

# RHETORIC AND ARGUMENTATION IN THE BEGINNING OF THE XXI<sup>st</sup> CENTURY

EDITED BY

Henrique Jales Ribeiro



(Página deixada propositadamente em branco)

# RHETORIC AND ARGUMENTATION IN THE BEGINNING OF THE XXI<sup>st</sup> CENTURY

EDITED BY  
Henrique Jales Ribeiro



• COIMBRA 2009

COORDENAÇÃO EDITORIAL  
Imprensa da Universidade de Coimbra  
Email: [imprensauc@ci.uc.pt](mailto:imprensauc@ci.uc.pt)  
URL: [http://www.uc.pt/imprensa\\_uc](http://www.uc.pt/imprensa_uc)  
Vendas online: <http://siglv.uc.pt/imprensa/>

CONCEPÇÃO GRÁFICA  
António Barros

CAPA  
José Luís Madeira (IA / FLUC)

PRÉ-IMPRESSÃO  
Paulo Oliveira  
[PMP]

EXECUÇÃO GRÁFICA  
Sereer, Soluções Editoriais

ISBN  
978-989-8074-77-5

DEPÓSITO LEGAL  
????????????????????????????

OBRA PUBLICADA COM A COLABORAÇÃO DE:

**FCT** Fundação para a Ciência e a Tecnologia

MINISTÉRIO DA CIÊNCIA, TECNOLOGIA E ENSINO SUPERIOR Portugal



Programa Operacional Ciência e Inovação 2010  
MINISTÉRIO DA CIÊNCIA, TECNOLOGIA E ENSINO SUPERIOR

UNIDADE I&D | LINGUAGEM, INTERPRETAÇÃO E FILOSOFIA

© JULHO 2009, IMPRENSA DA UNIVERSIDADE DE COIMBRA

## CHAPTER 18

### NOVA RETÓRICA E DEMOCRATIZAÇÃO DA JUSTIÇA

Hermenegildo Ferreira Borges\*

RESUMO: A Constituição da República Portuguesa consagra no Art.º 20º, n.º 1, o direito de acesso de todos os cidadãos aos Tribunais e à Justiça, referindo, expressamente, que a justiça não pode ser “denegada por insuficiência de meios económicos”. Alguns autores consideram este normativo como uma explícita exigência constitucional de “democratização da Justiça”. Sem negarmos inteiramente a bondade desse ponto de vista, lembramos que este direito de acesso à justiça é, antes de mais, “um direito fundamental formal” e, como tal, afirma-se como condição necessária mas não suficiente do que pensamos ser uma “efectiva democratização da justiça”. Esta só começa, verdadeiramente, quando o processo judicial se abre, pelos princípios da imediação, da oralidade e do contraditório, ao exercício livre da razão, mesmo que tal exercício surja condicionado pelos constrangimentos processuais que regulem o tempo e a oportunidade. –A esta luz, a “democratização da justiça” tem o seu privilegiado momento no debate instrutório e na audiência de julgamento. Mas ela está igualmente presente na subsunção do caso à norma, sempre que o juiz se empenha em conformar a sua decisão com o “sistema material de valores” consagrado na Constituição, valores largamente partilhados pela sociedade. Vemo-la ainda presente na deliberação íntima do juiz, uma vez que, nesse momento, a sua razão se abre dialogicamente à interlocução, presumida mas efectiva, com os seus pares, com as instâncias que potencialmente podem ser chamadas a apreciar os fundamentos da sua decisão, numa palavra, à interlocução com o auditório judiciário universal. Por último, a democratização da justiça expressa-se na racionalidade argumentativa que caracteriza motivação das decisões de Justiça, cumprindo-se desse modo um imperativo que sendo legal não deixa de ser também ético e político, uma vez que o dar razões dos actos praticados impende sobre todo o exercício democrático do poder.

---

\* Universidade Nova de Lisboa, Faculdade de Ciências Sociais e Humanas, Avenida de Berna, 26-C, 1069-061 Lisboa, Portugal.

E-mail: hfborges@mail.telepac.pt

## 1. O ADVENTO DA JUSTIÇA

A fórmula latina que condensa a petição de Isaías, *Rorate caeli desuper, et nubes pluant justum*,<sup>1</sup> faz alusão a um tempo de profunda prostração e expiação de um povo, oprimido, humilhado, mas contrito da sua culpa, que clama por Justiça: que os Céus, rasgando-se, deixem cair sobre a Terra o orvalho ou mansa chuva que faça germinar o Justo – Aquele que, pela força do seu braço, haverá de libertar o povo eleito da escravidão e reconduzi-lo à Terra Prometida. *Rorate Caeli* exprime, numa gramática de superfície, a expectativa de que a justiça divina se faça sentir sobre os seus opressores, fazendo deles escabelo de seus pés. Estamos em presença da única acepção de justiça concebível à luz da racionalidade desse tempo, a justiça retributiva, que tem na *lex talionis* a sua regra fundadora. Todavia, numa camada mais profunda de possíveis sentidos, aquela fórmula dá-nos conta do sentir sofrido das comunidades humanas de todos os tempos que, como aquela, tinham, têm ou terão, fome e sede de justiça.

