

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO ESPÍRITO SANTO  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM DIREITO  
MESTRADO EM DIREITO PROCESSUAL**

**ELIAS CANAL FREITAS**

**UMA LEITURA RETÓRICA DA DECISÃO  
JUDICIAL: LÓGICA, ÉTICA E PATÉTICA DO  
PROCEDIMENTO DECISÓRIO NA DOGMÁTICA  
JURÍDICA BRASILEIRA**

**VITÓRIA/ES**

**2016**

**ELIAS CANAL FREITAS**

**UMA LEITURA RETÓRICA DA DECISÃO JUDICIAL:  
LÓGICA, ÉTICA E PATÉTICA DO PROCEDIMENTO  
DECISÓRIO NA DOGMÁTICA JURÍDICA BRASILEIRA**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito Processual da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES), como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.  
Orientador: Prof. Dr. Tárek Moysés Moussallem.

**VITÓRIA/ES**

**2016**

**ELIAS CANAL FREITAS**

**UMA LEITURA RETÓRICA DA DECISÃO JUDICIAL:  
LÓGICA, ÉTICA E PATÉTICA DO PROCEDIMENTO  
DECISÓRIO NA DOGMÁTICA JURÍDICA BRASILEIRA**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito Processual da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES), como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

BANCA EXAMINADORA:

---

PRESIDENTE: Prof. Dr. Tárek Moysés Moussallem (Orientador) (UFES)

---

MEMBRO INTERNO: Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> Cristiane Mendonça (UFES)

---

MEMBRO EXTERNO: Prof. Dr. João Maurício Adeodato (FDV)

## **AGRADECIMENTOS**

Não há absolutamente nenhuma definição do conceito de agradecimento que seja suficiente para emprestar o significado da minha gratidão:

Aos meus pais, dignos de toda conquista que seus quatro filhos alcançam.

Aos meus irmãos, pelo insubstituível companheirismo.

Aos meus amigos, inomináveis, imprescindíveis, pela aliança.

Ao meu mestre da retórica, dedico o canto XXIV-46 do inferno de A Divina Comédia.

Ao meu orientador, pelo impagável voto de confiança.

Aos mestres do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Espírito Santo, pela acolhida e incentivo.

VLADIMIR

Não percamos tempo com palavras vazias. (*Pausa. Com veemência*) Façamos alguma coisa, enquanto há chance! Não é todo dia que precisam de nós. Ainda que, a bem da verdade, não seja exatamente de nós. Outros dariam conta do recado, tão bem quanto, senão melhor. O apelo que ouvimos se dirige antes a toda a humanidade. Mas neste lugar, neste momento, a humanidade somos nós, queiramos ou não. Aproveitemos enquanto é tempo. Representar dignamente, uma única vez que seja, a espécie a que estamos desgraçadamente atados pelo destino cruel. O que me diz? (*Estragon não fala nada*) Claro que, avaliando os prós e os contras, de cabeça fria, não chegamos a desmerecer a espécie. Veja o tigre, que se precipita em socorro de seus congêneres, sem a menor hesitação. Ou foge, salva sua pele, embrenhando-se no meio da mata. Mas não é esse o xis da questão. O que estamos fazendo aqui, essa é a questão. Foi-nos dada uma oportunidade de descobrir. Sim, dentro desta imensa confusão, apenas uma coisa está clara: estamos esperando que Godot venha.

ESTRAGON

É mesmo.

VLADIMIR

Ou que a noite caia. (*Pausa*) Estamos no lugar e hora marcados e ponto final. Não somos santos, mas estamos no lugar e hora marcados. Quantos podem dizer o mesmo?

ESTRAGON

Multidões.

VLADIMIR

Você acha?

ESTRAGON

Não sei.

VLADIMIR

É possível

POZZO

Socorro!

VLADIMIR

O certo é que o tempo custa a passar, nestas circunstâncias, e que nos força a preenchê-lo com maquinações que, como dizer, que podem, à primeira vista, parecer razoáveis, mas às quais estamos habituados. Você dirá: talvez seja para impedir que nosso entendimento sucumba. Tem toda a razão. Mas já não estaria ele perdido na noite eterna e sombria dos abismos sem fim? É o que me pergunto, às vezes. Está acompanhando o raciocínio?

ESTRAGON

Nascemos todos loucos. Alguns continuam.

## RESUMO

O problema da decisão judicial está intimamente relacionado ao funcionamento empírico dos procedimentos da prática forense. Para situar o próprio objeto de pesquisa é preciso partir da dogmática jurídica, compreendida nos seus modelos teóricos analítico e hermenêutico, concentrando-se a atividade intelectual, neste primeiro momento, no *logos*, no discurso jurídico. Uma vez compreendida a dogmática jurídica a partir da tripartição da retórica material, estratégica e analítica, o trabalho se direciona para o âmbito propriamente problemático da investigação: a atuação extradogmática do *ethos* e do *pathos* na composição do conteúdo da decisão judicial. Por meio de uma postura cética, percebe-se que a decisão judicial obedece a certas regularidades que não se limitam ao domínio da lógica. A função de decidibilidade de conflitos é conservada sem grandes perturbações sociais, na medida em que oculta as relações de poder e, simultaneamente, justifica seu conteúdo em bases aparentemente racionais. Perceber o funcionamento da decisão judicial a partir de uma perspectiva empírica não representa um estímulo aos desvios éticos ou técnicos do operador, mas auxilia no controle retórico das estratégias envolvidas na concretização da dogmática jurídica. Toda pesquisa é desenvolvida tomando a retórica jurídica como método, metodologia e metódica e a investigação privilegia um pensar por problemas, motivo pelo qual a dissertação não pretende oferecer respostas, mas ressaltar os problemas da prática judicial na jurisdição brasileira. Assim, a função heurística do modelo teórico é ressaltada, com o objetivo de criar condições para orientar as expectativas diante desse contexto problemático.

**PALAVRAS-CHAVE:** Retórica Jurídica. Dogmática Jurídica. Decisão Judicial.

## RIASSUNTO

Il problema della decisione giudiziaria è strettamente legato al funzionamento empirico delle procedure di pratica forense. Per situare l'oggetto della ricerca è bisogno partire dalla dogmatica giuridica, guardata nei suoi modelli teorici analitico e ermeneutico, concentrandosi la attività intellettuale, in questo momento, nel logos, nel discorso giuridico. Una volta capito la dogmatica giuridica mediante la retorica materiale, strategica e analitica, il lavoro è rivolto al campo problematico della ricerca: la attuazione extradogmatica di ethos e di pathos nella composizione del contenuto della decisione giudiziale. Attraverso un atteggiamento scettico, è chiaro che la decisione giudiziaria soddisfa certe regolarità che non si limitano al dominio logico. La funzione di decisione dei conflitti è mantenuta senza grande disgregazione sociale nella misura in cui nasconde i rapporti di potere e allo stesso tempo giustifica il suo contenuto apparentemente razionale. Comprendere il funzionamento della decisione giudiziaria da un punto di vista empirico non rappresenta uno stimolo di sbagliare la condotta etica o tecnica del operatore, ma assiste nelle strategie di controllo retoriche coinvolti nell'attuazione della dogmatica giuridica. Tutta la ricerca è sviluppata prendendo la retorica giuridica come metodo, metodologia e metodica e la ricerca favorisce un pensare per i problemi, per i quali la tesi non è destinata a fornire risposte, ma per evidenziare i problemi della pratica giudiziaria nella giurisdizione brasiliana. Così, la funzione euristica del modello teorico è sottolineata, al fine di creare le condizioni per guidare aspettative su questo contesto problematico.

**PAROLE-CHIAVE:** Retorica Giuridica. Dogmatica Giuridica. Decisione Giudiziale.

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO .....	8
Capítulo Primeiro: PRESSUPOSTOS EPISTEMOLÓGICOS E AXIOLÓGICOS DA PRESENTE PESQUISA.....	16
1.1 TRIPARTIÇÃO RETÓRICA COMO METODOLOGIA DE PESQUISA E A INVESTIGAÇÃO POR PERGUNTAS OU RESPOSTAS .....	16
1.2 O PROBLEMA DO CONHECIMENTO E A ALTERNATIVA RETÓRICA .....	32
1.3 A LINGUAGEM COMO HABITAT DO HOMEM: A FORMAÇÃO DE CONCEITOS A PARTIR DO CRITÉRIO PRAGMÁTICO.....	42
1.4 VERDADE E CONSENSO NA FILOSOFIA RETÓRICA: A POSSIBILIDADE DE UM CONHECIMENTO CIENTÍFICO .....	49
Capítulo Segundo: SOBRE O CONCEITO DE DIREITO E DE NORMA JURÍDICA NA RETÓRICA JURÍDICA DE JOÃO MAURÍCIO ADEODATO .....	53
2.1 BREVES LEITURAS RETÓRICAS ACERCA DA DOGMÁTICA JURÍDICA.....	53
2.2 TEORIA RETÓRICA DA NORMA JURÍDICA ENQUANTO IDEIA, SIGNO E EVENTO: NOÇÕES GERAIS.....	55
2.3 COMPREENSÃO DOS FATOS JURIDICAMENTE RELEVANTES PARA A POSTURA RETÓRICA .....	58
2.4 NORMA JURÍDICA COMO SIGNIFICADO (IDEIA) .....	69
2.5 NORMA JURÍDICA COMO SIGNIFICANTE (SIGNO).....	75
2.6 NORMA JURÍDICA COMO DECISÃO (EVENTO) .....	83
Capítulo Terceiro: INTERPRETAÇÃO E ARGUMENTAÇÃO NA DOGMÁTICA JURÍDICA DECISÓRIA .....	86
3.1 DO ABSTRATO AO CONCRETO: O CAMINHO DO JURISTA PARA ALCANÇAR O CONTEÚDO QUE LHE APRAZ NA SOLUÇÃO DO CONFLITO INDIVIDUAL .....	86
3.2. SILOGISMO E ENTIMEMA NA CONSTRUÇÃO DO RACIOCÍNIO JURÍDICO: FALÁCIAS E ESTRATAGEMAS TAMBÉM EMBASAM A TESE VENCEDORA.....	89
Capítulo Quarto: PROCEDIMENTO DECISÓRIO: ETHOS E PATHOS E O QUE OCORRE FORA DOS ENUNCIADOS JURÍDICOS .....	93
CONCLUSÃO.....	106
REFERÊNCIAS.....	115



## INTRODUÇÃO

A dissertação pretende investigar retoricamente a decisão judicial. O problema central de pesquisa encontra-se na pergunta: como funciona a decisão judicial? Para responder a essa questão, logicamente, primeiro é preciso assentar o que se entende por “decisão judicial” e em que contexto se opera seu “funcionamento”.

É importante também esclarecer o que não está incluído no objeto de pesquisa. Não se trata de uma pesquisa sobre toda e qualquer decisão jurídica. Estão excluídos, então, os atos administrativos, os atos políticos, as relações tipicamente privadas (obrigações, contratos em geral e demais negócios jurídicos) e quaisquer outras relações jurídicas estranhas ao processo judicial. Eis aí o primeiro corte metodológico de pesquisa: não se investiga decisão jurídica, que até mesmo um caixa de padaria pratica ao receber o valor pelo pão francês vendido ao cliente. Cinge-se o objeto às decisões judiciais, por ora, entendidas como os atos do magistrado no exercício da jurisdição estatal.

Poder-se-ia perguntar se uma proposta tão ampla como a da análise do funcionamento da decisão judicial não estaria, de antemão, destinada ao fracasso, dada a diversidade empiricamente constatável de objetos aos quais nos referimos quando usamos a expressão decisão judicial. Sem dúvidas há um enorme contexto problemático na eleição do objeto de pesquisa, entretanto, parece haver certa necessidade de abordar o problema nem estritamente sob o código lógico-sintático, nem puramente sob a vestimenta sociológica ou psicológica. De certa maneira, os modelos tradicionais de introdução ao direito, com justificável fundamento em Kelsen, para evitar o sincretismo metodológico, concentram-se no método de ciência pura do jurídico. Por certo, foram muito importantes os avanços acadêmicos e práticos a partir dessa perspectiva metodológica pura.

Por outro lado, como adverte Claudia Rosane Roesler (2013) embora o aspecto cognitivo seja relevante, não é predominante, sobretudo ao considerar a função operativa do conhecimento jurídico. Ao que Tércio Sampaio Ferraz Jr (2015) corrobora ao assinalar que, apesar do elogiável esforço heroico de fidelidade à

ciência, Kelsen deixa sem fundamento a maior parte das atividades dogmáticas. Tudo o que se quer dizer, com isso, é que o domínio analítico desse objeto cultural a que se convencionou chamar “direito” não esgota as possibilidades de sua operacionalização. Entender com propriedade o sentido prevalecente do objeto coloca o sujeito em uma posição mais confortável para sua operacionalização. Se aliar a esse instrumento teórico outras estratégias retóricas para sua realização prática, é provável que as finalidades do operador sejam mais bem sucedidas.

Nesse contexto, o *método* de aproximação do objeto é a retórica jurídica, tal como enuncia João Maurício Adeodato. Com suporte em Tércio Sampaio Ferraz Jr (2014, p.4), vale dizer, que “método é um conjunto de princípios de avaliação da evidência, cânones para julgar a adequação das explicações propostas, critérios para selecionar hipóteses”. Portanto, a retórica é o jogo de linguagem que vai orientar toda a estrutura do trabalho.

A hipótese do trabalho é que a decisão judicial não se restringe aos argumentos lógicos do sistema do direito positivo (embora seja um importante mecanismo de limitação do arbítrio decisório do julgador), mas se realiza com apoio em elementos extrapositivos. Essa abertura não esfacela o sistema jurídico positivo, mas o fortalece, na medida em que artificialmente a maioria das pessoas compreenda ser o direito uma “camisa-de-força” contra o exercício arbitrário do poder.

As mais diversas ficções que deram origem ao Estado Democrático de Direito aparentemente convenceram que o poder está domesticado pelas leis. A ideia iluminista de que todas as respostas estão de antemão apresentadas (positivadas) para os problemas futuros catalisou os movimentos constitucionalistas criando as mais diversas instituições como forma de pulverização do poder estatal.

Nessa linha temporal, Tércio Sampaio Ferraz Jr (2014, p.47) ressalta como principal característica do direito positivado o fato de “que ele se liberta de parâmetros imutáveis ou longamente duradouros, de premissas materialmente invariáveis e, por assim dizer, institucionaliza a mudança e a adaptação mediante procedimentos complexos e altamente móveis”.

Sem se delongar no surgimento do direito dogmaticamente organizado, o que se pretende realçar nessa história é que a divisão dos poderes na imensa estrutura orgânica do Estado Contemporâneo não é suficiente para racionalizar/domesticar o exercício do poder. Nem mesmo o Poder Judiciário está isento de sua parcela arbitrária no desempenho da jurisdição. A conquista dogmática de que todas as decisões judiciais devem ser fundamentadas (inegabilidade dos pontos de partida) não é suficiente para obstar a devoradora vontade irracional de quem tem o poder.

Nesse jogo, vários podem ser os jogadores e mais ainda variadas as estratégias. Quem joga o jogo do direito não necessariamente entende as estratégias válidas ou inválidas segundo as regras estabelecidas. Alguns podem simplesmente reproduzir o que lhes foi ensinado, outros podem atuar intencionalmente de modo contrário às regras do jogo, mas há um grupo muito interessante que parece jogar com as estratégias da zona cinzenta entre o lícito e o ilícito, ou melhor, dentro do lícito mas desde que aliado ao juiz que decide quem violou ou não as regras. Logo deve se perguntar, afinal, quem é este “grupo interessante” e quem é este “juiz do jogo”. O juiz, na metáfora, afinal, é a constituição? Ou seriam os magistrados do Poder Judiciário? Ou ainda os legisladores, os governadores? Não é à toa que foi dito existir uma zona cinzenta. De todo modo, quer parecer que o Estado-Juiz é, atualmente, quem decide as regras do jogo, graças à ficção do guardião da constituição. Ora, se o jogo tem regras, nada melhor do que jogar no time de quem está autorizado a interpretar essas regras. Melhor ainda é atuar “no time” como se não existisse isso de time ou equipe, afinal, o árbitro está fora do jogo e não se mistura com os jogadores, correto? Melhor perguntar aos ministros do Supremo Tribunal Federal, especialmente, no momento em que devem decidir se é devido o pagamento de auxílio-moradia aos magistrados. Ora, mas então os árbitros do jogo também jogam o jogo? Será que a decisão que curiosamente obrigou a todos os Tribunais ao pagamento da “verba indenizatória” “prevista em lei” foi tomada unicamente em termos lógico-jurídicos?

O que a lógica não responde, a retórica parece insinuar um caminho. Reitera-se que não há nenhum juízo de valor sobre a lógica enquanto método de estudo do direito. O fato de um método oferecer certos/determinados resultados não quer dizer que seja melhor ou pior, mais ou menos desejável, que os demais. Pelo contrário, a

lógica é bastante útil para controlar o poder, afinal, até na decisão do auxílio moradia os magistrados tiveram que falar alguma coisa de lógica e não simplesmente afirmarem desprovidos de quaisquer fundamentos que é devido seu pagamento. A constatação de que a lógica é insuficiente como critério único de controle decisório já se expressava em Kelsen (2003, p.391), para quem “não há absolutamente qualquer método – capaz de ser classificado como de Direito Positivo – segundo o qual das várias significações verbais de uma norma, apenas uma possa ser destacada como correta”.

Entre um extremo (puro arbítrio/vontade) e outro extremo (puro ato vinculado/racional) existem inúmeras possibilidades. A dogmática jurídica recorta quais são válidas. Dentro desse recorte ainda há uma zona cinzenta entre arbítrio e razão. Por exemplo: decisão sucinta é fundamentada? Em que medida ser sucinto atende ao dogma inafastável da fundamentação? Outro exemplo: decisão prolixa é fundamentada? A linha que divide o válido ou inválido por mais lógica e precisa que seja responde efetivamente o problema? Ou a aparência de que essa linha não só existe como também está bem marcada favorece a atuação estratégica arbitrária?

A Escola da Exegese, curiosamente chamada hoje em dia de “inocente”, estava muito bem intencionada sob o “chavão” de que o juiz é a boca da lei. Será que a proposta era mesmo inocente? E hoje em dia então, superada a inocência, alcançamos o amadurecimento para dizer o que é uma decisão racional? Parece que o mesmo artifício da Escola da Exegese é hoje reproduzido com os tão aclamados “precedentes formalmente vinculantes”. Para a mais nova corrente de processualistas, já experimentados e suficientemente maduros, os precedentes são a melhor ferramenta de racionalização do discurso judicial. Não passaria isso tudo de uma fumaça sob a qual se esconde o mesmíssimo jogo de exercício arbitrário do poder de decisão?<sup>1</sup> Afinal de contas, após incontáveis páginas escritas ninguém responde definitivamente o que é a panaceia *ratio decidendi*.

---

<sup>1</sup> Nesta altura já parece tautológico falar em “poder de decisão” pois não seria todo ato de poder também um ato de decidir? Ou há decisões que não decidem nada? O círculo fica vicioso se perguntar se quem decide por não decidir também não estaria assumindo a decisão de permanecer inerte? Enfim, poder é um termo cuja conotação possui o elemento decisão. Mais adiante será abordado um pouco mais sobre poder, não se pretende aqui expor uma definição do seu conceito.

Aparentemente, o discurso que se estabelece sobre o direito processual (em primeiro nível) e sobre o próprio direito positivo (em metanível) não passa de uma estratégia altamente eficiente que simultaneamente constitui o próprio objeto<sup>2</sup> (retórica material) como convence de que realmente as coisas são assim (retórica estratégica). Nesse ambiente fértil para debates estéreis, o observador está autorizado a simplesmente acompanhar internamente o discurso ou<sup>3</sup> se apropriar estrategicamente desse discurso para alcançar com maior eficiência o poder.

Quer dizer então que o Fórum de Processualistas não necessariamente é para discutir com pretensões acadêmicas o que se deve extrair do novo código de processo civil? Enquanto muitos se apropriam validamente do que deve prevalecer acerca da nova legislação (pontos de contato entre a retórica material e estratégica), os organizadores do “encontro acadêmico” intensificam seu *ethos* perante os “pares” e depois vendem seus livros, cursos e palestras para a maior quantidade de pessoas, numa retroalimentação de que poucos se aproveitam. Cada um cita seu amigo, eu indico o livro dele na faculdade em que dou aula, faço publicidade da seriedade do trabalho dos colegas e somos todos felizes escrevendo pilhas e pilhas de livros que em nada resolvem os problemas da prática procesual. Afinal, que se diga: (i) o que é a *ratio decidendi*? (ii) ainda que convença acerca do que se trata, quem garante que o magistrado vai revelar todas as suas razões de decidir? (iii) ainda que o magistrado revele silogisticamente todas as razões de seu convencimento (princípio do livre convencimento motivado), quem garante que naquele específico caso concreto não há distinções fáticas que afastam sua incidência? (iv) ainda que todos os elementos juridicamente relevantes sejam idênticos no precedente e no caso em julgamento, quem garante que não é a hora especial de superar aquelas razões? A resposta a essas questões não invalida a teoria dos precedentes (apenas uma entre milhares de estratégias para racionalizar o poder), mas ao menos aponta para a insuficiência de modelos teóricos para resolver um problema que parece irremediável: quem detém o poder dificilmente o utiliza de maneira racional e moderada.

---

<sup>2</sup> Não nos esqueçamos que até para alguns dos ontológicos o direito é um objeto cultural, portanto, *construção* do homem e não meramente um *dado* já disponível pela natureza, por deus ou pela razão. Para Tércio Sampaio Ferraz Jr (2015, p. 18) “enquanto para as demais ciências o objeto de estudo é um *dado* que o cientista pressupõe como uma unidade, o objeto de estudo do jurista é, por assim dizer, um *resultado* que só existe e se realiza numa prática interpretativa”.

<sup>3</sup> “Ou” inclusivo, em termos lógicos.

Esta rápida incursão tem a finalidade de melhor situar nossa análise no seu contexto problemático. Ela nos dá uma pequena medida das dificuldades com que nos devemos medir.

A justificativa da pesquisa tem um sentido pessoal e acadêmico. O primeiro, que se justifica pelo corte metodológico arbitrário do tema da dissertação, envolve a reflexão sobre a prática diária de trabalho na produção de minutas de decisão judicial. Justamente por envolver a prática diária forense do autor, sempre houve a renovação das dúvidas e respostas provisórias sobre o funcionamento do ambiente do direito, de modo que o trabalho foi pensado enquanto foi escrito.<sup>4</sup> Nesse aspecto, as vivências imediatas do escritor foram decisivas para a eleição da base teórica e do recorte do problema de pesquisa.<sup>5</sup>

A importância acadêmica diz respeito à insuficiência de modelos teóricos que pretendem esgotar a metodologia jurídica em arquétipos racionais, sem levar em conta a constitutiva parcela da prática forense que não está contida apenas nos autos do processo ou na dogmática analítica da relação jurídica processual, para ser mais preciso. Por alguma razão estratégica da doutrina jurídica, não é acentuado o modelo empírico do direito.

A grade curricular das faculdades de direito, por exemplo, prioriza nitidamente o *logos* do direito e, com muita dificuldade, passa a refletir como a prática jurídica não se exaure na dogmática analítica e hermenêutica, mas se constitui decisivamente com auxílio do *pathos* e do *ethos*, logo, está também fora do *logos*.

---

<sup>4</sup> Para Schopenhauer (2005, p. 5) “há três tipos de autor: em primeiro lugar, os que escrevem sem pensar. Escrevem partindo da memória, de reminiscências, ou até diretamente de livros alheios. Essa classe é a mais numerosa. Em segundo lugar, os que pensam enquanto escrevem. Pensam a fim de escrever. São muito frequentes. Em terceiro lugar, os que pensaram antes de se porem a escrever. Escrevem simplesmente porque pensaram. São raros”.

<sup>5</sup> A escolha da retórica jurídica como base teórica da investigação passa pelo critério a que alude Dietrich Schwanitz (2010, p. 428), em sua recomendação a quem queira adquirir cultura: “o seu primeiro critério de escolha deveria ser que a teoria exerça sobre ele um certo *sex-appeal*, uma determinada atração erótica. (...) Esta constitui um problema para o tratamento das suas vivências, que provoca nele uma tensão por resolver ou que o ocupa no seu íntimo. Se da teoria saltar uma faísca, tal quer dizer: ‘agarra, é esta a tua teoria’. E depois de tudo corre como em todos os outros casos de amor: a teoria é assediada, lisonjeada, observada, acarinhada, observada de todos os ângulos, e já não é perdida de vista. Depois vem a primeira desavença, seguida de crises, recriminações e reconciliações. E tudo acaba em casamento. Tendo chegado a desposar uma teoria, uma pessoa adquiriu o direito de cidadania no país da cultura”.

Assim, o modelo empírico do direito revela que muito além da petição do advogado, da sentença do magistrado, do parecer do promotor de justiça, do laudo técnico do perito, do depoimento da testemunha, muito mais do que todos os textos jurídicos produzidos pelos participantes do processo judicial, há um procedimento que envolve jogos de amizade, troca de favores, corrupção de autoridades e uma gama de influências extratextuais que contribuem e até mesmo definem o resultado do processo, que não podem ser ignorados academicamente.

A partir dessa compreensão, o presente trabalho tem por objetivo investigar o funcionamento da decisão no processo judicial, desde a provocação do Estado Juiz até a efetividade da jurisdição, entendida como resolução concreta de problemas intersubjetivos pela dogmática jurídica estatal moderna.

Daí porque o trabalho não se limita a uma teoria sobre a decisão, mas como teoria para a obtenção da decisão, acentuando-se o caráter criptonormativo<sup>6</sup> que Tércio Sampaio Ferraz Jr anuncia na maioria de seus livros sobre a Dogmática Jurídica, sempre com a insistência de seu ponto prático central, a decidibilidade de conflitos. A relevância prática dessa postura revela o pensamento jurídico como *tecnologia* que dogmatiza pontos de partida para problematizar apenas sua aplicabilidade na solução de conflitos concretos.

Entre as formas/modelos de ver a decidibilidade, pode-se privilegiar a perspectiva analítica, a hermenêutica ou a empírica. A primeira, de certa maneira formalista, visa à sistematização de regras para a obtenção de decisões. A segunda pretende construir um sistema de sentido para a decidibilidade, ressaltando a atividade interpretativa do comportamento humano. Por fim, a terceira encara o ser humano

---

<sup>6</sup> Os enunciados da Ciência do Direito que compõem as teorias jurídicas, têm, por assim dizer, natureza criptononormativa, deles decorrendo consequências programáticas de decisões, pois devem prever, em todo caso, que, com sua ajuda, uma problemática social determinada seja solucionável sem exceções perturbadoras. (FERRAZ JR., 2014, p. 51)

A ciência dogmática cumpre as funções típicas de uma *tecnologia*. Sendo um pensamento conceitual, vinculado ao direito posto, a dogmática pode instrumentalizar-se a serviço da ação sobre a sociedade. Nesse sentido, ela, ao mesmo tempo, funciona como um agente pedagógico – junto a estudantes, advogados, juízes etc. – que institucionaliza a tradição jurídica, e como um agente social que cria uma ‘realidade’ consensual a respeito do direito, na medida em que seus corpos doutrinários delimitam um campo de solução de problemas considerados relevantes e cortam outros, dos quais ela desvia a atenção. (FERRAZ JR. 2015, p.59)

como ser dotado de funções e, por isso mesmo, busca as condições de possibilidade de uma decisão.

Serão abordados os aspectos **lógicos** da decisão judicial, por meio da análise da estrutura da norma jurídica, sobretudo a partir de sua compreensão metódica enquanto ideia, evento e signo. Também a dimensão **ética** será estudada como verificação de como influencia a autoridade de quem enuncia uma proposição jurídica no contexto processual. Igualmente, a **patética** enquanto estratégia do locutor de mobilização dos sentimentos dos ouvintes com objetivo de alcançar os efeitos desejados em sua atuação processual.

