

PRÁTICAS DA  
HISTÓRIA

JOURNAL ON THEORY, HISTORIOGRAPHY,  
AND USES OF THE PAST

N.º 9 - 2019



**António Manuel Hespanha  
e a análise do discurso jurídico**

---

**Giovanni Damele**

*Práticas da História*, n.º 9 (2019): 199-208

[www.praticasdahistoria.pt](http://www.praticasdahistoria.pt)

# António Manuel Hespanha e a análise do discurso jurídico

Giovanni Damele\*

Entre os temas que despertaram a atenção e a acuidade analítica de António Manuel Hespanha, a teoria da argumentação jurídica ocupou, sem dúvida, um lugar de destaque. Não apenas porque a análise do discurso jurídico foi sempre, sob todas as suas formas, um dos *leitmotiv* analíticos da obra de Hespanha, mas também porque ele conseguiu interpretar o seu interesse pela análise do discurso no contexto de um compromisso dirigido à construção de uma sociedade aberta e democrática. A atenção dada aos aspetos argumentativos e retóricos das práticas jurídicas e o reconhecimento da centralidade da “questão linguística” estiveram sempre estritamente ligados, em Hespanha, à consciência de que um direito que se quer democrático deve, em primeiro lugar, ser compreensível. Esteja o foco na técnica de redação das leis – a chamada “legística” – ou nas justificações – isto é, nas motivações – das decisões judiciais, é imprescindível que tanto as escolhas lexicais como a estrutura argumentativa contribuam para uma maior clareza para o “leigo” que é, em primeiro lugar, o cidadão. Ainda mais quando o cidadão é considerado como destinatário, direto ou indireto, do processo de aplicação de uma disposição jurídica. Este compromisso tem-se, assim, traduzido não apenas num trabalho de análise, mas também em coerentes escolhas em âmbito académico, como o impulso dado por Hespanha aos cursos de análise do discurso jurídico na Faculdade de

\* Giovanni Damele (giovanni.damele@fcsh.unl.pt). Instituto de Filosofia da NOVA (IFILNOVA), Faculdade de Ciências Sociais e Humanas da Universidade Nova de Lisboa, Av. de Berna, 26 C, 1069-061, Lisboa, Portugal.

Direito da Universidade Nova de Lisboa, cursos que ele lecionou e organizou na última fase da sua carreira de docente, convidando colegas de outras faculdades (como o autor deste texto ou o professor Abel Barros Baptista, da Faculdade de Ciências Sociais e Humanas). Mas sobretudo envolvendo nos seus cursos os juristas da “escola de Alicante” de teoria da argumentação (Manuel Atienza, Ángeles Rodenas, Isabel Lifante, Josep Aguiló Regla, Juan Ruiz Manero), o que permitiu que os alunos da licenciatura em Direito tivessem a oportunidade de aprender com alguns de entre os maiores especialistas contemporâneos em argumentação jurídica. Esta escolha didática era, aliás, perfeitamente coerente com a centralidade que Hespanha sempre atribuiu, na formação dos juristas, a uma preparação cultural multidisciplinar e mais abrangente. Um aspeto hoje em dia cada vez mais negligenciado por uma tendência geral para dar prioridade a uma preparação técnico-profissional em detrimento da educação cívica e cultural.

O estudo da argumentação e da retórica sempre desempenhou, na visão científica de Hespanha, um papel crucial. O Direito é, em primeiro lugar, uma disciplina interpretativa. A aplicação do direito traduz-se sempre numa atividade de atribuição de determinados significados a determinadas disposições normativas. E a justificação desta prática interpretativa – prática que coincide, afinal, com o processo de aplicação<sup>1</sup> – deve ser percebida pelo próprio órgão de aplicação – pelos próprios “aplicadores” – em primeiro lugar como uma assunção de responsabilidade. Esta assunção de responsabilidade vai, fundamentalmente, em duas direções. A primeira é a de uma assunção de responsabilidade em relação às escolhas interpretativas individuais. Excluir qualquer forma de “automatismo” na aplicação do direito significa, em primeiro lugar, reconhecer o papel individual do jurista não só como *iurisperitus* – isto é, como especialista do Direito – mas sobretudo como *intérprete* em sentido próprio. É um lugar-comum da ciência jurídica contemporânea considerar que a imagem do juiz como “boca da lei” não será senão um disfarce – construído em torno de uma suposta e impossível neutralida-