Referimo-nos a todas as comunidades que, ao longo da história, têm visto adjudicada, por formas de poder despótico supranacional, a sua vontade de autonomia e a possibilidade de escolherem livremente o seu próprio destino ou, dito de outro modo, aspiram a ser o Estado que inicialmente haviam recusado ser.<sup>2</sup> É significativo que na invocação de um “Justo” transcendente, se pressinta já a exigência de que a Justiça, para o ser, necessite do concurso de um terceiro imparcial, capaz de evitar “a guerra de todos contra todos”, personificada por Hobbes na figura do monstro marinho Leviatão que inspira e titula a sua obra mais célebre. Sobre estas e outras razões, com fundamentos análogos ou diversos, as teorias contratualistas clássicas souberam justificar racionalmente a necessidade da figura tutelar do Estado.

As *ordalia* ou “julgamentos de Deus”, o “juramento do acusado” e as “provas legais”, através dos “espectáculos da dor”<sup>3</sup> a que deram origem, são testemunho de um tempo de sofrida aprendizagem que levará os modernos a tentarem uma radical conversão do direito, na sua natureza e fundamentos, abrindo caminho a novas expectativas de realização da Justiça. A estabilização, pela escrita, de um direito *erga omnes*, a consagração do princípio da legalidade, a conquista dos direitos subjectivos e a emancipação e secularização da Justiça, foram passos decisivos para a realização de tais expectativas. Hoje, temos ainda em mãos a tarefa urgente de erradicar, da concreta realização da Justiça, todas as marcas ancestrais de vingança, a mais significativa das quais é, sem dúvida, a pena de morte aplicada no quadro da legalidade positiva. A nós não nos parece que possam coabitar, sem contradição, uma consistente teoria dos direitos humanos e a estatuição da pena de morte.

Impressiona-nos que, estando ainda tão viva a memória do holocausto nazi, consumado a coberto da legalidade positiva, não tenhamos aprendido ainda a lição do que pode o totalitarismo da lei. Não obstante todos os avanços conseguidos, tanto no campo da consolidação e expansão dos Direitos Humanos, como no dos princípios em que se escora o Estado de Direito – definido, por Ricoeur, como o “conjunto de

---

<sup>1</sup> Isaías, 45, 8.

<sup>2</sup> Clastres 1979.

<sup>3</sup> Foucault 1988.

alternativas de que dispõe a Sociedade para opor à violência” –<sup>4</sup> subsistam ainda, na Lei Fundamental de Estados “de direito democrático”, traços tão vinculados e explícitos de uma justiça vingativa que a Lei penal se incumba de fazer aplicar.

“Levar a sério os direitos”, como propõe Dworkin<sup>5</sup> e, em particular, os direitos económicos e sociais, ditos “direitos humanos de segunda geração”, pode ser o bom caminho para uma efectiva democratização da justiça, tanto à escala nacional, como supranacional. Estudos sociológicos dão-nos conta de que a violação dos direitos económicos e sociais está na base da esmagadora maioria dos litígios que chegam aos tribunais e que, literalmente, bloqueiam o seu funcionamento. O Estado de Direito democrático tem nos tribunais a primeira de todas as alternativas à violência na sociedade, enquanto instituições que dirimem, pela aplicação do direito, os conflitos não passíveis de resolução consensual entre os sujeitos. Pensamos, todavia, que a primeira etapa da “democratização da justiça” poderá ser cumprida, através de uma *praxis* política que previna a própria conflitualidade social. Na medida em que a *praxis* é, por definição, “acção comum”, as acções preventivas da violência deverão caber, simultaneamente, à Administração e aos cidadãos. À Administração, na medida em que for capaz de auto-conter-se, de dar-se a si própria limites e “levar a sério os direitos” e garantias dos cidadãos, cumprindo-os e fazendo-os cumprir; aos cidadãos, na medida em que forem capazes de respeitar as relações jurídicas assumidas entre si e de, reciprocamente, se reconhecerem como iguais em direitos e deveres.

A Modernidade trouxe consigo a emancipação e secularização alargadas, colocando nas mãos das instituições do Estado o ancestral anseio de realização da Justiça. Todavia, como sabemos, a Modernidade não cumpriu, capazmente, as suas promessas de liberdade e de igualdade, não trouxe consigo a efectiva democratização da justiça, nem conseguiu erradicar, como se disse, as marcas ancestrais da vingança. Ao privilegiar o formalismo lógico, como linguagem de excelência para aplicação do direito, e ao fazer do direito um sistema pretensamente completo e fechado sobre si próprio, o positivismo jurídico, na sua versão *hard*, transformou o juiz em mero “operador técnico neutral”<sup>6</sup> ao serviço de um certo “totalitarismo da lei” a que se refere o constitucionalista Gomes Canotilho.<sup>7</sup>

O positivismo jurídico da Escola da Exegese, a quem são caros os valores da “ordem” e do “bom comportamento” da “Sociedade Disciplinar” moderna, prestou-se docilmente a desempenhar o papel de racionalidade que convém aos ideais de “progresso” da elite política dos modernos e ao modo de produção capitalista. Do nosso ponto de vista, prestou uma abnegada ajuda à consolidação do poder político-económico da burguesia; mas prestou, em sentido inverso, um deplorável serviço à democratização do direito, ao exercício livre e público da razão e à própria democratização da Justiça. Todavia, importa não esquecer, é-lhe também devido o mérito do seu contributo para a consolidação do direito positivo.

