazê-lo, necessariamente, mas motivando o seu juízo. Servir-se-á então de um raciocínio *«qui devra montrer grâce à celles démarches, relevant de la logique juridique, le jugement se rattache au système de droit auquel le juge doit se conformer. Cette motivation fournira à la fois les raisons qui ont paru prévaloir, ainsi que la réfutation des objections opposées à la thèse défendue par le juge»* (Perelman, 1990: 594).

Pensamos que uma concepção formalista e absolutista do direito não contém nos dispositivos de produção de inferências de inspiração meramente lógica, elementos que dispensem o concurso de um juiz humano e que se prestem a ponderações que façam da aplicação da lei actos reconhecida e unanimemente justos, por este específico, informado e hiper-crítico auditório desta última década do século.

Só movendo-se, o sistema jurídico, pode pretender adaptar-se a este auditório em mutação acelerada e, desse modo, estar na mudança; só enquanto sistema aberto poderá consegui-lo.

Sustenta Perelman que o exame dos problemas que levantam quer as antinomias jurídicas quer as lacunas da lei, mostram *«qu'un système juridique moderne n'est pas un système fermé, que le juge peut recourir, pour motiver ses décisions, à des principes généraux qui ne se trouvent explicitement énoncés dans aucun texte légal, qu'il peut recourir aussi à des raisonnements téléologiques, à des raisonnements par analogie, tout en faisant une très large part aux précédents judiciaires, et tout en sachant que son propre jugement peut constituer un précédent pour tous les cas futurs de même espèce»* (Perelman, 1990: 594).

Pensamos ser pertinente, no âmbito deste ponto da nossa análise, em que procurámos, com Perelman, elucidar a correlação entre «Raciocínio Jurídico e Lógica Jurídica», completar a nossa reflexão analisando ainda que razões se dá o nosso autor para designar como «Quase-Lógicos» determinados argumentos e, ao mesmo tempo, procurar compreender qual a sua natureza e função, no quadro do raciocínio jurídico de que aqui nos ocupamos.

No seu «*Traité de L'Argumentation — Nouvelle Rhétorique*» Perelman e Tyteca dizem-nos o seguinte sobre este ponto: «*nous croyons que le raisonnement formel résulte d'un processus de simplification qui n'est possible que dans des conditions particulières, à l'intérieur de systèmes isolés et circonscrits. Mais étant donné l'existence admise de démonstrations formelles, de validité reconnue, les arguments quasi logiques tirent actuellement leur force persuasive de leur rapprochement avec ces modes de raisonnement incontestés*» (Perelman e Tyteca, 1983: 260).

Trata-se, neste momento de reconhecer duas coisas importantes: que os raciocínios quase-lógicos não são lógicos porque o sistema que os gera não é um sistema isolado e circunscrito; que a força dos argumentos quase-lógicos lhe vem de um prestígio proveniente de uma espécie de simpatia formal com argumentos de créditos firmados — os raciocínios da lógica formal.

Deste modo, o que caracteriza este tipo de argumentos quase-lógicos é a sua natureza não-formal, mas, também «*l'effort de pensée que nécessite sa réduction au formel*» (Perelman e Tyteca, 1983: 260).

De entre os argumentos quase-lógicos, alguns deles fazem apelo a estruturas lógicas, como são o caso a contradição, a identidade total ou parcial e a transitividade, enquanto outros fazem apelo a relações matemáticas, de que são exemplo a relação da parte ao todo, a do mais pequeno ao maior e a relação de frequência (Cfr. Perelman e Tyteca, 1983: 261).

Resulta do antecedente que o campo da Nova Retórica é um campo generosamente aberto em terreno pedregoso, como as belas vinhas implantadas em terreno xistoso. As suas velhas, mas renovadas, raízes procuram caminho entre a dura consistência das demonstrações da lógica formal, do cálculo e da medida das ciências de inspiração matemática e, afinal, por entre o descrédito a que a votaram o monismo platónico e o cerceamento aristotélico. Mas encontram alimento no solo profundo da natureza da relação inter-humana que se não rende a espartilhos próprios ou alheios, físicos ou formais.

Temos presente que a «*Tekné Retoriké*», como desenvolvemos no capítulo primeiro deste trabalho, nasceu de situações socio-políticas concretas, quando foi possível a criação de um espaço público de exercício da razão.

Foi a «*métis*» e expediente de homens como *Tísias* e *Córax* que souberam aproveitar aquelas circunstâncias e sistematizar, pela primeira vez, um saber logo-técnico que, com Aristóteles se haveria de consolidar como «*Tékné Retoriké*». Esta foi a vertente conjuntural que esteve na sua origem.

Mas, aquilo a que pretendemos dar relevo igual, é à questão económico-jurídica do seu fundamento: a arbitragem de conflitos sobre direitos fundiários, problema levantado com a queda do tirano de Siracusa.

Este segundo dado leva-nos a pensar o seguinte: que a criação de condições políticas para o surgimento de um espaço público, apto ao livre exercício da razão, a que se refere Habermas, é, de facto, um dos princípios arqueológicos ( no sentido do termo «arché») do surgimento desta disciplina.

Mas o fundamento mesmo, o princípio de necessidade que lhe deu origem, remonta a tempos ancestrais de que fala Lévi Strauss: o da constituição das sociedades humanas, isto é, remontará, possivelmente, ao princípio explicativo dado por aquele autor, sobre a passagem do estado de natureza ao estado de cultura. Referimo-nos à «troca»: troca de valores, afinal. Primeiro valores concretos, possivelmente depois, valores abstractos, mas que terão assegurado as relações de coexistência pacífica entre as sociedades políticas nascituras.

Temos, então, associado a esta necessidade de pacificação de que o processo de trocas era o lúdimo mediador e fator, o surgimento das primeiras leis que regulam os procedimentos a seguir, designadamente no que respeita às trocas de parentesco.

Estará aí, embrionário, o princípio que funda, efectivamente, a retórica e a sua associação ao direito, na forma de uma «Retórica Jurídica»: da necessidade da troca passamos à das leis que a garantem. E como o processo da troca é, quanto a nós, eminentemente civilista, carecia de que a palavra deixasse de ser comando e, no âmbito de um espaço público de exercício de razão de natureza democrática, fundasse a primeira sociedade mercantil, de transacção de bens que são valores, pela mediação de uma razão prática, vocacionada para esse exercício.

O surgimento da técnica de como melhor utilizar economicamente a razão, é um problema segundo, em relação a esta questão: nos processos de troca, princípios constitutivos das sociedades humanas, devemos, eventualmente situar o «arché» por excelência do que neste tema nos ocupa. Só a mediação de uma razão prática, mercantilista, à parte a consideração de qualquer sentido depreciativo, garante o cumprimento da lei e terá legitimado o seu uso.

Deste modo, razão prática e direito estão juntos neste nóculo giratório e constitutivo das sociedades humanas. E, neste sentido, as tentativas enformadas do espírito do positivismo jurídico, têm algo de um retorno a modelos de sociedade oligarquicamente estruturados, não na livre constituição de um espaço público e democrático onde se exerce a força da razão, mas onde se impõe a razão da força. Mesmo quando esta consista na entronização do direito e das leis, na justa medida em que perdem o sentido de serviço, auxiliar do funcionamento da sociedade humana.

### 3 - Da especificidade do Debate Judiciário

#### 3.1 - A argumentação jurídica, caso particular da argumentação prática

Consideramos de uma pertinência extrema, para boa economia e proveito da abordagem deste tema, o contributo da reflexão inserta na tese doutoral de Robert Alexy, sob o título «Teoria da Argumentação Jurídica - A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Fundamentação Jurídica», na justa medida em que o caminho ali percorrido se nos oferece como uma via excelente para a uma abordagem que permita, em termos formais, seguir mais adequadamente o curso necessariamente dinâmico do Debate Judiciário, tal como o concebemos.

Alexy, como é referido em nota de abertura pelos tradutores da edição castelhana daquela obra (Alexy, 1989), construiu, a partir da teoria do discurso racional, muito à semelhança da elaborada por Jurgen Habermas, a sua tese fundamental: a de que a argumentação jurídica é um caso especial do discurso prático geral.

Encontra, para fundamento daquela sua tese, três ordens de razões: a primeira tem a ver com a circunstância de as discussões jurídicas se referirem a questões práticas, isto é, estabelecerem o que há a fazer ou a omitir, ou o que pode ser feito ou omitido; a segunda razão aduzida diz respeito à pretensão de correcção que acompanha a discussão das mesmas e, a terceira e última razão, prende-se com o facto de que a discussão jurídica ocorre sob condições de limitação de tipo especial.

A quem contradita o vínculo das questões jurídicas à prática argumentativa geral, alegando, eventualmente, a natureza especulativa e teórica de actividades como a da investigação na História do Direito, na Sociologia Jurídica e na Teoria do Direito, Alexy responde que, associada a estas actividades, opera a argumentação jurídica voltada para a solução de questões práticas, acrescentando em síntese: «*Esta argumentação desempenha um papel central não só na praxis, mas também na ciência jurídica*» (Alexy, 1989: 207).

Quanto à segunda das razões com que fundamenta a inserção da argumentação jurídica no discurso prático geral, e que tem a ver com o partilhar com este último de uma pretensão de correcção, Robert Alexy dá o mote preciso deste parentesco: de facto, é comum a ambos esta pretensão de correcção, mas, estruturalmente, ela é diferente. O enunciado jurídico normativo, na condição de ser simplesmente afirmado, proposto ou até mesmo ditado como sentença, não tem a pretensão de ser racional sem mais, como acontecerá no primeiro caso. A racionalidade a que aspira é a de poder ser fundamentado racionalmente no quadro do ordenamento jurídico em vigor.

Ilustra bem o que se disse no parágrafo anterior o caso das decisões judiciais, nas quais a exigência de fundamentação e a pretensão de correção se cumprem na sua conformação ao Direito positivo. A esta pretensão se liga uma das vertentes da necessidade de motivação das decisões judiciais. A outra, como temos presente, é a vertente que escorre para o campo da justificação da razoabilidade da decisão, por referência a um impreciso mas exigente sentido social de justiça.

Mas Robert Alexy sustenta que se em todas as formas de discurso jurídico se efectuam fundamentações é porque há uma inegável pretensão de correção. Segundo ele, à semelhança do que se passa no discurso prático geral, o bom-senso não consente que se afirme algo e que, de seguida, se negue a sua fundamentação, sem alegar razões bastantes para essa atitude. Neste contexto, afirma Alexy: «*Com os enunciados jurídicos levanta-se, por isso, como com os enunciados normativos gerais, uma pretensão de correção - que pode satisfazer-se certamente de diferentes formas*» (Alexy, 1989: 208)

Tenhamos presente que a abordagem da questão específica do debate judiciário nos coloca de antemão um problema fulcral, em termos da ora discutida questão da pretensão de correção. Estamos naturalmente no conhecimento de que em sede de julgamento, como particularmente é o caso nos processos de natureza cível, as partes envolvidas esperam, aquém de uma sentença que contenha uma decisão justa e razoável, ver sobretudo reconhecido, como correcto, o seu próprio entendimento de justiça, naturalmente velado pela opacidade do seu interesse pessoal. Não obstante, Robert Alexy sustenta que a emergência de tais interesses de natureza subjectiva não faz decair a referida pretensão de correção.

Este autor equipara este caso ao de fazer uma promessa sem qualquer intenção de cumpri-la. Vem muito a propósito formular aqui a pergunta de Austin: «*Uma vez excluído este género de actos interiores, fictícios, poderemos nós supor que qualquer outro elemento de que se exige, habitualmente, que acompanhe uma enunciação tal como «Eu prometo que...» ou «Sim (eu tomo esta mulher...)*», é de facto descrito por esta enunciação, de maneira que ele a tornaria verdadeira pela sua presença, ou falsa pela sua ausência?» (Austin, 1970: 45).

Resulta claramente do subsequente desenvolvimento que Austin dá a esta questão que é a performatividade do acto de prometer que conta, isto é, o que se realiza prometendo. O que é relevante, porque vincula, é o compromisso firmado no acto de dizer «*prometo que...*», não a intencionalidade intra-psíquica não enunciada. Por isso dirá ainda Austin, a propósito da promessa feita de má-fé: «*a promessa, aqui, não é mesmo nula e não acontecida, se bem que dada de má-fé. A sua enunciação é talvez enganosa: induzirá provavelmente em erro, e é, sem nenhuma dúvida incorrecta. Mas ela não é uma mentira ou uma afirmação defeituosa*» (Austin, 1970: 45).

A natureza peculiar da pretensão de correção das partes litigantes em sede de processo judicial, que não só compreensível e reciprocamente se invoca, mas que, além do mais, se outorga

em direito, aparentemente de forma paradoxal, tem por suposta a existência de um universo de sujeitos de direito, portadores de uma razão igual e, por isso, credores de pleno direito de paridade de tratamento em juízo.

Finalmente, e no que concerne ainda à pretensão de correcção, teremos de nos perguntar se ela também se levanta, a limite, nas decisões judiciais. Robert Alexy sustenta que é consistente esta pretensão, mas apenas na condição de o conceito de decisão judicial incluir o conceito de pretensão de correcção. Segundo este nosso autor, a resposta àquela questão depende de como se defina o conceito de decisão judicial. Refere, no entanto, Alexy: *«Há boas razões para definir este conceito no campo de uma teoria jurídica analítica, de maneira que não abarque esta pretensão»*, acrescentando, em nota de rodapé, que em abono do que sustenta, podem aduzir-se razões que *«falam em favor da utilização da expressão «norma jurídica» de maneira que não inclua nenhuma referência a normas morais»*, conforme H. L. A. Hart em *«Der Positivismus und die Trennung von Recht und Moral»*, ou ainda da tese de M. Kriele, inserta em *«Theorie der Rechtsgewinnung, de que «não existe nenhuma conexão necessária entre Direito e capacidade de justificação»* (Alexy, 1989: 209).

Como tivemos o ensejo de fundamentar no capítulo antecedente deste trabalho, a estratégia contida na Teoria da Argumentação ou «Nova Retórica» de Perelman não se conforma com o entendimento dos autores acima referidos. Parece-nos que, interpretando o alcance exacto do pensamento de Perelman e Tyteca, poderemos dizer que nem a norma jurídica se pode conceber depurada de fundamentos de natureza moral, mesmo que se sublinhe a sua natureza convencional, nem a natureza valorativa dos conceitos que usa por empréstimo da linguagem comum, nem mesmo os procedimentos técnicos que utiliza na sua aplicação (como o ilustram bem a interpretação da norma, a qualificação dos factos e a motivação da sentença) permitem que se dispense o concurso metodológico da justificação na aplicação do Direito.

Segundo Robert Alexy, é possível que, sobretudo num caso isolado, possa ser proferida e até mesmo reconhecida pela comunidade jurídica uma sentença defeituosa do género «Em nome do povo, se condena o senhor X a dez anos de privação de liberdade, ainda que não haja para isso boas razões». Esta asserção compara-a Alexy à conhecida expressão, contida em «How to do things with Words» de Austin: *«O gato está sobre o tapete, mas eu não o creio»*. Mas, conclui Robert Alexy, o reconhecimento da comunidade jurídica não altera em nada os defeitos de uma tal decisão. Sublinha por isso: *«há boas razões para opinar que a falta da pretensão de correcção de uma decisão não a priva necessariamente do seu carácter de decisão judicial válida, mas fá-la ser defeituosa num sentido relevante não só moralmente»* (Alexy, 1989: 209).

No entanto o nosso autor sustenta que há algumas razões a favor da suposição de que as investigações empíricas poderão mostrar que a pretensão de correcção é constitutiva da *praxis* da fundamentação e decisão jurídicas. Dessa pretensão são exemplo as deliberações jurídicas em que se discute larga e intensamente sobre a correcção de uma decisão. Em tais casos, as

deliberações são concebidas pelos próprios participantes como resultado da procura de uma decisão correcta. Esta mesma decisão pode até ser objecto de debate no quadro de uma dogmática jurídica (a ciência jurídica) ou mesmo ser objecto de análise na imprensa. A disputa gerada, em uma ou outra circunstância contextual, tem sempre que ver com a correcção da decisão em causa.

Mas, muito para além desta pretensão de correcção, genericamente considerada, conter, quanto a nós, um modelo de correcção que questiona, sobretudo, a conformação de uma decisão com as normas do Direito positivo e com os precedentes judiciais, a fundamentação judicial, produzida na motivação de uma sentença, cumpre necessariamente uma função mais ampla que a de pretender ser correcta naqueles exclusivos termos.

Conforma-se bem, como complemento daquela, o desiderato expresso por L. Ladd, em «The place of Practical Reason in Judicial Decision», conforme nota de Robert Alexy: *«tratar um ser racional racionalmente, quer dizer, como um ser racional, explicando-lhe por meio de razões porque é que se chegou a uma decisão que afecta negativamente os seus interesses»* (Alexy, 1989: 210, nota 16). A pretensão de correcção ganha assim vínculos de uma nova natureza com a razão, na justa medida em que tais vínculos não se restringem, como vimos oportunamente, a critérios de apoditicidade e de evidência racional, mas atam a razão à vida, através de normas que, para serem aplicadas, necessitam de justificação.

A terceira e última das razões com que Robert Alexy fundamenta a tese de que a argumentação jurídica é um caso especial do discurso prático geral, tem que ver, como se disse um pouco acima, com o facto de a argumentação jurídica ocorrer sob condições de limitação de tipo especial.

De todos os campos de argumentação jurídica é porventura o da dogmática jurídica, onde ocorrem os debates relativos à ciência jurídica, aquele onde o constrangimento de limitações especiais é menor.

Refiramos, comparativamente apenas, que a argumentação que tem lugar no âmbito da generalidade das formas de processo de natureza jurídica, está sujeita a limitações decorrentes de regras processuais, das limitações dos prazos e, bem assim, das limitações advenientes das motivações particulares das partes, a que já fizemos referência. Se considerarmos ainda o caso particular do processo penal, teremos de aduzir ainda razões decorrentes da distribuição assimétrica dos papéis.

### 3.2 - Tipos de Discussões Jurídicas

Como no-lo faz notar Alexy, são absolutamente distintos e vários os tipos de discussão jurídica com que nos deparamos. Disso são exemplo as discussões da ciência jurídica (que ele

identifica com a dogmática), as deliberações dos juizes, os debates perante os tribunais, o tratamento de questões jurídicas nos órgãos legislativos, em comissões e em comités, a discussão de questões jurídicas, como acontece entre estudantes, entre advogados e entre juristas da administração ou de empresas e, bem assim, a discussão sobre problemas jurídicos nos meios de comunicação em que apareçam argumentos jurídicos (Cfr. Alexy, 1989: 205).

Pela nossa parte, gostaríamos de acrescentar àquelas, em razão da sua importância específica no campo da produção da prova, da sua inserção na estratégia global da aplicação da Justiça e, afinal, em resultado também da sua função de presença no agir quotidiano dos cidadãos, as conversações formais ou informais que envolvem cidadãos comuns e cidadãos policiais, como é o caso da tomada de declarações no âmbito de investigações que a estes compete desenvolver.

Não obstante a titularidade e coordenação dos actos investigatórios pelo Ministério Público, resultante, no caso português, das inovações introduzidas, nesta matéria, pelos artigos 9º e 55º do Código de Processo Penal, de 1987, aquelas acções policiais caracterizam, contextualmente, um campo específico de debate de natureza jurídica, onde as questões de facto e direito se levantam na marcha então incipiente, mas decisiva a diversos níveis, do «dossier criminal».

Antes de nos referirmos mais pormenorizadamente aos elementos que distinguem os tipos de discussão jurídica a que fizemos referência, tenhamos presente que uma importante característica lhes é comum e, por isso, legítima que designemos tais discussões de «jurídicas»: *«O aspecto comum mais importante consiste em que em todas as formas (pelo menos em parte) se argumenta juridicamente»* (Alexy, 1989: 206).

Mas, de que forma poderemos nós caracterizar este «argumentar Juridicamente» ?

Pensamos que essa foi a vantagem da contraposição entre argumentação jurídica e argumentação prática geral, subjacente às questões enunciadas em 3.1. Além do mais refira-se, agora mais em contexto, que a característica distintiva, eventualmente mais marcante, daquela contraposição será a de que nas disputas jurídicas *«não submetem todas as questões à discussão. Tais disputas ocorrem sob certas limitações»* (Alexy, 1989: 206).

Digamos, desde já, porque nos preparamos para estabelecer algumas diferenças entre formas de discussão jurídica, que as limitações que as marcam e as diferenciam são muito distintas quanto ao tipo e quanto à própria dimensão.

Do conjunto de discussões jurídicas que acima referimos, algumas estão institucionalizadas, outras não. Entre as primeiras elencamos os debates perante os tribunais, as deliberações judiciais e, com alguma propriedade, os debates conduzidos pelas autoridades de polícia criminal, cuja autonomia e competência técnicas, dão um cunho específico a tais debates, não obstante serem efectuados sob a competência funcional de magistrados do Ministério Público ou de Magistrados Judiciais. Entre as segundas, isto é, as discussões jurídicas não institucionalizadas,

referimos ilustrativamente a discussão de questões jurídicas entre advogados. Pela nossa parte, ocupar-nos-á o estudo do tipo de discussões que referimos acima como tendo natureza institucional.

Há discussões jurídicas que ocorrem sob pressão da necessidade de alcançar um resultado em tempo limitado, como é o caso do «debate instrutório», particularmente quando se trata de processo com arguido preso. Com uma maior liberdade, que o uso de uma discricionariedade técnica lhes concede no campo da investigação, também os debates policiais, processualmente integrados na produção de prova pessoal, estão condicionados em termos temporais, ao cumprimento de prazos, à duração específica de cada «entrevista» ou «interrogatório» e até mesmo a um limite horário em que deverão ocorrer.

Em todo o caso, as limitações de ordem temporal, além de estabelecerem com rigor o tempo global concedido para a investigação/instrução e organização do «dossier criminal», promovem igualmente, através do estabelecimento rigoroso das fases do processo, a gestão processualmente adequada do mesmo. Os valores que assim se salvaguardam são fundamentalmente, e em termos muito gerais, os da segurança jurídica e os da paz judiciária, ou, dito de outro modo, a salvaguarda do bom nome da Justiça e dos direitos, liberdades e garantias dos cidadãos que se lhe submetem.

Nos antípodas deste condicionamento de natureza temporal estão, como no-lo mostra Alexy, as discussões da ciência jurídica, o que é dizer, da dogmática jurídica. Aliás, não é apenas em termos de condicionamentos temporais que a dogmática jurídica é mais livre. É-o igualmente no plano dos condicionamentos que a não afectam, comparação feita com as maiores limitações que envolvem a argumentação jurídica no âmbito de um processo.

No processo temos que considerar, como vimos em momento anterior, que os papéis são assimétricos. E são-no na justa medida em que estão desigualmente distribuídos, não obstante resultar do princípio de justiça formal que os cidadãos são iguais perante a lei. Como bem o ilustra Alexy, a participação das partes nem sempre é voluntária, como é o caso do demandado ou do arguido, e até mesmo o dever de dizer a verdade não é absoluto, mas pode ser limitado por concessão legal.

Em suma, o contexto argumentativo em análise mostra-nos que no processo judicial a argumentação está, por um lado, limitada pelas variáveis de tempo e, por outro, regulamentada por meio de regras de natureza processual. Não obstante a pretensão de correcção a que fizemos já referência, vem juntar-se, aos referidos condicionalismos legais, o desencontro de perspectivas e de interesses das partes, ao procurarem obter vantagem e não uma solução justa e equitativa, o que dá a coloração própria a este pano de fundo em que se projectam quer o debate instrutório, quer a audiência de julgamento, formas de discussão jurídica que optamos designar, em função dos parâmetros em que se contém e da dinâmica, instrumentos e estrutura argumentativa de que se servem, por «Debate Judiciário».

Elucidar este conceito, tornar manifestas as estruturas argumentativas que o suportam, enunciar sujeitos e definir papéis, analisar a função da tópica jurídica em toda esta empresa, contam-se entre as principais tarefas a que poremos mãos na parte final do presente capítulo.

Para boa consecução deste objectivo, pensamos ser entretanto pertinente caracterizar, sob o prisma da sua eficácia argumentativa, duas vertentes essenciais do processo de justificação das decisões jurídicas: a justificação interna e a justificação externa.

Nas actas do Congresso mundial de Filosofia Jurídica e Social, Bruxelas, 1971, designadamente no texto *Legal Decision and its Justification*, contido em «Le Raisonnement Juridique», encontramos duas excelentes e breves definições daqueles dois conceitos:

*«Internal justification deals with the validity of inferences from given premisses to legal decision taken as their conclusion.»(...)* *«external justification of legal decision tests not only the validity of inference, but also soundness of premisses»*(\*).

Deste modo, à justificação interna compete ver se a decisão se segue logicamente das premissas aduzidas como fundamentação e, à justificação externa, verificar, não apenas a validade daquele processo, mas também a correcção das próprias premissas.

### 3.3 - Argumentação Jurídica e Justificação Interna

Robert Alexy lembra-nos que os problemas associados à justificação interna foram objecto de discussões amplas sob a designação de «silogismo jurídico». Esta consideração pressupõe, desde já, que ao termo «justificação ora empregue, se lhe empreste um sentido de uso algo distinto do utilizado por Perelman em «Demonstração, Verificação e Justificação» a que fizemos oportuna referência.

De facto, para Perelman, «justificação» surgia na forma de uma racionalidade intermédia, paradigmática da fundamentação em Filosofia, definindo o domínio epistémico do que não pode ser demonstrado, nem empiricamente verificado, mas que não se reconduz, de maneira nenhuma ao domínio da pura sugestão. «Justificação», para aquele eminente investigador e criador da «Nova Retórica», tem sobretudo o cunho da racionalidade prática, correlata da própria definição de uma Teoria da Argumentação.

O conceito de «justificação» em que agora somos introduzidos, próximo do sentido de uso do silogismo jurídico, tem, pelo menos no seu aspecto formal, a pretensão de mais se aproximar do conceito de demonstração lógico-dedutiva e, em termos de conteúdo, mais caracteriza a produção de inferências necessárias e constringentes, do que soluções razoáveis, encontradas por um processo de contacto subtil e de persuasão dos espíritos, tão diferente da situação de rendição total da razão em face do carácter constringente de verdades necessárias.

---

\* (Cfr. Alexy, 1989: 213 e 214, notas 24, 25 e 26).

E, porque para definir «justificação» sempre sentimos necessidade de caracterizar uma forma de «fundamentação» racional, ser-nos-á economicamente rentável a citação integral do que sobre esta matéria refere Alexy: «Entre os conceitos de justificação e fundamentação de uma convicção, asserção, proposição, etc., existem algumas diferenças, mas também importantes coincidências. O conceito de justificação é, por um lado, mais amplo que o de fundamentação. Assim, se pode-se falar de justificação de uma oração tanto se o falante concede que embora não esteja fundamentada é, no entanto necessária para evitar males, como também se a mesma está fundamentada. Por outro lado, o conceito de justificação é mais estreito. De uma justificação se falará, sobretudo, quando se oferecem razões em face de uma objecção ou uma dúvida. Contudo, em muitos contextos podem usar-se ambas as expressões. Por isso, de ora avante usar-se-ão em grande medida como sinónimos» (Alexy, 1989:52, nota 3).

Robert Alexy chama-nos, oportunamente, à atenção para uma legião imensa de trabalhos, elaborados no âmbito da lógica moderna, que dão a este conjunto de problemas ligados à justificação interna, um enquadramento, possivelmente mais rico em soluções, do problema da qualificação e subsunção legais, que o do estrito uso do silogismo jurídico.

Para ilustrar o «quantum» do esforço empreendido sobre esta matéria, permita-se-nos a menção dos trabalhos de U.Klug, «Juristische Logik», «Die Theorie des gerichtlichen Erkenntnisverfahrens», J. Wróblewski, «Legal Syllogism and Rationality of Judicial Decision», R. Schreiber, «Logik des Rechts» e, para a análise do silogismo jurídico com os meios da lógica tradicional, sobre tudo, K. Engisch, «Logische Studien zur Gesetzesanwendung» (Cfr. Alexy, 1989: 214, nota 27).

Mas, inflitamos para a análise mais próxima das formas de justificação interna, encontradas no quadro e métodos da lógica moderna.

Consideremos em primeiro lugar, ilustrando com exemplo retirado do nosso código de processo penal, a forma considerada mais simples de justificação interna:

- (Ex.1) . (1)  $(x) (x \rightarrow ORx)$   
(2) Ta  
(3) ORa (1), (2)

Convencionemos que «x» é uma varável de indivíduo no domínio das pessoas naturais e jurídicas, «a» uma constante de indivíduo, por exemplo um nome próprio, «T» um predicado tão complexo quanto se quizer, que representa o suposto de facto da norma, enquanto propriedade de pessoas, e «R» um predicado, igualmente tão complexo quanto se quizer, que expressa o que tem que fazer o destinatário da norma (Cfr. Alexy, 1989: 214).

Consideremos então uma questão jurídica de tal forma simples que, para sua justificação, bastasse a fórmula supra ( Ex.1):

- (1) O Arguido deve dizer a verdade sobre a sua identidade e antecedentes criminais;
- (2) O Hilário é um arguido;
- (3) O Hilário deve dizer a verdade sobre a sua identidade e antecedentes criminais.

A forma contida em (Ex.1) satisfaz a justificação, mediante regras universais, requerida pelo princípio de universalidade. Mas, em que consiste este princípio?

A elucidação desprende-se muito claramente de um exemplo dado, em tempo anterior, em que o nosso autor levanta esta questão: «*Quando designamos a como «bom», fazemo-lo porque a tem determinadas propriedades não morais. Estas propriedades são o significado descritivo com que se usa «bom» neste caso. O PU (Princípio da Universalidade) obriga agora o falante a designar igualmente como «bom» qualquer objecto que possua estas propriedades*» (Alexy, 1989: 80).

Estabelecamos aqui uma distinção pertinente entre generalidade e universalidade de uma regra. Como refere M. Hare, em «Freedom and Reason», pp. 39 e sgs. , cfr. Alexy, Op.Cit.pp.80, a regra presuposta nos juízos morais pode ter graus de generalidade completamente diferentes. E este nosso autor, ilustra esta asserção com este exemplo: A regra de nunca mentir tem um alto grau de generalidade, enquanto a regra de dizer à esposa sempre a verdade em questões de dinheiro tem um baixo grau de generalidade.

Como sublinha Alexy, H. Hare chama a todas estas regras princípio morais. Mas, acrescenta o primeiro, que o decisivo não é o grau da sua generalidade, mas apenas que as regras são universais, isto é, que não contenham expressões singulares como, por exemplo, nomes próprios. Sendo embora difícil obter «à primeira», com frequência a formulação de uma regra deste tipo, pelo menos, diz Alexy, é possível dizer que todos os casos que são como a, devem ser tratados como a, «e isto é já uma regra. Tal regra poderia designar-se como «regra mínima»» (Alexy, 1989: 81).

Esta regra mínima, também designada por **princípio de universalidade**, serve de base, como ulteriormente complementará este nosso autor, ao princípio de justiça formal formulado por Chaim Perelman no trecho De la Justice, contido em «Justice et Raison» e que estabelece a obrigação de tratar da mesma maneira os seres de uma mesma categoria essencial. Na sua obra «Logique Juridique-Nouvelle Rhétorique», Perelman refer-se nestes termos ao princípio de justiça formal: «*En appliquant à cette notion (a noção de justiça) une méthode d'analyse d'inspiration positiviste, j'ai obtenu un premier résultat: j'ai pu dégager une notion de justice formelle qui correspond à la règle de justice, selon laquelle il est juste de traiter de la même façon des situations essentiellement semblables.*»(\*).

Mas, acrescenta Perelman, que aquela regra, sendo central em toda a aplicação de uma norma a situações particulares, é sobretudo indispensável em toda a concepção positivista do direito, parecendo, à primeira vista, alheia a todo e qualquer juízo de valor. Vimos no capítulo antecedente em que termos se não confirma esta conjectura linear sobre a formulada regra de justiça.

---

\* (Perelman, 1979: 100, Cfr. «De la Justice», Justice et Raison, pp.26).

O que é pertinente no esquema justificativo, contido no exemplo referido em (Ex.1), é a exigência formal de uma conclusão necessária, à semelhança do que ocorre no dispositivo de subsunção de um evento particular a uma norma jurídica abstracta, processo onde se manifesta uma fundamentação jurídica em tudo formalmente análoga, e, bem assim, a característica de ser universalmente válida e não requerer, para sua fundamentação, os contributos da interpretação e da argumentação sobre valores.

Só que, como se depreende, considerada sem mais, esta forma mais simples de justificação interna é de aplicação muito restrita. Por isso, como concretização do princípio de universalidade, podem formular-se, segundo Alexy, as seguintes regras da justificação interna:

- 1ª Deve aduzir-se pelo menos uma norma universal para a fundamentação de uma decisão jurídica;
- 2ª A decisão jurídica deve seguir-se logicamente pelo menos de uma norma universal, juntamente com outras proposições.

Uma e outra destas regras de justificação interna, do mesmo modo que o princípio da universalidade, não devem ser sobrevalorizadas, na opinião de Alexy, já que não estabelecem como deverá ser a norma universal e também não excluem que a norma universal seja alterada, designadamente através da introdução de uma cláusula de excepção, não obstante se exigir que esta tenha igualmente valor universal.

Segundo o nosso autor, é de grande importância que as duas regras valham tanto nos casos em que podemos utilizá-las para fundamentar uma norma de Direito positivo, como igualmente naqueles em que não seja o caso. Por isso ele acrescenta: «*Se não se pode extrair nenhuma regra da lei, então há que construí-la.*» E, deste modo, a 1ª e 2ª regras de justificação serviriam para assegurar o que Luhman chama, segundo Alexy, a «*praxis da decisão universalista*», tanto mais necessária quanto conconcordarmos com o entendimento expresso por Fr. Wieacker em «*Über strengere und unstrengere Verfahren der Rechtsfindung*» que a universalidade é uma característica necessária da decisão jurídica (Cfr. Alexy, 1989: 215, nota 31).

Quando estamos perante casos de natureza jurídica, habitualmente mais complexos do que aquele com que ilustrámos o esquema mais simples de fundamentação/justificação interna, a aplicação deste revela-se-nos tecnicamente insuficiente. Esta circunstância ocorre, por exemplo, «(1) quando uma norma,(...) contém diversas propriedades alternativas no suposto de facto, (2) quando a sua aplicação exige um complemento através de normas jurídicas clarificadoras, limitativas ou extensivas, (3) quando são possíveis diversas consequências jurídicas, ou (4) quando na formulação da norma se usam expressões que admitem diversas interpretações» (Alexy, 1989: 216).

Consideremos, à luz do Código Penal português, a hipótese que Robert Alexy se dá: o marido mata a esposa, enquanto esta dorme, sem que existam nem circunstâncias, nem razões especiais que justifiquem tal facto, ou que excluam ou diminuam a culpa.

Não obstante a não explicitação de outros quantos elementos que poderiam ser determinantes para uma melhor qualificação jurídica, como o seriam, entre outras, a menção da existência ou não de premeditação e a indicação de instrumentos do crime, a nossa hipótese abre-nos, no entanto, a possibilidade de enquadramento penal daquela prática ilícita no Artigo 132º do C.P.P., que define a moldura do homicídio qualificado.

Fazendo uso do formalismo lógico utilizado pelo nosso autor, teríamos, se verificada a ausência total de circunstâncias atenuantes ou razões especiais que justificassem o acto, a estrita aplicação do nº1 do Artigo 132º que refere: «*Se a morte for causada em circunstâncias que revelem especial censurabilidade ou perversidade do agente, a pena será de prisão de 12 a 20 anos*» (Gonçalves, 1990: 229).

(Ex.2): Da transposição desta norma jurídica em linguagem lógico-formal obtemos a seguinte forma proposicional, que funcionará como premissa primeira do raciocínio que a partir dela se estrutura, seguindo o curso da demonstração do nosso autor:

$$(1) \quad (x) (Tx \rightarrow ORx)$$

O Código Penal português caracteriza o homicídio qualificado, aqui designado pelo predicado «T» - «*que representa o pressuposto de facto da norma enquanto propriedade de pessoas*» (Alexy, 1989: 214) - através de nove características expressamente contidas, nas alíneas a) a f) do nº 2 do Artigo 132º do C.P.P. e, nas alíneas g) e h), introduzidas pelo Decreto-Lei nº 101-A/88. Tenhamos presente que «R» é igualmente predicado, mas expressa o que tem de fazer o destinatário da norma, sendo «ORx» a consequência da norma.

Como refere Maia Gonçalves, nas anotações ao artigo sob análise, «*a enumeração das várias alíneas do nº 2 não é taxativa, antes meramente enunciativa e exemplificativa*» (Gonçalves, 1990: 229).

Designaríamos as nove alíneas que taxativa, mas não exclusivamente, definem as circunstâncias em que há lugar, no entendimento da Lei, à «*especial censurabilidade ou perversidade*» com que se define o homicídio qualificado, de  $M^1$  a  $M^9$ . Este convencionalismo permite-nos reduzir o nº 2 do Artigo 132º à seguinte fórmula:

$$(2) \quad (x) [(M^{1/x} \vee M^{2/x} \vee M^{3/x} \dots M^{9/x}) \leftrightarrow Tx].$$

O uso da disjuntiva « $\vee$ » deixa-nos perante a constatação de que, verificada uma das características  $M^i$ , temos uma equivalência lógica com Tx. Para que «x» tenha praticado um homicídio qualificado, basta, para tanto, que o homicídio possa ser subsumido por apenas uma das alíneas do Código Penal (a) a (g), a que vieram juntar-se as alíneas h) e i) do Decreto-Lei nº 101-A/88 de 26 de Março. Das premissas (1) e (2) resulta necessariamente a proposição:

$$(3) \quad (x) [(M^{1/x} \vee M^{2/x} \vee M^{3/x} \dots M^{9/x}) \leftrightarrow ORx].$$

Com esta proposição dizemos que, em caso de ocorrer pelo menos uma das propriedades  $M^1$ , se produz a consequência jurídica  $ORx$ .

A alínea f) do nº 2 do Artigo 132º, que neste contexto de uso formal optamos por designar por  $M^{1/6}$ , em razão da ordem da sua inscrição no corpo do Artº referido, subsume o caso em que o agente utiliza veneno ou «*qualquer outro meio insidioso ou quando o meio empregado se traduzir na prática de um crime de perigo comum*».

Deste modo, « $M^{1/6}$ » significa, no caso vertente, que a vítima foi morta de maneira insidiosa. Ora, a natureza dissimulada do ataque do agente do crime à vítima, sua esposa, através da escolha da hora em que, dormindo, a vítima estava indefesa, reconduz-nos muito provavelmente à subsunção daquela prática ao número e alínea referidos, conjugando a ilicitude do acto com a natureza insidiosa, manifesta no circunstancialismo com que o mesmo foi consumado. Deste modo, da premissa (3) segue-se « $M^{1/6}$ »:  $x$  matou uma pessoa de forma insidiosa.

$$(4) \quad (x) [(M^{1/6}x \leftrightarrow ORx)].$$

Como sublinha Maia Gonçalves, nas suas anotações ao Artigo 132º, terá sido por razões que se prendem com o «*intuito bem vincado do legislador, para que os julgadores tenham mais maleabilidade*» e igualmente pelo facto de se tratar, não de elementos do tipo do crime, mas de «*índices reveladores de culpa*», que a lei não definiu, entre outros, o conceito de «*meio insidioso*» (Gonçalves, 1990: 230).

No entanto, Maia Gonçalves, repegando no próprio sentido literal que considera igualmente amplo, faz-no saber que o sentido atribuído pelos técnicos, que intergraram a comissão de redacção do presente Código Penal, ao termo «insidioso» era o de «*meios traiçoeiros e desleais*». Assim acontece no caso vertente, na justa medida em que o agente do crime escolhe a hora em que a sua vítima está indefesa para a matar. Relativamente ao passo anterior a proposição formada pela explicitação dos «*meios traiçoeiros e desleais*» ( $M^{2/6}x$ ) terá uma relação de equivalência lógica com a anterior:

$$(5) \quad (x) [(M^{2/6}x \leftrightarrow M^{1/6}x)].$$

Por outro lado, « $M^{2/6}$ » só ocorre se o autor mata alguém que não espera ser atacado e que só tem uma reduzida possibilidade de defender-se do ataque, ( $M^{3/6}$ ), logo há lugar a formular a seguinte proposição:

$$(6) \quad (x) (M^{3/6}x \leftrightarrow M^{2/6}x).$$

Resulta do desenvolvimento antecedente, que alguém que mata uma pessoa que está a dormir, sem que existam, como diz Alexy, especiais circunstâncias, como medidas de segurança da vítima (S), deve considerar-se como alguém incurso no disposto em « $M^{3/6}$ » e, portanto,

deve-se aceitar

$$(7) \quad (x) (Sx \rightarrow M^{3/4}x)$$

Estabelecido como pressuposto

$$(8) \quad Sa$$

De (1)-(8) resulta

$$(9) \quad ORa$$

Segundo Robert Alexy, o que aqui está em jogo e é, de facto, importante é a questão da compreensão da estrutura da justificação interna que permite o exemplo supra e não o problema da correcção das premissas utilizadas para a fundamentação de (9). O problema específico da correcção das premissas, procuraremos elucidá-lo em sede de justificação externa.

Na opinião de Robert Alexy, o mais importante é que, com a ajuda de cada uma das premissas (2), (5) e (6), que servem para o desenvolvimento da norma (1) a aplicar, se pode obter uma norma cada vez mais concreta. A partir daqui, segundo Robert Alexy pode especificar-se deste modo a cadeia das normas cada vez mais concretas:

$$(3) \quad (x) (M1/1x \vee M1/2x \vee \dots M1/9x \rightarrow ORx), \text{ obtida de (1) e (2)}$$

$$(4) \quad (x) (M1/6x \rightarrow ORx), \text{ obtida de (3)}$$

$$(5') \quad (x) (M2/6x \rightarrow ORx), \text{ obtida de (3) e (5)}$$

$$(6') \quad (x) (M3/6x \rightarrow ORx), \text{ obtida de (5') e (6)}$$

$$(7') \quad (x) Sx \rightarrow ORx, \text{ obtida de (6) e (7)}$$

Diz Alexy: «Cada uma destas normas, juntamente com as condições dadas no antecedente, é suficiente para fundamentar a decisão jurídica em questão. Isto mostra a relevância normativa das premissas (2), (5), (6) e (7). Estas premissas podem entender-se como regras para o uso das expressões utilizadas nos passos anteriores da fundamentação. Sem proceder a ulteriores diferenciações, podem denominar-se regras de uso das palavras» (Alexy, 1989: 218).

Mas, acrescenta o nosso autor, tais regras de uso podem ter, quer uma forma forte, como  $(x) (Fx \leftrightarrow Gx)$ , quer uma forma débil do género  $(x) (Fx \rightarrow Gx)$ , podendo, na fundamentação, as premissas da forma forte ser substituídas pelas de forma débil. Por essa razão estas últimas podem ver-se como formas standard (Cfr. Alexy, 1989:218).

A função destas «formas standard» pode mesmo servir para substituir a norma mais simples de justificação interna, referida em Ex.1, designadamente quando não é certo que a é um T, circunstância em que «não lhe é aplicável sem mais a forma mais simples de justificação interna». Por outro lado, acrescenta o nosso autor, «a exigência de aduzir regras de uso das

*palavras pode fundamentar-se, (...), através do princípio de universalidade. Tal exigência não vale só para o caso em que é duvidoso se a é um T, mas também para os casos em que se levantam dúvidas em outros níveis de fundamentação» (Alexy, 1989: 218).*

Do exposto, resulta a terceira regra de justificação interna:

3ª Sempre que exista dúvida sobre se a é um T ou um Mi, há que aduzir uma regra que decida a questão.

Reconduzindo a nossa reflexão para uma questão prática, vejamos o que diz K.Larenz, em «*Methodenlehre der Reschtswissenschaft: «Inclusivamente se o juiz tem que interpretar de novo uma determinada expressão ou um determinado enunciado jurídico no caso a decidir por ele, pode fazê-lo não só precisamente para este caso, mas de tal maneira que a sua interpretação possa manter-se também para todos os outros casos semelhantes. Contradirla a exigência de justiça de tratar igualmente os casos iguais, assim como também a segurança jurídica procurada pela lei, se os juizes interpretassem as mesmas disposições em casos semelhantes, ora de uma maneira, ora de outra» (Cfr. Alexy, 1989: 219, nota 40).*

Como no-lo mostra Alexy, a conjugação das 2ª e 3ª regras proporciona uma forma de justificação interna ao mesmo tempo rudimentar e geral. Não nos parece oportuno, em termos metodológicos explicitar a estrutura formal daquele raciocínio. Registemos, no entanto a explicação dada pelo nosso autor: «*é rudimentar, porque não tem em conta a possibilidade de estruturas mais complicadas de supostos de facto e consequências jurídicas.(...) é geral porque clarifica a estrutura lógica de cada desenvolvimento de uma específica característica seguindo a descrição dos factos (Sa)*» (Alexy, 1989: 219).

A questão que imediatamente se coloca é a de saber quantos passos de desenvolvimento são necessários para o correcto desenvolvimento de um raciocínio lógico do tipo referido. A resposta encontramos-la na forma de duas novas regras que Alexy estabelece:

4ª São necessários os passos de desenvolvimento que permitam formular expressões cuja aplicação ao caso em questão não seja já discutível.

5ª Há que articular o maior número possível de passos de desenvolvimento.

Sobre a pertinência e alcance das regras e formas que ele nos apresenta sob o título de «Justificação Interna», na sua Teoria da Argumentação Jurídica, diz-nos o nosso autor: «*As regras e formas descobertas até agora referem-se à estrutura formal da fundamentação jurídica. O ponto decisivo é o da segurança da universalidade. Podem designar-se por isso como regras e formas da justiça formal*» (Alexy, 1989: 220).

Antes de finalizar a sua análise das formas de justificação interna, o nosso autor põe-nos de sobreaviso para alguns equívocos que importa evitar: o primeiro deles prende-se com a 2ª regra: «a decisão jurídica deve seguir-se logicamente pelo menos de uma norma universal, juntamente com outras proposições». Segundo ele, o mais grave mal-entendido ocorreria se interpretássemos a exigência de deducibilidade lógica expressa naquela regra, de maneira

que transformássemos a fundamentação jurídica somente em dedução a partir das normas previamente dadas.

De facto, nos casos mais complicados, como o acima mencionado, há necessidade de uma série de premissas, tal como (5), (6) e (7), que não podem ser deduzidas de nenhuma lei, para podermos fundamentar as decisões jurídicas. Consta mesmo que, muitas vezes, o raciocínio começa por uma norma que não é sequer norma do Direito positivo.

Acrescenta, por fim: «*A exigência da dedução leva precisamente ao contrário do encobrimento da parte criativa da aplicação do Direito: as premissas não extraídas do Direito positivo aparecem claramente em toda a sua extensão. Este é talvez o aspecto mais importante da exigência de justificação interna. O justificar estas premissas não extraídas directamente do Direito positivo é tarefa da justificação externa*» (Alexy, 1989: 220).

Outro dos equívocos que o nosso autor recomenda que evitemos é o de pensar que no modelo por ele estabelecido não se toma suficientemente em consideração a inter-relação entre facto e norma, na medida em que no seu modelo se partiria «demasiado unilateralmente» da norma a desenvolver, não dando o crédito devido à exigência de interacção entre facto e norma, ao «*ir y volver de la mirada*». Alexy observa, em nota, que o conceito contido entre comas foi introduzido por K. Engisch na discussão do método jurídico. Acrescenta, no entanto, que Esser observa criticamente os ganhos averbados por esta fórmula: «*Para que o caminho de ida e volta não se converta num caminho sem fim são necessários critérios que permitam enveredar-se em favor de uma determinada subsunção*» (Cfr. Alexy, 1989: 221). Mas, acrescenta Alexy, no corpo da mesma nota, que é à Justificação externa que compete assinalar tais critérios de que fala Esser.

Robert Alexy pela sua parte faz questão de sublinhar que no modelo por si proposto não se enjeita a função determinante do facto, e a importância da sua interacção com a norma. Segundo o nosso autor, é necessário entrar em profundidade tanto nas especificidades dos factos como nas particularidades da norma, tendo em vista a fundamentação das regras necessárias para cada nível particular de desenvolvimento. Mas este aprofundamento ocorre, de facto, na justificação externa que, pela sua natureza, consente todos os argumentos admissíveis no discurso jurídico.

Para melhor caracterizar a Justificação interna, retenhamos esta bonita observação do nosso autor: «*As regras expostas da fundamentação interna que estendem uma ponte sobre o abismo existente entre a norma e a descrição do facto podem, se assim se desejar, ser vistas como o resultado do processo caracterizado com a metáfora do ir e voltar da mirada*» (Alexy, 1989: 221).

Antes de encerrermos este excuro pela problemática da «Justificação Interna» na obra multiplamente citada de Robert Alexy, importa ainda reter que a exigência de justificação interna não tem necessidade de sentido. Nela, como refere Alexy, deve ficar claro que premissas há que

justificar externamente. Deste modo, desempenha um papel de trazer a um plano de visibilidade os pressupostos que, de outro modo ficariam escondidos, aumentando igualmente a possibilidade de *«reconhecer e criticar erros»*. Aliás, *«o aduzir regras universais facilita a consistência da decisão e contribui, por isso, para a justiça e para a segurança jurídica»* (Alexy, 1989: 222).

Desde a forma mais simples de justificação interna, passando pela forma um pouco mais complexa de justificação que resulta da comparticipação da 2ª e 3ª regras (que Alexy designa no seu estudo por J.1.2), passando pelo conjunto total das cinco regras de justificação interna, o que se assegura, pelo processo de justificação interna, é, de facto, uma certa medida de racionalidade, mas racionalidade das premissas. Ao campo da Justificação externa caberá então ter em conta o juízo sobre a racionalidade de uma decisão (Cfr. Alexy, 1989: 222).

### 3.4 - Argumentação Jurídica e a Justificação Externa

Como propusemos no ponto antecedente, na Justificação externa procuraremos entrar em profundidade tanto na especificidade dos factos, como nas particularidades das normas e, um pouco para além de uma certa medida de racionalidade das premissas, objecto da Justificação interna, se procurará encontrar o plano de uma racionalidade prática, tendo em vista, como vimos, juízos sobre a racionalidade de uma decisão.

É, afinal, a fundamentação das premissas usadas na justificação interna que constitui o objecto da Justificação externa.

Mas, no quadro de uma argumentação jurídica, como caracterizaremos nós estas premissas que agora nos compete fundamentar? Robert Alexy faz-nos sublinhar a existência de três tipos, bastante distintos, de premissas sobre que se estrutura a argumentação jurídica e judiciária. São o caso: (1) as regras de Direito positivo, (2) os enunciados empíricos e (3) as premissas que não são nem regras de Direito positivo, nem enunciados empíricos (Cfr. Alexy, 1989: 222).

Decorre do antecedente que àqueles distintos tipos de premissas, irão corresponder métodos de fundamentação igualmente distintos. Consideremos, em primeiro lugar o caso de uma regra do Direito positivo: na sua fundamentação, o que se pretende mostrar é a sua conformidade com um dado ordenamento jurídico, conformidade esta que se manifesta no estrito respeito dos critérios de validade que são próprios do ordenamento jurídico em questão.

Já no que concerne à fundamentação dos enunciados empíricos teremos que contar com um acervo considerável de formas de proceder, designadamente, os métodos das ciências empíricas, as máximas de presunção racional e as regras sobre o «onus» da prova, de que fala Perelman e de que oportunamente falaremos.

Relativamente à fundamentação de premissas que não são nem regras de Direito positivo, nem propriamente enunciados empíricos, lembra-nos Alexy, é, então, caso para recorrer ao que ele designa por argumentação jurídica (Cfr. Alexy, 1989: 222).

Aliás, este autor mostra-nos como estas três modalidades de fundamentação não se exercem de forma estanque nos seus respectivos domínios, mas estabelecem múltiplas relações entre si. Esta circunstância ocorre, por exemplo, na fundamentação das premissas que não são, nem enunciados do Direito positivo, nem enunciados empíricos, onde a argumentação jurídica se socorre quer de enunciados empíricos, quer de regras do Direito positivo. Por outro lado, «a argumentação jurídica pode ser de uma importância decisiva não só na interpretação de uma norma válida, mas também no estabelecimento da validade dessa norma» (Alexy, 1989: 222/223).

Este duplo circunstancialismo verifica-se, por um lado, no quadro dos procedimentos que concorrem para a aplicação de uma norma, e, por outro, nos debates parlamentares em que a argumentação jurídica procura dar fundamentação a um diploma, segundo os critérios de validade contidos no ordenamento jurídico vigente.

Para finalizar este conjunto de considerações relativas à interacção entre os referidos três métodos de fundamentação, cabe ainda referir a circunstância em que a própria realidade empírica como que é reconfigurada pela incidência da própria argumentação jurídica e pela acção das exigências normativas do Direito positivo. É o caso em que da interpretação de uma regra do «onus da prova» se faz depender o que é que deve ser considerado como facto.

Para a economia do nosso trabalho importa que nos atenhamos, sobretudo com particular cuidado, à fundamentação/justificação das premissas que são propriamente o objecto da argumentação jurídica, isto é, as premissas que não são, nem regras do Direito positivo, nem enunciados empíricos.

