

A NECESSIDADE DE JUSTIFICAÇÃO ARGUMENTATIVA: VAGUEZA E AMBIGUIDADE

Eliana Amarante de M. Mendes¹

Resumo

Neste trabalho, apresentam-se algumas reflexões sobre ambiguidade e vagueza no discurso do Direito. Entende-se por discurso do Direito não só o discurso enunciado por operadores do Direito, no espaço jurídico, mas também o discurso legislativo, o discurso das leis, já que esses dois tipos de discurso dialogam intimamente e muitas vezes se confundem. São discutidos os conceitos de vagueza e ambiguidade, de acordo com as diversas teorias que os abordam, bem como o papel do intérprete em face a essas manifestações linguísticas. Mostro também que, embora ambiguidade e vagueza ocorram em todo tipo de texto, sua ocorrência em textos da área do Direito implica maior dificuldade interpretativa. Quando ocorrem nos textos legais, o juiz tem necessariamente que interpretá-las para poder aplicar a lei e sua interpretação vai afetar necessariamente o teor de sua decisão. Mostram-se alguns exemplos autênticos de ambiguidades e vaguezas em textos da área do Direito Brasileiro e apresentam-se algumas propostas teóricas que tratam do tema, com ênfase na proposta das novas retóricas, com Perelman e Habermas, que defendem a necessidade de argumentação, por parte do juiz, para validar suas opções interpretativas e convencer as partes da justeza de sua decisão.

Palavras-Chave: Vagueza; Ambiguidade; Argumentação

THE NEED FOR ARGUMENTATIVE JUSTIFICATION: VAGUENESS AND AMBIGUITY

Abstract

In this work, some reflections on ambiguity and vagueness in the discourse of justice are presented. Discourse of justice is here understood not only as the discourse enunciated by operators of justice, in the judicial space, but includes the legislative discourse, the discourse of law, since these two types of discourse are closely related and many times they confuse each other. The concepts of vagueness and ambiguity are discussed, in accordance with diverse theories that approach them, as well as the role of the interpreter in face to these linguistic manifestations. It is also shown that, even so ambiguity and vagueness occur in all types of text, the occurrence in texts of the judicial ambit implies greater interpretative difficulty. When they occur in legal texts, the judge has necessarily to interpret them to be able to apply the law and his interpretation necessarily affects his decision. Some authentic examples of ambiguity and vagueness in texts of the area are shown and discussed and are also presented some theoretical proposals that deal with the subject, with emphasis in the proposals of the new rhetoric, specially the ideas of Perelman and Habermas, that defend the necessity of argumentative justification, on the part of the judge, to validate his interpretative options in order to convince the parts that his decision is correct.

Keywords: Vagueness; Ambiguity; Argumentation

¹ Doutora em Filologia e Língua Portuguesa – USP. Professora Titular de Estudos linguísticos do Programa de Pós-Graduação em Estudos Linguísticos -Faculdade de Letras da Universidade Federal de Minas Gerais/UFGM. E-mail de contato: mendes@ufmg.br

INTRODUÇÃO

Neste trabalho, apresentam-se algumas reflexões sobre ambiguidade e vagueza no discurso do Direito, tema de grande importância para esta área de estudos, tanto no que diz respeito à interpretação, quanto no que tange à própria produção de textos da área.

Cumpre esclarecer, que apesar de a Retórica Clássica ter distinguido o discurso legislativo e o discurso jurídico, tipos de *genera causarum*, entende-se aqui, por discurso do Direito, não só o discurso enunciado por operadores do Direito, no espaço jurídico, mas também o discurso legislativo, o discurso das leis, já que esses dois tipos de discurso dialogam intimamente e muitas vezes se (con)fundem. Quando, por exemplo, uma decisão judicial, expressa portanto num texto jurídico, passa a constituir jurisprudência, o juiz passa a assumir funções quase-legislativas e, nesse caso, seu discurso jurídico se confunde com o discurso legislativo.

Entende-se por vagueza o que ocorre quando o significado de uma expressão linguística – uma frase, um termo – refere-se a um conceito que não apresenta limites bem delimitados. A vagueza decorre do fato de ser nosso sistema conceitual incompleto, o que leva a que não saibamos se um certo objeto se inclui ou não numa categoria determinada. E isso ocorre devido ao fato de nosso sistema conceitual ser discreto, categorizado, enquanto que o mundo representado por esse sistema é sempre contínuo.

Vejamos alguns exemplos:

O adjetivo rico é um caso de conceito vago. Algumas pessoas indubitavelmente não são ricas. Todos concordamos, por exemplo, que os mendigos de rua não são ricos. Outros são definitivamente ricos. Por exemplo, ninguém duvida de que Bill Gates é rico. O termo rico, no entanto, é vago, pois não é capaz de definir os critérios para classificar o mundo em pessoas ricas e não ricas, é incapaz de determinar precisamente quais são os objetos que divide e classifica; há casos em que não é possível definir se um indivíduo é rico ou não.

Há grande quantidade de termos que são como rico: curto, forte, fraco, bonito, feio, pesado, quente e frio etc. Todos esses são exemplos de termos que parecem ter casos-limite. Pode-se então dizer que um termo é vago se, e somente se, ele tem casos-limite. Um termo não é vago apenas no caso de ele não ter casos-limite. Caso-limite é um indivíduo para o qual não é claro se o conceito aplica ou falha em aplicar.

O papel do intérprete, no caso da vagueza, é tentar precisar o esquema conceitual em questão, interpretá-lo para cobrir, da melhor maneira, o caso em análise.

Como se pode ver, a vagueza cria uma variedade de problemas para a filosofia da linguagem. Várias questões precisam ser pensadas:

- A vagueza é decorrente da vagueza do universo?
- A vagueza é simplesmente uma decorrência da imprecisão da linguagem humana?

- A indefinição é uma propriedade das coisas?
- A indefinição é uma propriedade de nosso conhecimento das coisas?

Uma teoria filosófica deve propor respostas para essas questões.

Entende-se por ambiguidade o que ocorre quando uma mesma expressão linguística permite mais de uma interpretação. É decorrência do fato de que sons e significados nem sempre correspondem perfeitamente um ao outro. Um conceito, termo ou frase é ambíguo, se tiver mais de um significado, seja, por exemplo, devido a uma homonímia accidental, seja devido a uma “ambiguidade de processo-produto”, ou devido à divergência entre seu sentido técnico e seu sentido ordinário. Pode ocorrer a ambiguidade também em razão de problemas com a conectividade sintática dos termos, por exemplo com conectores como “e”, “ou”.

Veja-se a palavra *frio*, por exemplo. Um significado de *frio* tem a ver com a temperatura, e neste sentido, *frio* opõe-se a *quente*. Um outro significado de *frio* tem a ver com temperamento. E há outros sentidos de *frio*, como, por exemplo, em *guerra fria*. Em um contexto específico, o significado de um termo ambíguo pode ser claro. Dentro de um contexto jurídico, por exemplo, o termo *legal* se refere a *em conformidade com as leis*. Na linguagem popular, na frase “Ele é um cara legal” entende-se *legal* como a pessoa que possui qualidades como simpatia, sociabilidade, bondade, etc. Em alguns contextos, no entanto, a ambiguidade pode ser mais difícil de resolver.

São três os principais tipos de ambiguidade arrolados pelos semanticistas. Além da ambiguidade lexical, que apresentamos nos exemplos acima, há ainda a ambiguidade sintática e a ambiguidade pragmática. A ambiguidade sintática surge não da gama de significados das palavras, mas da relação entre as palavras na oração e sua estrutura subjacente. Quando é possível interpretar uma mesma sentença atribuindo-lhe mais de uma estrutura, o texto pode ser definido como sintaticamente ambíguo. Vejamos um exemplo:

A frase

“Pedro encontrou a senha do cartão de crédito que ele tinha perdido.”

gera a seguinte dúvida: Pedro tinha perdido a senha do cartão, ou Pedro tinha perdido o cartão? As duas interpretações são possíveis.

A ambiguidade pragmática relaciona-se ao cálculo dos valores enunciativos, à reconstrução destes valores, que estão ligados à situação do falante no momento da enunciação, como por exemplo:

A frase

“Você tem isqueiro?”

pode ser interpretada como uma pergunta sobre a posse ou não de um isqueiro ou como um pedido para acender o cigarro. O contexto pragmático é que vai possibilitar a desambiguação.

Cada um desses três tipos de ambiguidade são subcategorizados através de descrições detalhadas.

No caso da ambiguidade, é papel do intérprete selecionar o significado apropriado, interpretá-la, usando evidências tais como o contexto para o qual a expressão foi cunhada, as relações intertextuais, a plausibilidade de que o significado foi o intencionado pelo enunciador (ou pelo grupo enunciador) que o expressou e a naturalidade desse significado: um determinado sentido pode ser possível, mas improvável, por exemplo, quando há grande dificuldade de processamento linguístico.