---

<sup>4</sup> Ricoeur 1995.

<sup>5</sup> Dworkin 1977.

<sup>6</sup> Borges 2005: 80.

<sup>7</sup> J. J. Gomes Canotilho, no prefácio a André 1980:10.

## 2. EM QUE SENTIDO DIZEMOS “DEMOCRATIZAÇÃO DA JUSTIÇA”?

Nos termos do disposto no art.º 20.º, n.º 1, da Constituição da República Portuguesa: “A todos é assegurado o acesso aos tribunais para defesa dos seus direitos e interesses legalmente protegidos, *não podendo a justiça ser denegada por insuficiência de meios económicos*”.<sup>8</sup> Alguns autores identificam, nesta última disposição do normativo, um claro propósito de “democratização da justiça”<sup>9</sup> que não desmentimos. Reconhecemos, sem a mínima reserva, que a democratização da justiça passa por aí, deve começar, de facto, pela garantia de acesso efectivo de todos os cidadãos aos tribunais e à justiça. Em linguagem formal, diríamos que a garantia de acesso é condição necessária para “democratização da justiça”. Sustentamos, todavia, que o cumprimento, em si mesmo muito complexo, daquela exigência constitucional de acesso efectivo de todos os cidadãos à justiça, não configura, a nosso ver, uma condição suficiente para uma democratização efectiva da Justiça.

Isto mesmo é, de algum modo, reconhecido por Boaventura S. Santos numa obra recentemente publicada, sob o título: *Para uma Revolução Democrática da Justiça*.<sup>10</sup> Nela, o autor considera que a democratização da justiça passa claramente pela convergência de esforços da Sociedade e do Estado, no sentido de, conjuntamente, criarem condições para que as classes populares possam ultrapassar os obstáculos, económicos, sociais e culturais, que inibem o seu acesso aos tribunais e à justiça, em condições de paridade com os demais cidadãos. Para esse fim, Boaventura propõe um conjunto diversificado de medidas já empiricamente testadas, com significativo sucesso, em situações adversas.

Todavia, Boaventura vai mais longe ao sustentar que o *deficit* de democratização da justiça radica, sobretudo, numa “cultura normativista, técnico-burocrática” de índole positivista, de que estão impregnados os manuais e o ensino ministrado nas Faculdades de Direito e que preside, também, aos critérios de selecção e formação dos magistrados. Tal cultura traduz-se, no limite, na realização de uma justiça pretensamente neutral e necessitante, incapaz de se adequar à realidade social que, obstinadamente, desconhece e não quer conhecer. Cortar pela raiz com um tal estado de coisas, requer, na opinião de Boaventura, uma profunda revolução do universo judiciário, que passa pela reforma da administração da justiça, pela alteração de métodos e conteúdos ministrados nas Faculdades de Direito e, por último, pela reforma dos cursos de formação de magistrados que deverão capacitá-los para compreender melhor a realidade social e a génese dos conflitos que chegam aos tribunais.

Estudos sociológicos, desenvolvidos neste domínio, dão-nos conta de que o afastamento dos cidadãos dos tribunais e da justiça, tendo já uma larga expressão no início do século XX, atingiu o seu ponto mais crítico no pós-guerra. A partir de então, foram postas em prática, em muitos países, medidas de apoio judiciário gratuito aos mais desfavorecidos, primeiro por iniciativa das Ordens de Advogados, depois tais iniciativas passaram a ser assumidas e suportadas, em muitos casos, pelo

---

<sup>8</sup> Sublinhado nosso.

<sup>9</sup> Cf. André 1980:159.

<sup>10</sup> Santos 2007.

Estado. A melhor ilustração de um esforço sério, no sentido de aproximar a justiça dos cidadãos, foi, sem dúvida, a decisão do Governo dos E.U.A. de criar “um sistema completamente novo baseado em advogados contratados pelo Estado, trabalhando em escritórios de advocacia localizados nos bairros mais pobres das cidades e seguindo uma estratégia (...) orientada para [um enquadramento] dos problemas jurídicos dos pobres enquanto problemas de classe.”<sup>11</sup> Não menos original e arrojado que este, é o projecto de criação de uma “justiça itinerante” levado a cabo, com êxito, nas zonas de difícil acessibilidade do Brasil profundo.<sup>12</sup>

