

JUSTIÇA E TÓPICA JURÍDICA

Dr. Tercio Sampaio Ferraz Jr.
da Universidade de São Paulo - Brasil

Introdução

O conceito de justiça é, talvez, o mais disputado na literatura filosófica de todos os tempos. Concentra, desde os primórdios do pensamento, as mais acesas controvérsias jurídicas. Definí-lo é uma empresa inesgotável, mas sempre renovada. Em diferentes planos, ora lançada nas dimensões ideais de um alvo ético a perseguir, ora imiscuida na própria existência como uma tarefa constantemente realizada, ora apontada como um dado lógico da axiomática jurídica, a noção de justiça é um tema do qual, dogmática, crítica ou ceticamente, não se pode fugir.

Não é nosso objetivo, neste trabalho, propor mais uma conceituação que venha crescer a literatura jurídica inútilmente, nem realizar um levantamento histórico da sua diversidade conceitual. Não pretendemos, na verdade, tratar da justiça, mas do fato de estar ela sempre presente no espírito humano, o que a torna um tema irrecusável do pensamento. Nosso plano é investigar não só os fundamentos deste fato, mas sobretudo as suas implicações para o direito. Para que, entretanto, esta investigação não se torne uma empresa demasiadamente abstracta, vamos partir de alguns dados concretos da cultura ocidental, tomados, é verdade, numa generalidade às vezes perigosa e simplificadora, mas sempre capazes de delimitar ou circunscrever metodologicamente as nossas ambições.

Justiça e relativismo

Por certo, a dificuldade primeira com que depara aquêles que pretende versar o tema da justiça é o problema da relatividade da sua conceituação. Esta dificuldade revela-nos a mais antiga tradição sofista. "Pois que tais coisas parecem justas e belas a cada cidade, são-nos também para ela, enquanto as creia tais", nos diz Protágoras pela pena de Platão (Teeteto, 167). Nesta mesma época, entretanto, já se desenvolvia a idéia da existência de um critério imutável, universal e absoluto, que se aplica às relações entre os homens. Esta oposição e disputa de 2.500 anos, que ainda não se resolveu, apresenta, no decurso da nossa história, um movimento sinuoso que bem configura o quadro controvérsido das noções de justiça que conhecemos.

Há, nos inquéritos sôbre a justiça, conforme nos faz ver Arnold Brecht (Teoria Política, trad, bras, 1965, Rio de Janeiro, vol. 1, p. 197 ss.), um duplo carácter da relatividade. Existem dois níveis distintos em nossas idéias de justiça. "Ou nosso pensamento se move, rigorosamente, dentro das instituições de nosso atual estado de civilização, a que se pode chamar a idéia (sentimento, sentido) "tradicional" de justiça; ou pode transcender as instituições tradicionais, caso em que podemos falar de uma idéia (sentimento, sentido) "transtradicional" de justiça" (p. 198).

A idéia "tradicional" de justiça assenta-se nas instituições fundamentais, que constituem a base da vida social cotidiana. A justiça é aí relativa a um determinado estado de coisas. Brecht denomina esta relatividade de "primeira potência". A idéia de justiça parece aqui exprimir uma ânsia de "a-justamento" a um estado de coisas aceito. No mundo ocidental, êste estado de coisas se funda em alguns pilares básicos como a monogamia, a família, a propriedade privada, a herança, o contrato. A partir dêles, aceitamos, consciente ou inconscientemente, um padrão determinado de justiça, usamo-lo como base para posteriores ilações, extraindo dêle, mais ou menos amplamente, tôdas as possíveis implicações, aceitamos leis e regulamentos, que conduzem a situações de conveniência e certeza, argumentamos contra "abusos". Em outras palavras, a idéia "tradicional" de justiça é relativa a algo "objetivo", às instituições vigentes.