Robert Alexy toma em mãos os conceitos de «formas de argumentos» e de "regras de justificação externa". O primeiro define-o deste modo: «A expressão forma de argumento designa a estrutura da proposição (C) afirmada por um habitante e das proposições aduzidas ou pressupostas directamente para o apoio desta proposição», Alexy, 1989: 102); o segundo conceito, "regras de justificação externa", organiza-o em seis grupos de "regras" e "formas":

- (1) de interpretação;
- (2) da argumentação dogmática;
- (3) do uso dos precedentes;
- (4) da argumentação prática geral;
- (5) da argumentação empírica e
- (6) as formas especiais de argumentos jurídicos.

Pela mesma ordem e de forma sucinta, designa igualmente os seis grupos deste modo: lei, dogmática, precedentes, razão, empiria e, o último, formas especiais de argumentos jurídicos (Alexy, 1989: 223).

Seguidamente ocupar-nos-emos da análise dos temas enunciados em (1), (2) e (6), em razão da sua pertinência para a abordagem do ponto 5.5.

### 3.4.1 - Regras e Formas de interpretação (cânones de interpretação) (\*)

Sobre as regras e formas de interpretação, que o nosso autor designa por **cânones de interpretação**, conceito que remonta a Savigny, parece-nos importante reter o seguinte: parece não haver uniformidade quanto ao seu número, formulação precisa, hierarquia e quanto ao seu valor. Disso nos dá conta o nosso autor. Mas, qualquer que seja o ângulo de visão do problema, importa reconhecer a utilidade do seu papel na fundamentação das interpretações e, além disso, na própria fundamentação das normas positivas e de muitos outros enunciados jurídicos. Procuramos, então, clarificar e especificar a função destas formas de argumentação no eixo do discurso jurídico. Alexy distingue seis grupos de cânones de interpretação, tendo em conta algumas características típicas: os cânones de interpretação semântica, genética, histórica, comparativa, sistemática e teleológica.

Os argumentos semânticos são usados, como mostra Alexy, para justificar, criticar ou mostrar que uma dada interpretação é admissível, pelo menos semanticamente. Pelo seu lado, podem assumir três formas diferentes: «*R' deve aceitar-se como interpretação de R, sobre a base de  $W_i$* », ou «*R' não pode aceitar-se como interpretação de R, sobre a base de  $W_k$* » e, finalmente, «*É possível aceitar R' como interpretação de R, e é possível não aceitar R' como interpretação de R, pois não regem nem  $W_i$ , nem  $W_k$* ». Refere o nosso autor que podemos imaginar tantas formas distintas de argumentos semânticos, quão distintas forem as invocações do falante à sua competência linguística, a investigação empírica e a referência à autoridade de dicionários (Cfr. Alexy, 1989: 226 e 227).

Os argumentos genéticos são usados sempre que se invoca a vontade do legislador para justificar uma dada interpretação R' de R. Distinguem-se, em termos de uso, duas formas fundamentais de argumentos genéticos: a primeira acontece quando se diz que uma dada interpretação de R era objecto directo da vontade do legislador; a segunda tem lugar quando se invoca que o legislador perseguiu com R determinados fins, e que a validade da interpretação, que se pretende justificada por este argumento, é necessária para a realização de tais fins. Desta forma, como facilmente se comprova, esta segunda forma de argumento genético torna-se uma variante do argumento teleológico (Cfr. Alexy, 1989: 228).

Tenhamos então presente que as formas de interpretação semântica incluem enunciados sobre a validade das regras semânticas, tal como as formas da interpretação genética incluem enunciados sobre a vontade do legislador.

---

\* Em sentido algo diverso, encontramos em Castanheira Neves oportuno aprofundamento da questão, em publicação ainda em curso na "Revista de Legislação e Jurisprudência".

Mas, como é facilmente suposto, os enunciados em presença não são muitas vezes explícitos. Diz, a propósito Alexy: «*Afirma-se (...) que uma determinada interpretação expressa o teor da norma, a vontade do legislador ou o fim da norma. Em tal caso, o argumento é incompleto*», necessitando então de enunciados que o completem. A este requisito chama Robert Alexy «*requisito de saturação*» (Alexy, 1989: 229).

De tal modo é determinante este requisito, que a própria validade dos enunciados nas diversas formas vai depender da validade dos enunciados que se estabelecem para a referida saturação. Por isso surge uma necessidade, decorrente da primeira, de arranjar novas formas de argumentos para fundamentar a validade dos primeiros. Acontece, porém, que é muitas vezes difícil e algumas vezes, até, impossível, a fundamentação dos enunciados requeridos para a saturação do argumento genético. Esta dificuldade apresenta duas vertentes distintas:

- a) a de saber quem, afinal, deveremos considerar como sujeito da «vontade do legislador»;
- b) como determinar claramente esta vontade? Sem outros desenvolvimentos que a dimensão do trabalho não nos consente, o que dissemos bastará para tornar manifesta a dificuldade das argumentações genéticas.

Diremos, em jeito de síntese, que tanto na argumentação genética, que tem por desígnio a determinação da vontade do legislador, como na argumentação semântica, que tem a ver com a especificação de um uso da linguagem, «*do que se trata é de estabelecer factos. Por isso, a argumentação semântica e genética aparecem como casos especiais da argumentação empírica*» (Alexy, 1989: 230).

Os argumentos históricos são utilizados quando se se invoca a história do problema jurídico em questão, apresentando factos que poderão ser tanto razões a favor, como contra uma determinada interpretação. Alexy dá-nos um exemplo de argumento histórico que, tal como ele, reconhecemos ser muito interessante para a clarificação do que aqui nos ocupa: Consiste em expôr que:

- (1) já uma vez se levou à prática uma determinada solução do problema em discussão;
- (2) esta desencadeou a consequência F;
- (3) F é indesejável;
- (4) as situações contrapostas, a anterior e a presente, não são tão distintas entre si que seja de excluir, hoje de novo, a ocorrência de F;
- (5) pelo que a solução em questão não é aceitável.

Acrescenta o nosso autor, que se estamos perante um caso de aprendizagem da história, o que é mais importante é que, naquele argumento, além de se pressupor um adequado

conhecimento histórico, sociológico e económico, se produz em (3) uma premissa normativa que tem de ser fundamentada.

Os argumentos comparativos fazem referência a um estado de coisas ocorrido em outra sociedade, e não, como possa pensar-se, a um estado de coisas jurídico anterior. Importará dizer que a forma de argumento comparativo, tal como vimos acontecer no argumento histórico, contém pelo menos uma premissa normativa, além de numerosas premissas empíricas.

Os argumentos sistemáticos dizem respeito, tanto à situação de uma norma no contexto legal, como à relação lógica ou teleológica de uma norma com outras normas, fins e princípios. Robert Alexy valoriza, para a economia da perspectiva que desenvolve, o uso dos argumentos sistemáticos que põem em jogo relações lógicas e teleológicas de uma norma, e que caracteriza a segunda das alternativas de uso daqueles argumentos. Assim, quando estamos, por hipótese, perante relações teleológicas, poderemos designar o argumento como sistemático-teleológico. Mas, sublinha o nosso autor, só devemos considerar como argumentos sistemáticos aqueles que façam exclusivamente referência às relações lógicas entre normas, de que é exemplo, e caso mais paradigmático, a indicação de uma contradição normativa.

Os argumentos teleológicos pressupõem, para sua cabal elucidação, uma análise detalhada dos conceitos de fim, meio e, ainda os de vontade, intenção, necessidade prática e fim.

Se, aquando da breve referência aos argumentos de interpretação genética, se fez referência à existência de argumentos teleológicos, para uso de quem queira aludir aos fins do legislador histórico, sob o presente título ocupar-nos-á a consideração dos argumentos teleológico-objectivos, designação que se atribui a Larenz.

Ora, o que caracteriza os argumentos teleológico-objectivos, é a referência a fins «racionalis» ou, então, «*prescritos objectivamente no contexto do ordenamento jurídico vigente*», como refere Alexy. Não se ocupam, por isso, com os fins de pessoas, embora realmente existentes no passado ou no presente.

É evidente que o problema emergente desta definição é o de saber que critérios se aplicarão para distinguir os fins racionais, dos que o não são e, quanto à segunda variante, que fins estão prescritos objectivamente pelo ordenamento jurídico vigente.

Segundo Robert Alexy, o teoria do discurso define como fins racionais ou prescritos objectivamente no ordenamento jurídico vigente os que estabeleceriam quem deve tomar decisões no quadro do ordenamento jurídico vigente, sobre a base da argumentação racional. Diz Robert Alexy, de forma conclusiva: «*A comunidade daqueles que devem tomar decisões no âmbito do ordenamento jurídico vigente, sobre a base da argumentação racional, é o sujeito hipotético dos fins propostos nos argumentos teleológico-objectivos. As afirmações finalistas dos intérpretes são hipóteses sobre os fins estabelecidos por este sujeito hipotético. A sua correcção deve fundamentar-se por meio da argumentação racional*» (Alexy, 1989: 232).

É por demais evidente, e resulta do antecedente, que os fins de que se ocupa a argumentação teleológica são fins estabelecidos e definidos normativamente, isto é, «*um estado de coisas prescrito ou um sucesso prescrito*». Não podem, por isso, como bem refere, Alexy, determinar-se empiricamente (Cfr. Alexy, 1989: 232).

Uma vez caracterizados os cânones de interpretação, importará que façamos agora alguma referência ao papel que os mesmos desempenham dentro do discurso jurídico. Seguindo reflexivamente o trilho marcado por Robert Alexy, nós encontramos uma ecruzilhada onde convergem seis caminhos distintos. Convergem, de facto, para uma global compreensão do que acima propusemos como tarefa imediata, parecendo-nos, por isso, proffiqua a metodologia proposta pelo autor de segmentar para melhor aprofundar.

Diz Alexy, «*para clarificar o papel dos cânones no discurso jurídico há que distinguir seis pontos: (1) o campo da sua aplicabilidade, (2) o seu status lógico, (3) o requisito de saturação, (4) as diversas funções das diversas formas, (5) o problema da sua hierarquia e (6) a resolução do problema da hierarquia na teoria do discurso jurídico*» (Alexy, 1989: 234).

Quanto ao campo da aplicabilidade dos cânones de interpretação, importa sublinhar fundamentalmente o seguinte: que não podemos considerar as distintas formas de argumentos como formas a favor ou contra uma determinada interpretação de uma norma, presuposta através da regra de uso das palavras. Há uma multiplicidade de contextos onde a generalidade deles se pode aplicar. Os que merecem menção especial de Alexy são: o do conflito de normas, o da restrição do campo de aplicação das normas e, finalmente, o da fundamentação de normas que não podem deduzir-se da lei. Fizemos acima referência deliberada a uma «generalidade», em vez de «totalidade» de formas argumentativas que poderiam prestar-se a diferentes usos. De facto a excepção, de todo previsível, à regra é o caso da interpretação semântica.

Quanto ao status lógico dos cânones, a primeira e importante questão a reter é que a análise até agora possível das distintas formas de argumentos nos permite dizer: em primeiro lugar, que elas não são regras, de facto, no sentido em que o poderiam ser se contivessem determinações sobre o que há a fazer ou, sequer, procurar alcançar. Por outro lado, como sublinha Alexy, eles são mais que simples pontos de vista ou linhas de investigação.

Vejamos de que forma Alexy confina a questão: «*Como melhor cabe designá-las, para usar um conceito de Perelman, é como esquemas de argumentos (schèmes d'arguments). Trata-se de esquemas de enunciados de uma forma determinada, a partir dos quais se segue logicamente um enunciado de forma determinada, ou então tal enunciado pode ser fundamentado de acordo com uma regra pressuposta. Por esta razão se designam como formas de argumentos*» (Alexy, 1989: 235).

Sustenta o nosso autor que é justamente enquanto formas de argumentos que os cânones caracterizam a estrutura do ordenamento jurídico. Sustenta mesmo que uma análise completa de todas as formas de argumentos possíveis no discurso jurídico poderia dar a uma espécie de gramática da argumentação jurídica.

O requisito de saturação, terceiro dos referidos por Alexy para caracterizar o papel dos cânones na argumentação jurídica, é deste modo definido pelo nosso autor: «*Um argumento de uma determinada forma só é completo se contém todas as premissas pertencentes a essa forma. A isso chama-se o requisito de saturação*» (Alexy, 1989: 236).

Acrescenta o nosso autor que, sendo de tipo distinto as premissas que necessitam ser saturadas, correspondem-lhes, *ipso facto*, maneiras completamente distintas de fundamentação.

Do seu ponto de vista, as fundamentações empíricas merecem destaque especial, pelo seu papel relevante. De facto, é através da fundamentação empírica que se fundamenta a especificação de um uso da linguagem, que se fundamentam as afirmações sobre a vontade do legislador, que igualmente se fundamenta sobre anteriores estados de coisas jurídicos, sobre o Direito em outros estados e, finalmente, fundamentam-se empiricamente as hipóteses que servem de base às afirmações sobre consequências. No entanto e, não obstante a maior atenção que devam merecer as fundamentações empíricas, Alexy faz-nos observar que as formas de argumentos não se reduzem a enunciados empíricos, já que contém premissas normativas que não se extraem da lei.

A exigência de saturação, diz-nos Robert Alexy, assegura a racionalidade do uso dos cânones. Ora esta circunstância basta, do seu ponto de vista, para excluir a simples afirmação de que um argumento possa ser o resultado de uma determinada interpretação literal, histórica ou finalista da norma.

Quanto ao que Robert Alexy designa por diversas funções das diversas formas, é importante referir que as formas da argumentação semântica e da argumentação genética referem-se à vinculação dos órgãos decisores. A argumentação semântica pelo vínculo do teor da lei, a argumentação genética, pelo vínculo que estabelece com a vontade do legislador. Por outro lado, é através das formas de argumentação histórica e comparativa que a experiência do passado e a de outras sociedades pode ser incorporada e, assim, enriquecer o processo de argumentação jurídica.

Pelo seu lado, a argumentação sistemática tem por função fundamental libertar de contradições o ordenamento jurídico e, desse modo, ela é importante na salvaguarda da segurança jurídica.

No que concerne às hierarquias dos cânones de interpretação, parece-nos oportuno reter o seguinte: que no contexto de uma discussão sobrevirá necessariamente alguma conflitualidade entre os cânones de interpretação e seus utilizadores, pelo facto de as formas distintas de argumentos, justamente porque cumprem funções distintas, ocasionarem, eventualmente, soluções do mesmo modo distintas. Esta circunstância potencia, aliás, uma dupla insegurança no uso dos cânones, como sublinha Alexy: «*Uma forma pode ser saturada de formas distintas, e pode-se empregar distintas formas para a fundamentação de diferentes conclusões*» (Alexy, 1989: 237).

O problema, na sua forma presente, parece ser, na perspectiva de Robert Alexy, o de uma relativa incapacidade de estabelecer uma hierarquia dos cânones ou um catálogo de graus, na medida em que as tentativas feitas, até ao momento, não conseguiram obter o necessário reconhecimento, se não unânime, pelo menos com algum grau de generalidade. Em função desta contingência, a questão da relação entre os argumentos de formas distintas parece continuar em aberto, tal como os problemas daí emergentes.

Diz Robert Alexy: «*A teoria do discurso não pode tão pouco oferecer uma solução do problema, por exemplo mediante a elaboração de um catálogo de graus e decidindo-se em favor da teoria objectiva ou subjectiva da interpretação, ou mediante a construção de uma fórmula que ponha ambas as coisas em relação*». Mas, acrescenta o nosso autor, «*pode dar uma contribuição para a desactivação do problema ao mostrar de que maneira há que usar oportunamente as distintas formas de argumentos*» (Alexy, 1989: 238).

Para o enquadramento e resolução do problema da hierarquia nos cânones de interpretação, parecer-nos-ia, à primeira vista, que o discurso jurídico conteria critérios para solucionar o problema. Assim parece se considerarmos a regra: «*os argumentos que expressam uma vinculação ao teor literal da lei ou à vontade do legislador histórico prevalecem sobre outros argumentos, a não ser que possam aduzir-se motivos racionais que concedam prioridade aos outros argumentos*» (Alexy, 1989: 239).

Mas, como é evidente, esta regra deixa ainda em aberto a questão de saber quando é que existem motivos racionais, que possam retirar peso aos argumentos que expressam uma vinculação. Esta objecção à regra citada parece não se colocar aos participantes no discurso jurídico, sem que possa considerar-se isso como arbitrário. É que neste contexto, como sublinha Alexy, só são motivos racionais os motivos que podem justificar-se numa discussão jurídica racional. Além de que numa discussão sobre o uso dos argumentos jurídicos «*são admissíveis todos os argumentos possíveis no discurso jurídico*» (Alexy, 1989: 239).

Neste sentido, a par dos argumentos que expressam o teor literal da lei e a vontade do legislador histórico, o discurso jurídico contém, na fundamentação racional operada no discurso, o critério que permite integrar na discussão jurídica todos os argumentos práticos de tipo geral, que, pelo seu lado, tornam possível a discussão. Em todo o caso, diz Alexy «*os argumentos jurídicos sobre os quais se discute não podem ser empregados nesta discussão. O problema da hierarquia aparece por isso como um problema a resolver, antes de mais, por meio da argumentação prática geral*» (Alexy, 1989: 239).

Não obstante, importa reter, em jeito de conclusão, que os cânones são mais que simples instrumentos de legitimação secundária de uma decisão. A argumentação jurídica não pode prescindir do seu concurso, como sustenta Alexy, para que possa cumprir com a pretensão de correcção que, no caso específico das discussões jurídicas, é matizada com uma forma especial de vinculação à lei, o que, obviamente não acontece com o discurso prático geral.

### 3.4.2 - A Argumentação Dogmática

Não nos é fácil apresentar, à partida, uma definição de «Dogmática Jurídica» que reúna, não digo o nosso particular apreço, mas o necessário consenso. De facto as definições existentes estão longe de dar uma perspectiva unívoca do problema de saber o que devemos entender por «dogmática jurídica» ou «dogmática do direito».

Porque a nossa pretensão fica um pouco aquém da capacidade de contribuir para a elucidação do problema em apreço e, afinal, porque nos ocupa o problema da argumentação jurídica, no seu uso específico pela Dogmática Jurídica, conceda-se-nos que façamos uso propedêutico da definição que Alexy designa como dominante entre os juristas: *«Por dogmática jurídica ou dogmática do Direito há que entender a ciência do Direito em sentido mais estrito e próprio, tal como é elaborada realmente por eles»* (Alexy, 1989: 240).

À definição supra, concedida sob reserva de um entendimento estrito, o nosso autor, acrescenta que a «Dogmática Jurídica» ou «Ciência do Direito», é uma mescla de pelo menos três actividades que fazem dela uma «disciplina pluridimensional». São elas: (1) a descrição do Direito vigente, (2) a sua análise sistemática e conceptual e (3) a elaboração de propostas para a solução de casos jurídicos problemáticos. Três dimensões que poderão ainda correlacionar-se com aquela trilogia de funções: uma dimensão empírico-descritiva, outra analítico-lógica e, por último, a função prático-normativa.

A cada uma destas dimensões corresponde um universo de preocupações próprio e, decorrentemente, um modo distinto de as procurar resolver: Assim, a dimensão empírico-descritiva, ocupa-se, fundamentalmente, da descrição e prognose da praxis dos tribunais e da averiguação da vontade do legislador; a analítico-lógica, tem como objecto a análise dos conceitos jurídicos e, bem assim, a investigação das relações, entre normas diversas e princípios; a dimensão prático-normativa, como a sua própria designação indica, ocupa-se, por exemplo, em propor e fundamentar uma dada interpretação de uma norma, ou a adopção de novas normas e novos institutos, ou até mesmo não se limitando a analisar criticamente os defeitos práticos de uma decisão judicial, mas propondo ainda a adopção de soluções alternativas.

Sendo embora distintos os objectos de preocupação de cada uma das dimensões, importa referir, no entanto, que são múltiplas as relações que entre elas subsistem. É assim que a dimensão analítico-lógica interage com a empírico-descritiva no sentido em que a primeira concede à segunda o apetrechamento conceptual de que necessita a descrição do Direito vigente; pelo seu lado, a segunda concede à primeira a capacidade descritiva, indispensável para a análise lógica do Direito vigente. Também a dimensão prático-normativa interage com aquelas, no sentido em que, para elaborar propostas, quer seja sobre normas quer sobre decisões, tem necessidade de conhecer adequadamente o ordenamento jurídico vigente, onde aquelas têm lugar.

Robert Alexy faz-nos saber que *«O centro de gravidade de uma actividade dogmático-jurídica pode distribuir-se de forma distinta entre, e dentro de, estas dimensões. A sua distribuição depende dos interesses práticos do dogmático, das suas concepções de teoria do Direito e das peculiaridades do campo de trabalho»* (Alexy, 1989: 242).

Estes fundamentos parecem-nos bastantes para que possamos ter na discussões da dogmática ou da ciência jurídica uma multiplicidade enriquecedora de perspectivas, possibilitantes de um debate que poderá ser, de entre todos os que ocorrem sobre assuntos de natureza jurídica, o mais liberto de constrições. Não temos de esperar um conhecimento unívoco e incontroverso neste domínio da dogmática jurídica, pese embora algum prejuízo, pelo facto de se não poder constituir por vezes, em tempo útil, como suporte seguro para a tomada de decisões.

Mas, tal como alguém que, ao ver o modo como as instituições exerciam a disciplina na Idade Moderna, terá dito que antes à mercê do arbótrio dos homens que ao abrigo de tais instituições, se poderia dizer que valerá antes ao bom exercício da Justiça que o Direito consolide a sua segurança através das trocas que se operam nos debates de natureza jurídico-judiciária, em vez de se arrogar a qualidade de um sistema coerente e acabado, e que, se assim fosse, cristalizaria e pararia no tempo.

Alexy faz-nos ver que, ao lado do conceito muito amplo de dogmática jurídica, *«que compreende todo o campo da ciência do Direito no seu sentido mais estrito e próprio»*, existe um conjunto de conceitos, como dogmática *«conceptual»*, *«lógica»* e *«sistemática»* ou até mesmo expressões, que pretendem caracterizar mais estritamente a dogmática, como *«a matemática social»*, particularmente caros à jurisprudência do século XIX, ou então, como *«o instrumental argumentativo considerado com absoluta logicidade»*, designação de Sp.Simitis (Cfr. Alexy, 1989: 242).

Considerando a dogmática como uma matemática social, a sua função resumir-se-ia fundamentalmente a três tarefas: a análise lógica dos conceitos jurídicos, que se cumpriria na dimensão analítico-lógica; a recondução desta análise a um sistema, por acção da dimensão empírico descritiva, e, por último, a aplicação dos resultados desta análise na fundamentação das decisões jurídicas, através da sua dimensão prático-normativa. Iso mesmo parece resultar do seguinte trecho de Windscheid: *«Se a interpretação terminou a sua tarefa, fica o desenvolvimento dos conceitos que se contêm nas proposições jurídicas que se obtêm através dela. A própria noção de proposição jurídica representa-se também em conceitos, isto é, em agrupamentos de elementos de pensamento; trata-se de decompor os conceitos nas suas partes constituintes, mostrar os elementos de pensamento contidos neles. Pode-se ir mais ou menos longe nesta operação; os elementos descobertos podem, por sua vez, apresentar-se como uma combinação de outros elementos mais simples, e assim sucessivamente. A nova ciência do Direito tem a decidida tendência de ir o mais além possível na decomposição dos conceitos. E nisto consiste o seu mérito. Pois, de facto, da exaustiva compreensão do conteúdo dos conceitos que se contêm*

*nas proposições jurídicas, depende não só a total compreensão do Direito, mas também a segurança na sua aplicação(...). A decisão final é o resultado de um cálculo, cujos factores são os conceitos jurídicos; o cálculo, naturalmente produzirá um resultado mais seguro quanto mais determinado estiver o valor dos factores. Ao mesmo tempo, é obvio que só a partir da completa compreensão dos conceitos jurídicos pode revelar-se o verdadeiro sistema dos Direitos, a união interna das suas proposições» (Cfr. Alexy, 1989: 242/243).*

Segundo Alexy, a objecção mais importante a colocar a este projecto, que subjaz à concepção da dogmática como uma matemática social, é a de que, apenas com os meios de análise e de dedução lógicos, não podemos pretender alcançar novos conteúdos normativos. Por outro lado, o recurso a conceitos aparentemente lógicos, para fundamentar decisões e normas que não podem extrair-se imediatamente da lei, não esconde a necessidade, sentida pela Jurisprudência, de premissas normativas para uma fundamentação que seja verdadeiramente concludente do ponto de vista lógico.

A objecção anterior pretende tornar manifesta a insuficiência de uma concepção lógica do Direito para fundamentar normas e decisões, mas, o próprio Alexy o reconhece, não é de forma nenhuma supérflua ou nociva a utilização de argumentos sistemático-conceptuais na argumentação jurídica. É neste contexto que importa sublinhar as palavras daquele autor: *«Deve-se pensar antes que o uso de argumentos sistemático-conceptuais, juntamente com outros argumentos, em especial argumentos práticos de tipo general, é necessário e racional. Uma das tarefas mais importantes, mas também mais difíceis, de uma teoria do discurso jurídico é a de assinalar tanto os limites como a legitimidade da argumentação sistemático-conceptual»* (Alexy, 1989: 244).

Coloca-se, então, uma questão em que é importante reflectir: de facto, se utilizarmos o conceito de dogmática no sentido amplo, isto é, em que se lhe atribuem as actividades de descobrir, analisar e interpretar normas, nesse sentido, como refere Alexy, toda a argumentação que ocorresse no discurso jurídico te-la-íamos que considerar dogmática, o que a nossos olhos seria excessivo e incorrecto; se utilizarmos o conceito restrito de dogmática, limitando o seu campo de acção à análise lógica das normas jurídicas, apenas se considerarão como dogmáticos os resultados de tal análise e, neste caso, parecer-nos-ia insuficiente, tal como ao nosso autor, o seu contributo para a fundamentação de enunciados normativos.

Surge, deste modo, a necessidade de encontrar um conceito intermédio de dogmática jurídica, que permita chegar a uma definição do conceito de argumentos dogmáticos. Mas, segundo Alexy, tal conceito de dogmática jurídica tem que cumprir cinco condições:

A primeira tem a ver com a conveniência de se entender a «dogmática jurídica» como um conjunto de enunciados e não de actividades, condição que torna possível aos argumentos a obtenção do necessário apoio na dogmática jurídica; a segunda requer que tais enunciados estejam relacionados com as normas estabelecidas e com a jurisprudência, mas que não se

esgotem na descrição das normas estabelecidas ou nos princípios ou «*ratio decidendi*» das decisões judiciais, sob pena de se tomarem em mero registo de codificações, no primeiro caso, ou em compilações de precedentes, no segundo; a terceira das condições, referidas por Alexy, requer que os enunciados da dogmática formem um todo coerente, enunciando, para tanto, três relações formais elementares, entre outras possíveis: (a) que os enunciados não possam contradizer-se, (b) que apareçam os mesmos conceitos jurídicos na formulação dos distintos enunciados, e (c) na medida em que ocorrem os mesmos conceitos jurídicos, que seja possível fundamentar as relações de inferência que ocorrem entre eles; a quarta condição é a de que os enunciados dogmáticos se formem no quadro institucional da ciência do Direito, o que, para além de estabelecer uma primeira diferença entre enunciados dogmáticos e enunciados práticos de tipo geral, possibilita uma segunda diferença por «*uma considerável ampliação da discussão, quanto ao tempo e quanto ao objecto*», além de que, como sublinha imediatamente Alexy, «*a institucionalização significa que um elemento fundamental nos enunciados permanece mais ou menos como indiscutido por algum tempo*», facilitando a discussão dos enunciados mais problemáticos; na quinta e última das condições, Alexy faz referência ao conteúdo normativo que devem ter as dogmáticas do Direito, o que possibilita o uso dos seus enunciados como argumentos para a decisão de questões «*que não poderiam resolver-se unicamente com argumentos empíricos*» (Cfr. Alexy, 1989: 244 a 246).

Em resultado dos fundamentos contidos nas cinco condições supra enunciadas, Robert Alexy propõe-nos a seguinte definição de dogmática: «*Uma dogmática do Direito é (1) uma série de enunciados que (2) se referem às normas estabelecidas e à aplicação do Direito, mas não podem identificar-se com a sua descrição, (3) estão entre si numa relação de coerência mútua, (4) formam-se e discutem-se no campo de uma ciência jurídica que funciona institucionalmente, e (5) têm conteúdo normativo*» (Alexy, 1989: 246).

Importará agora que designemos os tipos de enunciados que são próprios à dogmática jurídica e especifiquemos, sucintamente, alguns dos seus usos.

Referimos, em primeiro lugar, as definições dos denominados «*genuínos conceitos jurídicos*» (G. Radbruch, Cfr. Alexy, 1989: 246) que, como diz o nosso autor, estão tradicionalmente no centro da dogmática. Alexy dá-nos como exemplos paradigmáticos de «*genuínos conceitos jurídicos*» os conceitos de «*contrato*», «*acto administrativo*» e «*legítima defesa*», cujo conteúdo será preenchido pelas normas que regulam os contratos, a eficácia dos actos administrativos e a legalidade de uma acção de legítima defesa.

Consinta-se-nos que, de entre uma multiplicidade de definições possíveis dos conceitos em apreço, façamos referência às seguintes: «*contrato - é um acto criador de situações jurídicas subjectivas - direitos, obrigações, deveres e ónus para as partes - sem embargo da participação imperativa ou supletiva da lei na fixação do seu conteúdo*» (A. Varela, Cfr. Franco, 1988: 216); «*acto administrativo - conduta voluntária de um órgão da administração que, no exercício de*

*um poder público e para prossecução de interesses postos por lei a seu cargo, produza efeitos jurídicos num caso concreto» (M. Caetano, Cfr. Franco, 1988:42); «legítima defesa - objecto da legítima defesa são «quaisquer interesses juridicamente protegidos do agente ou de terceiros»(Artº32) (...) A legítima defesa pode, pois, ser legítima defesa própria ou alheia, de quaisquer direitos ou interesses legítimos próprios ou de terceiros. Mas tratar-se-á sempre de direitos individuais; a legítima defesa respeita à esfera individual e não aos interesses públicos» (C. Ferreira, Cfr. Franco, 1988: 506).*

As definições dadas permitem-nos concordar com Alexy quando sustenta que o conteúdo dos conceitos em presença depende de normas, na ausência das quais nada designariam. É neste contexto que Alexy lembra a distinção proposta por J. Searle entre «brute facts» e «institutional facts» e faz reconduzir o emprego dos conceitos acima definidos à categoria dos segundos, os factos institucionais. A ligação especial dos «genuínos conceitos de Direito» com as normas jurídicas permite sustentar que os mesmos têm, em certo sentido, conteúdo normativo.

De entre os enunciados da dogmática jurídica, referimos, em segundo lugar, as definições dos outros conceitos que aparecem nas normas jurídicas. Estas não têm, como os «genuínos conceitos jurídicos», um lugar tão firmemente cativo na dogmática jurídica.

É o caso de conceitos como referido na alínea f) do nº 2. do Artº 132 do C.P.P. de «meio insidioso», ou o de «área edificada coerentemente» ou ainda o de «cumprimento de uma operação», cujas definições poderiam caber, como sustenta Alexy, no domínio da interpretação e não da dogmática, com a alegação de que a vocação desta é o tratamento sistemático-conceptual do Direito e não a interpretação. Mas não é esta a opção do nosso autor para quem a separação entre interpretação e dogmática, naqueles termos, não se conforma com o entendimento presente do que é a dogmática.

Robert Alexy sustenta até que as definições de conceitos desempenham um papel relevante na dogmática jurídica, sob a formulação eufemística de «teorias», como acontece, por exemplo nas clássicas quatro teorias sobre o conceito de furto, a saber: as teorias da *contractatio* - contacto, subtracção de um objecto, roubo, *apprehensio* - apreensão, acção de agarrar, *ablatio* - ablação, acção de tirar e, finalmente, *illatio* - ilação, pagamento... (Cfr. Torrinha, 1945).

Alexy chama-nos a atenção para o facto de que não é desejável considerar como enunciado da dogmática toda e qualquer regra de uso das palavras, proposta ou empregada na interpretação de uma norma. Propõe-nos, por esta razão o seguinte critério de distinção: *«é importante o critério pragmático (...), segundo o qual um enunciado é um enunciado da dogmática se é estabelecido, aceite ou, pelo menos, discutido no campo de uma ciência jurídica que funciona institucionalmente»* (Alexy, 1989: 248)

O mesmo critério pragmático vem em ajuda da resolução de um terceiro tipo de enunciados cujo enquadramento ou não na dogmática jurídica é do mesmo modo problemático, como acontece com as «normas não extraídas da lei». Estamos perante um caso de verificação

empírica da opinião dos juristas, já que é a opinião destes o factor que decidirá se um enunciado é ou não dogmático. Não importa, diz o nosso autor, que o considerem como correcto, mas apenas como dogmático.

Dois outros critérios importantes se podem aduzir: o critério negativo, pelo qual um enunciado, que se pretende dogmático, não pode contradizer as normas vigentes; e um critério positivo (o mais importante, de entre outros possíveis), segundo o qual um enunciado é dogmático se se podem aduzir em seu favor argumentos que possam apoiar-se em outras normas ou enunciados já reconhecidos como dogmáticos. Este critério poderá ser reforçado por um critério positivo adicional: que o enunciado possa ser «formulável em linguagem técnico-jurídica». Não obstante a eficácia própria da aplicação destes critérios, são sobretudo as convicções existentes, de facto, entre os investigadores da ciência do Direito o critério que determinará, em última instância, se um determinado enunciado é ou não dogmático (Cfr. Alexy, 1989: 249).

A quarta categoria de enunciados dogmáticos é-nos dada, segundo Alexy, pelas descrições e caracterizações de estados de coisas, *«para cuja produção, eliminação ou conservação devem servir normas individuais ou grupos de normas, assim como a determinação de relações de prioridade entre tais estados de coisas»* (Alexy, 1989: 249).

Em quinto e último lugar caracterizamos como enunciados dogmáticos as formulações e princípios. Entendamos por «princípios» os enunciados normativos que, em razão do seu alto grau de generalidade, só podem ser aplicados mediante premissas normativas adicionais. Segundo o nosso autor, os princípios experimentam, a maior parte das vezes, limitações advenientes de outros princípios e podem ser utilizados na argumentação jurídica, tanto como enunciados normativos, como descrições de estados de coisas nos quais aqueles enunciados normativos têm vigência.

Lembra-nos Alexy que uma classificação de enunciados da dogmática não é, por si, uma teoria dogmática. Uma tal teoria comporta necessariamente uma análise da linguagem dogmática, para a qual contribui, naturalmente, a classificação a que sucintamente fizemos referência, de par com *«a análise do uso dos enunciados dogmáticos nas fundamentações, a investigação da fundamentação e comprovação de enunciados dogmáticos, assim como uma teoria da função da dogmática»* (Alexy, 1989: 250). Daqui resulta que possamos distinguir, como partes integrantes de uma teoria da dogmática jurídica, as seguintes teorias: a da linguagem da dogmática, a do uso dos enunciados da dogmática, a da fundamentação dos enunciados da dogmática e, por último, a teoria da fundamentação da dogmática.

Parece-nos pertinente, para a economia da abordagem terminal deste capítulo, uma referência, ainda, ao uso dos enunciados dogmáticos. Robert Alexy distingue a fundamentação dogmática pura da fundamentação dogmática impura, do modo seguinte: com a primeira das expressões ele designa os casos em que os enunciados a fundamentar se seguem de enunciados dogmáticos, juntamente e apenas com enunciados empíricos ou com a adição de formulações de normas jurídicas positivas; com a segunda expressão Alexy designa os casos em

que, para fundamentar enunciados, são necessárias premissas normativas adicionais, isto é, além de argumentos dogmáticos, há necessidade de recorrer a argumentos práticos de tipo geral.

Mas o nosso autor lembra-nos que em determinados contextos se usam argumentos dogmáticos sem que se procure a sua fundamentação, e a isso ele chama uso não justificatório de argumentos dogmáticos. Esta forma de uso caracteriza a circunstância em que não é posta em dúvida a pertinência do argumento dogmático, já que se está perante uma opinião dominante. Mas há outros casos em que se utilizam argumentos dogmáticos ao mesmo tempo que, em reforço da sua fundamentação, se aduzem argumentos complementares. Estamos, então, perante um uso justificatório de argumentos dogmáticos. Retenhamos, para finalizar, a opinião de Alexy: «Nenhum dogmático pode fundamentar todos os enunciados dogmáticos em que se apoia para a discussão do seu problema. Isto não teria fim. Um corolário do enunciado geral é que nada pode fundamentar tudo simultaneamente» (Alexy, 1989: 250).

Uma questão decisiva se coloca Robert Alexy: em que sentido se pode dizer que a argumentação dogmática tem sentido ou é necessária ao lado da argumentação prática geral?

Esta questão liga-se a uma segunda: fará sentido supor-se que nas fundamentações jurídicas, além das normas jurídicas, dos enunciados empíricos e de alguns argumentos que servem para a aplicação destas normas, só é pertinente o contributo de argumentos práticos de tipo geral?

A elucidação detalhada de uma questão tão complexa não cabe no âmbito do presente trabalho. A resposta de Robert Alexy organiza-se através da análise cuidadosa das seis funções que ele atribui à dogmática jurídica, designadamente as funções de estabilização, de progresso, de descarga, técnica, de controlo e, finalmente, a função heurística.

A limite, concluirá o nosso autor: «Em suma, o uso de argumentos dogmáticos pode ser visto não só como não contraditório com os princípios da teoria do discurso, mas sobretudo como um tipo de argumentação exigido por esta no contexto especial do discurso jurídico. Tem lugar por isso a regra: Se são possíveis argumentos dogmáticos, devem ser usados» (Alexy, 1989: 261).

### 3.4.3 - Formas especiais de argumentos jurídicos

Robert Alexy designa sob o nome de formas de argumentos jurídicos especiais as formas de argumentos que, segundo ele, se usam especialmente na metodologia jurídica. São elas: a analogia, o argumento à contrario, o argumento à fortiori e o argumento ad absurdum.

Neste ponto da nossa análise, que pretendemos breve, seguiremos o percurso de Alexy, sobretudo para tomar emergente uma clarificação do papel destas formas de argumentos no discurso jurídico, à luz de um contributo, tão caro a este autor, das investigações realizadas na

lógica moderna. É nosso propósito retomar, no capítulo seguinte, à análise destes argumentos no quadro da Teoria da Argumentação em Perelman e da sua inserção numa concepção tópico-jurídica.

Inflectindo para campo restrito de análise que acima enunciámos, sublinhamos a consideração taxativa de que «*todas as formas de argumentos jurídicos especiais podem expressar-se como formas de inferência logicamente válidas*» (Alexy, 1989: 267), sem que isto constitua, na perspectiva de Robert Alexy, prerrogativa particular dos argumentos em apreço. Segundo ele, é possível fazê-lo com qualquer forma de argumento, tudo dependendo de uma preparação especial das premissas e, muitas vezes, da introdução de premissas especiais que, numa argumentação de facto, permanecem quase sempre implícitas.

No que concerne particularmente aos argumentos jurídicos especiais, duas vantagens muito precisas podem resultar, na perspectiva de Alexy, se os formulamos como inferências logicamente válidas: fazê-lo «*torna possível a compreensão da sua forma lógica e clarifica o seu conteúdo não lógico*» (Alexy, 1989: 267).

Consideremos, ilustrativamente, um caso de aplicação do argumento «a contrario», aplicando a fórmula de Klug ao princípio da inviolabilidade do domicílio, consignado no n.º 3 do Art.º 34.º da Constituição da República Portuguesa.

O Art.º 428.º do Código Penal, vêm materializar aquele princípio, no que respeita ao estabelecimento de balizas à actuação dos agentes de autoridade, estabelecendo no seu n.º 1 que será punido com pena de prisão de 3 meses a dois anos o funcionário que, abusando dos poderes inerentes às suas funções, praticar o crime de introdução em casa alheia. Transposta a norma em linguagem formal, obtemos: (1)  $(x) (OGx \longrightarrow Fx)$

Consideremos, então,  $(x) (OGx \longrightarrow Fx)$  a norma de que partimos, em que «x» é a variável de indivíduo, «OGx» a consequência Jurídica, e «Fx» o suposto de facto, isto é, a introdução abusiva de «x» em casa alheia. A norma estabelece que, só se x é F, se verificarão as consequências jurídicas previstas. Logo, se o agente praticou o acto de introdução em casa alheia, após consentimento expresso de forma escrita, por razões de serviço, o seu acto não pode subsumir-se ao disposto no n.º 1 do Art.º 428.º, mas antes à alínea b), n.º 4, do Art.º 174.º do Código de Processo Penal, de que resulta  $(\sim Fx \longrightarrow \sim OGx)$ . Pela aplicação da fórmula de Klug, teremos obtido, a partir de (1), uma inferência logicamente válida, contida em (2), conforme nosso (Ex.3):

(1)  $(OGx \longrightarrow Fx)$

(2)  $(\sim Fx \longrightarrow \sim OGx)$

Deste modo, contrapondo-se ao disposto na norma constitucional de que «ninguém pode entrar no domicílio de qualquer pessoa sem o seu consentimento», o C.P.P. estabelece, à **contrário**, que com o consentimento do titular do interesse tutelado, pode-se entrar no domicílio em questão.

Foram as ponderações sobre os valores a tutelar pela Lei e sobre o mal menor, provocado no caso vertente pela a acção do agente, que terão determinado a opção do legislador, no segundo caso, de legislar «a contrario» do estabelecido no texto máximo. Vemos, assim, que a obtenção da inferência lógica foi obtida, neste caso, com o concurso de argumentos adicionais, como é mais frequente acontecer.

De facto, esclarece Alexy, que «são admissíveis, enquanto argumentos adicionais, todos os argumentos possíveis no discurso jurídico» (Alexy, 1989: 267). Conforme nota contígua à citação feita, não é este o entendimento de U.Klug, para quem apenas é pertinente o contributo dos argumentos teleológicos, isto é, uma classe apenas de argumentos possíveis, para produzir a complementação referida.

No exemplo dado, se considerarmos, como Alexy que os argumentos teleológicos ou genéticos contêm duas componentes que são a da consideração dos fins perseguidos pelo legislador e a da vontade taxativamente expressa no texto da lei, poderíamos inclinar-nos, neste caso, pela consideração da preponderância desta classe de argumentos.

Pensamos, contudo, que é mais consentâneo com a realidade da argumentação jurídica considerar, como Alexy, pertinente o concurso de uma profusão de argumentos jurídicos imagináveis para complementar o dispositivo lógico de produção de uma inferência válida. Aliás, ele próprio nos alerta para o facto de que não teria habido certamente tantas disputas de natureza jurídica, em torno da aplicação das formas de argumentos jurídicos especiais, caso se tratasse apenas de mera aplicação das formas de inferência lógica de validade geral.

Tal como ao argumento a contrario, também à analogia pode dar-se a expressão de inferência logicamente válida.

Utilizemos, para a ilustração da inferência analógica, a linguagem que Alexy convencionou, estabelecendo, designadamente, que «F de sim. x» significa que «x é semelhante a F» e, a partir daqui, a seguinte forma de inferência analógica, (Ex.4):

- . (1) (x) (Fx v F sim. x  $\rightarrow$  OGx)
- . (2) (x) (Hx  $\rightarrow$  F sim. x)
- (3) (x) (Hx  $\rightarrow$  OGx) (1), (2).

Considerando «x» como variável sobre acções, procuremos aplicar esta forma de inferência analógica ao exemplo fornecido por Alexy, com enquadramento no Código Civil português:

. (1) Para todo x, se x é um contrato de compra e venda (F) ou um contrato semelhante ao de compra e venda (F de sim), então devem ser aplicáveis a x o disposto no Artº 874º e sgs. do Código Civil português.

. (2) Para todo o x, se x é um contrato de transmissão onerosa de um local de negócios (H), então x é um contrato semelhante ao de compra e venda (F sim).

(3) Logo, para todo o x, se x é um contrato de transmissão onerosa de um local de negócios (H), então devem aplicar-se os Artigos 874º e seguintes do Código Civil (1), (2).

Na produção desta inferência analógica, tivemos o cuidado de manter a designação «contrato de transmissão onerosa de um local de negócios», em vez da designação tecnicamente correcta de «contrato de trespasse». De facto, em rigor, poderá sustentar-se que este último é, na sua essência, um contrato de compra e venda, no entanto tem uma regulamentação específica no Artº 1118º do nosso Código Civil. Não obstante, para a consideração do não cumprimento dos encargos assumidos em matéria de pagamentos do preço de trespasse ou para, eventualmente, recorrer da venda de bens penhorados, são, de facto, os Artigos 874º. e seguintes do C.C. a legislação aplicável.

Resulta, então, como refere Alexy, que o problema genuíno da analogia não radica na inferência da proposição (3), a partir das premissas (1) e (2), mas na própria fundamentação destas últimas. Terá sido por esta razão que Klug optou designar este género de inferência, não como «inferência analógica», mas como «a inferência com que conclui o procedimento jurídico de analogia» (Alexy, 1989: 268 e 269).

Na perspectiva de Klug, a analogia baseia-se no princípio da universalidade ou de igualdade. Daí que na determinação da relação de semelhança, que caracteriza a fundamentação da premissa (2) em (Ex.4), surjam, como no-lo faz notar Alexy, todas as dificuldades próprias da aplicação do princípio da igualdade. Mas, retenhamos do nosso autor esta consideração fundamental: «Certamente, podem analisar-se as estruturas lógicas das relações de semelhança, mas não obstante isso, o estabelecimento da semelhança juridicamente relevante não pode surgir unicamente de semelhante análise. Numerosos autores assinalaram, por isso, que a analogia pressupõe uma valoração» para cuja fundamentação, acrescenta Alexy, «são admissíveis todos os argumentos possíveis no discurso jurídico» (Alexy, 1989: 269).

O que anteriormente se disse serve para marcar, sobretudo, uma certa especificidade da analogia, manifesta no facto de ser uma estrutura formal para os argumentos que Alexy designa por argumentos materiais, na justa medida em que a eficácia de tais argumentos depende da sua inserção na estrutura formal da analogia. Além desta característica, uma outra intervém na tecitura da especificidade da analogia. Tem a ver com o modo bipolar como se une ao conceito de discurso: através do conceito de universalidade que, lembra-nos Alexy, é um princípio constituinte tanto do discurso prático geral como do jurídico; através da necessidade de um certo enchimento argumentativo para que possa usar-se.

Aliás estas características parecem valer também para o argumento da «reductio ad absurdum» ou argumento «apagógico». A estratégia argumentativa da redução ao absurdo parte da enunciação de uma premissa que sabemos ser falsa, como se fosse verdadeira, e, aplicando-lhe um dispositivo inferencial hábil para produzir uma inferência logicamente válida, se obtém ao invés, uma conclusão absurda e não conforme com a realidade das coisas.

Alexy dá-nos um exemplo excelente, para a economia do tema que vimos tratando, da aplicação deste argumento. Assim acontece «quando para a fundamentação da tese de que uma

*determinada interpretação I de uma norma R não é admissível através de uma regra de uso das palavras W ( $I^{R/W} = R'$ ), se aduz que a mesma leva a resultados que se qualificam como inaceitáveis, absurdos, incompreensíveis ou com alguma outra expressão semelhante» (Alexy, 1989: 270).*

Estabelecamos, como o faz Alexy, que um estado de coisas Z é inaceitável e, na opinião de quem argumenta, é mesmo considerado proibido (O~Z). Obtemos então a seguinte estrutura formal (Ex.5):

- (1) O~Z
- (2) R' → Z
- (3) ~R'

Lembra-nos o nosso autor que as premissas (1) e (2) têm que fundamentar-se, mostrando designadamente que se considera Z como proibido, utilizando, neste caso, argumentos práticos do tipo geral e que R' consequencia Z, aduzindo, para o efeito, argumentos de natureza empírica.

Apresentámos os esquemas inferenciais dos argumentos a contrario, analógico e da *reductio ad absurdum*. Vimos que o primeiro é um esquema de inferência logicamente válido, que o segundo é exigido pelo princípio da universalidade e que, no terceiro, são as consequências o elemento de aferição. Em todo o caso, constatámos que estas formas argumentativas são casos especiais do discurso prático geral. Para finalizarmos este ponto da nossa análise, retenhamos o seguinte: *«Na medida em que estas formas podem reduzir-se a regras e formas do discurso prático geral, o seu uso pode considerar-se como racional. Mas também ficou claro que o uso de tais formas, tal como no dos cânones, só é racional na medida em que sejam saturadas e em que os enunciados inseridos para a saturação possam ser fundamentados no discurso jurídico»*, de onde a seguinte regra de que *«as formas de argumentos jurídicos especiais têm que resultar saturadas»* (Alexy, 1989: 271).

Terminamos aqui uma incursão na teoria de argumentação jurídica de Robert Alexy, cuja utilidade essencial nos parece residir no abrir perspectivas, ou recuperar e exponenciar outras já estudadas na vasta obra de Chaim Perelman. Além disso, quisemos ainda, com este excuro, suprir, do ponto de vista teórico, um elemento de debilidade apontado por Alexy à teoria da argumentação de Chaim Perelman e que se caracterizaria pela sua renúncia em utilizar os instrumentos analíticos modernos. (Cfr. Alexy, 1989: 171)

### 3.5 - O Debate Judiciário

Para economia do nosso trabalho, emprestemos ao conceito de «Debate Judiciário» a forma de uma discussão jurídica institucionalizada, cuja extensão e confinação precisas são as contidas nos Artºs 297º e segs. do Código de Processo Penal, no que se refere à noção de

«Debate Instrutório» e nos Arts 321º e segs. do mesmo Código, no que concerne à «Audiência de Julgamento». Por esta via, privilegiamos a forma oral e contraditória que caracteriza aqueles dois momentos da marcha do processo penal, em detrimento da forma escrita de outros que poderíamos, eventualmente, designar sob o mesmo título de «Debate Judiciário».

Aliás, se a nossa opção fosse considerar, não dois momentos apenas da marcha do processo, mas uma forma global de processo, encontraríamos no processo civil, eventualmente, a estrutura paradigmática do «Debate Judiciário», tal como se manifesta na simples enunciação das fases que o estruturam: O processo civil começa (1) com uma petição inicial, ou exposição do autor, (2) segue-se a contestação pelo réu, seguidamente (3) autor e réu trazem para o processo e ampliam, alternadamente, as razões apresentadas nas fases antecedentes - são os momentos da réplica e da tréplica, (4) passamos, depois, para a fase da produção da prova, acontecida, por via de regra, em audiência, (5) segue-se a fase do exame e discussão da causa, onde há lugar às alegações escritas ou orais, pondo-se assim termo à produção da prova, e dando lugar, por último, (6) ao estabelecimento da sentença. Da enunciação, mesmo sumária, das fases do processo civil releva claramente a sua estrutura de debate.

Como havíamos referido em 5.2, ocupar-nos-emos em caracterizar cada uma das mencionadas formas de debate, em função dos parâmetros legais em que se contém, designadamente os que definem quais os sujeitos, por que ordem e em que termos, têm legitimidade para intervir.

Cuidaremos de elucidar as particularidades e natureza dos acordos prévios ao debate judiciário e caracterizar a universalidade do auditório onde o mesmo ocorre.

Procuraremos manifestar e endereçar aos sujeitos titulares de interesses conflitantes (v.g. assistente, arguido e, respectivamente, os advogados do assistente e defensor) e aos sujeitos que, interpretando os superiores interesses tutelados, aplicam a justiça, as técnicas argumentativas que lhes são próprias por direito e em razão da sua eficácia: umas de uso quase imperativo, outras de uso mais livre e criativo, com recurso aos princípios gerais do direito, aos «topoi» jurídicos, aos adágios e brocardos latinos, aos argumentos fundados nos precedentes, aos argumentos empíricos de toda a espécie e, finalmente, aos argumentos que retiram a sua força e fundamento das ciências humanas, v.g. da sociologia, antropologia e psicologia .

Procuraremos explicitar, de par com o uso das diversas formas de argumentos, dois efeitos essencialmente de contexto: o efeito de presença, obtido de formas muito subtis, veiculadas pelo discurso, designadamente nas enálages do tempo e da pessoa, de par com outras técnicas, igualmente de reforço, com que se vestem os argumentos usados, como o são, designadamente, as diversas modulações e inflexões de voz, a utilização do espaço cénico, as relações próximas, a formulação de elogios à parte adversa, ou, de forma mais teatralizada e contundente, como o designar entre a audiência os filhos menores da vítima ou exibindo «a túnica ensanguentada» do homem bom, morto à traição. De contexto se trata e, não pouco relevante, a postura dos magistrados e o espaço físico da sala de audiências que se requerem marcados pela sobriedade e pela dignidade.

### 3.5.1 - Definição e enquadramento legal

Sem o prejuízo de se poder conceder uma maior latitude ao conceito de «Debate Judiciário», a definição que propomos circunscreve as noções de «Debate Instrutório» e de «Audiência de Julgamento», a que se referem, respectivamente, os Artºs 297º e sgs. e 321º e sgs., do Código de Processo Penal.

O debate instrutório é o acto por excelência da instrução preparatória e tem por função promover, através do debate oral e contraditório, a certificação, pelo juiz, cuja legitimação lhe vem da comunidade, da acusação inicial como pedido de condenação, ou da abstenção de acusar, se requerido pelo assistente. Findo o debate, o Juiz de Instrução proferirá o despacho de pronúncia ou não pronúncia, concluindo pela suficiente existência ou não existência dos indícios de facto ou de direito, para que remetem a acusação ou a abstenção de acusar produzidas pelo Ministério Público no fim das diligências de prova do Inquérito Preliminar, que justifiquem ou não a submissão do arguido a julgamento.