Iniciativas desta índole, porque visam chegar junto dos cidadãos e promover a “democratização da justiça” *stricto sensu*, têm desde logo o mérito de, no imediato, ajudar a dirimir os conflitos entre as partes desavindas e terminar com a incerteza pelo cumprimento da “finalidade curta” de toda e qualquer decisão de Justiça. Adicionalmente, terão ainda o mérito de pacificar as comunidades e estimular a convivência pacífica entre todos os seus membros, cumprindo a “finalidade longa” que se espera de todo o decidir judicativo e que se traduz na realização da paz judiciária.<sup>13</sup> Todavia, pensamos que a realização da justiça, nas suas mais diversas dimensões, só é verdadeiramente possível no quadro de uma efectiva Justiça Política, verdadeiro continente dos direitos humanos, na fundamentada opinião de Stamatios Tzizis.<sup>14</sup> A esta luz, Gomes Canotilho, sem desmerecer a relevância devida à garantia constitucional de acesso dos cidadãos à justiça, exprime o seu receio de que o “direito de acesso” possa servir apenas para *hipocritamente tranquilizar as consciências*, em face das decisões ilegais e arbitrárias da Administração que diariamente lesam os direitos dos cidadãos. Por um tão ponderoso motivo, Canotilho propugna que, a montante da garantia do “direito de acesso”, se adoptem processos no sentido de “evitar a lesão dos direitos dos cidadãos”.<sup>15</sup>

Estamos convictos de que uma aproximação efectiva dos cidadãos à Justiça não se torna efectiva apenas com medidas que garantam e concretizem o acesso dos cidadãos aos tribunais. Como pudemos fundamentar em estudos anteriores, a nossa tese vai no sentido de que a democratização da justiça terá de estar muito para além do acesso dos cidadãos aos tribunais, em sentido estrito. Tem razão Boaventura quando diz: “não basta uma justiça de proximidade (...). O que precisamos é de uma justiça democrática de proximidade.”<sup>16</sup>

Este postulado de Boaventura, que concita o nosso completo acordo, requer, necessariamente, o livre uso da razão de todos os cidadãos que, de uma ou outra forma, estejam implicados na resolução do conflito judiciário. Referimo-nos, especificamente, a um cabal exercício dos princípios da mediação, da oralidade e do contraditório que têm o seu *forum* privilegiado no debate instrutório e na audiência de julgamento. Estamos

---

<sup>11</sup> Santos 1994: 150.

<sup>12</sup> Santos 2007: 53.

<sup>13</sup> Sobre a “epistemologia da decisão” e conceitos conexos, ver, entre outros, Borges 2005: 165-204.

<sup>14</sup> Tzizis 1991.

<sup>15</sup> Canotilho, prefácio à obra de André 1980:10.

<sup>16</sup> Santos 2007: 57.

em presença de “mecanismos que pretendem assegurar o exercício livre da razão, num espaço onde os *procedimentos* têm por função constringer e regular, mas, igualmente, garantir a plena expressão da retórica jurídica e, nessa medida, [garantir] a democracia no quadro da produção das provas e da preparação de uma decisão justa.”<sup>17</sup>

Importa ter igualmente presente que os procedimentos que enformam o uso da razão de cada um no debate judiciário se justificam, também, pela necessidade de administrar equitativamente o tempo de todas as partes atendíveis no caso. Num Estado de Direito democrático, os cidadãos confiam, de um modo geral, que um terceiro imparcial, colocado na relação de “justa distância” e em representação dos tribunais, enquanto instituições justas, ponha fim ao conflito, defina a medida das penas com equilíbrio e bom senso. Numa palavra, seja capaz de pôr uma pedra sobre a incerteza e, simultaneamente, realizar a paz judiciária.

A aventura democrática da justiça, que tem o seu limiar na garantia do acesso, *stricto sensu*, prossegue no momento em que os tribunais concedem aos cidadãos a liberdade de exprimir livremente as suas razões, em paridade com a dos demais sujeitos implicados no caso, evitando que, sobre o cidadão, recaiam outros constrangimentos que não sejam os que resultam de uma razoável tramitação processual. Os princípios da imediação, da oralidade e do contraditório são, a esta luz, três pequeninas janelas que se abrem, no ordenamento jurídico, da generalidade dos Estados de Direito democrático, para a democratização da Justiça.

Subitamente, a senda da democratização da justiça inflecte para um segundo nível. Só prossegue se o juiz for livre, ele também, de decidir em conformidade com a lei e com o direito e, nessa liberdade, for capaz de produzir uma decisão fundamentada em argumentos que mostrem a sua conformação com a *lex scripta*, com os princípios gerais do direito e com os valores materiais consagrados na Constituição, de modo a que as suas ponderações apareçam, aos olhos de toda a comunidade jurídica, como equitativas e justas. É evidente que, pela sua natureza valorativa, uma tal decisão de justiça, requer cuidados e esforços suplementares de fundamentação racional, na medida em que o juiz não se limita a ser um “operador técnico neutral” nem se basta com a aplicação do dispositivo de modelo inferencial, centrado no silogismo jurídico e nos cânones de interpretação *a pari*, *a contrario*, *a fortiori* e *distinguo*.

Bem diferente e mais laboriosa é a motivação de uma decisão em equidade e justiça, produzida através de ponderações de natureza valorativa que não dispensam o concurso de uma racionalidade argumentativa, como pudemos certificar em *Vida, Razão e Justiça*.<sup>18</sup> A análise de sessenta acórdãos do S.T.J. permitiu-nos constatar que, não só a sua exterioridade constitutiva tem uma estrutura de debate, como também a análise da sua discursividade técnica nos fez perceber que a motivação das sentenças é um exercício, muito laborioso, de racionalidade argumentativa. De facto, só a Justificação, enquanto paradigma de fundamentação racional, se revela capaz de ajudar o juiz a fundamentar racionalmente o discurso com que motiva a sua decisão.