A idéia "transtradicional" revela uma atitude crítica, na medida em que um "estado de coisas" só será preferido em função de um ou-

tro critério, que lhe é exterior. Temos aqui uma "relatividade de segunda potência", pois o padrão escolhido deixa de se relacionar só com fatores "objetivos", para referir-se a uma convicção ou credo "subjetivo". Estes são múltiplos e variados. Esquematisá-los e ordená-los seria uma tarefa incoerente. Sua delimitação seria já, de per si, estabelecer limites absolutos e negar a própria relatividade que lhes é iminente.

Evidentemente, idéia "tradicional" e "transtradicional" separam-se por uma intenção metodológica, estando, a nosso ver, na realidade, intimamente unidas, em relação de mútua dependência; tôa idéia "tradicional" aponta para uma "transtradicional"; tôa idéia "transtradicional" vale-para uma "tradicional", estabelecendo-se entre ambas uma relação dialética não de anulação, mas de "implicação-polaridade", no sentido que esta expressão toma na doutrina de Miguel Reale (cf. *Filosofia do Direito*, São Paulo, 1962).

Esta relação dialética, parece-nos, traduz um esforço constante e inesgotável para estabelecer valores éticos absolutos e uma ordenação absoluta entre êles, esforço que nos conduz sempre a um impasse. Não é, neste sentido, nossa intenção fazer um inquérito sôbre os valores em geral nem, pelo menos, sôbre os valores éticos, porque sairíamos do âmbito desta investigação, não se podendo prever se chegaríamos a resultados suficientemente concretos para edificar uma teoria dos valores. Por outro lado, devemos precaver-nos da falácia que nos faria crer ser tôda e qualquer investigação sôbre êste tema uma completa impossibilidade, na medida em que o conceito de justiça depende enormemente de fatores, cuja universalidade é sempre discutível. Há, nestes termos, um certo número de indicações de que tôdas as idéias de justiça, tôdas as variedades de pensamento respeitantes a ela possuem algo em comum. Referimo-nos —embora consciente da extrema generalidade e abstratidade dêste dado— ao fato de que o termo *justiça* ou o seu equivalente aproximado existe em tôda parte, de que o anseio humano de justiça é um fator tão universal que ninguém, na vida pública ou privada, pode negligenciar a apresentação de seus atos como justos (ou injustos).

Justiça: tema privilegiado do pensamento tópico

Partimos desta base: justiça é um tema irrecusável. A relatividade da sua conceituação é, entretanto, um dado intransponível. Isto não

significa, porém, que tôda e qualquer conceituação seja boa, nem que tôdas devam ser aceitas simultaneamente, sem discussão. Neste ponto, acreditamos ser necessária uma menção à chamada tópica jurídica, que traz, a nosso ver, uma contribuição reveladora ao problema.

“Eu afirmo que a Verdade é tal como escrevi: cada um de nós é a medida das coisas que são e das que não são, de mil modos entretanto um do outro diferindo por isto mesmo que, para um, umas coisas são e parecem, mas outras, para outro” (Teeteto, 166d). Com estas palavras postas por Platão na boca de Protágoras, cremos estar colocando, embora em outra formulação, o mesmo problema acima proposto. A sofística descobriu desde o princípio a dificuldade de se estabelecer uma linha divisória entre *alétheia* e *doxa*, reduzindo tudo à segunda e proclamando a divergência insuperável das opiniões. Mas descobriu também que os homens se deixam persuadir com frequência pelo discurso e que é sempre possível opor persuasivamente a um argumento um argumento contrário ou tornar mais forte a razão mais fraca. Assim, se o discurso, de um lado, deixa de ser um instrumento de informação, não tendo qualquer sentido epistemológico, êle facilita, por outro, a coexistência humana: tem sentido ético.

Aristóteles, retomando a questão, não sem criticar profundamente o pensamento sofístico, procura restabelecer a distinção entre *alétheid* e *doxa*, ressaltando, assim, a possibilidade do sentido epistemológico do discurso, sem olvidar-lhe o sentido ético.