Tratando-se de um acto eminentemente instrutório, esta forma de debate ocorre sob a presidência e orientação do Juiz de Instrução Criminal, após ter produzido despacho inicial de admissão e, algumas vezes, após haver presidido a diligências de instrução, assistido pela Polícia de Investigação Criminal. Mas, como sublinha Maia Gonçalves, na medida em que o Debate Instrutório é obrigatório nos casos em que há lugar à instrução e como na mesma pode não haver diligências de prova realizadas *«ou porque não foram requeridas nem ordenadas oficiosamente ou porque, tendo sido requeridas, foram indeferidas - daqui se segue que a instrução se pode resumir ao debate instrutório e à decisão instrutória»* (Cfr. Gonçalves, 1990: nota 2. ao Artº 297º).

Daf decorre a enorme importância do princípio do contraditório segundo o qual *«toda a prossecução processual deve cumprir-se de modo a fazer ressaltar não só as razões da acusação, mas também as da defesa e, portanto, aceitando a iniciativa própria destes sujeitos processuais»* (Martinetto, Cfr. Martins, 1989: 49).

Residiu, em nosso entender, na consignação deste princípio do contraditório a radical inversão de perspectivas que presidiram à elaboração dos modernos códigos de processo penal e que se traduziu na ultrapassagem de uma velha e gasta estrutura inquisitória para uma estrutura investigatória/acusatória, mais consentânea com o quadro de valores das sociedades contemporâneas e mais coerente, pelo menos no plano formal, com a salvaguarda dos direitos liberdades e garantias dos cidadãos e com os direitos humanos.

De facto, o cumprimento do princípio *«audiatur altera pars»*, em sede de debate instrutório, oral e contraditório, permite ao juiz de instrução formar um elemento de convicção suficiente sobre a natureza ilícita dos factos e presumível autoria dos mesmos e, findo o debate, produzir o despacho de pronúncia, no caso de se decidir pela ratificação da acusação ou revogação da abstenção de que fora autor o Ministério Público, ou de não pronúncia, em caso inverso.

É este o sentido das palavras de Maia Gonçalves, contidas na mencionada nota 2, ao Artº 297º: «O debate instrutório é, no fundo, uma audiência rápida e com o formalismo reduzido ao mínimo indispensável para comprovar judicialmente a decisão do MP, de acusar ou de não acusar.» Celeridade e reduzido formalismo, poderão ser os princípios mais elementares, eventualmente inessenciais, da distinção entre debate instrutório e audiência de julgamento. Estabelecem, no entanto, uma distinção importante, entre os actos processuais em apreço, no plano das formalidades e, ipso facto, uma decorrente diferenciação no que tange ao caudal argumentativo veiculado em um e outro caso.

Poderá acontecer que o debate instrutório ponha em relevo a indicição de novos factos ilícitos, não mencionados na acusação, embora da mesma natureza. Tal facto não inibe, contudo, a produção imediata do despacho de pronúncia, nos casos mais simples, ou no prazo de cinco dias em casos de maior complexidade. Em outros casos, porém, poderá manifestar-se uma alteração significativa dos factos, cuja natureza se poderá revelar, eventualmente, diversa da contida na acusação do Ministério Público. Verificada esta situação, o Juiz de Instrução notificará o defensor daquela alteração e promoverá a abertura de inquérito sobre os novos factos. De qualquer modo, à acusação/pronúncia, ou petição inicial, o arguido (no processo crime) ou o réu (no processo civil) têm a faculdade de poderem opôr uma defesa, a contestação.

Uma distinção fundamental se coloca desde já entre o «Debate Instrutório» e a «Audiência de Julgamento»: o primeiro valora os factos em discussão em vista de ver se há indícios de que os mesmos ocorreram; na segunda, o debate tem em vista a comprovação da existência dos factos, isto é, a produção mesma de prova, através do debate cruzado das provas e das razões de direito. Se à Audiência de Julgamento se segue a produção de uma sentença, ao Debate Instrutório segue-se uma decisão instrutória de pronúncia ou não pronúncia sobre uma bastante indicição. Desta forma, o «Debate Instrutório», à semelhança do moderno «Preliminary Hearing» do sistema jurídico anglo-saxão, tem como primordial função proteger o arguido dos efeitos danosos de ser submetido infundadamente a julgamento (secundariamente á uma "espécie de via de recurso" do assistente quando não houve dedução de acusação).

Segundo António Carvalho Martins, na pronúncia exige-se «prova indiciária de todo diferenciada da fase do julgamento. Com efeito resume aqui, particularmente, o conjunto de indícios dos quais possa resultar uma possibilidade razoável de ao arguido vir a ser aplicada, por força deles, em julgamento, uma pena ou medida de segurança», enquanto que no julgamento se exige «certeza, cimentada através de uma só apreciação crítica da prova, quando esta não é vinculada, enquanto que na fase da acusação se exige somente aquela convicção» (Martins, 1989: 64/65).

A razão porque unimos sob o mesmo conceito de «Debate Judiciário» actos processuais tão distintos, tem que ver, não somente com a natureza oral e contraditória em que ambos ocorrem, mas também, por via dessa mesma natureza oral e contraditória, definirem, no campo jurídico, os contornos de um genuíno e específico espaço retórico de exercício da razão.

Atenhamo-nos agora ao disposto na lei processual penal sobre os sujeitos, seu lugar e funções no quadro da tramitação prevista em um e outro dos casos em apreço.

A instrução, sendo nos termos dos Artºs 286º a 288º, uma actividade processual-penal de carácter facultativo, mas de natureza contraditória, é formada, nos termos do Artº 289º, pelo conjunto dos actos de instrução que o juiz entenda dever levar a cabo e, obrigatoriamente, por um debate instrutório, oral e contraditório, no qual podem participar o Ministério Público, o arguido, o defensor, o assistente e o seu advogado, mas não as partes civis. É na estrita interpretação do conteúdo destas disposições que António Carvalho Martins sublinha a existência na instrução de dois conteúdos: um conteúdo eventual, também designável por conteúdo judicial, e um conteúdo necessário. O primeiro tem a ver com a faculdade de o Juiz de instrução poder considerar ou não suficientes, para a sua decisão de pronunciar, os elementos contidos nos autos, e, em razão desse entendimento, poder promover a realização de actos destinados à recolha dos elementos que considere imprescindíveis. O conteúdo necessário ou obrigatório da instrução tem a ver com a imperatividade legal de se promover a realização do debate instrutório no quadro da instrução preparatória (Cfr. Martins, 1989: 32).

Além dos sujeitos processuais referidos no corpo do Artº 289º, a saber o Ministério Público, o arguido e o assistente, teremos de considerar também, como possíveis intervenientes no debate instrutório, os peritos, os consultores técnicos e as testemunhas, para além, obviamente, dos advogados da defesa e do assistente.

O primeiro e fundamental papel protagonizado quer pelo arguido quer pelo assistente, em termos de tornarem possível o debate instrutório, tem a ver com o carácter imprescindível da sua iniciativa para requerer a abertura da instrução preparatória, após notificação da acusação ou do arquivamento da causa pelo Ministério Público.

A disciplina e orientação do debate cabe, nos termos do nº 1. do Artº 301, ao juiz de instrução criminal, que detém, «no necessário, poderes correspondentes aos conferidos por este Código ao presidente, na audiência». Nos termos do número 2. daquele normativo, compete ao juiz, em toda a extensão do debate instrutório, assegurar a contraditoriedade da produção da prova e a possibilidade de o arguido ou o seu defensor se pronunciarem sobre ela em último lugar. Tal acontece, na opinião de António Carvalho Martins, «numa assunção de todo evidente, do modelo de audiência que o código perfilhou, de composição do sistema acusatório pelo sistema de investigação objectiva e imparcial por parte do tribunal» (Martins, 1989: 63/64).

Dando início ao debate, o JIC expõe sumariamente os actos de instrução a que tiver procedido e as questões de prova que, sendo relevantes para a decisão instrutória de pronúncia ou não pronúncia, apresentam contudo, em sua opinião, carácter controverso. Seguidamente dá a palavra ao Ministério Público, ao advogado do assistente e ao defensor para que estes requeiram, caso o desejem, a produção de prova suplementar que tenham a intenção de apresentar, durante o debate, sobre as questões controversas. A este momento se segue, sob

directa orientação do Juiz, e sem especiais formalidades, a produção da prova, podendo ele, se assim o entender, formular directamente as perguntas que lhe pareçam pertinentes para a realização dos fins do debate.

Importa sublinhar, entretanto, que é da exclusiva competência do juiz inquirir as testemunhas, o arguido, o assistente, os peritos e os consultores técnicos. Apenas com a sua autorização poderão os advogados do assistente e o defensor, bem como o próprio magistrado do ministério público, proceder à sua inquirição. Seguem-se as alegações finais dos sujeitos processuais e, consignadas estas, a declaração, pelo juiz, de encerramento do debate. Uma vez encerrado o debate instrutório, cabe ao juiz proferir o despacho de pronúncia ou não pronúncia, imediatamente lido, se o caso for relativamente simples ou, quando o caso for mais complexo, proferido e lido no prazo de cinco dias.

No que concerne à audiência de julgamento detenhamo-nos numa breve análise ao disposto no Artº 321º e sgs. do Código de Processo Penal. O modelo de audiência contido no presente Código é, como no-lo observa Maia Gonçalves, «*um modelo de composição do sistema acusatório pelo princípio da investigação objectiva e imparcial por parte do juiz*» (Gonçalves, 1990: 445).

A primeira referência contida no nº 1 do Artº 321º e, por sinal de tomo, diz respeito à consagração do princípio de publicidade da audiência, isto é, que a audiência de julgamento é pública, não obstante o juiz poder decidir-se pela exclusão ou pela restrição dessa mesma publicidade. Trata-se de um princípio constitucional, igualmente consagrado na Lei Orgânica dos Tribunais Judiciais.

Segundo Maia Gonçalves, a publicidade das audiências de julgamento significa não apenas que os locais onde se realizam devem estar abertos ao público mas igualmente que, ressalva feita para as restrições que o texto constitucional e a lei ordinária permitem, as audiências podem ser relatadas publicamente, mesmo pelos órgãos de comunicação social.

O que se disse marca por si só a distância a que se situa a publicidade aqui enunciada da publicidade dos espectáculos de dor que Michel Foucault pictoriza magistralmente logo no início da sua obra «*Surveiller et Punir*». Verdadeiramente público era apenas o espectáculo da dor. Toda a organização das provas era conduzida em segredo e num dispositivo inquisitorial, não havendo lugar ao princípio do contraditório. Habermas lembra-nos que esse foi o tempo em que o poder se apropriara do espaço público de exercício da razão, para nele ostentar o seu brilho e reforçar o seu discurso como comando.

A publicidade de que se refere o Artº 321º do CPP não é a publicidade relativa ao livre e público exercício da razão. Trata-se, de facto, de um espaço institucional, não tão livre mas necessário a um ponderado exercício da razão. Possivelmente, essa circunstância, mais do que limitativa, ela poderá ser legitimadora do exercício pleno da razão e da lei, não num quadro de apoditicidade pura de uma racionalidade estrita, mas num plano flexível e harmonioso que

conjugue o labor da razão e os valores da segurança jurídica, por um lado, e os valores da equidade e da razoabilidade das medidas, por outro, numa função, então sim, ortopédica dos indivíduos e da sociedade.

Refiramos ainda que a realização da audiência está ainda subordinada aos seguintes princípios: da contraditoriedade, instrumento que é garante dos direitos fundamentais e da igualdade de tratamento para a acusação e para a defesa; da concentração, que visa garantir a celeridade e eficácia da justiça penal; da continuidade, que visa obstar, na medida do possível às interrupções e adiamentos das audiências, tendo em vista o intuito mais geral da celeridade processual; da oralidade, em razão do qual as partes devem expor, nas alegações orais, as conclusões, de facto e de direito, que tenham obtido da prova "ouvida" no decurso do julgamento; o princípio da imediação, segundo o qual são ineficazes os depoimentos indirectos e, finalmente, o princípio da investigação, também designado por princípio da verdade material, em função do qual, o tribunal deve proceder oficiosamente à produção de prova necessária à descoberta da verdade no decurso da audiência, não se limitando aos meios de prova apresentados em devido tempo pelas partes (Cfr.Gonçalves, 1990: 224, 445, 446, 452 e 465).

No que respeita aos sujeitos processuais, mantêm-se na audiência de julgamento, em linhas gerais, os lugares de relação e as designações já acima mencionadas para o debate instrutório. Refira-se, contudo, no caso presente a direcção dos trabalhos e a disciplina da audiência competem ao Juiz presidente, cujos poderes e atribuições são, fundamentalmente, os enunciados nos Artºs 322º e 323º do C.P.P., com elucidações supervenientes dos Artºs 326º, que respeita à atenção e medidas a tomar sobre a conduta dos advogados, 330º e 331º que se referem ao sancionamento e consequências das faltas do Ministério Público, assistente, defensor, testemunhas, peritos e demais intervenientes e, por último, merece ainda referência o Artº 333º, que respeita à injustificada não comparência do arguido.

Para a economia do nosso trabalho importa ainda referir que a audiência de julgamento pode ocorrer, para a forma de processo comum, isto é, para «*a forma geral e habitual das regras da tramitação na perseguição judicial do crime e seus agentes*» (Pinho, pp. 22), perante o Tribunal Colectivo, o Tribunal de Júri ou perante o Tribunal Singular. Para as formas de processo especial, em que tem lugar a realização de um julgamento Sumário ou Sumaríssimo, é competente o Tribunal Singular.

### 3.5.2 - Natureza dos Acordos Prévios

A argumentação jurídica, também por nós designada por lógica jurídica, não pode exercer-se na ignorância ostensiva das reacções do auditório a que se dirige, como teria legitimidade de fazer se se tratasse de uma lógica formal. Tenhamos presente que a linguagem

lógico-formal é apenas uma adapção e uma regularização de uma parte da linguagem natural, como diz Perelman, adequada aos fins perseguidos pelos lógicos, pelos matemáticos e pelos sábios que utilizam tais modelos nas suas investigações. A lógica jurídica não pode, por isso, restringir o seu campo ao do uso estrito do formalismo lógico.

Por outro lado, os esforços que se façam de trabalhar a linguagem natural, fazendo uso de conceitos e fórmulas cujo sentido se aproxime o mais possível da univocidade e, assim, procure alijar-se de conotações incómodas que relevam mais da moral que da ciência jurídica, não devem enjeitar as funções múltiplas da linguagem comum, qual vasto arsenal, como diz Perelman, «*dans lequel il choisira les moyens qui lui semblent les plus favorables à sa thèse*» (Perelman, 1979: 119).

Como qualquer forma de argumentação prática geral, a argumentação jurídica não pode deixar de partir da linguagem comum, sem o que não pode haver argumentação, nem das teses às quais o seu hipercrítico auditório dá a sua adesão. Negligenciando esta condição de prévia adesão do auditório às teses de que partimos, arriscamo-nos a cometer uma petição de princípio. E, lembra-nos o nosso autor, uma petição de princípio não é um erro de natureza lógico-formal que contenda com a verdade, mas um erro de argumentação, e, nessa medida, diz simplesmente respeito à ausência de acordo entre orador e auditório sobre as teses de partida.

É neste sentido que, *a contrario*, também não dizemos que o princípio da identidade é um sofisma, ao afirmar que uma proposição se implica a ela mesma, na justa medida em que o problema que se coloca no princípio de identidade é um problema de verdade e não relativo à adesão a teses (Cfr. Perelman, 1979: 116).

Em termos muito gerais, no espaço da argumentação jurídica, e muito particularmente da argumentação que é produzida no espaço estruturado e institucionalizado dos tribunais, a condição prévia que torna possível a adesão do auditório judicial é, em primeira linha, a sua conformação a um corpo de doutrina preconstituído pela ciência jurídica e ao ordenamento jurídico vigente. Neste sentido é que dizemos que a argumentação em espaço de discussão teórica, como ocorre designadamente nos debates em Ciência Jurídica, é mais livre, porque menos condicionada por constrições processuais. No entanto, mesmo aí onde se faz ciência e se produzem inovações, não se argumenta a partir do grau zero. Estamos perante uma dimensão dialógica do saber e da linguagem que nos liga numa trama de acordos que tomam possíveis as próprias rupturas nos discursos constituídos.

Sob este pano de fundo, de conformação à ciência jurídica e ao ordenamento jurídico vigente, se organiza a argumentação produzida quer nos debates instrutórios, quer em audiências de julgamento. De seguida consideraremos, no entanto, algumas formas de acordos, prévios ao debate judiciário, que em nossa opinião condensam aquele princípio geral de conformação.

Referimo-nos em primeiro lugar aos acordos sobre factos, verdades e presunções, que ligam a argumentação ao real e, nessa medida, fundamentam, segundo Perelman e Tyteca, a

pretensão de validade para um auditório universal. Há que considerar, em segundo lugar, os valores, hierarquias e lugares ou «Topoi» jurídicos, que são relativos, não ao real mas ao preferível, onde as nossas escolhas não são de forma alguma determinadas pela busca de conformidade com uma realidade pré-existente, mas de conformidade com determinado ponto de vista de um auditório particular.

Sucintamente, apenas para clarificar este último conceito, importa que se diga, desde já, que não é o número de ouvintes que determina que um auditório seja universal ou particular, como se verá melhor em 5.5.3, quando analisarmos a questão da universalidade do debate judiciário. Oportunamente, também, daremos adequada expressão à noção de «*topoi jurídicos*» e referir-nos-emos à sua posição e função no quadro da argumentação utilizada no debate judiciário.

Lembremos o que foi dito em momento anterior deste trabalho sobre a diferença entre convencer e persuadir. Ao acto de convencer liga-se um fundamento de racionalidade, ao de persuadir, um elemento de natureza emocional. No entanto o seu uso quotidiano mostra-nos um jogo feito de simulação e imbricação entre ambos os conceitos. Assim, é de supor que quando em sede de julgamento ou de debate instrutório se argumenta sobre factos ou verdades, os valores, as hierarquias e os «*topoi jurídicos*» não andem longe no desempenho da sua função persuasiva. Não se concebe, por outro lado, que na mesma sede, se faça uso de valores sem qualquer referência ao real jurídico dos factos, verdades e presunções.

No «*Traité de L'Argumentation - Nouvelle Rhétorique*», Perelman e Tyteca definem «facto» do seguinte modo: «*dans l'argumentation, la notion de «fait» est caractérisée uniquement par l'idée que l'on a d'un certain genre d'accords au sujet de certaines données, celles qui se réfèrent à une réalité objective et qui designeraient, en dernière analyse, pour citer H.Poincaré ce qui est commun à plusieurs êtres pensants et pourrait être commun à tous*» (Perelman e Tyteca, 1983: 89). E, na medida em que aquela definição remete para a noção, central na teoria da argumentação de Perelman, de Auditório Universal, a elucidação mesma da noção de *facto* terá de ser completada com a de *auditório universal*. Neste sentido, «*facto*» será aquilo que caracteriza ou força a adesão do auditório universal. Um facto é algo que, por ser objecto de acordo do auditório universal, não necessita de reforçar a adesão deste a seu respeito, particularmente no que concerne à intensidade e generalização. Neste preciso sentido, sustentam os nossos autores, os factos são subtraídos, pelo menos provisoriamente, à argumentação.

No quadro da teoria da argumentação de Perelman, estamos perante um facto quando a seu respeito podemos estabelecer um acordo universal não controverso. Daí que, em sede de debate judiciário, a preocupação do defensor seja, em primeira linha, impedir o estabelecimento de tal acordo em relação aos factos indiciados, pugnando para o que o seu estabelecimento contenha franjas de indecidibilidade e de não conformação com o real admitido pelo auditório e, dessa forma se possa gerar a controvérsia a seu propósito. Num tal contexto argumentativo, os factos têm que suportar, como refere Perelman, a concorrência de factos supostos, admitidos, possíveis

ou prováveis. Mas apenas a sua conformação às estruturas do real admitidas pelo auditório, pode constituir critério legitimador da sua natureza de facto.

Verdades, para Perelman e Tyteca, são «*systemes plus complexes, relatifs à des liaisons entre des faits, qu'il s'agisse de théories scientifiques ou de conceptions philosophiques ou religieuses transcendent l'expérience*» (Perelman e Tyteca, 1983: 92).

A argumentação recorre indistintamente a factos ou a verdades para se consolidar. Em termos filosóficos o problema das relações entre factos e verdades subsiste, porque tais relações caracterizam, segundo o nosso autor, concepções de auditórios diferentes: «*Pour les uns le fait s'oppose à la vérité théorique comme le contingent au nécessaire, pour d'autres comme le réel au schématique; on peut aussi concevoir leur rapport de telle façon que l'énoncé d'un fait soit une vérité et que toute vérité énonce un fait*» (Perelman e Tyteca, 1983: 92).

Como referem Perelman e Tyteca, não há auditório que não admita presunções, de par com os factos e as verdades. As presunções, pelo seu lado, podem, de facto, obter, como aqueles, o reconhecimento de um auditório universal, só que, para tanto, têm necessidade do contributo de outros elementos para reforçar os laços de adesão ao auditório. Não obstante esta aparente fragilidade, elas são frequentemente admitidas, sem mais, como ponto de partida das argumentações.

Perelman e Tyteca, referem entre as presunções de uso corrente, a presunção de que a qualidade de um acto manifesta a da pessoa que o fez; a presunção de credulidade natural, que caracteriza o movimento de acolher espontaneamente como verdadeiro o que nos dizem; a presunção de interesse, em que é suposto que todo o enunciado que nos chega ao conhecimento nos interessa; a presunção de que toda a acção humana é sensata. Em cada um destes casos, como no-lo fazem notar aqueles autores, se verifica uma ligação ao verosímil e ao normal.

A presunção de normalidade é, possivelmente, a de uso mais abrangente, de tal sorte que o próprio elo entre as presunções e o normal constituirá uma forma de presunção geral, admitida por todos os auditórios: «*On presume, jusqu'à preuve du contraire, que le normal est ce qui se produira, ou s'est produit, ou plutôt que le normal est une base sur laquelle nous pouvons tabler dans nos raisonnements*» (Perelman e Tyteca, 1983: 95), ou como refere ainda Perelman em «L'Empire Rhétorique», as próprias presunções são fundadas sobre a ideia de que é o normal que se produz (Perelman, 1977: 39). No entanto, e os nossos autores sublinham-no bem, convém não esquecer que a noção de normal está usualmente dependente do grupo de referência, o que é dizer, da categoria total em consideração à qual ela se estabelece.

A este propósito, Perelman faz-nos observar que as variações de grupo de referência fazem parte das estratégias da argumentação judiciária. Assim é que, «*l'ancienne opposition entre l'argumentation par les motifs du crime et par la conduite de l'accusé correspond à deux groupes de référence différents: le premier plus large, le deuxième plus spécifique, c'est-à-dire que, dans le second cas, on tire les présomptions de ce qui est normal pour des hommes qui se sont, toute leur vie, conduits comme l'accusé*» (Perelman e Tyteca, 1983: 97).

Cabe particularmente aos advogados favorecer a modificação do grupo de referência, em função de a sua estratégia ser a de acusar ou defender, particularmente através do fornecimento adicional de informações. Tal será o caso em que o defensor invoca as circunstâncias atenuantes, sugerindo, por essa via, a mudança de grupo de referência, já que, como no-lo observam Perelman e Tyteca, o comportamento presumido, isto é, o que vai funcionar como critério para julgamento do acusado, será, a partir daí, o comportamento normal deste novo grupo de referência. Daí que, por vezes, se sinta a necessidade de estabelecer, através de um novo acordo, um critério de designação do grupo de referência, para além do que eventualmente já exista quanto à presunção de normalidade. O próprio uso argumentativo de certas noções jurídicas, v.g. a de «negligência», supõe, como no-lo mostra o Tratado de Argumentação, um ou vários grupos de referência que determinam, embora não explicitamente, o normal.

Observa Perelman que um dos efeitos mais imediatos de uma presunção é o de impôr o onus da prova àquele que quer opor-se à sua aplicação. No campo argumentativo definido pelo debate judiciário, a situação em presença obriga, necessariamente, a um maior dispêndio e esforço argumentativos da parte oponente à presunção estabelecida.

Em direito teremos de considerar, mesmo que sucintamente, dois grandes grupos de presunções: as presunções do homem, que no raciocínio judiciário podem ser tanto ponto de partida como de chegada, e que se prendem, numa relação de reforço, à consciência do juiz, em vista do estabelecimento da íntima convicção que deve presidir à sua decisão; pelo seu lado, as presunções legais, são «*établies par la loi ou la jurisprudence, qu'elles admettent la preuve contraire (présomptions juris tantum) ou qu'elles soient irréfragables (présomptions juris et de jure), fournissent d'excellents exemples de thèses sur lesquelles on peut fonder un raisonnement juridique, car en tous cas, elles dispensent de toute preuve ceux auxquelles elles profitent*» (Perelman, 1977: 39).

Como no-lo lembra Perelman em «Logique Juridique-Nouvelle Rhétorique», a instituição de tais presunções tem quase sempre que ver e justifica-se essencialmente por preocupações de segurança jurídica. No entanto, se a favor de uma das partes se estabelece uma presunção legal, atribui-se-lhe, correlativamente, uma vantagem decisiva, que tem em conta outras considerações e valores que não são, em primeira linha, os da verdade objectiva e os da segurança jurídica. Estão neste caso, as presunções de inocência, que protege a pessoa contra o abuso de poder e a calúnia; a presunção de paternidade que protege a criança concebida no quadro temporal configurado pelo casamento e, finalmente, é igualmente o caso da presunção de legalidade da coisa julgada, que facilita o exercício da função pública.

Finalizamos estas considerações sublinhando que existirá sempre um salto qualitativo entre a conduta presumida de um indivíduo e a conduta real, pelo que será sempre estranho, de alguma forma, raciocinar sobre factos presumidos da mesma maneira que sobre os factos que são objecto de verificação.

O Código de Processo Penal disponibiliza-nos elementos bastantes para que possamos, de alguma forma, tornar mais precisa a nossa compreensão acerca da natureza dos acordos prévios no nosso ordenamento jurídico.

O Artº 281º, relativo à suspensão provisória do processo, estabelecerá em termos muito concretos, do nosso ponto de vista, um princípio de oportunidade, que vem introduzir uma ruptura no caminho da prova e do processo e, desse modo também, contra o princípio da legalidade. Tanto quanto nos parece, também os Artºs 344º, relativo à confissão integral e sem reserva, o 384º, relativo ao arquivamento ou suspensão do processo, em processo sumário, o 395º, relativo ao arquivamento ou suspensão do processo, em processo sumaríssimo, remetendo estes, no essencial, para o disposto nos Artºs 280º e 282º, constituem, eventualmente, instrumentos de reforço do princípio da oportunidade.

Talvez que então possa fazer sentido dizer-se que o Código de Processo terá absorvido, de forma larvar e naturalmente discreta, um modelo, já em marcha mais avançada em outros ordenamentos jurídicos, de contratualização da justiça. Dissemos discreta, porque efectivamente o princípio de oportunidade tem um campo de aplicação diminuto, quase exclusivamente para as formas de processo especial (sumário e sumaríssimo) e, no que respeita aos crimes de processo comum, abrange casos muito particulares de entre os casos em que a moldura penal não ultrapassa o tecto de 3 anos de prisão.

Independendo das estratégias de poder e de controlo de que fala Boaventura Sousa Santos e que poderão ter presidido, em termos de política global, ao que ele designa por «informalização da justiça», procurar-se-á, possivelmente de forma mais consciente e imediata, um alijar do fardo pesado de um sistema de justiça, manietado pela burocracia e pelas bagatelas penais.

É de presumir, contudo, que casos de natureza jurídico-política de projecção mundial, como foi o caso da prisão e julgamento do General Noriega, se constituam como precedentes judiciais do direito dos países, à escala planetária, e, desse modo a contratualização possa escandalosamente pôr em causa o princípio da legalidade e da segurança jurídica. De todo o modo, os problemas levantados a esta escala, como também é o caso da constituição de um direito supra-nacional, ditado pelos grandes grupos económicos, de que nos fala Boaventura, poderão merecer ajustada ponderação dos homens da Ciência Jurídica, com vista a que não aconteça, em face da nossa colectiva inconsciência, gerar um buraco no ozono do nosso ordenamento jurídico.

No que respeita ao problema muito mais diminuto, em termos de escala, que temos em mãos, importará ainda inflectir sobre o disposto no já referido Artº 281º para, em termos finais, tentarmos surpreender no arranjo interno do normativo, as noções de verdade, facto e presunção, ali implícitas, e que possamos eventualmente integrar, dando profundidade foveal à nossa visão periférica sobre o vasto campo dos acordos prévios ao debate judiciário.

Diz o Artº 281º: «Se o crime for punível com pena de prisão não superior a três anos ou com sanção diferente da prisão, pode o Ministério Público decidir-se, com a concordância do juiz de instrução, pela suspensão do processo, mediante a imposição ao arguido de injunções e regras de conduta, se se verificarem os seguintes pressupostos: (...)»

O termo «pode», contido no corpo do artigo, cumpre, no plano linguístico, a ruptura que o princípio da oportunidade recorta no princípio da legalidade. Em termos globais, ao propor uma interrupção na marcha do processo, consubstancia, do nosso ponto de vista, uma forma de verdade doutrinária, em função da qual se estabelece um acordo que inibe a processação da marcha normal dos processos. Dizemos «normal» no sentido de uso que faz deste termo correlato de «tendencial» ou «dominante».

As alíneas a) e b) que referem, a necessidade de «concordância do arguido e do assistente» e a «ausência de antecedentes policiais e criminais», respectivamente, poder-se-ão classificar, do nosso ponto de vista, tanto como factos como verdades, consoante as consideremos autonomamente ou como integrando o sistema de normas.

A alínea d) que refere, como condição de aplicação do normativo, o «carácter diminuto da culpa», estabelece, muito claramente uma presunção, na medida em que a ponderação recai, não sobre um facto verificável, mas sobre um estado de espírito indeterminado, que se presume, mas não se pode aferir. O mesmo se dirá do disposto na alínea e), onde é condição de aplicação o «ser de prever que o cumprimento das injunções e regras de conduta responda suficientemente às exigências de prevenção que no caso se façam sentir». Neste caso, parece-nos que o fundamento da presunção é duplamente convergente: presume-se que se possa prever, e presume-se uma circunstância não verificável de que «o cumprimento das injunções....responda» e, mais ainda, «suficientemente», às exigências de prevenção que no caso se façam sentir.

Se tivermos em conta que com as incumbências de ponderar com razoabilidade, sobre o comportamento pretérito e futuro e sobre a culpabilidade presumidos do arguido, é deixado ao magistrado, como instrumento de acção, um texto normativo não unívoco, então compreendemos, em primeiro lugar a dificuldade prática de aplicar, como dispositivo único, o silogismo jurídico e, em segundo lugar, a função equilibradora e complementar da lei, que é deixada aos magistrados do Ministério Público e Judicial, cremos que deliberadamente, pelo legislador.

### 3.5.3 - Da universalidade do Auditório Judiciário

O conceito de Auditório Universal é um conceito central na teoria da argumentação de Perelman. Em todos os desenvolvimentos que fizemos até ao momento, ele apareceu-nos sempre como um conceito giratório e de articulação. Será mesmo, de alguma forma, um conceito de legitimação de toda a racionalidade e razoabilidade que perpassam os diversos modos de argumentar no âmbito da aplicação de normas abstractas a casos concretos e singulares.

Por razões que se prendem com a importância axial daquele conceito e com a necessidade metodológica de uma adequada sistematização, inflectimos sobre ele, agora com mais detalhe, em ordem a uma fundamentação subsequente da «Universalidade do Auditório Judiciário».

Na sua obra «L'Empire Rhétorique», Perelman dá-nos conta de que o auditório não é necessariamente constituído pelas pessoas que o orador interpela expressamente, acrescentando em momento ulterior «*il faut le concevoir comme l'ensemble de ceux sur lesquels l'orateur veut influencer par son argumentation*» (Perelman, 1977: 27).

Significa isto, à partida, que não nos referiremos necessariamente a uma universalidade numérica, quando falamos de auditório universal. Significa, mais ainda, do nosso ponto de vista, que a configuração deste mesmo auditório universal tem muito que ver com o que Austin designa por função perlocutória da linguagem.

Vejamos: o advogado que em audiência interpela uma testemunha sob a autorização do juiz, não é a ela testemunha que ele pretende convencer, mas ao juiz ou aos jurados. Será o caso quando ele, olhando-a de frente, lhe pergunta se, em função desta e daquela circunstâncias desfavoráveis, (v.g. ser de noite e haver intenso nevoeiro), continua convencida, apesar de tudo, e mantém com absoluta certeza, que reconhece no arguido a pessoa que a assaltara à mão armada. O mesmo efeito perlocutório ocorre, por exemplo, quando um deputado profere um violento repto sobre a dignidade e responsabilidade de se representar os interesses do povo, dirigindo-se expressamente ao presidente da Assembleia, mas com a intenção de mandar recado ao seu partido, ao país inteiro, ou a um deputado determinado da bancada concorrente.

Neste sentido, «o conjunto daqueles que o orador quer persuadir» é, como diz Perelman, muito variável, podendo ir do diálogo do orador consigo mesmo, de que falaremos no próximo capítulo, a propósito da formação da íntima convicção do juiz, até à humanidade inteira. O que define afinal a natureza universal do auditório construído pelo orador, é a configuração que ele forma no seu espírito do universo global das pessoas competentes e razoáveis cuja adesão ele espera, em função da racionalidade e razoabilidade que ele imprime ao seu discurso (Cfr. Perelman, 1977: 28).

Perelman e Tyteca colocam-nos de sobreaviso sobre o inconveniente que encerra argumentar-se unicamente em vista da adesão de um auditório particular. De facto, ao adaptarmo-nos estritamente aos pontos de vista dos nossos auditores, arriscamo-nos a vincular o nosso apoio a teses que poderão ser estranhas, ou mesmo opostas, às admitidas por outras pessoas que não fazem parte daquele auditório (Perelman e Tyteca, 1983: 40).

Na ausência daquele ou de outro critério adequado, que permita estabelecer e fundamentar a noção de «auditório universal», o problema parece insanável e cada auditório, por expressivo que seja, do ponto de vista numérico, não alija o risco que impende sobre o orador que se apegar a argumentos ou opiniões fracas de pessoas e grupos não especializados sobre determinado assunto, mesmo que obtenham deles a aprovação unânime.

Daf que, como primeiro elemento, adjuvante do almejado critério de universalidade, venha juntar-se, ao peso de uma unanimidade numérica, o valor contido na qualidade e competência daqueles que a manifestam.

A ilustração feita, a este propósito, por Perelman e Tyteca, é, por si só, bem elucidativa da maneira como realmente eles colocam o problema da universalidade de um auditório: *«Les philosophes prétendent toujours s'adresser à un pareil auditoire, non pas parce qu'ils espèrent obtenir le consentement effectif de tous les hommes(...) mais parce qu'ils croient que tous ceux qui comprendront leurs raisons ne pourront qu'adhérer à leurs conclusions. L'accord d'un auditoire universel n'est donc pas une question de fait, mais de droit»* (Perelman e Tyteca, 1983: 41).

É este entendimento que permite aos nossos autores sustentar, de certa forma como paradigma, a universalidade daquilo que é conforme a um facto objectivo, isto é, susceptível de constituir uma asserção verdadeira e, até mesmo, necessária, forçando a adesão daqueles que se guiam pelos dados da experiência e pela luz da razão.

Deste modo, reconheceremos como argumentação-padrão da que deve dirigir-se a um auditório universal, aquela que retira da evidência e da validade intemporal e absoluta das razões fornecidas a sua força constrangedora. Só que, nestes termos e a limite, a retórica eficaz para um auditório universal, seria, como no-lo observam Perelman e Tyteca, aquela que manejasse unicamente a prova lógica, isto é, que procedesse por inferências lógico-dedutivas.

Mas, como vimos desenvolvida e oportunamente, onde há evidência não há lugar à argumentação, porque não faz sentido procurar obter por persuasão o que ao próprio espírito se impõe de forma constringente. Daf a já referida pretensão dos racionalismos vários, designadamente do cartesiano, de eliminar a retórica da filosofia, em vista a uma reconstrução desta, tomando por modelo as ciências, sobre o lastro da apoditicidade.

Só que a impenetrável muralha das indestrutíveis evidências não resiste à questão simples, levantada por V. Pareto (Cfr. Perelman e Tyteca, 1983: 43) de como legitimar o consentimento universal invocado por uma evidência, se as mais das vezes esse consentimento não passa de uma generalização ilegítima de uma intuição particular ?

Perelman e Tyteca chegam, no Tratado da Argumentação, à seguinte formula: *«L'auditoire universel est constitué par chacun à partir de ce qu'il sait de ses semblables, de manière à transcender les quelques oppositions dont il a conscience. Ainsi chaque culture, chaque individu a sa propre conception de l'auditoire universel, et l'étude de ces variations serait fort instructive, car elle nous ferait connaître ce que les hommes ont considéré, au cours de l'histoire, comme réel, vrai et objectivement valable»* (Perelman e Tyteca, 1983: 43).

Robert Alexy considera ser este o ponto mais problemático da fundamentação perelmaniana de um «auditório universal», na medida em que alí se faz depender a sua composição da ideia dos indivíduos particulares e de diversas culturas. Por isso ele refere que *«as características*

*do auditório universal dependem de factos contingentes de tipo individual e social. Um auditório só é um auditório universal para quem o reconhece como tal. (...) Com isso fica fortemente limitado o papel normativo do auditório universal: é uma norma apenas para quem o aceita como norma» (Alexy, 1989: 162).*

Perelman e Tyteca não deixam de reconhecer, no entanto, que, em conformidade com este critério, se abre o caminho para a intolerância, para o monismo de perspectivas e para os processos de exclusão da comunidade, através da desqualificação dos «recalcitrantes», práticas que foram, segundo os nossos autores, de uso tão comum junto dos pensadores da idade média, como dos modernos.

Só que, como recurso que evitasse levar a extremos de uma exclusão generalizada, tanto em número como em valor dos proscritos, recorre-se nestas situações ao auditório de elite. Em presença daquele perigo *«on doit recourir à une autre argumentation, et opposer à l'auditoire universel un auditoire d'élite, doué de moyens de connaissance exceptionnels et infaillibles»* (Perelman e Tyteca, 1983: 44).

Acontece porém, com frequência, que o auditório de elite se não identifica com o auditório universal mas pretende marcar a sua diferença em relação ao comum dos homens, destacando-se por isso em termos de hierarquia, ou então, como é igualmente comum acontecer, que o auditório seja considerado como modelo. Neste sentido *«l'auditoire d'élite crée la norme pour tout le monde. Dans ce cas l'élite est avant-garde que tous suivront, et à laquelle ils se conformeront»* (Perelman e Tyteca, 1983: 44).

No entanto, sublinham Perelman e a sua colaboradora, só para quem lhe reconheça o papel de vanguarda e de modelo é que o auditório de elite encamará o «auditório universal». Além do mais, certos auditórios especializados podem funcionar, segundo os nossos autores, como auditórios universais, como é o caso do sábio que se dirige a um auditório de pessoas particularmente competentes, no quadro do um sistema científico, ou como acontece também quando se argumenta em termos morais, em que se espera que os auditores confirmem, reagindo, os juízos expressos.

Em face do exposto, poder-se-á entender, como eventualmente extensível à concepção de auditório universal em Perelman, a crítica de Jean-Paul Sartre à concepção de uma universalidade abstrata de ouvintes ou de leitores, gerada a partir da constatação de que um escritor, não obstante se dirigir nas suas obras à totalidade dos homens, apenas é lido por alguns. Terá sido, segundo Sartre, da clivagem entre «público ideal» e «público real» que nasceu a ideia de uma «universalidade abstrata», isto é, uma totalidade criada pela repetição num futuro indefinido do punhado de leitores que o têm no presente. Deste modo o reconhecimento do insucesso presente estaria na base da recorrência à infinitude do tempo. Por isso Sartre contrapõe à concepção de uma «universalidade abstrata» a de uma «universalidade concreta», composta pela totalidade dos homens que vivem numa sociedade dada (Cfr. Perelman e Tyteca, 1983: 45).

Com fino recorte crítico, observam os nossos autores, que *«cet auditoire universel de Sartre, c'est celui auquel il s'adresse pour exposer ses vues mêmes sur l'universalité abstraite et concrete»* (Perelman e Tyteca, 1983: 46).

Como corolário da abordagem desta problemática, no Tratado da Argumentação, em torno da constituição da noção de auditório universal, Perelman e Tyteca, fazem-nos notar que somos levados a pensar que, por exemplo, os auditórios particulares não são de todo independentes e que são auditórios concretos particulares quem pode fazer valer uma concepção que lhes é própria de auditório universal. Mas, *a contrario*, sustentam os nossos autores, *«c'est l'auditoire universel non défini qui est invoqué pour juger de la conception de l'auditoire universel propre à tel auditoire concret, pour examiner, à la fois, la manière dont il a été composé, quels sont les individus qui, suivant le critère adopté, en font partie et quelle est la légitimité de ce critère. On peut dire que les auditoires se jugent les uns les autres»* (Perelman e Tyteca, 1983: 46).

Pensamos que Perelman nos dá na quarta das suas «Cinco Lições Sobre a Justiça», denominada «Justica et Raison», elementos decisivos para a nossa compreensão do alcance e sentido precisos da noção de «Auditório Universal». De facto o nosso autor faz ali uma aproximação à distinção kantiana entre princípios subjectivos e princípios objectivos, adentro da noção mais geral de princípios práticos. Perelman leva a sua análise à «Crítica da Razão Prática», onde Kant posiciona esta distinção nos seguintes termos: *«Des principes pratiques sont des propositions renfermant une détermination générale de la volonté dont dépendent plusieurs règles pratiques. Ils sont subjectifs, c'est-à-dire des maximes lorsque la condition est considérée par le sujet comme valable seulement pour sa volonté; mais ils sont objectifs ou des lois pratiques quand cette condition est reconnue objective, c'est-à-dire valable pour la volonté de tout être raisonnable»* (Kant, «Crítica de la Raison Pratique», Vrin, Paris, 1944, pp. 20, Cfr. Perelman, 1968: 49).

Do nosso ponto de vista a distinção kantiana entre princípios subjectivos e princípios objectivos contém, se não o fundamento teórico, pelo menos uma homologia de relação com as distinções Perelmanianas entre, respectivamente, persuadir e convencer e entre Auditório Particular e Auditório Universal. É evidente, têmo-lo presente, a persuasão em Perelman não se confina ao domínio restrito do subjectivo. Em tempo oportuno fizemos referência à configuração de uma racionalidade prática, intermédia do ponto de vista do seu estatuto epistémico, entre a razão (considerada como faculdade essencialmente lógica) e a simples sugestão, domínio da emoção.

Segundo Perelman, o apelo à razão tem sido a característica do discurso filosófico, particularmente da filosofia clássica de paradigma cartesiano, para quem a razão é *«cette faculté de chaque être humain normal - qu'elle soit ou non considérée comme le reflet de la raison divine - qui lui permet de voir des évidences»* (Perelman, 1968: 53).

Seguindo o fio de pensamento do nosso autor, para aquela forma extremada de racionalismo, tais evidências, pelo facto de se imporem à razão de um, impor-se-ão, necessariamente, a todos os seres dotados de razão. E como esta faculdade, ajudada pela intuição, deve apropriar-se de verdades universalmente válidas, terá de ser a mesma em cada um, independentemente da personalidade, passado, formação ou meio social do indivíduo.

Como sabemos, a esta concepção de razão supra-individual e an-histórica, vieram opor-se as teses românticas. Perelman, pelo seu lado, posiciona-se a meio caminho das teses românticas e das teses da filosofia clássica, definindo a sua posição neste termos: «*Mais ma conception de la raison diffère de la conception classique. Je ne vise pas en elle une faculté opposée à d'autres facultés de l'homme; je la conçois comme un auditoire privilégié, l'auditoire universel. L'appel à la raison n'est qu'une tentative de convaincre par le discours les membres de cet auditoire, composé de ce que le sens commun appellerait des hommes raisonnables et informés*» (Perelman, 1968: 53).

Do que vimos dizendo, parece-nos irreprimível a aproximação entre a concepção perelmiana de um Auditório Universal e o imperativo categórico, enquanto lei fundamental da razão pura prática, que diz: age de tal maneira que a máxima da tua vontade possa ao mesmo tempo valer sempre como princípio de uma legislação universal.

De facto, poder-se-ia dizer ao orador que, pela sua argumentação, quizesse constituir o seu auditório como auditório universal: argumenta de tal maneira que as tuas razões possam ser válidas e persuasivas para todos os homens.

Do nosso ponto de vista, o conceito de auditório universal de Perelman contém um princípio de selecção próximo do seu próprio conceito de auditório de elite. Para configurarmos correctamente o seu ponto de vista, teríamos de acrescentar àquela reformulação do imperativo categórico a restrição seguinte: ...que as tuas razões possam convencer e persuadir a totalidade dos homens racionais, mas competentes sobre o assunto em apreço.

Em que termos poderemos então falar, em Perelman, da universalidade do auditório judiciário?

Pensamos que, também a este caso, se adequaria o uso da reformulação do imperativo categórico. Façamo-lo nos precisos termos com que Perelman o faz na sua referida quarta lição sobre a justiça: «*transposons l'impératif catégorique de Kant dans le langage judiciaire. On pourrait le formuler ainsi: Tu dois te comporter comme si tu étais un juge dont la ratio decidendi devait fournir un principe valable pour tous les hommes*» (Perelman, 1968: 49).

Em face do acima referido, estamos, naturalmente, em preseça de um critério sólido de constituição da universalidade do auditório judiciário. Só que, do nosso ponto de vista, a validade aqui referida não pode ser correlata directa da validade logico-formal, que Kant, na sua concepção positivista do direito não desdenharia subscrever.

Pela nossa parte faríamos apenas uma ligeira adaptação na máxima supra escrita: «Deves comportar-te como se foras um juiz cuja ratio decidendi deverá fornecer um princípio de validade e de razoabilidade para todos os homens».

Do nosso ponto de vista, a pretensão de universalidade do debate judiciário é consistente, já que firmemente alicerçada quer na pretensão de correcção dos sujeitos jurídicos a que fizemos referência em 5.1, quer na conformação ao ordenamento jurídico vigente dos actos que o integram, quer, sobretudo e para tornar exequível a reformulação do imperativo categórico acima descrita, na noção de um «Juiz justo», ou de um «árbitro ideal».

O primeiro define-o Perelman nestes termos: *«Un juge n'est pas un spectateur objectif et désintéressé, dont le jugement serait juste parce que, décrivant fidèlement ce qu'il voit, il se conformerait à une réalité extérieure donnée. En effet, il ne peut se contenter de laisser parler les faits eux-mêmes: il doit prendre position à leur égard. Le juge juste sera impartial: n'ayant partie liée avec aucun de ceux qui lui soumettent leur point de vue, il appliquera à tous les règles juridiques prescrites par le système de droit dont relèvent les justiciables. Le juge n'est pas un simple spectateur, car il a une mission, qui é de dire le droit: par ses décisions il doit faire respecter les normes de la communauté»* (Perelman, 1968: 47).

A noção de «juiz justo» precisa-a Perelman na sua 5ª lição sobre a justiça, onde define «árbitro ideal» como sendo aquele cujo sentido de equidade é guiado pelos mesmos valores, os mesmos princípios e os mesmos procedimentos que os das partes em litígio, de tal forma que a sua imparcialidade é, mais do que ausência de parcialidade, envolvimento activo em favor das normas e dos valores comuns (Cfr. Perelman, 1968: 48).

Perelman, como vimos anteriormente faz equivaler as noções de razão e de auditório universal. Se tivermos em conta que a argumentação logico-formal é o paradigma de argumentação que deveria convencer um auditório universal, e que a argumentação jurídica mantém afinidades tais com a lógica formal que levou a que Perelman a designasse também por «Lógica Jurídica», a consideração apenas da sua estrutura argumentativa bastariam para fundamentar a universalidade do debate judiciário. Só que para Perelman é mais subtil e lábil a realidade que se estabelece como critério de racionalidade e de constituição do auditório universal. Razão ou auditório universal são nomes diferentes da configuração formada, no espírito do orador, do universo das pessoas razoáveis e competentes.

Também por esta via, a da configuração pelos sujeitos da universalidade do auditório, se legitima a universalidade do auditório judiciário por uma dupla via: em primeiro lugar, pela pretensão de correcção e conformação ao ordenamento jurídico vigente, por parte dos sujeitos jurídicos, não obstante a natureza por vezes antagónica dos interesses em presença, como no-lo mostra Robert Alexy e, em segundo lugar, pela função protagonizada pelo juiz, nos termos da sua definição por Perelman.

Mais apaixonante se torna a análise desta questão, quando sabemos que a racionalidade que, nos termos definidos, lhe está cometida, tem matizes de pessoal comprometimento com a justiça e com os sujeitos que a ela recorrem.

A universalidade do auditório judiciário é uma universalidade enriquecida pela sedimentação de contributos que vão da própria racionalidade do ordenamento jurídico à racionalidade da motivação da sentença, passando pelo vasto campo da argumentação jurídica onde tem lugar a argumentação pelos precedentes, a quase-formal justificação interna, passando pelos argumentos de justificação externa que têm a alta função de carrear para o campo de produção da prova elementos de ponderação que humanizam a aplicação das normas.

Como último e decisivo sedimento, que dá a plasticidade final à racionalidade que caracteriza a universalidade do auditório judiciário, temos de considerar, por fim, o papel do juiz, cujo ministério lhe permite instaurar uma nova racionalidade que retroage e dá sentido aos actos processuais que o antecedem e, particularmente, ao uso pleno do princípio do contraditório.

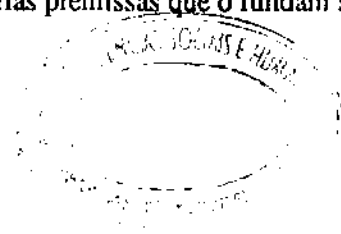
Pensamos que, efectivamente, de par com os interesses inerentes à segurança jurídica, se exige, cada vez mais, a salvaguarda dos valores da paz judiciária e da valoração da função positiva da Justiça. Para tanto se requer a adunção dos valores da razoabilidade, da equidade, da justiça obtida por referência a um senso comum jurídico, como diria Boaventura Sousa Santos, de par com o respeito pelos cânones de interpretação e das técnicas de subsunção e de aplicação do dispositivo jurídico.

#### 3.5.4 - Da Argumentação no Debate Judiciário

Todos temos presente que o silogismo jurídico, enquanto estrutura argumentativa, está no centro do vasto campo da argumentação judiciária. Temos contactado com eminentes magistrados cujo testemunho nos dá conta de que, no exercício do seu ministério de julgar, fazem uso estrito e exclusivo do silogismo jurídico.

Do que nos é dado observar relativamente ao uso do silogismo jurídico, a sua estrutura não é de todo coincidente com a dos raciocínios analíticos, próprios do silogismo lógico considerado stricto sensu. Tem mais a ver com o silogismo dialéctico que Aristóteles designa por entimema. Neste sentido operarmos, a partir daqui, o conveniente deslocamento que nos permite situar a aplicação das normas jurídicas, não no espaço das demonstrações formais, mas no das deliberações e controvérsias decorrentes do comércio de interesses conflitantes da vida humana em sociedade.

O entimema é uma forma imperfeita de silogismo, no sentido em que, como diz Aristóteles, nele se não enunciam todas as premissas, e se subentendem aquelas que são conhecidas ou aceites pelo auditório. Por outro lado as próprias premissas que o fundam são apenas verosímeis



ou plausíveis. Em todo o caso, quer consideremos o silogismo jurídico como demonstração constringente, de aplicação necessária, quer como silogismo dialéctico ou entimema, a prática jurídica terá feito confirmar a pertinência, coadjuvante da utilização do silogismo jurídico, dos argumentos que Perelman designa por «quase-lógicos», a simili, a fortiori, a contrario e distínguo, e, bem assim, se não dispensa, em qualquer quadrante teórico da ciência jurídica, a argumentação que invoca o uso de precedentes judiciais, em atenção aos quais se salvaguarda também a observância do princípio da segurança jurídica.

Como no-lo observa Perelman, há sempre um meio de transformar determinada argumentação num silogismo, acrescentando, designadamente, uma ou duas premissas suplementares. Mas pergunta-se o nosso autor: *«Qu'a-t-on gagné en transformant en un syllogisme, qui peut aboutir à une contradiction, une argumentation non-contrainante, mais qui permet de justifier une opinion plausible par des bonnes raisons, si ce n'est la satisfaction assez puérile de montrer qu'il y a moyen de ramener au même schéma syllogistique tous les arguments quels qu'ils soient?»* (Perelman, 1979: 3).

De facto, o que parece demonstrado pela própria tentativa de redução de uma argumentação qualquer a um esquema formalmente válido é apenas a sua insuficiência. Para além disso, como no-lo observa Perelman alguns passos depois do trecho citado, não é pelo facto de uma argumentação não ser uma demonstração formalmente correcta que ela é desprovida de valor.

Neste sentido, não podemos conceber a «lógica jurídica», como: *«a parte da lógica que examina do ponto de vista formal as operações intelectuais do jurista»*, termos precisos em que é definida por G. Kalinowski na sua «Introdução à Lógica Jurídica» e que não estão longe das cogitações de Ulrich Klug, para quem «argumentar» é sinónimo de «produzir inferências» (Cfr. Perelman, 1979: 3).

Ao invés de Kalinowski, que sustenta a existência de uma só lógica - a lógica formal, no seio da qual se inscrevem as operações intelectuais dos juristas, Perelman, como o mostrámos já em momento antecedente, situa a sua Teoria da Argumentação no prolongamento da lógica formal e, por sua vez, dentro desta Teoria da Argumentação, a «lógica jurídica», considerada como uma inflexão da Teoria Geral da Argumentação num campo específico de argumentação.