A esta luz, a democratização da justiça não passa apenas pelos momentos privilegiados de debate judiciário (debate instrutório e audiência do julgamento) onde os princípios

---

<sup>17</sup> Borges 1992: 12.

<sup>18</sup> Borges 2005.

da oralidade, da imediação e do contraditório são, como se disse, janelas abertas à participação efectiva dos cidadãos na realização da justiça. Deverá estar também presente sempre que, na apreciação de um caso, o juiz se empenha em produzir uma decisão de justiça e, sem temer fazer ponderações sobre valores, se esforça por conformar o sentido da norma “aos valores materiais que a Constituição proclama”;<sup>19</sup> está ainda presente no decisivo momento da deliberação íntima do juiz e do prévio diálogo “consigo mesmo”, uma vez que terá de presumir sempre a interlocução com o auditório judiciário universal, em função do qual escolhe os argumentos que fundamentam a sua decisão; por último, a democratização da justiça revelar-se-á, de forma mais perene e, porventura, mais politicamente comprometida com a Sociedade, no discurso que motiva as decisões de Justiça.

A motivação, aquando da sua consagração inaugural pelo direito moderno-iluminista, não tinha outra preocupação que não fosse a de controlar os juízes que, para a racionalidade da época, operavam então em “roda livre”, entenda-se, demasiado livre. A obrigação de motivar constituía, pois, um dispositivo de travagem, capaz de garantir a conformidade rigorosa das decisões com a *lex scripta*, isto é, com a dimensão locutória da Lei, visando exclusivamente a segurança jurídica. A motivação judiciária era, então, um instituto exclusivamente intraprocessual ou ao serviço da “justificação interna”.<sup>20</sup> Com o aprofundamento da democracia no ocidente e a evolução do conceito de Estado de Direito para o de Estado Social de Direito, a obrigação de motivar as decisões de justiça passa a impor-se como exigência extraprocessual ao serviço da “justificação externa”. Responde, em larga medida, às aspirações que fazem parte do movimento pela consagração universal dos Direitos do Homem, consumada a 10 de Dezembro de 1948. Tenhamos presente que, uma década volvida sobre esta data, em 1958 ressurge, com Perelman e Toulmin, a retórica como que respondendo às exigências de barrar o caminho a uma nova “ruptura totalitária”, ajudando a construir uma Nova Retórica para uma nova cidadania.

No tempo presente a motivação judiciária é um dispositivo fundamental para a democratização da justiça, na medida em que: garante o respeito efectivo pelo princípio da legalidade nas decisões de justiça; garante a independência e imparcialidade dos juízes; presta contas, perante a comunidade jurídica (que somo nós todos), garantindo que o poder excepcional detido pelos tribunais é exercido em conformidade com as regras que são próprias ao exercício democrático do poder.

Do nosso ponto de vista, não é possível falar em “democratização da justiça” no quadro de uma racionalidade dogmática de modelo cartesiano, servida por um dispositivo de modelo inferencial, tão ao gosto do positivismo jurídico estrito. Acima de tudo, porque uma razão que convence e opera pela submissão dos espíritos à força constringente das suas razões.<sup>21</sup> Ora o fundamento das razões de uma decisão em Justiça, em caso algum pode ter a força constringente de uma evidência, sobretudo porque a decisão terá de ter em conta ponderações, juízos de valor, como acontece sempre que se avalia a intensidade do elemento subjectivo do dolo ou da culpa. Só

---

<sup>19</sup> Sousa 1993: 15.

<sup>20</sup> Sobre as noções de “justificação interna” e “justificação externa” no discurso jurídico, ver Alexy 1994.

<sup>21</sup> Borges 2005: 178.

uma racionalidade prática, situada, pelo seu estatuto epistemológico de *techné*, num lugar intermédio entre a apodicticidade e a mera sugestão, terá a capacidade para legitimar racionalmente o discurso jurídico-judiciário, uma vez que este se não pode dissociar dos valores materiais consagrados na Constituição, entre os quais pontifica o próprio valor da “Justiça” aqui sob análise. Por este conjunto latíssimo de razões, não se compreende bem quais sejam as razões que têm obstado a que as Faculdades de Direito incluam, nos curricula dos seus cursos, a disciplina de Retórica Jurídica.

O mais pequeno dos ganhos a obter com a introdução de uma tal disciplina no ensino do Direito, poderia ser o de conseguir um novo olhar sobre esse “público de profanos”,<sup>22</sup> para usar a sugestiva designação de Habermas, uma vez que, sendo a instância que profere o assentimento que conta no jogo das estratégias do poder, é também destinatário último de todo o direito realizando.