Ao adotar a filosofia retórica como marco teórico não se quer aqui defender, de maneira prescritiva, a deliberada utilização do engodo, da mentira, da falácia ou quaisquer outras estratégias “negativas” de como ocorre a decisão judicial. É muito importante lembrar que a percepção dessas artimanhas auxilia os atores processuais a melhor controlar as estratégias procedimentais na condução do processo judicial de solução de conflitos.

Em outras palavras, da *descrição* de como ocorre a decisão judicial (norma jurídica constituída em concreto como desfecho da relação jurídica processual no procedimento retórico) não decorre a *prescrição* de que esta ou aquela é a estratégia que deve ser seguida pelo leitor.

Como bem avaliou Robinson Crusóe (DEFOE, 2011, p.117), em seu profundo isolamento, “todos os males devem ser avaliados junto com o bem que neles se encontram, e comparados com o que lhes poderia ser pior”. No caso, melhor entender os “males” estratégicos que operam sobre o processo judicial do que os ignorar, atitude que poderia ser muito pior para o jurista.



## Capítulo Primeiro: PRESSUPOSTOS EPISTEMOLÓGICOS E AXIOLÓGICOS DA PRESENTE PESQUISA

**Sumário:** 1.1 Tripartição retórica como metodologia de pesquisa e a investigação por perguntas ou respostas; 1.2 O problema do conhecimento e a alternativa retórica; 1.3 A linguagem como habitat do homem: a formação de conceitos a partir do critério pragmático. 1.4 Verdade e consenso na filosofia retórica: a possibilidade de um conhecimento científico

### 1.1 TRIPARTIÇÃO RETÓRICA COMO METODOLOGIA DE PESQUISA E A INVESTIGAÇÃO POR PERGUNTAS OU RESPOSTAS

– “Não sou nada. Nunca serei nada. Não posso querer ser nada.” Assim desabafou, já cansada, a decisão judicial para o decididor. – “À parte isso, tenho em mim todos os sonhos do mundo.”

Antes de situar esse diálogo antigo e desgastado, a título de introdução ao problema de pesquisa é importante assentar os pressupostos retóricos em que se baseia o presente trabalho. Por isso, antes de saber acerca da “decisão judicial”, é preciso esclarecer as teses ou premissas em que se funda o raciocínio da dissertação.

Desde logo, é importante advertir acerca do que se entende por retórica, sendo preciso romper com o sentido pejorativo dado a esta corrente de pensamento ao longo da história.

George Steiner (2003) afirma que, geralmente, sofista ou retórico são termos, cuja conotação<sup>7</sup> envolve argumentos enganadores, habilidade para assumir qualquer um dos dois lados antagônicos com o mesmo entusiasmo, virtuosismo lógico sem substância ou fundamento moral, pura ostentação verbal e eloquência intencional a serviço de quem o usa e, até mesmo, estratégia de sedução e engodo. Há apenas poucas décadas essa tradicional conotação negativa vem sendo reconsiderada.

<sup>7</sup> De acordo com Tércio Sampaio Ferraz Jr (2015, p.17), os termos “conotação” e “denotação” estão ligados ao ponto de vista semântico do signo linguístico. Assim, “denotação (relação a um conjunto de objetos que constitui sua extensão – por exemplo, a palavra *planeta* denota os nove astros que giram em torno do Sol) e conotação (conjunto de propriedades que predicamos a um objeto e que constituem sua intensão – com s, em correlação com extensão -; por exemplo, a palavra *homem* conota o ser racional, dotado da capacidade de pensar e falar)”.

Inclusive, a radical reavaliação histórica dos sofistas conduziu ao que Giovani Reale e Dario Antiseri (2003) designaram como elo essencial na história do pensamento antigo, ao contrário da polêmica introduzida por Platão e Aristóteles de que o pensamento sofístico foi a mais grave decadência do pensamento grego.<sup>8</sup> Assim, a partir do século XX, sofista passa a ser considerado como pessoa sábia, especialista do saber.

Como tese básica do trabalho, deve-se perceber a retórica tal como a formula João Maurício Adeodato<sup>9</sup> (2011): (i) como filosofia não ontológica (busca pela sabedoria, não da verdade); (ii) não apenas como persuasão<sup>10</sup>; (iii) nem como simples ornamento do discurso.

A gnosiologia adotada tem por base as considerações de Arnold Gehlen, Hans Blumenberg, e João Mauricio Adeodato (2011, p.7), pois compreende que todo objeto é composto pela linguagem, ou seja, “o conhecimento é formado por acordos linguísticos intersubjetivos de maior ou menor permanência no tempo, mas todos circunstanciais, temporários, autorreferentes e assim passíveis de constantes rompimentos”.

---

<sup>8</sup> A gravidade e repercussão das afirmações de Aristóteles fizeram com que o próprio Dante Alighieri o tomasse como o mestre de todos nobres pensadores pagãos: “Tomado de respeito, levantei o olhar, pois vislumbrei, por filósofos rodeado, o mestre de todos quantos pelo saber se distinguiram. Os demais o observam e o homenageiam; Platão e Sócrates entre eles eram os que mais próximo do mestre se postavam”. (2009, Canto IV, p. 22)

<sup>9</sup> Sobre a adoção da retórica de Adeodato como marco teórico da dissertação, convém advertir com Schopenhauer (2005, pp. 95-97): “quando lemos, outra pessoa pensa por nós: repetimos apenas seu processo mental. Ocorre algo semelhante a quando o estudante que está aprendendo a escrever refaz com a pena as linhas traçadas a lápis pelo professor. Sendo assim, na leitura, o trabalho de pensar nos é subtraído em grande parte. (...) Porém, enquanto lemos, nossa cabeça, na realidade, não passa de uma arena dos pensamentos alheios. E quando estes se vão, o que resta? (...) A tudo isso soma-se o fato de que os pensamentos transportados para o papel não são nada além de uma pegada na areia: pode-se até ver o caminho percorrido; no entanto, para saber o que tal pessoa viu ao caminhar, é preciso usar os próprios olhos”. A escrita deste trabalho representa, ainda que como as falhas pegadas sobre a areia, a utilização dos próprios olhos do escritor.

<sup>10</sup> Aqui se distancia da concepção de Górgias, para quem a retórica é a arte do discurso para tornar o sujeito apto a falar e convencer as multidões, não por meio da instrução, mas por força da persuasão. Veja este excerto do diálogo entre Sócrates e Górgias: “**Sócrates** – Quer parecer-me, Górgias, que explicaste suficientemente o em que consiste para ti a arte retórica. Se bem te compreendi, afirmaste ser a retórica a mestra da persuasão, e que todo o seu esforço e exclusiva finalidade visa apenas a esse objetivo. Ou tens mais alguma coisa a acrescentar sobre o poder da retórica, além de levar a persuasão à alma dos ouvintes? **Górgias** – De forma alguma, Sócrates; acho tua definição muito boa. A persuasão é, de fato, a finalidade precípua da retórica”. In: Górgias (a retórica), de Platão.

O problema do conhecimento do direito e, mais especificamente, da norma jurídica como decisão judicial também pode ser resumido no questionamento de em que medida uma norma geral e abstrata controla a decisão individual e concreta.<sup>11</sup>

Utilizando aqui a tipologia ideal sugerida por Max Weber, pode-se enfrentar o problema gnosiológico da norma jurídica entre dois extremos: é possível alcançar a única solução correta para o problema individual e concreto, com a eliminação de quaisquer desvios éticos (desonestidades) ou técnicos (incompetências) dos decididores; ou, em outro extremo, a solução concreta é sempre casuística e imprevisível, recheada de interesses e impulsos obscuros de quem decide.

É importante acentuar que não se desconhece a distinção conceitual entre as esferas do conhecimento e da ética, aliás, tão trabalhada por João Maurício Adeodato. Apenas se faz um corte metodológico do problema de pesquisa, porque não se pretende aqui filosofar no seu sentido prescritivo, apontando o caminho da tolerância entre os relatos ou o caminho da verdade ontológica como preferíveis entre as diversas opções axiológicas. Apesar de não ignorar este problema próprio da filosofia jurídica, o presente trabalho pretende investigar com uma visão cética, no sentido de Sextus Empiricus e com base em Pirro (ceticismo pirrônico/pirroniano)<sup>12</sup>, “o que é” e como funciona a decisão judicial.

---

<sup>11</sup> As imprecisões entre os termos “norma” e “decisão” serão corrigidas ao longo do trabalho, mantendo-se, apenas inicialmente, sua vagueza e ambiguidade.

<sup>12</sup> Cf. as diferenças entre ceticismo pirrônico, de Sextus Empiricus, para o ceticismo dogmático, que afirma toda afirmação sobre o mundo é necessariamente falsa. A retórica de JMA segue a primeira linha – p. 330 e ss. Ver também: *Ética e Retórica: Pirronismo, direito e senso comum – o ceticismo construtor da tolerância*.

Nas palavras de Johannes Hessen (1976, pp 41-42): “O cepticismo encontra-se, principalmente, na antiguidade. O seu fundador é Pirrón de Elis (360-270). Segundo ele, não se consegue chegar a um contacto do sujeito com o objeto. À consciência cognoscente é impossível apreender o seu objeto. Não há conhecimento. De dois juízos contraditórios, um é, finalmente, tão exatamente verdadeiro como o outro. Isto significa uma negação das leis lógicas do pensamento, especialmente do princípio da contradição. Como não existem conhecimento nem juízo verdadeiros, Pirrón recomenda a abstenção de todo o juízo. [...] O cepticismo posterior, cujos principais representantes são Enesidemo (século I a.C.) e Sexto Empírico (século II), segue novamente pelo caminho do cepticismo pirrônico”. Aproveitamos o ensejo para citar a seguinte passagem: “Pirro não fundou uma Escola propriamente dita. Seus discípulos ligaram-se a ele fora dos esquemas tradicionais. Mais do que verdadeiros discípulos, eram apreciadores, admiradores e imitadores, homens que buscavam no mestre sobretudo um novo *modelo de vida*, um *paradigma existencial* ao qual se referir constantemente, uma prova segura de que, apesar dos trágicos eventos que convulsionavam os tempos e malgrado o desmoronamento do antigo quadro de valores ético-políticos, a felicidade e a paz de espírito ainda podiam ser alcançadas, quando se considerava até mesmo impossível construir e propor novo quadro de valores”. (REALE e ANTISERI, 2003, p. 302) Fica aqui neste rodapé uma singela

Em brevíssima incursão filosófica, de acordo com Giovanni Reale e Dario Antiseri (2003), o ceticismo de Pirro parte de um fundamento: as coisas em si são indiferenciadas, incomensuráveis, indiscriminadas, razão pela qual não existe verdade certa. Assim sendo, o homem deve permanecer: (i) sem inclinação, indiferente, porque não existe nada que seja digno de interesse e de temor; (ii) sem opinião, ou seja, deve abster-se do julgamento, porque não existem as condições para formular julgamentos verdadeiros; (iii) sem exprimir julgamentos (*afasia*<sup>13</sup>), porque seriam imediatamente desmentidos pelos fatos. Disso decorre a ideia de ataraxia, cujo ideal, para Pirro, seria a “vida mais igual”.

Na história das ideias, esses conceitos foram trabalhados por Sexto Empírico e absorvidos no pensamento de João Maurício Adeodato (2012, p. 407). As duas questões capitais, que situam a retórica deste trabalho, são de perspectiva gnosiológica e axiológica. Primeiro, “o postulado de que um conhecimento preciso do mundo, uma relação inteiramente adequada entre a mente de cada ser humano e os objetos em torno não é possível, o que relativiza de modo intransponível a percepção dos mesmos acontecimentos”. Segundo, “o postulado de que o ceticismo não consiste no desprezo pela justiça nem no abandono de quaisquer parâmetros éticos, mas sim que serve de elemento imunizador contra a intolerância e o dogmatismo”.<sup>14</sup>

É indispensável a advertência feita por Adeodato (2012, p.416) para a compreensão da corrente filosófica cética, pois

---

homenagem ao mestre João Maurício Adeodato que, muito mais do que uma teoria retórica da norma jurídica e do direito subjetivo, trouxe para seus alunos um *modelo de vida* até então desconhecido.

<sup>13</sup> “*Afasia* significa, literalmente, falta de palavra. Do ponto de vista filosófico indica a atitude do não-dizer-nada de definitivo e com valor de verdade. Para os Céticos, esta atitude se impõe como necessária, porque a natureza indeterminada das coisas não permite exprimir-se sobre elas de maneira veritativa e, portanto, é preciso renunciar tanto a afirmar como a negar qualquer coisa”. (REALE e ANTISERI, 2003, p. 303)

<sup>14</sup> Sobre esta postura cética como imunidade contra intolerâncias é pertinente a fala de Bertrand Russell (2012, p.99): “Os cães latem mais alto e estão mais dispostos a morder as pessoas que têm medo deles do que aquelas que os tratam com desdém e, nesses aspectos, o rebanho humano se parece muito com eles. Se as pessoas percebem que você tem medo delas, anteveem uma bela caçada, mas, se você se mostrar indiferente, começam logo a duvidar de sua própria força e por isso tendem a deixá-lo em paz.”

É um erro supor que a filosofia cética duvide de tudo, até da experiência diária, da dor, dos sentidos, achar que ela leve a um estado de *anestesia* diante do mundo. Ao contrário, o pirronismo é uma filosofia mundana, à vontade com o cotidiano. Ela parte do método da suspensão de juízo, ou *epoché* diante do mundo, reconhecendo a *acatalepsia* (inapreensibilidade), a falta de conhecimento seguro no que diz respeito à verdadeira ou essencial natureza dos objetos, a qual leva à *afasia*, o silêncio prudente diante da “natureza das coisas”.

Essa postura cética, em termos literários, também pode ser compreendida como a chave da sabedoria e a chave do bom humor, a que alude Milan Kundera (2014) em sua festa da insignificância. Justamente porque ao suspender o juízo sobre as coisas que estão para nós, até mesmo diante dos horrores, das lutas sangrentas, das piores desgraças, não há nada que nos constranja definitivamente acerca de que existe apenas um significado verdadeiro e acabado disso tudo que nos cerca.

Ao aceitar a multiplicidade de opiniões sobre a realidade, até as contraditórias entre si, todas com o mesmo peso, então, aí sim, podemos ficar aliviados deste peso constrangedor que são as verdades absolutas e intransigentes sobre as visões-de-mundo. O sujeito que percebe a insignificância ali onde ninguém quer vê-la, “olhando para o seu pequeno público, desata a rir, e é um riso tão alegre, tão livre, tão inocente, tão rústico, tão fraternal, tão contagioso, que todo mundo em torno, como que aliviado, também começa a rir”. (KUNDERA, 2014, p.132).

Essa experiência também representa a conquista da felicidade, o que Bertrand Russell (2012, p. 16) afirma ter conseguido alcançar na fase madura de sua vida, justamente quando ficou indiferente acerca de certos objetos de desejo, como, por exemplo, aquisição de conhecimentos indubitáveis sobre o que fosse absolutamente inalcançável.

Nesse contexto, o marco teórico de enfrentamento do problema de pesquisa é o ceticismo retórico, percebido em sua tripartição material (método), estratégico (metodologia) e analítico (metódica), nos moldes propostos por João Maurício Adeodato (2011).

A retórica material “significa considerar que tudo aquilo que se chama de ‘realidade’, a sucessão temporal de eventos únicos e irrepetíveis, consiste em um **relato**

**vencedor**, um fenômeno linguístico cuja apreensão é retórica”. (2011, p.18) Com essa perspectiva concorda Tércio Sampaio Ferraz Jr (2015, p. 225), para quem “a realidade, o mundo real, não é um dado, mas uma articulação linguística mais ou menos uniforme num contexto existencial”.

Nessa linha, não há sentido em perguntar se há algo fora da linguagem, pois o homem é linguisticamente fechado em si mesmo, não conhece nada senão a linguagem em que habita.<sup>15</sup> A “coisa em si” é inteiramente incaptável e nem sequer algo que vale a pena, já o disse Nietzsche (2009).

Isso não quer dizer que a realidade é individualmente criada, mas que “a linguagem expressa o ambiente ensimesmado do ser humano, como que um autismo ou solipsismo mais ou menos coletivo que lhe fornece sua própria realidade”. (2011, p.19)

Em outras palavras, a criação da realidade perpassa uma série de regularidades que são filtradas por **controles públicos da linguagem**, para dizer com Adeodato<sup>16</sup>, não sendo constituída pelo simples querer individual, mas como as **metáforas por longo uso enfatizadas retoricamente**, para dizer com Nietzsche.

Como se da afirmação do sujeito “A” de que existem dragões, duendes ou unicórnios a coletividade percebesse sua existência como algo empírico. Nada contra dragões, duendes ou unicórnios, até mesmo porque não há nenhuma

---

<sup>15</sup> Esta tese em que o trabalho se baseia não escapa também de uma possível problematização, pois aparentemente reconhece que há meios físicos através dos quais a linguagem é transmitida entre os sujeitos, como a tinta sobre o papel, a voz como onda sonora, a claridade da tela do computador, o que será abordado a seguir. Entretanto, o aprofundamento acerca dessa aporia do conhecimento escapa dos limites da presente pesquisa.

<sup>16</sup> Nessa linha, seria equivalente a fala de Tércio Sampaio Ferraz Jr (2014, pp. 155-156) para quem a ideia de **senso comum** como o conjunto de códigos que mediatizam a incomunicabilidade das condutas subjetivamente opacas. Nas palavras do autor: “Senso comum não como faculdade que têm todos os homens – uma espécie de capacidade interna que permite a todos pensar, conhecer, julgar –, mas como um mundo decodificado de cada um em sua opacidade (*cuique*). Sem comum, portanto, não é, pois, o resultado de uma capacidade comunicativa que põe cada qual um perante o outro numa mesma situação, mas uma espécie de codificação ética da opacidade subjetiva enquanto opacidade, isto é, um exercício de atribuição de significância ao outro em sua condição de outro. É, pois, o resultado da codificação da presença de um *outro* como um *terceiro*, que não se identifica perante mim, mas do qual presumo expectativas sobre aquilo que se passa entre mim e os *outros*”. Embora tenha se dedicado às relações entre moral e direito (esfera ética), o raciocínio pode ser transportado para o conhecimento, pois o presumir das expectativas sobre aquilo que existe fora de mim e dos outros é justamente a condição para a constituição da retórica existencial.

diferença *linguística* entre eles e os anjos e demônios ou os objetos mais “naturais” como cadeiras ou celulares, todos são meros relatos compartilhados intersubjetivamente, são todos resíduos de uma metáfora, são todos expectativas presumidamente aceitas pelo senso comum.

Isso quer dizer que a *coisa-em-si-mesma* não passa a efetivamente existir enquanto *coisa-para-mim*, mas apenas enquanto *coisa-para-nós*. E quanto mais fortes forem os sujeitos envolvidos no conhecimento do que é a *coisa-para-nós*, mais sucesso haverá no re-conhecimento intersubjetivo da realidade, da existência do mundo e de nós mesmos.

Em poucas palavras, o objeto empírico nada mais é senão a *coisa-para-nós*. O critério da existência de tudo sai do *ser-em-si* (ontologismo) e do *ser-para-mim* (solipsismo) e passa ao *ser-para-nós* (autismo coletivo).

Desse modo, a realidade é altamente mutável e contingente. Basta convencer a maioria de nós acerca de alguma coisa, para alterar a própria coisa. O critério já não está mais só na coisa nem só no indivíduo, mas na coletividade.

O consenso da coletividade sobre os eventos: (i) forma instituições que neutralizam as demais opiniões; (ii) permite a uniformidade de sentido sobre a realidade; (iii) impõe a efetividade de um só enfoque da realidade; (iv) marginaliza os relatos vencidos, que podem desaparecer ou resistir até alcançarem um novo consenso.

Nessa linha, Tércio Sampaio Ferraz Jr (2015, p. 79) afirma “que uma institucionalização ocorre em seu mais alto grau significa que o presumido consenso social prevalece sobre qualquer outro consenso real ou suposto”. E mais a frente, corrobora: “neutraliza-se a diversidade social de opiniões, pela imposição bem-sucedida de consenso”. (2015, p. 268).

Veja como até hoje ainda há tantas pessoas que acreditam em “deus” e em “satanás” e, por isso, passam por tantos rituais de “santificação”, “descarrego”, “opressão”. A religião segue seu fluxo, assim como a ciência, enquanto as pessoas reconhecerem a existência de seus fundamentos primeiros, deus e a verdade. Caso

esses objetos (deus e demônio) não sejam mais reconhecidos por nós, então não haverá mais necessidade de igrejas nem de laboratórios.

Esse modo de constituição da realidade parece estar presente em todos os locais e períodos ao longo da história. Houve a época que o escravo definitivamente não era considerado pessoa humana, mas um objeto semovente com valor patrimonial e alienável. O relato vencedor simplesmente criou essa realidade e todos viveram esse mundo construído pela linguagem. Assim, também ocorreu com o nazismo e igualmente com a cultura dos direitos fundamentais de nossa época. Isso quer dizer que a realidade é um universo linguístico criado intersubjetivamente. Hoje mesmo podemos habitar um mundo que será inaceitável em outro momento, basta que as coisas sejam percebidas/construídas pelos sujeitos de outro modo e não há limites para os conteúdos dos relatos, tornando suficiente apenas e tão somente que a maioria o reconheça como realidade.

Sobre esse tema, vários filmes procuram desconstruir a ideia de uma única realidade. A acentuação de universos paralelos, realidades criadas artificialmente e o absoluto engano das pessoas quanto ao mundo que partilham constituem enredos de Matrix, a Ilha do Medo, a Origem, o Último Portal, Melancolia. Os anti-heróis passam a gozar de maior prestígio do que os heróis e os movimentos da contracultura se manifestam na desconstrução artística da realidade prevalecente.

Tempere-se essa observação apenas quanto às expectativas e práticas na relação subjetiva com as diferentes expressões linguísticas, através de um critério vivencial. A retórica material como filamento da própria existência pode ser vista de diversas maneiras pelos sujeitos, ou seja, há uma série de camadas existenciais, todas construídas linguisticamente, cuja apreensão retórica permite ao sujeito operar em níveis distintos. Apenas desse modo é possível pensar na atividade descritiva do sujeito cognoscente sobre o objeto e na própria distinção entre ser e dever ser.

Veja que a descrição aqui é entendida apenas como atividade intelectual de sobrenível (metalinguagem) em relação à linguagem objeto. A depender dos acordos estabelecidos intersubjetivamente pode haver a própria alteração do objeto, a indiciar a articulação entre retóricas material e estratégica. É preciso chamar



atenção para este aspecto. Se levada ao extremo a ideia de que o próprio ser é constituído por linguagem, jamais seria possível pensar na distinção entre ser e dever, e estaríamos, de antemão, impossibilitados de alcançar qualquer base para se falar do ser. Portanto, para este trabalho, não se aceita a tese reducionista de que tudo é dever ser.

Para ilustrar essa ideia, imagine-se o atual embate entre os relatos de surgimento do mundo: (i) de um lado, os criacionistas defendem que uma divindade do nada criou absolutamente tudo; (ii) de outro lado, os evolucionistas creem que a partir da grande explosão uma série complexa de combinações e seleções naturais permitiu uma progressiva evolução das espécies; (iii) há ainda alguns que sustentam uma posição eclética, combinando criação e evolução, como se o mundo surgisse a partir da palavra do criador e a partir daí, sem fugir ao seu controle, todas as espécies estivessem em evolução. Ainda que existissem somente esses três relatos, qual deles seria o “verdadeiro”? Para a postura retórica todos são igualmente meros relatos. É possível, entretanto, verificar que um tornou-se vencedor em determinado contexto temporal; por inúmeras circunstâncias, acordos provisórios e ocasos sisíficos, preferiu-se um em detrimento dos demais.

Inclusive, reconhece-se que a existência de um relato vencedor (geralmente associado ao senso comum) não elimina automaticamente os demais, até mesmo porque é possível que o vencido agora seja o vencedor de amanhã, ou o inverso, isso indefinidamente, em uma constante disputa para constituir aquilo que se chama no momento de realidade (método – caminho). Nessa linha, é válido o questionamento de Michel de Montaigne (2011, p.61), afinal, “quantas coisas nos serviam antigamente como artigos de fé e hoje são fábulas?”

Uma das formas de identificar no discurso o apelo ao relato vencedor é quando o locutor antes de suas colocações faz uso da expressão “como se sabe”, o que constitui “um típico exemplo de terrorismo intelectual” (BRICMONT e SOKAL, 2012, p.55). Isso porque se pressupõe que aquela afirmação já constitui um dogma sobre o qual não é necessário fazer grandes retornos e problematizações, por ter alcançado, enfim, a posição de relato vencedor.

De maneira semelhante, Milan Kundera (2014) apresenta perfil retórico ao apontar o equívoco de Kant, cujos escritos faziam crer que por detrás de nossas representações encontra-se uma coisa objetiva, um *Ding*, que não podemos conhecer, mas que, apesar disso, seria real. Ao contrário. Não existe nada real por detrás de nossas representações, nenhuma “coisa em si”, nenhum *Ding an sich*.

Nessa linha, Kundera exalta a grande ideia de Schopenhauer de que o mundo é apenas representação e vontade. Isso quer dizer que por detrás do mundo tal como o vemos não existe nada de objetivo, nenhum *Ding an sich*, e que, para fazer existir essa representação, para torná-la real, deve haver nela uma vontade, uma vontade enorme que a imponha.

Então, como lidar com tantas representações do mundo se há tantas pessoas sobre o planeta livres para criá-las; isso criaria inevitavelmente o caos; como pôr ordem nesse caos? A resposta, para Kundera, é clara: impondo ao mundo inteiro uma única representação. E o autor assegura que sob o domínio de uma grande vontade as pessoas acabam acreditando em qualquer coisa, justamente a ideia de relato vencedor que se pretende explicar no presente trabalho.

E a vontade que se impõe sobre as demais, está ligada à **retórica estratégica**, ou seja, as diversas metodologias ou teorias sobre os métodos, que pretendem modificar e orientar a retórica material. Nesse âmbito, os relatos pretendem alterar a realidade primeira, são as estratégias generalizadas ou individuais de modificação, de releitura, de reconstituição da “versão original” ou “prevalecente” da realidade.

Até mesmo na ciência, em que são levantadas diversas hipóteses, há quem<sup>17</sup> confirme serem em sua maioria falsas, com a ressalva de que as melhores (e não as “corretas” ou “verdadeiras”) sobrevivem, após árduas discussões, enquanto as demais caem no esquecimento. A ponderação normativa acerca de qual hipótese deve se tornar a tese prevalecente está no campo estratégico.

---

<sup>17</sup> Nessa linha, Jean Pierre Lentin, em seu livro: Penso, logo me engano: uma breve história do besteiro científico. 4 ed. Marcos Bagno (trad.) Ática: São Paulo, 1997.

Neste nível retórico, entram em cena *pathos*, *ethos* e *logos*. Para Katharina Sobota (2015)<sup>18</sup>, o *logos* dirige-se de certo modo para a cabeça, o *pathos* para o coração e o *ethos* toca a pele social do ouvinte, sendo que *ethos* e *pathos* devem ser encontrados fora do texto.

A retórica estratégica se manifesta de diversas maneiras. Para Dietrich Schwanitz (2010, p. 245), por exemplo, a literatura é decisiva na influência e ruptura do senso comum. “Devido à dramatização mais forte dos acontecimentos e a uma maior participação dos leitores, a própria literatura torna-se uma espécie de comunicação íntima, cuja capacidade de sugestão e carga emocional seduziam o leitor a viver as suas temáticas”.