VAGUEZA E AMBIGUIDADE: REVISÃO HISTÓRICA

Vários teóricos têm se ocupado da vagueza e da ambiguidade.

O uso de vaguezas e ambiguidades foi considerado, por Aristóteles, em *Retórica*, como vício de estilo. Aconselha a evitá-lo em todos os gêneros retóricos.

Segundo esse filósofo,

A base do bom estilo é a correção da linguagem, que é discutida sob cinco tópicos: [...] (2) a utilização de termos especiais e não de termos genéricos vagos; (3) evitar a ambiguidade; a menos que, de fato, você definitivamente deseje ser ambíguo, como aqueles que não têm nada a dizer, mas fingem dizer algo. [...] (ARISTOTLE, *Rhetoric*, III, 1407b,¹ tradução nossa)

Gottlob Frege (1848–1925) e Bertrand Russell (1872–1970) reconheceram a existência da vagueza e consideravam-na um defeito das linguagens naturais. Na opinião desses filósofos, se quisermos desenvolver uma lógica capaz de captar as condições de verdade de nossa linguagem, devemos excluir toda a vagueza não só da nossa investigação, mas também da nossa própria linguagem. Na opinião desses dois teóricos, se os princípios lógicos ortodoxos não dão conta de analisar os conceitos vagos, há duas possibilidades: ou se consegue um modo de defini-los de maneira precisa; ou eles devem ser descartados como um defeito da linguagem natural. Para Frege (1948 [1892], p. 34) e Russel (1919, p. 134), conceitos vagos são objetos absurdos, porque, segundo esses filósofos, por definição todo conceito deve representar, de maneira exata e inequívoca, os objetos aos quais ele se aplica e aos quais não se aplica.

Frege (1948 [1892], p. 37) afirma que os conceitos têm uma fronteira exata, capaz de separar os objetos do mundo em duas classes: a dos objetos que caem sob o conceito e a dos que não caem. Daí serem conceitos vagos aqueles em relação aos quais existem dúvidas: quanto à sua aplicabilidade a determinados objetos e quanto aos princípios semânticos que determinam sua relação com o mundo. Russel (1919, p. 287) adota essas mesmas idéias.

Wittgenstein (1953, p.34), que adota uma postura chamada neopositivista, contrariando sua postura anterior, apresenta sua nova concepção de vagueza. Para ele, a dificuldade existente quanto ao conceito de vagueza surge porque confundem-se aspectos do funcionamento dos conceitos vagos com aqueles dos não vagos. Assim,

embora se aceite que conceitos vagos não apresentam fronteira exata (ponto de corte), mantêm-se a idéia de que se pode progredir para a penumbra, à maneira que se progride em direção aos conceitos de corte dos conceitos não vagos. Para Wittgenstein, portanto, deve-se dar tratamentos distintos aos dois conceitos, não os considerando dicotômicos. Para ele a vagueza é uma característica essencial da linguagem, da qual não temos como escapar, e temos que conviver com ela.

Em suma, uma análise adequada da vagueza deverá ser capaz de explicar duas intuições conflitantes:

- aquela expressa por Frege e Russel (positivistas), segundo a qual a existência de termos vagos numa linguagem lhe confere uma incoerência intrínseca;
- e uma no sentido contrário, expressa por Wittgenstein (neopositivista), que defende a essencialidade da vagueza da linguagem.

A investigação filosófica das linguagens naturais tem, de certo, por objetivo, compreender o seu funcionamento e, portanto, resolver esse dilema: a ideia de que as linguagens naturais são amplamente incoerentes é incompatível com a sua função comunicativa e com o grau de regularidade que se evidencia no modo como são utilizadas pelos falantes. Por conseguinte, a coerência das linguagens naturais tem de poder ser conciliada com a sua vagueza.

Na atualidade, as ideias de Frege e Russel nem sempre são bem aceitas. Muitos filósofos, na esteira do pensamento de Wittgenstein, acreditam ser a vagueza uma importante característica constitutiva de nossa linguagem natural. Esse tema vem recebendo muita atenção dos estudiosos, tanto no âmbito da Linguística quanto do Direito.

A ambiguidade tem também interessado os filósofos há muito. Foi estudada por Aristóteles no contexto do estudo de falácias em *Refutações Sofísticas*, tendo sido identificadas várias falácias associadas à ambiguidade. Segundo Aristóteles, há três tipos de ambiguidade:

Existem três variedades destas ambiguidades e anfibolias ²: (1) quando a expressão, ou o nome, tem estritamente mais de um significado; (2) quando, por costume os usamos assim; (3) quando as palavras que, tomadas isoladamente têm um sentido simples, têm mais de um significado quando combinadas [...] (ARISTOTLE, *Sophistical Refutations*, 4, tradução nossa).³

Segundo Atherton (1993, p. 52), os estoícos também se interessaram pela ambiguidade: Chrysippus, grande filósofo estoíco, chegou a afirmar que toda palavra é ambígua, no entendimento de que a mesma pessoa pode entender uma palavra dirigida a ela de distintas maneiras.

Frege, embora tenha defendido que a sobreposição de sentido é aceitável na linguagem natural, entendeu que ela deve ser evitada no discurso científico.

Desde que a referência permaneça a mesma, essas variações de sentido podem ser toleradas, embora devam ser evitadas na estrutura teórica de uma ciência demonstrativa

e não devam ocorrer em uma língua perfeita. (FREGE, 1948 [1892], p. 210, nota de rodapé 2, tradução nossa).⁴

A hostilidade de Frege à ambiguidade em linguagens científicas permanece conosco até hoje. Frequentemente usamos linguagens formais, para desambiguar sentenças. O uso de parênteses, por exemplo, é um dispositivo para desambiguação. Semanticistas propõem testes para detetar ambiguidades e formas para desambiguá-las. A ocorrência da ambiguidade evidencia uma das diferenças entre linguagem natural e linguagem formal, mostrando que há barreiras quanto ao uso da última para representar a primeira. (ZWICKY; SADOCK, 1975, p. 17).

VAGUEZA E AMBIGUIDADE NO DISCURSO DO DIREITO

Cada um destes dois conceitos – vagueza e ambiguidade – tem um papel a desempenhar em uma teoria da interpretação, principalmente em uma teoria da interpretação de discursos da área do Direito, na hermenêutica jurídica. Muitos textos da área do Direito apresentam vaguezas – usam conceitos que têm aplicação indefinida para casos específicos –, e muitos apresentam ambiguidades – usam conceitos que podem ter dois ou mais significados distintos. E alguns textos podem apresentar conceitos que são, ao mesmo tempo, vagos e ambíguos. Um dos sentidos de um termo ambíguo, ou cada um deles, pode, por sua vez, ser vago.

No que tange à ambiguidade, além da ambiguidade patente, quando, por exemplo, ela compromete a clareza e o significado de uma lei, registra-se também a ambiguidade latente, quando a clareza e o significado são evidentes, mas podem aplicar-se a casos muito díspares. Trata-se de ambiguidades no sentido e ambiguidades na referência.⁵

Embora a vagueza e a ambiguidade constituam um problema para a compreensão de qualquer tipo de texto, no discurso do direito a presença de ocorrências desses tipos podem causar inúmeros problemas.

Em textos de outras naturezas, embora igualmente recorrentes, vagueza e ambiguidade podem não gerar maiores entraves. Na literatura, por exemplo, as diversas possibilidades de leitura não implicam problemas; pelo contrário, tornam o texto mais rico, mais polissêmico. Ambiguidade e vagueza na arte podem, intencionalmente ou não, aumentar o interesse por uma obra, não permitindo uma leitura simplória. No caso da tradução interlingual, no entanto, ambiguidades e vaguezas impõem ao tradutor grande dificuldade tradutória, ou mesmo a impossibilidade da tradução.

Vaguezas parecem ser mais recorrentes na linguagem comum e em textos ficcionais e não ficcionais do que nos textos jurídicos. Isso pode se dever ao fato de que na área do Direito a solução dos casos-limite é necessária, enquanto nos outros tipos de texto os propósitos da conversação ou o esforço artístico não exigem a solução desses casos.

Entretanto, se vaguezas e ambiguidades ocorrem em textos da área do Direito, num texto de uma lei, por exemplo, podem ser sérias as implicações: o juiz tem necessariamente que entender a lei para poder aplicá-la a um caso concreto e seu entendimento vai afetar necessariamente o teor de sua decisão. Sua decisão, por sua vez, torna-se jurisprudência, uma quase-lei, criada com base no seu entendimento da lei, sem ter passado pela chancela do legislativo.

A ambiguidade e a vagueza podem também ter um efeito nocivo em nossa habilidade de verificar a validade de argumentos, pois podem levar a equívocos. Portanto, a ambiguidade e a vagueza nos textos da esfera jurídica podem minar a aplicação da lei e a nossa capacidade de obedecê-la.

