

Milner S. Ball, *Lying Down Together: Law, Metaphor, and Theology*, Madison, Wisc., University of Wisconsin Press, 1985.

James Boyd White, *Heracles' Bow, Essays on Rhetoric of the Law*, Madison, Wisc., University of Wisconsin Press, 1985.*

Entendida como a arte da persuasão pela argumentação, a retórica é uma das mais enraizadas tradições do pensamento ocidental. Como todas as grandes tradições, passou por períodos de grande esplendor e períodos de quase total ofuscamento. Disputou sempre o proscénio do conhecimento erudito com uma outra tradição importante, a da demonstração científica pela prova irrefutável e pela lógica apodítica. A revolução científica dos séculos XVI e XVII marca o início de um longo período em que a disputa se decidiu contra a retórica. Desde as ideias claras e simples de Descartes e da demonstração pela experimentação de Bacon, até às várias formas de positivismo no começo do século XX, que a retórica é decididamente afastada do novo território soberano da racionalidade científica.

O direito foi sempre uma das áreas favoritas da retórica. Na Idade Média, os estudantes de retórica exercitavam as suas capacidades de argumentação, advogando a favor das partes litigantes em processos judiciais simulados. Contudo, as fortes correntes culturais estimuladas pela racionalidade cartesiana foram gradualmente invadindo a cultura e a prática jurídicas. O movimento de codificação do século XIX e o concomitante positivismo jurídico conduziram ao abandono total da retórica jurídica a favor da ciência jurídica, a dogmática jurídica.

* Esta recensão foi originalmente publicada na *History of Human Sciences*, vol. 3, n.º 3 (1990), 467 e ss. Agradeço à Dr.ª Teresa Lello a sua cuidadosa tradução para português

O nosso século foi o século da diáspora da retórica. Durante uns tempos, o conhecimento provável resultante da argumentação razoável parecia irreversivelmente ultrapassado pelo conhecimento exacto fornecido pela prova científica. A partir da década de 1960, porém, o triunfalismo da racionalidade científica, concebida nesses termos, tem sido acusado de prematuro e equívoco *ab ovo*. De Einstein a Prigogine, e de Hiroshima a Chernobil, as condições teóricas e sociais da crise da ciência moderna têm vindo a acumular-se. Mais recentemente, este estado de coisas atingiu o auge ao conceber-se o nosso tempo como a época da transição paradigmática da ciência moderna para a ciência pós-moderna. Em todo este processo, a retórica foi redescoberta e revalorizada. Concluiu-se que o discurso científico está repassado de artifícios retóricos (retórica na ciência). Num plano mais profundo, concluiu-se que o conhecimento científico partilha algumas características determinantes com o conhecimento retórico (ciência como retórica).

No domínio do direito, onde a ortodoxia positivista nunca atingiu total hegemonia, o movimento revisionista foi mais nítido e mais forte. É particularmente elucidativo acompanhar o seu aparecimento e desenvolvimento num contexto onde a ortodoxia positivista foi especialmente arrogante, a dogmática jurídica alemã. Veja-se, por exemplo, Theodor Viehweg (*Topik und Jurisprudenz*, 1953), K. Engisch (*Einführung in das juristische Denken*, 1959), Josef Esser (*Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*, 1970), ou Robert Alexy (*Theorie der juristischen Argumentation*, 1978). Movido por preocupações filosóficas mais amplas, o *caput scholæ* Chaim Perelman, que na década de 50 tinha escrito um importante ensaio sobre o tema *Justice et Raison*, publicou no final da década de 1960 o *Traité de l'Argumentation*, o mais notável compêndio de retórica contemporânea.