A provocação das múltiplas retóricas estratégicas problematiza o relato vencedor e, com maior ou menor sucesso, inquieta o homem a não se tornar como os cães de Pavlov, sempre em atitude de desconfiança aos reflexos condicionados pela retórica material. Não se pode negar o acerto de Hermann Hesse (2014, p.81) ao afirmar que “em suma, tudo não passa de uma questão de comodidade! Aquele que acha mais cômodo não ter que pensar por si mesmo e ser seu próprio juiz acaba por submeter-se às proibições vigentes. Acha isso mais simples”. E assim é guiado pelo relato vencedor, sem maiores problematizações. Mais ou menos o que aponta Dostoiévski (2009, p. 49): “destruí os meus desejos, apagai os meus ideais, mostrai-me algo melhor, e hei de vos seguir”.

A **retórica analítica** é responsável pela descrição do próprio conhecimento humano e de sua linguagem. Nesse estrato se pretende uma observação o mais isenta possível de juízos de valor, contentando-se em apenas avaliar em que medida houve sucesso ou fracasso das estratégias sobre a realidade material. É a percepção do que mudou ou permaneceu após a interação estabelecida entre as retóricas material e estratégica.

Como instância última de conhecimento analítico, busca saber qual a retórica material e como ela se relaciona com a retórica estratégica, sem que com isso haja

---

<sup>18</sup> Texto pendente de publicação, gentilmente fornecido pelo tradutor João Maurício Adeodato.

manifestação de juízos de valor, ao menos em termos ideais. Ressalte-se bem que se trata de uma perspectiva ideal do conhecimento, pois jamais é possível desvincular em termos absolutos a atividade prescritiva da descritiva se se parte do pressuposto de que tudo é constituído por relatos. A retórica analítica ocupa o campo criptonormativo, pois não se limita a descrever seu objeto, mas tem também a inevitável parcela constitutiva do próprio objeto. Por isso, Tércio (2015, p. 17) afirma com propriedade que “qualquer definição que se dê de *direito*, sempre estaremos diante de uma definição *persuasiva*”.

De qualquer forma, essa etapa compreendida como metódica veicula a *tentativa* de o sujeito cognoscente separar a perspectiva normativa da descritiva, como esforço teórico para evitar confusões entre “ser” e “dever ser”.

De acordo com a elucidativa metáfora de Júlio César de Almeida (2014) a tripartição retórica pode ser visualizada tal como um *iceberg*, cuja ponta visível representa o relato que se pretende vencedor; a parte imersa, a retórica estratégica, pois é fundamento de opinião da retórica material visível; e a fotografia do *iceberg* seria a retórica analítica, responsável pela descrição de seu objeto.

Se a metáfora ficasse por nossa conta tomaria por exemplo uma peça de teatro. O enredo, o cenário, as falas dos atores e os próprios atores, a iluminação, o som e todos os elementos necessários para a ambientação da peça constituem a retórica material. O desempenho dos atores em se adequar da melhor maneira possível aos seus respectivos papéis ou até mesmo o objetivo, deliberado ou oculto, de estragar a própria peça, por meio de falhas, críticas, troca de papeis, atuações não prescritas no enredo, tudo isso constitui a retórica estratégica. A percepção da qualidade da peça do ponto de vista da plateia, do bom desempenho ou do fracasso de todo enredo para representar a peça, se houve sucesso ou um grave equívoco do diretor e dos atores, todos esses dados de quem se pretende externo ao enredo teatral constituem a retórica analítica.

A metáfora também pode ser objeto de problematização. A análise da plateia ou do crítico externo, que supostamente fazem uma descrição do desempenho do grupo teatral, também pode ser reduzida a uma retórica estratégica ou até mesmo a uma

retórica material. A análise tão só descritiva e avaliativa da plateia, no fundo, é já o reflexo de suas preferências subjetivas, que são impassíveis de uma completa neutralização, a revelar que o juízo sobre a peça não se restringe à peça-em-si, mas abrange a peça a partir de um ponto de vista arbitrário dessa plateia (que por estar numa posição de privilégio – camarote –tem um ângulo diferenciado daquele que está logo em frente ao palco e já não percebe bem o que se passa lá no fundo). E não só. Quem é capaz de garantir que o palco (em que se processa a peça) e a própria plateia também não são conjuntamente a representação de uma peça ainda maior, cujos papéis se diferenciam apenas quanto ao local de atuação (no palco ou na própria plateia). De repente, no meio da atuação dos que estão no palco, alguém da plateia se levanta e começa a repreender o herói da história e chega a matar os demais personagens, restando sozinho como o anti-herói que levará consigo o desfecho do enredo, para a surpresa de alguns. Ao mesmo tempo, o que impede que cada um da plateia resolva também atuar de modo a que o primeiro enredo já não seja mais o verdadeiro, senão antes aquele interpretado agora pelos próprios integrantes da plateia. Sob essa perspectiva, até a retórica analítica é reduzida à retórica existencial.

Essa ideia está belissimamente representada no filme “Sinédoque Nova Iorque” (2008), do diretor Charlie Kaufman, para o qual remetemos o leitor. Também o filme “A Origem” (2010), do diretor Christopher Nolan, é uma referência do cinema contemporâneo sobre a simultaneidade de realidades e a indistinção de qual delas é a verdadeira. Por fim, o divisor de águas, “Matrix” (1999), dirigido pelas irmãs Wachowski, ao oferecer a pílula azul para acordar do mundo virtual e entrar no mundo “real” governado pelas máquinas e seus respectivos vírus cibernéticos.

As ficções científicas, de um modo geral, são bastante ilustrativas do nosso possível engano sobre a realidade a que nos habituamos viver. Também a literatura surge como excelente campo de ilustração sobre nossas vivências culturais, tal como ilustra de maneira singular Miguel de Cervantes Saavedra (2011, p. 339-340) ao trabalhar com o clássico andante cavaleiro Dom Quixote de la Mancha em diálogo com seu escudeiro, Sancho Pança:

- Por Deus, senhor Cavaleiro da Triste Figura, não posso sofrer nem levar com paciência algumas coisas que vossa mercê diz, e por elas venho a imaginar que tudo quanto me diz de cavalarias e de conquistar reinos e impérios, de dar ínsulas e de fazer outras mercês e grandezas, como é uso dos cavaleiros andantes, que tudo isso deve de ser coisa de vento e mentira, e tudo pataranha, ou patranha, ou como o quisermos chamar. Porque quem ouve vossa mercê dizer que uma bacia de barbeiro é o elmo de Mambrino, sem arredar desse erro em mais de quatro dias, que pode pensar senão que quem isto diz e afirma deve de ser fraco de juízo? A bacia trago aqui no meu costal, toda amassada, e se a trago é para consertá-la em minha casa e nela fazer a barba, se Deus me der a grande graça de um dia voltar a ver minha mulher e meus filhos.

- Olha, Sancho, pelo mesmo que antes juraste eu te juro – disse D. Quixote – que tens o mais curto entendimento que tem nem teve escudeiro no mundo. Será possível que neste tempo que andas comigo não tenhas percebido que todas as coisas dos cavaleiros andantes parecem quimeras, necedades e desatinos, e que são todas feitas às avessas? E não porque seja isto assim, mas porque sempre anda entre nós uma caterva de encantadores que todas as coisas mudam e trocam, e as tornam segundo seu prazer e segundo a vontade que têm de nos favorecer ou destruir; e assim, isto que a ti parece bacia de barbeiro a mim parece o elmo de Mambrino e a outro parecerá outra coisa. E foi rara providência do sábio que está a meu favor fazer que a todos pareça bacia o que real e verdadeiramente é elmo de Mambrino, uma vez que, sendo tão valioso, todo o mundo me perseguiria para mo tirar, mas como veem que não passa de uma bacineta de barbeiro, não cuidam de o tomar, como bem mostrou aquele que tentou quebra-lo e o deixou no chão sem o levar, pois à fé que, se o reconhecesse, jamais o deixaria. Guarda-o, amigo, que por ora dele não tenho mister, pois antes devo despojar-me de todas estas armas e ficar nu como quando nasci, isto se não me der vontade de nesta minha penitência seguir mais Roldão que Amadis.

Após ler essas linhas, a pergunta propícia parece ser esta: afinal, quem vai dar ordem neste caos? Quem ou o quê estabelece o limite de interação entre atores e plateia, e, em última instância, já nem só em relação à plateia que está dentro do teatro, mas em todo o público externo que está igualmente inserido em uma peça ainda maior, cujo teatro é o próprio planeta Terra? Quem determina o que é a peça e quem são os seus atores e, muito importante também, o que não é a peça e quem não são os seus atores? Se utilizada como referência a obra de Cervantes, questiona-se afinal quem é o sábio que é capaz de retirar o encantamento das coisas feito pela caterva de encantadores? Estamos diante de uma bacia de barbeiro ou do elmo de Mambrino?

O limite ao caos está no controle público da linguagem. Quando se institucionaliza o ponto de vista de que a peça é apenas e tão somente aquela representada dentro do Teatro Carlos Gomes, cujo elenco é composto pelo Grupo Galpão. Todos os outros locais (Teatro Glória, Teatro Universitário, Teatro Municipal etc) e todos os outros elencos (Oficina de atores Abel Santana, atores da globo, artistas de Hollywood, a plateia do Teatro Carlos Gomes etc) não estão inseridos na peça.

Qualquer outro local e qualquer outra pessoa, por mais que queira chamar atenção para sua peça de teatro, só logrará êxito se for reconhecido pelo controle público da linguagem. Este é o limite ontológico e deontológico às pretensões humanas, seja bom, seja ruim, é o mínimo de ordem que os homens conquistaram, para bem ou para o mau, na sua partilha do mundo. É o limite, diga-se de passagem, enquanto ainda ostentar força para convencer de que as coisas são assim e não de outra forma. É este consenso público da linguagem o único critério de definir se estamos diante de uma bacia de barbeiro ou do elmo de Mambrino.

À margem desse limite, cada ator representa a sua peça como bem entender, aceitando, entretanto, os riscos de quem ou o quê determinou o conteúdo da peça oficial. Imagina, uma pessoa atuar dentro de um templo cristão um sacrifício de um bode, aspergindo seu sangue sobre os cristãos. A violência (que não se limita a via física) da rejeição daquele ritual e daquela pessoa será imediata: ou é um louco completo, ou é um endemoniado completo. De outra perspectiva, o mesmo ritual e o mesmo ator poderiam ser transportados para um palco de teatro e a representação seria absolutamente diferente, digna, quem sabe, até de elogios e admiração. Ou ainda seria objeto até de uma manifestação pública em prol de satanás, como a organizada em São Paulo. Afinal, qual a diferença da marcha de satanás<sup>19</sup> para a marcha de Jesus em ambiente público? O controle público da linguagem não é uma única instância, ele está presente de maneira difusa (igreja, judiciário, teatro...), mas se institucionaliza de maneira coercitiva por meio da dogmática jurídica estatal. Daí,

---

<sup>19</sup> O evento público em rede social tem a seguinte descrição: “Irmãos, mais uma vez chega a hora de marcharmos nas ruas em glória a nosso pai, Satanás. A Marcha está de volta para todos juntos como um só ser exaltarmos nossa adoração por Belzebu e todas as maravilhas que ele nos traz. Chamem seus amigos e entes queridos, vamos juntos pedir o suicídio coletivo de Marco Feliciano, Jair Bolsonaro, Eduardo Cunha, Silas Malafaia e toda essa corja cristã que infecta nosso país. A Marcha começará no vão do Masp. Para não dizer que estamos copiando a Marcha Para Jesus os participantes da Marcha Para Satanás estão proibidos de pregar ódio contra homossexuais, mulheres, espíritas, umbandistas, candomblecistas, e ao invés disso vamos nos acariciar e beber no canecão de couro. Os participantes devem levar seu próprio pentagrama de casa para os rituais, eles podem ser feitos com cartolina normal, desde que pintados com sangue menstrual. Ao final das festividades devemos recolher todos e mandar a cartolina para reciclagem. Caso ocorram orgias com scat, todos os dejetos devem ser devidamente engolidos para não deixarmos a cidade suja ou com cheiro desagradável. Pessoas que foram transar entre si DEVE SER CONSENSUAL, pois ao contrário de cristãos, não gostamos de estupro e nem de pedofilia. Todas as sessões de automutilação são de responsabilidade do participante, por isso pedimos para que tomem cuidado com a quantidade de sangue desperdiçada, um desmaio ou algo mais grave pode prejudicar os coleguinhos da marcha. Por problemas com a Sociedade Protetora dos Animais, o sacrifício está proibido, a não ser que você sacrifique Pokémons de pelúcia. Adorar a Satanás também é consciência social e amor ao próximo. Venha conosco nessa aventura!” Acesso em 9.4.16. Disponível em <https://www.facebook.com/events/1709489842626298/>

a importância atribuída ao Estado (legislação, execução e jurisdição), na construção de uma sociedade, apesar do alto nível de complexidade social frente às demais formas de ver o mundo.

Por mais bonita e exemplar que seja a figura de D. Quixote, a acusação de que não passa de um louco qualquer é sempre uma forma de neutralização. Assim, os ordinários papéis sociais são preservados contra possíveis desvios, conferindo o máximo de homogeneidade possível no contexto social. Para insistir no exemplo, imagina se o mesmo D. Quixote, em vez de desfazedor de agravos, defendesse aguerridamente a pedofilia, a gerontofilia, a pederastia, o incesto, a mentira, a trapaça e o amor livre? Tê-lo por louco não significa que seu discurso tenha um conteúdo pior que os demais, significa apenas que seu discurso não está contido nos limites morais e jurídicos da maioria institucionalizada que se impôs, aqui e agora. Em outro lugar e outro tempo, nada impede que seja ele o correto e hoje o errado, “porque os sucessos de D. Quixote ou se hão de celebrar com admiração ou com riso” (2012, p.511) sem que qualquer dos dois desfechos implique uma vinculação a uma moral ou a um direito universais e eternos.

Não é tarde lembrar que, apesar dos esforços didáticos de sua compreensão, ainda é muito difícil utilizar uma linguagem precisamente retórica, pois o sucesso das ontologias no ocidente acabou por “carregar” as palavras com indesejável sentido ontológico.

Em síntese do que foi dito, a retórica jurídica é o método, a metodologia e a metódica de enfrentamento do problema de pesquisa.

Além disso, como bem ensina Tércio Sampaio Ferraz Jr. (2014), toda investigação fica às voltas entre esquemas de perguntas e respostas, casos e sistemas, problemas e soluções. Daí, surgem duas possibilidades para o investigador: (i) acentuar o aspecto pergunta, em que os próprios sistemas e os conceitos-chave servem para tornar inteligível um problema, mas logo em seguida são também problematizados; ou (ii) acentuar o aspecto resposta, em que são postos fora de dúvidas determinados pontos tidos por inatacáveis, abrindo-se a possibilidade de



questionar outros dados, mas sempre mantendo como absolutas as primeiras respostas.

Este trabalho é basicamente composto por três modelos teóricos<sup>20</sup>, que servem como orientação ao leitor. O primeiro modelo é mais **analítico** e visa a estabelecer os conceitos básicos de dogmática jurídica e norma jurídica, momento em que se acentua o caráter formal e lógico da estrutura do direito positivo como sistema normativo prescritivo. O segundo é o modelo **hermenêutico**, que ainda está imbricado no primeiro, por ter como pressuposto a dogmática jurídica como ponto de partida (está assim contido no *logos*), mas pretende avaliar o processo da decisão judicial enquanto busca do *sentido* no caminho dogmático que parte da estrutura da norma geral e abstrata para a estrutura da norma individual e concreta, ocasião em que se acentuam as possibilidades de atuação *no* texto da decisão judicial. O terceiro modelo é **empírico** e se concentra no procedimento na maioria das vezes fora dos autos do processo, e encara o problema da decidibilidade de conflitos a partir do comportamento humano e do seu controle por meio, sobretudo, do *ethos* e do *pathos*.

De toda forma, a proposta muito singela da pesquisa é ressaltar problemas ligados à decisão judicial, pensar problematicamente como funciona a decisão judicial, deixando suspensas provisoriamente as respostas da dogmática jurídica e colocando como pressuposto básico a dúvida de como se decide no direito. Por isso, a primazia do modelo empírico como tópico final da dissertação.

## 1.2 O PROBLEMA DO CONHECIMENTO E A ALTERNATIVA RETÓRICA

A teoria do conhecimento, construída por meio da distinção entre sujeito e objeto, ainda é a base da relação entre o homem e seu meio. Trata-se de uma questão própria da filosofia<sup>21</sup> e que se propaga para todas as áreas do saber humano,

---

<sup>20</sup> A definição do conceito de “modelo teórico” também fica ao encargo de Tércio (2014, p. 133), para quem o termo designa “sempre um esboço hipotético de coisas e fatos supostamente reais”.

<sup>21</sup> Podemos descrever a filosofia como a tentativa de esclarecer e se possível responder a uma série de questões fundamentais enigmáticas que surgem quando, de maneira geral e inclusiva, tentamos entender a nós mesmos e ao universo que habitamos. Entre muitas outras coisas, essas questões dizem respeito a existência e realidade, conhecimento e crença, razão e raciocínio, verdade, significado e valores ético e estético. As questões em si aparecem na seguinte forma: O que é a

justamente por se tratar da *philosophia fundamentalis*. Filosofia fundamental porque antes de tudo é necessário indagar sobre nosso conhecimento, afinal, se por natureza nada conhecemos, seria supérfluo indagar sobre o resto.

A compreensão desse tema tem significativa aplicação prática, sobretudo ao se considerar estas três coisas: em primeiro lugar, como as coisas são por natureza; em segundo lugar, qual deve ser nossa disposição para com elas; por fim, o que nos virá disso, comportando-nos assim.<sup>22</sup>

De acordo com Johannes Hessen (1976) o problema do conhecimento divide-se em cinco problemas particulares: (i) pode o sujeito apreender realmente o objeto? – questão da possibilidade do conhecimento; (ii) de que fonte a consciência cognoscente tira principalmente os seus conteúdos? – questão da origem do conhecimento; (iii) é o objeto que determina o sujeito ou é o sujeito que determina o objeto? – questão da essência do conhecimento; (iv) conhecimento racional ou conhecimento intuitivo? – questão das formas do conhecimento humano; (v) qual é o critério que nos diz, concretamente, se um conhecimento é ou não verdadeiro? – questão do critério da verdade.

A depender da resposta de cada uma das questões, pode-se afirmar que diferentes conhecimentos serão obtidos deste objeto a que se convencionou chamar “direito”. Essas perguntas de índole originalmente filosófica não serão exauridas neste trabalho, mas no decorrer do texto haverá uma tomada de posição provisória sobre o problema do conhecimento.

É válido o questionamento sobre a concepção tradicional de existência da dicotomia sujeito e objeto. A retórica responde, primeiro de uma perspectiva pragmática, que há um relato vencedor de que essa distinção existe. Também, entende que a aceitação da dicotomia (sujeito e objeto) ou até mesmo da tricotomia (sujeito, objeto e signo) não importa em incoerência de seus pressupostos teóricos, pois todos os

---

realidade? Que tipo de coisas existem em última análise? O que é o conhecimento e como o obtemos? Como podemos estar certos de que nossas pretensões de conhecimento não estão, de algum modo sistemático, equivocadas? Quais são os cânones do raciocínio correto? Qual é, em termos morais, a forma correta de viver e agir, e por quê? (GRAYLING, 2002, p.28)

<sup>22</sup> Testemunho do peripatético Aristocles, que o extraiu das obras de Tímon, discípulo imediato de Pirro. O excerto coincide com o narrado por Diógenes Laércio. Cf. Reale e Antiseri, 2003, p. 302-310.

termos são dissolvidos na retórica material em sua perspectiva de método (caminho, relato, linguagem).

Dentro desse cenário, é importante discernir as correntes ontológicas das retóricas, ou seja, separar o dualismo entre as teses “esta é a verdade” e “não creio em qualquer verdade”. Chega-se ao ponto de questionar, afinal, “se é possível um conhecimento certo e verdadeiro do mundo, ou se o ser humano está condenado a se contentar com meras opiniões” (ADEODATO, 2009, p. 5).

A relevância dessa distinção tem preciosa aplicação no estudo do direito. Ao manusear muitos livros de teoria geral do direito, o estudante pode se deparar com a ideia de que há uma verdadeira essência do direito, em termos universais e necessários. Entretanto, o entendimento de que essa postura é apenas uma interpretação possível do objeto de estudo, claramente fundamentada em uma epistemologia ontológica, evita debates estéreis e conflitos inúteis.

É preciso saber lidar com o direito dogmaticamente organizado, sobretudo com seus requisitos básicos. O primeiro, a *obrigatoriedade de argumentar* por meio de premissas inegáveis do sistema do direito positivo e não meras convicções pessoais. O segundo, a *obrigatoriedade de decidir* todo e qualquer conflito juridicamente relevante. Assim, a dogmática jurídica pretende monopolizar a produção e legitimação das normas jurídicas, dentro de um território, o que será objeto de estudo nos próximos capítulos.

Compreender a dogmática jurídica em seu funcionamento prático e analítico não exclui a possibilidade de o estudioso adotar perspectivas não-dogmáticas, sem compromisso imediato com os problemas *jurídicos*. Pode-se, por exemplo, estudar e atuar junto aos quilombolas e pomeranos no Estado do Espírito Santo, sem abordar os aspectos jurídicos de eventuais desapropriações ou da legitimação de terras devolutas, nos termos do art. 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, do Decreto Federal nº 4.887/03 ou ainda da Instrução Normativa do INCRA nº 57/2009. Assim, o pesquisador pode se concentrar sobre a percepção psicológica do quilombola com as terras que habita, em que o elemento jurídico em nada interfira na sua investigação.

Entre as possibilidades de “ver o mundo”, por meio de uma base epistemológica, pode-se adotar uma perspectiva descritiva ou prescritiva em relação ao objeto de estudo. Enquanto a postura prescritiva objetiva apontar pontos de vista que são mais desejáveis, melhores, mais corretos, a posição descritiva contenta-se em informar sobre o objeto de estudo, sem interferências valorativas ou ideais, isto é, quanto ao objeto-direito, busca descrever os procedimentos jurídicos tais como ocorrem. Esta última será a perspectiva adotada ao longo do presente trabalho.

Ainda sobre a teoria do conhecimento, pode-se afirmar com esteio em Adeodato (2009) que todo saber humano polariza-se entre dois principais tipos ao longo da história: o que provém da percepção, da experiência sensível, chamado conhecimento empírico; e o que provém do pensamento puro, independente dos órgãos dos sentidos.

É oportuno lembrar que essa dicotomia tem caráter ideal<sup>23</sup>, isto é, a proximidade com um ou outro extremo permite a classificação dos pensadores. Portanto, é perfeitamente possível encontrar posições intermediárias entre os dois extremos teóricos.

O confronto entre os que destacam o evento e os que acentuam a ideia na teoria do conhecimento emerge desde os primeiros filósofos gregos. A polaridade entre o que se convencionou chamar de *tradição racionalista* de Parmênides e a *tradição empirista* de Heráclito divide até hoje teóricos de diversos ramos do saber.

Grosso modo, em síntese de milênios de pensamento filosófico, pode-se afirmar que para os racionalistas prevalece a crença de que o conhecimento é imanente ao ser humano, ao passo que empiristas sustentam a constante mutabilidade dos eventos em atitude de desconfiança da razão holística.

---

<sup>23</sup> Conferir a esse respeito: Conjetura e Verdade. In: Ética e retórica: para uma teoria da dogmática jurídica. João Maurício Adeodato. pp.339-341.

Nesse contexto, os eventos individuais, irrepetíveis e únicos<sup>24</sup> parecem de alguma forma não se adequar perfeitamente às ideias racionais, aos juízos lógicos estabelecidos a partir de sua observação.

Por exemplo, ao se observar com certa frequência que “a água ferve aos 100° C” ou que “o metal dilata ao ser aquecido”, formulam-se ideias gerais de que ao se deparar com as mesmas situações sempre haverá o mesmo comportamento natural. Entretanto, essa percepção, aos olhos de alguns empiristas, parece falha por mais que se empenhem os homens nas generalizações dos eventos, pois só seria possível demonstrar que aquela específica quantidade de água ferveu, nunca que em termos gerais isso sempre ocorrerá.

Assim, a construção ideal da mente humana nunca corresponde perfeitamente aos eventos individuais. Isso porque a mente humana só opera por generalidade ao passo que os eventos, sempre individuais, só se apresentam de maneira irracional, sobressaindo uma insuperável incompatibilidade entre ideia e evento.

De acordo com Adeodato (2009), o aparato cognoscitivo não se adapta à individualidade, porque é incapaz de funcionar sem generalizações. O individual é irracional por ser irreduzivelmente contingente. Há uma novidade radical em tudo o que é individual, e, por isso, qualquer regra geral estabelecida pela razão seleciona aspectos ônticos em detrimento de outros. A irracionalidade individual é qualitativamente infinita, pois o individual nunca se repete.

Sobre este ponto, Paulo de Barros Carvalho (2013, p.8) assinala “que todo o conhecimento é redutor de dificuldades, reduzir as complexidades do objeto da experiência é uma necessidade inafastável para se obter o próprio conhecimento”. Ao que acrescentaríamos ser essa inafastável redução de complexidades a incompatibilidade entre ideia e evento, ou seja, a evidência de que a mente só opera por generalidade, ao passo que o objeto-individual é sempre dotado de inevitável irracionalidade.

---

<sup>24</sup> A ênfase na ideia com o uso das palavras com sentido aproximado tem o único objetivo de insistir, embora tautologicamente, que aquele determinado evento jamais será igual a outro na sucessão temporal, portanto, individual e irrepetível, ou seja, único.

Para contornar esse problema, foi desenvolvida a linguagem, o ponto médio entre as ideias, os eventos e os demais seres humanos. Essa linguagem não consegue transmitir perfeitamente nem os eventos nem as ideias, mas é o único modo de o ser humano perceber os inúmeros relatos presentes no ambiente em que está inserido e se comunicar.

Diante dessa aporia, podem-se dividir os diversos argumentos que tentam solucioná-la em dois grandes grupos: pelo lado das ontologias, parte-se do postulado de que a linguagem humana constitui um *meio* para expressar uma realidade objetiva, as *coisas* (res) e termos equivalentes; pelo lado dos retóricos, há autonomia do discurso, ou seja, a linguagem não tem outro fundamento além de si mesma, não há elementos externos a ela (fatos, objetos, coisas, relações) que possam legitimá-la.

A questão central de toda gnosiologia, então, é investigar o relacionamento entre percepções de dados que parecem ocorrer dentro do corpo humano (mente, cérebro) e percepções de dados que parecem ocorrer fora dele (no mundo).

Assim, a razão humana constrói a ideia de “folha” a partir do contato com inúmeras e diferentes árvores, todas únicas em suas singularidades. A partir dessa ideia o ser humano consegue: (i) reconhecer um objeto novo, nunca deparado antes; (ii) e se comunicar com outros seres humanos por meio do significante que expressa o significado ideal. Não se confunde o significante com o significado, nem a realidade com a sua representação, pois, explicando por exemplo, a palavra cão não morde, nem se fuma o cachimbo de Renè Magritte.

Em uma operação de alta complexidade o cérebro humano transforma estímulos oriundos dos órgãos de sentido em uma realidade própria. A captação dos dados externos ao sujeito não se dá de maneira objetiva, como se o objeto fosse autônomo e indiferente ao conhecimento humano. Nesse sentido, Schopenhauer (2008, p. 88) acentua:

Mesmo sem mudar de ambiente, cada um vive num mundo diferente (microcosmos), os mesmos acontecimentos externos provocam em cada indivíduo um efeito totalmente distinto, e a diferença devida exclusivamente à conformação interna é muito maior do que aquela que a situação externa interpõe entre homens diferentes. Certamente é verdade que cada um tem uma relação *direta* com as próprias representações, seus próprios sentimentos e as manifestações da própria vontade, e que as coisas externas exercem uma influência apenas na medida em que os causaram; mas é nesses três fatores que o indivíduo vive realmente, e são eles que tornam sua vida feliz ou infeliz. Diz Epiteto: “o que perturba os homens não são as coisas, mas as opiniões que eles têm das coisas”.