Por outro lado, filósofos do Direito, como Hart, por exemplo, que entendem por inevitável a postura aberta da linguagem, consideram-na vantajosa para o Direito, pois permite uma atualização do texto legal adequando-o à realidade da vida, ou seja, permite uma relação mais estreita entre a realidade social e o direito posto.

Não se pode esquecer, no entanto, que é possível ocorrer a inserção proposital de vaguezas e ambiguidades, com intenções falaciosas, em discursos do Direito. Como já mencionamos, Aristóteles identificou diversas falácias associadas a ambiguidades e reconheceu que se pode, intencionalmente, querer ser ambíguo.

ALGUNS EXEMPLOS DE VAGUEZAS E AMBIGUIDADES NOS ORDENAMENTOS LEGAIS BRASILEIROS

Vejamos agora alguns exemplos de vaguezas e ambiguidades em textos do Direito brasileiro:

1) Na Constituição Federal do Brasil, temos casos de vagueza, como por exemplo no *caput* do seu Art. 62:⁶

*Art. 62 - Em caso de **relevância e urgência**, o presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional. (Grifo nosso)*

O termo *relevância* é vago. Daí as várias interpretações que esse artigo recebe, conforme a vontade do Presidente da República, muitas vezes equivocadas e criticadas. Da mesma forma, o termo *urgência* é também vago. Seria preferível, em termos de clareza, se se houvesse optado pelo termo *urgência-urgentíssima*.

2) Também no Código Penal Brasileiro, via-se:

*Art. 219 - Raptar mulher **honesta**, mediante violência, grave ameaça ou fraude, para fim libidinoso: Pena reclusão de 2(dois) a 4 (quatro) anos(Revogado pela lei L-011.106-2005, Art. 5º) (Grifo nosso)*

O termo *honesto* é um termo ambíguo. Segundo os dicionaristas, há dois significados básicos: o primeiro compreende franqueza, sinceridade; e o segundo, o que aqui mais nos interessa, está relacionado a decência e honradez. Nestes termos, *honesto* é aquele homem que se pauta por uma conduta decente e honrada, conforme os bons costumes da sociedade em que vive. Honestidade, portanto, é um modo especial de qualificar, julgar a conduta de um indivíduo, homem ou mulher. Aplicado à mulher, no entanto, o termo *honesto* foi desambiguado, já que o conceito jurídico de mulher honesta é [...] não somente aquela cuja conduta, sob o ponto de vista da moral, é irrepreensível, senão também aquela que ainda não rompeu com o *minimum* de decência exigido pelos bons costumes". (HUNGRIA et al, 1981, p.139). Para muitos críticos, a moral a que se refere o jurista é a burguesa, conservadora e machista e os bons costumes são aqueles em que sexo, para a mulher, só deve ser praticado no matrimônio. Como se pode ver, o termo *honesto* foi desambiguado quando se refere à mulher. O simples indício de que a mulher, mesmo quando vítima, não apresentava conduta sexual recatada ou honesta era suficiente para perdoar seu agressor. Felizmente, o termo *mulher honesta* foi excluído do Código Penal Brasileiro, com a revogação do artigo citado.

3) No Código de Defesa do Consumidor, temos outro caso de termo vago:

Art. 6º - São direitos básicos do consumidor

[...]

IV - a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços. (Grifos nossos)

O que, de fato, significa publicidade *abusiva* ou cláusulas *abusivas*? Vai caber aí ao juiz definir o termo, para poder julgar a causa. A depender do entendimento do juiz, a decisão vai favorecer ou desfavorecer o réu.

4) No Código do Processo Civil, temos outro caso de termo vago:

Art. 334. Não dependem de prova os fatos:

I - notórios;

II - afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária;

III - admitidos, no processo, como incontroversos;

IV - em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade. (Grifo nosso)

O que pode ser objeto de *fatos notórios*? De onde vem essa notoriedade? Seriam eles os fatos divulgados pela mídia e que, portanto, deveriam ser do conhecimento de todos e inclusive do juiz? Essa interpretação não nos levaria a considerar que a mídia é fonte legítima do Direito? Trata-se aí de uma vagueza que vai de encontro ao Direito Constitucional que assegura o direito de ampla defesa e contraditório, já que, na ausência de uma definição

precisa, o magistrado, com o apoio do dispositivo processual em pauta, poderá prescindir da produção de provas daquilo que entender por notório.

5) O termo **razoável**, segundo os dicionaristas, é um termo ambíguo, tem vários significados, a saber: logicamente plausível; racional; dedução aceitável pela razão; sensato; justo e compreensível por se basear em razões sólidas; não excessivo; moderado; módico; que é bom, mas não excelente; aceitável; suficiente. *Razoável* então, como se vê, é um termo muito ambíguo.

Vejamos exemplos de ocorrência desse termo em textos jurídicos:⁷

a) Enunciado 221 do Tribunal Superior do Trabalho:

*A interpretação **razoável** de preceito de lei não dá ensejo à admissibilidade de Recurso de Revista.* (Grifo nosso)

b) Enunciado 126 do Tribunal Superior do Trabalho:

*Não cabe recurso de revista para o reexame de fatos e provas e nem de matéria que versa sobre interpretação **razoável** de preceito de lei.* (Grifo nosso)

Como se vê, no entanto, no Direito atual o termo *razoável* parece ter um de seus sentidos fixado, ocorrendo sempre como um qualificativo de **interpretação**, fazendo alusão, quer-nos parecer, a uma teoria atual do Direito: a Lógica do Razoável,⁸ desenvolvida por Recaséns Siches e outros. Embora nesse contexto o termo seja desambiguado, *razoável* é aí também um termo vago. Não se pode saber o grau de razoabilidade da interpretação, mesmo tendo-se conhecimento da base teórica que subjaz a ela.

Vê-se, portanto, que podem ser graves as consequências das interpretações dadas a vaguezas e ambiguidades nos textos da área do Direito. Daí a grande importância, para essa área, dos estudos da interpretação, da hermenêutica jurídica, constituindo uma importante interface com os estudos linguísticos. A ambas estas ciências se coloca a possibilidade de se adotarem posturas teóricas positivistas ou neopositivistas, mais tradicionais, ou posturas não positivistas, mais ao gosto da pós-modernidade.

INTERPRETAÇÃO E CONSTRUÇÃO

Teóricos modernos defendem, no âmbito do discurso jurídico, a necessidade de distinção entre *interpretação* e *construção* para o caso de vaguezas e ambiguidades.⁹

Para esses teóricos a interpretação de um texto visa recuperar seu significado linguístico ou conteúdo semântico e a construção envolve a "tradução" do conteúdo semântico em conteúdo jurídico, permitindo a aplicação do texto a casos particulares.

Nesse sentido, entendem que nos casos de vagueza é preciso primeiro interpretar e, depois, construir para aplicar. Isso porque, quando um texto apresenta vaguezas, só a interpretação não pode resolver o impasse, pois só leva ao sentido linguístico/semântico do texto. Se ele é vago, precisamos de algo mais para podermos aplicá-lo a um

caso particular. A construção permite aos atores legais buscar regras suplementares, jurisprudências e outros procedimentos que resolvam a vagueza. Nos casos de ambiguidade, entendem ser suficiente a interpretação, pois aí o sentido linguístico/semântico é suficiente, uma vez que ambiguidades costumam ser mais facilmente resolvidas pelo contexto.

No nosso entender, a consideração dos conceitos de *interpretação* e *construção* é pertinente, pois tem o mérito de melhor explicar teoricamente a diferença entre vagueza e ambiguidade, além de justificar o *status* diferente do discurso jurídico em relação a outros discursos, para os quais, parece-nos, apenas o conceito de interpretação é suficiente.

Entretanto, no âmbito deste trabalho, preferimos adotar a postura tradicional que não distingue os dois conceitos.

HERMENÊUTICA E POSITIVISMO

Como já vimos, no âmbito da lógica, na qual se apoia a hermenêutica tradicional, a ideia de que um conceito não possuísse um limite bem definido, que um objeto não fosse eficazmente classificado de acordo com um conceito correspondente, era inadmissível.

Os principais teóricos do Direito que defendem essa postura são Kelsen e Hart.

HANS KELSEN

Para Kelsen (1984, p. 470), um dos maiores nomes do Direito positivista

[...] a interpretação cognoscitiva (obtida por uma operação de conhecimento) do Direito a aplicar combina-se com um acto de vontade em que o órgão aplicador efectua uma escolha entre as possibilidades reveladas através daquela mesma interpretação cognoscitiva.

ou seja, a interpretação implica uma decisão, por um ato de vontade do operador do Direito, mas ele só pode optar por uma das possibilidades decorrentes das regras da hermenêutica clássica e por ela validadas. Para Kelsen (1984, p. 364), frente a uma indeterminação do Direito, o juiz tem total liberdade para escolher entre as diversas possibilidades de interpretação. Não havendo critérios jurídicos estabelecidos que possam dirigir o juiz a uma determinada solução, a sua autoridade de juiz lhe permite escolher qualquer das opções, também sem obrigatoriedade de fundamentar essa escolha.