É de uma certa relação de parentesco com a lógica formal que a «lógica jurídica» retira um certo efeito de postura e de seriedade. Mas, do que se trata, não esqueçamos, é de um certo efeito de aparência, não de verdade lógica. Por isso, os raciocínios habituais dos juristas, designadamente a pari, a contrario, a fortiori, não podem, na perspectiva de Perelman, reduzir-se a estruturas formais que eles não são.

O jurista italiano G. Tarello, ao analisar a especificidade do raciocínio elaborou uma listagem de treze argumentos que permitem a interpretação das normas, em função da intenção do legislador, a saber: *a contrária*, *a simili* (ou analógico), *a fortiori*, *a completudine*, *a chérentia*, *psicológico*, *histórico*, *apagógico* (ou reductio ad absurdum), *teleológico*, *económico*, *ab exemplo*, *sistemático* e, finalmente, o argumento *naturalista* (Cfr. Perelman, 1979: 55).

Não cabe no âmbito do nosso trabalho caracterizar cada uma das citadas formas argumentos. Importará no entanto que se sublinhe, como o faz Perelman, que estes argumentos não relevam da lógica formal, na justa medida em que têm que ver com o conteúdo e não com a forma do raciocínio.

Subjacente à concepção perelmaniana que relativiza a consideração estrita de raciocínio jurídico, nesse sentido próxima, segundo o nosso ponto de vista, da posição de Robert Alexy que promove, como vimos, a sua inscrição na Argumentação Prática Geral, parece estar a constatação da falência, historicamente marcada pelo julgamento de Nuremberga, das concepções de uma justiça absoluta.

Para a economia da nossa reflexão sobre a natureza da argumentação no quadro do Debate Judiciário, importa responder, em primeiro lugar, a esta questão: As necessidades concretas, geradas pelo nosso ordenamento jurídico e importadas para o debate judiciário, consentirão que se restrinja o espaço argumentativo ao uso dos dispositivos de justificação interna, de que fala Robert Alexy, ou, para falarmos como Perelman, ao uso do silogismo jurídico e aos coadjuvantes argumentos quase-lógicos?

Quanto nos parece, as necessidades inerentes à satisfação plena do princípio do contraditório, consagrado entre nós, tal como a constante evocação nos textos legais de conceitos abstractos que ao juiz compete concretizar, através da sua ponderação das razões que marcam a singularidade de cada caso, configuram contextos que exigem a convergência de uma gama imensa de argumentos que completam a função dos «genuínos argumentos jurídicos», ocupados fundamentalmente com a subsunção e conformidade dos factos e das razões de direito com o ordenamento jurídico em vigor.

Quando se trata de interpretar as normas e de a elas subsumir as acções humanas concretas, já pela natureza das normas, já pela singularidade e grau de culpabilidade que entram em relação para uma ponderação justa, não bastam os mecanismos da estrita interpretação e de subsunção como base argumentativa.

É por demais evidente que a primeira e fundamental preocupação dos sujeitos jurídicos, designadamente dos advogados do assistente e defensor, e a fortiori, como se compreende, do magistrado do Ministério público, é mostrar que as soluções respectivamente propostas, em matéria de facto e de direito, são as que melhor se harmonizam e conformam com o ordenamento jurídico.

Muito dificilmente se argumenta, em sede de debate judiciário, contra a suposta «iniquidade» da norma, que, a fazer-se, decorrerá eventualmente como último recurso. É que, em termos práticos, é mais razoável procurar convencer o juiz de que uma dada estratégia e interesse particulares servem adequadamente os fins da segurança jurídica e os mais amplos interesses da justiça, do que sensibilizar em tempo útil o legislador para a alteração da norma.

Neste sentido, todos os sujeitos jurídicos se preocupam em mostrar que os resultados foram alcançados de forma escoreita, através dos dispositivos canónicos de inferência e que a solução proposta se harmoniza igualmente com os princípios gerais de direito, com a ciência jurídica e com os precedentes judiciários.

No âmbito do debate judiciário é frequentemente produzida argumentação que retira a sua eficácia, tal como os argumentos quase-lógicos o fazem em relação à lógica formal, do prestígio das ciências humanas, sendo frequente a adução de argumentos de natureza psicológica, sociológica, antropológica, como forma de sensibilizar o tribunal para eventuais causas de desculpabilização ou mesmo de exclusão de culpa.

Segundo Perelman, após a Segunda Guerra Mundial e, particularmente, após o Julgamento de Nuremberga, ter-se-á tomado cada vez mais frequente e assumido o recurso aos princípios gerais do direito, partilhados por todos os povos civilizados.

É de alto significado que tenha sido em 1945, na abertura solene do 1º de Setembro, que o procurador-geral W.J. Ganshof van der Meersch, citado por Chaim Perelman, tenha produzido a seguinte proclamação:

*«Les principes généraux du droit, qui sont «applicables même en l'absence d'un texte» (...) ne sont pas une création jurisprudentielle et ne sauraient se confondre avec de simples considérations d'équité. (...) le juge, en les appliquant ou en contrôlant l'application, ne se réfère pas à la constance dans l'application. Ils ont valeur de droit positif; leur autorité et leur force ne se rattachent pas à une source écrite; ils existent en dehors de la forme que leur donne le texte lorsque celui-ci s'y réfère; le juge les déclare; il en constate l'existence, ce qui permet de dire que la détermination des principes généraux du droit n'autorise pas une recherche scientifique libre. Ils se forment en dehors du juge mais, une fois formés, ils s'imposent à lui. Le juge est tenu d'en assurer le respect.»* (Cfr. Perelman, 1979: 75/76).

A partir desta proclamação e, possivelmente de outras que se lhe seguiram, a doutrina e a jurisprudência dos países foram assimilando, progressivamente, o apelo aos princípios gerais do direito.

Do nosso ponto de vista, os exemplos mais significativos de princípios gerais do direito, a que habitualmente se recorre em sede de debate judiciário (tomando como paradigma o processo comum), serão os seguintes: **princípio da acusação**, que, em sentido largo salvaguarda a imparcialidade, a objectividade e independência do juiz que julga, impondo o seu distanciamento dos actos de investigação e acusação (cfr. Figueiredo Dias); **princípio do contraditório** (direito da defesa), segundo o qual o processo reveste a forma de um debate ou discussão entre as partes (*audiatur et altera pars*), em que cada uma das partes é chamada a deduzir as suas razões (de facto e de direito) e a oferecer as suas provas, muito embora se admita a intervenção oportuna do juiz para suprir ou corrigir abusos das actividades dos pleiteadores (cfr. A. Anselmo de Castro); **princípio da celeridade processual**, que tem em vista a

organização rápida do processo, em vista a chegar-se rapidamente à sua conclusão natural (cfr.M.Andrade); **princípio da cooperação**, segundo o qual todas as pessoas, sejam ou não partes na causa, têm o dever de prestar a sua colaboração para a descoberta da verdade (cfr. Castro Mendes); **princípio dispositivo**, segundo ele o juiz só pode socorrer-se dos factos que as partes lhe hajam fornecido (cfr.J.A.Reis); **princípio da igualdade (jurídica)**, cujo sentido primário ou negativo consiste na proibição de privilégios e de discriminações (cfr. Jorge Miranda); **princípio da imediação e princípio da oralidade(\*)**, segundo os quais se devem reduzir ao mínimo número os fenómenos de transmissão de conhecimento, dado cada um deles envolver uma possibilidade de erro: do princípio da imediação resulta que as provas pessoais devem ser produzidas oralmente perante o juiz. Pelo princípio da oralidade se exige que a produção da prova decorra em sessão de actos praticados oralmente, portanto na audiência (cfr. Castro Mendes); **princípio inquisitório**, segundo o qual a vontade decisiva e relevante no processo é a do juiz (cfr. Castro Mendes), é o contraposto do princípio dispositivo (cfr.J.A.Reis e M.Andrade); **princípio da legalidade**, em função do qual nenhum órgão ou agente da administração pública tem a faculdade de praticar actos que possam contender com interesses alheios, senão em virtude de uma norma geral anterior (cfr. M. Caetano); **princípio da livre apreciação da prova**, segundo o qual o juiz deve basear a sua decisão numa íntima convicção livremente formada sobre o exame e avaliação dos motivos probatórios reunidos no processo (cfr. Castro Mendes) e, por último, designaríamos ainda o **princípio da publicidade**, em função do qual o processo deve ser conduzido e conservado de modo a permitir que qualquer pessoa - dotada de suficiente preparação intelectual - possa reconstituir intimamente o juízo (processo cognitivo) que levou à decisão (cfr. Castro Mendes) (Cfr. Franco, 1988).

No decurso do debate judiciário, sempre que se está em presença de um conflito de normas ou se pretende a restrição do seu campo de aplicação, ou mesmo quando se pretende o fundamento de normas que não podem deduzir-se da lei, como pensamos ser o caso da aplicação dos princípios gerais do direito, é oportuno o uso de quaisquer dos treze argumentos de que fala G. Tarello, e dos cânones de interpretação de que fala Robert Alexy e de que tratámos com algum detalhe em 3.4.1, a saber: os argumentos semânticos, genéticos, históricos, comparativos (entre estados de coisas ocorridos em sociedades diversas), sistemáticos e teleológicos.

---

(\*) Segundo Reis, 1927: XI, "A história das reformas processuais no sec. XIX resume-se, escreve Chioevenda, no predomínio progressivo do processo oral sobre o processo escrito". Acrescente mais adiante este autor: "o processo oral ganhou terreno, dia a dia, na segunda metade do século XIX. Oral é o processo inglês; oral é o processo francês, embora a oralidade não tenha aí uma realização perfeita; oral é o processo germânico; oral é o processo austriaco e o processo húngaro; oral é o processo da maior parte dos cantões suíços; oral é o processo japonês ...".

Segundo Perelman, também a argumentação dogmática jurídica (que foi objecto da nossa análise em 3.4.2) deve tomar parte nas controvérsias, designadamente «*où des jugements de valeur opposés viennent à se heurter dans un cas d'espèce. Son rôle est de fournir des arguments qui permettront aux praticiens, et surtout aux juges, de choisir une position et de la motiver en droit*» (Perelman, 1979: 81).

Também no Debate Judiciário, particularmente em sede de audiência de julgamento, é frequente o recurso às «máximas de direito», também designadas «adágios» ou «brocardos», que H. de Page denomina por provérbios do direito. Estas fórmulas concisas que resultam da experiência e da tradição «*trouvent leur crédit dans leur ancienneté et dans leur forme lapidaire*» (Perelman, 1979: 86).

Ganshof van der Meersch, citado por Chaim Perelman, define-as ainda do seguinte modo: no que à forma diz respeito, são fórmulas brilhantes, concisas e impressionantes, geralmente em latim; quanto ao fundo, são verdades de ordem geral que não têm em conta as excepções e ignoram a evolução do direito. Por isso, sustenta aquele autor, muitas delas são incompletas, inexactas de uma maneira geral, chegando a ser mesmo contrárias à lei, elas são uma espécie de «doutrina anónima e imemorial» (como as designa o professor Carbonnier). Neste sentido, as máximas de direito são estranhas ao direito positivo (Cfr. Perelman, 1979: 86).

Estas máximas, para além de representarem pontos de vista que a tradição jurídica tem em conta, fornecem, na opinião de Perelman, argumentos que a nova metodologia jurídica não pode negligenciar na sua pretensão de tomar compatíveis a fidelidade ao sistema e a razoabilidade e aceitabilidade de uma decisão (Cfr. Perelman, 1979: 86).

Para encerrarmos a nossa reflexão sobre a argumentação, em sede de debate judiciário, importará, por último, referir o contributo dos «topoi» jurídicos, que são correlatos dos lugares específicos de que fala Aristóteles, por oposição aos lugares comuns utilizados na argumentação persuasiva em geral.

Aos lugares específicos do direito compete fundamentalmente fornecer razões «*permettant d'écarter des solutions non équitables ou déraisonnables, dans la mesure où celles-ci négligent des considerations que ces lieux permettent de synthétiser et qui s'intègrent dans une vision globale du droit comme ars aequi et boni*» (Perelman, 1979: 87).

Gerhard Struck reuniu o resultado das suas pesquisas sobre os lugares específicos do direito na sua obra «Topische Jurisprudenz», cujo sub-título encerra, na sugestiva denominação de «Argumento e Lugar Comum no Trabalho Jurídico» (Argument und Gemeinplatz in der juristischen Arbeit), a proposta de se considerar a tópica jurídica tanto como argumento, como ponto de vista, como no-lo faz notar Perelman.

Struck apresenta uma listagem de sessenta e quatro lugares cuja análise nos leva a concluir que se trata de argumentos existentes em todos os ramos do direito, onde emprestam ao raciocínio jurídico a sua verdadeira dimensão.

Perelman faz-nos notar que alguns deles veiculam princípios gerais do direito, outros máximas e adágios formulados em latim e outros, por fim, veiculam valores fundamentais que o direito tutela e põe em marcha.

Consideremos ilustrativamente alguns dos «topoi jurídicos» contidos na listagem elaborada por Struck, conservando, como boa referência o número de ordem da sua catalogação:

1. - Lex posterior derogat legi priori: Observa Perelman que este princípio está na base de uma das técnicas de abrogação implícita das regras de direito, segundo a qual se uma disposição normativa posterior se opõe a uma antecedente e foi emanada da mesma autoridade, ou de autoridade superior, então a norma posterior abroga a antiga.

Por si só a aplicação deste princípio gera dificuldades, designadamente quando o texto posterior é um texto constitucional, à luz do qual ainda não foi produzida lei de especialidade. Como observa Perelman, poder-se-á questionar se o novo texto constitucional abroga de pleno direito, ou não, as leis anteriores que se lhe opõem. A este propósito diz Perelman: «*De tels problèmes concernant la solution d'une antinomie, sont inconcevables en logique formelle ou dans les sciences: ils témoignent de la spécificité du raisonnement juridique et des controverses auxquelles il peut donner naissance*» (Perelman, 1979: 89).

7. - Et audiatur altera pars: Trata-se igualmente de um princípio geral, imprescindível à boa administração da justiça e que exprime, de forma clara, o princípio do direito de defesa. Determina, essencialmente, que é necessário ouvir a parte adversa.

9. - In dubio pro reo ou in dubio pro libertate: Em caso de dúvida, o tribunal decidirá em favor da liberdade do acusado. De facto, na ausência de disposições ou fundamentos claros que o limitem, o princípio da liberdade deve ser reconhecido. O princípio «In dubio pro reo» está na base da presunção de inocência.

19. - Casum sentit dominus: É o proprietário quem suporta o prejuízo que resulta do acaso. Como nos observa Perelman, a partir deste princípio se elaborou toda a jurisprudência e legislação sobre os acidentes de trabalho.

28. - Venire contra factum proprium: Não se pode atacar o que resulta do seu próprio feito. Em função desta regra, contida no Direito Administrativo, a administração obriga-se a conformar-se ao que ela própria instituiu: *patere legem quam ipse fecisti*.

Gerhard Struck enuncia, ao lado dos adágios latinos, outras regras em língua alemã:

10. - Einmal ist kein Mal: O que se produz uma só vez não conta. Trata-se de um adágio e não de um princípio geral do direito. Implica determinada tolerância, tanto nos assuntos de natureza criminal como civil.

40. - O direito não deve ceder ao que é violação do direito: Daqui decorre o princípio da legítima defesa.

44. - O necessário é permitido

50. - Ao impossível ninguém é agarrado

Segundo Perelman, estes dois princípios justificam os casos de força maior e o estado de necessidade. Como observa o nosso autor, esta necessidade e impossibilidade não são de natureza lógica, mas situações que derivam da natureza das coisas.

Ao lado dos adágios e princípios, dos quais demos anteriormente alguns exemplos, Struck formula ainda um certo número de «lugares jurídicos» que são pontos de vista: (13) a compensação; (20) a responsabilidade e a iniciativa; (26) a autonomia da vontade; (36) os standards ou critérios usuais; (57) a finalidade; (58) o interesse; (59) o interesse geral; (63) a segurança jurídica, etc.

Retenhamos, para finalizar, a seguinte expressão de Perelman: *«Le grand avantage des topiques juridiques consiste dans le fait que, au lieu d'opposer dogmatique et pratique, ils permettent d'élaborer une méthodologie juridique qui s'inspire de la pratique, et guident des raisonnements juridiques qui, au lieu d'opposer de droit à la raison et à la justice, s'efforceront, au contraire, de les concilier»* (Perelman, 1979: 96).

### 3.5.5 - Efeito de Presença e Auditório Judiciário

Sob este tema, cuja vastidão e riqueza temática sugerem a possibilidade de se prestar, só por si, a ser tema de uma tese, temos a intenção de focalizar, para economia da nossa, apenas alguns dos aspectos que designamos por "efeitos de presença" e que marcam e reforçam, decisivamente o discurso judiciário, particularmente em sede de julgamento.

Importará, até, levantar a muito legítima questão de saber de que forma os jogos de representação, para usarmos um conceito prévio e de sentido facilmente apreensível, não constituem eles, no âmbito do debate judiciário e em sede de audiência, um factor de perturbação à escorreita produção da prova e à sua subsequente apreciação pelo juiz.

Pensamos que, salvo muito pouco honrosas excepções, em que o fraco nível das intervenções possa fazer lembrar as grotescas representações medievais do riso, em termos muito gerais a boa preparação técnica e o sábio doseamento de efeitos introduzido pelo orador, podem favorecer a causa própria e a própria imagem e prestígio do tribunal.

Tenhamos presente, a este propósito, a noção de «procedimento» em sede de argumentação retórica. Tal como o culto da espontaneidade em arte procura promover a imagem de uma arte que é meio para fins sociais ou religiosos, tendo em vista mostrar que as técnicas do artista não constituem procedimentos, também a arte de persuadir será tanto mais consequente no seu propósito quanto se consiga mostrar espontânea e desprestenciosa.

O caso paradigmático desta distinção é, como sabemos, o da distinção perelmaniana entre figuras argumentativas e figuras de estilo. Dizem, a propósito, Perelman e a sua colaboradora

Tyteca: «*Nous considérerons une figure comme argumentative si, entraînant un changement de perspective, son emploi paraît normal par rapport à la nouvelle situation suggérée. Si, par contre, le discours n'entraîne pas l'adhésion de l'auditeur à cette forme argumentative, la figure sera perçue comme ornement, comme figure de style. Elle pourra susciter l'admiration, mais sur le plan esthétique, ou comme témoignage de l'originalité de l'orateur*» (Perelman e Tyteca, 1983: 229).

Desde a antiguidade greco-latina que os retóricos se aperceberam de que havia certos modos de expressão, se quizermos certos usos da linguagem, que não correspondiam ao seu uso ordinário. Porque o seu estudo passou a fazer parte dos compêndios de retórica, passaram a chamar-se figuras de retórica.

Lembremos que para Aristóteles o equilíbrio do discurso persuasivo assentava em três componentes fundamentais: *inventio*, *dispositio* e *elocutio*. Tal equilíbrio viria a perder-se a partir da Idade Média, quando se desfez o equilíbrio entre a tríade de géneros oratórios (deliberativo, judiciário e epidíctico) em razão do quase desaparecimento do género deliberativo, pela morte das instituições republicanas e, depois, do género epidíctico que, enquanto discurso relativo ao reforço dos valores e grandes circunstâncias da vida cívica, não encontrava também espaço público para o seu exercício.

O esvaziamento daqueles géneros oratórios, com o conseqüente divórcio dos grandes temas éticos e filosóficos, terá levado a que a retórica visse confinado o seu espaço ao uso das «*colores rhetorici*», isto é, à *elocutio*. Terá sido, aproximadamente, este o caminho do esvaziamento das figuras argumentativas, cujo valor utilitário fez delas apenas ornamentos do discurso.

Perelman e Tyteca sustentam que são necessárias duas características para que haja uma figura: que tenha uma estrutura discernível (uma forma), independente do conteúdo, e, por outro lado, um emprego que se afasta do modo de expressão normal, chamando por isso à atenção. Tenhamos por isso em atenção que apenas se estará perante uma figura quando se opera uma dissociação entre o uso normal de uma dada estrutura e o seu uso no discurso. Basta, para tanto, que o auditor faça uma distinção entre a forma e o fundo que lhe parece impor-se. Aliás a função argumentativa das figuras só aparece quando, percebida aquela distinção à partida, se abole posteriormente por efeito do próprio discurso (Cfr. Perelman e Tyteca, 1983: 227 e 228).

Perelman e Tyteca classificam as figuras argumentativas nos seguintes três grupos: as figuras da escolha (v.g. a interpretação audaciosa, a hesitação ou reprehensão e a correcção); as figuras da presença (v.g. onomatopéia, a repetição e anáfora, conduplicatio, adjectio, amplificação e congéria, sinonímia ou metábole, interpretatio, pseudo-discurso directo, a hipotipose, a enálage do tempo) e as figuras da comunhão (V.g. a alusão, a citação, a apóstrofe ou questão oratória, comunicação oratória, enálage da pessoa e enálage do número de pessoas). Mas Perelman e Tyteca fazem questão de nos alertar para que as designações de figuras de escolha, presença e comunhão, não pretendem designar géneros, de que certas figuras

tradicionais seriam as espécies. Trata-se, tão só, de organizar as figuras segundo o efeito ou um dos efeitos que elas exercem numa apresentação de dados: se o efeito de impor ou sugerir uma escolha, se o efeito de acrescentar a presença ou se, por fim, realizam a comunhão do orador com o auditório (Cfr. Perelman e Tyteca, 1983: 232 e 233).

Em sede de debate oratório, dependendo naturalmente da formação, estilo e inspiração dos oradores, poderão ser, eventualmente, usadas estas figuras para obter o efeito pretendido.

Para a consideração do que designámos por «efeito de presença no auditório judiciário», importa que nos atenhamos fundamentalmente, ainda que de forma breve, nas figuras de presença e um pouco também nas figuras de comunhão. Isto porque certas figuras cujo efeito mais marcante é o de aprofundar os laços afectivos entre o orador e o seu auditório, operam ainda o reforço do efeito de presença.

As figuras de presença, dizem os nossos autores, têm por efeito tornar presente à consciência o objecto do discurso (Cfr. Perelman, 1983: 235).

Pensamos que em sede de debate judiciário e muito particularmente em audiência de julgamento, estando efectivamente em jogo a plena produção da prova, em matéria de facto e de direito, de maneira a permitir ao juiz, jurados, ou ao colectivo, o estabelecimento de uma presunção final, é pertinente ponderar de que forma a produção do efeito de presença e de comunhão, orientada, não para a persuasão racional e produção da verdade material, mas para a comoção psicagógica, de que fala Aristóteles, serve ou não os fins últimos do direito e da justiça.

De entre as **figuras de presença** serão de uso mais frequente, em sede de debate judiciário, as seguintes:

O uso do pseudo-discurso directo, fórmula utilizada para dar a conhecer as intenções que se atribuem a alguém, ou para dar a conhecer o que se pensa ser a opinião de outrem sobre estas intenções. Como lembram os nossos autores, o pseudo-discurso directo pode ser apresentado como meio-pronunciado ou meio-pensado.

A hipotipose, figura em que expõe as coisas de maneira tal que os factos parecem desenrolar-se sob os nossos olhos; o efeito de presença é obtido pela substituição do tempo de narração no passado, pelo tempo presente: «*É então que ele sente o sono repousado da vítima, sua esposa, levanta-se, vai a cozinha e, na posse do instrumento do crime, regressa e consuma o plano longamente amadurecido*».

A gnálage do tempo, figura que promove a mudança de concordância das partes de uma oração ou dos seus acidentes, fazendo uso anti-sintático de um modo, tempo ou género, em correspondência com outro. Produz um efeito de presença muito forte, como resulta bem no exemplo dado no Tratado da Argumentação: «*se tu falas, morres*», sugere que a consequência se seguirá instantaneamente.

É de uso frequente a conjugação da enálage do tempo e a enálage da pessoa, circunstância em que se obtém um adicional efeito de comunhão com o auditório. É o caso quando o advogado assistente, olhando de frente uma digna jurada de idade aproximada da da vítima, exclama: «*está vossa excelência dormindo descansadamente, sem suspeitar dos perigos e sem poder esboçar qualquer gesto de defesa...*».

A ampliação é uma figura de presença de uso muito comum. Caracteriza-se por um desenvolvimento oratório do assunto, quase sempre perceptível por um certo exagero. Tal é o caso da congérie, ou figura de ampliação por enumeração das partes: «*A tua ambição cega-te, a cobiça não te deixa ouvir, a ganância não deixa que cheires o ar que nos fazes respirar e que tu próprio poluis...*».

Também a sinonímia ou metábole é frequentemente usada pra reforçar o efeito de presença, repetindo a mesma ideia, mas recorrendo a palavras sinónimas. Por vezes, como ilustra bem Perelman, este efeito tem a forma de uma correcção progressiva: «*vai, corre, voa...*». Uma expressão deste tipo poderá estar associada à presentificação de uma vontade fortemente determinada, se utilizada no relato de um evento e se caracteriza a personalidade do seu autor, quer para a consumação de um acto criminoso, ou para a realização de um acto heróico.

Para finalizar este excursivo ilustrativo do uso de algumas figuras de presença, importa referir ainda a apóstrofe ou questão oratória, que embora Perelman a defina como «figura de comunhão», vem frequentemente associada à produção de efeitos de presença. Tem a ver com a formulação de uma pergunta que não visa obter informação ou sequer acordo do auditório, mas quase sempre reforça a ligação com aquele, como fecho de um determinado sentimento de presença criado anteriormente. Estamos a lembrar-nos da célebre invectiva de Círcico contra Catilina, perante o senado, que tem expressão na célebre questão oratória: «*Quousque tandem abutere, Catilina, patientia nostra?*»

Tenhamos presente que o efeito pretendido sobre o auditório será tanto mais conseguido quanto o discurso não for percebido como procedimento. Nesta tarefa de alijar do debate uma eventual conotação com formas de procedimento, detectáveis, por exemplo, na insinceridade de quem fala, intervêm muito eficazmente as figuras de presença e de comunhão. As primeiras sublinhando a materialidade dos factos, a segunda criando a presunção de boa-fé ou de um «*ethos*» favorável para quem fala. Ambas, no entanto, ajudam a criar no auditório judiciário um «*pathos*» adequado à formação da presunção pretendida, designadamente, a de culpado ou não culpado.

Para a obtenção do «*pathos*» adequado ao que se pretende, é decisivo, de par com o uso articulado das figuras com a produção da prova, o uso de inflexões de voz apropriadas. Não é porque a indignação cresce que a voz há-de necessariamente crescer também em intensidade. Eventualmente, e só para ilustrarmos um determinado contexto, o advogado poderá contrapor ao crescendo da sua indignação, um abaixamento subtil da voz como que a mostrar o seu pudor em

referir tais factos. Eventualmente levantar-se-á vigorosamente o tom de voz para pedir firme e decididamente ao juiz, jurados ou colectivo, que cumpram a sua missão. As inflexões de voz são como que uma roupagem essencial e de circunstância, necessária para obter o redimento adequado das palavras expressas. Mostrar que a emoção não consente ao orador o articular mais palavras, pode servir, de forma excelente, para encobrir a ausência de argumentos, ou de coerência do próprio discurso.

Os elogios à parte adversa, de uso frequente, poderão indiciar que o que se vai dizer a seguir a molestará fortemente, sem que se diga, então, que o fazemos movidos por quaisquer preconceitos.

O exhibir a «túnica ensanguentada» não parece adequar-se ao sentimento narcísico contemporâneo. Poderá parecer de mau gosto e violentamente excessivo o seu efeito de presença. Talvez que um estudo sociológico da composição de determinados auditórios judiciais, e, bem assim, da composição de determinados juris, nos permitisse compreender porquê é que o seu uso é ainda de enorme eficácia em contextos determinados. Em face do duplo gume que aquela estratégia encerra, será prudente que, por exemplo, se faça o gesto de mostrar, mas não o fazendo por constrangimento. É da subtil tonalidade com que se envolve o uso das técnicas argumentativas que a verdade se veste.

Do ponto de vista da boa marcha do debate judicial, é pertinente integrar no complexo conjunto dos efeitos de presença a dignidade dos representantes da comunidade e a qualidade das salas que devem ser disponibilizadas para a realização, quer de "debates instrutórios", quer de "audiências de julgamento". A austera funcionalidade do espaço poderá ser signo de segurança e de dignidade do sistema jurídico, ajudando a criar o «ethos» adequado à boa marcha do debate. Em nossa opinião, tais signos encerram uma mensagem facilmente apreensível pelos intervenientes no debate, podendo, de forma eventualmente subliminar, o seu comportamento global.

## 4 - Posição e função do juiz

### 4.1 - Introdução

Importará talvez, para uma boa economia da reflexão que pretendemos levar a cabo neste capítulo, delinear, em escopo diacrónico, a trajectória definida pela posição e função dos magistrados judiciais no campo de aplicação do direito nas sociedades ocidentais.

Tomando nós como mais remotas referências ideológicas, instituintes da nossa tradição jurídica, quer a tradição talmúdica de aplicação de uma justiça objecto da vontade divina revelada, quer a tradição racionalista e universalista do direito romano, configuramos desde logo duas trajectórias opostas que atravessaram a história do direito dos países ocidentais. De facto, a tradição mais primitiva de uma justiça que procurava conformar-se escrupulosamente com as fórmulas sagradas, obtidas quer pela santificação de costumes ancestrais, quer por revelação de porta-vozes das divindades, após ceder o lugar ao fecundo espaço de racionalidade em que errompe o direito romano e que faz emergir, pela primeira vez na nossa tradição, uma concepção de um direito universal, virá de novo a sobrepor-se ao segundo em flamejante manifestação nas ordálias ou «julgamentos de Deus».

O estudo da prova judiciária dá-nos conta de que até 1215, data do concílio de Latrão, *«la preuve de faits, et parfois même la preuve de la justice de sa cause, était fournie par des ordalies, considérées comme le jugement de Dieu»* (Perelman, 1979: 26). Como no-lo faz notar Perelman, de par com aquela tradição dos «julgamentos de deus», coexistiu na baixa idade média uma outra tradição, de inspiração e consistência diferentes, segundo a qual a realidade dos factos contestados devia ser atestada por juramento de uma das partes, que se fazia acompanhar por um número variável de co-juradores, cuja presença e depoimentos não terão deixado, na opinião de Perelman, de influenciar o juiz.

Mas é a partir do século XIII que a confissão do acusado passa a constituir a prova que inspira mais confiança e a tortura o meio mais eficaz de a obter. No entanto, com a generalização dos métodos de tortura, ter-se-á generalizado igualmente a revolta contra os «espectáculos de dor». Como bem observa M. Foucault na sua obra magistral *«Surveiller et Punir»*, os ditos espectáculos, que tinham por função dissuadir as massas populares das práticas delituosas, através da medida excessiva das formas retributivas e do modo exemplar da sua representação, viriam a tornar-se, precisamente, no inverso daquilo que os seus mentores pretendiam.

De par com estes espectáculos de dor, cresce silenciosamente um profundo sentimento de revolta e de suspeita sobre o valor probatório da confissão assim obtida, e consolida-se um discurso que abre caminho à racionalidade moderna.

Os juristas reformadores do século XVIII vão encetar a sua cruzada contra estes métodos que, além de desumanos, não recobriam de forma contínua e conveniente o tecido geográfico e social, manifestando-se, por isso do ponto de vista da estratégia político-jurídica da burguesia nascente, como instrumento de controlo cabalmente inadequado aos seus objectivos. A livre e segura circulação de bens, requerida pelo poder da classe agora economicamente dominante, exigia um mais apertado controlo sobre as ilegalidades dos bens, deixando mais livre a malha de controlo sobre as ilegalidades dos direitos, em vista da facilitação do florescimento mercantil. A coexistência, até finais do século XVIII, dos suplícios do interrogatório, das Provas Legais e do sistema carcerário nascente, são bem o sintoma do difícil estertor do Antigo Regime e da precária condição em que errompe o sujeito e a nova racionalidade moderna.

Excluindo talvez a figura do pretor romano, na época de Cícero, que terá podido exercer com alguma autonomia e dignidade as suas funções de aplicar a justiça, para o que contava com a prestímosa colaboração dos «jurisconsultos», então a classe de homens mais respeitada, o lugar dos magistrados judiciais terá sido sempre, até à modernidade, um lugar precário de recitador de formulários. De facto, os juizes eram ultrapassados na função de aplicar o direito pela decisão e vontade divinas que os transcendia, como era o caso nas ordálias, ou pela previsão taxativa dos delitos e das penas no sistema das «provas legais», ou ainda pela subordinação a uma «justiça» que encarava cada delito como uma afronta à pessoa do soberano, pelo que os «espectáculos da dor» e seus intérpretes, o que é dizer, o acusado, os magistrados e o povo, concorriam apenas para o retocar da imagem e restabelecer do prestígio do soberano, abalado por cada delito, entendido como ofensa directa à sua pessoa.

No entanto, a crença num sistema de justiça racional, cuja luz tremeluzente de Cícero se reacendera entretanto com Pedro Abelardo, antes mesmo que o pensamento escolástico consolidasse a sua posição duradoira no quadro de pensamento do ocidente, foi crescendo. Em Abelardo encontramos já *«les prémices de cette science du juste, fournissant les principes d'une jurisprudence universelle, d'un droit naturel applicable dans tous les cas, qui se développera avec les progrès d'un rationalisme d'inspiration mathématique, et qui dominera les XVII et XVIII siècles, par excellence ceux du triomphe de la «raison» en Occident»* (Perelman, 1979: 10).

Mas a revolução racionalista se teve o mérito de laicizar em definitivo o Direito, e de definir com clareza o lugar e função do juiz no quadro de aplicação da justiça, condicionou, no entanto, o surgimento, já no século XIX, de uma nova racionalidade jurídica, diferente daquela que Aristóteles e Cícero haviam protagonizado, isto por força da oposição criada entre direito natural e direito positivo, acentuado no seu próprio desenvolvimento o triunfo do segundo sobre o primeiro.

Muito justamente, diz Chaim Perelman: *«Cette antithèse ne date que du XIX siècle car, auparavant, on n'avait pas envisagé que le fait de dire le droit e de rendre la justice ne fussent pas synonymes. Il est vrai que l'application pure et simple de la loi pouvait avoir des conséquences iniques, ou inacceptables, mais chacune des traditions dont est formée la civilisation de l'Occident avait su trouver une façon de se tirer de l'embarras»* (Perelman, 1990: 461).

Se parece certo que o lugar e funções do juiz na tradição jurídica ocidental terão sido, de uma maneira geral, muito precários, também não é menos verdade que as diversas correntes da filosofia do direito que enformam a nossa tradição cultural e jurídica terão acautelado sempre, até ao século XIX, a existência de procedimentos técnico-jurídicos que permitiam aos juizes julgar em direito e com justiça.

Já Aristóteles, no Livro V da sua «Ética a Nicómaco», tem em conta esta preocupação, propondo, para os casos em que a lei não se aplica por inteiro a uma situação nova, a adopção de um adequado correctivo para suprir a insuficiência ou natureza errónea da lei, originada pela natureza absoluta que lhe é própria, propondo designadamente: que se edite «o que o próprio legislador editaria se ele estivesse aí e o que ele teria prescrito na lei se ele tivesse tido conhecimento da questão», legitimando, deste modo, o preenchimento da lacuna presumida da lei através do recurso a um princípio de equidade e, como diz Perelman, colocando-se no lugar do legislador razoável(\*).

Também a tradição jurídica romana previa a possibilidade de uma intervenção correctora do aplicador da lei, em face da manifesta insuficiência da lei. Tal é o caso descrito ilustrativamente por Perelman, em que o pretor, verificando que a lei romana, pelo facto de não se aplicar a estrangeiros, não lhe permitia decidir de maneira equitativa, optou por promover a equiparação do estrangeiro a cidadão romano, através de uma ficção jurídica.

No que diz respeito ao direito talmúdico, a situação era, como refere Perelman, mais delicada. Isto porque, sendo a lei de origem divina e, por isso mesmo, supostamente perfeita, não consentia ao rabino qualquer iniciativa em vista da complementação da lei. Tal circunstância desencadeava, no entanto, um problema bem delicado. É que, segundo o direito talmúdico o juiz devia conformar a sua decisão à prova produzida por dois testemunhos concordantes. Na eventualidade de sobrevir no juiz a dúvida de que tais depoimentos não eram fidedignos, ele apenas tinha que abster-se de julgar, invocando as Escrituras: «*De palavra enganadora te afastarás*» (Êxodo, XXII, 7). Como refere Perelman, em tais circunstâncias, nenhum outro rabino aceitaria tomar o lugar do primeiro na condução do processo e, desse modo, «*on évitait l'iniquité, mais en commettant un déni de justice généralisé*» (Perelman, 1990: 462).

Bem diferente daquele era o entendimento da tradição cristã sobre esta matéria. Na ausência de justiça, diz St<sup>o</sup> Agostinho em «Cidade de Deus», não pode haver direito e acrescenta, na sua obra «Do Livre Arbitrio», «o que não é justo não parece ser nada uma lei». Muito próxima desta é a posição que S. Tomás sustenta na Suma Teológica: «*na medida em que uma lei humana se opõe ao direito natural, não é uma lei mas uma corrupção da lei*» (Cfr. Perelman, 1990: 462).

A concepção de um direito natural, não escrito, constitui ainda o pano de fundo do pensamento filosófico-jurídico dos juristas reformadores do século XVIII, como é manifesto em Hobbes e Portalis. Para Hobbes a lei civil e a lei natural não podem contradizer-se. Sendo a lei civil uma forma

---

(\*) (Aristóteles, «Éthique à Nicomaque», livre V, 113b, 19-24, trad. A.Gouthier et J.Y.Jolif, Louvain, 1958, cfr. Perelman, 1990: 461).

de concretização do direito natural, será injusto tudo o que violar uma ou outra lei. Pelo seu lado Portalis, um dos principais autores do Código de Napoleão, entenderá, que o juiz não tem que manifestar a sua própria opinião em matéria de justiça, devendo conformar-se, ora à lei positiva quando a mesma contenha solução para o problema em apreço, ora «*il devra faire retour à la loi naturelle quand, pour l'une ou l'autre raison, la loi positive s'avère insuffisante*» (Perelman, 1990: 463).

Com o triunfo da doutrina da separação dos poderes, opera-se uma relativização das leis que exclui, muito naturalmente, a consideração de uma jurisprudência universal. Mas, por paradoxal que pareça, a relatividade das leis, ora instaurada, veio a criar novo absoluto. A lei toma-se, com o triunfo da revolução francesa e com a decorrente ratificação das ideias de Hobbes, Montesquieu e Rousseau, expressão da soberania nacional.

Com a Escola da Exegese, a lei viria mesmo, a transformar-se em realidade quase mística, emanção intangível da vontade da nação. Diz a este propósito Perelman: «*S'il est vrai que les juges doivent dire le droit, ce droit était, dans l'esprit de l'école de l'exégèse, réduit à une entité quasi mystique, la Loi, expression de la volonté nationale*» (Perelman, 1979: 38). Neste novo quadro, o papel do juiz é reduzido ao mínimo, como bem observa Perelman e, a partir daqui, o poder de julgar caracterizará tão só o «*d'appliquer le texte de la loi aux situations particulières grâce à une déduction correcte, et sans recourir à des interprétations qui risqueraient de déformer la volonté du législateur*» (Perelman, 1979: 16).

Aliás, segundo a tradição daquela escola, as noções de «clareza» e de «interpretação» eram antitéticas, conforme o expressava um dos seus princípios basilares: «*interpretatio cessat in claris*». Deste modo, impedido de procurar, através de uma interpretação razoável, a melhor e mais equitativa solução para cada caso particular, o juiz via a sua acção confinada apenas à possibilidade de uso do argumento genético. Muito à semelhança do historiador do direito, competia-lhe, fundamentalmente, fazer um estudo arqueológico da vontade do legislador, expressa aquando da discussão e votação da lei em apreço.

Com o triunfo da revolução francesa, em 1791, viria a consolidar-se o princípio da obrigatoriedade de motivação das sentenças promulgado um ano antes, pelo decreto da Constituinte de 16-24 de Agosto. Só que, como bem observa Perelman, tal obrigação de motivar, imposta pela revolução francesa, visava, «*essentiellement à soumettre les juges, trop indépendants, à la volonté de la nation, c'est-à-dire, à celle du législateur qui l'incarne. (...) La motivation, telle qu'elle a été conçue par le Constituant, devrait garantir au pouvoir législatif l'obéissance inconditionnelle des juges à la loi*» (Perelman, 1990: 670).

Tal como a obrigatoriedade de motivar as sentenças, também o princípio da íntima convicção do juiz, nascido no século XVIII pela influência dos escritos de Beccaria, viria a triunfar com a revolução francesa, consubstanciando em si mesmo o esboço de uma pequena vitória da dignidade da função judicial sobre o constringente espartilho das provas legais. No entanto, o princípio da

Íntima convicção do juiz parece-nos na sua origem, tal como o fora o princípio da motivação das sentenças, um conceito limitado, que haveria, no entanto, de crescer muito e ganhar novo e profundo alento no direito contemporâneo pós-julgamento de Nuremberga.

Tenhamos presente que a doutrina da separação dos poderes tinha como presuposto epistémico, como no-lo observa Perelman, «*une psychologie des facultés, du volonté et raison constituant des facultés séparées*» (Perelman, 1979: 24). Neste quadro, decidir segundo a sua íntima convicção, significava proferir um juízo de olhos vendados, sem receio, sem ódio e sem piedade, em que a justiça, consubstanciada no princípio da «*dura lex sed lex*», não vê as consequências dos seus actos.

Sobre este solo de princípios e desígnios, arado pela revolução francesa, haveria de consolidar-se a Escola da Exegése, cuja instauração se liga à promulgação do «Code Civil» em 1804, que conheceu a sua fase de apogeu sensivelmente entre 1840 e 1880, e o seu declínio, progressivamente e a partir daquela data, até 1899. Como no-lo observa Perelman, a Escola da Exegése «*prétendait réaliser l'objectif que se sont proposé les hommes de la Révolution, de réduire le droit à la loi, et plus particulièrement le droit civil au code Napoléon*» (Perelman, 1979: 23). E foi o positivismo jurídico, dilecto filho desta escola, que imperou, segundo Perelman, no século que medeia entre Austin e Kelsen, «*qui a non seulement écarté toute possibilité de droit naturel, mais même que la loi puisse être confrontée avec le problème de la justice*» (Perelman, 1990: 463).

Não fora os inconvenientes de uma vincada conotação da metáfora do relógio com as elucidações que a mesma permite operar no racionalismo «mores geométrico» e as decorrentes e graves implicações que o seu uso traria, necessariamente, à compreensão do funcionamento da complexa engrenagem da justiça actual e teríamos encontrado aí personificada a posição reguladora e pendular do juiz no quadro da administração da justiça.

Mas, nem a Justiça, mesmo que considerada como sistema, é um modelo de funcionamento sincrónico, nem o juiz se limita a ser o utilitário apêndice terminal de regulação dos sincronismos e, em si mesmo, impelido apenas pela dinâmica do sistema. Se algum mérito pudesse ter esta correlação, não seria outro que o de estabelecer, no funcionamento do relógio, a não-metáfora do actual funcionamento da Justiça.

No entanto, não estamos longe de pensar que as correntes de pensamento jurídico da escola da Exegése e do positivismo jurídico, na sua configuração do Direito como um sistema coerente, fechado, auto-suficiente, que se não disponibiliza para interagir com a realidade social e com os outros domínios do saber e da actividade humanos, não andarão longe do efeito de sedução daquele modelo maquínico de funcionamento da justiça. Só que, para sermos mais exactos, na linha daquela corrente de pensamento jurídico, a posição e função do juiz, definidas no quadro de um funcionamento sincrónico da justiça, não poderia sequer encontrar no pêndulo do relógio o seu correlato metafórico. Talvez o encontrasse somente naquela figura pitoresca que em cada volta dos ponteiros do relógio vem a terreiro dar o sinal horário.

No presente capítulo procuraremos problematizar e analisar, a partir deste linear esboço diacrónico, as distintas camadas que recobrem a produção de uma sentença, analisando a seguinte triologia de questões: o problema da formação da íntima convicção, a estrutura da decisão e, em forma de fecho, o problema jurídico da motivação das sentenças.

Como corolário desta reflexão, em tomo da elucidação da posição e função do juiz no quadro da aplicação da lei abstracta e geral aos casos concretos e singulares, teremos sob análise a estrutura argumentativa de uma sentença.

## 4.2 - O debate consigo mesmo e a formação da íntima convicção

### 4.2.1 - O problema da deliberação consigo mesmo

No Processo Penal, e não é diferente o *iter* no domínio do Processo Civil, a fase da deliberação segue-se à fase laboriosa do debate judiciário, ocorrido em sede de audiência em julgamento. Dizemos «laboriosa», no sentido em que o esforço conjugado dos sujeitos jurídicos, para além de produzir a verdade material dos factos introduzidos em juízo, de par com o vínculo destes ao ordenamento jurídico vigente, pretende contribuir para formar na mente do juiz uma presunção à cerca da consistência da culpabilidade do acusado imputável. Diremos ainda que com o fim do debate judiciário se põe fim a uma fase «laboriosa», porque do esforço de conformação ao ordenamento jurídico vigente, de interesses quase sempre antagónicos e de pontos de vista particulares, resulta, pelo que dissemos, a produção da prova judiciária e se prepara a prova jurídica.

Ocupar-nos-emos, oportunamente, da conveniente elucidação das noções de «prova judiciária» e «prova jurídica». Sempre diremos, entretanto, que a sua diferenciação essencial residirá, eventualmente, na natureza da clivagem introduzida pela passagem da fase do debate judiciário, confinado pelas «alegações orais» (cfr. artº 360º do C.P.P.) e «últimas declarações do arguido e encerramento da discussão» (cfr. 361º), para a fase de deliberação ou decisão da causa, enunciada no nº 2. do artº 361º, onde se diz que, uma vez cumpridas aquelas disposições finais, cabe ao tribunal retirar-se para deliberar. Mas, «deliberar», em que termos? Pensamos que, no plano teórico, teremos de reconhecer a deliberação como que se processando a dois níveis diferenciados: o processo da constituição da íntima convicção do juiz ou da deliberação consigo mesmo e o da deliberação colegial, obtida pela cooptação das decisões singulares de sinal maioritário.

Como claramente escorre do disposto nos artigos 360º e 361º do Código de Processo Penal, estarão neles contidos os dispositivos técnico-jurídicos com que se encerra a fase da produção da prova judiciária, em sede de audiência de julgamento, e se prepara o momento decisivo e terminal da produção da prova jurídica, consubstanciada numa presunção final, em função da qual o tribunal delibera ou decide, em matéria de facto e de direito, e, por último, fundamenta a decisão tomada, tomando manifestas a racionalidade e razoabilidade das razões avocadas na motivação da sentença.

No âmbito do presente ponto da nossa análise, parece-nos pertinente procurar dar resposta a uma questão central e aglutinadora de toda a problemática da decisão judicial: até que ponto será legítimo supor-se que o sujeito que delibera é uma encarnação do auditório universal?

De facto, assim o faz supor o pensamento de autores como: Pascal, para quem «*Le consentement de vous-même à vous mêmes et la voix constante de votre raison*» (Pascal, Bibl. de la Pléiade, Pensés, 249, cfr. Traité, pp.53) é o melhor critério de verdade; Descartes, que nas suas Meditações se serve do mesmo critério para passar das razões que o convenceram a ele mesmo à afirmação de que havia chegado a «*une certaine et évidente connaissance de la vérité*»; Schopenhauer e Stuart Mill, para quem a lógica se identifica com as regras aplicadas para conduzir o próprio pensamento e, por último, Chaignet, autor de «*La rhétorique et son histoire*», onde refere «*Quand nous sommes convaincus, nous ne sommes vaincus que par nous-même, par nos propres idées. Quand nous sommes persuadés, nous le sommes toujours par autrui*» (Perelman e Titeca, 1983: 53-54).

No individualismo manifesto de todos estes autores podemos reconhecer que o critério de verdade de uma decisão reside, para eles, na forma de deliberação íntima do sujeito, guiado pelos ditames da própria razão. Daí que nos pareça generalizada, entre eles, a preocupação de aceder a um método para guiar os nossos próprios pensamentos.

Mas como estamos lembrados, a psicanálise vem lançar um repto importante ao racionalismo individualizante destes autores, fazendo introduzir no debate a possibilidade de existência de uma clivagem entre «razões» e «racionalizações», no funcionamento do psiquismo humano.

Para a economia da nossa reflexão, importará definir os termos e condições em que se forma a íntima convicção do juiz. Se esta se forma no quadro de estabilidade de uma razão legisladora, ou na instabilidade gerada pela oposição entre razões autênticas mas inacessíveis de uma decisão e a exterioridade pouco fiável das racionalizações. O problema que concretamente se coloca é o de saber se existe uma clivagem entre as razões que intervêm numa deliberação íntima do juiz, ou entre a deliberação deste consigo mesmo, e as razões com que ele próprio explicita, objectiva e fundamenta a sua decisão perante os auditórios intra e extra-processual?

Importará, por último, e ainda neste quadro, ver que consequências reais se desprendem da opção teórica de reconduzir, como o fará Perelman, o acto de deliberar consigo mesmo (intrasubjectivo) à sua condição de forma particular de argumentação prática, enformado, *ipsò facto*, por vicissitudes similares às que ocorrem na argumentação perante um auditório concreto (intersubjectivo).

Parece-nos desde logo muito claro que a resposta a estas questões, no quadro da teoria da argumentação em Perelman, passa pelas considerações, aduzidas em momento antecedente, sobre a concepção de «auditório universal» e o critério de que aquele autor se serve para o estabelecer. A essa luz, é o orador, no caso em apreço o Juiz, quem decide se o auditório a quem se dirige é ou não um auditório universal. E, nessa medida, se ele delibera, em função de argumentação aduzida por si

e segundo o critério que a torna persuasiva para um auditório universal, a diferença entre deliberar consigo mesmo ou deliberar para um determinado auditório, não terá relevo algum em termos de essencialidade ou de logicidade.

No entanto, como dizem Perelman e Tyteca, mesmo quando o orador se dirige a um auditório ao qual é suposto pertencer, como será o caso do auditório universal, *«même dans ce cas privilégié, il n'est pas exclu que la conviction intime de l'orateur soit fondé sur des éléments qui lui sont propres - telle une intuition incommunicable - et qu'il soit obligé de recourir à une argumentation pour faire partager la croyance qu'ils ont engendrée»* (Perelman e Tyteca, 1983: 58).

Estamos, neste caso, perante uma situação em que as razões que enformam a deliberação do juiz consigo mesmo não coincidem com as razões aduzidas na sua fundamentação perante o auditório universal. Só que, neste caso, não podemos falar ainda de *«razões»* e *«racionalizações»* para respectivamente definir a situação da deliberação íntima e da sua exteriorização. Isto porque o juiz em questão poderá ter consciência das razões que realmente fundamentaram a sua íntima convicção, o que não acontece quanto se alude a eventuais *«razões»* inconscientes que se crê poderem determinar o nosso agir. Não se trata, no caso em apreço, de hipostasiar a eventual existência de um limiar inconsciente de fundamentação, inacessível à consciência do próprio juiz. Temos eventualmente que estabelecer com clareza que não é pertinente, em termos de fundamentação de uma decisão judicial, o problema da *«verdade»* ontológica das razões em que aquela assenta. A verdade de que não pode de modo algum, e do nosso ponto de vista, dispensar-se é a da conformação das razões, que integram uma fundamentação jurídica, ao ordenamento jurídico vigente, através de uma argumentação válida em termos não estritamente formais. Por outro lado, a natureza das *«racionalizações»* que operam esta conformação são função do auditório concreto e, por isso, resultado de uma estratégia argumentativa de adaptação ao auditório judiciário concreto que se pretende persuadir.

Em todo o caso, para que um único auditório universal opere esta justaposição do universo íntimo de quem decide e do universo de alteridade, teremos de, porventura, ficcionar, em ambos os casos, a figura de um juiz ética, humana e tecnicamente bem formado, investido na função. Ser-nos-á, então, lícito configurar, para qualquer das duas circunstâncias, o mesmo auditório judiciário universal.

Virá a propósito esta asserção de Perelman e Tyteca: *«L'accord avec soi-même n'est qu'un cas particulier de l'accord avec les autres. Aussi, de notre point de vue, c'est l'analyse de l'argumentation adressée à autrui qui nous fera comprendre le mieux la délibération avec soi-même, et non l'inverse»* (Perelman e Tyteca, 1983: 54), aliás já na linha da opinião expressa por Isócrates para quem *«les arguments par lesquels nous convainquons les autres en parlant, sont les mêmes que ceux que nous utilisons lorsque nous réfléchissons»* (Perelman e Tyteca, 1983: 54).

Perelman e Tyteca retomam muito a propósito a questão de saber se não será razoável pensar-se como legitimamente distinguíveis dois momentos integrantes da deliberação íntima: um

que corresponderia a um momento de discussão de alguém consigo mesmo, e outro relativo a uma procura de argumentos, susceptíveis de serem aceites pela comunidade de pessoas, em favor da posição antes tomada. Esta questão radicaria num dos problemas centrais que levanta a «psicologia das profundezas», de que fala Perelman referindo-se à psicanálise e a que fizemos alusão mais acima. À luz de um enquadramento teórico desta natureza, o nosso intelecto se incumbiria de produzir «racionalizações» cuja função seria a de encobrir, conter ou reprimir as verdadeiras razões de uma decisão. Será nesta acepção que tem sentido dizer-se que, para Freud, o inconsciente é a instância da verdade. Dire-se-á, por isso, que o sujeito faz uso de «racionalizações» quando, para explicar a sua conduta, alega motivos que diferem do móbil que realmente esteve na sua origem (Cfr. Perelman e Tyteca, 1983: 55).