As pesquisas experimentais dos construtivistas, segundo Adeodato (2009), mostram que o cérebro não percebe os estímulos decorrentes dos órgãos dos sentidos, mas somente “conhece” estímulos neuronais em que ele próprio transforma os estímulos sensoriais, os quais lhe permanecem incognoscíveis. Este é apenas mais um argumento no conjunto de premissas adotadas, que pretende apontar o cérebro como um sistema fechado em si mesmo, autorreferente e autopoieticamente organizado, que manipula estímulos neuronais segundo critérios criados por ele mesmo.

Na passagem da “atividade cerebral” (“ideia”) para a “articulação” (“discurso”) parece estar o ponto crucial da teoria do conhecimento, esta parte da filosofia que se tornou a mais importante dos três últimos séculos no Ocidente. Neste ponto, inclui-se o questionamento de Nietzsche (2009) se a linguagem é a expressão adequada de todas as realidades.

De um lado, a postura retórica de João Maurício Adeodato (2011, p.40), baseada na antropologia carente e em estudos de neurociência, acredita que “o ambiente sensorial percebido pelos seres humanos é uma construção do cérebro, que nada tem a ver com uma pretensa ‘realidade’, ainda que não seja, de modo algum, uma construção inteiramente arbitrária”.

Como ser abandonado pelas evidências e condenado a formular perguntas a que não pode responder, só resta ao ser humano convencionar seus parâmetros de conduta e ainda se resignar à instabilidade de tais convenções, o que reforça a ideia de realidade como retórica material, para Adeodato (2009).

De outro lado, a postura das ontologias parte da compreensão de que o sujeito sai de si para conhecer o objeto, pois não lhe seria possível internalizar o objeto, já que este é indiferente àquele – o objeto existe independente do sujeito e de seu ato de conhecimento.<sup>25</sup> Nessa linha ontológica, há objetos puros, externos ao sujeito, cujo total conhecimento depende da correta aplicação dos órgãos de sentido.

Sob essa perspectiva, Lourival Vilanova (2003, p. 306) seria considerado um ontológico, pois defende que “nem os objetos da natureza, nem os objetos da experiência se apresentam em desordem, num caos de sensações. Há uma ordenação objetiva na natureza e no universo do direito, *antes* de o sujeito cognoscente conhecê-los”.

Em síntese, a ontologia vista como tipo ideal tem por ideia matriz a crença de que a devida aplicação dos órgãos de sentido, a adequada utilização de suas capacidades cognoscitivas, permite aos seres humanos acessarem a verdade de maneira objetiva, ou seja, oponível a todas as perspectivas subjetivas contrárias. (ADEODATO, 2010)

Como se o sujeito encontrasse diante do objeto o limite, o obstáculo às suas pretensões. Esse constrangimento objetivo seria aplicável na gnosiologia, na ética e na estética, o que representaria o acesso do sujeito, respectivamente, ao verdadeiro, ao justo e ao belo.<sup>26</sup> Eventual discordância acerca do que é a verdade, a justiça ou a beleza seria um equívoco gerado pela inapropriada compreensão de sua natureza.

---

<sup>25</sup> Como expoente da corrente ontológica, Nicolai Hartmann defende que o próprio ser não se pode definir nem interpretar, mas pode ser investigado de dentro para fora. Dessa investigação, Hartmann retira caracteres básicos que se resumem assim: 1) O ser é em si mesmo, independente de ser ignorado, pensado, amado, conhecido, em suma, é indiferente a ser erigido em objeto por um sujeito cognoscente. 2) O ser manifesta-se na multiplicidade, mas é uno no sentido de que tudo é, todos os entes particulares se unem no fato de que participam do ser. 3) Essa multiplicidade não é desordenada, mas encontra-se estruturada segundo princípios que Hartmann denominou categoriais. Análise categorial: investigar o ser é descobrir as categorias que regem as diversas regiões ônticas. Não se reduz em uma categoria epistemológica do sujeito, nem em um “sentido para o ser humano”. (ADEODATO, 2009)

<sup>26</sup> A concepção estética de Stephen Dedalus, protagonista do livro de James Joyce, revela uma opção ontológica, pois chega a afirmar que o verdadeiro e o belo têm a mesma natureza, a saber: “A verdade é contemplada pelo intelecto que as mais satisfatórias relações do inteligível contentam; a beleza é contemplada pela imaginação que as mais satisfatórias relações do sensível contentam. O primeiro passo na direção da verdade consiste em compreender a natureza e o âmbito do próprio intelecto, entender o próprio acto da inteligência”. (*In: Retrato do artista quando jovem*, p. 208)



Algo como o que James Joyce (2003, p. 206) afirma acerca da arte por meio da fala de sua personagem principal em retrato do artista quando jovem:

Nós estamos certos e os outros estão errados. Falar destas coisas e tentar entender a sua natureza e, tendo-a compreendido, tentar lenta, humilde, e fielmente exprimi-la, extrair novamente, da terra grosseira ou daquilo que a produz, do som e da forma e da cor que são os portões da prisão da nossa alma, uma imagem da beleza que conseguimos entender.

Em linha contrária ao que foi dito pelo protagonista de Joyce, da parte dos supostamente errados, pode-se questionar com Dostoiévski (2009, p.45) “e, se é para dizer tudo, por que estais tão *certamente* convictos de que não ir contra as vantagens reais, normais, asseguradas pelas conclusões da razão e pela aritmética, é de fato sempre vantajoso para o homem e constitui uma lei para toda a humanidade?”

A arrogância das verdades científicas e religiosas, por exemplo, produziram a noite de São Bartolomeu e condenaram à morte Galileu por sua visão de mundo. Por isso, Schopenhauer revelava aos seus discípulos que “o amor à verdade é algo aterrorizante e violento” (STEINER, 2010, p.141). Independente da correção dos relatos divergentes, uma postura tolerante com os argumentos envolvidos, dado que não há verdade ontologicamente concebida, poderia alterar o caminho percorrido (método).

Confirma-se, aqui, a retórica material, como pressuposto filosófico, de que o ser humano conhece apenas relatos, próprios ou de outros humanos. Por isso, todo discurso é autorreferente e tudo o que se pode conhecer são *palavras*, cujo sentido depende de um *contexto*, este também *convencional*. (ADEODATO, 2009)

É interessante notar que essa corrente admite que “uma loucura que a maioria das pessoas tem da mesma forma não pode ser encarada como loucura” (ADEODATO, 2011, p.42), pois não há uma instância exterior a determinar como as coisas efetivamente são, há apenas um acordo linguístico provisório acerca da realidade e o intelecto aparece como o mestre de disfarce, capaz de fazer o homem tomar as metáforas como as coisas mesmas.

Essa instância capaz de julgar certos e errados não é encontrada nos laboratórios, mas reflete a questão do que Bertrand Russel (1977) aponta como uma Terra de Ninguém, cujos habitantes mal conseguem responder se existe a sabedoria ou se aquilo que lhes parece a realidade não passa do último refinamento da loucura.

A reflexão nas peças de Samuel Beckett (2010b, p.74) sempre parece habitar essa Terra de Ninguém. “Fico cismando (*Pausa*). Será que um ser racional voltando à terra não acabaria tirando conclusões, só de nos observar? (*Assume a voz de uma inteligência superior*) Ah bom, agora entendo, agora sei o que eles estão fazendo!” Bom seria se este ser de inteligência superior viesse até nós para revelar, enfim, as conclusões acerca da verdade e da falsidade na conduta dos homens. Entretanto, enquanto ele não se apresenta, resta-nos suspender o juízo em atitude de desconfiança de todos os relatos produzidos.

Como estratégias metodológicas para enfrentamento da insuperável incompatibilidade entre eventos, ideias e linguagem, abandonam-se as definições ontológicas essencialistas, para se basear nos tipos ideais weberianos. Essa é uma alternativa para enfrentar as aporias do conhecimento.<sup>27</sup>

A etnometodologia sugerida por Adeodato (2011), na esteira de Viehweg e Hartmann, concentra-se sobre os problemas e não sobre as dedutivas soluções sistemáticas e holísticas. Por meio dessa postura heurística destacam-se os aspectos corriqueiros e, na maioria das vezes, despercebidos, mas que constituem topicamente a retórica material.

O mito sisífico também é utilizado em contraposição às posturas que veem a história em uma relação de causa e efeito num contínuo progresso para o melhor. Na mitologia, o rei de Corinto, por ofensa a Zeus, foi condenado ao Hades e a empurrar uma grande pedra até o alto de uma montanha, de onde a pedra despencava, forçando-o a recomeçar tudo novamente. De acordo com Adeodato “Sísifo

---

<sup>27</sup> Nesse sentido, verificar as sete aporias do conhecimento elencadas por Adeodato (2009) na leitura da ontologia de Nicolai Hartmann: (i) *Aporia geral do conhecimento*, (ii) *Aporia da percepção do dado*; (iii) *Aporia do conhecimento a priori*; (iv) *Aporia do critério da verdade*; (v) *Aporia da consciência do problema*; (vi) *Aporia do progresso do conhecimento*; (vii) *Aporia do ser ou aporia da relação entre gnoseologia e ontologia*.

representa a humanidade, a pedra é a história e a montanha íngreme é o mundo” (2011, p. 49).<sup>28</sup> Essa é a representação da impossibilidade de previsão do futuro, cuja construção é feita passo-a-passo, seja para o bem, seja para o mal, do ponto de vista ético.

Ainda como pressuposto do trabalho, ressalte-se que a diferença entre o conhecimento científico e o vulgar é a *postura*, a *atitude*, a forma de aproximação perante o objeto e de transmissão dos conhecimentos adquiridos. A diferença usual entre os dois termos, para Tércio Sampaio Ferraz Jr (2015, p. 20) está em que o primeiro envolve constatações da linguagem cotidiana enquanto o segundo procura “dar a suas constatações um caráter estritamente descritivo, genérico, mais bem comprovado e sistematizado, denotativa e conotativamente rigoroso, isto é, o mais isento possível de ambiguidades e vagezas”.

Há, inclusive, uma intensa controvérsia filosófica quanto à definição do conceito de ciência, seja no seu aspecto *conotativo* (sentido) – quais os elementos que estarão presentes para que uma postura gnosiológica possa ser dita epistemológica -, seja no seu aspecto *denotativo* (alcance) – quais as posturas que podem ser consideradas científicas, mesmo diante de suas diferenças particulares. (ADEODATO, 2009)

De toda forma, no próximo capítulo, será adotado um sentido possível de ciência, com base no giro-linguístico pragmático, como postura de aproximação do objeto de estudo.

### **1.3 A LINGUAGEM COMO HABITAT DO HOMEM: A FORMAÇÃO DE CONCEITOS A PARTIR DO CRITÉRIO PRAGMÁTICO.**

Historicamente, a filosofia era baseada na crença de que a linguagem era o espelho da realidade. Isso quer dizer que o “ser” era anterior e até mesmo indiferente ao sujeito, de modo que as palavras representariam apenas o descobrimento, o

---

<sup>28</sup> Cf. Ética e Retórica p. 270 sobre sísifo, e p.395 sobre os argumentos de Enesidemo e Sextus Empiricus contra a etiologia.

desvelamento do objeto, na sua essência. Essa concepção é entendida como ontologia, ou, filosofia do ser, como sucintamente apresentado no capítulo anterior.

Com o giro linguístico retomado por Ludwig Wittgenstein, houve uma virada, um giro, da linguagem sobre a realidade.<sup>29</sup> Agora, não mais se descobriria linguisticamente algo preexistente, antes disso, a própria linguagem produziria o ser, a realidade, o objeto. É a emancipação da linguagem, sua autossubsistência, como criadora – e não meramente descobridora – dos objetos que converte o giro linguístico em construtivismo radical da realidade.

Daí Dardo Scavino (2014) afirmar que a linguagem deixa de ser algo que estaria entre o eu e a realidade (meio), e se converte em um léxico capaz de criar tanto o eu como a realidade. A linguagem não só se antecipa à realidade, mas a constitui plenamente, pois nada existe fora da linguagem.<sup>30</sup>

Assim, de acordo com David Edmonds e John Eidinow (2010, p.234), a filosofia da linguagem parte da “premissa de que nossas palavras são lentes através das quais acessamos nosso pensamento e o mundo. Não podemos ver o mundo sem elas”.

Note-se que o sujeito nunca tem perfeito acesso aos acontecimentos “físicos” como, supostamente, aconteceram, no espaço e no tempo, no aqui e agora. Sempre será necessária a representação dos acontecimentos por meio da linguagem, pois os eventos não podem enunciar nada sobre si, sendo condição de sua existência o *relato* de algum sujeito sobre sua própria constituição material. Por isso se diz que o homem não trabalha com acontecimentos físicos, mas apenas com a interpretação ou versão de sua suposta existência.

---

<sup>29</sup> Apesar de a história da filosofia destacar a virada linguística neste momento, há críticas a este marco filosófico quando consideradas as contribuições dos sofistas acerca da retórica, ou mais especificamente, sobre o *ethos* e o *pathos* na busca pela sabedoria (e não da verdade ontológica). Ou seja, os sofistas já anunciavam que não necessariamente o ser é o fundamento e critério de tudo.

<sup>30</sup> Esta tese diverge da postura ontológica de Tárek Moussallem (2011) em seu livro *Revogações*, pois recusa a ideia de que existem fatos brutos que independem da linguagem. Radicalmente, a postura retórica até mesmo recusaria a tese de que “o direito não é linguagem”, ou de que o direito positivo apenas manifesta-se pela linguagem. Isso porque, como visto acerca da retórica material, a tese do presente trabalho é de que não há nada fora da linguagem, ou seja, toda a realidade é artificialmente criada linguisticamente por meio de acordos intersubjetivos.

De acordo com Milan Kundera (2002, p.100) “nada compreenderemos da vida humana se persistirmos em escamotear a primeira de todas as evidências: uma realidade tal qual quando ela existiu não existe mais; sua restituição é impossível”.

Os fundamentos filosóficos dessa corrente de pensamento, antes mesmo do giro linguístico, estão relacionados ao que Nietzsche disse: “sempre conhecemos uma interpretação ou uma versão dos fatos, e nossa versão resulta por sua vez, de uma outra versão dessa versão”.

O significado de uma palavra nunca é a coisa-em-si, mas outra palavra. O encadeamento de palavras, infinitamente, remontará a outras palavras. Por isso a dificuldade em ter acesso ao significado “real”, “essencial”, “primeiro” de algo, sobretudo quando se trata de palavras antigas como “democracia”, “república” ou até mesmo “homem”, “alma” e “espírito”.

Ainda que se busque a ontologia, o único acesso permitido ao homem é a própria linguagem compartilhada intersubjetivamente. Com isso, não se sustenta a posição de que o problema está na gnosiologia, ou nas falhas sensoriais do ser humano, como sustentam os ontológicos ao estilo de Nicolai Hartmann<sup>31</sup>. Ao contrário. O homem só tem acesso à linguagem, este é o seu ambiente, sua morada. Com isso, a opção retórica acentuada por Adeodato se faz presente, remontando a antropologia filosófica de Gehlen, para quem o homem é um ser carente.

Em semelhante linha, Herman Hesse (2014. p. 41) afirma que o homem poderia ser considerado o Lobo da Espete, “aquele animal extraviado que não encontra abrigo nem ar nem alimento num mundo que lhe é estranho e incompreensível”.<sup>32</sup>

Importa acentuar com Tárek Moysés Moussallem (2006) que o conhecimento é sempre proposicional, pois envolve a linguagem do sujeito cognoscente, a linguagem do sujeito destinatário a respeito da linguagem do objeto de que se fala. Estes três elementos fundamentais, afirma Tércio Sampaio Ferraz Jr. (2005), são

---

<sup>31</sup> Para um estudo acurado acerca da ontologia de Nicolai Hartmann, conferir o livro de João Maurício Adeodato: *Filosofia do Direito: uma crítica à verdade na ciência e na ética: em contraposição à ontologia de Nicolai Hartmann*.

<sup>32</sup> O lobo da estepe. Trad. Ivo Barroso. 6 ed. Rio de Janeiro: BestBolso, 2014. p. 41

incontornáveis e não há discurso sem eles. Esse processo comunicacional é o que permite o compartilhamento do mundo pelos seres humanos.

Entretanto, nem sempre a comunicação se estabelece de modo preciso e unívoco. Daí, torna-se necessário ao entendimento entre os sujeitos que se partilhe um código mínimo de linguagem de modo que ao emissor enunciar algo o receptor tenha acesso ao sentido emitido em vez de ficar perdido entre inúmeras possibilidades comunicativas.

Em exemplo, tome-se a seguinte ilustração. Uma mulher aponta para um objeto afirmando tratar-se de um homem. A outra mulher, com quem se comunicava a primeira, admira-se ao perceber que aquele objeto apontado é, sim, um homem.

Entre o sentido *atribuído* ao objeto “homem” e o sentido *captado* para este mesmo objeto operam dois abismos presentes em toda comunicação. Há um problema gnosiológico e há outro problema axiológico. Quanto ao primeiro, tem-se a impossibilidade de acessar todas as essenciais notas que compõem a palavra “homem”, como por exemplo: forte, alto, voz grossa, barba, cabelos curtos, pênis. Esses elementos relevantes ao entendimento do que compõe a *ideia* de “homem” podem ser alterados, conforme a cultura partilhada local e temporalmente. Aliás, diga-se de passagem, atualmente questiona-se inclusive se realmente o termo “pênis” é essencial ao conceito “homem”, colocando no jogo de palavras a ideia de sexualidade.<sup>33</sup>

Assim, ao identificar um indivíduo, um ser único e dotado de infinitas particularidades, é possível observar a existência ou inexistência de cada traço elementar para, mediante uma atividade praticamente dedutiva, *perceber* se aquele

---

<sup>33</sup> Nesse sentido, veja a crítica de Cynara Menezes contra os denominados transfóbicos: “Mas o que eu quero abordar aqui é o aspecto mais científico da coisa: quem nos garante que a presença ou não do órgão sexual seja capaz de definir a identidade de gênero de alguém? Ter vagina faz de alguém “mulher”? Ter pênis faz de alguém “homem”? Ou é algo que vai muito além da vagina, do pênis e até mesmo da criação que a pessoa recebe? E se estiver nos genes? Como é que alguém pode pretender, do lado de fora, definir o que OUTRO ser humano é e como se sente por dentro? Me parece uma postura conservadora, autoritária e indigna de um movimento que se pretende libertário como o feminismo”. In: <http://socialistamorena.com.br/e-o-orgao-sexual-que-define-a-identidade-de-genero/> (acesso em 12 de junho de 2015)

objeto específico é um homem, ou, em vez disso, se é uma topeira, uma árvore, um sentimento ou qualquer outro objeto.

Ocorre que esse não é o único problema enfrentado no processo comunicacional. Ainda que superada definitivamente a questão de quais as notas definitórias do que é “homem”, ainda persistirá um problema axiológico, ou seja, de valores.<sup>34</sup>

Prosseguindo no exemplo, suponha que este indivíduo, apesar de possuir todos os elementos da *ideia* de homem, tem preferência sexual por outros homens, pinta as unhas e os lábios com a cor vermelha, pinta o cabelo de loiro, usa maquiagem e gesticula docilmente as mãos. Ainda assim deve-se considerá-lo “homem”? A resposta, longe de ser simples, depende de uma escolha axiológica, que já não mais está inserida no campo estritamente gnosiológico. Trata-se, aqui, de uma escolha ética.<sup>35</sup>

Na mesma linha, pode-se imaginar o que é “casamento”, ou melhor, qual a definição<sup>36</sup> do conceito de “casamento”. Tradicionalmente, poderia se atribuir a conotação de “celebração por autoridade da união entre mulher e homem”. Entretanto, questionou-se, no tempo e espaço, se casamento não seria a união entre homem e homem, ou mulher e mulher. Quem sabe se em breve não se questionará também a *quantidade* de pessoas unidas, ou até mesmo se deve haver casamento apenas entre humanos vivos, ou ainda entre um humano e outro animal. O problema ainda pode ser outro: se o homem e a mulher são pai e filha, ou irmão e irmã, ainda assim haverá “casamento” ou seria “incesto”? E se for entre uma criança de 5 anos e um adulto de 55 anos? Ou ainda se um dos dois é portador de necessidades especiais, como “os loucos de todo o gênero”?<sup>37</sup>

---

<sup>34</sup> “Valores são símbolos integradores e sintéticos de preferências sociais permanentes” (FERRAZ JR, 2015, p.311)

<sup>35</sup> Em termos gerais, a dimensão ética da existência tem a ver precisamente com o reconhecimento do que é bom ou valoroso por si mesmo e que, em função disso, deve ser feito. Ela pressupõe, então, um sujeito dotado de vontade e que pode livremente determinar sua ação com base nela. Eticamente correto é fazer o que é bom, é fazer o que corresponde a um valor absoluto. (MARQUES, 2005, p.46)

<sup>36</sup> Concorde-se com Tárek Moysés Moussallem (2006, p. 39) que o vocábulo “definição” entende-se como “operação lógica entre dois conceitos, que consiste em indicar, por meio da linguagem, as características essenciais ou definitórias que deve reunir a linguagem do objeto – *definiens* -, para que o termo definido (outro conceito) – *definiendum* – lhe seja aplicável”.

<sup>37</sup> Para usar a expressão do Código Civil de 1916 (art. 5, II) revogado há tão pouco tempo.

As escolhas valorativas ainda podem ir além, como a problematização da “união” não mais como “monogamia” ou “fidelidade”. Estão aí em luta as ideias de poliamor, bigamia ou amor livre. E o problema que é encarado aqui no Brasil não é igual na Índia, pois os costumes e a cultura são outros. De acordo com Hesse (2014, p. 32):

Um homem da Idade Média condenaria totalmente nosso estilo de vida atual como algo muito mais cruel, terrível e bárbaro. Cada época, cada cultura, cada costume e tradição têm seu próprio estilo, têm sua delicadeza e sua severidade, suas belezas e crueldades, aceitam certos sofrimentos como naturais, sofrem pacientemente certas desgraças.

De qualquer modo, nota-se que sempre será contingente a eleição das notas elementares dos objetos, independente de sua forma física ou abstrata, seja essa escolha fruto de um ato de conhecimento ou de valoração.

Sobre a construção dos conceitos, são insubstituíveis as palavras de Nietzsche (2009, p. 536), para quem “todo conceito nasce por igualação do não igual”. Em termos representativos, seria o mesmo que considerar “a folha ser a causa das folhas”.

Assim como é certo que nunca uma folha é inteiramente igual a uma outra, é certo que o conceito de folha é formado por arbitrário abandono dessas diferenças individuais, por um esquecer-se do que é distintivo, e desperta então a representação, como se na natureza além das folhas houvesse algo, que fosse “folha”, uma espécie de folha primordial, segundo a qual todas as folhas fossem tecidas, desenhadas, recortadas, coloridas, frisadas, pintadas, mas não por mãos hábeis, de tal modo que nenhum exemplar tivesse saído correto e fidedigno como cópia fiel da forma primordial.

Se esses abismos estão presentes na identificação de um “objeto físico”, pode-se imaginar o problema ainda mais grave ao tentar representar um “objeto cultural”, como, por exemplo, *o que, afinal, é o direito*.

Perguntas aparentemente “inocentes” e simples encerram inúmeros debates ao longo de milênios. Por isso, ao se questionar o conceito de direito, não se ignora que, antes de tudo, há dois abismos insuperáveis entre ideia e evento, seja de perspectiva axiológica seja gnosiológica. Esta é a consequência da ira divina sobre a ambição humana representada na torre de babel, segundo o mito bíblico.



Não obstante o reconhecimento da insuperável distância entre *ideia* e *evento*, por uma perspectiva otimista pode-se tentar epistemologicamente<sup>38</sup> buscar um acordo provisório de suas características elementares. Pelo menos o suficiente para buscar espaços de comunicação e entendimento entre um grupo muito específico de pessoas denominado juristas.

Aqui é importante observar que a relação entre os símbolos e as coisas se estabelece de maneira convencional. A língua alemã traz um interessante exemplo de como é a cultura que convencionou o gênero dos objetos, e não há nada em-si-mesmo que indique qual dos três gêneros se aplica àquela coisa. O objeto “carro”, em alemão, denomina-se “das Auto” ou “der Wagen”. Para a mesma coisa, em alemão, tem-se gênero neutro e gênero masculino, simultaneamente, apenas se alterando pelo *uso* da palavra. Outro paralelo também se obtém quanto às distintas atribuições de gênero às coisas em cada língua. Em português se fala em “a cadeira”, ao passo que em alemão, “der Stuhl” (“o cadeira”). Se houvesse algo de essencial nas coisas, dificilmente haveria divergência na atribuição de gênero às coisas, pois é suposto que uma cadeira aqui seja igual a uma cadeira em qualquer parte do mundo.<sup>39</sup>

Mais uma vez, repele-se a compreensão de que a linguagem seria um espelho da realidade, ou da correspondência entre palavra e realidade. Em vez dessa compreensão ligada à filosofia do ser (essencialista), tem-se a atitude convencionalista para a qual “a caracterização de um conceito se desloca da pretensão de se buscar a natureza ou essência de alguma coisa (que é a mesa?) para a investigação sobre os critérios vigentes no uso comum para usar uma palavra (como se emprega ‘mesa’?)”. (FERRAZ JR, 2015, p.17)

---

<sup>38</sup> Epistemologia é um dos ramos da gnosiologia. Embora pouco explicitada, a distinção reside na precisão linguística que se pretende obter no processo comunicacional. Enquanto a teoria do conhecimento (gnose) se dá em todo contato de sujeitos sobre o objeto, o saber mais preciso ou “científico” (episteme) pretende uma linguagem mais esmerada na postura dos sujeitos perante o objeto. Essas ideias não invalidam a tripartição retórica adotada como metodologia do presente trabalho, pois esta opção seria, em tese, mais adequada ao enfrentamento do problema de pesquisa.

<sup>39</sup> Sobre este ponto, há uma interessante reflexão sobre as questões de gênero e sexualidade. O gênero masculino é aquele determinado pelo objeto ou é uma atribuição que se escolhe por convenção? Então quem nasce com pênis pode se atribuir o gênero feminino? O critério “essencial” pênis é indissociável da identificação do gênero dos sujeitos? E os transgêneros, ficam em que lado? Prevalece o nascimento, o cirúrgico, ou nenhum dos dois? Por trás dessas questões, há também um debate filosófico entre essencialistas e convencionalistas.

Na mesma linha a advertência de Tárek (2006, p.33), em prol da coerência com o giro linguístico, de que a semântica não mais é o plano da semiótica que estuda a relação entre os signos e os objetos por ele representados, mas, antes, a relação entre significações, afinal “o significado de uma palavra já não é a coisa mesma, mas sim outra palavra”.

Não é difícil notar o que foi introduzido no primeiro capítulo, acerca do controle público da linguagem, ou seja, este espaço em que a pragmática da comunicação humana se revela como único critério de aferição da veracidade das afirmações. E, assim, propícia é a música de Caetano Veloso “de conversa, cravo e canela”, em cujo desfecho se afirma: “é conversando que a gente se entende”.

#### **1.4 VERDADE E CONSENSO NA FILOSOFIA RETÓRICA: A POSSIBILIDADE DE UM CONHECIMENTO CIENTÍFICO**

Como visto nos tópicos precedentes, o objeto da filosofia retórica é o consenso e não a verdade. Entretanto, é preciso estabelecer com maior precisão o que se entende por verdade e qual sua relevância para o conhecimento científico.

Adverte-se que até mesmo as formas mais burlescas na construção racional de teses científicas podem ser consideradas como legítimas e verdadeiras, caso a comunidade dos eruditos a considerem como relato vencedor. Nessa linha, as críticas formadas por Alan Sokal e Jean Bricmont<sup>40</sup> acerca do abuso da ciência pelos filósofos pós modernos não infirma a tese retórica deste trabalho, mas sim a densifica.