As duas obras objecto desta recensão constituem um significativo contributo para o movimento de redescoberta e reavaliação da retórica na ciência e na prática jurídicas con-

temporâneas. Têm muito em comum. Ambas privilegiam a concepção do direito como retórica e ambas consideram a metáfora o principal instrumento da argumentação e da prática jurídicas. Ambas admitem a ilimitada vastidão e as inumeráveis modulações do campo retórico, bem como a natureza analógica do conhecimento que ele possibilita (aumentamos o conhecimento daquilo que conhecemos pior através do conhecimento daquilo que conhecemos melhor). No livro de Ball, o diálogo trava-se entre o direito e a teologia, e no de White entre o direito e a literatura. Ambos se ocupam do direito enquanto sociedade, enquanto política e, sobretudo, enquanto comunidade, embora a este respeito o livro de White seja muito mais vago e ambíguo do que o de Ball. Finalmente, ambos constituem manifestas apologias retóricas da retórica jurídica. Ambos são, de facto, duplamente retóricos: relativamente à natureza daquilo que descrevem e relativamente à natureza dos instrumentos que utilizam nas suas descrições. Ball tem plena consciência disso: "uma das minhas obrigações é persuadir-vos de que é plausível falar-se de direito como meio ..." (p. xiii); "acompanhai-me durante algum tempo e tentarei convencer-vos ..." (p. 94). No livro de White a retórica é tripla. A retórica de Odisseu e Neoptolomeu no diálogo com Filocteto, no capítulo introdutório do livro, não pode ser entendida sem a retórica do diálogo de Sófocles com o público, nem a retórica pode ser entendida sem a retórica do diálogo do autor com os seus leitores ao longo de todo o livro.

No entanto, existem diferenças que devem ser sublinhadas. A meu ver, a mais importante é o facto de a concepção retórica do direito ser apresentada, no livro de White, como uma descrição realista do direito tal como existe e, no livro de Ball, ser apresentada contrapondo a retórica má do presente à retórica boa do futuro.

White começa por nos dar uma interpretação do *Filocteto* de Sófocles porque em sua opinião a peça é um ataque demolidor contra a racionalidade como meio para atingir os fins, a racionalidade instrumental, subjacente à concepção predominante do direito. De acordo com essa concepção, o direito é entendido como um conjunto de normas, instituições e estruturas ou como parte integrante da burocracia do Estado. Esta concepção, afirma White, não apreende a característica mais importante do direito, a actividade retórica e literária, a arte da persuasão que cria e transforma a cultura, a comunidade e o carácter.

Esta "retórica constitutiva" não se limita a converter a causa mais fraca na causa mais forte,

como acontecia com a persuasão "má" dos sofistas. Ela é intrinsecamente uma persuasão "boa", uma atitude ética, uma arte criadora de comunidade onde os outros são um fim e não um meio. Mas em que termos e de que forma, pergunta White, poderemos entender melhor a diferença entre considerar os outros "fins" ou "meios" (p. 5)? Não numa linguagem conceptual ou lógica, responde, mas sim na linguagem da arte. É por isso que a peça de Sófocles nos ensina o que significa tratar alguém como meio ou como fim, com uma clareza, uma inteligibilidade — uma lucidez — e uma força que a argumentação lógica e abstracta sobre essas questões necessariamente não possui. O direito é entendido não como integrando as ciências sociais, mas as humanidades. Na peça de Sófocles, Odisseu e Neoptolomeu são enviados pelos aqueus para obterem de Filocteto, que vive sozinho numa ilha deserta do Egeu, o arco e as flechas de Hércules, sem os quais, de acordo com a profecia, eles não podem conquistar Tróia. Na interpretação que White faz de Sófocles, Odisseu e Neoptolomeu são confrontados com a pergunta arquétipo da "retórica constitutiva": como trazer para a comunidade um indivíduo que se isolou e vive fora dela? A pergunta surge simultaneamente como uma questão prática — qual será a maneira mais eficaz? — e como uma questão ética — qual é a atitude correcta? Apresentam-se, então, três modelos de actuação possíveis: a persuasão "má" através de uma armadilha ou de um estratagema insidioso (*dolos*), o uso da força (*bía*) e a persuasão "boa" e honesta (*peitho*). No fim, a persuasão honesta acaba por triunfar, Neoptolomeu recupera o arco sem ludibriar Filocteto, confessando abertamente as razões que a seu ver podem e devem subjazer à acção comum (p. 14). A racionalidade instrumental, sob a forma de embuste ou de violência, é assim derrotada.