HERBERT HART

Herbert Hart, o outro grande nome do positivismo jurídico, constata, a partir de suas premissas teóricas, que há situações de fato simples, nas quais as expressões são facilmente interpretáveis. Todavia, existem situações nas quais se faz presente grande dificuldade. E essas situações não são previsíveis. Também os cânones hermenêuticos não dão conta de eliminar as incertezas, muito embora as diminuam, uma vez que esses, por sua vez, são também “[...] regras gerais sobre o uso da linguagem e utilizam termos gerais que, eles próprios, exigem interpretação”. (HART, 1986, p. 139). Para Hart, a zona das incertezas é o espaço discricionário, em que cabe ao intérprete a decisão quanto a por qual sentido optar.

Na visão positivista de Hart (1986, p. 335), quando o juiz se encontra no seu espaço de discricionariedade judicial, isto é, em situações em que, entre várias hipóteses legais e constitucionalmente possíveis para o caso concreto, precisa optar entre duas ou mais alternativas válidas perante o Direito (não só perante a lei), ele pode tomar suas decisões de modo dogmático, sem necessidade de fundamentá-las. Essa escolha se faz segundo critérios próprios como oportunidade, conveniência, justiça, equidade, razoabilidade e interesse público.

Em suma, conforme Kelsen e Hart, ao juiz não são impostos quaisquer limites no seu campo de discricionariedade: a sua autoridade permite que ele tome qualquer decisão que julgue correta, com base em critérios puramente subjetivos, sem necessidade de fundamentação.

A concepção subjacente às posições de Kelsen e Hart é a de Descartes, claramente expressa na primeira parte do ‘Discurso do método’. Nas palavras de Perelman, a ideia da evidência como característica da razão é central para todas as teorias do conhecimento derivadas do pensamento positivista de Descartes:

[...] Foi ele que, fazendo da evidência a marca da razão, não quis considerar racionais senão as demonstrações que, a partir de ideias claras e distintas, estendiam, mercê de provas apodícticas, a evidência dos axiomas a todos os teoremas. (PERELMAN, 1996a, p. 1)

Para os que adotam a postura positivista, os textos jurídicos, embora possam apresentar ambiguidades e vaguezas, em sua maior parte são precisos e unívocos. De um lado, há objetos cuja relação com uma palavra não parece apresentar maiores problemas, tendo em vista terem propriedades que afastam dúvidas incômodas. De outro, há objetos que não oferecem dúvidas quanto à sua falta de relação com a mesma palavra. Por fim, há aquela classe cuja identidade com a determinada palavra gera dúvidas.

Segundo Carrió,

A respeito de todas elas vale a seguinte metáfora esclarecedora. Há um foco de intensidade luminosa onde se agrupam os exemplos típicos, aqueles frente aos quais não se duvida que a palavra é aplicável. Há uma mediata zona de obscuridade circundante onde caem todos os casos nos quais não se duvida que ela não o é. O trânsito de uma zona para outra é gradual; entre a

total luminosidade e a obscuridade total há uma zona de penumbra sem limites precisos. Paradoxalmente ela não começa nem termina em parte alguma, e sem embargo existe. As palavras que diariamente usamos para aludir ao mundo em que vivemos e a nós mesmos trazem consigo essa imprecisa aura de imprecisão.

[...]

Esta característica de vagueza potencial que as linguagens naturais necessariamente exibem foi chamada por Waismann 'a textura aberta da linguagem'. [...] Carnap alude ao mesmo fenômeno quando fala de 'vagueza intensional' ", (CARRIÓ, 1979, p.33-35, tradução nossa).¹⁰

Para esse estudioso, no que tange ao discurso jurídico,

As palavras que aparecem nas normas jurídicas para aludir a fatos, acontecimentos ou atividades humanas, e proporcionar pautas ou critérios para guiar o julgamento dessas últimas, têm, pois, uma zona de penumbra, ou seja, são real ou potencialmente vagas. (CARRIÓ, 1979, p. 55, tradução nossa).¹¹

A afirmação subjacente às posturas positivistas é a de que a interpretação é a busca do sentido e alcance da norma. Porém, muitas vezes, alguns entraves podem ocorrer, tendo em vista que não há como se eliminar a carga subjetiva do intérprete. A saída é aplicar o Direito nos casos claros e nos casos de penumbra se valer da capacidade criativa e construtiva de quem está investido de autoridade.

OS FORMALISTAS POSITIVISTAS

Diante desse impasse, um grupo de teóricos positivistas chamados formalistas/ positivistas, seguidores de Hart, reconhece a existência de conceitos vagos, mas nega qualquer incompletude no ordenamento, qualquer incapacidade de dedução de decisões por meio de recursos lógicos. Ou seja, tanto os casos de penumbra quanto os casos claros seriam igualmente solucionáveis com os recursos lógicos, bastando seguir os elementos da hermenêutica clássica: gramática, histórica, sistemática e teleológica etc. O juiz porém, em último caso, em seu espaço discricionário, decide dentre as opções a que a análise hermenêutica levou.

OS REALISTAS

Outro grupo, representado por principalmente por Genaro Carrió (1979, p. 62-72) e Norberto Bobbio (1995, p. 142-144), chamados realistas, entende que, tanto nos casos de penumbra quanto nos casos claros, o foco deveria se centrar na aplicação dos textos, tendo em vista que as características deles (potencialmente vagos, imprecisos) não justificariam a atenção do pesquisador. Distinguem-se interpretação e aplicação.

Segundo Maximiliano,

A aplicação do Direito consiste no enquadrar um caso concreto em a norma jurídica adequada. Submete às prescrições da lei uma relação da vida real; procura e indica o dispositivo adaptável a um fato determinado. Por outras palavras: tem por objeto descobrir o modo e os meios de amparar juridicamente um interesse humano. (MAXIMIANO, 1941, p.19).

Também Picazo distingue aplicação e interpretação do Direito. Para ele,

A 'aplicação' se move sempre no terreno dos casos concretos, para opinar, para suscitar pretensões ou para decidir. A 'interpretação' é sempre investigação ou busca do Direito, qualquer que seja sua sede ou finalidade. (PICAZO, 1975, p. 237).

Com esse artifício teórico, desvinculando interpretação e aplicação, tentam os realistas fugir do problema.

Em suma, mesmo aqueles que conceituam a interpretação como a busca de um dado prévio, ou seja, que buscam descobrir o sentido, o conteúdo, reconhecem que a utilização desse método poderá levar a mais de uma opção de resultado. Entendem, no entanto, que outros elementos válidos juridicamente acabarão por determinar a solução correta para esses obstáculos na aplicação do Direito e que, sobretudo, em último caso, cabe ao operador do Direito e, em última instância, ao juiz, com sua autoridade, determinar o sentido a ser atribuído. Na terminologia de Hart, será o caso de uma decisão discricionária.

Em qualquer dos casos, a vontade do juiz é que muitas vezes vai prevalecer e sua vontade acaba sendo criadora de Direito. Mesmo no caso de o juiz se vincular a posturas teóricas de tendência pós-moderna, embora não vá se sentir comprometido com a hermenêutica tradicional e vá buscar, mais livremente, a imparcialidade, vá consultar os valores dominantes, vai ainda se valer, sobretudo, da autoridade que o cargo lhe confere.

No entanto, nenhum magistrado, ainda que brilhante, honesto, aplicado, ético pode se considerar "dono da verdade", com um poder quase absoluto de decisão. Segundo Bastos (2011), isso pode levar à sentença sem freios, uma decisão sem limites, nem sempre destituída de caprichos e de rancores, abusos, distorções. É excesso de responsabilidade para um só indivíduo. De fato, o espaço de discricionariedade não pode ser o espaço da arbitrariedade.

Como se viu a partir dessas reflexões, nenhuma dessas posturas teóricas oferece resposta satisfatória para os problemas da interpretação no discurso do Direito. Em vista disso, é necessário tentar encontrar outras saídas.

O SÉCULO XX

O século XX foi uma época caracterizada pela renúncia a alguns ideais científicos. Além do desgaste dos formalismos e dos positivismos, um desses ideais abalados em suas bases foi o da determinabilidade do sentido pela lógica. Na linguística atual, o entendimento mais adotado, na esteira do pensamento bakhtiniano, é o de que o texto não apresenta um sentido único que precisa ser descoberto, mas que o sentido se constitui no diálogo com o leitor. Similarmente, no âmbito jurídico, a doutrina passou a conviver com a ideia de conceitos indeterminados e cláusulas gerais, tema que passou a fazer parte do ensino do Direito, principalmente depois da publicação de Engisch (2001).