A respeito da constituição da realidade no nível da retórica material, foi acentuado, inclusive, que não há critério extralinguístico para aferir a loucura de uma pessoa, pois a convergência dos pontos de vista pode tornar o louco de hoje no lúcido de

---

<sup>40</sup> O reconhecimento de que até mesmo os trabalhos tidos por cientificamente verdadeiros, aprovados por uma comunidade de especialistas, não eliminam o equívoco de suas proposições. Não se desconhece a postura ontológica dos autores, como tão claramente aponta Maurício Abdalla Guerrieri (2001), inclusive por meio de um peculiar exame crítico dos autores citados. (*Alan Sokal: demolidor de barracas... inclusive a própria*. Episteme, Porto Alegre, n. 12, p-113-138, jan/jun, 2001)

amanhã. Em todos os manicômios há doidos malucos com tantas certezas! Quem não tem nenhuma certeza é mais certo ou menos certo?<sup>41</sup> Tudo depende do que se tem por relato vencedor, ou seja, dos acordos provisórios estabelecidos por meio da linguagem intersubjetiva (comunicação).

Entretanto, questiona Dardo Scavino (2014), se já não existe um critério “objetivo”, não se imporá simplesmente a lei do mais forte? A resposta é afirmativa se compreendermos força como êxito em atrair maior adesão a um relato, o sucesso de alcançar maiores acordos dos demais participantes da comunicação, seja por meio do engodo, da persuasão, da ameaça de violência e da autoridade, todos meios etnometodológicos a serem abordados adiante.

Isso quer dizer que até mesmo uma tese claramente impostora e falaciosa pode se consolidar publicamente como verdade. Ora, por que hoje o ocidente prefere acreditar na verdade de alma, deus e demônio e não na existência de zumbis, mulas-sem-cabeça ou chupa-cabras? Tanto no senso comum, quanto nos espaços mais científicos, a regra de constituição da realidade será sempre a mesma: o acordo intersubjetivo acerca de meros relatos linguísticos.

Veja a esse propósito as ponderações de Jean Pierre Lentin (1997), quanto ao incontável besteirol científico produzido historicamente e ainda confirmado até os dias atuais. Isso configura mais um argumento contra a postura ontológica, pois por mais que o homem e a ciência só procurem retidão, verdade, imunidade a ilusões, proteção contra as tentações de fascinação, só lhe restam os incontáveis batalhões móveis de metáforas. (NIETZSCHE, 2009)

E é no momento em que as certezas vacilam, adverte Lentin (1997), que os erros, enganos, miragens, lorotas, asneiras, mal-entendidos, quíprocós, disparates, contra-sensos, inexatidões, desvarios, falsidades, despropósitos, imperícias, ratas, balbucios, desvios, absurdos, engodos, quimeras, ilusões, alucinações, cegueiras, visagens, chacotas, patranhas, extravagâncias, trapalhadas, e toda sorte de imposturas intelectuais se revelam com maior nitidez.

---

<sup>41</sup> Tabacaria de Álvaro de Campos (Fernando Pessoa). Disponível em <http://www.insite.com.br/art/pessoa/ficcoes/acampos/456.php> Acesso em 5/9/2015.

Para a surpresa dos que sustentam a verdade de suas proposições, nos bastidores das descobertas científicas encontra-se o pano de fundo acerca do engodo e da ameaça de violência na instituição do relato vencedor, muito além da máscara de confiabilidade e isenção das experimentações e pesquisas acadêmicas.

Afasta-se rapidamente o ideal de confiança e certeza nas leis físicas e naturais e, com maior nitidez, no campo das ciências humanas. E o que isso quer dizer em termos retóricos? Há isostenia entre os pontos de vista; não há certeza de nada, por isso mesmo o apego à verdade, quer na religião, quer na ciência, não passa de uma ilusão extremamente eficaz para atrair adesão para este ou aquele relato.

O ponto de vista retórico se assemelha à festa da ignorância de Milan Kundera (2014), pois, embora não agrade àqueles homens tão ligados às seriedades das grandes verdades, a insignificância está presente em toda parte e sempre, mesmo ali onde ninguém quer vê-la, pode revelar que tudo se esconde sob o crepúsculo das brincadeiras.

Por isso, Sokal e Bricmont (2012, p.200) insistem haver decididamente erros que se recusam a desaparecer. E esses erros, na perspectiva retórica, nada mais são do que o sucesso de uma *opinião* fundamentada, uma doxa, ainda que revestida como episteme.

Em uma de suas publicações acerca da repercussão do livro que fizeram, Alan Sokal e Jean Bricmont<sup>42</sup> (1998) confessam a perplexidade com os abusos grosseiros de alguns teóricos, sem se dar conta se valeria a pena gastar tempo para revelá-los. Questionam se esses autores ainda são levados a sério e concluem que sua esperança era fornecer uma pequena contribuição às ciências humanas, por meio de outra “voz contra o aviltamento do pensamento pela proliferação de um jargão inútil e pretensioso”.

---

<sup>42</sup> *Imposturas e fantasias*. In: Folha de São Paulo, Jornal de Resenhas, 13 junho 1998, Tradução de Caetano Plastino. Disponível em: <http://www.physics.nyu.edu/sokal/folha.html#derrida> Acesso em 25/08/15.

E como lidar com o problema de um conhecimento verdadeiro? Para a postura retórica, apenas o consenso serve como critério de veracidade das posições subjetivas. E este consenso, insiste-se, pode ser rompido ao sabor das incontáveis estratégias de modificação e constituição da verdade retoricamente concebida. Assim, com George Steiner (2010, p.102) pode-se afirmar que “até mesmo o que parece mais evidente deve ser tomado como provisório”.

A arrogância das ontologias constitui uma ameaça contra quem pretende retrucar as verdades estabelecidas, tal como ilustra a literatura de Dostoiévski (2009), ao acusar, desde o subsolo, como absurdo dos absurdos, o ranger os dentes em silêncio e com impotência imobilizar-se voluptuosamente em inércia, sonhando que não há contra quem ter rancor; que não se encontra um objeto e que talvez nunca se encontre; que há nisso uma escamoteação, uma fraude, uma trapaça, simplesmente uma repugnante confusão, não se sabe o quê, não se sabe quem, mas que, apesar de todas estas ignorâncias e fraudes uma dor, e, quanto mais ignorais, tanto mais sentis essa dor!

Toda resistência às verdades omnicomprensivas é eficazmente atacada, sobretudo pelos grandes aliados da ontologia: a religião monoteísta e a ciência.

“Não é possível”, vão gritar-vos, “não podeis rebelar-vos: isto significa que dois e dois são quatro! A natureza não vos pede licença; ela não tem nada a ver com os vossos desejos nem como o fato de que as suas leis vos agradem ou não. Deveis aceitá-la tal como ela é e, conseqüentemente, também todos os seus resultados. Um muro é realmente um muro... etc. etc.” Meu Deus que tenho eu com as leis da natureza e com a aritmética, se, por algum motivo, não me agradam essas leis e o dois e dois são quatro? Está claro que não rompereis esse muro com a testa, se realmente não tiver forças para fazê-lo, mas não me conformarei com ele unicamente pelo fato de ter pela frente um muro de pedra e de terem sido insuficientes as minhas forças. (DOSTOIÉVSKI, 2009, p. 25)

O sucesso ocidental da matemática, da ciência moderna e da religião monoteísta, sobretudo judaico-cristã, não é suficiente para trasladar a suposta verdade absoluta para a ética e o conhecimento, nem para o direito. A postura retórica estabelece a crítica a essas posturas essencialistas, apesar de a tradição sofística, como expressão filosófica, ter sido negligenciada e até mesmo achincalhada por tantos anos.

## Capítulo Segundo: SOBRE O CONCEITO DE DIREITO E DE NORMA JURÍDICA NA RETÓRICA JURÍDICA DE JOÃO MAURÍCIO ADEODATO

**Sumário:** 2.1 Breves leituras retóricas acerca da dogmática jurídica; 2.2 Teoria retórica da norma jurídica enquanto ideia, signo e evento: noções gerais; 2.3 Compreensão dos fatos juridicamente relevantes para a postura retórica; 2.4 Norma Jurídica como significado (ideia); 2.5 Norma Jurídica como significante (signo); 2.6 Norma Jurídica como decisão (evento).

### 2.1 BREVES LEITURAS RETÓRICAS ACERCA DA DOGMÁTICA JURÍDICA

A dogmática jurídica também pode ser entendida por meio do filtro retórico tripartite, desde logo se advertindo que toda definição que se dê sobre o direito sempre será persuasiva. Como visto no capítulo anterior, parte-se aqui do pressuposto teórico retórico, segundo o qual o conhecimento é socialmente construído, pois “não há nada aí, além da linguagem” (ADEODATO, 2011, p.97).

Isso quer dizer que os objetos de conhecimento são linguisticamente produzidos entre os sujeitos, portanto, não são autônomos ou indiferentes ao sujeito, como se fossem dotados de existência própria. Não faz sentido, para a postura retórica, questionar sobre a natureza ou essência de algo, pois não existem regiões ônticas a serem descobertas ou desveladas, tudo o que existe é só e somente só linguagem.

A partir desse fundamento<sup>43</sup>, observa-se que a **dogmática material** é constituída por acordos linguísticos provisórios. Assim, são criadas as normas jurídicas e os institutos jurídicos como “capacidade”, “contrato”, “direito fundamental”, “pessoa jurídica” ou ainda “enfiteuse”, “anticrese”, “litisconsórcio passivo, necessário, unitário”, enquanto outros que não se tornaram relato vencedor ficam relegados a meras teorias não jurídicas, como seria o caso de “inexistência de casamento entre pessoas do mesmo sexo”, ou as expressões “mulher honesta” e “mulher

---

<sup>43</sup> Ao utilizar um fundamento para a discussão, poderia haver a crítica de o trabalho operar com um relativismo externo e um dogmatismo interno. Entretanto, em coerência ao pressuposto retórico adotado, não se está aqui a defender um solipsismo radical, mas um “autismo compartilhado”. Portanto, a eleição desse fundamento é apenas provisória e não há nada que possa convencer/constranger racionalmente o leitor a partilhar dessa “visão” em detrimento das demais. O critério estratégico a definir qual perspectiva cada um pode adotar está restrito ao campo pragmático.

desquitada”, ou ainda “a constituição do dote em escritura antenupcial”, como previa o revogado CC/16.

“O direito cria suas próprias realidades”, essa afirmação aponta a contingente eleição dos relatos vencedores constitutivos da realidade jurídica. Nas palavras de Tércio Sampaio Ferraz Jr (2015, p. 80) “o jurista reconhece o caráter jurídico das normas por seu grau de institucionalização, isto é, pela *garantia do consenso geral presumido de terceiros que a elas confere prevalência*”.

Isso quer dizer que o consenso anônimo e global de terceiros, de toda sociedade, prevalece sobre qualquer outro consenso real ou suposto. Exatamente por esse motivo que não se reconhece o bando de salteadores, a que Kelsen faz referência, como autoridades capazes de emitir ordens jurídicas. Falta ao bando de salteadores o revestimento da retórica material enquanto autoridade competente, numa palavra, carece da institucionalização.

Nesse contexto, a **dogmática estratégica** busca alterar o primeiro nível retórico, por meio de doutrinas, teorias, precedentes, funcionando como metodologia, isto é, influenciando, com maior ou menor sucesso, a modificação da dogmática jurídica material.

Neste nível retórico estratégico, com o objetivo de se alcançar maior adesão para os mais variados relatos propalados, entram em cena com muita utilidade as falácias, cuja manipulação pode encantar incautos ou gerar desconfiança nos prevenidos. De qualquer modo, a eficácia é o critério a apontar o maior ou menor funcionamento do relato introduzido no discurso jurídico.

Para ilustrar a ideia, lembre-se da estória do crime cometido por irmãos xipófagos na doutrina penal. Por meio de um exercício teórico doutrinadores buscavam a solução de como seria a condenação diante do princípio da individualização da pena. Apesar de divertidamente hipotética, a aplicação da pena ou a absolvição dos irmãos perpassa o campo estratégico, cabendo à retórica analítica avaliar qual das ideias obteve maior sucesso, sobretudo diante de concretas situações semelhantes ao exemplo doutrinário (se é que existiram).

Por fim, não se pode afirmar haver uma **dogmática analítica**, pois é próprio da dogmática o caráter normativo, o que é incompatível com uma postura analítica; a união entre os termos causaria uma *contradictio in terminis*. Assim, prefere-se a utilização do termo retórica analítica sobre as dogmáticas material e estratégica.

Este último nível é encarregado, entre outros pontos: (i) da análise de conteúdo dos textos; (ii) do estudo das clássicas técnicas de persuasão (*ethos, pathos e logos*); (iii) de verificar a utilização coerente de ideias e a forma de sua transmissão através de figuras de linguagem. Por isso, a retórica analítica ou metódica seria o modelo mais “científico” de pesquisa, a forma de aproximação mais “isenta” do estudioso perante os demais estratos retóricos (métodos e metodologias). Aqui, haveria a pretendida “ciência do direito”, em seu sentido de desejável neutralidade gnosiológica.

É sempre desejável que a linguagem seja precisa, livre de falhas na comunicação como as corriqueiramente provocadas por situações de vaguezas e ambiguidades. Isso ocorre por meio de um raciocínio controlado, consensual, e não por apelo a verdades ou a critérios externos à própria linguagem.

## 2.2 TEORIA RETÓRICA DA NORMA JURÍDICA ENQUANTO IDEIA, SIGNO E EVENTO: NOÇÕES GERAIS

A norma jurídica é analiticamente compreendida por João Maurício Adeodato por três perspectivas: (i) Norma Jurídica como promessa (significado); (ii) Norma Jurídica como fonte do direito (significante) e (iii) Norma Jurídica como decisão concreta (evento).<sup>44</sup>

<sup>44</sup> Desde logo, é válida uma advertência em prol da coerência interna da dissertação. Há uma diferença terminológica entre João Maurício Adeodato e Paulo de Barros Carvalho, como se percebe esquematicamente no seguinte quadro:

<b>Adeodato:</b>	Ideia (significado)	Signo (significante)	Evento
<b>Paulo de Barros:</b>	Significação	Significado	Suporte físico

Logo, significado (para PBC) se refere ao signo (linguagem/significante linguístico- ponte que liga ideia e evento) e significado (para Adeodato) se refere à ideia. A ideia em Adeodato é a significação em PBC.

Aproveito o ensejo para uma crítica à filosofia primeira e ao triângulo semiótico que Paulo de Barros Carvalho adota em sua teoria do construtivismo lógico-semântico, com base em Edmund Husserl. O



Com base nos estudos de Tércio Sampaio Ferraz Jr., Ottmar Ballweg, Theodor Viehweg e Friedrich Müller, João Maurício Adeodato sugere como funciona a dogmática jurídica decisória, no âmbito jurisdicional, em quatro estágios.

**1º estágio – identificação das fontes do direito:** o relato de um sujeito chega ao direito dogmático quando está previsto em uma ou mais fontes do direito.<sup>45</sup> É preciso

---

autor faz a distinção entre objeto do conhecimento e objeto que vemos ali, concretamente existente no mundo real (a coisa em si). Como o próprio nome já indica o objeto do conhecimento tem sentido epistêmico, é o conteúdo de uma forma de consciência. (2013, p.15)

Muito bem. Quando o autor passa à explicação do signo (unidade de comunicação) remete ao denominado status lógico de relação expresso por meio de suporte físico, significado e significação. Ocorre que ao trabalhar o suporte físico como um dado de natureza física, material (2013, p. 33), já não mais opera no sentido do conteúdo da consciência, aliás, o único objeto do conhecimento possível.

Isso parece apontar para um problema quanto à compreensão ontológica do autor. Mais do que a gnosiologia, talvez a questão esteja voltada para a ontologia. Parece-me haver uma falha metodológica neste ponto. Veja a seguinte questão: o suporte físico refere-se a quê, afinal, ao objeto do conhecimento ou ao objeto real (coisa em si)? Se definitivamente só se opera com o objeto do conhecimento, então, fica aberta a dúvida acerca deste elemento material/físico que compõe o signo. Se este suporte físico não é o objeto empírico (coisa-em-si) o que seria então? A tinta de caneta sobre o papel e as ondas sonoras são conteúdos da consciência ou são coisas-em-si? Se admitirmos que o suporte físico é conteúdo da consciência então já não se pode aceitar a afirmação de que possui base física/material, sob pena de aí sim haver confusão entre os objetos do conhecimento e os objetos reais. Insisto, parece haver uma confusão entre linguagem e realidade, pois o autor defende, primeiro, que o objeto do conhecimento é conteúdo da consciência e logo em seguida afirma que o acesso a este conteúdo da consciência se dá por meio de um suporte físico que é exterior à consciência. Então seria o signo um ponto de contato entre a realidade e a linguagem? Parece-me que essa resposta não é dada pelo autor.

Para exemplificar o que foi dito: numa relação de conhecimento temos: a linguagem do sujeito cognoscente, a linguagem do sujeito destinatário sobre a linguagem do objeto cão. Ao transportar esses elementos para o triângulo semiótico teríamos:

- a tinta sobre o papel com a grafia "cão", enquanto suporte físico;
- a conotação e denotação, o sentido e alcance, enquanto significados;
- a proposição construída individual e subjetivamente, enquanto significação.

A partir desses dados, questiona-se: em que lugar do triângulo semiótico entraria o objeto real (cão que efetivamente morde)? A resposta poderia ser que não há nesse triângulo lugar para o objeto real, mas apenas para o objeto do conhecimento. Até aí, perfeito. Entretanto, questiona-se: a tinta sobre o papel não é um objeto real e empírico? Parece-me que a única resposta lógica é o sim, a tinta sobre o papel com a grafia "cão" é sim um objeto real, a coisa-em-si é aquele exato fragmento de papel com aquele preciso depósito de tinta. Ora, mas quando se admite que o suporte físico tem corpo físico, material, ontológico, por que não o aceitar também como o próprio cão real que efetivamente morde? E se aceitarmos que o suporte físico é o próprio cão real que morde, o signo estaria impregnado não mais com o objeto do conhecimento, mas com a coisa-em-si.

Não quero com isso infirmar a teoria muito bem elaborada pelo professor PBC, mas me parece que o autor silencia uma resposta fundamental para se compreender perfeitamente suas afirmações sobre teoria do conhecimento.

Já a perspectiva de Adeodato parece explicar melhor os três componentes do conhecimento: ideia, evento e signo. Isso porque não elimina da teoria do conhecimento o contato com a coisa-em-si, enquanto evento, apenas parte do pressuposto que a coisa-em-si é também uma criação linguística. Portanto, todos os três elementos ficam dissolvidos em linguagem.

<sup>45</sup> A expressão figurativa "fontes do direito" é polissêmica, como bem adverte Tárek (2006, p. 120) ao expor ao menos seis sentidos possíveis: (i) o conjunto de fatores que influenciam a formulação normativa; (ii) os métodos de criação do direito, como o costume e a legislação (no seu sentido mais

selecionar quais as hipóteses normativas abstratas preveem aquela situação fática, estejam elas positivadas no Código Civil, no Código Penal, ou em qualquer outro feixe de enunciados do direito positivo que seja válido, vigente e eficaz. Caso haja divergência entre o relato inicial e o relato controvertido pelo réu, cabe a este apontar qual a fonte do direito que deve ser utilizada para a solução do caso. Assim, a inegabilidade dos pontos de partida é o dogma básico da dogmática jurídica e revela que sempre haverá uma fonte jurídica da qual se deve partir para solucionar o problema concreto. Nas palavras de Lourival Vilanova (2000, p.53), isso ocorre porque “não há fato jurídico sem norma jurídica, cuja hipótese de incidência tenha o fato natural, ou o fato social da conduta como base de qualificação”.

**2º estágio – interpretação das fontes do direito:** Uma vez identificada qual a fonte do direito, a dogmática jurídica constrange os atores a dizerem qual o preciso sentido e alcance dos textos normativos diante do caso concreto. Busca-se aqui reduzir o máximo possível os vícios da vagueza e da ambiguidade, como tentativa de superação da incontornável incompatibilidade entre significantes e significados: típica tarefa de interpretação.

**3º estágio – argumentação sobre qual interpretação deve prevalecer no caso e na norma:** antes da decisão definitiva todos os participantes do discurso (partes, testemunhas, advogados, magistrados, peritos etc.) contribuem para a determinação do significado das fontes alegadas e a normatização do caso concreto. Neste momento, são estrategicamente mobilizados os argumentos a convencer os demais atores de que determinados significados devem ser aceitos em relação aos fatos e às normas.

---

amplo, abrangendo também a criação do direito por meio de atos judiciais e administrativos, e de transações jurídicas); (iii) o fundamento de validade de uma norma jurídica – pressuposto da hierarquia; (iv) o órgão credenciado pelo ordenamento; (v) o procedimento (atos ou fatos) realizado pelo órgão competente para a produção de normas – procedimento normativo; (vi) o resultado do procedimento – documento normativo. No presente trabalho o significado atribuído a essa expressão é o antecedente da norma jurídica abstrata. Para dizer com Lourival Vilanova (2010), a hipótese descritiva de possível ocorrência. Para afirmar com Tárek (2006, p. 69) “o antecedente da norma jurídica que descreve um fato de possível ocorrência (norma abstrata), lícito no caso da norma primária, ou ilícito, no caso de norma secundária”.

**4º estágio – decisão definitiva:** este último passo pode ser compreendido como o momento da consolidação da relação jurídica, quando não mais há discussão sobre qual foi o relato vencedor.

Note-se que a divergência entre os atores participantes do processo judicial pode recair desde a eleição das fontes, da interpretação “correta”, até qual o argumento decisivo para a solução da lide. Também é possível que haja consenso sobre as fontes e sobre a interpretação, mas entrem em controvérsia em relação à argumentação. Veja as decisões colegiadas, por exemplo, do STF ou do STJ, em que ministros divergem em detalhes finais, apesar de seguirem a mesma estrutura de raciocínio.

Desse modo, Adeodato (2011, p. 122) conclui que “a análise retórica da dogmática jurídica mostra que ela constrói o direito caso a caso, vale dizer, que o direito não é previamente dado, mas também que essa construção não é “livre”, precisa respeitar “regularidades”, “constrangimentos”, ou como se os queira denominar, métodos da retórica material e metodologias divergentes sobre como tratá-los”.

É importante destacar que o cumprimento das normas jurídicas pelos particulares nos limites territoriais de um Estado Soberano supera em muito os poucos conflitos levados ao Poder Judiciário. Até mesmo em fase judicial há o estímulo à celebração de acordos, em qualquer grau de jurisdição ou fase processual, o que aponta a sempre desejável solução dos conflitos jurídicos, ainda que não exclusivamente por meio da jurisdição.

### **2.3 COMPREENSÃO DOS FATOS JURIDICAMENTE RELEVANTES PARA A POSTURA RETÓRICA**

É função da ciência do direito (retórica analítica) conhecer as relações entre: (i) os fatos juridicamente relevantes (individuais), (ii) os símbolos que compõem o ordenamento jurídico (fontes do direito); e (iii) os significados normativos dos significantes linguísticos, cuja constituição só se realiza no caso concreto.

Neste subcapítulo, procura-se compreender a irracionalidade do individual e a tentativa de transformar o evento em fato juridicamente relevante.

A concepção tradicional, marcadamente ontológica, afirma que comunicação é troca de informações que cada interlocutor detém. Nessa linha, Maurício Abdalla (2004) entende que a comunicação é vista como a transmissão de um conteúdo interno de uma consciência individual para outra ou outras consciências individuais, mediante as linguagens: as palavras (escritas ou faladas), os gestos, o desenho, a música e a poesia, por exemplo.

No entanto, para a perspectiva retórica “comunicar significa os participantes construírem conjuntamente informações”. (ADEODATO, 2011, p. 133)<sup>46</sup> “Até porque o conhecimento é uma das situações que ocorre dentro da comunicação”. (FERRAZ JR, 2014, p. 94)<sup>47</sup> Desse modo, não há nada fora da linguagem, toda a realidade é, assim, construída intersubjetivamente na comunicação humana.

Nesta altura, pode-se questionar, afinal, como é possível distinguir entre um emissor e um destinatário, se pressupomos que já estão sempre em comunicação. Em outras palavras, como é possível afirmar que toda a realidade é construída intersubjetivamente se já no seu pressuposto reside a distinção entre dois sujeitos? Não estaria aqui a prevalecer uma nota ontológica pressuposta ao raciocínio retórico?

O questionamento e seu enfrentamento foram conduzidos pela interessantíssima perspectiva de Tércio Sampaio Ferraz Jr. (2014) ao reduzir o problema na seguinte pergunta: como é possível a comunicação como intersubjetividade sem pressupor que sujeitos comunicativos (emissor/destinatário ou emissor/receptor) são duas séries de eventos psíquicos à condição de que nenhum (ou ao menos algum) evento de uma série não pertença à outra?

---

<sup>46</sup> Um pouco mais a frente Adeodato (2011, p. 144) afirma: “comunicação não é ‘troca’ de informação, porém sim **constituição conjunta de informação**”.

<sup>47</sup> De acordo com Tércio (2014, p. 94): “Com base nessa liberdade, o sujeito responsável é pensado não como um agente que se *apropria* dos recursos de acesso à informação (*conhecimento*), mas como um agente que interage por meio deles: a *comunicação* mesma como um bem em comum e não como um bem apropriável mediante conhecimento”.

Esse mesmo problema na distinção diádica (entre sujeitos), também pode ser transportado para a ideia do que há fora dos sujeitos da comunicação, ou seja, o que autoriza o receptor entender o ato de fala do emissor.

Ilustrativamente, imagine-se um cliente (emissor) escrever num papel ou pronunciar em voz audível em uma lanchonete a frase: “quero um pão com manteiga” para um garçom (receptor). Por que o outro polo da comunicação recebe a mensagem e entende a ideia transmitida? Por que ao invés de captar a ideia de “pão com manteiga” o receptor não entende “bolo de cenoura”? Tudo isso quer dizer que, aparentemente, há um canal físico (tinta de caneta no papel, ondas sonoras emitidas pelas cordas vocais) que permite/controla a comunicação entre os sujeitos. Afinal, se o garçom trazer um “bolo de cenoura” em vez do “pão com manteiga”, o cliente protestará. Mas ao admitir a existência de um canal físico, não estaria também a se admitir uma realidade independente dos sujeitos, para não dizer com todas as letras, um pressuposto ontológico inafastável?

Como entender isso? Uma postura cética no conhecimento parece claudicar nesta altura. Entretanto, parece possível responder a este problema se aceitarmos que realmente estamos enclausurados numa loucura coletiva da qual é irrespondível a pergunta do quê ou de quem nos colocou debaixo dessa condição de loucura e não de esclarecimento. Trata-se de um meta problema filosófico ou de uma primeira questão existencial, cuja resposta, infelizmente, ainda parece ser dogmática.<sup>48</sup> Diz-se dogmática porque não seria possível um regresso infinito para identificar o que é o princípio supremo ordenador da realidade existencial, ou seja, não é racional a resposta de quem ou o quê nos colocou em comunicação.<sup>49</sup>

---

<sup>48</sup> Essa pergunta persegue o homem há muito tempo e seria – para dizer o mínimo – arrogante a pretensão de dar por resolvido o problema neste trabalho, vale dizer, que sequer é escrito por um filósofo, mas por (talvez) um jurista. A dúvida vai nos perseguir por longos e longos anos até nos conformarmos com um relato vencedor, seja ele imposto por uma (suposta) racionalidade, seja pela força bruta do acaso. Identificar o problema, pelo menos, já é o ponto que une todo o pensamento da história da filosofia. A resposta, no entanto, fica ao encargo de cada um – portanto, é também o que faz divergir toda a história da filosofia. (A história da filosofia é a narrativa da identificação dos problemas e não das respostas aos problemas).