Pela sua parte, Perelman e Tyteca, apressam-se a dizer que tomam o termo «racionalização» num sentido mais largo, sem darem muito relevo ao facto de o sujeito ignorar ou não os verdadeiros motivos da sua conduta. O que é de facto importante para os nossos autores e constitui a sua tese fundamental sobre esta matéria, é que *«d' une part, une croyance une fois établie peut toujours être intensifiée et que, d' autre part, l' argumentation est fonction de l' auditoire auquel on s' adresse»* (Perelman e Tyteca, 1983: 58).

Não sendo, decididamente, uma questão de refinada importância para a economia da teoria da argumentação contida na obra de perelman e Tyteca, parece-nos no entanto de algum interesse o repto que os nossos autores fazem a Schopenhauer. O que não parece legítimo a Perelman e Tyteca é que se diga, de forma redutora, como o fará na sua perspectiva Schopenhauer, que o nosso intelecto *«ne fait que camoufler les véritables motifs de nos actes qui seraient, eux, complètement irrationnels»* (Perelman e Tyteca, 1983: 55).

A perspectiva de Stuart Mill que, segundo os autores do Tratado da Argumentação, tudo concebe em função de um único auditório, o auditório universal, fá-lo relatar um conselho curioso dado por um tal lord Mansfield a uma pessoa que, sendo completamente nescia em conhecimentos de direito e sem nenhuma experiência em assuntos judiciais, tinha sido subitamente chamada a presidir a um tribunal na qualidade de governador de uma colónia para que fora recentemente nomeado. Aconselhava-o, então, a que decidisse resolutamente, porque a sua resolução seria muito provavelmente justa. Lord Mansfield avisava, no entanto, que não se aventurasse a expor as razões da sua decisão, porque elas seriam quase infalivelmente más (Cfr. Perelman e Tyteca: 56).

No exemplo dado, o que era suposto por Stuart Mill era que o funcionamento interno da razão, procedendo por cadeias inferenciais de natureza lógica, legitimava a expectativa de que, agindo unicamente ouvindo a voz da sua consciência, o governador produziria necessariamente uma decisão válida. Forçando talvez um pouco, dir-se-ia, com probabilidade de algum acerto, que o verdadeiro (contido na decisão tomada em consciência pelo governador) seria o produto de uma razão autónoma e transcendental, cuja fundamentação apenas seria credível, no plano social, se inserido num quadro de fundamentação técnico-jurídico.

Também Perelman e Tyteca acedem a reconhecer que não é invulgar, nem mesmo deplorável que um magistrado, apesar de bom conhecedor das leis, formule o seu juízo em dois tempos, decidindo, em primeiro lugar, mediante conclusões que lhe parecem mais conformes com o sentido de equidade, socorrendo-se, acto contínuo e por acréscimo, da motivação técnica.

Parece, à primeira vista, que ambas as situações descritas serão radicalmente distintas, tanto mais quanto apenas no segundo caso a argumentação aduzida pelo juiz na motivação parece vir a conectar-se com a deliberação íntima do juiz, como se foram membros indivisos de um corpo só, de tal forma a motivação técnica parece integrar-se coerentemente com o processo argumentativo produzido aquando da deliberação íntima; ao invés, parece que a motivação aduzida pelos assessores do governador, no caso antecedente, parece surgir como prótese nunca integrada convenientemente no próprio corpo.

Mas, não é este o entendimento de Perelman e Tyteca sobre esta questão. Nada legítima que pensemos que a decisão do governador foi tomada sem nenhuma deliberação prévia. Segundo os nossos autores, pode até ter acontecido que os «*por*» e os «*contra*» tenham sido ponderados com o maior escrúpulo possível, na sincera procura da solução mais conforme com o sentimento de equidade, embora, a supor pelo quadro que nos é dado, tal só pudesse ser feito à revelia de considerações de técnica jurídica. Será esta última que, em um e outro dos casos propostos, irá justificar ambas as decisões perante o auditório judiciário concreto, promovendo a inserção de ambas num quadro técnico.

Em ambos os casos a argumentação consigo mesmo pode ter respeitado o critério proposto por Perelman de constituição de um auditório universal. Mas nunca poderemos, pela nossa conta e risco, estabelecer que tal aconteceu necessariamente, como o supunha Mill no exemplo citado, confiado apenas no funcionamento íntimo e exclusivo da razão. Parece-nos mais consentâneo com a nossa experiência e reflexão próprias, supor que poderá ser antes numa relação dialéctica com o meio que se dá a aprendizagem em que a razão se forma. E, por isso, arriscamo-nos a dizer que quem delibera, não será sempre suposto que seja ele próprio uma encarnação do auditório universal, mas será certo que argumenta e delibera sempre em função de um auditório, mesmo que ficcionado no diálogo consigo mesmo.

Falámos acima na necessidade de ficcionar a pessoa de um «justo juiz». De facto, adequando ao seu ministério o imperativo categórico kantiano, o juiz justo, por nós já definido em ponto anterior, deverá ter por lema da sua conduta, a seguinte norma: «Deves comportar-te como se foras um juiz cuja ratio decidendi deverá fornecer um princípio de validade e de razoabilidade para todos os homens».

Não nos parece mesmo excessivo afirmar que, no quadro em que Perelman compreende a argumentação jurídica, teremos que supor que a concretização daquela norma de acção apenas poderá resultar se referida, não apenas a um princípio de justiça formal e a um corpo de leis positivas, de doutrina e de precedentes jurídicos, mas também a uma concepção jus-naturalista do

direito, onde se integrem e respeitem os «*princípios de direito não escrito*» de que nos falava já Aristóteles, hoje eventualmente contidos nos princípios gerais do direito, nos «*topoi*» jurídicos, ou ainda materializados nas convenções e tratados internacionais sobre os Direitos Humanos, já aceites como pano de fundo da grande maioria dos ordenamentos jurídicos que recobrem a comunidade das nações.

Isto porque, em Perelman, não basta decidir em conformidade com um sistema positivo de Leis e presumi-lo completo e coerente, para que a «validade» da decisão esteja garantida. Nele a «validade» de uma decisão deverá ser, não apenas correlata de conforme com a regra de justiça, isto é, com um princípio de justiça formal, mas deverá ainda conter um princípio de equidade, justiça, de razoabilidade, entendida esta razoabilidade como «equilibrada» em função da aplicação de uma justiça que tem o Homem como destinatário, em que as penas deverão adequar-se aos fins da segurança jurídica, mas também aos da paz judiciária, que não se confina a um dos lados da fronteira mas congrega também o outro lado de todos os muros estigmatizantes e requer, parece-nos evidente, que a segurança comporte também a noção de ressocialização, na medida em que todos somos a «natureza humana».

Requere-se, afinal, que o estabelecimento das penas não enferme do vício de uma mera retribuição e menos ainda de uma retribuição desmedida, de que foram exemplo os espectáculos de dor do Antigo Regime, em que os horizontes teleológicos, refinados pelo excesso, os confinavam, como fundamenta Foucault em «Vigiar e Punir», a reforçar ainda mais o prestígio do soberano, abalado por cada delito, entendido como ataque pessoal ao seu prestígio e ao seu poder. A partir da constituição das sociedades modernas e, mais fundadamente, a partir dos genocídios cometidos em nome da lei emanada de estados soberanos, os poderes legislativo e judiciário deverão talvez adequar a sua medida a um valor que seja conforme com um sereno sentido social de justiça que terá de se ficcionar também.

Inflctindo um pouco para a análise do nosso C.P.P., importará ainda procurar compreender, em primeiro lugar, a dinâmica da deliberação consigo mesmo a partir do artº 360º do Código de Processo Penal, que se reporta fundamentalmente à finalidade, duração e teor das «alegações orais» e do direito de «réplica». Nele é expressamente dito, como no-lo ensina Maia Gonçalves, «*que nas alegações orais devem as partes expor as conclusões, de facto e de direito, que hajam extraído da prova produzida durante o julgamento*», acrescentando aquele autor, na sua nota 4. ao artº 360º, que «*as alegações e a réplica são uma formalidade essencial para a boa administração da justiça, para assegurar o contraditório e também o essencial para a descoberta da verdade*», de tal sorte que a sua omissão constituirá uma nulidade, dependendo embora de arguição, a interpor até ao encerramento da audiência. (Cfr. Gonçalves, 1990: 483-484).

Em razão deste primeiro e fundamental acervo de conclusões em matéria de facto e de direito, a deliberação íntima, que ocorrerá, inevitavelmente, de seguida, no recolhimento de cada membro do tribunal, não aparece explicitamente referida na lei. No entanto o momento da deliberação íntima e esta pequeníssima «pedra angular» que a produz, se é certo que suportam e

personificam toda a arquitectura de um equilibrado sistema de justiça, poderão ser, de algum modo, deixados ao relento, face ao imenso céu aberto das preocupações com que sempre se defrontam os sistemas de justiça.

A deliberação de que taxativamente se fala no nosso Código de Processo Penal é o resultado aritmético dos votos dos jurados maioritariamente expressos. Cabe ao tribunal, a partir da matéria de facto e de direito, produzida pela acusação e pela defesa no decurso da audiência, estabelecer, nos termos do artº 368º, quais os factos que estão efectivamente provados e que consequências jurídicas se seguem.

Parece-nos, deste modo, muito claro que o processo de formação da íntima convicção do juiz, contrariamente ao que sucedia no código de Napoleão, onde «julgar segundo a sua íntima convicção» significava decidir afastando do seu espírito ponderações sobre fins e consequências das penas, não obtém na nossa lei directivas muito explícitas, com excepção, talvez, das indicações de que o juiz apenas se poderá socorrer da prova produzida em juízo e não de elementos de convicção gerados à margem do processo. Para o mais é deixado ao juiz campo para o livre estabelecimento dos factos, sem que isto signifique que o juiz tenha legitimidade de formar o seu juízo à revelia da prova produzida na audiência de julgamento ou, à margem dela e segundo o modelo cartesiano do estabelecimento de evidências racionais.

Por outro lado, mesmo que o nosso entendimento consentisse como válida a hipótese sustentada por S. Mill e Schopenhauer, segundo os quais «*la logique s'identifie (...) avec les règles appliquées pour conduire sa propre pensée*» (Cfr. Perelman e Tyteca, 1983: 53), a realidade que ao juiz compete apreciar e a própria natureza não formal dos instrumentos legais, por comportarem, por um lado, o uso de linguagem não unívoca, a requererem, por isso, o recurso aos complexos cânones de interpretação, e ainda, porque grande número de termos usados na lei não dispensam o recurso a ponderações sobre valores, não consentiria, de todo, a acção redutora de limitar o acto de julgar ao uso exclusivo do dispositivo lógico de subsunções, o que é dizer, ao esforço de conformação exclusiva da argumentação jurídica ao silogismo jurídico, como vimos no capítulo antecedente.

Se o quadro fosse o definido por Stuart Mill e Schopenhauer, bastaria, como sugere Perelman, que quem decide recebesse como iguais todas as posições sustentáveis e, a partir daí, accionasse o dispositivo lógico da sua razão, verificando para cada situação os prós e os contras, até encontrar a solução mais válida. Estamos em crêr que, nesta linha de pensamento, não faria muito sentido o concurso de tribunais colectivos e de juris, porquanto nos parece que a solução colectiva, além puro dispêndio, seria mera redundância, em termos de efeitos práticos, em relação à solução obtida por um só juiz de direito, a menos que a função de tal juri fosse apenas a de acautelar a fiscalidade da recta intenção e dos procedimentos processuais.

Pensamos, ao invés, que é muito salutar para a consecução da paz judiciária que o decidir de cada membro de um colectivo (mesmo que desejavelmente sob critério de conformação da sua deliberação aos princípios de justiça formal e de um auditório universal), possa não ser unísono.

Em nosso modesto entender a conformidade ao critério de constituição do auditório universal não se limita, de forma alguma a um escudar-se com a aducção correcta dos princípios de justiça formal, contido na aplicação estrita da regra de justiça. Tenhamos aqui ainda presente que a regra de justiça formal, que requer tratamento igual para seres essencialmente semelhantes, requer, só por si, e na sua formulação «*a contrario*», que tenhamos presente que nada é menos conforme com esta regra do que o tratar igualmente seres estruturalmente dissemelhantes.

Este esforço de adequação da lei abstrata à singularidade e irreducibilidade de cada caso, parece-nos particularmente contido na organização do "dossier criminal" e do processo em geral, em que se requerem garantidos os princípios da legalidade e do contraditório, emergindo mais visivelmente no debate instrutório e na audiência de julgamento. Mas, significativamente também, estende-se a todo o processo das «alegações orais» e «últimas declarações do arguido» e, por último, ao foro da deliberação íntima de quem tem por função o dever e a responsabilidade de aplicar a lei e decidir com justiça. Estará, segundo cremos, ainda presente no princípio de produção suplementar da prova, em que salvaguardando, nesse caso limite, a dignidade que se reconhece à pessoa do arguido, se decide, muitas vezes com ausência de publicidade, sobre se a pena é adequada aos fins que persegue, tendo em conta a personalidade do sentenciado e ouvindo, para o efeito, e sempre que possível, os peritos de reinserção social. Em razão de tudo o que dissemos, não colhe de forma alguma, no nosso ordenamento jurídico, o princípio da mera e estrita retribuição, no campo da aplicação das penas.

E neste sentido, decidir com justiça, no quadro do nosso ordenamento jurídico, pressupõe inequivocamente a ponderação sobre a finalidade e utilidade das penas, a busca de uma medida que as adeque aos fins ortopédicos que se requerem para a sociedade e para o indivíduo. Estas preocupações, se não taxativamente contidas na lei processual penal, farão fundamentalmente parte do texto fundamental, das convenções internacionais por nós ratificadas e, bem assim, das correntes de doutrina jurídica que, conjuntamente, enformam o corpo teórico das argumentações produzidas, pelo tribunal e seus membros, na fundamentação das suas deliberações.

No entanto, tenhamos presente que um júri, pela sua constituição, atribuições e funcionamento, contrariamente ao que é legítimo esperar de um tribunal colectivo composto por magistrados, é tendencialmente fonte de preocupações suplementares àquelas que sempre comportará a natureza humana de uma decisão proferida por juizes de direito, pelo menos em termos de controlo da segurança jurídica.

Os magistrados judiciais, pelo conhecimento técnico da sua função, dos procedimentos e da lei, bem como pelo respeito, a que estão obrigados, do quadro deontológico, pelo seu enquadramento institucional e pela tomada de consciência dos auditórios, intra e extra-processuais, que se constituem como mecanismos de controlo da sua decisão, mais ou menos assumidos, mas sempre presentes à sua consciência, decidem sempre em reforço do sistema jurídico, tanto mais que têm consciência de que as suas decisões, uma vez «trânsito em julgado», passam a fazer parte dos precedentes judiciais e, por isso, do corpo de doutrina.

Ao invés, a formação da decisão do júri, a partir da formação da íntima convicção dos jurados, porque enferma, antiteticamente, pela sua constituição mesma, da correspondente ausência de referências deontológicas e de falta de consistência técnica, tende a funcionar como factor desintegrador do sistema de leis positivas e contra a segurança jurídica, se bem que, pontualmente, possa aceder a decisões eventualmente mais conformes com um certo sentido social de justiça.

Pelo que dissemos, parece-nos previsível que o júri, mais que o juiz singular ou o colectivo dos juizes, possa ser tendencialmente alvo mais orquestrável, através dos efeitos de presença, a que fizemos referência no capítulo antecedente e que deliberadamente se exercem, como vimos de forma cada vez mais subtil, no decurso da audiência de julgamento.

Pela nossa parte estamos convencidos de que o conjunto de quesitos a que deve responder o tribunal, como será o caso dos contidos no artº 368º do C.P.P., designadamente no que concerne à culpabilidade do arguido, requer da parte do juiz a ponderação sobre valores, tanto mais difícil de fazer quanto mais a descoberto tiver de ser feita, em termos de preparação técnica, face a estratégias e jogos de sedução e de comoção psicagógica, cuja eficácia aumentará, como se presume, na razão inversa da consciência que se tem da sua existência.

Para que as questões de facto e de direito acedam a um plano de visibilidade adequado ao superveniente exercício da função do juiz, os dispositivos processuais prevêem, para o termo do debate judiciário em audiência, o reforço do princípio do contraditório, particularmente salvaguardado, como vimos, pelo nº 1. do artº 361º que estabelece a obrigatoriedade de o presidente perguntar ao arguido «se tem mais alguma coisa a alegar em sua defesa, ouvindo-o em tudo o que declarar a bem dela». Após esta formalidade e nos termos do nº 2. daquele normativo, «*o tribunal retira-se para deliberar*».

Esta asserção, cujo sentido parece não levantar quaisquer dúvidas, designadamente quanto à intenção do legislador, consente contudo algumas considerações finais, da nossa parte: a primeira é a de que o acto de deliberar pressupõe um excentramento de quem julga, face ao contexto de produção da prova; a segunda, será a de que julgar pressupõe um espaço íntimo de ponderação e de deliberação consigo mesmo; a terceira pressupõe que a «deliberação» a que a lei se refere expressamente como aferição aritmética das votações maioritariamente expressas, terá que ter a antecedê-la aquele momento de reflexão e deliberação íntima.

E, segundo supomos, esta deliberação íntima, não consistirá, no accionar puro e simples dos dispositivos lógicos da razão, ou no prescutar íntimo de uma intuição que nos desvende clara e distintamente a verdade, objecto de construção puramente racional, segundo um certo racionalista ateu, ou sopro de inspiração sobrenatural, segundo o racionalismo de inspiração cristã.

Parece-nos mais consentâneo com a realidade jurídica pensar que, na prática, os magistrados e os jurados procuram formular intimamente as questões a que terão de responder na deliberação colectiva, e que estão contidas no corpo do artº 368º do C.P.P. Nos termos do disposto neste normativo, a privacidade tutelada é apenas a que se define pelo resguardo do tribunal face à

audiência de julgamento e pelas disposições que remetem ao estrito sigilo as posições individualmente produzidas por cada membro do tribunal durante a discussão e votação, determinação cuja violação é, nos termos da lei, objecto de sanção penal e disciplinar.

Como dispõe o n.º 1. do art.º 365.º, a deliberação segue-se imediatamente ao encerramento da discussão, salvo em caso de absoluta impossibilidade, declarada em despacho, e nela participam, conforme dispõe o n.º 2 do mesmo artigo, todos os juizes e jurados que constituem o tribunal, sob direcção do presidente. Nos termos do n.º 3., *«cada juiz e cada jurado enunciam as razões da sua opinião, indicando, sempre que possível, os meios de prova que serviram para formar a sua convicção, e votam sobre cada uma das questões»*. Cabe, por último, ao juiz presidente recolher os votos, começando pelo juiz com menor antiguidade de serviço, votando ele, por seu turno, em último lugar. Como no-lo faz notar Maia Gonçalves, *«a sentença é sempre elaborada pelo presidente e, de harmonia com a posição que tiver feito vencimento, que pode até na realidade nem ser aquela que ele desejaria assumir»* (Cfr. Gonçalves, 1990: nota ao art.º 365.º).

Para concluirmos a reflexão que empreendemos neste ponto da nossa análise, teremos de reconhecer que deliberar intimamente é, de facto e apenas, um momento anterior e particular de argumentação dirigida a um auditório concreto, sendo que a sua estrutura e teor se formarão *«sob speculum»* da argumentação dirigida ao auditório universal. A deliberação íntima, só por si, não poderá ser critério de verdade de uma deliberação, mas o seu exercício livre e autónomo parece-nos condição de partida indispensável para a produção de um critério de auditório universal que, neste domínio específico da aplicação da lei poderá presidir à produção de uma sentença, promovendo a concertação dos princípios de justiça formal com os princípios da razoabilidade, equidade e justiça mais consentâneos com aquela parte desse auditório universal presumido a quem preocupa menos a estrita procura da segurança jurídica, do que a adequação da sentença judicial a um certo sentido de justiça moral.

Só a deliberação íntima, sustentando o critério de constituição de um auditório universal assim alargado, possibilita a nossa proposta de adaptação do imperativo categórico à função do juiz, nos termos em que acima o fizemos: *«decide de tal maneira que a tua ratio decidendi possa constituir-se como critério de validade e de razoabilidade para todos os homens»*. Ao nível do debate consigo mesmo decide-se acerca da constituição do auditório judiciário universal, critério de validade e de fundamentação meramente auto-referencial e precário, mas que, contando com uma adequada formação técnica e humana dos magistrados, torna legítima a expectativa de que se forme uma intersubjectividade instituinte de uma certa uniformidade de critérios de decisão que garantam simultaneamente a segurança jurídica e a paz judiciária.

#### 4.2.2 - A estrutura do raciocínio jurídico

Questionámo-nos, no ponto anterior, sobre a textura mesma da deliberação íntima e sobre o surgimento de um critério de verdade, que radica no labor do processo argumentativo do magistrado consigo mesmo, através da ficção de um auditório judiciário universal em função do qual ele decide e fundamenta a sua decisão.

No momento presente ocupa-nos, particularmente, prosseguir a nossa reflexão sobre a natureza do raciocínio jurídico, iniciada já no ponto antecedente com o problema da «deliberação íntima», expressando desde já a ideia, de que apenas um julgamento com a sua motivação nos poderão dar o conjunto de elementos que nos permitirão caracterizar adequadamente o raciocínio jurídico. Nesse caminho nos levará o desenvolvimento subsequente. De imediato propomo-nos analisar as razões, inerentes à própria textura do silogismo jurídico, que inibem a redução à sua forma canónica de todo o raciocínio jurídico e, por outro lado, ligar a este processo demonstrativo a análise das importantes questões que são o «estabelecimento do factos» e sua «qualificação».

Perelman define «raciocínio jurídico» do seguinte modo: «nous entendons par cette expression le raisonnement du juge, tel qu'il se manifeste dans un jugement ou arrêt qui motive une décision» (Droit Morale et Philosophie, pp.85).

Como oportunamente tivemos o ensejo de referir e procurara fundamentar, o raciocínio jurídico pode ser sempre redutível, em termos esquemáticos, ao silogismo jurídico, tese aliás defendida, entre nós, por juristas muito conceituados.

Uma tal concepção supõe que, para tanto, basta conceber um silogismo cuja premissa maior enuncie a norma jurídica, a menor, os elementos de facto, e a conclusão constitua a decisão a tomar. Esta estrutura esquemática de argumentação jurídica, sempre assessorada ou complementada pelos argumentos que, com Robert Alexy, designamos de «justificação interna» (a pari, a contrário, a fortiori e, eventualmente, o argumento canónico do «distinguo»), encerra, fundamentalmente, uma estratégia de contensão da função equilibradora e interventora do juiz, cujos limites, aliás, a lei não se esqueceu de prever impondo-lhos, umas vezes de maneira unívoca, sem lhe deixar qualquer poder de apreciação (será punido de morte...), em outras deixando-lhe uma certa margem de apreciação (será punido com pena de prisão de 12 a 20 anos, cfr. 132º do C.P.), ou então, concedendo-lhe, mesmo, para dirimir questões juridicamente pouco relevantes, um poder discricionário (o juiz pode...).

Perelman sustenta como inadmissível e mistificadora de dificuldades esta estratégia argumentativa, mesmo quando se nos apresenta como processo de simplificação. Inadmissível, na medida em que, como ele mesmo no-lo faz ver, aqueles que a defendem pretendem, por um golpe de mágica, suprimir as dificuldades contidas na distinção que não podemos escamotear entre «facto» e «direito».

Por outro lado, a redução do raciocínio jurídico a um silogismo tende a fazer perder de vista este aspecto fundamental para que nos alerta Perelman: «La décision du juge ne sera donc jamais hypothétique (...) alors que toute norme, de même que toute définition, peut être assimilée à un jugement hypothétique» (Ethique et Droit, pp.683). Ora, como sabemos, a conclusão de um silogismo será categórica ou hipotética consoante a premissa menor seja, respectivamente, categórica ou hipotética.

Perelman faz-nos notar que a formulação hipotética do silogismo jurídico, pode servir para precisar, ao nível da doutrina, o sentido de determinados termos de uma norma jurídica, na medida em que se pode fazer intervir, na premissa menor, uma definição que funciona como uma hipótese, em nada deslustrando os efeitos daí decorrentes sobre a conclusão que um tal silogismo obtém. Estamos como que ao nível do exercício de um raciocínio experimental.

Mas, quando nos situamos ao nível do raciocínio do juiz, em sede de julgamento, é necessário obter uma decisão categórica e justa. Ora, o que é especificamente jurídico e relevante no raciocínio do juiz em vista da obtenção de uma decisão geradora de paz judiciária «ce n'est nullement la déduction formellement correcte d'une conclusion à partir de prémisses - en cela la déduction en droit n'a rien de particulier - mais ce sont les raisonnements qui conduisent à l'établissement de ces prémisses dans le cadre d'un système de droit en vigueur» (Droit, Morale et Philosophie, pp. 85)

A produção de uma decisão jurídica presuppõe sempre como fundamentais o estabelecimento ou não estabelecimento efectivos dos factos introduzidos em juízo e a sua qualificação jurídica. Ora, em termos práticos, ao raciocínio jurídico não é suficiente estabelecer na premissa menor que A matou B, para que seja legítimo obter a conclusão de que A será punido com a pena de prisão de 8 a 16 anos, nos termos do artº 131º do Código Penal. Pretenderá saber, em primeiro lugar, se é um facto assente que A matou B e, em segundo lugar, saber se o facto estabelecido é um facto do tipo previsto e punível pelo artº 131º, isto é, se se trata da morte de uma pessoa e, se sim, se consumada com dolo, pretenderá saber se este foi directo, necessário ou eventual. Não estaremos perante tipo legal de crime previsto e punível pelo artº 131º do C.P., caso a morte ocorra sem dolo imputável ao agente. Mas pode ser o caso que, excluído o dolo, não seja de excluir a negligência do agente.

Em termos práticos, estas reflexões levam-nos a concluir que a premissa menor do silogismo jurídico, que opera na produção de uma decisão de justiça, deve decompor-se em duas partes completamente distintas, como sugere Perelman (Ethique et Droit, pp.684):

1. Tal facto está (ou não está) estabelecido.
2. O facto assim estabelecido ( supondo nós que o seja) é P.

A primeira destas asserções remete-nos para a ponderação acerca de uma noção muito importante da doutrina jurídica - a da «livre apreciação da prova», consagrada no artº 127º do nosso Código Penal. Retenhamos o bom aviso de Maia Gonçalves, contido na nota 3. àquele normativo: «livre apreciação da prova não se confunde de modo algum com apreciação arbitrária da prova nem

*com a mera impressão gerada no espírito do julgador pelos diversos meios de prova; a prova livre tem como pressupostos valorativos a obediência a critérios de experiência comum e da lógica do homem médio suposto pela ordem jurídica. Dentro destes pressupostos se deve portanto colocar o julgador ao apreciar livremente a prova» (C.P.P. anotado, Maia Gonçalves, pp. 221)(\*)).*

E fazendo nós justamente a ponte para o ponto anterior da nossa reflexão, ligando este ao conceito alí sob análise, o da «íntima convicção do juiz», vale bem a pena aduzir as seguintes palavras de Perelman: «Quand le magistrat peut apprécier librement la valeur probante des faits allégués, en fonction de son intime conviction, on dit que la preuve est libre» (Droit, Morale et Philosophie, pp. 88).

Da confrontação e conjugação dos acervos teóricos destes conceituados autores, colhemos um oportuno contributo para fazer emergir o sentido imerso no conceito de «íntima convicção». Decidimos inclinar-nos, em momento anterior para considerar o conceito de «auditório universal» como o critério de verdade que opera no estabelecimento da íntima convicção, que, por sua vez sustenta e torna consistente a «deliberação do tribunal». Com Maia Gonçalves, colhemos como critério de decisão livre a adopção de «pressupostos valorativos» de «obediência a critérios de experiência comum e da lógica do homem médio suposto pela ordem jurídica».

Ressalva feita, segundo pensamos, a uma certa concepção elitista de auditório universal em Perelman a que oportunamente fizemos referência, pela proeminência dada, na constituição desse «auditório universal», ao universo das pessoas cultas e peritas na matéria em apreço, em tudo o mais e que é, afinal, o essencial, a reflexão de Maia Gonçalves vem enriquecer a de auditório universal em Perelman, ou vice-versa. E se tivermos em consideração que em oposição à livre apreciação da prova nos defrontamos com o conceito de «prova legal» «c'est-à-dire réglementée par la loi», na qual «le magistrat n'est libre d'apprécier la valeur des preuves que quand la loi autorise la preuve testimoniale, c'est-à-dire quand il s'agit de prouver des faits» (Droit, Morale et Philosophie, pp.88), experimentamos nesta noção de «prova legal», de alguma forma, um certo limite legal a que o juiz construa livremente a sua ideia de «auditório universal». Em todo o caso, a noção de «auditório universal», em direito, será sempre contida nos limites de uma exigência de conformação a um ordenamento jurídico em função do qual se argumenta.

A apreciação livre do valor probante dos factos alegados, em função da sua íntima convicção, não ilide a circunstância de o estabelecimento destes estar submetido a regras de procedimento e da prova que o juiz não pode transgredir. Como no-lo mostra claramente Perelman em texto intitulado «La spécificité de la preuve juridique» (in «Ethique et Droit, pp.693-705), os «factos», que compete ao juiz estabelecer, não são de forma alguma «factos puros». A prová-lo está o facto de o direito

---

(\*) Retenhamos, no entanto o aviso enriquecedor de Reis, 1927: XII: " A análise dos factos e o estudo da evolução histórica conduzem a esta conclusão: onde quer que domine o sistema da livre convicção do juiz, o processo é oral; onde quer que domine o sistema das provas legais, o processo é escrito".

estabelecer presunções, algumas mesmo designadas "irrefragáveis", impondo mesmo, em função delas, a responsabilidade da prova ora a uma, ora a outra das partes em litígio. De igual modo, podemos dizer que os factos não são puros no sentido em que o seu estabelecimento nos afasta, por vezes, do dado concreto. Isto mesmo acontece quando o juiz se vê na necessidade de recorrer a peritos, a teorias e a técnicas muito especializadas, a fim de se esclarecer sobre a significação e o alcance de certos índices ou para que lhe forneçam conclusões pertinentes. Em tais casos é verificável que a linguagem usada pela perícia, para descrever os factos, é quase sempre muito técnica e abstracta. Por essa razão, diz Perelman, «les conclusions de l'expert seront, dans tous ces cas, bien éloignées des éléments concrets qu'il avait à examiner» (Ethique et Droit, pp. 685).

O nosso conhecimento da prática processual penal dá-nos a referência exacta de que não obstante a obrigação que incumbe ao perito de responder apenas às questões que taxativamente lhe foram formuladas pelo juiz, em função da sua pertinência, caberá no entanto a este último controlar o teor das respostas às questões por si postas e adequar a linguagem pericial à terminologia que terá de usar na qualificação jurídica.

Nas correntes de pensamento jurídico onde a acção do juiz foi forte e nitidamente contida em limites estritamente estabelecidos pela lei, como foi o caso da «Escola da Exegese», a prova testemunhal, sempre que consentida, teve sempre uma acção de reforço da «íntima convicção do juiz», como no-lo refere Perelman em «Logique Juridique-Nouvelle Rhétorique»: «Chaque fois que la preuve testimonial est admissible, elle visera à établir l'intime conviction du juge, en se fiant à ses lumières et à sa prudence, en lui fournissant tous les éléments qui lui permettent soit constater (preuves directes), soit de présumer (preuves indirectes) la réalité des faits contestés» (Op. Cit, pp. 31). Segundo Paul Foirers, citado pelo nosso autor, para a jurisprudência belga bastaria que a presunção fosse «de forma a tranquilizar a consciência do juiz e a ditar-lhe a sua decisão» (cfr. «Logique Juridique, pp.31»).

Estas presunções que tendem a estabelecer a íntima convicção do juiz e são por ele livremente apreciadas, são designadas por «presunções do homem». Como sugere Perelman, não haverá grande diferença entre estas e o raciocínio comum, aquele que permite passar de um facto conhecido a um facto desconhecido.

No que concerne ao estabelecimento dos factos importa referir que o raciocínio do juiz, como bem observa Perelman, só é explícito relativamente a matéria especificamente jurídica, «à savoir l'admissibilité des preuves, le jeu des présomptions, et la charge de la preuve qui en résulte. En effect, ayant montré qu'il se conforme aux prescriptions légales em la matière, le juge n'a plus à indiquer comment il est parvenu à fonder sa conviction, à déclarer que des faits sont ou ne sont pas suffisamment établis» (Droit Morale et Philosophie, pp.89).

A necessidade de salvaguardar o bom nome da justiça e a obtenção de uma decisão justa determinam que um juiz, sobretudo o que integra um tribunal que é chamado a decidir em última instância, recorra à ficção, declarando, contra a evidência dos factos, que os mesmos estão ou não

estão estabelecidos. O recurso à ficção, em tais circunstâncias, manifesta claramente que outros valores para além da verdade material se perfilam na hierarquia dos fins do direito e, decorrentemente do raciocínio jurídico. Não faz sentido, efectivamente, pretender a todo o custo reduzir o direito e o seu raciocínio a um sistema inferencial de produção de verdades.

A segunda das duas asserções em que acima dividimos a premissa menor do silogismo jurídico, remete-nos para a consideração de um momento importante da acção do juiz, igualmente central na doutrina jurídica: a «qualificação dos factos».

Sobre esta questão, importará que se estabeleça uma clara distinção entre descrição dos factos e sua «qualificação». É evidente que ao juiz interessará, a limite, aplicar as normas jurídicas aos factos qualificados, isto é subsumir os factos estabelecidos às normas por forma a que resultem as consequências juridicamente previstas no ordenamento jurídico em vigor. Por esta razão, temos de considerar que o raciocínio jurídico terá de percorrer todo um caminho intelectual dos factos estabelecidos à sua qualificação. O juiz opera como que uma partição do mundo real que, como diz Wittgenstein, é o mundo dos factos, fazendo relevar, de entre estes, os que concernem ao caso introduzido em juízo e, de entre estes, particularmente, os «détails qui permettent ou empêchent l'application de telle règle de droit qui, en principe, dans le système de droit continental, sera un texte de loi ou la clause d'une convention établi entre parties.» (Logique Juridique, pp.33).

O juiz como que opera uma lapidação do facto bruto, das suas particularidades inessenciais, de par com um trabalho de interpretação da lei, por forma a que possa «subsumir um certo quid a um conceito». Percorrido este trajecto o juiz, tal como o fizeram os sujeitos jurídicos, em sede de debate judiciário, confirma ou infirma a subsunção dos factos estabelecidos sob os termos da lei. O estabelecimento dos factos apenas interessa ao juiz, «dans la mesure où ceux-ci peuvent avoir des conséquences légales dans l'affaire qui lui est soumise. Or, pour qu'il en soit ainsi, les faits doivent être qualifiés, c'est-à-dire subsumés sous les termes de la loi» (Perelman, 1968: 89).

O procedimento jurídico da «qualificação» é definido por João Baptista Machado nestes termos: «Em sentido estrito é o problema da subsumibilidade de um quid concreto a um conceito utilizado por uma norma. Qualificar um certo quid é determiná-lo como subsumível a um conceito, por aplicação desse mesmo conceito: é verificar ou constatar em certo dado as notas ou características que formam a compreensão de certo conceito. É um problema que se põe no momento da aplicação da norma jurídica. Logo, a qualificação do quid por subsunção ao conceito, ou por aplicação deste àquele, pressupõe que determinemos primeiro a extensão e compreensão do dito conceito - pressupõe, por outras palavras, a prévia interpretação do conceito» (Franco, 1988: 677/678).

Em razão da verificação ou não da subsumibilidade requerida por lei, se fala em qualificação positiva ou negativa e, nestes termos, se pode concluir se determinado texto legal é ou não aplicável aos factos apresentados em juízo. Mas, operando-se esta qualificação, como dissemos, na premissa menor, esta não pode, em boa verdade, ser considerada «comme décrivant simplement les faits de la

*cause*» (Cfr. Perelman, 1990: 683). Ela comporta uma valoração sobre a matéria de facto, em função da qual dá ou não por estabelecidos os factos e decide se os mesmos são do tipo previsto (e punível), e uma valoração sobre o direito aplicável, através da interpretação da norma e que decide da sua aplicabilidade aos factos contidos na pretensão ou acusação. Comporta ainda, e pelo que acima se disse o uso da ficção, uma ponderação à cerca do estabelecimento dos factos em função dos fins da justiça, salvaguardando de par com a não violação da lei, o exercício de uma justiça efectiva. Assim sendo, a própria aplicação estrita do silogismo jurídico, não obstante a sua aproximação formal ao silogismo lógico, põe a descoberto a sua essência argumentativa e o uso nele implícito de juízos de valor que o estrito formalismo lógico enjeita.

Em face do que acabámos de dizer, o desdobramento operado na premissa menor do silogismo jurídico, aparece-nos como um artifício inevitável para compreender tecnicamente o desdobramento operado intelectualmente pelo juiz no processo de qualificação dos factos. Permite-nos, por outro lado, obter o aprofundamento dos conceitos de «facto» e de «direito» e dos níveis diferenciados da mesma realidade para que remetemem, a realidade dos factos juridicamente relevantes. Na «qualificação» confluem e misturam-se as águas da facticidade real e do ordenamento jurídico vigente, carreados pela necessidade de a prática jurídica pôr em relação os factos com o direito. Deste modo, em face de uma pretensão ou acusação, competirá ao juiz, através de uma dupla aferição contida na premissa menor, estabelecer os factos que justificam a petição e determinar as consequências jurídicas que, em face da lei, lhes são devidas (Cfr. Perelman, 1990: 682-683).

Importa que tenhamos presente que uma vez estabelecidos os factos e qualificados de harmonia com o disposto na lei, o poder de apreciação do juiz é função da consequência jurídica prevista no normativo em questão, em alguns casos prevista taxativamente, em outros consentindo uma apreciação limitada e em outros ainda, atribuindo ao juiz um poder discricionário ou de livre apreciação.

Quando os termos da lei são vagos, ou quando a sua estrita aplicação a um caso particular, consequencia a produção de decisões jurídicas ínfimas ou socialmente inaceitáveis, então manifesta-se particularmente importante o poder de apreciação do juiz, em vista da salvaguarda das sempre citadas porque sempre presentes preocupações de segurança jurídica e da paz judiciária.

O raciocínio jurídico está submetido a regras e prescrições que limitam, de facto, o poder de apreciação do juiz, designadamente na procura da verdade e da justiça, como aliás o atesta também Perelman. Mas, do nosso modesto ponto de vista, não podem os magistrados conformar-se a ser instrumentos de aferição de um mera estrutura de produção de inferências. Como diz Perelman, *«le pouvoir accordé au juge d'interpréter et éventuellement de compléter la loi, de qualifier les faits, d'apprécier, souvent librement, la valeur des présomptions et des preuves qui tendent à les établir, suffit le plus souvent pour lui permettre de motiver, de façon juridiquement satisfaisante, les décisions que son sens de l'équité lui recommande comme étant, socialement et moralement, le plus souhaitables»* (Perelman, 1968: 92).

### 4.2.3 - A especificidade da prova jurídica

Pretendemos, sob este título, ordenar um conjunto de reflexões que nos permitam perceber qual a racionalidade que perpassa a constituição dos sistemas de produção da prova na tradição jurídica do continente europeu, e, em função dela, procurar entender qual seja hoje o papel do juiz no quadro da apreciação da prova e da produção de uma decisão.

Tomamos, como primeiro resguardo, a constatação de que os sistemas probatórios são, como sustenta Jacobo Lopez Quiroga(\*), um reflexo da concepção ideológica que impera numa sociedade, ou, para usar as palavras de Goldschmidt, citado pelo mesmo autor, «*os princípios da política processual de uma nação não são outra coisa que segmentos da sua política estatal em geral*», acrescentando, mesmo, que a própria estrutura do processo penal de uma nação «*não é senão o termómetro dos elementos corporativos ou autoritários da sua Constituição*» (Quiroga, 1989: 51). A verificação deste postulado far-nos-á estabelecer, muito sucintamente, uma correlação, na história dos países do continente europeu, entre os regimes políticos que historicamente se sucederam e os meios de prova por eles requeridos para sua consolidação.

Como refere Quiroga «*en la época más arcaica, la prueba se encontraba rodeada de superstición*». Reforça mesmo esta ideia citando, em nota, estas palavras de Tissot: «*os homens ignorantes e supersticiosos acham muito mais fácil deixar à divindade o cuidado de resolver entre a culpabilidade e a inocência de um acusado, do que resolvê-lo eles mesmos*» (Quiroga, 1989: 53). De facto, no que concerne à história da prova judiciária nos países ocidentais as «*ordálias*» os «*juízos de Deus*» e os «*juramento do acusado*», deparam-se-nos como os dispositivos de produção da prova não somente mais arcaicos mas igualmente os mais marcados pela superstição.

Até 1215, data do IV Concílio de Latrão, e por vezes mesmo até mais tarde, como o sublinha Perelman, «*la preuve de faits, et parfois même la preuve de la justice de sa cause, était fournie par des ordalies, considérées comme le jugement de Dieu*». Segundo Bohemer, citado por Quiroga, as ordálias tinham lugar «*per ferrum candens vel vomeres ignitos; per aquam calidam et frigidam; per crucem, eucharistiam, cruentationem, sortes, et offam iudicialem*» (Quiroga, 1989: 53).

A racionalidade que preside à fundamentação do que hoje poderíamos justamente designar por «*atrocidades*» era suportada pela crença de que Deus não podia deixar de ajudar os inocentes. Uma vez submetidos os acusados à realização de determinadas provas, Deus haveria de comparecer, no caso de ele ser inocente, ou, então, abandoná-lo-ia à sua sorte, no caso inverso.

É evidente que a racionalidade a que aludimos é a relativa a um tempo historicamente bem determinado. E, não o esqueçamos, o conceito de «*racional*» tem de ser visto não num sentido absoluto, mas relativo. É ancorado a esta perspectiva que Hassemer, citado por Quiroga, sublinha: «*o que é que poderia resultar mais racional do que a segurança de que Deus não somente dirija a meteorologia, mas que também marque com a morte o homicida?*» (Quiroga, 1989: 53/54).

---

(\*) (La Prueba, «Las escuchas telefónicas y la prueba ilegalmente obtenida», pp. 52)

As ordálias ou julgamentos de Deus, constituíram provas de uma força tal que, como sustenta Quiroga, não consentiam sequer a possibilidade de discussão a seu respeito. Acrescenta este nosso autor, citando Fredas, que tais provas *«exoneraban al Juez de investigar y juzgar el hecho del hombre, puesto que no tenía más que comprobar el resultado del experimento»* (Quiroga, 1989: 54). Importa, para finalizar, reter ainda a opinião de Calamadrei, igualmente citado por Quiroga: *«o juízo de Deus, a prova do fogo, as ordálias, eram expedientes para introduzir em juízo, como garantia de imparcialidade, forças superiores a todo o cálculo humano e a todo o cuidado terrestre, como a indiferença dos deuses ou a sorte cega»* (cfr. Quiroga, 1989: 54).

Mais consentâneo *«com o espírito guerreiro e cavalheiresco do feudalismo»*, a que se refere Tissot, o «duelo judicial» veio juntar-se mais tarde às formas probatórias mais arcaicas, como o são as Ordalias, os Julgamentos de Deus e o Juramento do acusado, mantendo no essencial os inconvenientes de ser meio de prova igualmente incerto e gravemente influenciado pela sorte. De facto, como muito bem sublinha Quiroga, *«es sólo cuando el Estado aparece con su «imperium» cuando propriamente la ley establece la prueba»* (cfr. Quiroga, 1989: 54).

De facto, a abolição das ordálias em 1215, por decisão do IV Concílio de Latrão, como refere J.H.Langbein, *«fez com que passasse a ser o homem, e não mais Deus, a decidir as disputas humanas»* (Cfr. Gil, 1986: 38). É Perelman quem o refere, *«sous l' Ancien régime, suite au rejet des ordalies, s' introduisent des modes de preuves du droit savant, enseigné dans les Universités, qu' il s' agisse du droit romain ou du droit canon»* (J.Ph. Lévy, Cfr. Perelman, 1979: 26). Mas, este relativo avanço, no caminho de uma maioria dos sistemas probatórios, teve ainda que pagar com o sangue as custas da sua progressiva emancipação.

De facto, com esta libertação da tutela de Deus, surge o reconhecimento da falibilidade do juízo humano que, como nos lembra Fernando Gil, *«obriga a fixar padrões de prova extremamente elevados, de modo a limitar ao máximo a dúvida»* (Gil, 1986: 38).

Na circunstância de estarmos em presença de crime cuja gravidade acarretasse morte ou mutilação *«a prova plena devia residir em declarações de duas testemunhas ou, na ausência delas, na confissão do acusado; os indícios materiais vêm só em terceira posição e não representavam mais que uma semiprova»* (Gil, 1986: 38).

Em termos formais é o tempo em que vigora o princípio da ostensão. Só que, em face de uma só testemunha e não se verificando a confissão espontânea do acusado, começou a ser cada vez mais frequente o recurso à tortura como meio para obter a confissão. Mas, como no-lo faz ponderar Fernando Gil, o uso da tortura no direito romano-canónico, longe de significar o exercício de um poder discricionário, *«configurar-se-ia, portanto, como um método subsidiário de estabelecer o facto»* (Gil, 1986: 38) estatuto que manterá, pelo tempo necessário, até encontrar procedimentos de idêntico alcance que o possam substituir.

As provas materiais começarão a ter progressivamente um relevo maior no campo da produção da prova, *«em virtude da extensão da latitude de aplicação das poenae extraordinariae,*

fixadas pelo juiz», como o atesta Langbein citado livremente por Fernando Gil, «bem antes da campanha iluminista contra a tortura e da sua supressão nos ordenamentos jurídicos positivos» (Gil, 1986: 38).

A impulsão sofrida pelos «indicia» materiais, no campo de produção da prova, provoca o correlato declínio do princípio da ostensão, isto é, o declínio gradual do testemunho oral durante os séculos XIV-XV, em presença de um crescente protagonismo do documento escrito.

Como sustenta Fernando Gil, este declínio do testemunho que, de forma aparentemente paradoxal, «é concomitante do princípio da multiplicidade dos testemunhos (*testis unus, testis nullus*: cfr. Deuteronomio, 19, 15)» corresponde em termos epistemológicos à «exigência de uma replicação das experiências», que abre caminho para a designada «aritmética das provas» (cfr. Gil, 1986: 39).

Assim tem início o regime das provas legais (*statutory proofs*). É neste círculo de mutações profundas do regime da prova que o Estado aparece, de facto, como diz Quiroga, «*con su imperium*» e é quando, então, a lei estabelece a prova. A «ordonance de Moulins», promulgada por Henrique III, no século XVI, estabelece, «*a contrario*» do princípio da ostensão, que «*lettres passent témoins*».

Como refere Quiroga, «*entonces la ley debe determinar concreta y puntualmente los hechos que deben ser probados, y cómo deben serlo. Delito a delito, hecho a hecho, calidad y grado. Todo tenía que estar prescrito em la ley, y ésta lo hacía recta e implacablemente*» (Quiroga, 1989: 54).

A partir daqui é consistente formular no espaço judicial o princípio «*nullum crimen sine lege*». Como sustenta Fernando Gil «no âmbito da prova judiciária, estas diferentes mutações realizam a passagem do «oral» ao «escrito» que é o sentido epistemológico de uma modernidade anunciada desde a Baixa Idade Média.

Como sustenta Alessandro Giuliani, citado por Gil, as mutações operadas são essencialmente estas: assistimos a uma crescente intervenção do estado no domínio da prova; ao assegurar dos princípios da certeza e economia da investigação; a uma quebra do poder de intervenção do juiz, sujeito ao cumprimento de uma lógica oficial e, por último, ao estabelecimento de um horizonte de prova, «*constituído, como refere Gil, pelo comportamento presumido racional de todo o sujeito agindo em circunstâncias igualmente normais*» (cfr. Gil, 1986: 39).

Para a economia da reflexão por nós proposta neste capítulo, em que temos sempre como escopo procurar determinar, particularmente, as condições que hão-de permitir ao juiz o estatuto de «livre apreciador da prova», e daquele a quem em termos finais compete dizer o Direito, importa que retenhamos esta reflexão de Quiroga: «*A medida que los pueblos iban obteniendo mayor libertad en su sistema político, ello va a reflejarse en el proceso, de manera que paulativamente se va a admitir mayor libertad en la prueba, produciéndose um notable aumento del arbitrio judicial en la apreciación de las pruebas*» (Quiroga, 1989: 55).

Ao restabelecimento das liberdades formais, produzidas no seio da grande mudança operada no pensamento jurídico-político do continente europeu pela Revolução Francesa, parece não ter

correspondido, de facto, uma significativo aumento de liberdade no campo da produção da prova e, particularmente no campo do arbtrio judicial. Já o dissemos oportunamente, com a Revolução Francesa, 1791, consagram-se na lei, pela primeira vez, os princípios da íntima convicção do juiz, no que concerne ao estabelecimento dos factos, muito particularmente em direito penal, e o princípio que obriga o juiz a motivar as suas sentenças. A esta questão específica da «motivação» daremos adequado desenvolvimento no ponto seguinte deste capítulo.

Quanto ao conjunto de questões que nos propomos desenvolver aqui, importará referir que justamente a partir de 1791 e até, sensivelmente, 1880 a ideologia e a prática jurídicas que vingaram, designadamente a Escola da Exégesis e o positivismo jurídico, exerceram-se de forma a limitar drasticamente o aprofundamento daqueles princípios, em nome do primado da segurança jurídica, e o Juiz tomou-se, então, apenas a boca que diz a lei.

Tenhamos presente que a doutrina da separação dos poderes tinha correlata a separação das faculdades. Neste sentido a interpretação possível da belo texto que encerra a declaração de intenções da Revolução quanto ao princípio da íntima convicção do juiz, leva-nos a supor o seu esvaziamento, decorrente da estratégia jurídico-política, subsequente ao belo sonho de uma justiça não meramente formal. Deliberar segundo a íntima convicção só poderia significar, na perspectiva positivista, o exercício de uma justiça de olhos vendados e ouvindo o apelo exclusivo de uma razão unicamente guiada pelo modelo lógico-formal.

De facto, ao aumento das liberdades formais, veio a corresponder também um ordenamento jurídico forte coerente, garante desses mesmas liberdades. Se o processo penal é, como vimos, o reflexo das estratégias de controlo do poder político de um país, só a inversão da lógica expansionista e totalitária do estado, pôde acalentar uma alteração de tomo, no complexo processo de liderança das correntes jurídicas dominantes, por forma a reflectir-se ao nível dos normativos processuais e nestes, em particular, no domínio das orientações em matéria de produção da prova.

Sublinhemos, entretanto que, porventura em função do peso (no sentido que lhe dá o «princípio de conservação») da instituição jurídica, considerada como um todo, as mutações são normalmente lentas e, sobretudo, preparam-se. No caso do positivismo jurídico e da sua correlata concepção de prova e meios de prova, isto é, obtida por dedução formal, pela aplicação do silogismo jurídico ao normativo abstrato, sendo apenas permitido ao juiz interpretar os conceitos contidos na norma (de onde, segundo cremos, o nome da «Escola da Exégesis»), também assim aconteceu.

De facto, por volta de 1880, surgiu, numa linha de desenvolvimento paralela à do positivismo jurídico, como se fora uma sua variante, a escola funcionalista, corrente de pensamento jurídico que consentia já, para além do uso dos argumentos semânticos de interpretação, o uso predominante do argumento genético, o que é dizer, dos cânones de interpretação em função da vontade manifesta ou presumida do legislador. Não cabe no âmbito deste ponto do nosso trabalho fazer referência detalhada aos problemas delicados que comporta o uso do critério no campo da interpretação dos normativos jurídicos. Importará, talvez, mais dizer que o campo de intervenção, isto é o espaço de autonomia do juiz para formar livremente a sua íntima convicção, aumenta.

O Julgamento de Nuremberga, como bem o sublinha Perelman, põe a nú a precaridade de uma concepção de um Estado-Razão-Absoluta, gerador de uma legalidade cujos princípios estavam acima de qualquer questionamento, fazendo da Lei, como refere Perelman uma realidade quase-mística. Em nome dela tinham podido legitimar-se, afinal, as atrocidades praticadas pelo estado nazi.

A concepção tópica que, a partir de 1945, começa lentamente a crescer, vem de facto reintroduzir no campo da produção da prova a função lapidadora do «argumentum», sendo hoje manifesta a sua presença, através da consagração «definitiva» dos princípios da oralidade e do contraditório, nos sistemas de prova dos países do continente europeu. Mas, a concepção tópica veio trazer mais: veio sublinhar a importância de considerar que o Direito se não restringe à Lei escrita, sugerindo o recurso aos princípios gerais do direito, aos adágios e brocardos latinos, em suma, aos «topoi» jurídicos a que fizemos referência mais detalhada no capítulo antecedente. Pensamos que o esboço de uma boa estratégia, hoje, é o de não considerar a concepção tópica versus positivismo, mas por um princípio de economia e de eficácia do Direito, procurar compatibilizar os ganhos de uma e outra destas correntes de pensamento e prática jurídica.

Tal como Jacobo Lopez Quiroga, compartilhamos da opinião de que um sistema que contemple a livre apreciação da prova, concentra em si potencialidades que no-lo fazem parecer preferível, em termos muito gerais, ao sistema em que impere a previsão taxativa do que provar e como provar. Mas, como ele mesmo observa, a liberdade de prova requer alguma delimitação quanto aos meios de prova «*pues no todos son ni pueden ser lícitos*» e, por outro lado, «*la dignidad humana y el respecto por unos mínimos derechos del hombre deben servir de freno obligado a exacerbaciones probatorias*» (Quiroga, 1989: 55).