De acordo com White, a peça exprime certas verdades éticas e práticas: "a acção social requer a comunidade e a comunidade nunca pode ser obrigada" (p. 25); "não há nenhum método garantido para atingir os fins quando esses fins requerem a cooperação dos outros, e reconhecer a liberdade e a autonomia do próximo, a única possibilidade real de êxito, é necessariamente conceder espaço para o exercício dessa liberdade e autonomia, segundo formas que não desejamos" (p. 23); "os únicos 'fins' racionais — os únicos que garantidamente podemos aceitar como guias de conduta — são concepções de nós próprios e das nossas relações com os outros, e não situações materialmente descritíveis" (p. 23).

A interpretação da peça de Sófocles no primeiro capítulo do livro é o estratagema retórico de White para apresentar o seu ponto de vista de forma convincente, ou seja, que o direito é muito mais uma retórica constitutiva do que um conjunto de prescrições impositivas ou um sistema de normas institucionalmente estabelecidas e administradas. Esta afirmação é glosada e desenvolvida ao longo da obra como uma forma de conhecimento aliada ao conhecimento artístico (p. 44). Assume-se a defesa da retórica contra a ciência; o direito é reconhecido como cultural e socialmente específico; a Constituição dos Estados Unidos é considerada um texto retórico (p. 41). Apresenta-se uma poética do direito e demonstra-se a semelhança flagrante entre as formas como antigamente se ensinava (e ainda hoje se ensina) a poesia e o direito (p. 107). A natureza da narrativa jurídica, simultaneamente "factual" e "ficcional", é ilustrada com exemplos da *History of the Decline and Fall of the Roman Empire* de Gibbon (p. 139), da *Cresteia* de Esquilo, e do conto de Katherine Anne Porter *Noon Wine* (p. 168).

A teoria de White é eloquentemente apresentada e aumenta o nosso conhecimento do direito e da sua história explorando vias até agora pouco utilizadas. No entanto, provavelmente na ânsia de criar uma comunidade de leitores persuadidos, o autor vai demasiado longe, ignorando (ocultando?) alguns aspectos da história do direito que depois de três décadas de investigação jurídico-sociológica não podem deixar de ser reconhecidos e integrados nas nossas construções teóricas. A persuasão boa de White resvala, às vezes, para a persuasão má.

Embora o programa interdisciplinar proposto por White considere que o direito é sociologia (p. 43), há muito pouca sociologia na retórica do direito de White. Embora ele sublinhe correctamente que uma das qualidades da retórica é "a sua continuidade com o discurso comum e, portanto, com as comunidades reais, os valores reais e a política real" (p. 45), o argumento tem muito pouca "realidade". Consequentemente, a concepção retórica que propõe soa às antigas pretensões de essencialismo e idealismo, já demasiado ultrapassadas para as tarefas que se aguardam da última década do século. Impõem-se, aqui, duas críticas. Em primeiro lugar, mesmo que se admita que a retórica é a natureza essencial do direito, não pode inferir-se, por uma espécie de dedução lógica, que o direito é apenas e sempre persuasão boa. O direito pode também ser persuasão má, isto é, racionalidade instrumental (um meio para atingir um fim) escamoteada no discurso argumentativo. Cabe à

sociologia da retórica do direito investigar em que circunstâncias é que a actividade jurídica é persuasão boa, em que circunstâncias é persuasão má e em que circunstâncias um misto de persuasão boa e má pode ser a forma socialmente mais eficaz. No fundo, White admite que há retórica boa e retórica má: "Vejam, por exemplo, o que a América tem de bom: a actual retórica pública parece considerar que o que ela tem de bom é a produtividade material. Mas, muitas vezes, isso significa desperdício, auto-destruição e desgraça. Para mim o que este país tem de verdadeiramente bom é a sua cultura fundamental de autonomia, independência e generosidade" (p. 45). Aparentemente, o que é bom (retórica boa) para alguns americanos, não é bom (retórica boa) para outros. Por que motivo não há-de acontecer o mesmo quanto à retórica jurídica, com os americanos ou com qualquer de nós?