<sup>49</sup> Eis o chamado *trilema de Münchhausen*, que de acordo com Tércio (2014, p. 148) “afirma ser uma última fundamentação impossível, pois ou a proposição fundamentante há de ser, ela própria, fundamentada, o que conduz à irracionalidade do regresso ao infinito, percebida por Aristóteles desde a Antiguidade, ou então há de se desistir de sua fundamentação, do que resulta seu caráter dogmático e arbitrário”.

Para Aloísio Krohling (2014), por exemplo, o fundamento primeiro de todas as coisas é o caos, tal como o previa na Antiguidade Anaximandro de Mileto (611-547 a.c.). O princípio de tudo não está na água, no fogo, no ar, na terra nem em qualquer outro elemento material unitário e unificador. Antes disso, está assentado na multiplicidade caótica que simultaneamente é origem e fim de tudo e todos. Ao explicar a posição do filósofo antigo, Aloísio (2014, p. 35) aponta “o *kháos* como ilimitado é sinônimo de multiplicidade de contrários que lutam entre si e é desta diversidade infinda de elementos contraditórios indefiníveis que surge o *kósmos*”. Dessa maneira, conclui que para Anaximandro, “o princípio de tudo era o *kháos*, o imaterial, o incriado, o não-gendrado (*agéneton*), o indefinido, o infinito, o princípio originário (*ápeiron*)”.

Entretanto, a ideia do caos como fundamento primeiro que nos colocou em comunicação uns com os outros nada mais é senão do que um recurso externo à própria comunicação. Logo, seria facilmente substituível a ideia do caos, pela figura de deus, ou da suprema razão ou de qualquer outro mito ou figura responsável por instaurar a comunicação. A dúvida surge quanto à possibilidade de responder o problema a partir de um critério interno à comunicação.<sup>50</sup>

A resposta pelo critério externo (caos) pode não *solucionar* o problema, mas ao menos o *resolve*<sup>51</sup> ao constituir um ponto de partida *provisório* e coerente com a retórica sobre o qual se pode prosseguir na discussão.

Retomando o fio da reflexão. O mundo dos eventos é individual e irracional, porque a razão só opera por meio de conceitos gerais. Assim, o conhecimento dos eventos ocorre por meio de um processo de racionalização, em que são ignoradas individualidades do evento e a partir das frações selecionadas são criadas ideias. A

---

<sup>50</sup> Nesse sentido, cf. o texto de Tércio Sampaio Ferraz Jr: *Moralidade e senso comum*. In: O direito, entre o futuro e o passado. pp.131-159.

<sup>51</sup> Adota-se aqui a distinção feita por Tércio Sampaio Ferraz Jr (2005, p. 18): “o discurso filosófico é tipicamente um discurso que desemboca em aporias (que é o conhecer, o falar, o ser justo, o verdadeiro, etc.), mas, ao enfrenta-las, reconhecendo-as como motivo último do seu discursar, é racional, mesmo quando as ‘resolve’ (embora não as ‘solucione’), afirmando o *absurdo* como fundamento. Em última análise, no discurso racional tem de haver espaço para o questionamento que é outra regra básica que me permite falar em discurso fundamentante”. Veja que para os cristãos, o protesto diante do caos seria imediato, substituindo-o pela figura de deus. Em todo caso, deus ou caos não passariam de um fundamento dogmático qualquer, facilmente substituível por qualquer outra palavra (mula-sem-cabeça, Joana D’Arc, Alá, Big Bang etc). A credibilidade de cada uma dessas estratégias é que define, afinal, o relato vencedor, jamais a verdade absoluta.

cada uma dessas ideias o ser humano atribui um nome, ou seja, faz correspondência entre a ideia e um signo linguístico (significante).

Em outras palavras, o conhecimento é uma criação intersubjetiva, por meio da qual o contato com (i) um *evento individual* forma (ii) uma *ideia geral* corporificada em (iii) um *signo linguístico*.

Nunca é tarde advertir que cada um desses três elementos (evento, ideia, signo) é constituído por linguagem, não havendo nada externo, nenhum critério “objetivo” a constranger o homem a entender dessa ou daquela maneira.

Também é interessante lembrar que é fundamental haver a comunicação com outros seres humanos para a formação da realidade, pois o conhecimento é intersubjetivo e a única diferença entre loucos e lúcidos é a quantidade de pessoas a convergir em relação ao mesmo relato.

A literatura de Dostoiévski (2008) é muito rica ao ressaltar esses momentos psicológicos de “intensificação extraordinária da autoconsciência”<sup>52</sup>, ou os “minutos supremos” em que a confusão do ataque epilético do Idiota o conduz à pergunta de razão prática: o que efetivamente fazer com a realidade? Na meditação acerca do seu próprio estado epilético o protagonista da narrativa russa, príncipe Liev Nikoláievitch Míchkin, chega a uma conclusão que coincide com a proposta retórica: Qual é o problema de ser isso uma doença? “Qual é o problema se essa tensão é anormal, se o próprio resultado, se o minuto da sensação da beleza, dá uma sensação inaudita e até então inesperada de plenitude de medida, de conciliação e de fusão extasiada e suplicante com a mais suprema síntese da vida?” E logo adiante o narrador em terceira pessoa conclui: “o embotamento, a escuridão da alma, o idiotismo se apresentavam diante dele como uma nítida consequência desses minutos supremos”. Esses lampejos de plena razão aos olhos de outras pessoas podem parecer nada além do que uma doença do Idiota. Mas aos olhos do próprio protagonista, neste excerto de amarga melancolia, o ataque epilético não passou de um relâmpago de luz extraordinária em que “todas as inquietações, todas

---

<sup>52</sup> Cf. especialmente o tópico V da Segunda Parte de O Idiota.

as suas dúvidas, todas as aflições pareceram apaziguadas de uma vez, redundando em alguma paz interior, plena de uma alegria serena, harmoniosa, e de esperança, plena de razão e de causa definitiva”. Se o idiota é um louco ou um sábio, não basta sua autoconsciência, é necessário que este relato seja o vencedor na comunidade.

Nessa linha, a retórica entende que ninguém está autorizado a compelir o outro a determinado ponto de vista, porque todos estão fornecendo apenas relatos, meras opiniões acerca do mundo, sem que alguma “verdade” seja capaz de discernir quem está certo ou errado na tomada de suas decisões. Eis aí a já mencionada isostenia.

O relato vencedor constitui a realidade, como um acordo linguístico provisório, e constrange os demais sujeitos, com maior ou menor êxito, a participarem de seu discurso ainda que dele não sejam crentes.

Veja por exemplo a contagem do tempo. Na sociedade ocidental convencionou-se que o nascimento de Cristo é um marco da civilização. Independente dos motivos que levaram este relato à vitória no contexto das demais opções (os orientais não seguiram este relato, como é o caso do calendário chinês), um sujeito que queira se referir a algum dado histórico fica constrangido a falar que o seu nascimento ocorreu no ano de 1988. Mesmo que este sujeito seja um ateu convicto, ainda assim há de aceitar que o ano 1988 é contado a partir do nascimento de Cristo. Se este sujeito, irredimido, insistisse em não aceitar a figura de Cristo como marco temporal, estaria fadado a um risco maior de insucesso na comunicação com seus pares. Em vez de falar apenas 1988, deveria explicar que segue o calendário x, portanto, foi no ano y que nasceu etc. Note-se que não há nenhum constrangimento ontológico para este sujeito mudar de opinião, pode até ser que seu relato prevaleça em relação aos demais, afinal todos só podem apresentar opiniões, jamais verdades. O que se chama atenção com este exemplo é que o relato vencedor torna desnecessárias maiores discussões, pois funciona como ponto de partida, na maioria das vezes, não problematizado na interação humana.



Guibourg, Chigliani e Gurinoni<sup>53</sup> (1985) ensinam que a possibilidade de o sujeito inventar sua própria forma de comunicação, utilizando-se das palavras como bem lhe aprouver (liberdade de estipulação), produz o risco de incompreensão. Essa dificuldade em assimilar a mensagem transmitida ocorre justamente porque são exigidos do locutor maiores esclarecimentos acerca dos sentidos mobilizados, ao passo que, se optar pelas regras de uso comum – aqui denominadas controle público da linguagem –, provavelmente haverá maior sucesso na comunicação.

A cultura em que está imerso o homem já entrega uma “realidade pronta” que não precisa ser sucessivamente questionada. Isso desonera o indivíduo de um regresso absoluto acerca de todos os papéis que desempenha socialmente. Assim é que o sujeito não começa a problematizar sobre os papéis de professor e aluno, em sala de aula; de filho e pai, em casa; de empregado e empregador, no trabalho; de vendedor e comprador, no mercado; e por aí adiante. Se fosse necessário visitar absolutamente cada uma das interações humanas, o homem passaria boa parte de seu tempo em reflexão e, dificilmente, seria possível a interação.

Um interessante retrato disso se encontra no filme “O enigma de Kaspar Hauser”, do diretor Werner Herzog, cujo personagem é um homem criado sem comunicação com outras pessoas, amarrado em um porão, isolado de todos e alimentado como um animal irracional. Ao ser libertado, já em idade adulta, Kaspar Hauser não tem acesso ao código linguístico da comunidade e precisa cuidadosamente ser iniciado na convivência do vilarejo. A complexidade social, já institucionalizada nos diversos segmentos (religião, etiqueta, moral, filosofia, música, matemática etc.), precisa ser absolutamente apreendida pelo protagonista. A maneira como isso ocorre e o êxito social do protagonista constituem o enredo do filme gravado em 1974 por Herzog.

“Ao contrário” de Kaspar Hauser, porém, o homem já nasce inserido na retórica existencial (realidade), para cuja reconstituição estratégica vai cooperar, seja para a manutenção do senso comum cultural, seja para seu rompimento. A diferença reside no momento em que se dá o encontro do homem com a sociedade. Em Kaspar

---

<sup>53</sup> “En otras palabras, podemos usar cualquier nombre que se nos ocurra para cada cosa; pero cuanto menor sea la aceptación común de ese significado en el medio en que nos movemos, tanto mayor será la dificultad de comunicación y tanto más necesaria alguna aclaración sobre nuestro lenguaje personal”. (1985, p. 35)

Hauser, o ingresso ocorreu já na fase adulta, ao passo que normalmente às crianças são impostos os relatos vencedores.

Da mesma forma, pode-se imaginar a história da Ninfomaníaca de Lars von Trier ou do filho pródigo em Lavoura Arcaica de Raduan Nassar. De acordo com o ponto de vista de cada pessoa a leitura do mundo se altera. Na hipótese da ninfomaníaca, o único que pretendeu ouvir seu relato teve seu desfecho fatal, justamente porque a história de vida e de mundo da protagonista só a ela pertencia e com muita dificuldade chegaria ao relato vencedor da cristã sociedade contemporânea. Quanto ao filho pródigo de Lavoura Arcaica, ao contrário do senso comum religioso que lê a parábola bíblica a partir dos olhos caridosos do pai, a narrativa literária de Raduan Nassar aponta para o seu autoritarismo e a impossibilidade de realização do amor por conta da vedação ao incesto. Outro relato vencido este do filho pródigo se colocado diante dos cristãos, que apelam para o arrependimento daquele que comeu das bolotas dos porcos e agora é recebido em festa com o sacrifício do cordeiro. A literatura e o cinema, em particular, e a arte, em geral, tendem a destacar com singular encanto esses pontos controvertidos dos mais variados relatos estratégicos que se movimentam na constituição da retórica material. Afinal, vai que os relatos da ninfomaníaca e do filho pródigo prevalecem em relação aos relatos do pai caridoso e da castidade sexual monogâmica? Eis aí a nota moral, igualmente, constituída na comunicação enquanto senso comum prevalente na sociedade. Também aí o motivo pelo qual Dietrich Schwanitz (2010) considerar a literatura como a “história da experiência humana” ou, enquanto “acervo da memória coletiva, dar apoio à identidade nacional”.

É interessante anotar que a comunicação também ocorre internamente, por meio do diálogo consigo mesmo em pensamento. Ocorre que a constituição da realidade é fruto do acordo obtido na comunicação intersubjetiva. Lembre-se, a propósito, da diferença entre loucos e lúcidos: a adesão quantitativa deste ou daquele relato.

Essa distinção entre insanidade e sanidade é objeto da literatura psicológica de Dostoiévski (2009), em diversas de suas obras. Em memórias do subsolo o protagonista chega a afirmar que é necessário algum embotamento para se alcançar o sucesso. Uma das interpretações da obra consiste em entender que por mais

esclarecido que possa parecer um indivíduo, a maioria pode convergir em direção contrária atribuindo sucesso ao inútil, fútil e desgraçado aos olhos do entendido.

Não é difícil notar como o senso comum se alimenta tanto com revistas de fofoca, reality shows do estilo Big Brother ou ainda com produtos tecnológicos de obsolescência notoriamente programada. Talvez, o louco desse contexto social seja mesmo quem opta estudar filosofia retórica aplicada à decisão judicial, ao que protestariam: “nós, os ‘homens de juízo’, não pensamos nessas coisas, não pensamos em muitas coisas porque aceitamos a vida como ela é, tal como se convencionou que ela fosse; porque nos habituamos a ela”. (CARNEIRO, 1997, p.70) E quem não se habituou a ela, não passa de um desgraçado.

No pior das hipóteses – a satisfação alcançada seja pelo entendimento retórico dos ardis ontológicos do relato vencedor “da vida como ela é”, seja pela suada e merecida vitória do flamengo no campeonato brasileiro de boxa –, estamos todos igualados pela mesma ilusão do mundo, esta realidade convencionada e institucionalidade pelos mais fortes.

Voltemos para as relações estabelecidas entre evento-signo-ideia no contexto da gnosilogia retórica. O signo linguístico também será sempre geral, ainda que aparentemente individual. É o caso dos nomes próprios, que, em tese, corresponderiam a pessoas individuais. Entretanto, nem mesmo as estratégias linguísticas mais apuradas de aproximação da linguagem ao evento são suficientes para “individualizar” (no seu sentido mais particular e indivisível possível) o seu alcance.

Veja como até mesmo os nomes próprios, por vezes, dependem do auxílio de outros elementos para alcançar a desejada individualidade, como por exemplo: (i) Tárek Leitão Freitas; (ii) filho de Joana Leitão e de Carlos Freitas; (iii) morador da Rua Castelo Branco, no Centro de Vitória, na casa amarela de portão azul, em frente ao Hostel Guaani; (iv) cujos cabelos são lisos, curtos e castanhos, olhos verdes claros, com 1,90 metro de altura, e 80 Kg de peso; (v) que trabalha de tarde como padeiro na panificadora Pão de Forno; (vi) tem 27 anos completos; (vii) atualmente estuda o 5º período de filosofia da UFES, no turno noturno; (viii) joga basquete todo sábado

de manhã no clube ítalo de vitória; (ix) defende o movimento LGBT, gosta de literatura, fala fluentemente italiano e inglês; (x) seu CPF é o nº 111.111.111-03, RG: 1111.111 SSP/ES; (xi) tem um carro do modelo Chevette de cor amarela etc.

Note-se que a quantidade de indicadores ou predicadores não é suficiente para garantir a desejada “individualidade” do significado linguístico, porque, para seguir no exemplo, todas as informações acerca de quem é, afinal, Tárek Leitão Freitas podem ser substituídas pelo simples enunciado contextual “o sujeito que esteve aqui ontem” ou “aquele ali”. Essas simples afirmações podem obter mais sucesso na identificação do evento único que se pretende comunicar do que todos os predicadores e indicadores reunidos.

Tudo isso demonstra que, independente do esforço linguístico empregado, o significante linguístico (signo) será sempre geral, o significado (ideia) sempre será geral e o evento sempre individual. Importante, com maior ou menor sucesso, é alcançar acordos linguísticos provisórios acerca dessa “realidade” e isso independe de constrangimentos objetivos externos ao próprio contexto comunicacional.

Com as palavras de Adeodato (2011, p.139), isso “quer dizer que a individualidade do mundo real só pode ser ‘racionalizada’ por meio de abstrações ideais, que se distanciam do mundo real, mas ao mesmo tempo possibilitam o reconhecimento dos eventos e assim a experiência”.

A partir dessa compreensão é possível perceber que a linguagem é um filtro autorreferente, não há nada além dela, como insistentemente tem se afirmado ao longo deste trabalho: a realidade é literalmente construída pela comunicação humana, ou seja, este é o único e inescapável filtro da realidade.

Apesar de corriqueira a citação entre os textos que tratam da questão, as palavras de Nietzsche (*apud* ADEODATO, 2011, p.141) são insubstituíveis:

Quando alguém esconde uma coisa atrás de um arbusto, vai procura-la ali mesmo e a encontra, não há muito o que enaltecer nesse procurar e encontrar: e é assim que ocorre com o procurar e encontrar da “verdade” no interior da circunscrição da razão. Se forjo a definição de animal mamífero e em seguida declaro, depois de inspecionar um camelo: vejam, um animal

mamífero, com isso decerto uma verdade é trazida à luz, mas ela é de valor limitado, quero dizer, é inteiramente antropomórfica e não contém um único ponto que seja “verdadeiro em si”, efetivo e universalmente válido, independentemente do ser humano.

Não compreender isso, ou melhor, “não aceitar isso é o maior óbice que o senso comum coloca à filosofia retórica”, quem o afirma é João Maurício Adeodato (2011, p.142) em crítica ao que denomina “sensação ontológica atávica”.

Note-se que o entendimento da realidade por meio da retórica material dilui as fronteiras entre ciência, religião, mitologia, história. Isso porque o criacionismo cristão tem o mesmo peso da teoria do *big bang* e do mito da fundação de Roma por Rômulo e Remo. Não há qualquer diferença linguística entre uns e outros, importando apenas qual desses relatos se sobressai como dominante. A partir da identificação dos relatos dominantes, as ações do sujeito são condicionadas a seguirem o mesmo padrão, dado contra o qual se animam as mais diversificadas retóricas estratégicas.

Veja que essa perspectiva, em certo sentido, acaba por atribuir importância à dogmática jurídica, pois a torna responsável, com sua ameaça de violência legitimada, em boa parte, pela criação da realidade. E as diversas formas de controle intersubjetivo são cruciais para a eleição dos relatos vencedores. Eis o nível estratégico intimamente relacionado ao nível material, na construção sucessiva do mundo. A cada um dos sujeitos que partilham a realidade resta uma de duas posturas: simplesmente reproduzir os padrões já instaurados ou de alguma maneira colocar-se estrategicamente na alteração dessa realidade.

Ao primeiro grupo, diria com Raduan Nassar (1989, pp.193-194): e, circunstancialmente entre posturas mais urgentes, cada um deve sentar-se num banco, plantar bem um dos pés no chão, curvar a espinha, fincar o cotovelo do braço no joelho, e, depois, na altura do queixo, apoiar a cabeça no dorso da mão, e com os olhos amenos assistir ao movimento do sol e das chuvas e dos ventos, e com os mesmo olhos amenos assistir à manipulação misteriosa de outras ferramentas que o tempo habilmente emprega em suas transformações, não questionando jamais sobre seus desígnios insondáveis, sinuosos, como não se

questionam nos puros planos das planícies as trilhas tortuosas, debaixo dos cascos, traçadas nos pastos pelos rebanhos: que o gado sempre vai ao poço.

Ao segundo grupo, com Miguel de Cervantes de Saavedra (2011, p. 172):

- A profissão do meu exercício não consente nem permite que eu ande de outra maneira. O sossego, o regalo e o repouso se inventaram lá para os frouxos cortesãos; já o trabalho, a inquietude e as armas só se inventaram e fizeram para aqueles que o mundo chama cavaleiros andantes, dos quais ainda que indigno, sou de todos o benjamim.

De tudo o que foi dito, importa acentuar o seguinte. Na dogmática jurídica o contato com o evento permite que os sujeitos em comunicação constituam o fato juridicamente relevante ao priorizar nas incontáveis individualidades ali existentes, quais as que correspondem às fontes do direito (significante) e à própria ideia do que é jurídico (significado).

#### **2.4 NORMA JURÍDICA COMO SIGNIFICADO (IDEIA)**

Tornou-se um lugar-comum o entendimento de que os conceitos são porosos, significantes e significados da linguagem têm uma história, tornando variado e fugidio seu preciso alcance e sentido. Quanto mais antiga uma palavra, como é o caso de “democracia”, “bem”, “espírito”, mais difícil o trabalho para o intérprete compreender o que se pretende significar.

Esse problema está sempre presente, com aparência de maior ou menor profundidade. Até mesmo em palavras novas como “internet”, os interlocutores podem preencher sentidos diferentes, quanto mais em conceitos que passaram por diversas traduções, desde o hebraico, para o latim, para o alemão e, enfim, para o português, como é supostamente a escrita da Bíblia, por ocasião da vulgata, da septuaginta e outros momentos de interação comunicativa em que seu texto era modificado.

Funciona de maneira assemelhada ao jogo infantil conhecido como “telefone sem fio”, cuja compreensão última, por vezes, difere absolutamente do que foi

inicialmente discursado. Imagine-se, então, um telefone sem fio que liga incontáveis participantes por mais de dois milênios tentando transmitir o que significa “direito” ou “poder”. Esses vocábulos por maior que seja o esforço teórico na transmissão do sentido podem alcançar contornos muito diferentes no tempo e no espaço.

Apesar dessa postura cética em relação à verdade por correspondência entre significantes e significados, os retóricos também se preocupam em alcançar os acordos provisórios da linguagem. Por isso é importante haver a compreensão do mesmo código linguístico (todos os participantes entendem a língua portuguesa), como primeira possibilidade de comunicação “bem-sucedida”.

Além disso, é necessário que as palavras estejam ao alcance dos interlocutores, pois no mesmo código linguístico é possível haver incompreensões de certas expressões como “prolegômenos fastidiosos da sebenta” em vez de “introdução cansativa da apostila”.

Apesar dos incontornáveis abismos gnosiológicos e axiológicos entre ideia, signo e evento, é desejável buscar maior precisão na comunicação, expurgando do contexto dialógico os ruídos da carga emotiva, ambiguidade e vagueza.

Os planos sintático e semântico da linguagem são insuficientes para responder aos problemas sob o prisma retórico, pois a estrutura signo-signo (sintática) ou a atribuição de verdade/falsidade na relação por correspondência entre signo-objeto (semântica) acabam por esconder a retórica material de que toda linguagem é constitutiva da realidade quando partilhada intersubjetivamente. Resta o critério pragmático (relação entre signo e utente) para determinar o sentido dos conceitos.

Nessa ordem de ideias, na perspectiva retórica não faz sentido perguntar “o que é algo”, pois não há uma natureza independente neste algo-em-si. É coerente apenas questionar “em que sentidos pode se utilizar algo”, atitude mais uma vez fiel ao pressuposto teórico da retórica material.

Assim, em termos pragmáticos, a sugestão de João Maurício Adeodato (2011) sobre quais os conceitos de norma jurídica encontra critérios no tempo, apenas com a

ressalva de que a distinção tem caráter didático. Para o autor, norma jurídica pode ser utilizada: (i) como um tipo de ideia significada (futuro); (ii) como fonte do direito significante (passado); e (iii) como decisão concreta (presente).

A par das intensas discussões, próprias dos mais variados movimentos teóricos modernos (Escola da Exegese, Escola Histórica, Jurisprudência dos Conceitos, Jurisprudência dos Interesses, Escola Livre do Direito etc.) ou contemporâneos (Construtivismo Lógico-Semântico, Escola Jurisprudencialista do Direito de Coimbra etc.), o presente trabalho não tem por objeto de pesquisa a história das ideias de norma jurídica.

Portanto, com o marco teórico retórico, funda-se o primeiro sentido de norma jurídica como: **ideia**, o significado sempre geral de um significante. Recorde-se que ideia é o resultado da racionalização que a mente humana faz diante da individualidade irracional do evento concreto.

Sobre a ideia de norma jurídica, é possível perceber uma **estrutura** e uma **função**. Em primeiro lugar, essa ideia está associada ao objetivo de regular condutas humanas possíveis – possibilidade compreendida de acordo com a **retórica material** na redução de complexidades dos eventos individuais. Isso quer dizer que as condutas reguladas não podem ser as necessárias ao homem ou intrassubjetivas (respirar, amar, sentir) nem as impossíveis (viajar ao centro da Terra, conversar com alguém que já morreu ou visitar o interior de um buraco negro).

A **hipótese normativa** é a parte ideal da estrutura que vai separar as condutas em relevantes ou irrelevantes para o direito. Apesar de Adeodato apontar esta parcela da estrutura da norma como de caráter descritivo, entendemos com apoio na doutrina de Lourival Vilanova (2010) que embora a forma da hipótese esteja na maioria das vezes desenhada como a descrição de um fato, a determinação desse conteúdo fático é fruto de uma operação prescritiva [Deve-Ser (Hipótese → Consequência): operação de functor sobre functor, ou seja, deve ser esta hipótese, deve ser este vínculo de imputação, deve ser esta consequência].



Em seguida, a **prestação** é a conduta que deve ser realizada pelo sujeito, de acordo com os funtores deônticos (obrigatório, proibido, permitido) prescritos. Aqui está compreendida a ideia de relação jurídica entre sujeito ativo portador de um direito subjetivo e sujeito passivo responsável por um dever jurídico. O sujeito está autorizado faticamente a não cumprir com a prescrição normativa, mas essa conduta, denominada fato ilícito, implica uma **sanção** jurídica.

A compreensão da estrutura da norma jurídica é fortalecida por meio da teoria dos sistemas, muito utilizada por diversas escolas analíticas, como a de Paulo de Barros Carvalho e Tárek Moysés Moussallem, com declarado arrimo em Hans Kelsen e Lourival Vilanova.

De acordo com Tárek Moysés Moussallem (2011, p. 115) a norma jurídica em sentido estrito é “a significação deôntica, completa, articulada entre esses elementos (semântica) e estruturada na forma lógica do condicional (sintática), resultado do uso prescritivo da linguagem (pragmática)”. Em linguagem formalizada, a estrutura da norma jurídica, para o autor capixaba (2010, p. 74-75), seria percebida assim:

$$D \{ [ F \rightarrow (S'RS'') ] V [ - (S'RS'') \rightarrow (S'R'S'') ] \}$$

Estrutura lógica hipotético-condicional cujos elementos são:

<b>D</b>	functor deôntico não modalizado (dever-ser) que incide sobre todos os categoremata e sincategoremata.
<b>[ F → (S'RS'') ]</b>	norma jurídica primária
<b>F</b>	antecedente da norma jurídica primária, que descreve <sup>54</sup> um fato de possível ocorrência.

<sup>54</sup> A descrição de um fato de possível ocorrência não torna o antecedente da norma jurídica uma proposição sujeita à lógica apofântica, de valor veritativo. Isso porque incide sobre esta descrição a valoração do sistema do direito positivo, ou seja, o functor (dever ser) está presente em toda estrutura da norma jurídica, sujeitando todos seus elementos à lógica deôntica.

Nas palavras de Lourival Vilanova (2010, p.69): “A verificação empírica como critério-de-verdade (material) não se transporta para o mundo do Direito como critério-de-validade. (...) Não se pode exigir normativamente que se faça verdadeira a proposição afeta de operador deôntico, porque verdadeira nunca pode ser”.

→	o nexo de imputação jurídica
<b>(S'RS'')</b>	o conseqüente da norma primária: a relação jurídica imputada entre sujeitos-de-direito
<b>[ - (S'RS'') → (S'R'S'') ]</b>	a norma jurídica secundária
<b>- (S'RS'')</b>	ato ilícito: o descumprimento da obrigação prevista na norma primária
<b>(S'R'S'')</b>	conseqüente da norma secundária: relação jurídica processual
<b>V</b>	disjuntor includente
<b>R e R'</b>	variáveis relacionais, categoremáticas passíveis de conversão em proibido, obrigatório e permitido
<b>S'</b>	o sujeito-de-direito ativo, detentor de um direito subjetivo
<b>S</b>	o sujeito-de-direito passivo, detentor de um dever jurídico
<b>S'''</b>	o Estado-Juiz passivo, detentor da jurisdição

A **função** da norma jurídica é o que diferencia a estrutura formal do sistema jurídico de outras ordens normativas (religião, etiqueta, moda). Por meio da dogmática jurídica são realizadas promessas (é proibido matar, é obrigatória a democracia, é permitido o casamento) para redução atual de possibilidades futuras. A função da norma jurídica atua no plano da retórica estratégica, pois se articula com as expectativas humanas sobre a incerteza do porvir.