<sup>1</sup> António Manuel Hespanha, *Ideias sobre a interpretação*, em *Liber amicorum de José Inácio de Sousa Brito* (Coimbra: Coimbra Editora, 2009).

de – de uma posição fundamentalmente ideológica. Contudo, nem sempre este lugar-comum se traduz numa coerente compreensão das práticas de aplicação do direito. O estudo da retórica e da argumentação pode desempenhar, deste ponto de vista, uma saudável função desmistificadora, levando à luz, através da análise teórica, o inevitável subjetivismo das escolhas interpretativas. Em sede de aplicação jurídica, a atividade de atribuição de significado a uma disposição normativa não é um ato cognitivo mas sim um ato de vontade – uma escolha, precisamente. Sendo assim, a argumentação desempenha o papel fundamental de “verbalização” das opções interpretativas, da sua justificação e, finalmente, permite que elas sejam apresentadas ao juízo da comunidade jurídica e – sobretudo – dos destinatários da aplicação e dos cidadãos em geral. O que nos leva, aliás, à segunda direção: a da assunção de responsabilidade em relação à coerência e à clareza da argumentação. As obscuridades, as redundâncias inúteis, o uso supérfluo não de uma linguagem técnica em sentido próprio mas sim de um linguajar esotérico têm, frequentemente, as características – quando não de uma mera preguiça intelectual – de uma defesa corporativa de uma posição de privilégio do intérprete, que muito mal se adapta às exigências da vida democrática, com o respeito pelos direitos do cidadão.

O interesse pela argumentação jurídica em Hespanha cresceu ao longo destas linhas de desenvolvimento: a de desmistificação e a de um uso “democrático” das técnicas argumentativas. Basta citar, deste ponto de vista, os seus programas de investigação e de ensino dedicados à análise das motivações dos tribunais (em particular dos tribunais supremos e constitucionais), elaborados tanto em Portugal como no Brasil.

Em suma: não existe apenas *um* discurso jurídico; advogados, juizes, professores de Direito, todos “dizem” o Direito, mas de forma diferente; e, contudo, a atividade do “*ius dicere*” não pode e não deve ser reduzida, em nenhum caso, a uma questão superficial, a um mero problema de competências linguísticas ou – no máximo – de domínio de uma linguagem técnica. Mais ainda: o próprio estudo da retórica e da argumentação jurídica não se reduz ao ensino de uma técnica. A própria história deste estudo – da forma como tem sido interpretado ao longo

dos séculos, em contextos jurídico-políticos diferentes – pode ter a capacidade de iluminar pressupostos ideológicos, autorrepresentações profissionais, interpretações da sociedade e da função do direito. É a partir deste ponto de vista transversal e multidisciplinar, a partir do olhar do historiador do direito, que o contributo de Hespanha tem sido particularmente relevante no estudo da argumentação jurídica em Portugal.

Na última edição – ampliada e revista – do seu livro fundamental *Cultura Jurídica Europeia: síntese de um milénio*, António Manuel Hespanha voltava, com adendas, acréscimos, aprofundamentos e esclarecimentos significativos, ao tema do “discurso jurídico”, considerado a partir de uma perspetiva histórica que se queria, ao mesmo tempo, uma história das ideias e uma história das práticas. Significativo é, deste ponto de vista, o capítulo dedicado ao “Modelo discursivo do direito comum europeu”, em que ele concentra a sua atenção, entre outros aspetos, na “utilização da dialética e, especialmente, da tópica” no direito comum europeu entre a Baixa Idade Média e a Idade Moderna. O ponto de vista privilegiado do especialista em história do direito moderno, de um “sistema” jurídico ainda não codificado e caracterizado por um fundamental pluralismo não só das fontes mas também das práticas, permitiu a Hespanha reconsiderar um tema clássico da teoria da argumentação jurídica contemporânea – o da relação entre dialética, retórica e lógica – com uma singular profundidade histórica. Neste sentido, o seu contributo ocupa um lugar de destaque no âmbito da teoria da argumentação jurídica, na qual raramente se conjuga uma abordagem analítica com um ponto de vista historiográfico. Será suficiente, em jeito de exemplo, citar a atenção que dava ao tema da “tópica”. O estudo dos “argumentos” e das “premissas”, que tem dado origem ao desenvolvimento da “ars inveniendi” – isto é, da técnica de “encontrar” *loci* (lugares-comuns) a partir dos quais desenvolver o discurso –, tem-se traduzido, na cultura jurídica europeia moderna, numa panóplia de repertórios, antologias, “tópicas jurídicas”, elencos e categorias infundáveis de *brocarda*. Esta tradição – frequentemente negligenciada pelos juristas como sendo um vestígio de uma conceção desatualizada das práticas jurídicas – transporta consigo um conjunto de opções ideológi-