Segundo Andrade (2006, p. 60),

[...] a hermenêutica jurídica mais recente mostra também se afastar de algumas características tradicionais da hermenêutica jurídica, principalmente do caráter absoluto da possibilidade de descoberta de um sentido e alcance preexistentes no texto legal interpretado. Ou seja, há uma certa flexibilização da afirmação da capacidade de se achar uma resposta única e correta para o significado de um texto que se interpreta.

Atualmente, menções aos aspectos volitivos que relativizam a absoluta justeza das interpretações, à “humanização do Direito”, às “ambiguidades e vagezas do texto jurídico” e ao “princípio da razoabilidade” são índices da flexibilização referida por Andrade (2006, p. 60). E mais, ainda segundo Andrade (2006), na seara jurídica, a existência de ambiguidades e vagezas nos textos, sejam devidas a termos do texto, sejam devidas à combinação deles, é um argumento usado por aqueles que se posicionam contrariamente à hermenêutica jurídica tradicional, em favor de um posicionamento que considera “a textura aberta da linguagem.” Em outros termos, já é usual uma certa flexibilização da crença na capacidade de se achar a resposta correta e única para o significado de um texto objeto de análise. Com a flexibilização teórica pós-moderna, entende-se que a interpretação não é a busca de um dado prévio: considera e, principalmente, legitima a presença de subjetividade na interpretação de textos normativos jurídicos; reconhece que a interpretação de vagezas e ambiguidades é subjetiva.

Por outro lado, diferentemente da postura dos linguistas, que minimizam os problemas decorrentes da interpretação, segundo Andrade (2006), os juristas, em razão da preocupação com a segurança jurídica e da previsibilidade das decisões judiciais, adotam essa postura pós-moderna apenas parcialmente: esta não surge junto a uma crítica ao modelo cognitivo próprio dos construtos hermenêuticos jurídicos tradicionais, embasados no dogma da possibilidade da descoberta de sentidos únicos para o texto. Em suma, tal postura deveria implicar também a revisão de toda a base teórica do Direito, propondo sua superação, o que não ocorre. Esse tipo de postura flexibilizada, embora procure desconstruir características da hermenêutica jurídica tradicional, não contribui para a superação dos obstáculos, apenas relativiza o rigor dos resultados pretendido pela teoria tradicionalista. De fato, essa postura não acrescenta muito às teorias tradicionais, já que estas também, de alguma forma, reconhecem as dificuldades interpretativas. A divergência ocorre na forma como propõem a superação dessas dificuldades.

Na visão de Andrade (2006, p. 59), o que os pós-modernos propõem é uma flexibilização de um ideal absolutista hermenêutico das teorias tradicionais: “[...] são meros apaziguamentos, comprometendo as teorias tradicionais e formando um ecletismo metodológico insustentável”. Essa postura pode levar a um vale-tudo interpretativo. Segundo esse autor, é aí que aparecem os inúmeros fatores circunstanciais: situação econômica das partes; qualidade das provas; personalidade do juiz; ambiente político-social; disponibilidade de tempo; momentâneas predisposições psicológicas; esmorecimento e resignação, etc., que podem levar até mesmo a decisões contra a lei, sobre as quais há vários relatos na bibliografia recente, e que podem comprometer a segurança jurídica.

No nosso entender, isso ocorre como uma manifestação da dificuldade de conciliar teoria e prática. Embora teoricamente se possa adotar a ideia de que o texto tem uma textura aberta, a *praxis* jurídica exige decisões unívocas.

Uma coisa, portanto, é o que os juristas pensam ou pregam nos seus construtos doutrinários; coisa diversa é o que se verifica na prática forense. Independentemente da postura teórica eleita por um juiz, o que ele não pode é deixar de decidir, de um modo ou de outros modos. Assim, se o juiz adota postura de tendência tradicional, vai se valer da hermenêutica tradicional, vai buscar o sentido expresso pela norma e, nos casos difíceis, vai se valer de sua autoridade. Se adota postura mais moderna, pode buscar outras saídas, mas acaba por valer-se também da autoridade de seu cargo.

Como se viu, a partir dessas reflexões, nenhuma dessas posturas teóricas, nem as tradicionais nem as flexibilizações pós-modernas, oferecem resposta satisfatória para os problemas da interpretação do discurso do Direito. Em vista disso, é necessário tentar encontrar outras opções teóricas mais adequadas.

RECASÉNS SICHES

Um construto teórico que vem sendo oferecido é a chamada *Lógica do Razoável*, a que já me referi, desenvolvida por Recaséns Siches (1971).

Segundo Coelho, sendo os sistemas lógico-formais insuficientes para atender a dinamicidade do Direito, deve-se, então, buscar outros mecanismos que supram os espaços deixados pela insuficiência do pensamento analítico. Assim, segundo esse autor, “[...] resplandece a *Lógica do Razoável*, como técnica que possibilita ao jurista encontrar condições adequadas para a aplicação de um direito mais justo”. (COELHO, 1979, p. 209)

A lógica do Razoável pretende ser uma teoria essencialmente jurídica da arte de interpretar as normas do Direito e uma técnica de interpretação dessas normas, rompendo com os critérios estritamente lógicos de subsunção. Pretende superar o racionalismo e tem como finalidade a justiça na criação e aplicação do Direito, tendo na equidade a principal ferramenta de operação. Tem como característica não apoiar-se no silogismo e nem, tampouco, na subsunção formal das decisões judiciais.

A atividade criativa do jurista, própria do *logos* do razoável, não descarta a manutenção da segurança jurídica, tendo, como premissa, a interpretação da norma jurídica num raciocínio livre do rigor matemático, tipicamente humano, vinculando interpretação e razoabilidade, como exigência da justiça no veredito. A *Lógica do Razoável* defende a aplicação das normas jurídicas segundo princípios de razoabilidade, ou seja, elegendo a solução mais razoável para o problema jurídico concreto, dentro das circunstâncias sociais, econômicas, culturais e políticas que envolvem a questão, sem se desvincular, completamente, dos parâmetros legais. (SILVA; ZENNI, 2008, p.120)

A *Lógica do Razoável* apresenta, ainda, outras características que sustentam a sua existência e importância. Ela é condicionada pela realidade concreta do mundo; é imbuída de critérios estimativos ou axiológicos, distinguindo-se da lógica formal; reporta-se a situações reais; é regida por razões de congruência ou adequação: entre os valores e os fins; entre os fins e a realidade concreta; entre os fins e os meios; entre fins e meios e a correção ética

dos meios; entre fins e meios e a eficácia dos meios; e, por fim, a lógica do razoável está orientada pelos ensinamentos da experiência da vida humana e da experiência histórica.

Como ressalta Coelho (1979, p.214) “[...] o juiz não tem autorização para saltar sobre as normas vigentes em sua atividade interpretativa e sim manter-se fiel às normas”, ou seja, deve usar as normas para buscar o resultado adequado. Se o magistrado entender que a norma, ao ser aplicada no caso em julgamento, vai atender a sua inspiração, deve então utilizá-la; caso contrário, deve descartá-la e declarar sua inaplicabilidade. Agindo assim, entende ele que o intérprete se mantém fiel à norma e deverá, contudo, buscar uma que melhor se adapte aos fins humanísticos do Direito. Caso isso não ocorra, deve ele admitir estar diante de uma lacuna na legislação.

Segundo preceitua Siches (1971), conforme o método de interpretação por ele desenvolvido, pautado por critérios estimativos e segundo princípios de razoabilidade, deve-se começar por analisar os fatos, examinar as circunstâncias, eleger qual norma deve ser aplicada e qual sua extensão. Para esse autor, não basta conhecer o método de interpretação, é necessário que este seja utilizado de maneira adequada, manuseá-lo diante de sua função criadora, para que o exegeta atinja o objetivo do Direito, que é fazer com que a justiça seja alcançada.

Na Lógica do Razoável, a equidade constitui um dispositivo significativo na solução dos casos lacunosos e de vaguezas e ambiguidades existentes nas normas ou na própria ordem jurídica. Siches (1971) entende que, com a equidade, o magistrado se instrumenta com um poder discricionário, porém, não arbitrário, e assim é capaz de identificar, segundo a Lógica do Razoável, interesses e fatos não determinados *a priori* pelo legislador.

Em breve síntese, as lições propostas por Siches são:

- condenar a pesada metodologia da lógica formal na interpretação do texto jurídico, uma vez que não se pode esperar que o legislador seja capaz de encaixar todos os fatos da vida em conceitos jurídicos abstratos e normas de Direito;
- permitir que a dedução seja a técnica por excelência na aplicação do Direito, cuja característica é marcada por lógica humana, pela razoabilidade e inspira-se na equidade e na prudência.

Embora, no nosso entender, a teoria e o método de Siches (1971) superem, em muito, a simples flexibilização pós-moderna denunciada por Andrade (2006), também a Lógica do Razoável, embora configure um construto teórico interessante, não consegue, com seu método, uma solução prática para os problemas da interpretação, vez que um dos pilares de sua teoria, o conceito de *razoabilidade*, como já mostramos, é ele próprio um conceito vago. E assim sendo, volta-se à estaca-zero.