Para lidar com a indeterminação do futuro, os homens procuram a estabilidade, ainda que provisória, de modo a garantir o comportamento normal de seus pares, ou seja, reduzindo o espaço de possibilidades. Se em cada instante, cada ser humano estivesse preocupado em ser violentado pelo outro, não seria possível a convivência e a interação em espaços públicos ou privados. Assim, são criadas regras de conduta, de etiqueta, de bom senso, para vincular as demais pessoas e permitir o desenvolvimento das potencialidades do sujeito na coletividade.

Só que nem sempre as regras da etiqueta, da “boa” educação, e do bom senso são obedecidas. As manifestações culturais podem responder de diversas formas ao sujeito que viola as regras de seu meio social. Pode premiá-lo ou puni-lo. O aumento da complexidade das relações humanas demonstrou que a *força* organizada em monopólio do Estado e a ameaça de sua utilização no presente é um eficaz mecanismo de controle das condutas humanas desviantes dos padrões sociais, mais uma vez acentuando a importância da dogmática jurídica em sua função estratégica de organização da sociedade em direção ao relato vencedor.

Nesse contexto, em busca da estabilidade nas relações humanas são criadas regras de convivência, cuja violação permite a aplicação de **sanção**. Registre-se que essa sanção deve ser vista por todos como real ameaça de violência, a ponto de desestimular, intimidar quem se arriscar ao descumprimento com consequências desagradáveis e frustrantes. Afinal, “a expectativa do mal é mais amarga que o próprio mal, especialmente quando não temos como nos livrar dessa expectativa ou dessas apreensões”.<sup>55</sup>

Caso haja a frustração da expectativa consolidada na norma jurídica, ainda resta a alternativa de adaptação. Por exemplo, se um contrato prevê o pagamento do aluguel mensalmente, se não houver o cumprimento da obrigação por parte do devedor, então é cabível o pedido de despejo. Nesse arranjo de promessas, ameaças, medos, cumprimentos e violações, as relações humanas são desenvolvidas. “O direito, por meio dessa normatividade, constitui assim um vínculo com aquilo que supostamente vai acontecer, pois a norma jurídica é uma representação de um futuro estável em um horizonte de incertezas”. (ADEODATO, 2011, p. 175).

Apenas como curiosidade, o controle excessivo do futuro pelo direito pode ser entendido como um paternalismo indesejado, ocasião em que são estipulados detalhes da conduta humana aparentemente sem relevância política-jurídica.

---

<sup>55</sup> DEFOE, Daniel. Robinson Crusoe. Sergio Flaksman (trad). São Paulo: Penguin Classics Companhia das Letras, 2011 p. 259

Isso não é privilégio apenas do Código Prussiano de 1794 que estabelecia, entre seus 19 mil artigos, solução para problemas tão “privados” como o das razões justificativas da recusa do ‘débito conjugal’ ou o da determinação da idade em que os cônjuges deveriam retirar o filho pequeno da cama do casal”. (BRONZE, 2010, p.776-777)

O Estado do Espírito Santo promulgou a lei ordinária nº 10.369, de 22 de maio de 2015, que “proíbe a exposição de recipientes ou de sachês que contenham cloreto de sódio (sal de cozinha) em mesas e balcões de estabelecimentos que comercializam alimentos preparados para o consumo, como bares, restaurantes, lanchonetes e similares”, com previsão de multa de R\$ 1,3 mil por descumprimento. Somente se o cliente solicitar o sal é que o fornecimento está autorizado por lei.

Colocados os excessos típicos de Estados paternalistas de lado, percebe-se a função reguladora do direito como garantia racionalizada do futuro. Daí que Adeodato (2011, p. 179) afirma “entre esses dois extremos de anomia, ausência de norma, estão os casos ‘normais’, aqueles em que diversas possibilidades são reduzidas a uma, de acordo com a norma que vai guiar a decisão sobre a retórica material e assim constituir o evento futuro, voltar à ‘realidade’”.

## **2.5 NORMA JURÍDICA COMO SIGNIFICANTE (SIGNO)**

A definição do conceito de signo é bem ampla, compreendendo palavras, sinais, gestos, entonações, vibrações e tudo o que serve como meio de transmissão de informações, significados. Toda forma de comunicação se dá por meio dos signos. Assim, até mesmo o olhar e o aperto de mão são formas linguísticas de comunicação de significados. Por acaso, não foi assim que Fausto se dirigiu à doce Margarida, quando lhe toma as duas mãos e enuncia: “Não tremas! Deixa que este olhar, que este aperto de mão te diga o impronunciável”. (GOEHTE, 2001. p.139)

Do mesmo modo, o filme ucraniano “A Tribo” (Pleyma), do diretor Myroslav Slaboshpytskiy, estrelado apenas por jovens surdos-mudos, cuja trama envolve intensas relações de uma gangue com sua comunidade. Tudo é entendido sem uma

única palavra falada, tal como advertem os créditos iniciais: “Esse filme é todo expresso em linguagem de surdos-mudos. Não tem, intencionalmente, nenhuma legenda nem voz em *off*”.

A norma jurídica compreendida como significante linguístico é justamente o meio pelo qual se opera a comunicação de um significado normativo (ideia). Nessa linha, Adeodato (2011, p.187) esclarece a relação entre significante e significado por meio de elucidativo exemplo da distinção entre algarismos e números: “a ideia daquele número é sempre a mesma, ainda que sua representação simbólica possa diferir: para o número ‘três’ podem-se utilizar os símbolos como 3, III, three, tres, drei, exibir os dedos polegar, indicador e médio ou indicador, médio e anular”.

Para o “realismo linguístico” a palavra carrega ontologicamente um sentido natural, essencial, autônomo. Como se o homem possuísse uma linguagem carregada de sentido próprio e em seguida fosse encontrar no mundo quais objetos correspondem àquele conjunto de palavras. Essa postura pode ser melhor compreendida por meio da narrativa literária.

Em Cem anos de solidão, de Gabriel García Márquez, os habitantes de Macondo são atingidos pela praga da insônia e gradativamente perdem a memória das coisas. Para não se perderem por completo no ambiente em que vivem, as personagens passam a colocar o nome e a utilidade em cada objeto da realidade. Na medida em que se esquecessem do sentido das palavras, a própria realidade perderia sentido. Eis um trecho a respeito:

Com um pincel cheio de tinta, marcou cada coisa com o seu nome: *mesa, cadeira, relógio, porta, parede, cama, panela*. Foi ao curral e marcou os animais e as plantas: *vaca, cabrito, porco, galinha, aipim, taioba, bananeira*. Pouco a pouco, estudando as infinitas possibilidades do esquecimento, percebeu que podia chegar um dia em que se reconhecessem as coisas pelas suas inscrições, mas não se recordasse a sua utilidade. Então foi mais explícito. O letreiro que pendurou no chachaço da vaca era uma amostra exemplar da forma pela qual os habitantes de Macondo estavam dispostos a lutar contra o esquecimento: *Esta é a vaca, tem-se que ordenha-la todas as manhãs para que produza o leite e o leite é preciso ferver para misturá-lo com o café e fazer café com leite*. Assim, continuaram vivendo numa realidade escorregadia, momentaneamente capturada pelas palavras, mas que haveria de fugir sem remédio quando esquecessem os valores da letra escrita. (MÁRQUEZ, 2006, pp. 50-51)

Em linha contrária, a postura retórica recusa que os símbolos são dotados de sentido próprio, e afirma que sempre são convenções arbitrárias de sentido, por isso mesmo, passíveis de constante modificação (v.g. o debate entorno de qual sentido deve possuir o símbolo “família”). Aqui, também é válido o recurso à literatura, desta vez, por meio da Loucura de Mário de Sá Carneiro (1997, p.36):

Loucura? Mas afinal o que vem a ser a loucura?... Um enigma... Por isso mesmo é que às pessoas enigmáticas, incompreensíveis, se dá o nome de *loucos*... Que a loucura, no fundo, é como tantas outras, uma questão de maioria. A vida é uma convenção: *isto* é vermelho, *aquilo* é branco, unicamente porque se determinou chamar à cor *disto* vermelho e a cor *daquilo* branco. A maior parte dos homens adotou um sistema determinado de convenções: É a *gente de juízo*... Pelo contrário, um número reduzido de indivíduos vê os objetos com outros olhos, chama-lhes outros nomes, pensa de maneira diferente, encara a vida de modo diverso. Como estão em minoria... são doidos.... Se um dia porém a sorte favorecesse os loucos, se o seu número fosse o superior e o gênio da sua loucura idêntico, eles é que passariam a ser os ajuizados: “Na terra dos cegos, quem tem um olho é rei”, diz o adágio: na terra dos doidos, quem tem juízo é doido, concluo eu.

Por isso que o estudo da linguagem é sempre recursivo, afinal, só é possível estudar a linguagem por meio da própria linguagem. Mais uma vez, afasta-se o preconceito ontológico de que há algo fora da linguagem para constranger o sujeito acerca do significado correto daquele significante. O critério da realidade está na maioria, como bem aponta Mário de Sá Carneiro.

Nesse contexto, o símbolo linguístico é a ponte que liga os abismos da ideia geral e o evento individual. Como a transmissão de significados ocorre por meio de suportes físicos, os textos também constituem objetos empíricos (eventos), de maneira que será novamente confrontado pelo conhecimento, na sua relação constitutiva com a linguagem.

A impossibilidade de transportar a ideia para o signo e deste para o evento fica ainda mais clara quando falamos dos sentimentos. Temos uma ideia do que é “amor”, apesar disso, temos muita dificuldade em transportar para alguns símbolos (significantes) a ideia que temos (significado). E não só. Ainda há dificuldade de transportar esses significantes para o papel (evento), como meio físico que possibilita a pessoa amada captar também nosso sentimento.

Essa imensa dificuldade tentou ser superada por D. Quixote, quando explicava a beleza de sua amada Dulcineia del Toboso:

- Se eu pudesse tirar meu coração do peito e colocá-lo ante os olhos de vossa grandeza, aqui sobre esta mesa e num prato, escusaria a minha língua o trabalho de dizer o que mal se pode pensar, porque vossa Excelência a veria nele toda retratada. Mas para que pôr-me agora a delinear e descrever ponto por ponto e parte por parte a formosura da sem-par Dulcineia, sendo carga digna de outros ombros que não os meus e empresa em que se deviam ocupar os pincéis de Parásio, de Tiamantes e de Apeles, e os buris de Lisipo, para pintá-la e gravá-la em tábuas, em mármore e em bronzes, e a retórica ciceroniana e demostina para louvá-la? (CERVANTES DE SAAVEDRA, 2012, p. 398)

O **signo** insere a **ideia** no **mundo real**, ou seja, ao cristalizar o contato entre ideia e evento, o signo acaba por se tornar também um evento passível de conhecimento. Mais uma operação, entre outras sucessivas e infindáveis, da mente humana (sempre geral) em relação ao evento (sempre individual) em produção de significantes linguísticos. Ao mesmo tempo, “os significantes não são espelhos dos significados, mas também os constituem, vale dizer, o texto não apenas significa a ideia, mas também a conforma e a produz, volta a ela e nela interfere em um entrelaçamento infindável”. (ADEODATO, 2011, p. 211)

Apesar de se reconhecer que tudo é linguagem, é importante perceber a diferença analítica, entre ideia, signo e evento.

Nesta altura, questiona-se se existem “conceitos individuais” ou se isso representa uma contradição em termos. No capítulo anterior, vimos que os significantes linguísticos sempre são dotados de indeterminação, de maneira que nem indicadores nem predicadores são suficientes para alcançar a individualidade pretendida, como no exemplo de identificar quem é Tárek Leitão Freitas.

Este trabalho entende, com base em Adeodato (2011, p. 192) que “só é possível descrever algo individual por meio de termos gerais, pois tanto significantes quanto significados são gerais e só o mundo dos eventos é individual”, ou seja, “nenhuma expressão é capaz de denotar diretamente, de denotar somente um evento”.

Reside aqui um paradoxo. De um lado, quanto mais se procura conhecer um evento em suas individualidades, mais difícil será sua inclusão numa classe de objetos

(menos se conhece a seu respeito). Por exemplo: procuro conhecer esta árvore diante de mim; percebo que tem folhas verdes, cumpridas, e tem frutos da cor vermelha. Pode se tratar de uma macieira, mas se observarmos mais e mais detalhes daquela árvore individual, dificilmente haveria semelhança em todas suas características com a classe de macieiras. Aparentemente, o conhecimento aprofundado do ente mostra que menos sabemos acerca de suas categorias, tornando ainda mais difícil a sua classificação na árvore do conhecimento (veja a esse respeito a taxonomia animal em que o aparelho reprodutor das vespas serve como critério de distinção entre as incontáveis vespas existentes).

Vagueza, ambiguidade e porosidade são características inafastáveis da linguagem, podendo ser reduzidas ou intensificadas, mas jamais eliminadas. A porosidade significa a variabilidade da relação significante/significado, em razão dos efeitos do tempo. Assim, a mesma palavra pode alcançar sentido e alcance diferente a depender das contingências em que é utilizada. Uma palavra pode simplesmente deixar de ser usada (prolegômenos), outras podem surgir do nada (internet), ou ainda a mesma palavra pode ter mais de um milênio e uma enorme variabilidade de conteúdo (direito).

Note-se que trabalhar esses ruídos como próprios da linguagem não significa que outras inconsistências do discurso necessariamente estarão presentes. Os equívocos de compreensão e transmissão podem ser fruto da falta de habilidade com a dicção (língua presa), falta de domínio sobre as regras do próprio código linguístico (erros de gramática da língua portuguesa), ou o vocabulário pobre (poucas palavras à disposição para se expressar). Esses problemas de comunicação são contornáveis, por meio da destreza dos interlocutores no trato com a linguagem (literatos ao escreverem suas poesias) ou até mesmo pela convivência reiterada entre iguais (entre surdos mudos opera uma linguagem própria<sup>56</sup>).

Tudo o que foi dito demonstra que o conhecimento do direito enfrenta as incompatibilidades entre fatos juridicamente relevantes (individuais), significantes normativos (fontes do direito) e significados que essas fontes pretendem transmitir

---

<sup>56</sup> Voltamos aqui ao interessante filme *A tribo*, em que todos os atores são surdos-mudos, dado que não “atrapalha” em nada a comunicação entre seus pares.



(ideias gerais). O desfecho desse caminho é a decisão judicial, a norma jurídica decisória, que só é constituída diante do caso concreto.

Desde a sua formulação na Roma Antiga, diversos autores trabalham com a metáfora de fontes, carregando o problema já conhecido como porosidade. Para alguns, pode ser realizada a distinção entre fontes materiais e fontes formais. As primeiras seriam as “fontes das fontes”, o primeiro extrato a influenciar na escolha de conteúdo ético para o direito positivo (lei, jurisprudência, contrato, cheque), enquanto as fontes formais seriam justamente este direito positivo dogmaticamente organizado.

As fontes materiais seriam objeto de estudo da zetética, enquanto as formais, da dogmática. Isso porque entre as várias opções éticas disponíveis a dogmática jurídica seleciona algumas e as juridiciza. A porta de entrada para o sistema do direito positivo das disponibilidades éticas é a hipótese na estrutura da norma jurídica, como já o apontou Lourival Vilanova (2000).

Assim, se alguém cometer homicídio existem diversas opções éticas de tratamento para o homicida, tais como, ele deve: (i) morrer (lei de talião); (ii) ser preso; (iii) ser aplaudido; (iv) passar por um suplício; (v) pedir desculpas publicamente; (vi) receber um culto fúnebre e ser percebido como herói. Entre essas e inúmeras outras opções éticas, o direito positivo seleciona uma e a dogmatiza. Assim, o direito positivo estabelece o dogma: “se alguém cometer homicídio então deve ser preso”. As demais opções ficam de fora da dogmática jurídica, tornando-se campo de discussão da zetética qual fonte material deveria prevalecer.

De qualquer forma, a total disponibilidade ética do direito positivo não significa ausência de ética<sup>57</sup> (aética) no sistema jurídico, afinal, toda fonte formal carrega um conteúdo material.

---

<sup>57</sup> Ética, para o presente trabalho, tem o sentido de todo ramo que opera na condição normativa, no campo do dever ser. Logo, trata-se de um *gênero* (ética) no qual estão inseridas diversas *espécies* de ordenamentos (a religião, a moral, a etiqueta, o direito etc).

Para preservar a harmonia interna do sistema do direito positivo, resolvendo o problema das antinomias, a dogmática jurídica procura estabelecer uma hierarquia entre as fontes formais. Por meio de algumas tendências históricas, a dogmática jurídica estabeleceu que a fonte formal primária é apenas a lei (Escola da Exegese); também já se convencionou que é a lei e a jurisprudência; ou ainda o costume; e também a doutrina.

Entre as alternativas de coerência interna do direito positivo, João Maurício Adeodato (2011) entende que a classificação entre fontes formais primárias e secundárias é insuficiente. Por isso aplica a ideia de regras (fontes formais de primeiro nível) e metarregras (fontes formais de segundo nível).

As regras são responsáveis por resolver problemas da relação humana (é proibido matar, é permitido matar em legítima defesa), ao passo que as metarregras visam a resolver os conflitos entre as regras (critérios temporal, hierárquico e da especialidade para superação de antinomias).

Enquanto as regras são infinitas e mudam todo dia, as metarregras são em menor número e menos mutáveis. Daí a sugestão de as faculdades de direito direcionarem os estudos mais para as metarregras (*v.g.* hermenêutica, argumentação) do que para as próprias regras (*v.g.* direito tributário, direito orçamentário, direito civil).

É importante ressaltar que o texto passa uma ilusão de objetividade, como se quem se comunica obtivesse perfeito sucesso em transmitir precisamente o que imaginava. É possível que significante se aproxime do significado, mas isso depende do empenho pragmático dos interlocutores.

Quanto mais específica for a comunicação mais difícil será o acordo com os participantes, ou seja, é mais fácil alcançar adesão com “o mundo precisa de paz”, do que afirmar “a pena restritiva de direitos é melhor que a privativa de liberdade”. Talvez, menos pessoas compreendam o sentido a medida que o discurso se torna mais preciso e supostamente unívoco, como em “as briófitas pertencem ao reino

*Plantae*<sup>58</sup> ou “a papilomatose confluenta de Gourgerot-Cartaud deve ser tratada com minociclina”<sup>59</sup>, ou ainda “o DNS traduz a URL para o endereço IP do servidor”.<sup>60</sup>

Por vezes, torna-se interessante operar com termos vagos e ambíguos, para alcançar maior consenso. Em outras ocasiões, é estratégico silenciar, colocando a dúvida se o silêncio é produto do eloquente ou do ignorante. O *ethos* e o *pathos* corroboram na construção do relato vencedor. Neste campo estão presentes diversos *topoi*, como “quem desdenha quer comprar”, “pau que nasce torto nunca se endireita”. A articulação de todos esses elementos opera muitas vezes no âmbito entimemático, sem a explícita menção ao que se pretende dizer. Isso pode ocorrer ao nível consciente (quando o interlocutor sabe que veicula uma mentira, mas faz apelos sentimentais em favor de seu discurso) ou inconsciente (quando o orador sequer se dá conta de que está entrando em contradição no sua exposição).

Portanto, quanto mais complexa a sociedade maior a distância entre fontes e ideias, “por conta da pulverização das demais ordens éticas e da sobrecarga do direito positivo como único ambiente ético comum” (ADEODATO, 2011, p. 208). Daí a importância da distinção entre norma como ideia e norma como símbolo linguístico no embate da interpretação e argumentação no campo jurídico.

O primeiro passo da concretização normativa está na escolha das fontes do direito (significantes linguísticos dotados de pertinência, validade e vigência).

**Pertinência** quer dizer que a fonte eleita guarda correspondência com o caso concreto, ou seja, para este problema individual (evento) há uma norma jurídica geral (significado). Assim, em regra, os problemas trabalhistas seguem as disposições da Consolidação das Leis do Trabalho, os problemas tributários seguem as disposições do Código Tributário Nacional etc.

As fontes pertinentes precisam ser: **válidas**, elaboradas pela autoridade competente segundo o rito previsto; **vigentes**, aptas para produzir efeitos, (já ultrapassou todas

---

<sup>58</sup> [http://www.biologados.com.br/botanica/taxonomia\\_vegetal/taxonomia\\_vegetal.htm](http://www.biologados.com.br/botanica/taxonomia_vegetal/taxonomia_vegetal.htm) (acesso em 30/07/2015)

<sup>59</sup> <http://www.dermato.med.br/ufri2007/Papilomatose.pdf> (acesso em 30/07/2015)

<sup>60</sup> <http://www.tecmundo.com.br/o-que-e/829-o-que-e-dns-.htm> (acesso em 30/07/2015)

as fases do processo legislativo, inclusive da *vacatio legis*); e com **eficácia jurídica, adequada** a incidir sobre casos concretos (não é caduca – existem eventos individuais que cumprem com a hipótese da norma).

Diferente é a eficácia social, ocasião em que se opera a retórica material e do relator vencedor, ou seja, se há efetivamente o cumprimento ou descumprimento da fonte do direito. Validade diz respeito ao sistema do direito positivo, enquanto efetividade está relacionada à realidade social (retórica material).

Com base nessas lições, João Maurício Adeodato (2011) entende que a existência de uma norma pode ocorrer pela validade ou pela efetividade. Essa tese encontra sentido, quando se percebe a distinção entre existência-validade da norma jurídica no direito positivo (dentro do sistema de direito positivo), e a existência-efetividade da norma jurídica quando os destinatários comportam-se de acordo, independente da ameaça de violência do direito positivo.

## **2.6 NORMA JURÍDICA COMO DECISÃO (EVENTO)**

Sustenta-se neste trabalho que a norma jurídica (em seu terceiro sentido) só se constitui na decisão. Trata-se do momento em que a norma jurídica se realiza na prática, torna-se realidade, como decisão efetiva, como evento individual. De outro lado, a reflexão sobre como se opera a decisão judicial, como se deve decidir, constitui a retórica estratégica como teoria da decisão.

Com base na metódica jurídica estruturante de Friedrich Müller, João Maurício Adeodato (2011, pp. 223-226) resume as onze fases do processo decisório da dogmática jurídica, ou seja, explica como se dá a “concretização” da norma jurídica.

A decisão está constringida pelos “dados reais” (v.g. impossibilidade de se estar em dois lugares ao mesmo tempo) e pelos “dados linguísticos” (v.g. relação entre sujeito e predicado). Em seguida, levam-se em consideração os textos do ordenamento jurídico como um todo, sem qualquer especificidade. O quarto passo é o “relato do caso”, sob a ótica de testemunhas, autoridades judiciárias, policiais, peritos. O quinto

passo é a transformação do relato num “conjunto de matérias” relevantes juridicamente. O sexto passo é o resultado da intersecção entre o relato do caso e o conjunto de matérias, o que passa pelo filtro jurídico. O sétimo passo é o “âmbito do caso”, em que dentro dos fatos relevantes é realizada mais uma especificação, ressaltando um entendimento específico do problema. O oitavo passo ocorre com a interpretação da norma diante do caso, ocasião que denominou “programa da norma”. O nono passo é o “âmbito da norma”, o resultado da aplicação do programa da norma ao conjunto de matérias. O penúltimo passo revela a “norma jurídica” e o último passo de concretização é a “norma jurídica decisória”.

Por meio da etnometodologia, João Maurício Adeodato afirma que há quatro meios de comunicação que visam à efetividade dos significantes e significados normativos.

A decisão judicial pode ser fruto de persuasão, autoridade, engodo ou ameaça de violência. Através da **persuasão**, quando sinceramente se acredita na adequação do seu conteúdo, aceitando seus resultados (logos). Por meio da **autoridade**, se o receptor respeita a autoridade do emissor, independente do conteúdo (ethos). O **engodo** também viabiliza a aceitação, sobretudo por meio de silogismos erísticos. Por fim, a **ameaça de violência** constrange o receptor à obediência.

E a ameaça não se confunde com a violência efetiva, pois estão em níveis diferentes, a primeira opera enquanto ideia e a segunda enquanto evento. E não é demasiado lembrar com Robinson Crusóé que “o medo do perigo é dez mil vezes mais aterrorizante que o próprio perigo que os olhos conseguem ver, e o fardo da ansiedade nos pesa bem mais do que o mal que nos deixa ansiosos”. (DEFOE, 2011, p.231)

Cada pessoa realiza suas escolhas morais, mas o direito positivo faz valer suas regras para todos. Isso o sobrecarrega no controle da esfera pública, já que as demais regras (religiosas, morais, de etiqueta) não possuem a mesma força em uma sociedade significativamente complexa.

O Poder Judiciário, responsável por dirimir os conflitos jurídicos de toda ordem, não consegue atender a desejada celeridade, unindo razoabilidade e racionalidade em

cada uma das decisões. Gradativamente, a desconfiança com o conteúdo das decisões judiciais aumenta e os níveis de exigência do jurisdicionado voltam-se para a “fundamentação”. Surgem teorias da argumentação, teorias da interpretação, teorias dos precedentes judiciais e um emaranhado de relatos estratégicos, tentando contornar o problema da “crise do direito”.

Para Adeodato (2010, p. 234-242), a crise do direito é antes a crise do Estado, em razão do enfraquecimento do poder centralizador frente à alta complexidade da sociedade contemporânea e o excesso de disponibilidades éticas na esfera pública.

E como se não bastasse a sobrecarga ética no controle público exercido primordialmente pela dogmática jurídica, o Poder Judiciário deve lidar com a questão hermenêutica de cada conflito. Esse ponto diz respeito ao distanciamento entre significantes e significados jurídicos diante dos casos individuais, cuja resolução concreta exige um papel ainda mais protagonista dos magistrados, ampliando-se o seu poder e sua importância em relação aos demais poderes.

O diagnóstico de Adeodato (2011, p. 243) acerca da dogmática jurídica é relevante, pois ao estabelecer uma escala entre dois tipos ideais, entre “0% (a lei nada controla a decisão, que é criada por si mesmo) e 100% (a lei controla completamente a decisão), a teoria do direito responde de todas as formas, com mais diferentes proporções”. E mais enfaticamente analisa:

Mais uma vez aplicando a metodologia weberiana dos tipos ideais, pode-se ver claramente como o pensamento filosófico sobre a decisão jurídica evolui do legalismo dedutivo da Escola da Exegese, passa pela moldura positivada de Kelsen, pela moldura racional de Alexy e vai da tópica até o decisionismo cético, para o qual a decisão concreta tem caráter indutivo e a regra geral é, no máximo, mais uma maneira de justificar do que de encontrar ou produzir a decisão. O problema é saber se essas alegadas regras gerais fixam mesmo os limites à decisão. (2011, p. 247)

E este problema de controlar as decisões judiciais não é novo. Exemplo disso são as irônicas novelas de Giovanni Boccaccio (2008, pp. 173-174), que desde o século XIV, em seu Decameron, já alertava: “avaliou bem a cega severidade das leis e as extravagâncias dos magistrados que, fingindo procurar atentamente a verdade, fazem provar falsidades e, dizendo-se ministros da justiça e de Deus, não passam afinal de executores da iniquidade e do diabo”.

## Capítulo Terceiro: INTERPRETAÇÃO E ARGUMENTAÇÃO NA DOGMÁTICA JURÍDICA DECISÓRIA

**Sumário:** 3.1 Do abstrato ao concreto: o caminho do jurista para alcançar o conteúdo que lhe apraz na solução do conflito individual; 3.2 Silogismo e entimema na construção do raciocínio jurídico: falácias e estratégias também embasam a tese vencedora.