cas e de hierarquias de valores fundamentais para contextualizar a partir do prisma histórico-cultural determinadas práticas jurídicas, para reconstruir – agora com o olhar do jurista contemporâneo – os cânones interpretativos e argumentativos considerados como “tipicamente” jurídicos, para delinear uma história da autorrepresentação do jurista e do seu papel na sociedade, um tema, este, de grande interesse para Hespanha. O jurista, como o clérigo (com o qual partilha muitos aspetos tanto de índole, poder-se-ia dizer, profissional, quanto na perspetiva do *status*), representa muito bem um exemplo de “intelectual tradicional” que se autorrepresenta como membro de uma “classe intelectual” separada e transversal em relação às classes sociais. O tema – gramsciano – da reconstrução desta autorrepresentação pode, de facto, ser declinado também a partir do estudo destes repertórios tradicionais, inclusivamente das suas características aparentemente mais superficiais (da forma como um advogado ou um jurista se devem apresentar ao público até à forma como devem agir ou à dieta que devem seguir...). Todos estes aspetos podem ser qualificados como “folclóricos”, mas desempenham um papel fundamental na reconstrução histórica do *status* e das funções de uma corporação (e, aliás, não foi o próprio Gramsci a convidar a que não se subestimasse o “folclore”?).

Na *ars inveniendi* característica da tópica jurídica, Hespanha encontrava uma “precisa técnica de investigação” baseada na discussão e na investigação casuística, que servia para “encontrar” as soluções jurídicas “em cada momento”<sup>2</sup>. A estrutura discursiva do direito moderno mostra, de forma evidente, a centralidade da interpretação na aplicação do direito, até a coincidência entre saber jurídico e interpretação, considerada neste caso não como “simples interpretação dos textos” ou como individuação da “intenção do autor histórico do texto”, mas como individuação do sentido “que melhor correspondesse ao contexto em que o texto era aplicado”. Assim, “a interpretação tendia à descoberta, nas palavras da lei, de valores jurídicos que pudessem ser consensuais no

2 António Manuel Hespanha, *Cultura jurídica europeia: síntese de um milénio* (Coimbra: Almedina, 2012), 212.

contexto de aplicação do texto”<sup>3</sup>. Cabe realçar como Hespanha acrescentava à palavra descoberta a palavra “colocação”, bem sabendo – como já referi – que a interpretação num contexto de aplicação do direito não pode ser entendida como um mero ato cognitivo mas, no máximo, como um ato cognitivo (de “cognição” dos significados possíveis) preliminar ao ato de vontade (de escolha de um entre os significados possíveis).

Mas o que – sobretudo – Hespanha encontrava na tradição da tópica da Baixa Idade Média e da Idade Moderna era a clara distinção entre “saberes teóricos” e “saberes práticos” do ponto de vista de uma teoria do discurso que, escolasticamente, distinguia entre *demonstratio e oratio*, entre a demonstração e a retórica como arte (no significado de “técnica”) que visa persuadir o auditório a aceitar uma certa proposição, cujos pontos de partida (premissas) são constituídos por afirmações prováveis, não necessárias, e portanto suscetíveis de discussão. No âmbito dos “saberes práticos”, aqueles “com que orientamos as nossas ações”, os resultados só podem ser “provavelmente corretos, pois nunca se consegue excluir dos atos da vida prática toda a incerteza, que decorre da variedade das situações e dos agentes”.<sup>4</sup>

A influência destas “técnicas” (da *ars inveniendi*, da *tópica*) sobre – novamente com as palavras de Hespanha – “o modo de ser do pensamento jurídico, do ensino jurídico e da literatura jurídica” nos séculos seguintes será enorme. O direito moderno irá sistematizar, num conjunto de repertórios e de “florilégios jurídicos” (*Florilegium iuris* ou *Florilegium Sententiarum Iuris* são títulos recorrentes nesta literatura baseada em compilações, resumos, compêndios e cristalização de *regulae* e de *brocarda*), o pensamento aristotélico medieval, conjugado com a tradição milenar da retórica e da hermenêutica jurídica.