Além desta ordem de razões, importa sublinhar que um ordenamento jurídico que consagre o princípio de uma maior liberdade de prova, terá de prever, que, como diz Quiroga, na hora de apreciar a prova se exige um nível de preparação maior a todos os níveis, «*precisamente para evitar los excesos a que nos referíamos anteriormente, ya que una libertad tan erróneamente utilizada puede conducir a la tiranía*» (Quiroga, 1989: 55).

Em termos que pretendemos conclusivos quanto a este excuro pelos sistemas de produção da prova judiciária, que constituem, de facto, o solo onde cresceu e se desenvolveu a racionalidade jurídica presente, importará reter de Fernando Gil esta asserção: «*Numa palavra, pode dar-se a primazia à prova racional ou ao testemunho directo, e os conteúdos do testemunho podem variar, deslocar-se segundo os sistemas de direito. A prova decisiva residirá na racionalidade da argumentação ou em signos sobrenaturais empiricamente atestados, na prova de facto por observação, na confissão, em documentos escritos abonados por diversas maneiras...mas, em todos os casos, visa administrar o fundamento material, desprovido de ambiguidade, da sentença. A mesma finalidade anima as experiências cruciais nas ciências*» (Gil, 1986: 40).

A grande questão teórica que importa ainda desenvolver e resolver, no âmbito deste ponto, é a da definição do estatuto epistemológico da prova judiciária e/ou jurídica, particularmente por confrontação com o processo de produção da prova nos domínios da lógica e das ciências positivas. Cuidaremos, por fim, definir se a produção da prova pelo juiz legitima, e em que termos, o designativo de «prova jurídica», corolário de todo o esforço produtivo contínuo da prova, percorrendo a marcha do «dossier», desde a sua condição de inquérito preliminar e/ou à de processo e, no âmbito deste, os momentos particulares do debate instrutório e/ou de audiência de julgamento e, por último, o momento da deliberação da causa.

Ocupemo-nos, desde já em elucidar o conceito de «prova jurídica», estabelecendo uma correlação com outros conceitos jurídicos de prova que, em relação àquela, assumem uma natureza instrumental, por isso mais ligados à procura da estrita correspondência dos factos, juridicamente relevantes, com a realidade objectiva, como é o caso a «prova indiciária» que, introduzida no debate oral e contraditório da audiência de julgamento, tem por função compartilhar na produção da «prova judiciária», que comporta, então já, a fundamentação da matéria de facto e de direito. Teremos de considerar, eventualmente, se estaremos perante domínios diferenciados de produção da prova, se apenas e só perante níveis hierarquicamente definidos de produção da prova jurídica, quanto à natureza e meios.

Designamos por «prova indiciária», em Processo Penal, a prova produzida durante os actos investigatórios e, excepcionalmente nos instrutórios (caso o juiz assim o entenda), e que tem a ver com os «indicia» materias, comportando este conceito e em sentido próprio a designada prova material, mas também, pelo seu estatuto de «indicia», a prova pessoal, isto é, a que decorre do testemunho, directo ou indirecto dos factos.

Lembremos, embora de passagem, que o princípio jurídico da imediação que preside à produção de testemunhos orais em sede de audiência de julgamento, não consente naquele momento a forma de testemunho indirecto, isto é, o «ouvir dizer». Só que, no quadro da investigação, a produção da prova material tem como proveitoso o recurso a este testemunho indirecto, por vezes tomado instrumento que abre caminho aos «indicia» que hão-de definir os contornos e fazer a prova indiciária do caso.

Digamos que o modelo da prova que aqui designamos por «indiciária», é, naturalmente, também designável por «verdade material», já que, como sublinha Quiroga, a este termo se opõe o designativo de «verdade formal», isto é, «*la que se presenta por disposición o atribución de la ley y que generalmente es propia del proceso civil*» (Quiroga, 1989: 57).

Segundo este autor, a verdade formal não é *Verdade*, no sentido de que não se ajusta à realidade, nem, aliás, o procura. No processo civil mantém-se a procura da «verdade formal», já que esta se limita a averiguar ou a constar a verdade «*dentro del marco establecido por las partes, llegando por ello a tener por probados hechos inciertos, simplemente porque ambas partes procesales (actor y demandado) así lo han admitido*» (Quiroga., 1989: 56).

É por esta razão que Dellepiane, citado por Quiroga, indica que *«a lei sujeita a prova a certas condições que considera necessárias para determinar a certeza, de maneira que, em face de tais condições, o juiz deve necessariamente admitir como verdadeiro o que, segundo a lei, está por elas demonstrado»* (cfr. Quiroga, 1989: 56).

A tradição jurídica tem definido como objectivo do Processo Penal a produção da verdade material e efectiva, cuja exigência *«deve actuar como critério vivificador no campo do processo penal, tenha via livre para impor-se e não encontre obstáculos nem empecilhos por parte da lei»* (Florian, cfr. Quiroga, 1989: 57).

Como no-lo faz saber Quiroga na sua tese doutoral, Canelutti, um pouco ao jeito da linearidade de raciocínio de Parménides, manifesta-se frontalmente contra esta dissociação de noções de verdade, fazendo saber que, do seu ponto de vista, a verdade não pode ser mais que uma. E, assim sendo, de duas uma, ou a verdade formal/jurídica coincide com a verdade material, e nesse caso não é mais que verdade, ou então, não o conseguindo, mais não é do que uma não-verdade.

Subjacente à consideração clássica, digamos assim, da distinção entre verdade formal / verdade material, está pressuposta a ideia de que a exigência de verdade material se prende com a consideração de que lhe compete tutelar bens indisponíveis e que, ao invés a verdade formal se limitaria a tutelar bens disponíveis. Importa sublinhar, para a economia deste trabalho, que não é esta a visão contemporânea da questão, cujo paradigma poderíamos obter nestas palavras de Bettiol: *«pretender que o legislador tenha querido com esta eleição a não-verdade, seria, mais que um grave mal-entendido no plano jurídico, um verdadeiro e próprio absurdo lógico, moral e político»* (Bettiol, cfr. Quiroga, 1989:57).

Em todo o caso, que a verdade formal/jurídica coincida com a procura da verdade material, ou possa no plano teórico ser considerada autonomamente, o que nos parece bastante provável é que no plano prático, tanto em direito civil, como penal, se procura, de facto, uma estreita correspondência, em rigor e método, com os das ciências positivas e humanas, na selecção e tratamento de indícios. No que concerne mais especificamente ao direito penal, é visível a preocupação de harmonizar, segundo um só e mesmo conceito de «verdade material», tanto os elementos de prova pessoal, como os «indícia» propriamente materiais, relativos ambos à prova indiciária dos factos.

Sendo a sua base essencialmente empírica, a «prova indiciária» preocupa-se com a comprovação, pela via material e pessoal, dos factos. Decorre de um trabalho essencialmente investigatório, no âmbito do Inquérito Preliminar, cuja coordenação compete ao Ministério Público, como titular da acção penal, mas que é coadjuvado pela Polícia de Investigação Criminal em matéria de natureza técnico-policial e por toda uma logística técnico-científica a esta associada. Os elementos de prova, obtidos pelo testemunho de pessoas, isto é, prova pessoal, ou pela análise e tratamento dos indícios, «prova material» (stricto sensu), são objecto de procedimentos intelectuais de análise, correlação e síntese, por forma a produzirem uma indicição unitária, bastante quanto à natureza dos factos e sua relevância penal, e relativa ao local em que os mesmos ocorreram, quando ocorreram, como foram executados, quem os executou e com que finalidade.

De onde se segue que, a este nível primeiro de produção da prova, se procura, fundamentalmente, uma correspondência, se não efectiva, pelo menos assintótica, com a realidade objectiva.

A prova assim produzida, pela via da investigação policial, será, nos termos processualmente previstos, carreada como contributo indiciário para o debate instrutório e para «a audiência de julgamento», onde tem a força de estabelecer, sobre os factos, os acordos prévios à produção oral e contraditória da prova judiciária e, constituirá, na via aberta pelo normal desenvolvimento do processo, base decisiva para o posterior e efectivo estabelecimento dos factos pelo juiz, a quem caberá igualmente a qualificação jurídica dos factos e, em conformidade, a produção de uma decisão judicial que, no limite dos prazos cominados na lei para o procedente recurso, tem a força de uma verdade e a força da «coisa julgada». Não nos esqueçamos, porém, de considerar que, pelo princípio investigatório, o juiz e o tribunal tem competência para, se entenderem necessário, ordenarem a realização de outras investigações que considerem pertinentes, durante a marcha do processo e até ao momento que se dê por encerrada a audiência, em vista da produção suplementar de prova.

Uma questão essencial teremos de ter presente. Diz respeito à especificidade do facto juridicamente relevante. Vimos no ponto antecedente em que sentido podemos afirmar que os «factos», de que se fala no contexto jurídico, não são factos puros. Importará agora acrescentar que a prova dos mesmos não se esgota numa obtenção de uma estrita correspondência à realidade objectiva. Temos de reconhecer que existe um princípio «a priori» da tal busca de correspondência à realidade objectiva: todo o processo investigatório dos factos é orientado segundo um princípio de economia processual, isto é, em vista da sua qualificação nos termos da lei.

Seja-nos consentido o estabelecimento de uma correlação entre o processo de constituição do mundo dos factos juridicamente relevantes, isto é, de um dado ordenamento jurídico, e a constituição do mundo real em Wittgenstein.

Para este autor, o mundo real é o mundo dos factos. O mundo dos factos obtém-se pela partição, isto é, pelo recorte, num universo constituído por todos os «estados de coisas possíveis», isto é, constituído pela totalidade de proposições com sentido. Tal processo de partição, ou de recorte, é produzido por um processo de comprovação ou de verificação empírica que possibilita, de uma proposição que designa um «estado de coisas possível» (sachveralt), obter uma outra que permita afirmar, à cerca do evento antes apenas possível, que «é de facto o caso» (tatsachen). Assim, da proposição com sentido e que integra um estado de coisas possível, como o será o dizer «é possível que haja formas de vida em outros sistemas da nossa galáxia», obteremos uma proposição que integrará o mundo dos factos quando for possível provar cientificamente que «existem, de facto, outras formas de vida na nossa galáxia».

Tal como Wittgenstein configura o seu mundo real, a partir de um universo de estados de coisas possíveis, assim nos parece o processo de constituição de uma galáxia jurídica, passe o exagero de proporções e a insistência na metáfora. De facto, também uma ordem jurídica é obtida

pela partição ou recorte. Só que o recorte operado é, inversamente ao paradigma de Wittgenstein, um recorte no mundo dos factos reais, na sua ocorrência atípica e indiferenciada, digamos, bruta e abrupta. Desta partição, deste recorte, o direito opera uma abstracção, e, em resultado disso, surgirá uma norma, que passará a regular toda e qualquer ocorrência do mesmo acto tomado típico e, por isso, abstractamente considerado pela realidade normativa. Neste sentido, o direito opera esta inversão que torna um acto ou evento concreto em facto do tipo, abstracto e previsível.

Tanto quanto nos parece, o caminho da prova, designadamente em processo penal, percorre o caminho de progressiva descolagem da materialidade dos eventos e de progressiva aproximação das noções de facto e de direito. Na produção da prova indiciária tivemos já de considerar a existência de um apriori da produção da prova dos factos, isto é, a previsibilidade da sua qualificação jurídica futura; no âmbito da produção da prova dos factos e do direito aplicável, em sede de audiência de julgamento, constamos que através do pleno exercício do princípio da oralidade e do contraditório, o «argumentum» se interpõe como prova entre o facto e a norma, não obstante o protagonismo dado à materialidade. Por fim, o caminho da prova jurídica, produz o estabelecimento definitivo dos factos, resultante da qualificação de actos humanos como factos jurídicos, através da sentença.

Como no-lo observa Fernando Gil, «a crítica epistemológica contemporânea do modelo apodítico da prova desenvolveu-se paralelamente a uma restauração da retórica (nomeadamente desde os trabalhos de Perelman) e ao reavivar do interesse pela retórica antiga, cuja contribuição para a prova residiu na elaboração da noção de argumento e na procura de cânones e de modelos da argumentação» (Gil, 1986: 30).

De facto e no que concerne ao estabelecimento da prova jurídica, Perelman mostra-nos claramente como é impraticável conciliar a aplicação de normas abstratas aos casos particulares com o exercício efectivo da justiça, seguindo a rigor um modelo de produção de prova apodítica, obtida por dedução lógico-formal e a partir de evidências de natureza racional ou mesmo empírica. A verdade almejada através de uma decisão judicial, não pode, de forma alguma, ser apenas o resultado de um esquema inferencial válido, como não se restringe à verdade material dos factos, mesmo que obtida pela evidência, empiricamente produzida e cientificamente demonstrada, da prova indiciária.

O acordo sobre os "factos" surge como elemento de acordo prévio ao debate judiciário em sede de audiência, de par com as verdades e presunções, tal como demos conta em momento anterior. Pensamos mesmo que o debate instrutório cumpre, em relação à audiência de julgamento, essa função, isto é, a de estabelecer um acordo mínimo, de natureza indiciária, quanto à existência e relevância penal dos "factos" a introduzir em audiência de julgamento.

Nesta fase, caberá às partes produzir, de forma oral e contraditória, a prova dos factos e do direito aplicável, de molde a que as respectivas pretensões possam fazer vencimento e influenciar o juiz na formação da sua presunção. Mas o estabelecimento efectivo dos factos cumpre ser feito no quadro do raciocínio jurídico que produz a decisão final, após o encerramento da audiência de

juízo. Tomando o silogismo jurídico como paradigma do raciocínio do juiz, o estabelecimento dos factos e a sua qualificação jurídica ocorrerá, como vimos, no desdobramento operado na sua permissa menor.

Diz Perelman, citando H. de Page: *«Si prouver, devant un tribunal, c'est fonder une prétention, en établissant «le fait qui y donne naissance et les conséquences juridiques qui en découlent eu égard au système de droit en vigueur», il est important de souligner que, techniquement, la preuve judiciaire ne concerne que le fait»* (Perelman, 1990: 697).

De facto, temos de reconhecer que em sede de audiência e julgamento é concedido às partes um protagonismo maior, em relação ao do juiz, já que é a elas que compete fornecer a prova, como é particularmente o caso em matéria de direito civil, onde a interferência do juiz, apenas em questões de mera coordenação, é garantia de uma postura de neutralidade e equidistância. Por tal razão, também o protagonismo das questões de facto sobreleva ali o das questões de direito, em razão das prioridades e da competência das partes. Tal facto será aliás reflexo da partilha que a nossa tradição jurídica estabelece entre questões de facto e de direito.

Neste sentido, o esforço maior ali desenvolvido é carreado, pelas partes litigantes, para que faça vencimento a sua perspectiva acerca da realidade dos factos, sendo o debate sobre questões de direito uma questão segunda em relação àquela. Teremos então de reconhecer que a prova produzida em sede de debate oral e contraditório é, tecnicamente, a prova judiciária, isto é, a prova dos factos. É certo que também ali se argumenta em torno da interpretação dos normativos aplicáveis. Mas, como lembra Perelman, citando livremente H. de Page, *«les raisons que l'on peut fournir en faveur de telle ou telle interprétation de la loi ne relèvent pas des techniques de la preuve, mais des techniques d'interprétation, considérées comme étrangères au domaine de la preuve»* (Cfr. Perelman, 1990: 696/697).

Com que termos poderemos então definir «prova jurídica» se a um tempo não a podemos identificar com as técnicas de interpretação, nem com a prova dos factos?

Teremos de reconhecer que a produção de uma sentença pressupõe, necessariamente, o estabelecimento dos factos, o que é dizer, de um acordo sobre uma dada realidade juridicamente relevante. Neste sentido, a prova judiciária constitui-se como objecto de acordo prévio ao debate do juiz consigo mesmo. Mas a produção da prova jurídica não pode limitar-se a ser uma réplica desta, produzida por decalque.

Ao contrário do historiador, ou mesmo do investigador criminal que o precede, o esforço do juiz não se orienta para a reconstituição arqueológica do passado, isto é, reconstituir o passado tal como foi. Diz Perelman: *«C'est pourquoi, il importe d'insister sur les différences qui distinguent le raisonnement du juge, assujetti à des règles de procédure civile ou criminelle, du raisonnement du chercheur, celui dont les seules préoccupations sont d'ordre scientifique, l'établissement de la vérité objective»* (Perelman, 1979: 26).

Em face do que dissemos, teremos que forçosamente entender que o raciocínio do juiz é efectivamente distinto do raciocínio lógico-dedutivo, do raciocínio que procede pela reconstituição histórica dos factos, ou mesmo do raciocínio dos investigadores das ciências, cujas preocupações os orientam exclusivamente para o estabelecimento da verdade objectiva.

É bom de ver que ao invés do que acontece com o formalismo lógico, onde a prova obtida por demonstração é impessoal, e em razão disso *«s'imposant à tout esprit normalement constitué, pouvant même être fournie par des machines, sa correction ne saurait dépendre de l'adhésion de telle ou telle personne»* (Perelman, 1990: 694), a prova jurídica não é impessoal, nem indiferente à adesão do amplo e hipercrítico auditório judiciário universal. Acresce ainda como razão pertinente, de reforço deste muito óbvio ponto de vista, o facto de a sua produção oral e contraditória, operar como que uma transmutação dos elementos de materialidade da prova judiciária, carneados para o processo no decurso dos actos de investigação, em elemento de natureza típica, propriedade de um discursividade jurídica interpessoal, produzido sob a égide do princípio da imediação.

Terá algum sentido pensarmos que o julgamento de alguém "à revelia" constituía no C.P.P. de 1929, uma excepção a um princípio fundamental, que poderia ter eventualmente razões de natureza técnico-jurídica ou simplesmente culturais ou consuetudinárias que lhe fossem próprias, mas que, em todo o caso, se caracterizava pela preocupação de que a prova se produzisse presencialmente, de forma oral, logo audível, e de forma pública, logo com transparência de processos.

Poderá até pensar-se que a produção da prova, bem como a censurabilidade social que recobre a prática de um acto ilícito, requerem um rosto, como se fora uma forma velada de evocação dos ancestrais códigos de honra, mas seguramente a pretender afirmar também que a justiça se exerce com mãos sábias e limpas.

Sobrelevando todas as razões já aduzidas aqui, duas circunstâncias especiais e únicas fazem da produção da prova, e do raciocínio jurídico que a garante, algo de muito específico, face a todos os horizontes teóricos a que temos feito referência. São elas a obrigação de julgar que no nosso sistema jurídico impende sobre o juiz, e, bem assim, a obrigação subsequente de motivar a sentença. Referir-nos-emos, ainda e detalhadamente neste acapítulo, a esta questão central da motivação, não deixando entretanto por dizer algo que é, neste contexto, pertinente: motivar uma sentença não se limita a ser uma elencagem dos preceitos legais que terão constituído o instrumento teórico de qualificação dos factos e decorrente estatuição das consequências legais. A motivação remete o juiz que a profere para uma relação de compromisso não só com o ordenamento jurídico vigente, mas também de compromisso com a sociedade e com o próprio sentenciado.

Em razão da obrigação de decidir e de motivar, o sistema jurídico funciona como se fosse um sistema completo. Em boa verdade, nele deveriam poder ser julgadas todas as pretensões das partes, em termos de se decidir se as mesmas são ou não conformes ao direito. Como é sabido, os sistemas axiomáticos não realizam esta pretensão, na medida em que, enquanto sistemas fechados, deixam por decidir problemas, designadamente os que concernem à verdade ou falsidade de todas as proposições com sentido.

Aparentemente, não seria inconsistente, em termos práticos, postular que o direito pudesse funcionar como um sistema completo, isto é, que pudesse constituir-se como uma malha que recobrisse todo o tecido social e todo o conjunto de práticas ilícitas. A doutrina jurídica encarregar-se-ia de produzir interpretações que pudessem fornecer aos juizes as soluções para todos os casos que eventualmente se prestassem a contestação.

Só que, como no-lo faz notar Perelman, não impende sobre os teóricos do direito uma obrigação, do mesmo tipo que a que impende sobre o juiz, de produzir a resolução teórica para os problemas mais complexos, sendo frequente que a sua acção se limite a sugerir ao legislador que modifique a lei, quando se lhes depara uma situação inextrincável.

Daf que nos pareça legítimo reconhecer que o juiz, para o exercício cabal das suas funções, necessita de um poder de livre apreciação, quer em matéria de facto, quer em matéria de direito, particularmente quanto à interpretação dos normativos em função da subsequente qualificação, sendo intocável o reparo que a esta ideia deve ser feito no sentido de que esta liberdade deverá sempre funcionar no quadro da legalidade das normas e do direito. Diz-nos a propósito Perelman: *«on comprend dès lors que, devant un tribunal, il soit possible plaider le pour et le contre. Le juge qui statue, après avoir entendu les deux parties, ne se comporte pas comme une machine, mais comme une personne dont le pouvoir d'appréciation, libre mais non arbitraire, est le plus souvent décisif pour l'issue du débat»* (Perelman, 1990: 696).

Se a natureza oral e contraditória do debate judiciário constitui já por si, enquanto dispositivo de produção da prova judiciária, um elemento que torna específica a prova neste domínio, particularmente em relação ao de uma axiomática, a ele vêm juntar-se e reforçar esta especificidade os princípios da livre apreciação da prova, a interpretação da lei e, por último a imperatividade da motivação, na medida em que provar é já, em certa medida, decidir.

Na opinião de Levy-Bruhl: *«a prova judiciária (...) é o procedimento pelo qual um facto ou direito objecto de uma controvérsia ou duvidoso adquire, por intermédio do julgamento que o reconheça, o valor de uma verdade, pelo menos provisória (...) a prova é um mecanismo destinado a estabelecer uma convicção sobre um ponto incerto»* (Cfr. Gil, 1986: 36).

A análise desta asserção remete-nos, desde logo, para a consideração de que é no quadro e nos limites impostos pelas regras de processo civil ou criminal que o juiz é obrigado a produzir, em tempo útil, a verdade que salvguarde a segurança jurídica, pela sua conformação ao direito, e a paz judiciária, por referência a um sentido social de justiça.

Um olhar atento sobre o que se passa em sede de audiência de julgamento e respectivas actas, particularmente sobre a própria ttextura das motivações da sentenças, permite-nos constatar duas coisas fundamentais: a primeira é a de que o mecanismo da prova, longe de ser o de uma demonstração de natureza logico-matemática, é uma cadeia argumentativa que ata uma decisão ao corpo de leis positivas, à doutrina, aos precedentes e aos princípios gerais do direito, numa preocupação de pôr em manifesto a sua racionalidade, que a conforma ao sistema, e a razoabilidade

da sua adequação a um senso comum jurídico, isto é, racionalidade e razoabilidade que conformam a natureza mesma do direito à natureza das coisas. Permite-nos constar, em segundo lugar, que a prova judiciária e jurídica de um facto, sobreleva também, e em muito, a sua comprovação empírica ou pericial, contributos estes que, por serem importantes intervêm de forma decisiva na produção da prova judiciária dos factos e, de formal instrumental na formação da prova jurídica e da presunção final.

A regra de justiça formulada por Perelman no seu texto «De la Justice», então ainda «*dans un esprit positiviste*», segundo a qual «*les êtres d'une même catégorie essentielle doivent être traités de la même façon*» (Justice et Raison, Cfr. Perelman, 1977:7), contém intrinsecamente a exigência de ponderações sobre juízos de valor que o estrito uso do modelo lógico dedutivo de forma alguma comporta. A partir desta constatação, Perelman ocupa-se com o estudo das virtualidades do processo argumentativo que opera no espaço de produção da prova jurídica.

Pela nossa parte vimos, em momento anterior, de que forma a garantia prestada pelo princípio do contraditório é essencial para a produção oral e contraditória da prova em matéria de facto e de direito e, em última instância, para a produção de uma presunção que permita ao juiz decidir, no quadro do nosso ordenamento jurídico.

Ora, do nosso ponto de vista, o pleno exercício do contraditório requer, para sua própria consecução, além do estrito imperativo legal do seu exercício, quer no debate instrutório, quer em audiência de julgamento, o manejamento paritário deste dispositivo logo-técnico da augumentação, particularmente pelo defensor e advogado do assistente.

O uso das técnicas persuasivas, em sede de debate judiciário, sendo imprescindível para a produção da prova dos factos e de direito, encerram um perigo potencial de manipulação, tornando forte um argumento fraco e o seu inverso, podendo condicionar fortemente o tribunal, na medida em que a questão da prova judiciária se situa neste registo quase imaterial da formação de uma presunção. Daí a importância do bom aviso de Aristóteles acerca da necessidade de nos imunizarmos contra as estratégias de comoção psicagógica usadas em tribunal, valorizando ao invés o bom uso das «*provas técnicas*», termos com que ele designava o uso do entimema e do método do exemplo, de par com o recurso aos «*princípios do direito não escrito*», como formas de convencer racionalmente o juiz.

Deste modo se legitima também no campo da produção da prova jurídica, o concurso de uma racionalidade intermédia, situada entre a estrita apoditicidade e a mera sugestão, racionalidade esta que está contida em todo o processo de argumentativo e que torna possível a produção da prova em sede de audiência de julgamento, no debate do juiz consigo mesmo e na fundamentação ou motivação de uma sentença.

### 4.3 - Da motivação das sentenças

A «motivação» é um conceito que comumente se entende como designando os móveis psicológicos de uma decisão. De entre as opiniões que se inclinam por uma elucidação que incorpora no termo «motivação» a dimensão psicológica, parece-nos particularmente interessante a de M.T.Sauvel. Sustenta este autor, a partir da ideia de que motivar uma decisão é exprimir as razões dela e de que o juízo motivado constitui uma tentativa de persuasão (cfr. Perelman, 1990: 667), que *«les motifs bien rédigés doivent nous faire connaître avec fidélité, toutes les opérations de l'esprit qui ont conduit le juge au dispositif adopté par lui. Ils sont la meilleure, la plus haute des garanties, puisqu'ils protègent le juge à la fois contre tout raisonnement qui pourrait s'offrir à son esprit et contre toute pression qui voudrait agir sur lui»* (M.T.Sauvel, cfr. Perelman, 190: 677).

Aliás, Perelman, sublinha que aquela passagem do subjectivo ao objectivo, isto é, do que persuade um sujeito ao que deveria convencer todos os outros enferma dos vícios da utopia cartesiana, *«telle qu'elle s'est manifestée le plus clairement dans la «Préface de l'auteur au lecteur» qui se trouve en tête de l'édition en latin des Méditations»* (Cfr. Perelman, 1990: 667/668).

De facto Descartes refere no texto em apreço: *«Exporei primeiramente os meus pensamentos pelos quais eu me persuado de ter chegado a um certo e evidente conhecimento da verdade, a fim de ver se, pelas mesmas razões que me persuadiram, eu poderei também persuadir dela os outros...»* (Cfr. Perelman, 1990: 668).

Como Perelman faz questão de sublinhar, são diversas as razões que inibem e se opõem mesmo à transposição dos métodos e concepções do plano cartesiano para o campo jurídico e, particularmente, a que possibilite a identificação da «motivação» jurídica com a *«indicação de todas as operações do espírito que conduziram o juiz ao dispositivo por ele adoptado»*, como acima referimos, citando M.T.Sauvel. O exemplo, para nós mais evidente, de causa excludente do levar linearmente à prática esta ideia de motivação, é constituído pela própria Lei processual penal portuguesa que protege taxativamente, como vimos em momento anterior, o segredo das deliberações colectivamente tomadas, pelo menos nos aspectos que ponham em causa a coesão do tribunal e a força da decisão.

Como poderá supor-se, as racionalizações (para já não falamos da questão das «verdadeiras razões» a que fizemos referência no ponto deste capítulo em que falámos da deliberação íntima e do problema que ali se contém da plena consciência de todos os móveis), as operações do espírito de cada um dos juizes ou jurados estariam, por certo, muito longe de poderem ser consonantes, pondo eventualmente em evidência o exercício de pessoalizar o juízo, para além colocar em evidência o que não necessita estar, isto é, a não univocidade dos juízos que dão forma a uma decisão. A confrontação dos juízos antagónicos poderia ser, potencialmente, apenas revelador de aspectos processualmente irrelevantes e sem que daí resultasse, necessariamente, mais transparência de processos.

A decisão deve ser inequívoca, taxativa, e ter a força da coisa decidida. A motivação que ignore a especificidade da decisão judicial, dando conta, com tal pormenor, dos detalhes não pertinentes, poderá, eventualmente, carrear para julgamento o efeito negativo do uso, nesta sede, do argumento «*ad hominem*» e, pior ainda, do argumento «*ad personam*». Aliás, muito concludentemente, Perelman, refere que «*une simple description des opérations de l'esprit de juge ne fournit pas nécessairement une bonne motivation, c'est-à-dire une légitimation ou une justification qui persuaderait les parties, les instances supérieures et l'opinion publique du bien-fondé de la décision*» (Perelman, 1990: 668).

Não é esse, naturalmente, o sentido que no uso da linguagem jurídica se lhe define, como é particularmente o caso do nosso Código de Processo Penal. Sobre esta questão são avisadas as considerações expendidas por Marques Ferreira nas *Jornadas de Direito Processual Penal*:

*«A obrigação de tal motivação surge em absoluta oposição à prática judicial na vigência do CPP de 1929 e não poderá limitar-se a uma genérica remissão para os diversos meios de prova fundamentadores da convicção do tribunal (...). No futuro processo penal português, em consequência com os princípios informadores do Estado de Direito democrático e no respeito pelo efectivo direito de defesa consagrado no artº 320º, nº 1 e no artº 210º, nº 1, da CRP, exige-se não só a indicação das provas, ou meios de prova que serviram para formar convicção do tribunal mas, fundamentalmente, a expressão tanto quanto possível completa, ainda que concisa, dos motivos de facto que fundamentaram a decisão.»*

*"Estes motivos de facto, (acrescenta Marques Ferreira) não são nem os factos provados (thema decidiendum), nem os meios de prova (thema probandum), mas os elementos que em razão das regras da experiência ou de critérios lógicos constituem o substracto racional que conduziu a que a convicção do tribunal se formasse em determinado sentido ou valorasse de determinada forma os diversos meios de prova apresentados em audiência" (cfr. Nota 5 ao artº 374º do CPP, Gonçalves, 1990: 498).*

De facto, como referimos em momentos anteriores, a «motivação» surge na linguagem e tradição jurídicas ocidentais, pela primeira vez, tanto quanto julgamos saber, na doutrina jurídica que fez vencimento na Revolução Francesa, 1791, data a partir da qual ficou consagrada a obrigatoriedade de motivação das sentenças.

A Escola da Exegése e o positivismo jurídico tiveram, pela própria natureza inaugural de uma tal obrigatoriedade da prática judicial, o privilégio de enformarem o sentido pioneiro daquele princípio, completando naturalmente a vontade expressa do legislador.

Tenhamos presente, no entanto, que, como é desenvoivadamente analisado pelo professor Ph. Godding, numa exposição histórica sob o tema «*Jurisprudence et Motivation des sentences, du Moyen Age à la Fin du XVIII*», a arqueologia da motivação das sentenças dá-nos conta do uso, em épocas mais remotas, de uma certa forma de motivação, que, segundo nos parece, caracterizará o período da sua gestação como prática e como conceito jurídico. No quadro da informação prestada

pela exposição de Godding, Perelman faz-nos notar que as ordálias são o caso paradigmático de ausência deste quesito da motivação das sentenças.

Pensamos que a concepção medieval de juízo divino não consentia, então e ainda, a veleidade, ousada mais tarde por Descartes, de submeter Deus ao Tribunal da Razão, como sabemos no quadro da possibilidade de fundamentação da Sua existência pelo «cogito». Até ao IV concílio de Latrão era impensável fazê-lo, em razão da absoluta confiança na transcendência e intocabilidade da justiça divina, da inquestionabilidade dos seus dogmas, a que não seria completamente estranha a força persuasiva da violência física que os resguardavam.

Tenhamos, no entanto, presente o aviso prudente de M. Gilissen, cuja reflexão contribui para o aprofundamento da verdade histórica das ordálias. Citado por Perelman, este autor sustenta na sua obra «Le problème des lacunes en droit» que os juizes apenas recorriam às ordálias quando estavam perante a dificuldade da prova dos factos, ou quando não sabiam que regra aplicar, caso em que a dificuldade era a da prova do direito. Em tais casos, a motivação não somente não era revelada, como era mesmo desconhecida pelos próprios juizes, em face da consumada delegação de competências (Cfr. Perelman, 1990: 668/669).

Sublinhemos a ideia de que, na ausência de regras de direito expressas, não havia, no momento histórico a que nos referimos, instrumentos jurídicos que suportassem pela base a possibilidade de promover a administração de uma justiça imparcial. Esta, como sustenta Perelman, assenta basilamente na regra de justiça formal que estabelece que «*os seres de uma mesma categoria essencial devem ser tratados da mesma maneira*». Como tivemos já oportunidade de o referir, a aplicação desta regra pressupõe a ponderação sobre valores, como os da equidade e da justiça (sendo certo que não haverá, segundo hoje se entende, maior injustiça do que tratar de igual forma pessoas com méritos diferentes), e, bem assim, que se tivesse, então, a possibilidade de recorrer ao uso dos precedentes.

Mas, com o dealbar do século XIII surge no horizonte o ensino do direito sábio, nas variantes do «direito canónico» e do «direito romano», após, portanto, a supressão das «ordálias», data (1215) historicamente determinante para a evolução do direito. Como no-lo observa Perelman, só pouco a pouco é que as regras costumciras e as recolhas das sentenças foram sendo redigidas e levadas ao conhecimento dos estudantes de direito. Neste contexto refere Perelman que a ausência de motivação consequenciou que «*dans l'enseignement du droit, une place de choix ait été réservée au droit romain et au droit canon, mieux connus et plus respectés que le droit local*» (Perelman, 1990: 669).

Pensamos que a impossibilidade estrutural, manifesta num desequilibrado ordenamento jurídico, segundo cremos gerado pela desproporção categórica entre leis divinas e um lacunar e incipiente direito escrito, de par com a coexistência, bem sensível, de ausência de maturação das condições políticas e sociais que haveriam de criar a necessidade de impor a motivação na lei, não consente sequer a expectativa de que, nos casos arbitrados por recurso à lei e aos juizes humanos,

houvesse possibilidade ou sequer necessidade de, nesse tempo, motivar as sentenças. Aliás, no tempo das ordálias, tendo em conta os modelos de aplicação do direito em presença, haveria de se manifestar, necessariamente, do nosso ponto de vista, um efeito de tropismo do racionalismo jurídico nascente em relação ao modelo dos julgamentos de Deus.

No entanto, adverte-nos Perelman, havia uma circunstância em que o juiz se obrigava a uma figura próxima da motivação. Era o caso quando, em função do recurso para uma instância superior o juiz apelado tinha de fazer chegar às instâncias superiores o dossier sobre o assunto, «*y compris les raisons qui ont motivé la sentence*» (cfr. Perelman, 1990: 669)(\*).

Sugere Perelman que esta forma de motivação, que nós designamos de «intraprocessual» apresentava-se tanto menos necessária quanto mais se avançava na escala hierárquica. Lembremos que a este quesito da motivação, isto é, a necessidade de a fundamentação ser tal que permita aos sujeitos processuais e ao tribunal superior o exame do processo lógico ou racional que lhe subjaz, virá a ser completado, bastante mais tarde, no ordenamento jurídico dos países civilizados, por um outro princípio de fundamentação extraprocessual. A ele se refere Maia Gonçalves nestes termos: «*a fundamentação deve assegurar, pelo conteúdo, um respeito efectivo pelo princípio da legalidade na sentença e a própria independência e imparcialidade dos juizes, uma vez que os destinatários da decisão não são apenas os sujeitos processuais mas a própria sociedade*» (Cfr. Gonçalves, 1990: 499).

O primeiro esboço de uma vontade política que desencadeia a gesta, propriamente falando, daquilo que será o conceito moderno de motivação ocorre na França do século XVI, quando os «*Etats Généraux*» pedem a supressão das sentenças não motivadas, sem que, no entanto obtivesse vencimento tal pretensão. Tal só viria a acontecer no início da última década do século XVIII, mais precisamente aquando da Constituinte de 16 a 24 de Agosto de 1790, em que se estabelece, por decreto, a obrigação de motivar, nestes concisos termos: «*les motifs qui auront déterminé le jugement seront exprimés*».

Mais tarde a Constituição francesa «*du 5 fructidor an III*», vem precisar melhor o sentido do termo, estabelecendo no seu artº 208º: «*les jugements sont motivés, et on y énonce les termes de la loi appliquée*». Pelo seu lado a Lei de 20 de Abril de 1810, sem acrescentar nada àquele sentido, estabelecerá que serão consideradas nulas as sentenças que não contenham expressos os motivos (J. Godding, cfr. Perelman, 1990: 670).

Como claramente transcorre das linhas definidoras do positivismo e sua Escola, a que temos vindo a fazer referência, a obrigação de motivar as sentenças tinha, então, uma função fiscalizadora dos actos do magistrado judicial, manifestação clara de uma opção de consolidar o sistema,

---

(\*)Em direito português a motivação das sentenças surge, como se vê de preceito expresso, nas ordenações filipinas.

organizado em torno de uma nova racionalidade, fundadora de uma nova ordem jurídica que tinha como valores de tomo a igualdade dos cidadãos perante a Lei(\*).

A preocupação política que vertia as suas orientações no processo, terá sido fundamentalmente esta: a de que se criasse uma ordem jurídica consistente, que fizesse de indivíduos, sem nome nem identidade jurídica, sujeitos de direito, capazes de participar em paridade de direitos, obrigações e personalidade jurídica, com a burguesia em ascensão, nas actividades do comércio.

Pela nossa parte, as obrigações impostas aos juizes de julgar na estrita exége das normas, tinha sobretudo que ver com a defesa, à retaguarda, contra a postura supostamente reaccionária da nobreza, até então detentora do poder político e com a defesa à vanguarda, não fossem os magistrados pretender aprofundar os conceitos de liberdade, igualdade e fraternidade e, particularmente e em função daqueles, o conceito de Justiça.

Em conformidade com a lei, e decorrendo das razões expendidas, a obrigação, consagrada pela Revolução e continuada pelo positivismo, de motivar as sentenças, tinha essa função precisa de controlo e de salvaguarda do novo «status político» e da «legalidade dos bens», deixando livre, à classe em ascensão, como bem sustenta Michel Foucault em «Surveiller et Punir», a prática de determinadas ilegalidades de direito, que possibilitou o seu rápido florescimento no campo dos negócios.

Referindo-se ao presumível alcance da obrigação de motivar, emanada da Revolução, diz Chaim Perelman: *«Elle vise essentiellement à soumettre les juges, trop indépendants, à la volonté de la nation, c'est-à-dire, à celle du législateur qui l'incarne (...) La motivation, telle qu'elle a été conçue par le Constituant, devrait garantir au pouvoir législatif l'obéissance inconditionnelle des juges à la loi»*. (Perelman, 1990: 670).

Acrescentemos que foi ainda neste propósito que foi instaurado, acto contínuo, o «Tribunal de Cassação», com a função específica de velar para que os «cours» e tribunais cumprissem a Lei, encarnação de natureza óptica, quase mística, em todo o caso, expressão intocável da vontade nacional (cfr. Perelman, 1990: 670).

Deste modo, motivar uma sentença consistia em atestar perante a hierarquia judicial e política que os motivos aduzidos, fundamentadores da sentença, estavam em perfeita e consonante conformidade com o texto legal. O uso do silogismo jurídico, de par com os argumentos a pari, a contrário, a fortiori e, eventualmente, o argumento do direito canónico do «*distinguo*», bastavam para o desempenho dessa função subsuntora dos casos particulares à lei, sem por em risco a segurança do novo ordenamento jurídico e do sistema político. Deste modo, o conceito de «motivação» em direito, e a partir da tradição instituinte que foi a francesa, colhe a significação restrita de indicação das razões que motivam o julgamento.

---

(\*) Esta ideia que hoje nos parece elementar, tinha contra ela a forte oposição do *status quo*, enraizado em séculos sucessivos de profunda estratificação social, e que tinha no direito romano, (para não falar já da sociedade grega e seu conceito de "democracia"), correspondência, nas noções de «*jus iuris*» e de «*jus gentium*».

Um tal entendimento comporta a ideia de que o tecido das leis recobre completamente a realidade social, sem lacunas nem antinomias e que, por isso, todos os casos litigiosos têm solução na Lei, sem que, para tanto, se tenha de recorrer a qualquer tipo de interpretação. Competia ao juiz ser a boca que diz a lei, sem se questionar sequer sobre *«si la solution était équitable ou socialement admissible, car seul le législateur avait à décider du juste et l'injuste, de ce qui était ou n'était pas conforme à l'intérêt général. En cas de doute, le juge était censé se référer au législateur»* (Perelman, 1990: 670).

De facto, só após a substituição do «référé législatif» pelo artº 4º do Código de Napoleão, viriam a operar-se duas alterações sensíveis, no que concerne à posição e função do juiz: este deixava de estar tão estreitamente subordinado à vontade do legislador e era mesmo incitado a eliminar as eventuais antinomias, a preencher as lacunas da lei e até a precisar, através da interpretação, o sentido desta. A intervenção do juiz era legitimada por, aquele normativo, nos casos de «silêncio», «obscuridade» e insuficiência» da lei. Sempre que tal acontecia era frequente o juiz motivar a sua decisão, justificando a sua iniciativa em função da ocorrência de alguma daquelas três circunstâncias (cfr. Perelman, 1990: 670-671).

Entretanto isto não era concedido sem um conjunto de restrições que limitavam a sua aplicação aos casos excepcionais. Por exemplo, não era permitido aos juizes o uso de tal discricionariedade nos casos litigiosos em que uma só lei clara bastava para formar a correspondente moldura penal. Verificada uma situação deste tipo, e uma vez estabelecidos os factos, impunha-se-lhes aplicar, ao caso introduzido em juízo, a única solução prevista na lei.

Na perspectiva de Perelman, o espírito revolucionário desejava, por uma via de restrições, *«empêcher que ne se forme une jurisprudence indépendante»*. Acrescenta o nosso autor que só mais tarde se virá a reconhecer o papel da jurisprudência e, a esta associado, o problema da sua unificação, *«quand on s'est rendu compte du fait que les procès, surtout au civil, portaient autant sur des questions de droit que sur des questions de fait, les divergences concernant la qualification, le manière de subsumer les faits sous des catégories juridiques»* (Perelman, 1990: 671).

Num texto intitulado Le problème des lacunes en droit, coligido em «Ethique et Droit» (770-685) Perelman ilustra bem por que formas os juizes souberam progressivamente aproveitar aquelas prerrogativas legais para obterem uma solução mais conforme com o seu sentido de justiça e com a equidade, quer invocando o silêncio da lei, recorrendo ao artifício de restringir o seu alcance, quer criando antinomias entre determinado texto legal e a equidade ou entre o texto legal e determinado princípio geral do direito. O desenvolvimento destes recursos foi resultando, segundo cremos, de um esforço real de promover uma adequação da malha do direito a um tecido social em expansão, em termos económicos, políticos e sociais.

Mas, aquém mesmo desta realidade, experienciamos constantemente aquilo de que nos fala Perelman: *«un texte qui, à la lecture, paraît éminemment clair, cesse de l'être du moment qu'il semble inapplicable dans une situation sortant de l'ordinaire»* (Perelman, 1990: 671).

O nosso autor dá-nos como exemplo dessa «clareza» intocável, o corpo dos artigos da Constituição belga, vigente aquando do grande conflito bélico ocorrido entre 1914 e 1918, que estabeleciam, sem equívoco possível, ao nível da sua compreensão, que os poderes «*sont exercés de la manière établie par la Constitution*» e que «*le pouvoir législatif s'exerce collectivement par le Roi, la Chambre des Représentants et le Sénat*» ou ainda, que «*La Constitution ne peut être suspendue ni en tout ni en partie*».

Deflagrada a Guerra e consumada a ocupação militar do território belga, o rei viu-se na necessidade de legislar sozinho, em face da impossibilidade de o poder fazer em conjunto com os outros dois ramos do poder. Ora, como bem sublinha Perelman, a «Cour de Cassation» belga não teve dúvida alguma em reconhecer, contra o texto constitucional, que o mesmo se tinha esquecido de estabelecer o modo como o poder deveria ser exercido em caso de força maior, de onde resultava uma «*nécessité inéluctable pour le Roi de légiférer seul lorsque les deux autres branches du pouvoir législatif sont empêchées de remplir leur fonction*» (Cfr. Perelman, 1990: 671).

Sustenta bem a propósito Perelman que pouco importa, em tais circunstâncias, o questionamento teórico sobre as condições jurídicas que inibiram a aplicação, na situação concreta, do texto da lei. Importará, sobretudo, sair de uma situação inextrincável e encontrar para a solução uma motivação satisfatória. Daí que, segundo Perelman, a motivação da «Cour de Cassation» tenha sido taxativamente esta: «*c'est par application des principes constitutionnels que le Roi, resté pendant la guerre le seul organe du pouvoir législatif ayant conservé sa liberté d'action, a pris les dispositions ayant force de loi que commandaient impérieusement la défense du territoire et les intérêts vitaux de la nation*». Ora os motivos invocados são, como de resto sublinha o nosso autor, não o texto constitucional, mas aquilo que o Procurador-geral Terlinder designou então por «*axiomas do direito público*» (Cfr. Perelman, 1990: 672).

Tanto quanto nos parece, em razão da expansão de uma concepção nascida a partir da segunda metade do século XIX, referimo-nos à perspectiva funcionalista do direito, e muito particularmente da revitalização da concepção tópica do direito surgida após a deflagração da designada II Guerra Mundial, não é necessário hoje que intervenham situações tão extremas como as relatadas para que o tribunal, considerando as consequências inaceitáveis que resultariam da aplicação «à letra» do texto da lei, procure aceder, das maneiras mais diversas a uma solução mais razoável, sem que, para tanto, tenha de violar a lei em questão.

Como no-lo observa Laborinho Lúcio, citando Michel Kerchove e F. Ost, vai emergindo, assim, «*uma racionalidade plural e gradual, que impede uma resposta monológica, de sim ou não, às questões jurídicas mais fundamentais*» e que, segundo Laborinho Lúcio, «*introduz uma forte componente de «fluidez» no sistema jurídico, que vai para lá da noção de «flexibilidade» que já lhe reconhecia Carbonier*». Mas a emergência desta fluidez, como vivamente sublinha Laborinho Lúcio, «*apenas significa fraqueza do direito para quem persistir na falsa convicção de que por uma lógica estritamente dedutiva e através de uma concepção de rigorosa autonomia do direito se atinge a certeza ou uma maior segurança jurídica*» (Lúcio, 1991: 207).

É hoje corrente ver um magistrado arguir em favor de uma solução, opondo o «espírito» à «letra» da Lei, ou então, como refere Perelman, opondo a vontade do legislador real a do legislador razoável, que de forma alguma consentiria na obtenção de uma solução inaceitável, do ponto de vista social.

Em outras circunstâncias poderá acontecer que o juiz invoque o espírito do direito e já não o espírito da lei, tendo em vista «*trouver la valeur qui en cas de conflit, doit être préféré, en s'inspirant des indications que le législateur a pu fournir dans d'autres textes que la loi envisagée*» (Perelman, 1990: 673).

Perelman ilustra este facto lembrando que entre as duas guerras os alemães continham na sua legislação ainda a interdição da prática do aborto. Uma circunstância surgiu em que a violação do normativo em questão pôde ser objecto de fundamentação jurídica, quando os juizes alemães absolveram o médico que auxiliara uma senhora na prática de um aborto, alegando que o fizera para salvar a vida da mãe. Para o efeito, os juizes alemães terão arguido que, para o legislador, a vida de uma pessoa adulta era mais preciosa que a do feto, precisamente porque tinha previsto como mais severamente punível o homicídio do que o aborto (Cfr. Perelman, 1990: 673).

Em outros casos ainda, é possível prever e explicar as razões porque se verificam alterações na jurisprudência, isto em razão da coerência do direito e por respeito a juízos de valor expressos em outro contextos pelo legislador, como sustenta Perelman que nos dá, para este caso, a seguinte ilustração: A circunstância de o legislador tornar obrigatório o seguro contra terceiros, revela que ele encara os acidentes mais sob o aspecto do risco que do dolo. Ora este facto terá determinado que posteriormente pudesse ser atribuída ao condutor benévolo, que transporta gratuitamente alguém, a responsabilidade civil sobre a vida da pessoa por si transportada, quando anteriormente a circunstância da sua morte acidental não lhe acarretava qualquer tipo de responsabilidade (cfr. Perelman, 1990: 673).

Sublinha, Perelman subsumindo sob uma ideia central este conjunto de exemplos: «*Dans tous ces cas, l'idée même de motivation, de justification d'une décision de justice, change de sens en changeant d'auditoire*» (Perelman, 1990: 674). Ora este facto é novo e determinante para economia da nossa reflexão sobre a natureza e função da motivação nos sistemas jurídicos contemporâneos.

Vimos que, num primeiro momento histórico, em que surge a obrigação de motivar as sentenças, o juiz tinha por auditório restrito o próprio legislador, face ao qual ele tinha de mostrar que tinha decidido em conformidade com a Lei. Para tanto bastava-lhe indicar os textos da lei de que fazia aplicação. O desenvolvimento subsequente do direito, da sociedade e da própria comunicação de massas, mostram-nos que a «motivação» não pode ignorar a opinião pública. Como tivemos já o ensejo de referir, a «motivação» cumpre ainda, de par com as funções intra-processuais, o que é dizer as funções que se predem com a legalidade do processo e com os específicos interesses das partes, funções extra-processuais. De entre estas, uma consistirá em dar resposta ao interesse

público, sempre expectante de que a interpretação da lei seja «*la plus conforme tant à l'équité qu'à l'intérêt général*» (Cfr. Perelman, 1990: 674).

De entre os institutos de que o juiz se serve para exercer o seu poder, ou, se quisermos, o seu ministério de julgar, será certamente o da «qualificação dos factos» aquele onde lhe é permitido exercer o seu poder mais de acordo com o seu livre, mas não arbitrário, sentido de justiça. Tanto quanto nos parece, o espaço da reinterpretação explícita da lei, poderá ser um caminho mais ousado e menos profluo, em vista da compatibilização dos diversos fins.

Diz Perelman: «*L'exercice d'un pouvoir, en droit, suppose toujours la possibilité d'un choix raisonnable entre plusieurs solutions. Il est normal que toute instance qui dispose de certains pouvoirs, les exerce selon son meilleur jugement, mais à condition de ne pas l'exercer d'une façon déraisonnable, donc inacceptable. Il y a des limites à ne pas dépasser: dans ce cas, il y aurait abus ou détournement de pouvoir, que le juge se doit de sanctionner*» (Perelman, 1990: 674/675).

Levanta-se aqui a questão de como aferir se uma decisão jurídica é ou não razoável, sabendo nós que esta noção tem sobretudo que ver com critérios sociológicos. O senso comum parece apontar para que uma decisão razoável seja aquela que é comumente aceite porque a sua medida se revela adequada à situação e conforme com a equidade. Sem um critério objectivo que lhe defina o sentido, o juiz pode socorrer-se de padrões, ou «standars», como seja o contido na noção do «*bonus pater familia*», ou repensar o exercício do seu poder mediante o critério de persuasão do auditório judiciário universal, a que nos referimos com detalhe no capítulo antecedente.

É inquestionável que o juiz não pode eximir-se deste confronto com um auditório. Ele não é hoje de forma alguma «*a boca que diz a lei*». Sabe-se e ele sabe-o, que lhe cumpre fazer escolhas em função de uma margem relativa de apreciação. Ora, fazer escolhas pressupõe fazer uso de juízos de valor, logo o magistrado não pode deixar esquecidos os seus recursos retóricos. Mas a outra vertente do problema prende-se com a questão da subjectividade destas escolhas. O nosso ordenamento jurídico não o ignorou quando para a arbitragem dos casos com mais relevância penal ou cível instituiu a colegialidade dos tribunais. Mas, se a colegialidade dos tribunais cumpre uma função importante é sobretudo a de evitar, não os juízos de valor, mas que faça vencimento uma maneira de ver que se afaste demasiado da opinião comum.

António Cristiani, citado por Laborinho Lúcio, distingue «interpretação» e «discricionaridade» como sendo «*dois momentos diversos no processo de aplicação da lei, mas que não são separados nem independentes*». Segundo este citado autor, serão diversos no sentido em que teremos de distinguir «*o carácter meramente intelectual da interpretação, do conjunto de juízos de valor, de critérios de apreciação de situações concretas e ainda de sínteses parciais ou incidentais, que caracterizam, pelo contrário a discricionaridade*» (Cfr. Lúcio, 1991: 208).

Ora, segundo Laborinho, em tomo do conceito de «discricionaridade», gravitam os conceitos de subjectividade e dimensão criadora do juiz. Segundo este nosso autor «*aquela dimensão criadora*

*é hoje dificilmente questionável, surgindo no panorama judiciário actual, a figura do juiz-simples-servidor-da-lei, como verdadeira e perigosa ficção»* reforçando e completando esta ideia, citando Cappelletti, para quem hoje *«a verdadeira discussão incide, não sobre a alternativa criatividade-não criatividade, mas sobre o grau de criatividade e sobre a forma, limites e legalidade da criatividade judicial»* (Cfr. Lúcio, 1991: 208).