AS NOVAS RETÓRICAS

Foi somente no século XX, a partir da importância que passou a ser conferida à filosofia da linguagem e à filosofia dos valores, o *linguistic turn*, que começou a tomar forma uma corrente filosófica e acadêmica importante, que objetivava recuperar o *status* da Retórica, conhecimento ancestral intimamente ligado à história da humanidade.

Vários estudiosos começaram, então, a considerar a Retórica como um objeto digno de estudo. Sobre os estudos da argumentação passaram a ocupar lugar de destaque, recebendo hoje uma abordagem interdisciplinar da qual participam filósofos, linguistas, semiotistas e estudiosos da comunicação, as novas retóricas. Nesse grupo, destaca-se Chaim Perelman, considerado o fundador da Retórica moderna, grande pensador polonês que se dedicou ao Direito e à Justiça.

CHAIM PERELMAN

Perelman resgata magistralmente a Retórica, que fora excluída de toda a reflexão filosófica, uma vez que vítima da reprovação por Platão. Segundo esse filósofo, o desprestígio da Retórica se deveu ao fato de essa arte se situar no campo da opinião (*dóxa*), opondo-se à Lógica que se situa no campo da verdade (*alétheia*), discussão que remonta ao tempo de Platão e Aristóteles.

Para Perelman, a Retórica se insere no domínio da Lógica, pois usa os argumentos e não a ação, a sugestão ou a experiência. Entretanto, vai além da Lógica, já que usa também argumentos que ultrapassam a estrita racionalidade.

No que tange ao Direito, Perelman acredita que o positivismo não oferece respostas aceitáveis aos problemas jurídicos atuais e que os limites por ele impostos devem ser revistos. Recorrendo às palavras de J. Esser, constata

[...] que a enumeração dos métodos de interpretação dos textos, o recurso aos precedentes e aos princípios gerais, aos fins e aos valores que o legislador procura promover e proteger, todo este arsenal de argumentos é totalmente insuficiente para guiar o juiz no exercício de suas funções, porque nenhum sistema estabelecido a priori lhe pode indicar, num caso concreto, a qual método de raciocínio ele deve recorrer, se ele deve aplicar a lei literalmente ou, ao contrário, restringir ou ampliar o alcance desta". (PERELMAN, 2000, p. 82)

Para Perelman,

É inútil tentar definir a argumentação racional da maneira que nós definimos uma técnica demonstrativa, ou seja, pela sua conformidade com certas regras prescritas. Ao contrário do raciocínio demonstrativo, argumentos nunca são corretos ou incorretos; eles são fortes ou fracos, relevantes ou irrelevantes. (PERELMAN, 1980, p. 83, tradução nossa).¹²

Para superar o positivismo, Perelman recupera a Retórica, definindo-a como a lógica dos juízos de valor. Defende a Retórica justamente por constatar a necessidade que se tem de recorrer a argumentos que não os estritamente lógicos. Para Perelman, a grande maioria dos problemas com que o ser humano se depara supera o domínio da racionalidade pura, uma vez que envolve juízos de valor. O objetivo da Retórica não se limita a convencer, o que se pode fazer usando raciocínios lógicos. Ela objetiva persuadir, afetar a vontade, o que exige a utilização de argumentos de natureza não lógica. Muitas vezes, mesmo quando se dispõe de argumentos suficientes para o

convencimento, é necessário usar argumentos retóricos, pois o convencimento pode não ser suficiente para levar à ação que se tem por objetivo. Para esse filósofo,

O papel da retórica se torna indispensável numa concepção do direito menos autoritária e mais democrática, quando os juristas insistem sobre a importância da paz judiciária, sobre a ideia de que o direito não deve somente ser obedecido, mas também observado quanto mais largamente for aceito. (PERELMAN, 1996a, p. 554)

Perelman (1996b, p.4) define a Nova Retórica como “[...] o estudo das técnicas discursivas que permitem provocar ou aumentar a adesão dos espíritos às teses que lhes apresentam ao assentimento”.

A teoria da argumentação de Perelman oferece subsídios para uma superação do positivismo jurídico, uma vez que fornece critérios para o controle da atividade judicial discricionária. O principal efeito dessa teoria é estabelecer para os juízes a necessidade de justificar, com argumentos, suas opções que implicam juízos de valor, pois Perelman não considera aceitável o simples argumento de autoridade. Sua teoria da argumentação coloca aos juízes um novo desafio, mais adequado aos ideais democráticos contemporâneos que o argumento de autoridade inerente à teoria positivista: a necessidade de persuadir as demais pessoas de que as suas opções são adequadas. Não basta pressupor a legitimidade das decisões de um tribunal em virtude de uma norma fundamental ou de uma regra de reconhecimento, o que nos conduz a um conceito meramente formal de legitimidade. É preciso que a legitimidade seja conquistada por meio de uma fundamentação adequada da decisão.

Quando o juiz não explicita, não fundamenta, suas opções valorativas, isso revela seu entendimento de que as suas opções são objetivamente válidas por causa da sua autoridade, ou porque considera que a hierarquia de valores estabelecida por ele é a hierarquia certa, justa. Nos dois casos, não se dá o necessário respeito aos cidadãos que têm opiniões e valores diferentes e que terão de obedecer as decisões dos tribunais. Para que uma decisão seja legítima, é preciso que os cidadãos a aceitem e, portanto, é um dos papéis dos juízes convencer a sociedade de que as suas escolhas são as melhores.

Segundo Perelman (1996b, p.1),

O juiz tem como missão dizer o direito, mas de um modo conforme a consciência da sociedade. Por quê? Porque o seu papel é estabelecer a paz judiciária e a paz judiciária só será estabelecida quando ele houver convencido as partes, o público, seus colegas, seus superiores, de que e julga de forma equitativa.

Porém, para que o juiz consiga convencer as partes, ele precisa apresentar diversas qualidades:

O juiz argumenta visando a convencer um auditório, que pode ser a opinião pública, as partes em litígio, ou os tribunais superiores. Para obter sucesso em suas decisões, como em qualquer argumentação, é necessário conhecer o auditório, conhecer os valores dominantes na sociedade, suas tradições, sua história, a metodologia jurídica, as teses reconhecidas. (PERELMAN, 1996b, p. 496)

Ensina, ainda, que

Quando aparecem as antinomias da justiça e quando a aplicação da justiça nos força a transgredir a justiça formal, recorremos à equidade. Esta, que poderíamos considerar a muleta da justiça, é o complemento indispensável da justiça formal, todas as vezes que a aplicação desta se mostra impossível. Consiste ela numa tendência a não tratar de forma por demais desigual os seres que fazem parte de uma mesma categoria essencial”. (PERELMAN, 1996a, p. 163)

Portanto, para Perelman, nos casos em que vaguezas e ambiguidades impeçam a interpretação do texto, tornando a aplicação da lei impossível, deve-se buscar a equidade e justificar sua opção interpretativa para a audiência. A adesão, principalmente do juiz, a essa tese, admitindo abrir mão de sua autoridade absoluta, é imprescindível para se fazer justiça.

E Perelman vai mais longe ainda, quando diz, de modo radical:

Se acaso uma legislação francamente iníqua não lhe permitir, por uma ou outra razão, exercer seu ofício em conformidade com sua consciência, o juiz é moralmente obrigado a renunciar a suas funções. Pois ele não é uma simples máquina de calcular, Contribuindo, com seu concurso, para o funcionamento de uma ordem iníqua, ele não pode esperar isentar sua responsabilidade. (PERELMAN, 2005, p. 489)

JÜRGEN HABERMAS

Outro nome de peso vinculado às novas retóricas é Jürgen Habermas, cujas idéias, embora difiram das de Perelman, apresentam alguns pontos em comum com elas.

No pensamento habermasiano são cruciais sua análise do conceito de racionalidade e sua teoria da argumentação. As reflexões de Habermas partem de uma análise pragmática da racionalidade. Como ressalta esse filósofo, ele muito se dedicou, em sua teorização, a pensar a racionalidade como o princípio que rege a capacidade de as enunciações poderem ser confirmadas ou criticadas, assim conferindo à racionalidade um papel primordial na prática argumentativa.

Para Habermas (1987a, p. 24), “[...] a racionalidade tem menos a ver com o conhecimento ou com a aquisição de conhecimento que com a forma em que os sujeitos capazes de linguagem e de ação fazem uso do conhecimento”. Em suas palavras, “[...] o saber em que tal ou tal coisa consiste está implicitamente ligado a um ‘saber porque’ e reenvia nesse sentido às justificações potenciais. [...] Em outros termos, a gramática do termo ‘saber’ implica que tudo aquilo que nós sabemos pode ser criticado e justificado”. (HABERMAS, 2001, p.48)

Dessa forma, é dito irracional aquele que defende suas opiniões de modo dogmático ou que é incapaz de as justificar. E uma vez que a racionalidade é definida em termos de suscetibilidade de crítica e de fundamentação, é racional aquele indivíduo capaz de fundamentar suas manifestações ou emissões nas circunstâncias apropriadas.