### 3. O UNIVERSO JURÍDICO E O “PÚBLICO DE PROFANOS”

Dissemos que para haver uma efectiva democratização da justiça não basta garantir a todos os cidadãos o acesso aos tribunais e à justiça, quer facultando aos mais carenciados apoio judiciário gratuito, quer fazendo os tribunais deslocar-se até junto dos cidadãos através de uma “justiça itinerante”. Importa que os tribunais sejam eles próprios democráticos no seu modo de funcionamento, não fazendo acepção de pessoas, em função do grau de instrução ou da situação económica de cada um, em todos reconhecendo a mesma condição de sujeitos de direito. Justamente porque é da própria natureza do “espaço público” democrático não excluir ninguém e os tribunais não podem dar-se a si próprios um lugar à margem das regras por que se rege uma sociedade democrática.

Tomemos, como limiar desta reflexão, as seguintes palavras de Habermas: “tal como o mundo vivido no seu conjunto, o espaço público reproduz-se também ele através da actividade comunicacional, sendo suficiente o conhecimento de uma linguagem natural para nele participar; importa [ao espaço público] que a prática quotidiana da comunicação esteja ao alcance de todos.”<sup>23</sup> Todavia, o próprio autor reconhece que o acto de dominar uma língua natural requer o uso e aperfeiçoamento de duas faculdades que nos são co-naturais: a primeira, habilita os falantes a interpretar, a compreender e “a fazer compreender o sentido [sempre que] a comunicação é perturbada”<sup>24</sup> e que, se aperfeiçoada, pode tornar-se numa arte a que chamamos “hermenêutica”; a segunda, é a ‘competência comunicacional’ que partilhamos com todos os locutores e que, tal como a primeira, é passível de ser artificialmente desenvolvida até se tornar uma arte, especificamente vocacionada para “persuadir e convencer, em situações em que se trata de dar solução a questões práticas”<sup>25</sup> e que dá pelo nome de retórica.

O surgimento do Estado Moderno pôs fim aos direitos de privilégio, a um direito incerto e irregular e aos encenados “espectáculos da dor”, excrescências do poder

---

<sup>22</sup> Habermas 1997: 387-388.

<sup>23</sup> Habermas 1997: 387.

<sup>24</sup> Habermas 1970: 239.

<sup>25</sup> Habermas 1970: 240.

absoluto do Antigo Regime. Em seu lugar, fez consagrar a igualdade formal de todos perante a Lei, criou um direito uniforme, assente num sistema codificado de leis escritas, que estendeu a todas as latitudes do território. Deposto o poder absoluto do rei, de pronto elege um novo absoluto, a Lei, fonte de todo o direito aplicando. Sob o impulso hegemónico da Escola da Exegese e a pretexto de garantir a segurança jurídica, o sistema jurídico, como um todo, fechou-se sobre si próprio e, à semelhança de um sistema lógico e internamente coerente, cortou cerce toda a possibilidade dialógica no quadro da aplicação do direito, tanto para o juiz aplicador da lei como para o cidadão sobre quem recaía a decisão. A *dura lex* carecia de ser obedecida, não contradita. Mas é para nós muito claro que não há democracia, qualquer que seja o domínio, sem contraditório.

A partir da segunda metade do Século XX, do pós Julgamento de Nuremberga e, já depois, com o surgimento da Nova Retórica, verificou-se uma clara abertura do direito à tópica jurídica, à aceitação dos princípios gerais do direito na interpretação das normas e ao debate contraditório. Todavia, na profundidade do sistema judiciário não parou de crescer o novo monstro da burocratização processual, alimentado pela proliferação de normas jurídicas redundantes e contraditórias entre si, gerando, no seu rasto, uma discursividade técnica selectiva, laboriosamente tecida pela cultura “técnico-burocrática”.<sup>26</sup>

Numa relação inversa, qual “Jangada de Pedra”<sup>27</sup> à deriva, foi ganhando distância uma larga fatia da comunidade jurídica que se sente sem competência hermenêutica e retórica para acompanhar a erudição e tecnicidade do discurso jurídico-judiciário em uso no debate judiciário. A comunicação, entre os profanos à deriva e o continente maciço do judiciário, fica por conta do labor de uma classe profissional de mediadores a quem, pela natureza da sua função, mais interessa alimentar a dissensão que a concórdia, na maior parte dos casos.

Escorado nos resultados obtidos pela investigação sistemática e empírica dos “obstáculos ao acesso efectivo à justiça”, Santos dá-nos conta de que as classes populares se vêm privando do acesso efectivo aos tribunais e à justiça, por três ordens de razões: económicas, sociais e culturais.<sup>28</sup> Concordamos por inteiro com a tese do autor de que a raiz dos três mencionados obstáculos poderá estar na desigualdade económica de base, na medida em que consequência todos os demais. Pensamos, todavia, que a causa eficiente das desigualdades no acesso à justiça reside, pela sua natureza fracturante, nos obstáculos de ordem cultural que se manifestam na falta de competência hermenêutica e retórica dos cidadãos e na consequente incapacidade para, em discurso directo, reconhecer a natureza jurídica do seu caso e, em sede própria, exercer publica e livremente a sua razão.

Melhor se compreenderá a errância do “público de profanos” face à Justiça, se às razões económicas, sociais e culturais, juntarmos os obstáculos levantados pela “burocracia” dos tribunais que, no limite, radica na cultura do sistema judiciário. Não podemos deixar de convocar, aqui, a célebre correlação de Boaventura entre Retórica,

---

<sup>26</sup> Santos 2007: 66-78.