Nesta perspectiva, sustenta ainda Laborinho Lúcio, a questão coloca-se não em termos de aceitar ou não o papel criador do juiz. Esse decorre, segundo pensamos, da própria condição estrutural de sujeito. A questão coloca-se sim, segundo ele, em termos da sua colocação num plano de visibilidade, isto é, *«torná-lo evidente e portanto criticável, em vez de o manter oculto e, por isso, insindicável»* (Lúcio, 1991: 208).

Retenhamos, em síntese, que a motivação, mais do que servir de anel de retroacção de um dispositivo maquínico de aplicação do direito, é em sentido estrito «dispositivo» de controlo do poder que a sociedade concede ao juiz. Passa naturalmente pelo controlo social e das instâncias superiores sobre o sistema de aplicação da lei. Mas, do nosso ponto de vista, a «motivação» cumpre esta função de interiorizar no próprio juiz um dispositivo de controlo próprio, que poderá ter, segundo pensamos, expressão e forma no conceito de auditório universal. O que acabámos de dizer sobre a «motivação» não está em contradição com uma inevitabilidade segunda, à qual se refere Perelman, nestes termos: *«Celle-ci se diversifie selon les auditeurs auxquels elle s'adresse et selon le rôle que chaque juridiction doit remplir»* (Perelman, 1990: 675).

Para elucidar o que dissemos, poderíamos talvez aduzir que a motivação, usada entre nós pelos Tribunais Singulares e mesmo os Tribunais Colectivos de 1ª Instância, terá como função justificar-se perante as partes, a opinião esclarecida e, sobretudo, perante os tribunais de 2ª Instância. A estes compete exercer o seu controlo, caso se verifique a interposição de recurso nos prazos cominados na Lei. O supremo Tribunal de Justiça, particularmente nos casos em que intervem com vista à uniformização da Jurisprudência, mediante a produção de assentos, esforçar-se-á por convencer não só o Tribunal Constitucional mas todos os tribunais de que a solução por ele apresentada é a mais conforme ao direito vigente e a que melhor se adapta à resolução dos problemas que se pretendem resolver, manifestando igual empenho e preocupação na uniformização da jurisprudência e no estabelecimento da paz judiciária.

Diz Chaim Perelman, referindo-se, similarmente, ao labor desempenhado pelas «Juridictions supérieures» no ordenamento jurídico belga: *«Cette double perspective, visant à concilier la sécurité juridique avec l'équité et l'intérêt général, a pour conséquence que la plupart des problèmes juridiques sont résolus non par l'énoncé de la seule réponse évidente, mais par un compromis qui résulte souvent d'un effort de ménager les diverses valeurs qu'il s'agit de sauvegarder»* (Perelman, 1990: 676).

Esta preocupação em obter uma solução de equilíbrio, de par com a consciência de que a mesma deve poder ser mantida no futuro e servir de precedente, tem, quanto a nós, o enorme mérito de se constituir como paradigma *«qui guidera les juges dans la rédaction tant du dispositif que des*

*motifs, dans la formulation des principes juridiques qui étayeront la sentence»* (Perelman, 1990: 676).

Dáí que Perelman sublinhe a particular importância que a doutrina e os advogados desempenham no estabelecimento da jurisprudência.

Em termos conclusivos importará reter que motivar uma sentença não é fundamentá-la de uma maneira impessoal, através de procedimentos do tipo demonstrativo. Na opinião de Perelman motivar uma sentença é sobretudo justificá-la perante um auditório. A motivação é função do auditório a quem se dirige, pelo que terá de se ter em conta sempre a necessidade de prévio conhecimento do auditório a que se destina, para que a motivação possa persuadi-lo de que a decisão está conforme com as suas exigências, designadamente em matéria de direito e de justiça.

Perelman chama a nossa atenção para o facto de que estas exigências podem variar com o auditório: *«tantôt elles sont purement formelles et legalistes, tantôt elles concernent les conséquences; il sagit de montrer que celles-ci sont opportunes, équitables, raisonnables, acceptables. Le plus souvent, elles concernent les deux aspects, elles concilient les exigences de la loi, l'esprit du système, avec l'appréciation des conséquences»* (Perelman, 1990: 679).

Mas a adaptação ao auditório não se confina à matéria de facto e de direito, terá mesmo que ir de encontro à ideia que esse auditório faz do papel e dos poderes do juiz no conjunto de instituições nacionais e internacionais. Mas, como no-lo adverte Perelman, esta concepção que o auditório tem do direito, da justiça e do próprio papel do juiz, varia tanto com as épocas, os países e as ideologias dominantes, que não devemos esperar nesta matéria uma verdade objectiva, mas unicamente uma tentativa de adaptação a uma dada situação (Cfr. Perelman, 1990: 679).

A análise que fizemos até aqui, permite-nos constatar que o surgimento da motivação no campo da aplicação do direito foi simultâneo com a queda das formas de direito autoritário que ostentou o Antigo Regime, como o foram as ordálias, os julgamentos de Deus, o juramento do acusado, as provas legais. Mas estamos em crêr que a consolidação e aprofundamento da democracia se tem igualmente reflectido ao nível da consolidação e aprofundamento do conceito.

Parece-nos pertinente, uma vez mais, reter as palavras de Maia Gonçalves: *«De facto, o problema da motivação está intimamente conexionado com a concepção democrática ou antidemocrática que insufla o espírito de um determinado sistema processual, e no que concerne ao nosso processo penal vigente (Maia Gonçalves refere-se aqui ao CPP de 1929) este informa, neste particular, de nítidas características medievais e ditatoriais»* (Cfr. Gonçalves, 1990: 498).

Talvez que a maior ou menor liberdade com que os juizes produzem e motivam as suas sentenças seja um bom indicador do aprofundamento da democracia de um país e da forma como ela cristaliza na sua forma mais pura que deverá ser a do seu ordenamento jurídico. Pensamos que haverá indicadores, na forma como os juizes motivam as suas sentenças, que poderão mostrar se a independência dos juizes está ou não assegurada.

Perelman diz-nos que sempre que a liberdade dos juizes está ameaçada eles se colocam tanto quanto possível, ao abrigo da interpretação literal dos textos. Ao invés, sempre que a independência dos juizes está assegurada, eles exercem a sua função com mais liberdade e com mais poderes.

Importará, talvez, velar então para que a burocracia e a violência, de que fala Boaventura na sua célebre correlação, não diminuam também a capacidade de intervenção dos cidadãos no debate judiciário e a sua consciência crítica quanto à importância de participar na definição dos correctos limites ao uso discricionário quer do poder legislativo quer do poder judicial.

## 5 - O problema da decisão

Uma vez que situámos a nossa reflexão no quadro de uma teoria geral da argumentação, e, dentro desta, neste seu específico campo de aplicação que é a argumentação jurídica, que importância poderá ter, para a economia interna do nosso trabalho, colocarmos o problema da decisão como seu corolário?

Tenhamos presente que o percurso por nós delineado nos levou de um núcleo inicial de questões, onde tivemos a pretensão de posicionar a lógica jurídica no interior do oceano circum-navegável da teoria da argumentação, por sua vez contido no amplo universo da lógica, entendida como domínio global de toda a comunicação humana; preocupámo-nos, então, em definir o objecto da lógica jurídica e o seu estatuto epistémico face à lógica formal, às ciências positivas e às ciências humanas. Definimos, a limite daquela reflexão, o quadro de uma racionalidade intermédia, entre a que respeita à estrita apoditicidade e a mera sugestão, e que tem a ver com o processo de justificação. Iniciámos aí, de alguma forma, a crítica ao conceito de mono-racionalidade que aqui nos cumpre aprofundar e conduzir a outros níveis de verificação.

No curso da nossa reflexão, tomámos, de seguida, o caminho progressivamente mais estreito, porque mais específico, de uma reflexão sobre o «debate judiciário», curando apreender, particularmente, a função operativa da argumentação no campo laborioso da produção da prova. Vimos como em momentos cruciais da marcha do processo, como o são o «debate instrutório» e «a audiência de julgamento», a argumentação intervém de forma determinante naquela função embraiadora entre um real concreto ou presumido e a formação de uma presunção, isto é, entre uma verdade irrecuperável e historicamente datada e uma verdade jurídica, não só menos preocupada com a estrita correspondência com esse real histórico, como também menos linear e mais complexa nos elementos que põe em concerto, em que pretende, sobretudo, recuperar a dimensão volitiva e a acercar-se da dimensão e grau do elemento subjectivo da culpa.

Vimos como a argumentação penetra nos poros finos da íntima convicção do juiz, particularmente através do processo de deliberação do juiz consigo mesmo, onde concorre para o estabelecimento de um critério possível: o que preside à constituição de um auditório universal judiciário.

Procurámos, de seguida, atar a esta reflexão o feixe flexível das questões que se prendem com a posição e função do juiz. Relevaram, então, naquele ponto da nossa análise, as funções fundamentais do juiz, concorrentes para a definição do seu lugar central, se quisermos gravitacional ou giratório, de toda a estratégia argumentativa do campo jurídico e judiciário. De entre as funções que lhe são cometidas, merece relevo a de decidir sobre o estabelecimento dos factos, de par com a de promover a sua qualificação jurídica, isto é a de promover a «subsunção de um certo quid a um conceito», através do raciocínio jurídico que, no seu termo, o conduz a uma decisão, seja ela uma

sentença ou um voto computável e concorrente para o estabelecimento de um acórdão ou de um assento.

Por último, referimo-nos à questão da motivação, cuja textura é, mais do que a de uma lógica inferencial, émula de uma teoria da argumentação, circunstância que decorre do facto de a matriz da sua função ser essencialmente justificativa e não demonstrativa.

Seguindo agora o curso de uma perspectiva crítica da decisão, procuraremos reflectir sobre a sua natureza e função na economia da actividade humana e, particularmente, no campo específico da subsunção das condutas às normas jurídicas, para que lhe concedamos a função de ser «pedra de toque» de toda a arquitectura, quer da teoria da argumentação, quer da retórica jurídica. Procuraremos, por fim, mostrar de que forma a argumentação se constitui, do nosso ponto de vista, como tábuas de salvação da decisão judiciária, concebida segundo um modelo narrativo.

### 5.1 - Uma perspectiva crítica da decisão

Cumpre-nos agora recuperar, em resenha necessariamente sintética, o contributo fecundo de Lucien Sfez para a abordagem crítica da decisão, designadamente a de uma certa tradição do pensamento filosófico e jurídico, já objecto do esforço desconstrutor de autores como Nietzsche, Freud, Bataille, Bachelar e Lévi-Strauss, particularmente exercido na desmontagem dos conceitos de «linearidade», «racionalidade» e de «liberdade». São estes os conceitos axiais de uma concepção tradicional da decisão, que, como no-lo lembra Lucien Sfez, remonta nitidamente ao magma da mundividência greco-latina, presente designadamente no postulado aristotélico de que apenas pode haver ciência do geral ou, então, no brocardo latino «*minimis non curat praetor*».

Na trajectória definida por este presuposto epistemológico, cresceu e consolidou-se uma concepção segundo a qual a decisão se inscreve numa linearidade única de causa a efeito, estendida numa sequência diacrónica ininterrupta, como se fora um instrumento que permitia ligar, de forma previsível, o passado ao futuro. A crítica da linearidade tem sobretudo em vista cortar com uma concepção de um tempo contínuo, em que o presente parece ser a continuidade do passado e consente, por isso, uma perspectiva previsionista do mundo.

A esta concepção linear, com reflexos mecanicistas, contrapõe Sfez uma concepção de um tempo descontínuo, onde não é possível identificar a existência de um progresso linear. Neste sentido, a crítica da linearidade traz associada a exclusão de uma racionalidade simples e previsível, uma vez que o presente não está conectado com o passado nem com o futuro, como se foram elos de uma cadeia ininterrupta dirigida utilmente pela adaptação dos organismos às novas necessidades e definindo um quadro onde a previsão seria possível.

À previsibilidade contrapõe Lucien Sfez a noção de «prospectiva» que procura encarar «*um futuro em ruptura com o presente, fracturado, uma possibilidade de um leque de possíveis, e*

*desenvolver as suas pesquisas sem qualquer ligação com o estado de coisas, livre, se o futuro lhe parecer desejável, de voltar ao presente para preparar esse futuro»* (Sfez, 1990: 265).

À visão arcaica da linearidade mecanicista, Lucien Sfez irá então opôr uma abordagem sistémica do mundo e das instituições. De facto, a concepção clássica de decisão atem como pressupostos intrínsecos as noções de «linearidade» e de «mono-racionalidade», de tal sorte que decidir correctamente significa, segundo aquele ponto de vista, muito simplesmente, decidir segundo um único critério, o de uma verdade univocamente estabelecida pelos rectos critérios de funcionamento interno da razão que não eram outros, mormente no campo da aplicação do direito, que os da estrita aplicação dos dispositivos lógico-dedutivos, a partir de uma ideia de direito absoluto.

A este conceito de «mono-racionalidade» irá contrapôr-se o conceito de «multi-racionalidade» de uma decisão, presente num novo conceito de «sobrecódigo», mais consentâneo com a complexidade do acto de decidir e com a arbitragem da pluralidade dos valores que presidem ao comércio e estão no centro dos conflitos humanos.

O paradigma clássico de decisão pressupõe igualmente um sujeito criador, mono-finalista, livre de decidir à revelia de uma qualquer contextualização de natureza institucional, social ou de qualquer perspectiva sistémica. A um tal conceito de liberdade irá opôr-se a multi-finalidade da acção histórica e individual. Deste modo, linearidade, mono-racionalidade e liberdade são os três pilares sobre que assenta a estrutura inabalável da concepção clássica de decisão. Sobre eles, naturalmente, se irá abater o fogo compacto da «Crítica da Decisão» (Sfez, 1990).

Parece-nos pertinente, de facto, questionar, no plano de uma prática teórica, uma concepção de decisão onde as noções de «*poder criador*» e de «*indivíduo*» resistem teimosamente, como diz Lucien Sfez, a todos os «*assaltos teóricos*», desecadeados particularmente pelas metodologias marxista, freudiana, estruturalista e pela análise sistémica, mantendo-se, não obstante, «*imutáveis os pressupostos do livre arbítrio, grandeza e miséria humanas, impossíveis de conceptualizar matematicamente*», pressupostos de uma concepção de decisão que «*continua a ser o feudo de um humanismo tradicional, ameaçado mas por isso mesmo mais resistente*» (Cfr. Sfez, 1990: 30).

Uma resistência tão tenaz da decisão aos efeitos devastadores da crítica terão fundamentalmente que ver com o facto de ela desempenhar nas nossas sociedades, na perspectiva de Lucien Sfez, pelo menos quatro funções essenciais: em primeiro lugar, a decisão é um instrumento que permite ao sistema agir através dos seus actores, na medida em que cria nestes «*a ilusão de que são sujeito livres e criadores*» e, neste sentido, acrescenta Sfez, «*a decisão é o inevitável intermediário fantasmático entre nós e o mundo*»; em segundo lugar, a decisão dá àqueles sobre que se exerce a acção «*a possibilidade de suportarem o mundo*» e nesse sentido ela é «*bóia de salvação ideológica, intermediário obrigatório entre a liberdade e o determinismo*»; em terceiro lugar, «*a decisão tem por função fragmentar os actos do Estado num conjunto de competências respectivas, por vezes mesmo concorrentes*» mas, por esse facto mesmo, a decisão ao criar fragmentações do poder, elege-se

como um dispositivo essencial ao funcionamento do estado liberal, gerando contrapoderes que tomam possível a existência da liberdade na ordem; em quarto e último lugar, ela permite aos especialistas das organizações e da decisão acalentar o sonho de uma nova forma de separação de poderes, semelhante à que permitiu o surgimento do estado liberal, embora estruturalmente mais simples, e que tem a ver com uma proposta, subscrita por Forrester, de separação das actividades do estado em dois grandes blocos: o da exclusiva elaboração das políticas e o da exclusiva realização das tarefas de natureza operacional (Cfr. Sfez, 1990: 31 a 33).

A quarta das funções referidas, a ser concretizada, materializaria, em certo sentido, uma parte da utopia política da República platónica, fazendo elevar, embora ao nível da própria estrutura política e ideológica do Estado, a velha partilha de que fala Michel Foucault em «L'Ordre du Discours», alimentada pela vontade de verdade, aqui estabelecida entre actividades teóricas e actividades práticas.

Em todo o caso, como no-lo faz notar Lucien Sfez, a decisão assegura, em todas as situações referidas e qualquer que seja a sociedade em apreço, idêntica função ideológica de preservação social e de conservação do existente. A limite, remata de forma muito feliz o nosso autor, *«a decisão é arma lendária dos governantes. Pertence aos que dizem e que enunciam; o saber e o poder estão confundidos. O que a aproxima da função ideológica do mito preservador do sistema social do narrador»* (Sfez, 1990: 33).

De facto assim poderá ser, tanto mais que, no quadro do funcionamento das nossas instituições públicas, a repartição dos poderes terá levado à circunscrição e considerável autonomização das instâncias da *«deliberação»*, da *«decisão»* e da *«execução»*, configurando um modelo universal de funcionamento onde a decisão parece operar, com se fora um discurso ritualizado do poder, cumprindo função homóloga à do *«discurso vazio»* do chefe da tribo sul-americana de que se fala em «Sociedade contra o Estado» (Clastres, 1979), mas aqui numa função ritual de dizer, em momento cuidadosamente calculado e preciso na ordem das estratégias, o discurso do poder enunciado no momento da deliberação. Por outro lado, desempenha, cumulativamente, a função de vincular uma execução, *«reflexo servil»* da decisão (Cfr. Sfez, 1990: 33). Ao invés, o discurso do chefe da tribo sul-americana, de que fala Clastres, é um discurso contra o «uno», isto é, contra o poder centralizado no estado.

Se fizermos incidir este conjunto de perspectivas críticas sobre o campo específico da produção de decisões em direito, uma primeira ideia se perfila em vista do enquadramento crítico do problema da decisão: é a de que o Direito recobre hoje toda a nossa vida, regulando o engrenamento de todas as nossas esferas de relação. Em boa verdade ele é, como sublinha Lucien Sfez, a moral prática e, como tal, principal justificação do sistema institucional existente.

Não fará sentido, por isso, sustentar-se a pretensão de uma autonomia axiológica e mesmo técnica do direito face à ideologia e determinações do Estado, instituição político-administrativa. Neste preciso contexto, sublinha Sfez, *«os elementos aparentemente menos ideológicos, mais técnicos, mais neutros, estão entrosados no sistema, e não têm sentido sem uma referência a esse sistema»* (Sfez, 1990: 80).

A esta constatação se prende um primeiro fio do tecido da nossa crítica à linearidade da decisão em direito. Tem a ver com o facto de que, não obstante o Estado liberal exigir, para seu próprio funcionamento, a separação dos poderes, na justa medida em que esta separação gera contrapoderes que possibilitam a existência da liberdade na ordem, requer igualmente, para sua continuidade a força integradora dos fios invisíveis da ideologia. Neste sentido é pertinente dizer-se que a linearidade da decisão e a liberdade do sujeito decisor, são mera ilusão de óptica. Sublinhe-se, no entanto, que, mesmo ilusória, a linearidade funcionará, possivelmente e ainda, como uma das garantias liberdade do sujeito em matéria de decisão. A outra das garantias de liberdade do sujeito decisor e de que tomámos consciência por nós mesmos, não é nem ilusória, nem utópica, é a da constituição e preenchimento efectivos de um espaço institucional, não obstante público e livre, de exercício da razão no campo da aplicação do direito.

Tenhamos então presente que se, por um lado, a separação dos poderes e as fragmentações que ela opera são, efectivamente, garante das liberdades formais num Estado de Direito, já no que concerne especificamente à liberdade do sujeito que decide, no quadro de uma instituição ou de um dado ordenamento jurídico, tal garantia é-lhe conferida, segundo Sfez, por uma concepção linear da decisão e, portanto, por uma autonomização do decisor face às «*deliberações ou outras pré-determinações*» em que ele é igualmente «*aliviado da execução que o iria inserir em novos determinismos*» (Sfez, 1990: 85).

A denúncia da natureza ilusória da linearidade da decisão poderá ainda ser feita a partir de uma contraposição entre as noções de «*acto jurídico*» e «*facto jurídico*», como veremos de seguida.

Preterindo uma classificação que Lucien Sfez designa como «*tradicional*», segundo a qual «*os actos jurídicos são factos jurídicos voluntários, sendo os factos jurídicos involuntários*», Maurice Hauriou, citado por aquele autor, define «*acto jurídico*» como «*uma acção em vias de se realizar que tende para um resultado jurídico*» e «*facto jurídico*» como «*o que aconteceu voluntária ou involuntariamente*». Sublinha ainda que o «*acto jurídico*», na medida em que é uma «*manifestação exterior da vontade com o objectivo de produzir um efeito de direito*» deve expressar-se por uma vontade executória.

Neste sentido o acto jurídico assemelha-se a uma decisão executória, na justa medida em que quer o acto jurídico quer a decisão executória deixam de ser «*executórios*» no próprio momento em que se consumam. É então que a decisão deixa de ser executória e o «*acto jurídico*» passa a ser um «*facto jurídico*», como se fora uma espécie de resíduo do acto, como no-lo faz notar o nosso autor (Cfr. Sfez, 1990: 87).

Em se tratando de um acto complexo, observa ainda, seguindo o fio de pensamento de Hauriou, então é nitidamente observável que cada um dos elementos heterogéneos do processo foi, em determinado momento, um acto executório cuja função se traduziu em fazer avançar o processo no preciso momento em que se consumiu enquanto acto e se transformou em facto sobre o qual se

baseiam os actos que cronologicamente se lhe seguem, formando uma cadeia sem princípio nem fim. Neste sentido, aderir a um facto pressupõe conectar-se, por uma série de agenciamentos, com a globalidade dos elementos da cadeia que o precederam.

Diz a propósito Sfez: «*a vida nunca pára, o acto aparece como «uma fosforescência» contínua sobre a trama dos factos. Mas esta crítica da linearidade está ainda dentro da linearidade: linearidade sem começo nem fim, mas que aparece como um elo isolado, continuamente em movimento entre o presente e o passado, arbitrariamente delimitado no real no momento da acção»* (Sfez, 1990: 88).

Para que a crítica da linearidade possa libertar-se da própria linearidade, importa considerar a decisão no quadro do funcionamento das instituições onde é possível a sua análise numa perspectiva sistémica, revelando-se particularmente fecundo, para o efeito, o método proposto pela Antropologia Estrutural, na medida em que permite estabelecer a correlação entre a análise das instituições e o método estrutural da narrativa mítica. De facto, aplicando os métodos de análise de Propp e Lévi-Strauss, Lucien Sfez coloca-nos perante «*uma abordagem da decisão sob o ângulo do «narrativo» - isto é, a formação de um modelo «narrativo» da decisão»* (Sfez, 1990: 165).

Dessa análise, emerge, em primeiro lugar, a constatação de que a narrativa mítica, considerada em si mesma, é um sistema fechado, homogéneo, e, portanto, um sistema entrópico, isto é, tendente à sua autodestruição. Diz Lucien Sfez: «*Um sistema fechado é entrópico precisamente porque as racionalidades de cada um dos subsistemas se tornam progressivamente idênticas»* (Sfez, 1990: 286).

Mas, não obstante os elementos constantes da narrativa, como no-lo mostra Lévi-Strauss em «*Anthropologie Structurale*», o mesmo é dizer, os elementos invariantes que conferem à narrativa esse carácter homogéneo, as diferentes narrativas comunicam entre si, logo não são sistemas fechados. Serão até «*reflexos e agentes transformadores das relações sociais»* (Cfr. Sfez, 1990: 159).

Segundo Lucien Sfez, a «*Athropologie Structurale*», põe a manifesto todo o conjunto de «*decisões-narrativa»* que são, em certo sentido, fenómenos de retroacção entre as diferentes narrativas, aqui tomadas como sub-sistemas face ao sistema homogéneo e global da narrativa em si mesma considerada. A análise estrutural definir-nos-ia, a um segundo nível, uma heterogeneidade de racionalidades, ou de decisões-narrativa que, de par com a homogeneidade com que nos deparámos em primeiro lugar, constituem duas características fundamentais resultantes da aplicação à narrativa do método da antropologia estrutural.

Por último, a análise estrutural da narrativa permitir-nos-ia, segundo o mesmo autor, acrescentar às duas características já referidas, «*homogeneidade»* (ao nível do sistema global) e «*heterogeneidade»* (ao nível dos subsistemas), uma outra que designamos por «*equifinalidade»* dos diferentes níveis de racionalidade ou de decisão, que, por seu turno, se caracteriza pela não-linearidade e pela função de retroacção entre as diferentes narrativas.

Só que, analisada a questão da decisão judiciária exclusivamente sob este ângulo definido pelo modelo narrativo, subsiste, do nosso ponto de vista, um grave e insolúvel equívoco quanto à pretensão de obtermos decisões jurídicas que façam a correcta equilibração da racionalidade sistémica e da razoabilidade requerida pelo auditório das pessoas razoáveis e competentes.

De facto os métodos de Propp e de Lévi-Strauss colocam-nos perante a constatação de que na narrativa mítica há um conjunto de elementos invariantes que, com propriedade sustentam a estrutura da narrativa e tornam possível a sua identidade no quadro de uma nova transformação. Tais constantes são para Propp as «funções» (por ele definidas como sendo «*a acção de uma personagem definida do ponto de vista da sua significação no desenvolvimento da intriga*»), e para Lévi-Strauss a matriz a partir da qual se desenvolve uma multiplicidade de mitos. A partir delas organizam-se as trocas quer de natureza restrita, quer de natureza alargada, e nesse sentido elas são «*decisões-narrativa*» de natureza inconsciente, inerentes ao desenvolvimento intrínseco da própria estrutura. São, inegavelmente, operadores de mudança, mas de natureza inessencial, no fluxo das sequências narrativas, onde são, sobretudo, operadores de retroacção e de realimentação da narrativa mítica, seguindo um pouco um movimento similar ao definido pelo movimento de perda, alienação e reencontro com o espírito absoluto em Hegel.

É possível, como sublinha o nosso autor, que a decisão-narrativa seja «*um bom meio de apanhar*» na malha os processos de decisão diluídos no conjunto da sociedade» e constitua «*uma resposta metodológica útil à crítica legítima que nega qualquer existência à decisão autónoma*» (Sfez, 1990: 26). Inegável é que neste processo, construído segundo o modelo da antropologia estrutural, não é deixado ao sujeito decisor qualquer protagonismo, sendo irremediavelmente prejudicada a possibilidade de serem produzidas, em direito, ponderações sobre valores e, decorrentemente, decisões justas, isto é, confeccionadas à medida do seu criador e destinatário.

Do nosso ponto de vista, não se pode deixar de analisar o processo de produção de decisões jurídicas à margem da lógica institucional-sistémica que constitui o seu pano de fundo. Pensamos, no entanto, que o desenvolvimento, «*a la limite*», do modelo narrativo da decisão torna mais manifesta a posição e função da retórica jurídica no quadro da aplicação da Justiça. Só um efectivo e amplo espaço argumentativo, no quadro da aplicação do direito, pode constituir-se como escoramento firme de uma nova racionalidade jurídica que não consinta deixar-se esmagar pelo peso da lógica institucional-sistémica e possa, com legitimidade, endereçar ao direito a designação de «*ars acqui et boni*».

Lucien Sfez coloca-nos perante a inevitabilidade de que a decisão apenas pode ser cabalmente apreendida no quadro das inter-relações de natureza sistémica. A jusante desta análise, este autor coloca-nos perante uma concepção mais complexa e rica de decisão, referida ao conceito de «*sobrecodificação*». Ora este conceito não nos parece susceptível de ser construído a partir exclusivamente de uma análise sistémica, nem designadamente, a partir do método proposto pela antropologia estrutural.

É certo que este método se adequa, de forma que nos parece excelente, ao estudo das sociedades humanas, prestando-se admiravelmente ao estabelecimento da correlação entre homogeneidade da narrativa com o sistema global da estrutura do Estado, considerado como instituição global, produtor de decisões de onde se procura, num plano teórico-prático, elidir as antinomias, como forma de garantir a coerência do sistema.

Adequa-se igualmente à compreensão da heterogeneidade das decisões, consideradas estas como formas de retroacção entre as diferentes instituições e que, por isso, preenchem internamente uma função de negentropia, ou equilíbrio, como acontecerá no domínio jurídico onde se constituem como garantia do exercício liberdade na ordem e do exercício da justiça num quadro de legalidade.

A esta luz, poder-se-ia integrar aqui uma reflexão sobre a natureza e função do «pluralismo jurídico» que Boaventura Sousa Santos representa através da imbricação de cartas elaboradas a diferentes escalas, recobrando e controlando a diversos níveis o tecido social. Mas, neste caso, a heterogeneidade das decisões emergentes do «pluralismo jurídico», porque, do nosso ponto de vista, está integrada no jogo das estratégias juridico-políticas, mais se nos assemelha a uma certa «microfísica do poder» de que nos fala Michel Foucault em «Surveiller et Punir».

Mais preocupados com a definição de um rumo, do que com o sermos exaustivos em todas as mediações, fazemos uma breve aproximação ao conceito «instituição», fazendo relevar algumas noções que reputamos essenciais para a elucidação do conceito.

Digamos que uma «instituição» é uma organização social, constituída por um conjunto de indivíduos, mas com a possibilidade de interessar também uma colectividade. Uma instituição constitui, em razão da sua própria organização, uma realidade autónoma face aos indivíduos. Por outro lado, é ainda caracterizável pela necessidade que tem de ser reconhecida socialmente pelo conjunto das forças existentes, e por essa via ela mantém o seu equilíbrio externo, sendo a sua permanência assegurada pelo equilíbrio das suas forças internas.

Acresce ainda dizer que a duração, isto é, a sua permanência no tempo como coisa social que sobrevive ao seu próprio criador, e o movimento, mantido pelo equilíbrio interno das forças colectivas ou individuais, materiais, ideais ou morais, são características que igualmente definem a sua natureza de instituição. Lembra-nos Lucien Sfez que «à volta de uma instituição desenvolvem-se sentimentos morais e princípios de conduta inspirados especialmente por um ideal de justiça» (Sfez, 1990: 105).

Em se tratando de «instituições vivas da categoria das pessoas», sublinha aquele autor, elas «dispõem de personalidade jurídica», o que é dizer, possuem «órgãos racionalmente constituídos para produzirem em seu nome uma declaração de vontade própria» (Cfr. Sfez., 1990: 107).

Tenhamos agora em consideração que a maior parte das instituições deste tipo, designadamente aquelas que nos merecem particular cuidado, como são os tribunais, são sistemas complexos e, como tal, «não podem ser apercebidos pela intuição» e, como sublinha Sfez, «contrariam» mesmo

a intuição. Este autor faz-nos observar que apenas a intuição e o nosso julgamento quotidiano podem ser considerados lineares e que, em se tratando de sistemas complexos, só muito dificilmente se identifica a causa ou mesmo o efeito, uma vez que este «*se torna um sintoma que se pode deslocar ou transformar noutra sintoma e onde, a ou as ligações desaparecem numa complexidade assustadora de níveis*» (Sfez, 1990:117).

Face a um quadro assim definido, pela complexidade dos sistemas e dos processos de decisão que lhe são próprios, impõe-se que retiremos três conclusões fundamentais para que possamos compreender a tese de Lucien Sfez: em primeiro lugar a aplicação da análise sistémica ao estudo da decisão revela-nos que ela é um processo complexo de interações entre diferentes sub-sistemas, no quadro de uma dada finalidade global e, por isso, não é «*um fenómeno só analisável através da intuição*», nem «*imediatamente apreensível*», como, aliás, o supõem o homem comum, que pensa saber sempre o que deve ser feito, e o político, que frequentemente se convence de que é o único que sabe decidir; em segundo lugar, e em resultado da conclusão anterior, a decisão está diluída no conjunto do sistema social, não nos sendo perceptível o seu começo ou o seu fim; em terceiro e último lugar, a decisão é ainda um fenómeno global na medida em que pode operar a mudança através de uma ruptura global, ao nível dos valores, no sistema geral. É este o sentido das palavras de Ozbekhan, citado por Lucien Sfez: «*só as mudanças na configuração geral dos valores podem transformar a situação presente*» (Sfez, 1990: 117 a 119).

Considerámos à partida três pontos essenciais sobre os quais iria incidir a crítica da decisão: a linearidade, a racionalidade e a liberdade. Até agora foi-nos possível demonstrar que a decisão, sempre que considerada fora de uma certa economia doméstica, nada tem a ver com um processo linear. Revela sim, à semelhança dos recortes sectoriais que o método da antropologia estrutural provoca na narrativa mítica, «*uma perspectiva integradora alimentada ao mesmo tempo pela crítica das finalidades e análise sectorial*» e que a decisão deve ser entendida no quadro de um inter-relação complexa onde o resultado não é apenas o da obtenção de uma estratificação por camadas, segundo uma perspectiva unicamente aditiva, de que a decisão ao nível do sistema global, isto é, do Estado, seria o «*sobrecódigo*», na acepção em que Deleuze utiliza este termo. Diz o nosso autor: «*O sobrecódigo de Deleuze é um sobrecódigo, o do Estado que liga todos os outros códigos, tentando dominá-los*» (Sfez, 1990: 337).

De facto, o enquadramento sistémico da decisão e, particularmente, a sua análise sob o ângulo do «*narrativo*», põe em excelente plano de visibilidade a não-linearidade da decisão e abre caminho para a crítica do conceito da «mono-racionalidade». Contra esta perspectiva de racionalidade em que assenta a perspectiva clássica da decisão, abre-se o conceito de «*multi-racionalidade*», cujo sentido não é o definido por «*racionalidades múltiplas justapostas, de gosto anglo-saxão, mas a coexistência em ruptura, de várias razões ou desrazões*» (Sfez, 1990: 13).

Mas o enquadramento sistémico da decisão e a sua análise sob o ângulo do narrativo, revelam ainda, do nosso ponto de vista, alguma insuficiência na abordagem do conceito de

«multi-racionalidade». Só a noção de «sobrecódigo» ajudará a elucidá-lo mais convenientemente, uma vez que, com Lucien Sfez, ela ganha, de facto, uma fecundidade inesperada: Comporta «a ideia de que os códigos se roçam, provocando distorções que implicam efeitos de sentido lateral e inovador» (Sfez, 1990: 13). Por isso o nosso autor precisará melhor o sentido daquele conceito, dizendo em momento ulterior: «o nosso sobrecódigo (...) não é um código, é uma passagem, um movimento criativo de código para código» (Sfez, 1990: 337).

A análise sistémica detém, no conceito de «interacção», um dispositivo insuficiente, do nosso ponto de vista, para caracterizar as finas passagens de sentido que o nosso autor pressente ao nível das inter-relações estabelecidas entre as diferentes racionalidades que estão associadas à decisão e à concepção de sobrecódigo por ele implementada. De facto, como reconhece Lucien Sfez, a perspectiva sistémica deixa em aberto um importante problema teórico: «a multi-racionalidade deriva directamente de uma concepção sistémica, dado que deriva da ideia de justaposição de racionalidades próprias a cada um dos subsistemas. Mas, ao mesmo tempo, a multi-racionalidade está em contradição total com a ideia de um sistema integrado» (Sfez, 1990: 285).

Será esta, porventura a razão pela qual o nosso autor procura completar a análise sistémica através de uma impiedosa crítica ideológica do conceito de racionalidade, centrada, designadamente, nos conceitos que historicamente lhe conferiram uma conotação ideológica própria, a saber, os conceitos de linearidade, progresso, normalidade, eficácia ou utilidade.

A crítica à mono-racionalidade clássica encontramos-la na sua forma mais incipiente em Maurice Hauriou, quando estabelece, em direito, a distinção entre noções conceptuais e noções funcionais. Uma, as «conceptuais», serão, segundo teorizou o reitor Vedel, discípulo de Hauriou, «independentes daquilo para que servem», como é o caso a noção de «funcionário».

A par destas noções, existem outras que designamos por noções «funcionais», onde cabem conceitos como os da «teoria de acto do governo» e de «acto discricionário». De facto, se não se pode dizer que as noções «conceptuais» são invariáveis, deve-se no entanto reconhecer que «os enriquecimentos ou supressões que elas podem sofrer não são imputáveis à sua natureza, mas à evolução dos dados a que se aplicam». Já, de outro modo, como no-lo faz notar Georges Vedel, citado por Lucien Sfez, as noções funcionais «procedem directamente de uma função que por si só lhes confere uma verdadeira unidade» (Sfez, 1990: 238/239).

Não obstante esta unidade das categorias funcionais, é evidente a sua multi-racionalidade, como concluirá em momento ulterior o autor da «Crítica da Decisão» (Sfez, 1990: 243).

A via titubeante como tem sido feita a denúncia da natureza ideológica da racionalidade clássica, que como dissemos, assenta particularmente nas noções de linearidade, progresso, utilidade, noções estas aliadas também da concepção clássica de decisão, revela por si só, particularmente na natureza incompleta e inconsequente como tem sido feita ao longo das últimas décadas, as dificuldades que são próprias a um trabalho dessa natureza, onde a menor não será, certamente, a couraça ideológica dos próprios críticos.

Uns, como acontece com Lindblom, levaram por diante a crítica da linearidade e do progresso, mas conservaram a função económica e ideológica da «utilidade». Dele diz Lucien Sfez: *«É a perversão de Lindblom: (...) Se o acompanhassemos no seu estruturalismo pragmático, condenar-nos-íamos a não compreender como e porquê se produzem as mudanças; condenar-nos-íamos a planificar o dia-a-dia, sem esforço prospectivo, sem acção real sobre as coisas e os homens, sem esperança»* (Op. Cit., pp. 250); outros, apeando a linearidade e a utilidade, como o fez Crozier, mantiveram as suas teorias penhoradas ao conceito de «progresso». Segundo Lucien Sfez, a noção de progresso está *«conotada com todo o pragmatismo industrial das grandes nações modernas»*, por isso Crozier *conserva um elemento ideológico capital que faz parte da «sabedoria tradicional da sua época», o progresso* (Cfr. Sfez, 1990: 257).

Jean-Caude Thoenig, discípulo de Crozier, surge, na opinião de Sfez, como ideólogo de uma sociedade burocrática e fragmentária, abandonando, de facto, os elementos da «linearidade», «utilidade» e progresso», mas recusa construir uma teoria em nome de um empirismo e ocupa-se, sobretudo, em mostrar o xadrez das estratégias dos grupos que procuram tomar o poder.

Com Thoenig *«a racionalidade deixa de ser tão universal; é um instrumento da conquista do poder; outros podem ter uma concepção diferente da racionalidade, reflexo de um outro lugar no xadrez das estratégias. Todas as racionalidades se podem sobrepôr»* (Sfez, 1990: 259).

No entanto, também esta concepção, a exemplo das anteriores, na sua forma de encarar o problema da racionalidade e da decisão, não se aproxima sequer do conceito fecundo de multi-racionalidade a que nos conduz Lucien Sfez. Diz este autor: *«por detrás de toda a operação racional - mesmo formulada em termos de normas culturais muito fecundas - há todo um jogo do irracional, toda uma série de processos que dependem do inconsciente»* (Sfez, 1990: 260).

Desta constatação, resulta uma nova concepção de multi-racionalidade, de que dá conta a noção de «sobrecódigo», que se deixa explicitar numa espécie de *«arquitectura a vários níveis, que reenviam uns aos outros os seus jogos de verdade até esgotarem progressivamente (e de certeza incompletamente) o real»* (Sfez, 1990: 260).

Não nos consente o âmbito do presente trabalho o acompanhamento das reflexões teóricas com que Lucien Sfez consolida, nos campos da biologia, da anti-psiquiatria e da própria «ficção científica», a sua crítica aos conceitos de «racionalidade e continuidade no tempo», «racionalidade e progresso». Importa, no entanto que caracterizemos um pouco melhor o novo conceito de «multi-racionalidade» e que retiremos, para o campo da teoria da argumentação, designadamente para o campo da lógica jurídica as consequências que se nos oferecerem como pertinentes.

Como o próprio Sfez no-lo faz notar, a multi-racionalidade *«ensina-nos a coexistência a níveis diferentes de racionalidades incompatíveis entre elas»*. Aos problemas que esta realidade levanta, designadamente o de saber se não se dará o caso de a fragmentação do saber em «regionalismos» não virá a pôr em questão a coerência e unidade do domínio científico, já Bachelard procurou dar resposta *«resolvendo a irracionalidade em cortes, deslocando as questões, em negociações*

«positivas» - no seio de um progresso constante da própria «cientificidade» (ler, a racionalidade)» (Cfr. Sfez, 1990: 268).

Na perspectiva de Lucien Sfez a solução de Bachelard, não obstante ser «regional», é ainda «optimista no sentido do triunfo da razão». Lucien Sfez propõe, a limite, um novo conceito de «multi-racionalidade», que, se por um lado resulta de uma certa segmentação do «tecido vivo e complexo em fragmentos, ordenados segundo a «razão», é também necessário seguir a sua imbricação, quer porque as suas diferentes «razões» se anulam, se apagam, se penetram, quer porque por um efeito de sobre-codificação, (...) elas produzem efeitos de sentido independentes» (Sfez, 1990: 285).

Tenhamos presente que toda a abordagem do problema da racionalidade associada à legitimação epistémica da argumentação, nos levou a encontrar em Chaim Perelman o espaço de uma «racionalidade intermédia», servida não pelos cânones de demonstração de uma verdade apodíctica, mas sim pelos métodos de fundamentação e de persuasão argumentativa, como o são os que se associam ao processo de justificação.

Perelman denuncia, de facto, a mono-racionalidade clássica e o seu restritivo critério de verdade, o da evidência racional, demonstrada ou revelada. No entanto não nos parece ter privilegiado esta vertente que concerne a uma desmontagem ideológica do conceito de racionalidade. Talvez seja esta a razão por que lhe escape a possibilidade de articular como o faz Lucien Sfez, o racional com o irracional e integrar as «razões» inconscientes que poderão intervir ao nível da deliberação do juiz consigo mesmo, como vimos no capítulo antecedente.

Cumpre-nos abordar agora o problema da Liberdade, ela também um traço característico do paradigma clássico da decisão.

Decorrendo das razões expendidas, a abordagem da decisão, com exclusão dos níveis intuitivo e doméstico em que por vezes ocorre, apenas pode ser correctamente colocado no quadro de uma abordagem institucional e sistémica, em todos os casos articulada com o inconsciente. Neste restritivo sentido, a decisão não pode em rigor ser considerada «livre», pelo menos em relação à concepção clássica de Liberdade. De facto não podemos hoje aceder a uma perspectiva nova de decisão «livre» se não tivermos em conta, como sugere Sfez, que o campo semântico da decisão já foi transformado (Cfr. Sfez, 1990:287).

É inegável que a imersão da decisão num quadro de funcionamento sistémico, a coloca numa rede de interacções e de interdependências onde ela, como qualquer elemento do sistema, não se pode considerar «livre» em relação aos demais elementos, uma vez que, como sugere Sfez, a resolução do problema da interdependência homem-sociedade não pode deixar de ser perspectivada à luz da teoria sistémica.

Teremos, então, de colocar a questão da decisão num outro plano que não o do sujeito na atitude de decidir, sobretudo a partir do momento em que acedemos fazer a crítica da racionalidade clássica. «Com efeito, diz Lucien Sfez, a irracionalidade, ou as múltiplas racionalidades contraditórias, fazem de uma decisão a solução de um conflito entre estas racionalidades (...)». Acrescenta

um pouco depois o nosso autor: «... *uma decisão que se produz dentro de um sistema - relação de sentidos - transforma a relação deste sistema com os que lhe são vizinhos - relação de significação - e este jogo entre sentido e significação define o domínio onde se pode exercer uma certa liberdade*» (Sfez, 1990: 288).

O quadro semântico clássico da «decisão livre», emanada de um sujeito, é duplamente transformado, quer pela crítica da linearidade, quer da racionalidade clássicas. No entanto esta ideia de que a decisão «livre» pertence a um sujeito, governa ainda, segundo Sfez, as «*últimas resistências, manifestas, aliás, nas duas propostas seguintes: não existe liberdade sem sujeito, não existe sujeito sem liberdade*» (Sfez, 1990: 289).

Consideremos, ilustrativamente, a primeira proposta, «*não há liberdade sem sujeito*»: tem inegavelmente como pressuposta uma distinção radical entre o determinismo da natureza e a liberdade do «sujeito». Mas, questionar-nos-emos de seguida: se não nos é possível ter uma «*épistémé*» da liberdade, podendo quando muito ter dela uma experiência de uma prática individual e intransmissível, que legitimidade teremos de transportá-los para fora de nós «*com a finalidade de moralizar a natureza (ou de a dominar, se preferirmos)*»? (Sfez, 1990: 290).

Esta tem sido, no entanto, a gesta de uma estratégia de decisão livre, particularmente consolidada pelo racionalismo «*mores geométrico*» de transformação e fruição da natureza pelo homem, que tem sabido minimizar sobre si os determinismos naturais e impor mesmo, como refere Lucien Sfez, alguns «*determinismos artificiais*» (Sfez, 1990: 290).

A concepção clássica de um sujeito livre assenta na contraposição essencial entre homem/natureza de que o corte entre ciências do homem e ciências da natureza é o reflexo epistémico. Tem diverso sentido o que propõe Lucien Sfez quando diz: «*Se o homem apareceu «por acaso», é necessário renunciar a uma finalidade natural que o teria querido como perfeição contraditória e soberba (...). É preciso, ao mesmo tempo, renunciar a que as suas próprias finalidades sejam por ele escolhidas, como se, tendo sido determinado pela natureza para a consciência, ele pudesse depois determinar-se a si próprio por uma transcendência «essencial»*» (Sfez, 1990: 290).

Porque o homem não é, de facto, um puro mecanismo cego, desprovido de razão, ele necessita fazer uso da sua liberdade, tendo em vista transcender a natureza de que, afinal, é também parte. Só que no quadro de funcionamento da nossa sociedade o homem, enquanto indivíduo, apenas acederá ao plano da fruição das liberdades formais na medida em que se submete a um programa de sujeição e sujeitação, que fazem dele um sujeito de direito.

Nesse processo ele amadurece e torna-se responsável na medida em que acedendo ao conhecimento dos sistemas de regras e de valores institucionais e sociais, concede submeter-se-lhes e conformar-lhes a sua conduta. Neste sentido, diz Lucien Sfez: «*Todos os homens são susceptíveis de serem educados para se tornarem sujeitos. E, diz ele, não fazemos mal em educá-los. Os sistemas de «valores» baseiam-se, na maior parte das vezes, neste a priori, que a liberdade humana é uma prática aberta a todas as influências e que deve ser inculcada, porque é ao mesmo tempo o valor*

*mais alto e mais inalienável (como tal o mais «indecidível» - paradoxo que pouco nos surpreende» (Sfez, 1990: 292).*

Como bem no-lo faz observar Sfez, o direito realiza, com base no critério da «liberdade», uma hierarquia segundo a qual sómente os cidadãos «maiores» e responsáveis, são providos de «direito». Esta concepção tem como correlata a teoria da hierarquia das espécies e das ciências, no topo das quais se colocam habitualmente, como sublinha o nosso autor, as ciências sociais e humanas. Contra esta perspectiva se posiciona Sfez ao dizer que *«tal política do sujeito é inconciliável tanto com a teoria sistémica como com a que estabelece uma articulação do irracional com o racional»* e acrescenta ainda que *«as dificuldades de uma teoria jurídica da responsabilidade são disso a prova»* (Sfez, 1990: 292).

De facto, faz-nos notar Lucien Sfez, nem a natureza fornece o tipo, isto é, o homem ético, nem a decisão é deduzida a partir de uma essência de que o sujeito deveria ser o porta-voz, a decisão nada tem, por isso, que ver com valores morais e metafísicos em que antes tomara assento e pode ser, tal como os fenómenos naturais, objecto de estudo (Cfr. Sfez, 1990: 293).

A decisão nasceu, tal como o sujeito, na manjedoura humilde dos circuitos administrativos de uma «microfísica do poder», como tão bem no-lo demonstra Michel Foucault em «Surveiller et Punir» e não terá deixado de ser condicionada pelo conjunto do sistema historicamente determinado por aquele seu modo de produção. Lucien Sfez configura uma nova liberdade para a decisão que esta poderá encontrar individualizando-se pela sobrecodificação na medida em que joga ali, através da multi-racionalidade e da multi-finalidade, em vários níveis ao mesmo tempo. Mas é, do nosso ponto de vista, na sua confrontação acrescida com o critério de um auditório universal e na suposição da figura de um «justo juiz», de que falámos no ponto 4. deste trabalho, que a liberdade é plena. Pensamos que aquele conceito de juiz ética e tecnicamente bem formado e, por isso, consciente da sua função mediadora dos conflitos humanos e norteado pela vontade de consolidar a paz judiciária e velar pela dignidade do direito e pela segurança jurídica, se aproxima muito estreitamente da concepção, tão cara ao Professor Pessoa Vaz, de um "juiz-assistencial" e se harmonizará bem com as exigências de uma sociedade socializada nos valores do individualismo, progressivamente mais esclarecida sobre qual deva ser a função do Direito e do Estado.

Aquelas concepções não se harmonizarão com a concepção de um juiz imaginário de inteligência e paciência sobre-humanas que, com graça, Dworkin designa por «Juis chamado «Hércules»: *«ce juge est lui-même qualifié de «juge imaginaire à l'intelligence et à la patience sur-humaines (imaginary judge of superhuman intellectual power and patience)»*(\*)).

Parece-nos mais fecunda e interessante, do ponto de vista epistemológico, a «Teoria da Coerência Narrativa», desenvolvida por Dworkin, na qual o juiz opera na aplicação do Direito, como se fora um

---

(\*) (Dworkin, cfr. J. Lenoble, *La théorie de la cohérence narrative en droit*, Le débat Dworkin-McCormick, Archives de Philosophie du Droit, Tome 33, Sirey, 1988:121- 139).

escritor que é chamado a retomar a escrita de um romance, como se um fio de racionalidade anterior devesse atravessar o enredo da acção e orientar a sua escrita de molde a que a coerência final do romance, cuja escrita se continua depois dele, fosse conseguida. Pela nossa parte pensamos que se a segurança e coerência do Direito são de grande importância para que se não constitua na margem do seu eventual descrédito, um nova e refinada forma de violência, elas não são, no entanto, a sua finalidade primeira. O sujeito do Estado Social conquistou já o seu lugar de protagonista nesse processo. O Direito não pode viver hoje, exclusiva e primordialmente, para a sua auto-fundamentação, é sua função contribuir activa e efectivamente para investigar e construir os caminhos da solidariedade humana. Não lhe bastará, para conservar e ampliar o seu prestígio, «organizar a delinquência», manter o «status quo», estruturar o campo da distribuição assimétrica dos dispositivos de controlo. Exige-se ao Direito que mereça a designação tão arcaica, quanto nova, de «ars aequi et boni».

Infectando um pouco mais para o conjunto de questões que optámos organizar neste ponto do nosso trabalho, teremos de reconhecer que, decididamente, o conceito de liberdade clássica de textura metafísica, «quaisquer que sejam as tonalidades» é claramente posto em causa pelas correntes de pensamento filosófico que marcam o nosso século, designadamente a psicanálise, o marxismo e o estruturalismo.

A própria teoria sistémica coarta a possibilidade de se falar em responsabilidade pessoal ou mesmo de responsabilidade de um grupo, na justa medida em que *«as correlações entre os actores e as acções, entre os diferentes níveis em todos os momentos, impedem que se possa falar de liberdade no sentido clássico deste termo, isto é, no sentido de um livre arbítrio neutro que é o único fundamento possível de uma teoria da responsabilidade pela falta»* (Sfez, 1990: 299).

Não obstante, parece ser inegável que as teorias jurídicas da responsabilidade sentem ainda a enorme dificuldade de largar mão do sujeito *«apesar das fortes pressões sociais neste sentido»* (Sfez, 1990: 297). É que o jurista, ao contrário do historiador, do economista, do psicanalista ou do sociólogo, é obrigado a raciocinar em termos de responsabilidade tendo em vista o desempenho do seu papel de garante da paz social. Muito a propósito refere Sfez: *«em matéria de responsabilidade, a paz social exige de maneira absoluta que paremos na procura das origens. É preciso imputar a responsabilidade do prejuízo a esta ou àquela pessoa, a este ou àquele serviço, a esta ou àquela colectividades. Raciocinemos em termos psicanalíticos: o caos social instala-se imediatamente»* (Sfez, 1990: 299).

Quando pensamos unicamente em termos responsabilidade administrativa, é possível configurar um campo cada vez mais amplo de responsabilidade coberta pelo risco e pensar mesmo numa assintótica exclusão do sujeito e da correlata responsabilidade pela culpa. É até possível verificar que a primeira ocupa um lugar progressivamente mais significativo na teoria administrativa da responsabilidade, sobrepondo-se em imensos casos à teoria da culpa. Mas, segundo Lucien Sfez,

uma tal justaposição, de par com «tonalidades e aparências sofisticadas da teoria» caracterizam a própria «impossibilidade de eliminar totalmente o sujeito».

Acrescenta, acto contínuo, o nosso autor: «o direito, guardião da paz social, necessita de fraccionar, de cortar na linha contínua das origens, de imputar um facto a um segmento, a um sujeito. Isso é tão verdade, que hoje a teoria da personalidade jurídica das pessoas morais de direito público não é posta em causa» (Sfez, 1990: 301).