Em segundo lugar, depois de tanta investigação sociológica, já não é fácil admitir que a retórica seja a essência do direito. Pelo contrário, parece haver provas que demonstram que o direito moderno é constituído por três elementos estruturais — retórica, violência e burocracia —, diferentemente distribuídos por várias áreas do direito que se articulam de formas diversas (covariação, combinação e interpenetração) conforme as condições sociais, políticas e culturais existentes numa determinada comunidade jurídica em determinado momento.

Num artigo que escrevi há alguns anos, onde identificava esses três elementos (cada qual com uma estrutura e um discurso próprios) e as suas principais formas de articulação, sugeri que aquilo a que nas sociedades capitalistas chamamos "direito e sistema jurídico" é um conceito limite que, simultaneamente, exprime e oculta as articulações complexas entre estruturas parcelares e os respectivos discursos. Concluí que a evolução jurídica nos últimos duzentos anos pode caracterizar-se pela retração gradual da retórica e pela expansão gradual da violência e da burocracia (*vide*, "Law and community: the changing nature of state power in late capitalism", *International Journal of the Sociology of Law*, 8 (1980): 381). Esta conclusão baseou-se nos resultados da minha investigação empírica sobre os métodos informais de resolução de conflitos nas favelas do Rio de Janeiro (*vide*, "Law of the oppressed: the construction and reproduction of legality in Pasargada", *Law and Society Review*, 12 (1977): 5-126). Neste primeiro trabalho, converti a retórica, bem como a burocracia e a violência, em variáveis sociológicas, e formulei duas hipóteses: 1/ quanto maior for

o grau de institucionalização burocrática, menor será o espaço retórico da estrutura e do discurso jurídicos (e vice-versa); 2/ quanto mais poderosos forem os instrumentos de violência ao serviço da produção jurídica, menor será o espaço retórico da estrutura e do discurso jurídicos (e vice-versa).

Isto é apenas um exemplo, entre muitos outros, do modo como a sociologia da retórica jurídica pode enriquecer uma concepção de retórica jurídica *enquanto* sociologia. Sem este elemento sociológico, a retórica jurídica *enquanto* política pouco mais será do que uma intenção estéril, por muito meritória que seja (White, p. 128: "fazer uma leitura nestes termos é, de facto, desenvolver um certo tipo de política: não burocrática, mas pessoal; não hierárquica, mas igualitária; não dominadora, mas libertadora").

A este respeito, o raciocínio de Ball é muito mais rico. Em primeiro lugar, ao contrário de White, Ball não está interessado no exercício retórico quotidiano do direito, mas na metáfora primordial que favorece e legitima um certo tipo de exercício retórico quotidiano. Ball vê-se, assim, confrontado com duas metáforas alternativas e está consciente das diferentes sociologias que elas propõem e das diferentes políticas a que dão origem. Em segundo lugar, Ball baseia o seu raciocínio no poder criativo e transformador das metáforas e, conseqüentemente, a sua opção por uma determinada metáfora primordial é necessariamente uma opção explícita por um determinado modelo social e político pelo qual vale a pena lutar.

Ball começa por tecer vastas considerações de ordem epistemológica. Critica a tradição aceite, segundo a qual "não participamos na criação da realidade" (p. 8). Pelo contrário, "se se considerar que os observadores estão desligados [da realidade] — [são] mensageiros passivos e neutros da realidade a que se referem —, muita coisa fica oculta" (p. 8); "a concordância pode ser o correlativo político da teoria da correspondência" (p. 9); "o prejuízo maior é a perda da responsabilidade pelas conseqüências" (p. 10). A retórica é uma ciência criativa. As metáforas são instrumentos da configuração da realidade. O direito e os juristas utilizam diariamente metáforas ("nexo de causalidade", "fala da empresa", "violação", etc.). Mas mais do que isto, o direito pode ser, ele próprio, uma metáfora e, assim, o seu significado social e político irá depender da metáfora primordial.