<sup>27</sup> Título de obra de ficção em Saramago 1986.

<sup>28</sup> Santos 1994: 147.

Burocracia e Violência, enunciada nestes 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.” O autor esclarece 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.”<sup>29</sup>

Tenhamos presente que a “amplitude do espaço retórico” ali referida é para ser entendida como correlata de um “mais amplo e livre exercício da razão”, o mesmo é dizer, de mais e melhor democracia no debate judiciário. Assim elucidados, melhor compreenderemos que a democraticidade do debate decresce na razão inversa em que aumentam os factores de intimidação no ritual, levado à cena na “ribalta do tribunal”, de par com a crescente tecnicidade discursiva do debate.

Todavia, parece-nos sensato reconhecer que as restrições de tempo impostas pela Lei Processual Penal ao livre e público uso da razão, por parte dos cidadãos e em sede de debate judiciário, se justificam pela necessidade de, em equidade, dar voz a todas as partes implicadas no caso. E, porque assim é, os níveis de institucionalização da função jurídica são pacificamente admitidos por quem espera que lhe seja feita justiça. O mesmo se não dirá, nem da burocracia, nem da discursividade técnica. Elas cumprem, na maior parte dos casos, uma função inibidora, indutora de descrença nos cidadãos no que respeita à transparência e lisura do que se passa no quadro da concreta realização da Justiça.

Dissemos já que os princípios da oralidade, da imediação e do contraditório são janelas processuais que abrem para a democratização da justiça. Todavia, algo de complementar e muito decisivo deve ainda ser dito, para que eles não passem de mero “artifício retórico” a consumir, quer no debate instrutório, quer na audiência de julgamento. Perelman e Tyteca designam a argumentação perante um auditório como um “contacto de espíritos.”<sup>30</sup> Interpretando a seu modo esta noção, Bernard Guillemain esclarece: “Trata-se, com efeito, de contacto de espíritos. E este contacto diz respeito à fineza de tocar, farejar, por antecipação as reacções de outrem. É mesmo, numa certa medida, um assunto de moral.”<sup>31</sup> E o mesmo autor esclarece que, a esta luz, a Nova Retórica/Teoria da Argumentação valoriza, antes de mais, a importância do outro, mesmo que para um pensamento solitário; a necessidade de ser ouvido e ser lido, não bastando falar ou escrever em privado; o acto de escutar alguém, uma vez que representa já admitir, eventualmente, o seu ponto de vista; tomar a razão como sendo, essencialmente, argumentação, não se justificando, por isso, a atitude de fechamento sobre si mesmo no “cogito”, pois o pensamento está por essência na segunda pessoa. Tudo quanto se disse implica, nas palavras de Guillemain: dar importância à adesão do interlocutor; uma certa modéstia de quem fala, uma vez que,

---

<sup>29</sup> Santos 1980: 59 e 61.

<sup>30</sup> Perelman et Olbrechts-Tyteca 1992: 18-24.

<sup>31</sup> Guillemain 1960: 6.

como diz Perelman, “o que o orador diz não é palavra de Evangelho”,<sup>32</sup> implica saber que os outros esperam de nós, em vez de ordens, que os consideremos membros de uma sociedade igualitária; e, por último, implica considerar que até as discussões mais frívolas podem constituir um mecanismo social indispensável capaz de contribuir para um bom equilíbrio social.

À luz das palavras de Guillemain e de Perelman, que não são diferentes daquelas que o modelo de argumento em Toulmin sugerem, *A Nova Retórica*, unanimemente valorizada pelo seu contributo para a determinação do estatuto epistemológico da razão prática, no quadro da concreta realização da justiça e da própria justificação interna do raciocínio jurídico, imprime aqui um inesperado impulso ético e pedagógico indutor de uma desejada aproximação entre o “mundo dos profanos” e o universo judiciário. Acredito que juiz algum, na avaliação reflexiva do seu desempenho, enquanto “terceiro imparcial em segundo grau”,<sup>33</sup> dispensará uma única das directivas acima suscitadas por Perelman e Guillemain.

E, todavia, sabemos que a cultura e a prática jurídicas encaminham os magistrados por vias que são, de um modo geral, divergentes daquelas. E, bem vistas as coisas, no reconhecimento da divergência, entre a prática técnico-burocrática e a ética humanista, sugerida por *A Nova Retórica*, encontramos seguramente muitas das razões que inibem os magistrados de terem uma relação mais próxima dos cidadãos, sem que, com isto, se pretenda denegar a necessidade de haver “justa distância” no problemático decidir judicativo. Pensar seriamente na falta de democratização da justiça, deve fazer-nos somar as razões que de uma e outra parte inibem “uma justiça democrática de proximidade”. Na génese desta esperada proximidade está, inegavelmente, o efectivo e recíproco reconhecimento do outro como sujeito de direito, mesmo quanto esteja, episodicamente, privado do exercício de alguns desses direitos.