No que concerne à explicitação da noção de «sujeito de direito», é significativa uma certa unanimidade doutrinal dos autores. Georges Auriou, por exemplo, afirma que «a utilização subjectiva da personalidade jurídica (...) é um processo de técnica jurídica, que se destina a facilitar a vida de relação com outrem pela síntese do que é próprio a cada indivíduo», pelo seu lado, Marcel Waline refere que «um sujeito de direito, ou pessoa jurídica, não é nada mais do que um centro de interesse juridicamente protegido», enquanto Georges Vedel afirma que «a qualidade de sujeito de direito não se revela à observação (...) e resulta (...) de uma construção», enquanto, por último, André Laubadère refere que «os titulares das situações jurídicas (...) os sujeitos de direito, são pessoas físicas, ou pessoas morais», designando por «pessoas morais» o Estado, as colectividades territoriais, locais e as empresas públicas. (Cfr. Sfez, 190: 303).

Não esqueçamos uma oportuna advertência de Lucien Sfez em momento anterior da sua «Crítica da Decisão»: «qualquer teoria do sujeito é uma teoria ideológica, na medida em que justifica, que confere uma origem na consciência a algo que já existe e que ela pretende esconder. Para um regime político (ideológico) são necessários, portanto, sujeitos e não indivíduos, porque só os sujeitos (tendo consciência de serem livres) podem funcionar como apoio do regime político» (Sfez, 1990: 291).

O «Sujeito de direito», não obstante se reconhecer a sua qualidade de «artefacto» da ciência jurídica, e ser, por tal razão, designado como «construção» ou «síntese do que é próprio a cada indivíduo», desempenha, do nosso ponto de vista, uma função integradora, potenciando a criação de vínculos, juridicamente tutelados, que conectam os indivíduo a níveis progressivamente mais complexos de organização social. Mais, ela é, do nosso ponto de vista, o eixo giratório ou o polo catalizador do funcionamento das teorias do direito.

Por isso, ela é uma noção-chave do funcionamento deste e de uma teoria jurídica da responsabilidade. Mas é, seguramente também, uma noção indispensável ao funcionamento da liberdade na ordem, ou, se quisermos, ao funcionamento das liberdades formais, no quadro jurídico emergente da constituição das sociedades modernas, a partir de 1791, como sabemos. Daí que, como fundamenta em outro contexto o nosso autor, «a eliminação do sujeito, (...) sob a forma de sujeito de direito, é radicalmente impossível, sob pena de se chegar a grandes desordens sociais e de organização» (Sfez, 1990: 303).

## 5.2 - Decisão e Argumentação

Uma das consequências mais demolidoras, não só do conceito clássico de liberdade do sujeito decisor, mas também do entendimento que subjaz à nossa concepção da liberdade, necessária à recta formação da íntima convicção do juiz, foi, sem dúvida, o reconhecimento frontal de que todo o processo da produção de uma sentença jurídica está intimamente conectado com uma lógica institucional-sistémica, onde é radicalmente posta em causa a liberdade de decisão do juiz.

No entanto aquela constatação não justifica, de forma alguma, o pessimismo veiculado por Sfez, segundo o qual os membros de uma equipa de investigação ligada ao "Ministério do Equipamento" francês, terão demonstrado *«que os fantasmas daqueles sobre os quais recai a decisão não fazem mais do que reproduzir os códigos dominantes, sem disso se darem conta.»* E acrescenta: *«Nível de representações secundárias, de uma opinião pública já formada, conduzida pela ideologia e longamente descrita por Bourdieu»* (Sfez, 1990: 27/28).

Pensamos ter já demonstrado, nos capítulos antecedentes deste nosso trabalho, que se há algo que de verdadeiramente caracterize o campo de preparação e produção de uma decisão judiciária e defina a sua essência, será justamente a sua ligação co-natural com um processo argumentativo que não só acompanha mas integra mesmo todo o processo, desde a produção da prova, em sede de debate judiciário, à deliberação do juiz consigo mesmo e, por último, à pública justificação das razões que motivaram a sua decisão.

Do nosso ponto de vista, é a dimensão dialógica introduzida e salvaguardada pela retórica jurídica que condimenta, subverte e humaniza mesmo, a lógica institucional-sistémica, naturalmente mais afeiçoada aos procedimentos que lhe garantam a sua preservação, isto é, a segurança jurídica. Por esta razão, pensamos ser legítimo finalizar o nosso trabalho religando no seu termo a argumentação à decisão.

Em texto elaborado em colaboração com Olbrechts-Tyteca, publicado em 1958, sob o título *«De la Temporalité comme caractère de L'Argumentation»*, Perelman define, de uma maneira muito original, a «demonstração» nestes termos: *«(...) Sans doute, la démonstration est-elle, comme nous l'avons dit, une enfilade de structures et de formes: mais cette enfilade pourrait être donnée en une fois, instantanément; car rien de nouveau ne s'insère en cours de route, rien de ce qui est donné ne se modifie»* (Perelman, 1989: 437 e 438).

Na linha de desenvolvimento desta ideia, o nosso autor chega mesmo a caracterizá-la como «uma mística», na medida em que ela caracterizará uma tomada de vistas que se assemelha, pela intemporalidade das suas premissas e da conclusão, ao conhecimento divino: *«Dieu voit, de toute éternité; l'homme voit ce que Dieu voit. Il le voit immédiatement et pour toujours, la conclusion est acquise dès l'abord et une fois pour toutes»* (Perelman, 1989: 438).

No sentido acima expresso, a demonstração, e como ela a lógica formal, já que participará também daquela característica contemplativa, *«en ce sens que les règles de formation, de*

*transformation, sont offertes en bloc*» (Perelman, 1989: 438), socorrer-se-ão necessariamente de técnicas que lhes permitem assegurar a intemporalidade da conclusão. É assim que a demonstração opera uma selecção das faculdades intemporais do entendimento e da razão, assim tomadas suas destinatárias exclusivas. Neste processo, o homem, globalmente considerado, é, tanto quanto parece, excluído.

Mas, sublinham Perelman e Tyteca, *«L'argumentation, par contre, qui sollicite une adhésion, est avant tout une action: action d'un individu, que l'on peut appeler, de manière très générale, l'orateur, sur un individu, que l'on peut appeler, de manière très générale aussi, l'auditeur, et cela en vue de déclencher une autre action»* (Perelman, 1989: 439).

Neste sentido, a argumentação que Perelman designa também por «acção argumentativa», tal como a acção propriamente dita que ela visa desencadear, são obra de pessoas que agem, através dela *«avec sa stabilité, mais aussi avec sa faculté de choix, sa liberté créatrice, les aléas de son comportement, la précarité de ses engagements»* (Perelman, 1989: 439) mas que têm a capacidade crítica para reorganizar, modificar os resultados adquiridos pela argumentação, numa procura de os harmonizar com outras das suas crenças. Acrescenta o nosso autor, que podem ser realizadas novas estruturas de molde a que seja então possível aderir às novas propostas de forma plena.

A esta luz, sublinham Perelman e Tyteca, *«Le problème de la décision, lorsqu'il s'agit d'une action, se présente dans des conditions très différentes de celui de la décidabilité d'un système formel»* (Perelman, 1989: 444).

No que concerne especificamente à questão da decisão judicial há uma questão prévia que se levanta e condiciona, desde logo, a própria natureza da decisão aí acontecida: falamos naturalmente da obrigação de decidir, que impende sobre o juiz e que é anterior à própria decisão, constituindo como que o pano de fundo sobre o qual se fará qualquer exame dos meios de prova.

Por outro lado, converge sobre esta obrigação de decidir a imperatividade de a sua execução dever acontecer em tempo útil. Sustentam os nossos autores que é justamente este limite de tempo que torna a obrigação de decidir efectiva, ao mesmo tempo que ajuda a compreender a sua influência sobre o pensamento do juiz. Dizem Perelman e Tyteca: *«Nous avons (...) la conscience de cette limite sur le raisonnement et la manière dont on le conduit: elle influe également sur la manière dont l'argumentation est accueillie»* (Perelman, 1989: 444).

Em texto que tem por título «Le raisonnement pratique», publicado em 1968 (Perelman, 1990: 333-344), Perelman retoma aquela questão nestes termos: *«Remarquons que l'intérêt d'une décision est lié à l'action qui lui fait suite: or le temps de l'action n'étant pas illimité, le raisonnement pratique doit aboutir à une décision dans un laps de temps déterminé»*. E seguindo este fio de pensamento, acrescenta Perelman um pouco adiante: *«l'urgence de l'action impose la technique de la dernière instance, l'autorité de la chose jugée»* (Perelman, 1990:339).

Mas tenhamos, entretanto, presente que a obrigação de julgar está associada, no ordenamento jurídico da maioria dos países, à obrigação de motivar as decisões judiciais, a que nos

referimos em momento anterior deste trabalho. Diremos, em todo o caso, que estas duas obrigações, a de decidir e a de motivar, pressupõem que o juiz deverá tratar o sistema jurídico como se fora, de facto, um sistema completo, isto é, susceptível de fornecer soluções para todos os casos.

No texto intitulado «Le rôle de la décision dans la théorie de la connaissance», de 1955, e que Perelman recita em «Rhétoriques», 411-423, refere sobre esta questão: «*Les techniques particulières au raisonnement des juristes, les problèmes que pose l'interprétation de la loi, les argumentations qui justifient son application, sont toutes fonction de l'obligation que l'on impose au juge de se décider et de motiver sa décision*» (Perelman, 1989: 414).

Pensamos que a nossa compreensão do papel da argumentação na decisão judicial poderá encontrar um precioso acervo de reflexões no texto «Le raisonnement pratique», acima citado. A partir de uma contraposição ao «raciocínio teórico» que diz consistir «*dans une inférence qui tire une conclusion à partir de prémisses*», Perelman define «raciocínio prático» como sendo «*celui qui justifie une décision*», acrescentando: «*Nous parlerons de raisonnement pratique chaque fois que la décision dépend de celui qui la prend, sans qu'elle découle de prémisses en fonction de règles d'inférence incontestées, indépendamment de l'intervention de toute volonté humaine*» (Perelman, 1989: 333).

Vimos já, em momento anterior, que é sempre possível a redução de um qualquer raciocínio jurídico a uma forma silogística, bastando para o efeito ficcionar a existência de uma nova premissa adequada ao efeito. Perelman perguntava-se, então, com que vantagem faríamos isso?

Coloca-se agora a constatação de que todo o raciocínio prático pode ser transformado em raciocínio teórico, como, aliás, o reconhecem Toulmin, Hare, Nielsen, Castaneda, Pike, Kemer e Watson, autortes referidos por Chaim Perelman. Por redução ao raciocínio teórico, operada por processo idêntico ao descrito anteriormente, pode obter-se, de facto, como conclusão do raciocínio teórico, a proposição que fora objecto da decisão no raciocínio prático. Mas, por esse processo, o ganho limita-se, tão somente, a fazer deslocar a argumentação, que funda a decisão no raciocínio prático, para o campo da sua admissibilidade como premissa do raciocínio teórico, eventando-se aí, eventualmente, a possibilidade de se tratar de uma «petição de princípio».

Resulta do exposto que é sempre em função de uma decisão que se argumenta. A decisão prende-se sempre a um acto «livre» da vontade humana e não se manifesta, nem se impõe nunca, de forma necessária e constringente.

Há autores que procuram resolver o problema da decisão através de procedimentos de cálculo, mas, diz Perelman, a este propósito: «*ce n'est pas ce calcul qui constitue un raisonnement pratique, mais l'argumentation qui justifie le choix d'une stratégie déterminée, à laquelle on décide de se tenir*» (Perelman, 1990: 334).

O cálculo, poderá desempenhar uma função útil, mas apenas na medida em que intervém para precisar as consequências resultantes da estratégia em causa. Segundo Perelman, é nas sentenças e acórdãos dos tribunais que poderemos encontrar os exemplos mais notáveis de raciocínio prático.

De facto, diz-nos ele, encontramos aí, além da decisão (o dispositivo), a indicação dos motivos «*qui justifient le dispositif adopté par le juge, les attendus, qui indiquent les raisons pour lesquelles le jugement n'est ni illégal ni arbitraire, devant aussi écarter les objections présentées contre telle ou telle prémisse du raisonnement*» (Perelman, 1989: 334).

A argumentação surge, nesta circunstância, como instrumento de fundamentação da decisão, não só, no plano da formação da íntima convicção do juiz, mas também perante o auditório judiciário, cuja constituição, como sabemos, não é homogênea.

Neste plano de fundamentação, a argumentação surge como estratégia que realiza a compatibilização da decisão com os níveis de exigência do auditório judiciário, parecendo mesmo assumir-se como parte da própria decisão. Ela é como que o tecido onde se recorta a motivação da sentença e aí ela releva, sobretudo, de procedimentos de técnica jurídica. Mas não esqueçamos que a sua produção começa nos teares da deliberação do juiz consigo mesmo e, nesse sentido, a argumentação, mais do que roupagem, é a própria textura da decisão.

Perelman dá-nos, de par com o da argumentação produzida em sede de julgamento, um outro exemplo de raciocínio prático. É o caso da argumentação aduzida no preâmbulo de um diploma legal, onde é nítida a preocupação de tornar explícitas as razões que recomendam a sua adoção. Nesta faceta não-constringente em que se insinuam e se fazem admitir, um e outro dos exemplos citados constituem, de facto, formas de raciocínio prático, não obstante serem manifestamente diversos quanto ao âmbito: a decisão tomada pelo juiz tem como tarefa imediata a resolução do caso submetido a juízo; o preâmbulo do diploma legal tem em vista regular um conjunto potencialmente numeroso de situações futuras.

Tenhamos presente, no entanto, que, em Direito, o uso da técnica do precedente de par com o argumento «*a cohaerentia*», ampliam em muito o horizonte supostamente regional da decisão judicial. Sobre o papel do argumento «*a cohaerentia*» na conservação dos enunciados legislativos e perpetuação do seu emprego e sobre o seu contributo para fazer do Direito um sistema coerente, parece-nos particularmente fecundo o texto de Giovanni Tarello intitulado «A Nova Retórica e o Direito. O Argumento *A Cohaerentia* e a Análise da Prática dos Órgãos Judiciários» (Tarello, 1979).

No que concerne ao problema, aqui mais pertinente, da motivação, refere bem a propósito Perelman que «*la motivation d'une décision (la ratio decidendi) fournisse une règle dont les autres juges, dans le cadre du même système juridique (...) devront ou pourront s'inspirer dans leurs décisions concernant des situations similaires*» (Perelman, 1990: 335).

Esta mesma ideia retoma-a o nosso autor mais adiante, do seguinte modo: «*Le raisonnement pratique s'insère dans un ordre qui comporte des valeurs et des normes admises, ainsi que des situations de fait qui, par leur durée et grâce à la prescription, se transforment en situations de droit, des précédents dont il faut tenir compte, situations et précédents qui imposent la charge de la preuve e de la justification à ceux qui voudraient les modifier*» (Perelman, 1990: 339).

Pela nossa parte inclinamo-nos a reconhecer que a técnica do precedente, pelo facto de gerar, à escala de um dado ordenamento jurídico, uma cadeia ininterrupta de interações, se transforma em dispositivo global de controlo efectivo e de reforço da segurança jurídica e, correlativamente, de resistência à mudança.

No que concerne ainda à contraposição estabelecida por Perelman entre raciocínio teórico e raciocínio prático, importará ainda reter uma demarcação bastante sensível ao nível da estrutura de ambos. O raciocínio teórico procura obter uma conclusão verdadeira ou provável, ou simplesmente válida, consoante os casos. Mas, faz-nos observar Perelman, «*admettre une telle conclusion, ce n'est pas prendre une quelconque décision, mais c'est reconnaître la vérité d'une conclusion ou du moins la correction d'une inférence, c'est-à-dire sa conformité aux règles*» (Perelman, 1990: 335).

Ao raciocínio prático, pelo contrário, na medida em que recorre a técnicas de argumentação, não é consentida a produção de uma conclusão que se imponha de forma constringente. Se uma conclusão for obtida por um processo argumentativo só o poderá ser por uma decisão que estabelece uma ruptura na cadeia das razões aduzidas. Implica, por isso, que alguém tenha o poder e a liberdade para decidir, ou por que as partes lho outorgaram previamente, ou porque esse poder é de natureza institucional.

Daf que a finalidade do raciocínio prático seja o de mostrar «*que la décision n'est pas arbitraire, illégale, immorale ou inopportune, qu'elle est motivée par les raisons indiquées*» (Perelman, 1990: 335).

Sobre a natureza e função do raciocínio prático, encontramos em «Le Champ de l'Argumentation», do mesmo autor, e no texto de Paul Foiriers «O raciocínio prático, o razoável e os seus limites», contido in *Revue Internationale de Philosophie*, nº 127-128, referências importantes para o aprofundamento desta questão.

Perelman enuncia, como possíveis, três atitudes críticas face a esta sua definição de raciocínio prático. A primeira, que nós reconhecemos vir um pouco na linha e enquadramento crítico da decisão na perspectiva que analisámos anteriormente junto de Lucien Sfez, designa-a Perelman como «determinista». Esta perspectiva consiste, segundo o nosso autor, em negar a liberdade de decisão que mais não será do que um fenómeno natural «*explicable par l'intervention de facteurs conscients ou inconscients, de causes psychologiques, sociologiques ou idéologiques, qui rendent la décision prise inévitable ou extrêmement probable*» (Perelman, 1990: 336).

Perelman clarifica mais adiante esta perspectiva determinista dizendo que, ao encarar o raciocínio prático como um épi fenómeno, este ponto de vista exclui todo e qualquer ponto de vista normativo, interessando-lhe tão somente pôr a manifesto a infra-estrutura que explica a decisão como acontecimento natural (Cfr. Perelman, 1990: 336).

Um a segunda atitude, pela qual alguns sociólogos parecem mostrar certa afinidade, apenas reconhece como sérias as decisões que se fundam em razões. As demais decisões, segundo este ponto de vista, limitam-se a ser meras racionalizações, uma vez que se fundam em razões aparentes

e usurpam, diríamos nós, o lugar e função das «razões reais». Será normal, segundo este ponto de vista, que um sociólogo encare determinado julgamento num contexto que se não restringe ao estritamente legal (Cfr. Perelman, 1990: 336).

Finalmente, a terceira e última das atitudes indicadas pelo nosso autor, face ao raciocínio que se estrutura sobre uma base argumentativa e que ele designa por «raciocínio prático», consiste em tomar este raciocínio tal como é formulado e proceder ao seu exame «*au point de vue de sa conformité à un ordre donné, qu'il contribue d'ailleurs à élaborer et à préciser*» (Perelman, 1990: 336). Só pode ser esta a atitude de um «Tribunal de cassação» que, em face de de um recurso, lhe compete, de facto, confrontar a sentença recorrida com as normas e/ou procedimentos supostamente violados.

É esta também a atitude que prevalece na teoria da argumentação em Perelman. Foi esta, justamente, a postura por ele assumida ao não considerar pertinente, no quadro da fundamentação de uma decisão judicial, o questionamento teórico sobre se as «razões» alegadas o eram de facto, ou se limitavam a ser «racionalizações», o que é dizer, mistificações daquelas.

Pensamos que a perspectiva que se abre com a crítica da decisão de Lucien Sfez, designadamente com o seu conceito de «sobrecódigo», ganha de forma evidente em termos de aprofundamento teórico da questão, mas perde de facto a eficácia e utilidade práticas, que ele, aliás, denuncia na desmontagem idológica do conceito de «racionalidade».

Perelman faz-nos notar que as nossas decisões, não obstante o seu berço ser o do raciocínio prático e não o das «verdades» constringentes e necessárias, não são de forma alguma arbitrarias. O raciocínio prático, diz-nos Perelman, «*renvoie à une dialectique de l'ordre et de la liberté, la décision libre devant également se présenter comme conforme à un ordre ou à des valeurs qui permettent de la considérer comme opportune, légale, raisonnable (...). Si le raisonnement pratique exclut l'évidence ou la nécessité logique de la décision, il présuppose qu'on a la possibilité de la critiquer et de la justifier à partir de valeurs et de normes reconnues*» (Perelman, 1990: 336/337).

Deste modo, à eficácia e oportunidade de uma decisão, que em termos práticos sempre constituem padrões de aferição do seu valor, há que acrescentar o da sua regularidade, no sentido latino deste termo, isto é, o da sua conformidade com uma regra, seja esta moral ou jurídica, segundo Perelman. É ainda este autor que nos faz observar que o raciocínio prático necessita que a decisão esteja inserida num contexto, seja ele definido por normas ou por valores, «*par rapport auxquelles une décision pourrait être critiquée et justifiée, blâmée ou approuvée*» (Perelman, 1990: 337).

Por outro lado, para além do contexto em relação ao qual se possa aferir, a decisão requer, por vezes, o concurso de uma autoridade. É precisamente o caso quando o que está em jogo transcende a esfera própria da acção individual e se situa, designadamente, ao nível judiciário. O domínio técnico da função e a sua legitimação institucional perfazem a qualificação exigível ao juiz e, por si só, afastam considerações menos abonatórias acerca da natureza do raciocínio prático e da argumentação com que se fundamenta uma decisão judicial.

É evidente que as decisões que se ligam à actividade humana concreta não têm a legitimá-las um critério de apoditicidade ou, então, o fornecido por uma autoridade perfeita. Mas será, eventualmente, porque estamos em presença de uma «multiplicidade de valores e de normas e de autoridades imperfeitas», a que alude Perelman, que o raciocínio prático detém um tal poder de sedução.

Em texto intitulado «Desaccord et Rationalité des Decisions», aparecido em «Archivio di filosofia», 1966, retotomado sucessivamente em «Droit, Morale et Philosophie» e, recentemente em «Ethique et Droit», 420-428, Perelman coloca-se perante uma delicada questão, central no campo das decisões judiciais: a de saber se duas pessoas, tendo de tomar uma decisão sobre uma mesma questão e, fazendo-o diferentemente, terão ou não legitimidade de pretender que cada uma terá agido razoavelmente.

Sustenta o nosso autor que, tradicionalmente se foi consolidando uma ligação entre «desacordo» e «falta de racionalidade», pelo menos no que concerne a uma das partes, como se uma ligação estreita parecesse existir entre a ideia de razão e a de verdade (Cfr. Perelman, 1990: 420), acrescentado o nosso autor que terá sido a partir da perspectiva de um monismo filosófico que esta ligação foi tentada, isto é, que se permitiu «*assimiler les jugements de décision à des jugements vrais ou faux*» (Perelman, 1990: 426).

Como em outro passo no-lo observa o nosso autor, em se tratando de uma decisão, ela deverá ser considerada justa sempre que possa ser justificada por razões suficientes, não obstante não o poderem nem necessitarem fazer de forma constringente, uma vez que «*la manière d'évaluer les raisons et les arguments est liée, en fin de compte, à la situation et à la philosophie de chacun*» (Perelman, 190: 426).

Ao invés da perspectiva do monismo filosófico e das consequências que, em matéria de decisão, a ela se atam, na perspectiva filosófica pluralista, que o nosso autor inequivocamente perfilha, duas decisões diferentes sobre o mesmo assunto, «*peuvent être toutes deux raisonnables, en tant qu'expression d'un point de vue cohérent et philosophiquement fondé*». Nesta linha de pensamento, conclui Perelman que «*la thèse selon laquelle n'existe qu'une décision juste, celle que Dieu connaît, suppose l'existence d'une perspective globale et unique, et que l'on pourrait, à juste titre, considérer comme la seule conforme à la vérité*» (Perelman, 1990: 427).

Mas, porque no campo das decisões humanas não há um acordo sobre o critério que possa estabelecer unívoca e definitivamente como conformar uma decisão à verdade, é inevitável que juízos de valor diferentes possam ser produzidos sobre um mesmo estado de coisas. Como bem o sublinha Perelman, reside aqui a pertinência do voto da maioria, sempre que, por razões de natureza prática, se imponha a obtenção de uma decisão uniforme.

O concurso de tribunais colectivos manifesta claramente o cuidado posto pelo legislador na procura de decisões que corram o menor risco de se afastar de uma referência padrão, socialmente admitida como justa, razoável e, por isso, potenciadora da paz judiciária, em casos cuja natureza ou complexidade faz esperar, segundo a previsão do legislador, especial risco.

Pode mesmo acontecer que o critério de oportunidade dite uma escolha, em matéria de decisão judicial, entre configurações de decisão igualmente razoáveis. Concordamos com Perelman quando ele sublinha que isso não implica, de forma alguma, que se considerem desrazoáveis as soluções que não fizeram vencimento na decisão.

## 6 - Conclusão

«*Surge bestial!*» era, afinal, a expressão latina contida na sigla S.B. que São Bartolomeu dos Mártires mandara inscrever à cabeceira da sua cama no convento de Viana do Castelo e cuja significação tanto intrigara os seus confrades, como nos conta Boaventura Sousa Santos na nota de apresentação ao número 31 da Revista Crítica de Ciências Sociais.

A sigla em referência presta-se magnificamente para indexar o mesmo apelo, a partir daquela tribuna de investigação e crítica, a todos os cantões do saber instituído e particularmente às Faculdades de Direito, feridas por um fenómeno de «fechamento institucional».

Se tivermos em consideração os diversos tipos de discussão jurídica enunciados no capítulo 3º, teremos de reconhecer que o relativo às discussões entre mestres e alunos, no âmbito da formação nas nossas Faculdades de Direito, caracterizará, no tempo presente, um dos espaços mais exíguos do efectivo debate sobre a vastidão das questões jurídicas que contemporaneamente se levantam, comparação feita com o espaço e função que, segundo supomos, desempenha já em outros domínios, de que são exemplo: o debate parlamentar, onde se definem as linhas de rumo da estratégia jurídico-política; as discussões de natureza doutrinal, onde se configura um espaço que, como vimos, é o mais livre de entre todos os que propiciam a realização de discussões de natureza jurídica e, por último, o espaço de argumentação jurídica que convencionámos chamar de «debate judiciário».

É provável que o «fechamento institucional», que justifica o apelo de Boaventura, se funde na predominância de uma concepção sistémica do direito e na sua identificação exclusiva com as leis positivas expressas na forma escrita e se deva a duas razões fundamentais: a primeira terá que ver com a natureza mesma de uma instituição de saber e o seu sentido de conservação, sobretudo, quando esta se torna mais «instituição» do que «saber»; a segunda, com o distanciamento que a especulação teórica sempre gera quando desenquadrada das mutações sociais e dos conflitos de valores, ligados ao agir humano, cuja resolução lhe compete fundamentalmente.

De alguma maneira, a concepção contemporânea do direito não deixa de ser tecida com os fios das três grandes concepções sobre as quais se estruturou o direito na modernidade. Referimo-nos, por uma ordem de precedência temporal, a uma concepção racionalista de uma justiça universal (herdada do século XVIII); a uma concepção positivista e formalista do direito, consolidada no século XIX, a partir da maturação lenta das ideias de Rousseau, em que o direito se tornou apenas expressão da vontade do legislador e a Lei «*est un donné, que la doctrine examine à la loupe, pour permettre au juge de déduire la solution correcte dans tous les cas concrets*» (Perelman, 1975: 168) e, por último, a uma concepção, filha do romantismo, da escola histórica e de Hegel, em que o direito é tido como expressão de um povo (*Volksgeist*) e de uma época (*Zeitgeist*), isto é, de uma sociedade, dos seus usos, costumes e instituições, em que o direito tem em vista o cumprimento de uma certa finalidade: a realização de valores socialmente admitidos.

Como no-lo observa Perelman, parece haver uma correspondência entre estas concepções de direito e cada um dos seus seguintes ramos: o direito das obrigações teria uma inspiração mais racionalista, o direito fiscal a feição mais voluntarista e, por último, o direito das pessoas estaria mais estreitamente ligado a uma concepção sociológica e funcional. Nesta linha de pensamento parece razoável configurar o direito contemporâneo como uma síntese das concepções anteriores, síntese esta que se traduz numa medida de razoabilidade e requer, para sua consecução, bem mais o contributo juiz do que do legislador (Cfr. Perelman, 1975: 168).

Tenhamos em consideração que a ideia de «razoável» é sempre relativa a uma sociedade concreta e a um fundo constituído pelos valores aí consensualmente admitidos, pelo que esta ideia de caracterizar o direito contemporâneo como uma «síntese» não indicia, de modo algum, o retorno à concepção de um direito racional universalmente válido. O progressivo recurso aos «topoi» jurídicos e aos princípios gerais do direito, não retira ao direito positivo o seu lugar de charneira no direito contemporâneo. O que parece não levantar quaisquer dúvidas é que a própria concepção de «direito positivo» terá evoluído no sentido de não ser indiferente aos resultados da sua estrita aplicação, de que é sintoma o recurso à ficção jurídica, como forma de elidir a natureza iníqua de uma decisão jurídica.

Na perspectiva de Perelman, os contornos de uma visão contemporânea do direito, não obstante a sua coexistência com as perspectivas anteriores, são definidos, sobretudo, por uma relação de compromisso: *«En concevant le droit, ni comme l'expression de la justice et de la raison, ni comme l'expression de la volonté du législateur, mais comme l'expression d'un consensus politique et social sur une solution raisonnable dans une société en rapide évolution, nous affirmons que cette solution résulte le plus souvent d'un compromis difficile entre des valeurs incompatibles et dont il s'agit d'aménager la coexistence. Le droit, ainsi conçu, ne prend forme qu'à travers des conflits et des controverses à tous les niveaux, et ne peut plus l'image rassurante d'un ordre stable, garanti par un pouvoir impartial»* (Perelman, 1975: 169).

Deste modo, parece emergir na concepção contemporânea do Direito a noção de compromisso, que vem desempenhar uma função supletiva da noção de consenso, particularmente nos casos em que, por força das mutações rápidas que ocorrem na sociedade, não terá sido ainda possível aceder a uma ideia de consenso sobre uma nova situação. Em qualquer dos casos, quer se trate de uma solução de natureza provisória que a prática consolidará ou não, ou de uma solução consensual definitiva, importa reconhecer com Josef Esser e Perelman que *«la normativité du droit s'insère dans une réalité qui lui fournit un soubassement de valeurs admises»* (Perelman, 1975: 169).

Uma vez que às Faculdades de Direito compete formar legisladores, administradores e juizes, a quem competirá encontrar para cada caso a melhor e mais razoável solução jurídica, no quadro do direito em vigor, Perelman sustenta que não basta encetar aí a uma iniciação aos «topoi» jurídicos, cuja utilidade considera inquestionável para o exercício da advocacia. Será necessário ainda que os seus «*curricula*» comportem espaço para o ensino tanto teórico como prático da

argumentação, de molde a preparar os profissionais do Direito para uma relação adequada com o seu auditório.

No que concerne particularmente ao juiz, cujo auditório é como sabemos, constituído, basicamente, pelos sujeitos jurídicos, pelos seus superiores no quadro da hierarquia funcional e pela opinião pública esclarecida, «*il doit connaître les valeurs dominantes dans la société, ses traditions, son histoire, la méthodologie juridique, les théories qui y sont reconnues, les conséquences sociales et économiques de telle ou telle prise de position, les mérites respectifs de la sécurité juridique et de l'équité dans la situation donnée*» (Perelman, 1975:173).

Podemos dizer que, se é verdade que o Direito faz parte da «acção estratégica» jurídico-política definida pelo poder político, pelo seu lado a retórica jurídica, sendo por essência «acção comunicativa», opera demiurgicamente uma função descriptora do Direito. Esta função manifesta-se, particularmente, no desabrochar de soluções razoáveis e consensuais, exponenciadoras da paz judiciária, sem perda da devida segurança jurídica, em domínios onde se debatem e formulam as orientações doutrinárias, se produz a prova jurídica, se faz a «subsunção de certo quid a uma norma» ou se motivam as sentenças.

De facto, a retórica jurídica, «*pela controvérsia que cria e que resolve, pelas dúvidas que abre e que responde, pelo agenciamento que promove dos diversos pontos de vista, pelo cooptar constante de juízos de valor, designadamente sobre a natureza justa e equitativa do enquadramento dos factos e motivação das decisões, fazendo dos princípios gerais do direito lugares obrigatórios da sua argumentação, (...) poderá, de facto, ser considerada efeito ou causa, mas sempre associada a sinais de democratização da justiça*» (Borges, R.C.L, 1991: 81).

Será, porventura, na medida em que a retórica jurídica consiga escapar à lógica e função das acções estratégicas jurídico-políticas que ela poderá cumprir cabalmente esta sua função. A sua lógica é a lógica do razoável, a sua função é por essência democrática, o seu lugar é no seio dos conflitos humanos que lhe compete dirimir pelo *dia-logos*, o seu estatuto é o de uma *techné*.

Pensamos, no entanto, que este lugar e função da retórica jurídica poderão ser subvertidos sempre que a retórica se deixe aprisionar e inserir no campo das acções estratégicas, inscrever-se aí como dispositivo logo-técnico do Poder, e tomar-se, como tal, portadora de uma forma de violência simbólica, no sentido que lhe empresta Boaventura: «*à medida que se avoluma e consolida a desigualdade dos habitantes do espaço retórico, faz sentido reconstruir criticamente a retórica como uma nova forma de violência, ao lado da violência burocrática e da violência física - a violência simbólica*» (Santos, 1980: 96).

Não já neste espaço supra-estrutural de aprisionamento da retórica ao jogo das estratégias jurídico-políticas, mas atendo-nos agora ao restrito espaço em que ela é acção comunicativa, designadamente na produção de uma argumentação susceptível de persuadir os membros de um auditório determinado, surge como correlato daquela forma de violência, o uso dos argumentos e das técnicas persuasivas como «procedimento», isto é, no quadro de uma estratégia denunciada de

persuasão. Só que o efeito, neste caso, é o do seu próprio descrédito e da correspondente perda de eficácia persuasiva, sob denúncia de ser uma argumentação sofisticada.

Estamos em crer que os ventos de uma «socialização dessocializante», de que fala Lipovetsky em «A era do Vazio», vão chegando lentamente ao Direito, designadamente ao nível da definição das estratégias jurídico-políticas emanadas pelo Comité Europeu para os Problemas Criminais (Conseil de L'Europe, 1980).

Estes novos ventos pressentem-se já no ordenamento jurídico português, designadamente no Código Penal vigente, onde as orientações comunitárias de fundo terão feito pleno vencimento. Como mera ilustração, lembremos o cuidado posto pelo legislador do C.P., em matéria de crimes de natureza sexual, em que faz depender da vontade do queixoso a iniciativa processual, na salvaguarda do menor prejuízo moral, só pessoalmente aferível pelo sujeito lesado. Neste domínio e, possivelmente em outros, o sujeito do Estado Providência da pós-modernidade, o sujeito narcísico, encontra na lei acrescido reconhecimento dos seus direitos individuais.

De alguma forma, é-nos dado reconhecer ainda que as estratégias jurídico-políticas contidas no novo Código de Processo Penal, designadamente as que respeitam à consagração e reforço dos princípios da imediação, da oralidade, do contraditório e da legalidade, para além naturalmente do princípio «in dubio pro reo» ou «in dubio pro libertate», estão inseridas num projecto jurídico-político global que, em certa medida, visa recuperar o Direito para uma relação de imanência com os actos humanos que lhe compete subsumir e transformar em factos jurídicos. Pensamos no entanto que a plena consecução deste projecto passa pelo reconhecimento dos méritos e contributos da retórica jurídica no desempenho da sua função mediadora entre a normatividade e os valores socialmente admitidos, isto é, entre o Direito e a Justiça.

Para além de todas as configurações e novas estratégias do Poder, que poderão relegar a retórica jurídica para áreas periféricas do espaço central de dominação, como sustenta Boaventura, subvertendo a lógica da sua função ao transformá-la em estratégia de um controlo telescópico da conflitualidade secundária, pelos processos de «informalização», «descriminalização» e «contratualização» da justiça, importará, sem dúvida, referir o hiper-investimento narcísico e hedonista de que fala Lipovetsky e a correspondente retracção individualista entre as causas possíveis da não assumpção plena do espaço institucionalizado, mas paradoxalmente livre, do exercício da razão.

No campo da produção da prova pessoal, este fenómeno de fuga, caracterizado pelo desinvestimento de compromissos ético-sociais, é particularmente sensível no comportamento das testemunhas. Será sobretudo a condição de lesado que faz ressoar, na mente do sujeito narcísico, sujeito de direitos, a vibração provocada pela desafeção generalizada dos valores sociais em que, afinal, ele também participa. De resto ele não enjeita a possibilidade de dar o seu assentimento quer às correntes de pensamento jurídico-político que defendem o retorno às meras formas retributivas de aplicação da Lei, na linha de reforço das posições neo-kantianas ou neo-positivistas, quer, ao invés, às que defendam a função ressoacializadora do direito e das penas. Nele, de alguma forma, os extremos tocam-se e coexistem pacificamente.

Por isso, o sujeito de direitos do Estado Providência fará depender a sua tomada de posição do seu próprio critério de oportunidade que estabelecerá segundo a disposição emotiva experimentada no momento ou em função de ser ou não parte na disputa.

Definindo nós a retórica como «acção comunicativa», que sentido poderá ter o reflectirmos sobre as orientações estratégicas jurídico-políticas de «descriminalização», «informalização», «trivialização», ou mesmo a «contratualização da justiça» a que fizemos referência no capítulo 3º, cuja penetração prudente e larvar se fará já notar no ordenamento jurídico português?

Para melhor compreendermos a subtil relação entre «acção estratégica», continente das orientações jurídico-políticas acima aludidas, e a «acção comunicativa» que caracteriza e define a retórica jurídica, é de extrema utilidade recordarmos de novo a célebre correlação de Boaventura Sousa Santos: «a amplitude do espaço retórico do discurso jurídico varia na razão inversa do nível de institucionalização da função jurídica e do poder dos instrumentos de coerção ao serviço da produção jurídica» (Santos 1980:61).

É evidente que aquele conjunto de iniciativas jurídico-políticas sugere uma redefinição do claro-escuro das cotas que estruturam o espaço de dominação do Direito estatal. Por outras palavras, tais iniciativas representarão simultaneamente, segundo cremos, uma redução da dimensão burocrática (leia-se, redução do nível de institucionalização do direito em alguns domínios muito restritos) e uma redução dos dispositivos coercitivos aí concentrados. Mas, em que medida lhe corresponde, necessariamente, a expansão da retórica jurídica e, mais ainda, sinais de democratização da justiça?

A correlação proposta por Boaventura poderá ser uma fecunda hipótese de trabalho, uma espécie de termómetro de aferição da própria essência democrática das nossas sociedades, do funcionamento do direito e da amplitude do espaço retórico. Importa no entanto reconhecer que os elementos postos em correlação, não sendo da mesma natureza, podem prestar-se a algum equívoco.

Parece-nos, de facto, que a estruturação do campo de dominação é feita segundo critérios e meios definidos pela logística e estratégia jurídico-políticas, mediante o estabelecimento de níveis diferenciados de institucionalização e de concentração de dispositivos coercitivos, enquanto que o campo da retórica jurídica, não obstante ser estruturado pelos procedimentos processuais, é um espaço do livre exercício da razão, uma vez que a lógica destes procedimentos é a que visa uma administração imparcial da justiça, consubstanciada no princípio «*Et audiatur altera pars*».

Serão os contextos da «informalização» e «contratualização», entre outros, que poderão, eventualmente, contaminar a retórica jurídica pela lógica das acções estratégicas do Poder e torná-la, na óptica deste, uma extensão higienizante dos dispositivos burocráticos e coercitivos de um novo panoptismo.

A retórica jurídica, na medida em que penetra pelas capilaridades discursivas no espaço central onde se definem e executam as estratégias jurídico-políticas, pode operar a subversão da

lógica da escrita e do poder, tornando mais consistente o funcionamento da democracia e da justiça, ajudando, porventura, ao que Boaventura designa por «alargamento da cidadania da nossa sociedade», através do «processo de institucionalização do diálogo social», tornando possível *«uma distribuição mais justa de liberdades possíveis e impossíveis entre grupos sociais que, continuando a ser uns dominantes e outros dominados, se procura que o sejam menos, e que este menos de cada um seja o mais do outro»* (Santos, 1991: 8).

## BIBLIOGRAFIA

ALEXY, Robert

1989 - «Theorie der Juristischen Argumentation. Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung» («Teoría de la Argumentación Jurídica. La teoría del Discurso Racional como Teoría de la Fundamentación Jurídica»), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.

ANDRADE, Manuel da Costa

O Novo Código Penal e a Moderna Criminologia, «Jornadas de Direito Criminal», Lisboa.

APOSTEL, Leo

1963 - Rhétorique, Psycho-sociologie et Logique, «La Théorie de L'Argumentation. Perspectives et Applications», Logique et Analyse, Centre National Belge de Recherches de Logique, Éditions Nauwelaerts, Louvain.

ARISTOTELES

1967 - «Rhétorique», Les Belles Lettres, Paris.

AUSTIN, J. L.

1970 - «How to do things with words» («Quand dire c'est faire»), Éditions du Seuil, Paris).

BARTHES, Roland

1970 - L'Ancienne Rhétorique, Aide-memoire, Communications n° 16, Seuil.

BORGES, Hermenegildo Ferreira

1991 - Prolegómenos a uma análise da função da retórica nos domínios jurídico e judiciário da pós-modernidade, Revista de Comunicação e Linguagens n° 14, «Estratégias de Persuasão», Edições Cosmos, Lisboa.

1991 - Universo da Comunicação Interpessoal na Pós-Modernidade, Revista de Investigação Criminal n° 35, Direcção do Porto da Polícia Judiciária, Porto.

BRITO, José de Sousa

1990 - Princípio da Utilidade. Razão e Direito, «Razão e Justiça», *Revista "Filosofia", S.A.F. Colibri, Lisboa.*

CANARIS, Claus - Wilhelm

1989 - «Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito», Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa.

CAPELLA, Juan-Ramon

1968 - «El derecho como lenguaje», Ediciones Ariel, S.A., Barcelona.

CARRILHO, Manuel Maria

1990 - «Verdade, Suspeita e Argumentação», Ed. Presença, Lisboa.

CLASTRES Pierre

1979 - «A sociedade Contra o Estado», Edições Afrontamento, Porto.

CORREIA, Eduardo

1982 - Introdução ao Código Penal, C.P. , Lisboa.

- As Grandes Linhas da Reforma Penal, «Jornadas de Direito Criminal», Lisboa.

CONSEIL DE L'EUROPE - Comité Européen pour les Problèmes Criminels

1980 - «Rapport sur la Décriminalisation», Strasbourg.

CENTRO DE ESTUDOS JUDICIÁRIOS

1983 - «Jornadas de Direito Criminal», C.E.J., Lisboa.

CRUZ, Sebastião

1965 - Temas de direito romano, Boletim da Faculdade de Direito, Vol. XLI, Coimbra.

DAVID, René

1978 - «Les Grands Systèmes de Droit Contemporains (Droit Comparé)» («Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo (Direito Comparado)», Editora Meridiano, Ld<sup>ª</sup>, Lisboa.

ELIAS, Norbert

1980 - «Introdução à Sociologia», Edições 70, Braga.

FITZPATRICK, Peter

1987 - A Criação do Sujeito de Direito nas Genealogias de Michel Foucault, Revista do Ministério Público nº 30, Abril/Junho.

FONTETTE, François de

1988 - «Vocabulaire Juridique», Que sais-je?, Presses Universitaires de France, Paris.

FORIERS, Paul

1979 - Le Raisonnement Pratique, Le Raisonnable et ses Limites, «La Nouvelle Rhétorique. The New Rhetoric. Essais en hommage à Chaim Perelman», Revue Internationale de Philosophie nº 127-128, Imprimerie Universa, Wetteren, Belgique.

FOUCAULT, Michel

1971 - «L'Ordre du Discours», Gallimard, Paris.

1988 - «Vigiar e Punir», Vozes, Petrópolis.

FRANCO, João Melo (e Herlander A. Martins)

1988 - «Dicionário de Conceitos e Princípios Jurídicos», Almedina, Coimbra.

GIL, Fernando

1986 - «Provas», Imprensa Nacional - Casa da Moeda, Lisboa.

GOCHET, Paul

1979 - L'Empire Rhétorique. Rhétorique et Argumentation, (Analyses Critiques) in «La Nouvelle Rhétorique. The New Rhetoric. Essais en hommage à Chaim Perelman», Revue Internationale de Philosophie n° 127-128, Imprimerie Universa, Wetteren, Belgique.

GONÇALVES, Maia

1990 - Prefácio e notas ao «Código Penal», Livraria Almedina, Coimbra.

GUILLEMAIN, Bernard

1960 - Raison et Rhétorique, Revue de L'Enseignement Philosophique, n°3, Février-Mars, Paris.

1961 - Les techniques de l'argumentation et la pédagogie, Revue de L'Enseignement Philosophique, n° 2, Décembre 1960-Janvier 1961, Paris.

1962 - Pour une argumentation non sophistique, Revue de L'Enseignement Philosophique, n° 4, Avril-Mai, Paris.

HABERMAS, Jürgen

1978 - «L'Espace Public - Archéologie de la Publicité comme Dimension Constitutive de la Société Bourgeoise», Payot, Paris.

1986 - «Théorie de L'Agir Communicationnel», Fayard \*

HUBIEN, Hubert

1979 - Logique Juridique. Nouvelle Rhétorique, (Analyses Critiques) in «La Nouvelle Rhétorique. The New Rhetoric. Essais en hommage à Chaim Perelman», Revue Internationale de Philosophie n° 127-128, Imprimerie Universa, Wetteren, Belgique.

KALINOWSKI, Georges

1966 - De la spécificité de la logique juridique, Archives de Philosophie du Droit n° 11, Editions Sirey, Paris.

1971 - Logique juridique, Chroniques, Notes et Comptes Rendus, (Luigi Ferrajoli, 1970 - Teoria assiomaticizzata del diritto), Archives de Philosophie du Droit n° 16, Editions Sirey, Paris.

1983 - Logique juridique et logique des normes, (Notes et Comptes Rendus: L. Fernando Coelho, Lógica Jurídica e Interpretação das Leis, Rio de Janeiro, 1979; La pensée juridique de Paul Foriers, Travaux du Centre national de Recherches de Logique, Bruylant, Bruxelles, 1982), Archives de Philosophie du Droit, Tome 28, Editions Sirey, Paris.

LAMEGO, José

1990 - «Hermenêutica e Jurisprudência», Editorial Fragmentos, Lisboa.

LENOBLE, Jacques

1988 - La théorie de la cohérence narrative en droit. Le débat Dworkin-McCormick, Archives de Philosophie du Droit, Tome 33.

LIPOVETSKI, Gilles

1988 - «A Era do Vazio», Relógio D'Água Ed., Lisboa.

LÚCIO, A. Laborinho

1991 - Subjectividade e Motivação no Novo Processo Penal Português, R.P.C.C. n° 2.

LOURENÇO, Manuel S.

- «Teoria Clássica da Dedução», Assfrio & Alvim, Lisboa.

MARTINS, António Carvalho

1989 - «O Debate Instrutório no C.P.P. português de 1987», Coimbra Editora, Ldª.

MENDES, João de Castro

1982 - «Direito Comparado. Lições do Prof. João de Castro Mendes» ao Curso da Faculdade de Direito de Lisboa de 1982-1983, Ed.AAFDL, Lisboa.

MEYER, Michel

1991 - «A Problematologia - Filosofia Ciência e Linguagem», Publicações D. Quixote, Lisboa.

MUNIER, Bertrand R.

1987 - A Guide to Decision. Mailing Under Uncertainty, Boletim da Sociedade de Geografia de Lisboa, N°s 7-12, Lisboa.

NEVES, A. Castanheira

1988 - Apontamentos de Metodologia Jurídica, Segundo as lições de A. Castanheira Neves, ano lectivo 1988-1989, João Abrantes, Coimbra.

PANIAGUA, José M<sup>º</sup>. Rodriguez

- «Derecho Natural o Axiologia Jurídica?», Editorial Tecnos, \*

PEREIRA, António Garcia

1990 - «As Relações da Advocacia com as Magistraturas - basta de aviltamento», Vega Universidade, Lisboa.

PERELMAN, Chaim

1966 - Raisonnement Juridique et Logique Juridique, Archives de Philosophie du Droit n<sup>º</sup> 11, Editions Sirey, Paris.

1968 - «Droit, Morale et Philosophie», Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris.

1975 - La réforme de l'enseignement du droit et «la nouvelle rhétorique», Archives de Philosophie du Droit n<sup>º</sup> 20, Editions Sirey, Paris.

1977 - «L'Empire Rhétorique, Rhétorique et Argumentation», Vrin, Paris

1978 - Le raisonnable et le déraisonnable en droit, Archives de Philosophie du Droit, Tome 23, Editions Sirey, Paris.

1979 - «Logique Juridique, Nouvelle Rhétorique», Dalloz, Toulouse.

1982 - Ontologie juridique et sources du droit, Archives de Philosophie du Droit, Tome 27, Editions Sirey, Paris.

1989 - «Rhétoriques», Editions de L'Université de Bruxelles, Bruxelles.

1990 - «Ethique et Droit», Editions de L'Université de Bruxelles, Bruxelles.

PERELMAN, Chaim e Olbrechts-Tyteca

1983 - «Traité de L'Argumentation - La nouvelle Rhétorique», 4<sup>ª</sup> Ed., Editions de L'Université de Bruxelles, Bruxelles.

PERELMAN, Chaim e Paul Foriers

1978 - «La Motivation des Decisions de Justice», Travaux du Centre Nationale de Recherches de Logique, Bruylant, Bruxelles.

PIMENTA, José da Costa

1989 - «Introdução ao Processo Penal», Gráfica de Coimbra, Ld<sup>ª</sup>., Almedina, Coimbra.

PINHO, David Valente Borges de

- «O Novo Código de Proceso Penal. Sua Estrutura e Esquemas», 2<sup>ª</sup> Edição, Rei dos Livros, Lisboa.

POPELARD, Marie-Dominique

1984 - Argumentation et Communication, Archives de Philosophie du Droit, Tome 29, Editions Sirey, Paris.

QUIROGA, Jacobo López Barja de

1989 - La prueba, in «Las Escuchas Telefónicas y La Prueba Ilegalmente Obtenida», Ediciones Akal, S.A., Madrid.

RAPHAEL, David D.

1979 - Perelman on Justice, «La Nouvelle Rhétorique. The New Rhetoric. Essais en hommage à Chaim Perelman», Revue Internationale de Philosophie n° 127-128, Imprimerie Universa, Wetteren, Belgique.

RAWLS, John

1981 - «A Theory of Justice» («Uma Teoria da Justiça»), Editora Universidade de Brasília, Brasília.

REIS, José Alberto dos Reis

1927 - "Reforma do Processo Civil e Comercial", Coimbra Editora, Ld<sup>ª</sup>., Coimbra

REVISTA DE COMUNICAÇÃO E LINGUAGENS

1985 - N° 2, «Espaço Público», U.N.L., Lisboa.

1988 - N° 6/7, «Moderno. Pós-Moderno», U.N.L., Lisboa.

1991 - N° 14, «Estratégias de Persuasão», U.N.L., Ed. Cosmos, Lisboa.

RODRIGUEZ, José María Morenilla

1987 - «Documentacion Juridica. La Justicia penal y la política criminal en el Consejo de Europa», Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica Madrid.

SANTOS, Boaventura Sousa

1980 - «O Discurso e o Poder - Ensaio sobre a Sociologia da Retórica Jurídica», Gráfica de Coimbra, Coimbra.

1982 - O Direito e a Comunidade: As Transformações Recentes da Natureza do Poder do Estado nos Países Capitalistas Avançados, Revista Crítica de Ciências Sociais (R.C.C.S.) n° 10, Dezembro.

1988 - Uma Cartografia Simbólica das Representações Sociais - Prolegómenos a uma Conceção Pós-Moderna do Direito, R.C.C.S. n° 24, Março.

1989 - «Introdução a uma Ciência Pós-Moderna», Ed. A frontamento, Porto.

1991 - Surge Bestia, R.C.C.S. n° 31, Março.

SFEZ, Lucien

1990 - «Crítica da Decisão», Publicações D. Quixote, Lisboa.

SOUSA, Miguel Teixeira de

1983 - "O objecto da Senteça e o Caso Julgado Material. (Estudo sobre a Funcionalidade Processual)", Separata do Boletim do Ministério da Justiça, Lisboa.

STORME, Marcel e Dagnar COESTER-WALTJEN

1991 - Conclusion (Plaidoyer en Faveur du Juge Activiste), "IX Congresso Mundial de Direito Judiciário", Associação Internacional de Direito Judiciário, Coimbra-Lisboa.

TARELLO, Giovanni

1979 - La Nouvelle Rhétorique et le Droit. L'Argument «A Cohaerentia» et L'Analyse de la Pratique des Organes Judiciaires, La Nouvelle Rhétorique. The New Rhetoric. Essais en hommage à Chaim Perelman», Revue Internationale de Philosophie n° 127-128, Imprimerie Universa, Wetteren, Belgique.

TARUFFO, Michele

1975 - "La Motivazione della Sentenza Civile", Cedam, Padova.

1977 - Responsabilità Politica del Giudice e Stile della Motivazione, Estratto della Rivista «Citta & Regiones» n° 3 - Março, Cooperativa Laboratori Officine Grafiche Firenze.

TORRINHA, Francisco

1945 - Dicionário Latino-Português, Ed. Maranus, Porto.

TWINING, William e David Miers

1990 - «How To Do Things With Rules. A Primer of Interpretation» («Come Fare cose con regole. Interpretazione e applicazione del diritto»), Dott. A. Giuffrè Editore, Milano.

WHITE, Stephen K.

1990 - «Jurgen Habermas - Reason, Justice & Modernity», University Press, Cambridge.

WITTGENSTEIN, Ludwig

1987 - «Tratado Lógico-Filosófico» e «Investigações Filosóficas», Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa.

WRÓBLEWSKI, Jerzy

1979 - Justification of Legal Decisions, La Nouvelle Rhétorique. The New Rhetoric. Essais en hommage à Chaim Perelman», Revue Internationale de Philosophie n° 127-128, Imprimerie Universa, Wetteren, Belgique.