A reconsideração desta tradição retórico-argumentativa – que o racionalismo e a sistematização axiomática da “idade das codificações” queria apagar, substituindo-a por um ideal *calculemos* de pendor leibniziano – tem sido um tema recorrente da cultura jurídica pós-moderna,

<sup>3</sup> *Ibidem*, 213-15.

<sup>4</sup> *Ibidem*, 218-19.

perante as analogias cada vez mais evidentes entre o policentrismo jurídico e a jurisdicionalização ou judicialização do direito contemporâneo e as características do direito da Idade Moderna.<sup>5</sup> Assim, e novamente, Hespanha, partindo de uma análise historiograficamente marcada, voltava a falar ao mundo do direito contemporâneo.

Em primeiro lugar, ele encontrava a tradição da recuperação da retórica<sup>6</sup> e da tópica<sup>7</sup> no contexto da teoria do direito contemporâneo. Afinal, a reação de Perelman, já nos anos cinquenta do século passado, ao logicismo jurídico de autores como Klug ou Kalinowski ia na mesma direção da antiga distinção entre *oratio* e *demonstratio*, embora com novas palavras e novas bases teóricas. É interessante ver como, ainda em *Cultura Jurídica Europeia*, Hespanha discutia essas teorias incluindo-as no capítulo dedicado aos “consensualismos” e colocando-as ao lado das teorias de autores como Rawls ou os clássicos da teoria da ação comunicativa e da ética do discurso (Habermas, em primeiro lugar, Alexy, num âmbito mais estritamente jurídico). Tanto Perelman como Habermas partilham, como ponto de partida, um programa teórico baseado no desenvolvimento de uma alternativa àquele que Perelman definia como o “relativismo radical” do não cognitivismo e do emotivismo ético de cunho analítico e neopositivista. Enquanto Perelman começa por encontrar a solução numa “razoabilidade” alternativa tanto ao racionalismo forte como ao irracionalismo, uma razoabilidade em última análise baseada na persuasão de um ideal “auditório universal”, encarnação de uma ideia de razão contextualizada e inserida na realidade histórico-cultural, Habermas e os seus epígonos desenvolvem a intuição perelmaniana na direção de uma solução procedimental que permita definir os limites de “situações discursivas ideais” que se apresentem como um espaço de discussão das premissas ético-políticas. Essas “situações ideais” desempenham assim um critério normativo, quer como objetivos de um processo de racionalização do discurso prático,

5 António Manuel Hespanha, *O caleidoscópio do direito. O direito e a justiça nos dias e no mundo de hoje* (Coimbra: Almedina, 2009).

6 Chaim Perelman, *Logique juridique. Nouvelle rhétorique* (Paris: Dalloz, 1976).

7 Theodor Viehweg, *Topik und Jurisprudenz* (Munique: C. H. Becksche Verlagsbuchhandlung, 1953).

quer como critérios à luz dos quais é possível avaliar os discursos reais.<sup>8</sup> Por isso, é correto dizer, com as palavras de Hespanha, que estas soluções “tentam encontrar mecanismos de racionalização tendencial dos consensos”. Mas é correto também sublinhar, com ele, o risco que os “consensualismos” fazem correr: o de “fabricar formas de legitimar teoricamente consensos espúrios, mal construídos, pouco inclusivos, tingidos de violência, manipuladores”.<sup>9</sup>