O conhecimento epistêmico (científico, verdadeiro) é atribuível, segundo o filósofo, ao conhecimento *universal*. A sensação coloca-nos diante daquilo que depende das condições espaço-temporalmente inconstantes. Enquanto o universal não é aí determinado, o objeto sensível permanece incerto (A. Post. II, 19, 100 a 15). O particular, na sensação, é sempre ilimitado, isto é, indeterminado. Dêste modo, o progresso necessário que vai do ilimitado ao limitado mostra-se como a condição constitutiva da ciência. O universal, entretanto, não é como que uma soma ou resumo dos dados da experiência, mas um “limite” (péras), em cuja estabilidade ou determinabilidade repousa a estabilidade da própria experiência (epistême relacionada a stênai). O universal (kathólou), porém, se diferencia não apenas do particular (kath' hékaston), mas também do genérico (koinón) (An. Post. I, 11, 77 a 26 - 31). Pois a generalidade é também uma espécie de indeterminabilidade (ápeiron), e, neste sentido, objeto de um *pensamento retórico* ou *tópico* (Aristóteles diz

"dialético") e não de um científico ou apodítico, estando a ciência, assim, num ponto intermediário entre a particularidade e a generalidade.

Esta diferença entre pensamento apodítico e retórico ou dialético implica, segundo nos parece, a oposição acentuada por Theodor Viehweg entre *scientia* e *prudentia*, entre pensamento sistemático e problemático (cf. *Topik und Jurisprudenz*, München, 1965). A "tópica", como denomina êle o pensamento prudencial, é uma técnica de pensar sobre os problemas, que se desenvolveu no seio da retórica, cuja tradição remonta à sofística e a Aristóteles. Êste estabelecia a seguinte classificação: temos uma *apodítica*, quando a conclusão se obtém partindo de proposições *universais*, verdadeiras e primárias ou delas derivadas; uma conclusão *dialética* é a que se extrai de opiniões; uma conclusão *erística* ou *sofística* é a que se baseia sobre meras aparências de opiniões que não o são efetivamente; finalmente, temos as conclusões errôneas, equivocadas ou deficientes, baseadas em proposições particulares de determinadas ciências. Esta classificação permite não apenas garantir o conhecimento científico ou universal, mas também restaurar o valor da opinião, livrando-a da mera arbitrariedade.

Viehweg fala-nos, neste sentido, de pensamento aporético ou de aporias. A palavra *aporia* expressa a "ausência ou carência de caminho". A *tópica*, enquanto pensamento aporético, é, assim, pensamento problemático. Fundado em Nicolai Hartmann, opõe êle, problema a sistema. Problema, define, é toda questão que, aparentemente, permite mais de uma resposta, e que pressupõe, necessariamente, uma compreensão preliminar e provisória, em virtude da qual algo aparece como uma questão que deve ser levada a sério, para a qual se procura uma solução. Sendo um sistema uma conexão de derivações, deve-se, então, dizer, que o problema se insere num sistema, com o fito de se encontrar sua solução (p. 16). Ora, o modo de pensar *sistemático* parte da totalidade. Nele, a concepção é o primeiro e segue sendo o predominante. Do ponto do vista do sistema, os problemas são selecionados: os que são incompatíveis com o seu ponto de vista são rechaçados e agrupados como problemas mal colocados ou falsos problemas. O modo de pensar aporético comporta-se inversamente. Não se duvida de que haja um sistema nem de que, eventualmente, em seu próprio pensamento, êse sistema esteja em forma latente e seja o determinante, mas não chega a conceber ou captar êste sistema. Assim, do ponto de vista do problema, os sistemas são selecionados, conduzindo-nos, em geral, a uma pluralidade dêles, sem submetê-los a nenhum sistema superior (p. 17).

A primeira vista, percebe-se uma insegurança neste procedimento, onde, aparentemente, a *skepsis* sofista desponta. É possível, entretanto, distinguir não só entre a maior ou menor força de uma argumentação problemática, como também se busca, sempre, um apôio que, de modo fácil, se acha em um *repertório* de pontos de vista já preparados ou dados. Assim surgem os catálogos de tópicos. O procedimento que se utiliza de tais catálogos denomina Viehweg "tópica de segundo grau" (p. 18).