Como se vê, a racionalidade imanente à prática comunicativa remete à prática da argumentação, que permite dar continuidade à ação comunicativa por outros meios, quando se produz um desacordo nas lides cotidianas. Com base nesses casos, em que o desacordo não é superado, tornando-se algo problemático, e considerando-se que este não pode ser resolvido por um poder autoritário, Habermas defende que o conceito de racionalidade comunicativa tem de ser adequadamente desenvolvido por meio de uma teoria da argumentação.

Assim, como se vê, Habermas partindo da noção de racionalidade, considera necessária a elaboração de uma teoria da argumentação.

De acordo com a teoria da argumentação de Habermas, todas as pessoas estão inseridas em um grande processo discursivo, do qual todas elas tomam parte e, nesse contexto, uma solução só é legítima quando considerada aceitável pelas pessoas envolvidas no discurso.

Em defesa da argumentação, diz Habermas que a racionalidade de quem participa de uma argumentação é demonstrada na forma pela qual age e responde às razões pró ou contra que lhe são apresentadas, e, sendo suscetíveis de crítica, são passíveis de serem aprimoradas. Com isso Habermas une o conceito de fundamentação ao conceito de aprendizagem: “[...] as argumentações tornam possível um comportamento que pode considerar-se racional num sentido especial, a saber: o aprender com os erros uma vez que eles são identificados”. (HABERMAS, 1987, p. 43).¹³

Para que uma opinião seja dita racional, basta que ela seja aceita por boas razões no interior de um contexto de justificação: “[...] a racionalidade de um julgamento não implica sua verdade, mas apenas sua aceitabilidade fundada dentro de um contexto dado”. (HABERMAS, 2001, p. 48). Portanto, para Habermas “[...] a verdade tem de definir-se por referência à argumentação”. (HABERMAS, 1994a, p. 148).

Assim, tendo por foco o discurso jurídico, Habermas diz que a racionalidade do voto de um juiz depende assim da fiabilidade do saber que ele representa, portanto, de ser susceptível à crítica e de ser fundamentada. Para que uma opinião seja dita racional, basta que ela seja aceita por boas razões no interior de um contexto de justificação: “[...] a racionalidade de um julgamento não implica sua verdade, mas apenas sua aceitabilidade fundada dentro de um contexto dado”. (HABERMAS, 2001, p.48).

Sua teoria da argumentação é desenvolvida sob a forma de uma lógica informal, no sentido de que um acordo não pode ser imposto nem dedutivamente nem por evidências empíricas. Cabe à teoria da argumentação a tarefa de detalhar um sistema de pretensões de validade e, para tal, Habermas entende que não é necessário recorrer a uma dedução transcendental, bastando aqui apenas um procedimento fiável de hipóteses reconstrutivas.

Em sua teoria, o primeiro passo para se detalhar um sistema de pretensões de validade consiste em diferenciá-las das pretensões de poder. Para estas últimas, uma postura de afirmação ou negação frente a um proferimento expressa apenas um arbítrio, portanto algo não fundamentado. Já nas pretensões de validade, o ‘sim’ ou o ‘não’ significa que o ouvinte assente ou não com razões a uma pretensão suscetível de crítica. Enquanto as pretensões de validade guardam uma relação interna com razões, as pretensões de poder são respaldadas por um potencial de sanção. Se essa distinção não for realizada, retira-se toda a base para se distinguir posteriormente as pretensões justificadas das que não o são.

Habermas distingue três planos do discurso argumentativo: o plano lógico, que visa à produção de argumentos pertinentes em virtude de suas propriedades intrínsecas; o plano dialético, que visa a uma interação

submetida a normalização especial, numa disputa ritualizada, conforme as regras estabelecidas por Sócrates, e o plano retórico, que visa a satisfazer condições ideais para a comunicação: uma situação ideal da linguagem imunizada contra a repressão e a desigualdade, sustentando a possibilidade de uma situação ideal de fala, em que apenas o melhor argumento aja coercitivamente. Habermas afirma que nenhum desses três planos separadamente pode desenvolver suficientemente o discurso argumentativo.

Tanto Perelman como Habermas consideram a existência de um auditório a ser convencido pelas fundamentações: para Perelman, um auditório universal, portanto formado por pessoas tão heterogêneas que para serem convencidas exigem do juiz o respeito ao máximo à lógica formal: um auditório universal que age como um princípio regulador da argumentação. Habermas, similarmente, fala de normas morais aceitas por todos os homens. Em ambos os casos, a amplitude dos auditórios é problemática. Em Perelman, seu auditório universal parece não garantir a racionalidade das decisões nem a aceitabilidade social do argumento. Em Habermas, suas normas morais, aceitas por todos os homens, são também um auditório universal, tão heterogêneo que impossibilita a fundamentação de uma decisão valorativa. Quando se trata do Direito, no entanto, o auditório a ser convencido é mais restrito: não um auditório universal, mas um auditório formado pelos integrantes de uma determinada comunidade que comunga valores, o que possibilita argumentar com base em valores e, consequentemente, fundamentar uma decisão valorativa.

Como se viu, ambos Perelman e Habermas pretendem, através da exigência de justificação argumentativa, solucionar o problema da interpretação no discurso jurídico.

A PRODUÇÃO DOS DISCURSOS JURÍDICOS

Neste trabalho, enfatizamos principalmente os aspectos da recepção dos textos jurídicos. No entanto, a despeito da importância da interpretação na esfera do Direito, cumpre ainda lembrar a responsabilidade do legislador na produção dos textos legais, que serão lidos e interpretados nas instâncias jurídicas. Cabe a ele a responsabilidade de redigir as leis com propriedade e clareza. Embora se saiba que, inevitavelmente, devido à própria natureza da linguagem, não se pode sempre conseguir um texto absolutamente transparente, que o objetivo de eliminar totalmente as inconsistências do texto legal é utópico, muitas ocorrências obscuras podem ser evitadas, ou pelo menos mantidas num *minimum*. O texto legal deve ser elaborado visando à solução de conflitos e não à geração de conflitos, como é comum ocorrer quando uma norma legal é mal redigida.

A linguagem da lei deve ser:

- concisa, sucinta, evitando o uso de adjetivos e advérbios dispensáveis;
- simples, usando palavras e expressões de uso corrente e dando preferência à ordem direta simples;
- uniforme, limitando-se a uma única idéia em todo o enunciado, expressa no mesmo tempo verbal e evitando a sinonímia;

- imperativa, já que exprime a obrigatoriedade, característica inerente à lei.

E, na medida do possível, a linguagem da lei deve evitar vaguezas e ambiguidades.

Embora não queiramos adotar a postura positivista de que a matéria prima do Direito é a linguagem do legislador, dando excessiva importância à “letra da lei”, por entendermos que a lei é o texto interpretado, que a letra não interpretada é “letra morta”, nos recusamos a minimizar a importância do cuidado devido ao texto legal: devem e podem ser evitadas as inconsistências geradas pelos legisladores que apresentam textos confusos, eivados de vaguezas e ambiguidades evitáveis, devido à ignorância da extensão dos termos que empregam, equivocando-se, inocentemente, ou mesmo, propositalmente, deturpando o conteúdo de sua própria afirmação.

Da mesma forma os textos jurídicos – a linguagem dos tribunais – deveriam também seguir as mesmas prescrições sugeridas para os textos legais. Isso, no entanto, nem sempre ocorre, principalmente nas peças de acusação e de defesa, em que muitas vezes são utilizadas estratégias retóricas, no mau sentido do termo. As decisões judiciais, principalmente, face a sua relevância e ao seu alcance social, e por sua característica de quase-lei, quando se tornam jurisprudência, deveriam zelar mais pela clareza. Ainda, a justificação argumentativa, que imprescindível, na esteira do pensamento de Perelman e Habermas, deve, para obter a “adesão dos espíritos” ser vazada de forma clara e inequívoca.

CONCLUSÃO

Como se pôde ver, o grave problema que a ocorrência de vaguezas e ambiguidades representa para a interpretação do discurso do Direito vem ocupando os estudiosos desde a Era Clássica até nossos dias. De posturas que desqualificam esse fenômeno linguístico passou-se a posturas que o encaram como inevitável. Foram propostas diversas saídas teóricas para a solução desse impasse, mas todas elas apresentam falhas, principalmente o problema incontornável relativo à segurança jurídica.

Através das novas retóricas, Perelman e Habermas, rechaçando o positivismo e resgatando a importância da argumentação, contribuem para a conciliação da subjetividade da interpretação à segurança jurídica, o que, segundo ambos os filósofos, se torna possível graças à exigência de justificação, por parte dos juízes, quanto a suas opções interpretativas que implicam valores. Nos casos de vaguezas, principalmente, e de ambiguidades, fenômenos que precisam ser interpretados, o juiz deverá também explicitar para seu auditório a razão de suas escolhas, o porquê de suas leituras.