Nesta capacidade de ajudar a “definir os contornos de uma verdadeira ética da relação social entre os indivíduos, e entre estes e o Estado com as suas instituições próprias”<sup>34</sup> pensamos identificar, muito sinteticamente, os méritos e contributos de *A Nova Retórica* para a democratização da Justiça.

---

<sup>32</sup> Perelman et Olbrechts-Tyteca 1992: 21.

<sup>33</sup> Ricoeur 1995.

<sup>34</sup> Laborinho Lúcio, no prefácio a Borges 1992.

## REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert (1994), *Teoría de la Argumentación Jurídica. La Teoría del Discurso Racional como Teoría de La Fundamentación Jurídica* [*Theorie der Juristischen Argumentation. Die Theorie des Rationales Diskurse als Theorie der Juristischen Begründung*], Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- (1997), *Teoría de los Derechos Fundamentales* [*Theorie der Grundrechte*], Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- ANDRÉ, Adélio Pereira (1980), *Defesa dos Direitos e Acesso aos Tribunais*, Lisboa: Livros Horizonte.
- ARENDT, Hannah (2001), *A Condição Humana*, Lisboa: Relógio D'Água Editores.
- BORGES, Hermenegildo Ferreira (1991), “Prolegómenos a uma análise da Função Específica da Retórica nos Campos Jurídico e Judiciário da Pós-Modernidade”, *Revista de Comunicação e Linguagens (RCL)*, Lisboa: Edições Cosmos, nº 14, pp. 69-87.
- (1992), *Retórica, Direito e Democracia – Sobre a natureza e função da retórica jurídica*, Lisboa: Separata do Boletim do Ministério da Justiça (BMJ), nº 418. Também disponível em: <http://www.bocc.ubi.pt>
- (2005), *Vida, razão e Justiça – Racionalidade argumentativa na motivação judiciária*, Coimbra: MinervaCoimbra.
- CAPPELETTI, M., e BRYANT, G. (1988), *Acesso à Justiça*, Porto Alegre: Fabris.
- CLASTRES, Pierre (1979), *A Sociedade contra O Estado. Investigações de antropologia política*, Porto: Edições Afrontamento.
- DWORKIN, Ronald (1977), *Taking Rights Seriously*, Cambridge: Harvard University Press.
- GUILLEMAIN, Bernard (1960), “Raison et Rhétorique”, *Revue de L'Enseignement Philosophique*, Paris: Bulletin de L'Association des Professeurs de Philosophie de L'Enseignement Public. Fev./Mars, pp. 1-10.
- HABERMAS, Jürgen ((1970), “La prétention a l'universalité de l'herméneutique”, *Logique des sciences sociales et autres essais*, Paris: PUF, 1987, pp. 239-273.
- (1978), *L'Espace Public – Archéologie de la Publicité comme Dimension Constitutive de la Société Bourgeoise*, Paris: Payot.
- (1987), “Vers la problématique de la rationalité”; e “Rationalité, une définition provisoire du concept”, *Théorie de l'agir communicationnel*, Paris: Librairie Arthème Fayard.
- (1997), *Droit et Démocratie. Entre faits et normes*, Paris: Gallimard, pp. 387-393.
- PEERELMAN, Chaïm, et OLBRECHTS-TYTECA, L. (1992), *Traité de L'Argumentation – La Nouvelle Rhétorique*, Bruxelles: Éditions de L'Université de Bruxelles.
- PERELMAN, Chaïm (1990), *Éthique et Droit*, Bruxelles: Éditions de L'Université de Bruxelles.
- (1979), *Logique Juridique, Nouvelle Rhétorique*, Toulouse: Dalloz.
- RICOEUR, Paul (1995), *Le Juste*, Paris: Éditions Esprit, Diffusion-distribution Le Seuil.
- (2001), *Le Juste 2*, Paris: Éditions Esprit, Diffusion-distribution Le Seuil.
- SANTOS, Boaventura Sousa (1980), *O Discurso e o Poder, Ensaio sobre a Sociologia da Retórica Jurídica*, Separata do número especial do Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, Coimbra: Gráfica de Coimbra.
- (1994), *Pela Mão de Alice. O social e o político na pós-modernidade*, Porto: Edições Afrontamento.
- (2007), *Para uma Revolução Democrática da Justiça*, São Paulo: Cortez Editora.
- SOUSA, António Francisco de (1993), “Estado de Direito – Estado de Justiça”, *Revista Semestral Luso-Espanhola de Direito Público, Estado e Direito*, nº 12.
- TARUFFO, Michele (1977), “Responsabilità Politica del Giudice e Stile della Motivazione”, *Città e Regioni*, n.º 3, Florença: Cooperativa Laboratori Officine Grafiche Firenze.
- TOULMIN, Stephen (1993), *The Uses of Argument*, Cambridge: Cambridge University Press.
- TZIZIS, Stamatios (1991), “De la Justice Hellénique aux Droits de L'Homme de la Révolution française”, *Archives de Philosophie du Droit*, Tome 36, Sirey.

(Página deixada propositadamente em branco)

I  
IMPRESSA DA UNIVERSIDADE DE COIMBRA  
COIMBRA UNIVERSITY PRESS  
U