A tópica, enquanto pensamento aporético, visa a assinalar sugestões, a apontar possibilidades, a desvendar caminhos que nos livressem da situação insolúvel. O pensamento tópico é, pois, por excelência, destinado a decidir ou preparar uma ação. Seu campo não é propriamente o da *objetividade*. A objetividade, conforme nos mostra Perelman (*Traité de l'Argumentation*, Paris, 1958), pertence à ciência, ao pensamento demonstrativo e significa a relação unívoca entre uma proposição significativa e o seu significado. O que se pede, no campo tópico, é a "*imparcialidade*", que é, por princípio, uma noção relativa; pois a "*imparcialidade*" se dá, sempre, aqui e agora, ela resulta do embate das opiniões, dentro de uma comunidade determinada. Por isso mesmo, deve-se distinguir entre os aspectos do raciocínio humano que se ligam à *verdade* e os que se referem à *adesão*. O que caracteriza esta última é a dimensão variável de sua intensidade. Na evidência científica, numa demonstração matemática, não há graus de verdade: ou aceitamos ou recusamos o raciocínio. No pensamento tópico, entretanto, justamente porque não se trata da verdade, mas da verossimilhança, pode-se falar em graus de intensidade de adesão a uma argumentação qualquer.

A tópica moderna funda-se, sem dúvida, na tópica antiga, ampliando-lhe alguns aspectos, restringindo outros. O mais importante deles, que se conserva, é a idéia de *auditório*. O discurso tópico só tem sentido para um auditório determinado. A palavra *auditório* tem, evidentemente, um sentido amplo. Também o texto escrito tem o seu "auditório". O importante aqui é ressaltar o caráter *dialógico* do pensamento tópico. Este implica o estabelecimento de quadros (*tópoi*) que sirvam de pontos de referência. Implica ademais que os participantes da argumentação ou os seus destinatários se achem dispostos a ser convencidos. Implica também que há alguma coisa que tem de ser discutida. Implica igualmente que quem desenvolve a argumentação tem de levar em consideração as reações dos que escutam. Em suma, o pensamento tópico é um

diálogo, uma discussão. Ao contrário, um sistema dedutivo, um pensamento apodítico constitui um monólogo.

O discurso monológico caracteriza-se, a nesso ver, pela aceitabilidade indiscutível. Um texto científico, por exemplo, uma demonstração matemática, não se discute: ou nos submetemos ou o recusamos. Ele pressupõe, portanto, de parte de quem o recebe, uma submissão imposta pela evidência. O discurso monológico exige a submissão, a submissão dá-se a ele. Cientistas, neste sentido, nunca dialogam, mas polemizam - contra a evidência não se argumenta. O discurso dialógico, ao contrário, pressupõe a argumentação. Nunca é evidente. Pode ser muitas vezes persuasório. Não impõe nem exige qualquer submissão. Só subsiste, portanto, quando as partes se aceitam mutuamente. Assim, os discursos platônicos são diálogos com seus discípulos, monólogos em relação a Heráclito. Assim, o discurso da Igreja na sociedade medieval pode ser considerado dialógico. Ele deixa de sê-lo a paritr do momento em que a fé não mais é algo a que se adere, para ser algo a que se submete (ou que se impugna). Isto é, no momento em que a fé tem de ser imposta, o discurso passa a ser monológico.

Sob êste ângulo poder-se-ia ver ainda a distinção rousseauniana entre a vontade geral e a vontade de todos. A vontade geral é a que existe no conjunto dos cidadãos dos homens que renunciaram a todos os seus direitos em favor dêste conjunto constituído por êles mesmo, depois do Contrato. A vontade de todos, em oposição, é a soma das vontades particulares. A primeira visa ao interêsse comum; a segunda, ao privado. Pois bem: a sociedade onde impera a vontade de todos é uma sociedade do monólogo; aquela onde predomina a vontade geral é a do diálogo.