Segundo Ball, "a metáfora conceptual dominante que nos rege, em grande parte imperceptivelmente — e que é destrutiva ao ponto

de monopolizar a dogmática jurídica —, é: o direito é o baluarte da liberdade" (p. 23). Esta metáfora é destrutiva quer no plano nacional quer internacional porque coloca o direito acima da justiça: "agimos bem, pensa-se, apoiando regimes amigos, postos avançados da legalidade erguidos acima da brutalidade selvática do mundo real da confrontação internacional. Primeiro, as armas, o direito e a estabilidade. A seguir, a economia e os negócios. Depois, o pão. O fim da tortura, os direitos humanos e a justiça ... mais tarde" (p. 27).

De acordo com a metáfora dominante, "o direito é defensivo, adamantino, preter-humano, estático, presunçoso" (p. 27). Cabe, portanto, à teoria crítica encontrar metáforas alternativas "que produzam realidades jurídicas mais adequadas [...] algo mais modesto, desanquilosado, que possa mover-se e circular, que una em vez de desunir" (p. 28). Na opinião de Ball, a metáfora do direito como o baluarte da liberdade tem de ser substituída pela metáfora do direito como um meio de solidariedade humana e deve ser procurada no domínio promissor da água e do ciclo hidrológico.

Como ensaio para a nova metáfora, Ball utiliza o direito público marítimo, das águas e do litoral, já que nos primórdios do direito marítimo moderno surgiu um conflito que aparentemente opunha o direito como meio ao direito como baluarte, conflito esse que se decidiu a favor do primeiro: o opúsculo de Grotius, *Mare Liberum*, de 1609, suplantou o de John Seldon, *Mare Clausum*, de 1618. No entanto, dado que a metáfora do direito como baluarte é dominante nos Estados Unidos, o direito marítimo neste país insiste em considerar o mar e litoral um território demarcado, protegido e apropriável. A seguir aponta as deficiências particularmente graves dessa concepção nesta matéria: "o baluarte desmorona-se em fragmentos incoerentes quando avança para a política e a natureza das águas territoriais" (p. 65). E o mesmo pode dizer-se do direito costeiro, precisamente porque "a natureza abomina fronteiras rígidas. Mais do que uma fronteira, o litoral é uma procissão interligada de mar, praias, ilhas, estuários, prados e florestas. [...] Cede cada dia um pouco, por acção do vento, das ondas e das marés. [...] Ao longo dos tempos, a subida e a descida do nível do mar tem obrigado, firme e constantemente, o litoral a avançar ou a recuar" (p. 93). Com base nestas considerações, Ball reivindica uma nova concepção de propriedade mais adaptada à existência dinâmica da costa, esse vai-vem constante do litoral e das areias, uma concepção de propriedade em que a privacidade esteja dissociada da

posse, da soberania e da exclusão. Um direito da propriedade como meio, em vez de um direito da propriedade como baluarte.

No último capítulo do livro, Ball leva o seu raciocínio ainda mais longe. "Os conceitos metafóricos não vivem isolados, vivem em grupos semelhantes a famílias" (p. 119). A metáfora do direito como baluarte pertence a uma família de metáforas a que Ball chama "Fortaleza América". A metáfora do direito como meio faz parte de uma outra família a que Ball chama "Reino Pacífico". Na construção desta última família de metáforas Ball socorre-se da teologia crítica, inspirada em Dietrich Bonhoeffer, e da teologia sul-americana da libertação.