Cumpre-nos, no entanto, lembrar, que mesmo a justificação argumentativa, porque também linguagem, vai estar sujeita à interpretação dos auditórios, e esta nova interpretação pode não coincidir com a interpretação que o juiz defende. Nesse caso, perguntamo-nos: a autoridade do juiz vai resolver o imbróglio? Ou haverá justificações de

justificações de justificações, caindo aí na “teoria da interpretação infinita” defendida por teóricos da “desconstrução” pós-moderna como Jacques Derrida e seguidores? Ou o juiz se demitirá, como sugeriu Perelman?

Como se vê, quer-nos parecer que, embora as posturas de Perelman e Habermas constituam um avanço nos estudos da interpretação jurídica, em relação às teorias que as precedem, resta verificar como tais construtos de fato funcionam na prática jurídica. Teoria e prática nem sempre caminham juntas.

NOTAS

¹ The foundation of good style is correctness of language, which is discussed under five heads: (1) right use of connecting words; (2) use of special, and not vague general, terms; (3) avoidance of ambiguity; (4) observance of gender; (5) correct indication of grammatical number. A composition should be easy to read and therefore easy to deliver; it should avoid (1) uncertainties as to punctuation, (2) zeugma, (3) parenthesis.

(ARISTOTLE, *Rethoric*, III, 1407b)

² Anfíbolias são um tipo de ambiguidade que se deve mais à gramática que ao léxico.

³ There are three varieties of these ambiguities and amphibolies: (1) When either the expression or the name has strictly more than one meaning... (2) when by custom we use them so; (3) when words that have a simple sense taken alone have more than one meaning in combination [...]

(ARISTOTLE, *Sophistical Refutations*, 4)

⁴ [...] So long as the reference remains the same, such variations of sense may be tolerated, although they are to be avoided in the theoretical structure of a demonstrative science and ought not to occur in a perfect language. (FREGE, 1948 [1892], p. 210 fn. 2)

⁵ A ambiguidade latente exige maior esforço para resolvê-la, maior conhecimento geral.

⁶ A emenda constitucional nº 32 de 2001, alterou a redação do *caput* deste artigo, sem, contudo, eliminar a vagueza do texto. Nos acréscimos inseridos, no entanto, limita-se o poder de interpretação do Presidente da República.

⁷ Segundo estatística feita por *JusBrasil*, a expressão *interpretação razoável* ocorreu 975 vezes em notícias e doutrina, 8.829 vezes em jurisprudências e 12 vezes na legislação. Esses dados são no nosso entender índices do tipo de Direito praticado no Brasil.

⁸ Esse modelo será abordado mais à frente neste trabalho.

⁹ Uma aplicação especialmente importante da distinção interpretação-construção ocorre no contexto dos debates sobre o chamado “Novo Originalismo”. (Veja-se o trabalho de Keith Whittington e Randy Barnett.)

¹⁰ Respecto de todas ellas vale la siguiente metáfora esclarecedora. Hay un foco de intensidad luminosa donde se agrupan los ejemplos típicos, aquellos frente a los cuales no se duda que la palabra es aplicable. Hay una mediata zona de oscuridad circundante donde caen todos los casos en los que no se duda que no lo es. El tránsito de una zona a otra es gradual; entre la total luminosidad y la oscuridad total hay una zona de penumbra sin límites precisos. Paradójicamente ella no empieza ni termina en ninguna parte, y sin embargo existe. Las palabras que diariamente usamos para aludir al mundo en que vivimos y a nosotros mismos llevan consigo esa imprecisa aura de imprecisión. [...] Esta característica de vaguedad potencial que los lenguajes naturales necesariamente exhiben ha sido llamada por Waismann ‘la textura abierta del lenguaje’. Carnap alude al mismo fenómeno cuando habla de ‘vaguedad intensional’. (CARRIÓ, 1979, p. 33-35).

¹¹ Las palabras que aparecen en las normas jurídicas para aludir a hechos, sucesos o actividades humanas, y proporcionar pautas o criterios para guiar o juzgar estas últimas, tienen, pues, una zona de penumbra, es decir, son actual o potencialmente vagas. (CARRIÓ, 1979, p. 55)

¹² It is useless to try to define rational argumentation the way we define a demonstrative technique, namely, by its conformity to certain prescribed rules. Unlike demonstrative reasoning, arguments are never correct or incorrect; they are either strong or weak, relevant or irrelevant. (PERELMAN, 1980, p. 83)

¹³ No nosso entender, no âmbito do Direito, a identificação dos erros, evidenciados por meio da argumentação, constitui um ponto forte da teoria de Habermas, pois impede que decisões equivocadas se tornem jurisprudências.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, José Maria Arruda de. **Interpretação da Norma Tributária**: concreção normativa, teoria estruturante do direito e análise pragmática. São Paulo: tese de doutoramento na USP, inédita, 2005.

_____. Hermenêutica Jurídica e a questão da textura aberta. **Thesis**, São Paulo, ano III, v. 6, p.59-86, 2º sem. 2006.

ARISTOTLE. **Art of Rhetoric**. Trans. J.H. Freese. Cambridge, London: Harvard University Press. 2000.

_____. **On Sophistical Refutations**. Trans. Pickard-Cambridge. In: Barns J. Ed., *The Complete Works of Aristotle: The Revised Oxford Translation*, Princeton: Princeton university Press, 1996. .

ATHERTON, Catherine. **The Stoics on Ambiguity**. Cambridge: Cambridge University Press, 1993

BASTOS, João José Caldeira. O Poder Judiciário e a lei. A decisão contra a lei na jurisprudência penal catarinense. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 14, n. 2181, 21 jun. 2009. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/13013>> Acesso em: 21 jul. 2011.

BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico**: lições de filosofia do direito, trad. Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

CARRIÓ, Genaro R. **Notas Sobre Derecho y Lenguaje**, 2. ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1979.

COELHO, Luiz Fernando. **Introdução à crítica do direito**. Curitiba: HDV, 1983.

_____. **Lógica jurídica e interpretação das leis**. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

ENDICOTT, Timothy. The Value of Vagueness. In: VIJAY K., Bhatia; ENGBERG, Jan; GOTTI, Maurizio; HELLER, Dorothee. (eds.), **Vagueness in Normative Texts**, Bern: Peter Lang, 2005.

ENGISCH, Karl. **Introdução ao Pensamento Jurídico**. 8. ed.. trad. João Baptista Machado. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

FREGE, G. Über Sinn und Bedeutung. **Zeitschrift für Philosophie und philosophische Kritik** [1892], 100, p. 25–50.

HABERMAS, Jürgen. **Teoría de la acción comunicativa I**: racionalidad de la acción y racionalización social. Tradução de Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Taurus, 1987.

_____. **Verité et justification**. Tradução de Rainer Rochlitz. Paris : Gallimard, 2001.

HART, Herbert. **O Conceito de Direito**. Lisboa: F. Calouste Gulbenkian, 1986.

HUNGRIA et al. **Comentários ao Código Penal**, v.8, 5ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1981, p.139.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**, 6. ed., trad. João Baptista Machado. Coimbra: Armênio Amado Editor, 1984.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1941.

PERELMAN, Chaim. The rule of Justice. In: **Justice, Law and Argument**. Dordrecht/Boston: Reidel Publishers (1980)

_____. A teoria pura do direito e a argumentação. In: _____. **Ética e direito**. Tradução de Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1996b

_____. **Lógica jurídica**: a nova retórica. Tradução de Vergínia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 2000

PERELMAN, Chaim & OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. **Tratado da argumentação** – A nova Retórica. São Paulo, Martins Fontes, 1996 a

PICAZO, Luiz Díez. **Experiencias jurídicas y teoría del derecho**. Barcelona: Ariel, 1975.

RUSSEL, Bertrand. Vagueness. [1919] In: SLATER, J.G.(ed). **The collected Papers; Essays on** Language, Mind and Matter, London: Unwin Hyman, vol. 9., 1988, p. 147 -154.

SICHES, Recaséns. **Experiência Jurídica, Naturaleza de la Cosa e Lógica Razonable**. México: Unam, 1971.

SILVA, E.; ZENNI, A. Aspectos Gerais da Lógica do Razoável como Arte da Interpretação. **Revista Jurídica** Cesumar -Mestrado. Vol. 8, Nº1, p. 117-129, jan./jun. 2008.

WITTGENSTEIN, Ludwig. Philosophical Investigations. Trans. C.K. Ogden. London: Routledge, 1953.

ZWICKY, A.; SADOCK, J. **Ambiguity Tests and how to Fail Them**. Chicago: Chicago University Press, 1975.

Trabalho enviado em 16 de março de 2014.

Aprovado em 09 de abril de 2014.