A justiça é um típico tema do pensamento tópico. O discurso sobre a justiça é, pois, eminentemente dialógico. Assim já o determinara Aristóteles. Para êle, a justiça, enquanto forma do mundo político, não é - como entenderia Kant - sua condição de possibilidade, mas sua atualização. Não é um dado externo, mas imanente. Não é um dado separado de uma realidade caótica. A forma abstraída da matéria não é, para Aristóteles, um dado do ser. Enquanto componentes reais do ser, matéria e forma não são como partes do ser. A prova está em que não podem ser dissociadas físicamente: não é possível concebir un ser fisicamente existente só de matéria, sem forma (Met. Δ , 3, 1014 a 26; Fis. II, 2, 194b19). O mundo político há de ser necessariamente um mundo "informado" de justiça, sob pena de deixar de ser o que é. A justiça é forma. A forma

é aquilo que nós vemos da coisa, o que nela há de mais manifesto. Por outro lado, é também o que há de mais obscuro, mais aporético, na essência. Isto significa que a forma é o que se deixa manifestar mais claramente no discurso, isto é, é simples descrevê-la; mas é e permanece obscura sua relação com a matéria. Por isso, diz Aristóteles, *a forma é o tema privilegiado do discurso dialético* (tópico, dialógico) sendo a definição dialética, por oposição à verdadeira definição física, a que se atém à forma e renuncia ao conhecimento de que matéria esta forma é forma. Esta é a razão pela qual, se é claro para Aristóteles que a justiça é uma igualdade proporcional, a relação disto com a realidade permanece extremamente obscura. Por isso mesmo todo o texto do capítulo V da *Ética Nicomaquéia* é um texto que se estrutura no descobrimento e manipulação das premissas, na diferenciação das diversas determinações categoriais e no esclarecimento da equivocidade das expressões da língua, no descobrimento das diferenças de gênero e espécie, no descobrimento das semelhanças entre os diversos gêneros, segundo o procedimento descrito nos *Tópicos*, I, 13 - 18.

Não faltam, na história do pensamento, exemplos de filósofos e juristas que tentaram dar à justiça um tratamento monológico. Entretanto, a própria natureza do objeto lhes destruiu sempre a pretensão. A justiça não é um objeto dotado de uma racionalidade apodítica. Sob o ponto de vista exclusivo do ato humano, êste será qualificado como justo, se se adequa à aplicação correta de uma regra. Todos aqueles aos quais se aplica a mesma regra devem ser tratados da mesma maneira, sejam quais forem as consequências. A regra é a igualdade. De todos os postulados da justiça, talvez o mais universal dêles, mas também o mais abstrato e formal, é o da igualdade. A exigência de igualdade é um dos mais antigos princípios da convivência. Estampada já na famosa lei de Talião, ela recebe com Aristóteles uma formulação decisiva. A noção de justiça como igualdade proporcional, que se realiza na forma da proporção aritmética e geométrica, representa a esquematização de uma idéia central que orienta e informa, até hoje, o pensamento jurídico da cultura ocidental (cf. nosso trabalho "La noción aristotélica de justicia" in "ATLANTIDA", vol. VII, nº 38, Madrí, março-abril de 1969, p. 166 ss.).

A igualdade perante a lei é uma peça fundamental no jôgo político, postulado elementar nas mais diversas formas de democracia. Pois bem: qual é a razão que nos conduz a pensar na igualdade sempre que levamos um problema de justiça? Esta é a pergunta colocada pelo jurista Edmond N. Cahn em seu livro "The sense of injustice" (New York, 1949,

p. 24). Curiosamente nos fala êle de um "sentimento injustiça" e não de "justiça". Na sua opinião, o "sentimento de injustiça" não é apenas condição de possibilidade de qualquer ordenamento jurídico, pois a mera pressuposição lógica não pode explicar a razão pela qual nos insurgimos às vêzes tão violentamente contra um tratamento desigual para partes iguais. Mais do que um pressuposto teórico, temos aí algo enraizado na própria natureza humana, uma espécie de reação resultante de indignação, de intimidamento, de choque, de ressentimento e de fúria uma reação de natureza fisiológica. Para Cahn, o "sentimento de injustiça" parece, pois, como uma *mistura de racionalidade e emotividade*. A natureza humana é, assim, de tal modo construída, que diante de qualquer injustiça que fira alguém, o ser humano é capaz de senti-la como diretamente endereçada a si mesmo, provocando-lhe um desejo incontido de restabelecer uma situação de equivalência.