A tópica e a teoria da argumentação partilham a premissa teórica fundamental das abordagens consensualistas. Neste caso, a legitimação de qualquer solução encontrada num âmbito prático – seja ela uma solução política ou uma decisão jurídica – não depende do caráter autoevidente das premissas, mas no consenso prévio e na persuasão final do auditório. No âmbito jurídico, estas abordagens reconhecem o papel central do juiz (ou do jurista) no ordenamento jurídico, na “atividade de achamento ou de declaração do direito”. Aqui Hespanha reencontra, no direito contemporâneo, a tradição dos tópicos: o juiz, “para decidir um caso concreto, lança mão de argumentos [...] disponíveis (princípios doutrinários, precedentes, disposições legislativas, invocação de valores) no sentido de ganhar o assentimento [...] para a solução” das partes, das instâncias superiores da opinião pública. Neste contexto, “a lei é apenas um dos argumentos, cuja eficácia argumentativa dependerá tanto da sua consonância com o sentido concreto de justiça vigente no auditório como do prestígio de que a forma ‘lei’ (e, em geral, a entidade ‘Estado’) aí goze”. A tópica (e a retórica) constituem-se, portanto, “numa crítica ao legalismo [e] ao normativismo, ou seja, à ideia de que a norma geral e abstrata está no princípio de um processo de subsunção que conduziria ao achamento do direito”.<sup>10</sup> Por um lado, continuando a tradição do raciocínio casuístico, a tópica “defende que é o caso, com o seu caráter concreto e situado, que sugere os argumentos ou pontos de vista relevantes, bem como é ele que os permite hierarquizar”. Por outro lado,

8 Giovanni Damele, *Retorica e persuasione nelle teorie dell'argomentazione giuridica* (Genova: ECIG, 2008).

9 Hespanha, *Cultura jurídica europeia...*, 542.

10 *Ibidem*, 543.

ao colocar exigências metodológicas e deontológicas (sempre relativas aos contextos e nunca absolutas), ela tem a ambição de excluir que, no processo de debate, “qualquer consenso possa ser válido”.<sup>11</sup> Contudo, Hespanha conclui, significativamente, o capítulo realçando que é possível que haja “quem duvide dos consensos e prefira assumir claramente a existência de valores plurais irredutíveis na sociedade”. Não me parece indevido entrever, nesta glosa, o seu ponto de vista. É um ponto de vista *lato sensu* realista, muito próximo de uma outra tradição procedimental alternativa à das éticas do discurso (e da sua aplicação no âmbito jurídico), que coloca a tónica não sobre a construção de um espaço discursivo comum ou a delimitação de situações discursivas ideais, mas sim na construção de um espaço institucionalizado e definido normativamente. É a este espaço institucional que cabe reconhecer como condição inevitável a existência de valores plurais irredutíveis na sociedade e permitir a transformação do seu potencial de desagregação social numa dinâmica de confronto e produção de compromissos. Talvez Hespanha encontre, neste ponto, o Kelsen da teoria da democracia, que vê o parlamento como “câmara de compensação” dos conflitos sociais e os partidos como agentes de compromisso. Este espaço institucionalizado inclui – obviamente – tanto a dimensão política como a dimensão jurídica e define as regras de um jogo que – mais uma vez – é jogado discursivamente. Assim, também neste caso, a argumentação (política e jurídica) continua a desenvolver uma função cujo carácter crucial tem sido reconhecido por António Manuel Hespanha a todos os níveis.

11 *Ibidem*, 544.

**REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

Damele, Giovanni. *Retorica e persuasione nelle teorie dell'argomentazione giuridica*. Genova: ECIG, 2008.

Hespanha, António Manuel. *O caleidoscópio do direito. O direito e a justiça nos dias e no mundo de hoje*. Coimbra: Almedina, 2009.

Hespanha, António Manuel. *Ideias sobre a interpretação, em Liber amicorum de José Inácio de Sousa Brito*. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

Hespanha, António Manuel. *Cultura jurídica europeia: síntese de um milénio*. Coimbra: Almedina, 2012.

Perelman, Chaim. *Logique juridique. Nouvelle rhétorique*. Paris: Dalloz, 1976.

Viehweg, Theodor. *Topik und Jurisprudenz*. Munique: C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1953.

**Referência para citação:**

Damele, Giovanni. "António Manuel Hespanha e a análise do discurso jurídico." *Práticas da História, Journal on Theory, Historiography and Uses of the Past*, n.º 9 (2019): 199-208.