A teoria crítica proposta por Ball é inovadora na conjugação que faz da teologia crítica, da retórica e da ecologia. Mas tal como acontece com as metáforas que emprega, também ela pertence a uma família de teorias críticas do direito. E é justamente à luz dos resultados destas teorias que teço duas críticas à teoria de Ball. A primeira é uma crítica de carácter epistemológico. A teoria crítica admite hoje em dia que "a natureza" e "o natural" são construções sociais. Ball concorda plenamente, pois considera que "a natureza selvagem é um produto humano, uma construção artificial" (p. 7) e que "não existe nada inerente ao mundo natural que determine as concepções que fazemos das suas possibilidades figurativas" (p. 28). Contudo, quando decide escolher o direito marítimo como exemplo privilegiado e quando decide abordá-lo de uma determinada forma, Ball parece inferir que o objecto empírico (natural) condiciona especificamente a sua construção como objecto social do direito, da política, etc. Nestes termos, aquilo que é válido para um "determinado" objecto empírico, já não o é para outro. Há um naturalismo não assumido no raciocínio de Ball — reforçado por uma consciência ecológica pouco apurada — que impede o seu desenvolvimento linear conforme a obra pretende.

A segunda crítica inscreve-se na mesma linha da que atrás formulei ao livro de White. Ball é, sem qualquer dúvida, muito mais explícito sobre o carácter político das suas afirmações, mas o défice sociológico da sua análise deixa o projecto político muito mais vago do que o autor se dispõe a aceitar. Tanto na *Fortaleza América* como no *Reino Pacífico* há *dentro* e *fora*, há quem faça parte e quem seja excluído. Quem são uns e quem são outros, nos dois casos? Só respondendo a esta pergunta é que o projecto político de Ball se define, ou seja, é que ele se torna verdadeiramente político. Por exemplo, Ball afirma que "os processos judi-

ciais — essas terríveis e dispendiosas máquinas de animosidade — são os primeiros candidatos ao banimento do Reino Pacífico" (p. 132): "a litigação resulta quando do conflito surge união em vez de desunião" (p. 133). Mas o que significa ser banido? Será uma *forma* de litigar? Haverá quem possa ser banido independentemente dos agentes ou dos grupos sociais, da matéria do litígio, das consequências sociais do conflito? Finalmente Ball afirma que "dado não considerar que deva entender-se a paz como ausência de conflitos, não creio que certas formas de desestabilização sejam necessariamente incompatíveis com o Reino Pacífico" (p. 124). Então, quem está autorizado, por quem, a desestabilizar quem, com que objectivos e com que consequências? Será que o final do livro esquece o que ficou dito no início? Poderá o "acto de insurreição" (p. 124) ocorrer sem "a responsabilidade pelas consequências" (p. 10)?

Dado que a tese de Ball é mais complexa do que a de White, a sociologia da retórica jurídica tem de ser, neste caso, complementada por uma sociologia da teologia crítica (por que razão é que a teologia sul-americana da libertação é muito mais "sociológica" do que a sua equivalente norte-americana?). ■

Boaventura de Sousa Santos

John Dumbrell (com um capítulo de David Barrett), *The Making of US Foreign Policy*. Manchester University Press, Manchester e Nova Iorque, 1990. Pp. vi, 254 + Index, £10.95 (pb).

O propósito expresso de John Dumbrell neste oportuno livro — "ocupar-se da perplexidade" que caracteriza as percepções da política externa americana por parte dos estrangeiros — soa demasiado modesto, porquanto o seu estudo irá certamente aproveitar a muitos americanos que se sentem igualmente perplexos quanto à "sua" política externa. O autor atribui essa perplexidade às "ambivalentes tradições e forças" (p. 2) que enformam a definição da política externa dos E.U., e uma boa metade do livro é dedicada à descrição e à análise das instituições que desde meados dos anos sessenta até ao presente têm dado forma à política, a saber, o Presidente e o executivo, o Congresso, os meios ligados à espionagem, a opinião pública, e ainda o poder privado e o poder local. A escolha das instituições por parte de Dumbrell pode surpreender muitos