Max Scheler, diante da mesma questão, afirma ser a moderna teoria da igualdade o resultado explícito do "ressentimento". Por de trás dela vê êle o desejo de espezinhar, de rebaixar aquêle que está em posição superior ("Das Ressentiment im Aufbau der Moralen". Ges. Werke, Bd. 3, p. 121): "a exigência de igualdade é sempre uma especulação à baisse".

Bem fundamentada e bastante significativa nos parece, a propósito, a opinião de Helmut Schoeck, em seu livro "Der Neid, eine Theorie der Gessellschaft" (Freiburg- München, 1966, cap. 14). Schoeck vai buscar as fontes da justiça, enquanto sentimento de igualdade, na *inveja*. Em longa argumentação tenta êle mostrar a relação existente entre a inveja e própria vida social. A seu ver, "ser humano" é, em boa parte, equivalente a "ser invejoso", não podendo subsistir nenhuma sociedade que faça depender sua organização da inveja. Por outro lado, a fôrça civilizadora de uma sociedade depende também da sua capacidade de domar, de canalizar a inveja. Nós diríamos, racionalizá-la. E', nestes têrmos, que a inveja vai aparecer, na sua teoria, com uma função positiva no surgimento do sentimento de justiça enquanto exigência de igualdade.

Em geral, afirma Schoeck, todo cidadão, na moderna democracia, aceita como pressuposto indiscutível a igualdade perante a lei. Seu direito (subjetivo) à igualdade lhe é assegurado através da inveja de seus concidadãos em relação àqueles que, por meio de um tratamento eventualmente desigual, de algum modo obtenham uma vantagem ou possam obtê-la. Esta igualdade, que se pressupõe sempre respeitada, cria assim

um amplo campo de ações para o indivíduo, no qual êle se sente seguro. A inveja, enquanto um órgão vigilante, tem aqui, a seu ver, um efeito positivo, que possibilita mesmo a construção do ser social (p. 255).

A pressão da inveja é, entretanto, tão grande que o homem é conduzido, de várias maneiras, a superá-la ou eliminá-la, vale dizer, racionalizá-la. Schoeck vê nos movimentos socializantes—e o socialismo é um processo racionalizante - uma defesa (utópica) contra os efeitos da inveja, uma tentativa de anulá-la. Em sua opinião, porém, o ideal de uma sociedade igualitária está, por principio, destinado ao fracasso. Pois a inveja é um sentimento que não se anula nunca. Além disso - o que lhe parece mais grave - o igualitarismo elimina, na verdade, qualquer possibilidade de *controle* sôbre a inveja. A sociedade igualitária representa, em primeiro lugar, uma perda da dimensão temporal da justiça: esta deve ser sempre *aqui* e *agora* alcançada. Em segundo lugar, a sociedade igualitária destrói a possibilidade de se distinguir entre a "inveja legítima" e a "inveja ilegítima ou vulgar", a que constrói e a que destrói.

A sociedade razoável é aquela capaz de uma atitude franca perante a inveja. Citando Svend Ranulf, mostra êle, por exemplo, que a justiça criminal de uma sociedade se funda na inveja latente de todos contra todos, mas de tal modo que, mesmo aquêle que nada tenha a ver com um delito qualquer, possibilita a revelação do crime, porque se rebela contra uma vantagem indevida. E' o papel do invejoso (inveja legítima ou indignação) como denunciante. Evidentemente, a verdadeira justiça é aquilo que o invejoso nunca é: neutra perante as partes. Mas, de outro lado, ignorar o invejoso ou tentar eliminá-lo torna a vida social (justa) uma impossibilidade.

A teoria de Schoeck estabelece um fundamento "natural" para a tese que nos parece essencial: o conceito de justiça é necessariamente relativo, não é um objeto dado, mas que se constrói, é uma busca e uma concretização constante. Quando se apresentam razões para duvidar-se de uma lei ou norma, sejam essas razões ministradas pela experiência ou pela consciência, dever-se-á desenvolver uma argumentação para justificar a mudança proposta, para justificar a mudança que pareça mais apropriada para eliminar as inconveniências que hajam surgido. Estes argumentos não são coercitivos, não representam uma necessidade compulsiva, mas podem ser convincentes, persuasórios a um grau satisfatório e constituir uma base razoável para se tomar uma decisão. A justiça é, portanto, um objeto do diálogo, isto é, o discurso sôbre a justiça é

necessariamente dialógico. Vale dizer: romper o diálogo é romper a possibilidade da justiça.

Conclusão: Direito e Justiça.

O mundo jurídico é um mundo complexo. Na perspectiva que vimos desenvolvendo, diríamos que qualquer ordem jurídica é um mixto de dialogicidade e monologicidade. Isto é, a jurisdicidade participa tanto do diálogo quanto do monólogo.

Assim, se todo discurso sobre a justiça é sempre dialógico, o discurso sobre o direito tem, muitas vezes, a estrutura monológica. Todo direito instaura uma ordem e a coloca fora de discussão. E' este, sem dúvida, o sentido mais profundo da dogmática jurídica. Sua estrutura é impositiva. A lei, em princípio, impõe e exige obediência: não se pode aceitar parcialmente uma lei ou desejar cumprí-la em parte. De outro lado, porém, não se pode ignorar uma certa flexibilidade - em termos de possibilidade de interpretação e discussão - do dogma pré-estabelecido. Em outras palavras, todo jurista sabe muito bem que não há nenhum caso de uma ordem jurídica que não seja *imposta*. Um sistema de normas, que entra em vigor, é, num primeiro momento, um discurso monológico. Daí a idéia de que todos os seus elementos são claros e conhecidos de antemão, de que o sistema é completo e que, portanto, não admite flexibilidade. Entretanto, uma análise mais percuciente revela a inanidade desta concepção. Ela supõe que a regra, segundo a qual se julga, deve ser clara em todos os campos de aplicação possíveis. Isto significaria, de facto, a monologização total no direito. Mas sucede que a escolha da regra pelo juiz não se acha sempre pré-determinada por outras regras da ordem jurídica positiva.

Desde o momento em que, por uma razão ou outra, haja desacordo quanto à aplicação de uma lei, surge o problema da *regra justa*. Assim sucede quando se tem de encontrar, dentro do conjunto do direito em vigor, a regra precisa, aplicável ao caso concreto. Sucede também quando se trata de suprir o silêncio da lei e de julgar por equidade. Ou quando nos opomos à lei positiva, invocando preceitos de outras ordens, regras morais, normas religiosas, direito natural, que são, todos, caracteristicamente, *topos* do pensamento problemático. Nestes casos, o juiz que atua dentro dos quadros de uma sistema jurídico determinado, se pre-

cupa com a *ratio juris*, com a finalidade da regra particular ou com a finalidade do sistema jurídico em seu conjunto. A função do juiz não se limita, pois, à dedução formal: o juiz encarna o direito vivente.

Em conclusão: se o direito tem, especificamente, uma estrutura monológica, enquanto direito justo, êle é um mixto de monólogo e diálogo. Um sistema jurídico qualquer, pode, nestes termos, aproximar-se mais ou menos de estrutura monológica, embora nunca chegue a instaurá-la totalmente. Assim, por exemplo, quando o Estado tenta substituir a jurisprudência pela atividade legislativa, caso comum em muitas ditaduras, onde as dúvidas surgidas na aplicação da lei são subtraídas à apreciação judicial e resolvidas por uma nova lei, estamos nos aproximando de um modelo monológico, em que a justiça é, conseqüentemente, minimizada.

A monologização total, entretanto, nunca se realiza. Daí uma dupla impossibilidade de reduzir-se o mundo jurídico ao mundo da ciência, do discurso monológico, ou de reduzi-lo, ao contrário, ao não científico, ao discurso dialógico.