### 3.1 DO ABSTRATO AO CONCRETO: O CAMINHO DO JURISTA PARA ALCANÇAR O CONTEÚDO QUE LHE APRAZ NA SOLUÇÃO DO CONFLITO INDIVIDUAL

A **interpretação** consiste na relação entre os pontos de partida escolhidas ante o caso concreto. A escolha dos significantes linguísticos e sua adequação (definição do significado ideal) frente à individualidade do evento. Quando significado e significante encontram o evento, surge o fato juridicamente relevante, como num círculo que procura superar os abismos gnosiológicos entre os três elementos constitutivos da realidade.

Especificamente no campo jurídico, a interpretação ocorre por meio de metarregras como o combate da ambiguidade e da vagueza no momento da decisão.

Inicialmente, a escolha de um **sentido** para os significantes linguísticos, no processo de concretização **sintático-semântica** disponível no ponto de partida eleito (fontes pertinentes, válidas e vigentes) procura contornar o problema da **ambiguidade**.

Não se esqueça de que sempre haverá um dogma jurídico do qual devem partir as interpretações (a inegabilidade dos pontos de partida, como característica do sistema do direito positivo). Neste momento, é imprescindível que os interlocutores participem do mesmo código-técnico do direito positivo, ou seja, os termos “direito adquirido”, “represtinação”, “coisa julgada”, “regra matriz de incidência tributária” sejam compreendidos no acordo provisório estabelecido entre os juristas.

Naturalmente, quem não sabe as regras próprias do jogo do direito positivo não consegue participar ativamente no seu desenvolvimento e desfecho. Como poderia uma parte sem conhecimento das formas de resposta processual apresentar a

adequada defesa técnica perante o Juízo, ora como contestação, ora agravo de instrumento, ora apelação, ora recurso excepcional, etc. Todos esses particulares códigos do direito positivo separam juristas de leigos.

Entretanto, essa não é uma característica exclusiva do direito positivo. É antes uma questão dos jogos de linguagem presentes em qualquer ambiente comunicativo. Na medicina, na engenharia civil, na biologia, na física, na história, no boteco, no círculo familiar, na igreja, enfim, em cada agrupamento há seus respectivos jogos de linguagem.

No processo interpretativo dogmático jurídico, a concretização dos sentidos não é suficiente para chegar à decisão. Resta ainda afastar a **vagueza**, por meio da definição do **alcance** dos termos no âmbito **pragmático**, o que ocorre com a articulação entre os sentidos e o caso concreto.

Veja, por exemplo, como funciona a hermenêutica das fontes do direito administrativo. O termo “improbidade administrativa” possui o vício da ambiguidade, contém diversos sentidos (ilícito; ilícito qualificado; equívoco; inabilidade; desonestidade). Nesse acervo de possibilidades interpretativas, o jurista escolhe um sentido (“a improbidade é a ilegalidade tipificada e qualificada pelo elemento subjetivo da conduta do agente”<sup>61</sup>).

Em seguida, esse sentido precisa ser confrontado com o caso concreto para determinar o seu alcance, contornando-se o vício da vagueza (contratação de servidor sem prévio concurso público ou contratação de empresa sem prévia licitação constituem ou não improbidade administrativa). Somente diante do caso concreto é possível precisar o alcance da fonte do direito pertinente, motivo pelo qual sobressai o âmbito pragmático como critério de escolha nas etapas de concretização da norma jurídica decisória.

Como dito acima, a hermenêutica jurídica opera primordialmente como retórica estratégica, na medida em que oferece as metarregras de interpretação das fontes

---

<sup>61</sup> (AgRg no REsp 1500812/SE, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 21/05/2015, DJe 28/05/2015)



do direito positivo aos decididores. Acentua-se a sua importância em relação às regras do direito positivo, infinitas e rapidamente mutáveis. Enquanto os atos normativos que definem a composição dos desembargadores na Primeira Câmara Cível do TJES modificam-se todo ano, as metarregras previstas na lei de introdução as normas do direito brasileiro tendem a permanecer mais tempo.

A **argumentação** é o terceiro passo de concretização da norma jurídica decisória. Neste momento, o objetivo é alcançar adesão dos demais participantes acerca da interpretação alcançada no segundo passo. Aqui, após escolhidas as fontes e atribuído seu sentido e alcance, o participante tenta convencer que suas opções devem prevalecer em relação as demais possibilidades. É a retórica estratégica atuando na modificação da retórica material, com ou sem sucesso, a depender do êxito ou fracasso do relato estratégico em relação aos demais concorrentes.

Ultrapassados esses passos, chega o momento de o julgador efetivamente escolher qual o sentido e o alcance da norma jurídica concreta que se transforma em evento, individual e irrepetível.

Não é demais insistir que a divisão em passos da teoria da decisão judicial representa tarefa analítica, pois no trabalho efetivo do jurista todo este procedimento ocorre de maneira simultânea, conforme os parâmetros fixados pelo próprio direito positivo (o sucessivo entrelaçamento entre retóricas dogmáticas material e estratégica).

Também é interessante enfatizar uma das premissas deste trabalho acerca do que se entende por retórica jurídica. Combate-se a redução da retórica ao ornamental e ao persuasivo. Ornamento e persuasão são apenas parte da retórica entendida como filosofia não ontológica, ou melhor, como filosofia que visa a sabedoria. Esse entendimento contraria a longa tradição filosófica que relega um papel pernicioso aos retóricos, reduzindo-os a meros chantagistas no caminho para alcançar a verdade.

O exame técnico dos argumentos ocorre por meio da identificação de silogismos ou entimemas, oportunidade em que são apreciados os fundamentos das opiniões existentes no discurso jurídico.

Neste ponto, quanto mais consciente das regras do jogo da dogmática jurídica, em sua sofisticada desenvoltura retórica, maior o controle sobre seu desenvolvimento. Por isso que Heinrich Lausberg (2004, pp.174-175) afirma em seus elementos de retórica literária:

O domínio empírico ou um conhecimento teórico das formas retóricas empregadas pelo sujeito falante, não são necessários para o ouvinte. (...) Os sentimentos do ouvinte são agitados, por consequência, mediante a anáfora insistente ou a interrogação retórica, empregadas pelo sujeito falante, sem que aquele precise dominar empiricamente estas ou de as conhecer do ponto de vista retórico-escolar. O conhecimento das formas retóricas, por parte do ouvinte, pode até diminuir o efeito, que por meio dessas formas o orador pretende, visto que este efeito está, desde agora em diante, submetido ao “controle” do ouvinte.

De igual modo, é interessante a observação de Tércio Sampaio Ferraz Jr (2015, 219), para quem “tudo o que existe, portanto, quando a interpretação doutrinária apresenta como verdadeira porque descobre o sentido ‘unívoco’ do conteúdo normativo, é, no máximo, uma proposta política que se esconde sob a capa de uma pretensa cientificidade”. Discernir que se trata de uma estratégia hermenêutica e não “o verdadeiro sentido normativo” ficará ao encargo do jogo argumentativo de aplicação das possibilidades hermenêuticas em concreto.

### **3.2. SILOGISMO E ENTIMEMA NA CONSTRUÇÃO DO RACIOCÍNIO JURÍDICO: FALÁCIAS E ESTRATAGEMAS TAMBÉM EMBASAM A TESE VENCEDORA**

Para as críticas retóricas de Katharina Sobota (1996), o ideal de decisão judicial com base em um silogismo jurídico tornou-se parte do estoque de ilusões sociais, pois a prática jurídica não é governada nem pelas premissas maiores nem por normas instrumentais.

A convergência do racionalismo, do iluminismo e do positivismo na construção de um método aparentemente dotado de certeza e previsibilidade, sob a perspectiva

retórica, nada mais representa senão uma técnica altamente funcional de criar a ilusão de certeza em uma esfera de incerteza.

Ao invés da engenharia lógica e artificial das construções teóricas, se for observada a retórica dos juízes e advogados em sua prática cotidiana, a pretensão silogística de método de decisão jurídica é afastada em favor da argumentação “essencialmente” entimemática.

Na observação sempre precisa de Tercio Sampaio Ferraz Jr (2015, p. 303), “ao lado do caráter de método de raciocínio, o entimema tem força de argumento de que a quase-dedução que ali ocorre dá a impressão de rigor lógico, o que fortalece no espírito do endereçado o sentimento de persuasão”.

De acordo com Adeodato (2012, p.368), se o entimema é formalmente definido como uma estrutura silogística à qual falta um dos três elementos, logo, é logicamente possível construir três entimemas a partir de um silogismo completo, como a seguir:

<b>Silogismo completo</b>	(Premissa 1) Todos os homens são mortais. (Premissa 2) Sócrates é homem. (Conclusão) logo, Sócrates é mortal.
<b>Entimema 1</b> (faltando a P1):	(P2) Sócrates é um homem. (C) logo Sócrates é mortal.
<b>Entimema 2</b> (faltando a P2):	(P1) Todos os homens são mortais. (C) logo, Sócrates é mortal.
<b>Entimema 3</b> (faltando a conclusão):	(P1) Todos os homens são mortais. (P2) Sócrates é um homem.

A utilização dos entimemas no discurso jurídico funciona para “evitar repetições enfadonhas e a afirmação tediosa de verdades triviais” (SOBOTA, 1996, p. 6). “O entimema deverá consistir de poucas proposições, ou seja, menos do que a quantidade necessária de um silogismo normal. Pois, caso qualquer dessas proposições seja um fato familiar, não há necessidade de mencioná-la; os ouvintes a acrescentarão por conta própria”. (ARISTÓTELES, 2007, p.26)

Entretanto, a ideia de que as normas são auto-evidentes acaba por mascarar as reais motivações que conduziram o raciocínio até a conclusão apresentada. Normalmente, as premissas ocultas estão calcadas em normas morais, religiosas, econômicas ou políticas, para além das tipicamente jurídicas.

Isso constitui o que Sobota (1996, p.12) denomina “valorações sociais subjacentes”, porque “as normas utilizadas no processo de decisão judicial são na maior parte alusões, às vezes recheadas de informações sobre a realidade social, mas às vezes também reduzidas a uma atribuição geral, a qual pode ser preenchida com sentimentos inexpressáveis, afirmações casuais de valores e realizações também casuais de modelos estimativos tradicionais”.

A crença na estrutura racional e científica do método jurídico gera a falsa segurança de coerência, previsibilidade e imutabilidade; e a ignorância das premissas maiores articuladas nos silogismos incompletos é extremamente funcional para a decisão (muitas vezes arbitrária e não “científica”) dos problemas sociais.

Não se deve ignorar que os conflitos têm de ser resolvidos com o menor índice possível de perturbação social, daí que a confiança na estrutura jurídica seja um importante elemento para a manutenção das estratégias básicas da organização social. Assim, a simulação de conhecimentos científicos desvia a atenção dos “fundamentos decisórios ocultos” ou até mesmo dos “fundamentos ilusórios”<sup>62</sup> que as decisões judiciais contêm.

A propósito, Tércio Sampaio Ferraz Jr (2015, p. 261) ressalta que uma dose de indefinição é um dos pressupostos *ocultos* da língua hermenêutica e da configuração da vontade do legislador racional. Por isso, a atividade decisória

---

<sup>62</sup> Apesar de reconhecer o caráter entimemático das decisões judiciais, Kaufmann (2010, p. 87) sustenta que a premissa “tem que ser expressa, reflectida, incluída na argumentação e tem de se estar disposto, se for o caso disso, a corrigi-la. A credibilidade das decisões jurisdicionais não é posta em causa pelo facto de na decisão serem expostas, para além das razões legais, também os juízos pessoais do julgador, para além dos fundamentos legais, também os seus fundamentos pessoais. Mas, evidentemente, se nos ativermos a um conceito objectivista do conhecimento, ao esquema cognitivo sujeito/objecto e a um conceito de direito ontológico-substancial, então uma tal exigência aparece como um sacrilégio”. Percebe-se que esta perspectiva (ontológica) confronta àquela adotada por Adeodato e Sobota (retórica).

“confere ao intérprete a possibilidade de se valer de fatores extrapositivos como se fossem positivos ou, ao menos, positiváveis”.

Katharina Sobota (1996) aponta vantagens da ignorância jurídica, tais como: (i) o **ocultamento da inconsistência** de todo o sistema normativo; (ii) a possibilidade de invocar qualquer premissa que pareça apropriada àquela situação particular, com a **adaptação casuística do significado da norma**; (iii) a utilização de **valorações sociais subjacentes**, que por vezes colidem com regras legais, mas no caso particular ganham sentimento de justiça e equidade; (iv) a **invisibilidade de contradições flagrantes** dos argumentos com as regras da lógica, da sistematização legal, da igualdade, da legalidade.

É certo que quando se desconstrói o discurso jurídico, especialmente o judicial, revelam-se os efetivos fundamentos alopoéticos da decisão. É assim que os subsistemas econômico, ideológico, sexual, ou de relações de amizade interferem no subsistema jurídico, o que pode representar uma ameaça ao efeito legitimador da decisão concreta e até às bases da sociedade. Só sistemas sociais mais primitivos, em termos de complexidade social, podem manter esse caráter alopoético e dar-se ao luxo de explicitar claramente o conteúdo valorativo das regras de controle social; mesmo assim, nunca o de todas elas. (ADEODATO, 2012, p.375)

Nessa linha, a perspectiva retórica evidencia que, ao invés de um **método de decisão**, o silogismo representa apenas mais um **estilo de apresentação** da decisão judicial. Desse modo, o decididor passeia entre a explicitação verbal e o completo silêncio da motivação jurídica, situando-se na esfera de implicação, que se caracteriza por uma forma relativamente certa e um conteúdo relativamente incerto.

Como se não bastasse o problema interno do método subsuntivo, a decisão judicial é produto também das interferências externas, como o reconhecimento, importância ou poder de «quem» apresenta os argumentos de uma posição jurídica (ethos) ou ainda os artifícios de convencimento pelo apelo às simpatias ou ojerizas do julgador, numa influência sentimental e ativa para captar reações no ouvinte (pathos).

O engodo e a formulação de falácias também são fortes ataques à estrutura formal do discurso silogístico, como bem provou Arthur Schopenhauer através de sua “Arte de ter Razão”, com a utilização de 38 estratagemas, sem contar as inúmeras outras formas de convencimento enganoso. “Tudo isso, pode se dar de modo real ou

apenas aparente, com motivos legítimos ou ilegítimos: e porque não é fácil determinar com segurança algo a respeito é que os debates são tão longos e obstinados”. (2009, p.16)

A propósito, é interessante a observação de Samuel Meira Brasil Jr. (2007) de que as falácias podem ser cometidas **involuntariamente** e são chamadas *paralogismos*, *equivocos*; ou **voluntariamente**, estas denominadas *sofismas*, buscando iludir o interlocutor com um argumento formal ou materialmente incorreto, com aparência de verdade.

O reconhecimento de que o silogismo representa uma ilusão artificialmente arquitetada, para a postura retórica reforça o ideal de ataraxia, como tentativa de se manter impassível diante dos acontecimentos, por meio da convicção de que as coisas acontecem aleatoriamente (ADEODATO, 2011).

A utilização de falácias é extremamente eficaz no discurso jurídico. Em razão desse lado empírico da decidibilidade de conflitos Tércio Sampaio Ferraz Jr (2015) menciona os principais argumentos jurídicos: *ab absurdo*, *ab auctoritate*, *a contrario sensu*, *ad homine*, *ad rem*, *a fortiori*, *a maiori ad minus*, *a minori ad maius*, *a pari* ou *a simili*, *a posteriori*, *a priori*. Não vamos aprofundar cada um deles. Apenas se reconhece aqui a sua importante participação no discurso jurídico.

## **Capítulo Quarto: PROCEDIMENTO DECISÓRIO: ETHOS E PATHOS E O QUE OCORRE FORA DOS ENUNCIADOS JURÍDICOS**

A teoria do direito serve como um acesso ao auditório qualificado de conformação do objeto jurídico, afinal, de acordo com Tércio (2015, p. 66) “a dogmática prepara a decisão, cria para ela condições razoáveis, de tal modo que ela não apareça como puro arbítrio, mas decorra de argumentos plausíveis”. Após a apreensão da dogmática, deve-se, por assim dizer, jogar a escada fora depois de subir por ela.

Na sequência, entram os jogos extradogmáticos na realização concreta do direito. Isso quer dizer que além de toda a visão analítica e hermenêutica desenvolvida nos capítulos precedentes é possível perceber a dogmática jurídica também de outro modo.

Este capítulo pretende colocar o lado empírico dos procedimentos para se alcançar uma decisão judicial. Entram em cena os elementos éticos e patéticos insistentemente afastados da teoria pura do direito, mas sempre muito presentes na prática jurídica.

Neste ponto, é colocado em xeque o ideal puramente lógico da dogmática jurídica, acentuando-se o que Milan Kundera (2008) chama *kitisch*. O escritor explica que se trata de uma palavra alemã, cujo aparecimento se deu em meados do sentimental século XIX e se espalhou por todas as línguas. A natural porosidade de palavras antigas fez com que o uso frequente deste termo apagasse seu valor metafísico original. Assim, o autor (2008, p. 244) sugere que “o *kitisch*, em essência, é a negação absoluta da merda; tanto no sentido literal como no sentido figurado: o *kitisch* exclui de seu campo visual tudo o que a existência humana tem de essencialmente inaceitável”.

E o que o *kitisch* tem a ver com este capítulo? De maneira muito modesta pretende-se problematizar justamente o que a dogmática jurídica oculta, com sua artificialidade na resolução de problemas, para não causar a indesejável perturbação social. Aliás, nunca se deve esquecer que os conflitos têm de ser resolvidos juridicamente com o menor índice possível de perturbação social. E acentuar que as decisões judiciais são tomadas sem fundamento racional poderia provocar a perturbação social ante a perda de legitimação do Poder Judiciário.

Ora, é compreensível que a interrupção dogmática de um conflito por meio de uma decisão judicial não seja passível de novas e infinitas discussões, sob pena de eternizar os conflitos humanos. Para que isso ocorra é funcional ao mesmo tempo:

(i) ocultar que as decisões são tomadas por interesses de poder; e (ii) propalar que as decisões são fruto de um modelo racional colocado pelo legislador racional.<sup>63</sup>

Se bem que até para se viver é interessante ao homem suspender a certeza da morte, pois se a todo instante estivéssemos em contato direto com a iminência da morte, com dificuldade seriam desenvolvidas as demais capacidades humanas. Em analogia, portanto, a morte está para a vida, como o arbítrio para a decisão. Nos dois casos, entretanto, é interessante suspender a expectativa da morte e do arbítrio para aceitar de maneira mais agradável e funcional tanto o viver quanto o decidir.

Ao problematizar a tomada de decisão, fala-se daquilo que Milan Kundera (2008, p. 243) questionou acerca da objeção à merda, sobretudo ao pressupor o fato de que todos os humanos defecam. “Das duas uma: ou a merda é aceitável (e nesse caso não precisamos nos trancar no banheiro!), ou a maneira como fomos criados é inadmissível”.

Transportada a ideia para o direito, temos que a corrupção deve ser vista como algo relativamente comum no procedimento da decisão judicial. Os chamados contatos pessoais, as boas relações e outras ações que influem na decisão, afirma Tércio Sampaio Ferraz Jr (2015) não devem ser ignorados, mas devem ser encarados de forma velada. O exercício arbitrário do poder e o funcionamento empírico da dogmática jurídica se escondem nos meandros obscuros de quem se beneficia das regras do jogo.

Voltando ao ponto. O procedimento da decisão judicial deve ser percebido no presente tópico como a enunciação-enunciação, ou seja, os atos que ocorrem fora do enunciado jurídico. E não é só isso. Como ensina Adeodato (2012), ao abordar o pensamento de Luhmann<sup>64</sup>, é preciso discernir o processo jurídico (conjunto das

---

<sup>63</sup> A ficção do legislador racional é trabalhada por Tércio Sampaio (2015, p. 235): “Assim, a atividade desenvolvida pela dogmática jurídica, envolve uma conceptualização ideal do legislador cuja figura na forma do ‘legislador racional’, muito mais do que uma imagem retórica empregada na argumentação jurídica, constitui a base (racional) para a fundamentação metodológica da atividade de interpretação jurídica”. Transferindo a cultura do código para a cultura de precedentes, pode-se substituir a figura do ‘legislador racional’ pelo ‘jugador racional’.

<sup>64</sup> Sobre o pensamento de Luhmann e sua aplicação na retórica jurídica, veja o indispensável texto de Adeodato: A legitimação pelo procedimento juridicamente organizado – notas à teoria de Niklas Luhmann. *In*: Ética e Retórica: para uma teoria da dogmática jurídica.



normas processuais como tais) do procedimento jurídico (modo efetivo como tais normas funcionam na realidade, pleno de elementos extrajurídicos, ou pelo menos extralegais).

Em outras palavras, e aqui está uma tese do trabalho, tudo o que funciona é válido e é legítimo, pois basta que a decisão judicial esteja de acordo com os procedimentos jurídicos prefixados (*rectius*: a positivação processual do direito) para que seja considerada válida e eficaz juridicamente.

Nas palavras sempre precisas de Tércio Sampaio (1980, p. 5): “para Luhmann, sendo a função de uma decisão absorver e reduzir insegurança, basta que se contorne a incerteza de *qual* decisão ocorrerá pela certeza de que *uma* decisão ocorrerá para legitimá-la”. Assim, conclui o autor: “Luhmann concebe a legitimidade como uma *ilusão* funcionalmente necessária, pois se baseia na *ficção* de que existe a possibilidade de decepção rebelde, só que esta não é, de fato, realizada. O direito se legitima na medida em que os seus procedimentos garantem esta ilusão”.

Por trás dessa ilusão, propícia é a crônica de Cleanto Guimarães Siqueira (2010, pp. 48-49), ao ilustrar a verdade de cada um, de que “os juízes julgam segundo suas próprias convicções, crenes de si mesmos e duvidando dos outros. De magistrados vaidosos e bajuladores, saíram sentenças que nada sentem, pois estão inflados pelo próprio orgulho, pouco importando se reais ou imaginárias as verdades de suas conclusões”.

Se a decisão judicial é percebida em termos funcionais, então, com maior razão é possível quem percebeu se aproveitar dos jogos de interesse e poder do sistema das relações sociais para se alcançar determinados resultados processuais. Difícil pensar em melhor utilidade para se investir no *ethos* e no *pathos* dos atores processuais, sempre de maneira velada para garantir a ilusão dos incautos.

O receio de não haver um critério material a aferir a validade das decisões judiciais pode causar desconforto para quem acredita na justiça substancial, mas isso é um problema que não diz respeito à dogmática jurídica e sim à justiça. Só se colocado um código totalizador, unificador e doador de sentido como pressuposto ético

fundamental seria capaz de falar, em termos universais e necessários, o que deve ser considerado justo ou injusto. O apelo sobre o *que/quem* tem a palavra final acima da dogmática jurídica, entretanto, não passa de um artifício retórico estratégico do discurso humano.

Eis aí uma justificativa funcional para se aceitar a legitimação pelo procedimento, pois não havendo um critério material de justiça que se sobreponha ao procedimento dogmaticamente organizado, percebe-se que, efetivamente, os jogos de poder podem superar o ideal de uma decisão justa. Aliás, a própria ideia de legitimidade, em termos retóricos, não passa de uma questão de crença/opinião. Por mais escandaloso que seja o conteúdo de uma decisão judicial, enquanto outra decisão não retirar aquele conteúdo do sistema do direito positivo, a norma jurídica lançada será válida e eficaz ao arrepio de quem quer que seja.

Tércio Sampaio Ferraz Jr (2015) considera que o limite de conteúdo da norma jurídica está na sua conformidade à ideologia prevalecente.<sup>65</sup> E aqui se pode concordar quando se pensa que a retórica material da dogmática jurídica nada mais é do que institucionalização da ideologia prevalecente. Nada impede, entretanto, que a ruptura com a ideologia imponha também a revolução política e a fundação de um novo sistema jurídico de direito positivo, com conteúdos absolutamente diferentes dos até então praticados.<sup>66</sup>

Veja que a dogmática jurídica se atenta para os problemas dos jogos de poder e institucionaliza obstáculos a alguns atos para preservar o processo judicial, como por exemplo: a suspeição e o impedimento do julgador<sup>67</sup> e de outros atores (MP,

---

<sup>65</sup> Com base nesse entendimento, Tércio (2015, p.84) traz o exemplo da cultura ocidental de base cristã: “conteúdos normativos que desrespeitem o valor da pessoa humana (direitos fundamentais) serão rechaçados, como seria o caso de norma que admitisse a tortura como forma de obtenção de confissão para efeitos de processo de julgamento”.

<sup>66</sup> Nesta hipótese, até as situações atuais tidas por mais bizarras e grotescas em termos morais (pedofilia, incesto, zoofilia, gerontofilia, homicídio, instigação ao suicídio, eliminação física dos inimigos, genocídio etc), podem ser juridicizadas num poder constituinte originário que, por “natureza” é ilimitado. Essa compreensão da dogmática jurídica a desvincula de qualquer conteúdo e insiste no seu traço fundamental como institucionalização da mudança por procedimentos complexos e móveis.

<sup>67</sup> Art. 144. Há impedimento do juiz, sendo-lhe vedado exercer suas funções no processo:

I - em que interveio como mandatário da parte, oficiou como perito, funcionou como membro do Ministério Público ou prestou depoimento como testemunha;

II - de que conheceu em outro grau de jurisdição, tendo proferido decisão;

auxiliares da justiça e demais sujeitos imparciais do processo) podem implicar a nulidade dos atos judiciais praticados.

Entretanto, a dogmática não consegue captar e obstar todas as situações que interferem no seu funcionamento, ou melhor, é interessante do ponto de vista pragmático conservar atos políticos e sociais que fortaleçam sua institucionalização.

Por exemplo, não constitui um problema da dogmática jurídica a eleição dos ministros das Cortes Superiores e dos desembargadores dos Tribunais locais. Há apenas um procedimento traçado, que uma vez cumprido, basta para a dogmática. Justamente no campo em que a dogmática não se ocupa, que ocorrem a política e os jogos de interesse. A escolha da filha de ministros para compor pelo quinto constitucional a vaga de desembargadora de TRF e TJ é apenas um exemplo na multiplicidade de esquemas de trocas de favores que influencia, com maior ou menor intensidade, a tomada da decisão judicial.

É o dogma da autoridade competente e o rito de elaboração como pontos de partida suficientes para o lançamento de normas jurídicas no sistema do direito positivo. A

---

III - quando nele estiver postulando, como defensor público, advogado ou membro do Ministério Público, seu cônjuge ou companheiro, ou qualquer parente, consanguíneo ou afim, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau, inclusive;

IV - quando for parte no processo ele próprio, seu cônjuge ou companheiro, ou parente, consanguíneo ou afim, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau, inclusive;

V - quando for sócio ou membro de direção ou de administração de pessoa jurídica parte no processo;

VI - quando for herdeiro presuntivo, donatário ou empregador de qualquer das partes;

VII - em que figure como parte instituição de ensino com a qual tenha relação de emprego ou decorrente de contrato de prestação de serviços;

VIII - em que figure como parte cliente do escritório de advocacia de seu cônjuge, companheiro ou parente, consanguíneo ou afim, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau, inclusive, mesmo que patrocinado por advogado de outro escritório;

IX - quando promover ação contra a parte ou seu advogado.

Art. 145. Há suspeição do juiz:

I - amigo íntimo ou inimigo de qualquer das partes ou de seus advogados;

II - que receber presentes de pessoas que tiverem interesse na causa antes ou depois de iniciado o processo, que aconselhar alguma das partes acerca do objeto da causa ou que subministrar meios para atender às despesas do litígio;

III - quando qualquer das partes for sua credora ou devedora, de seu cônjuge ou companheiro ou de parentes destes, em linha reta até o terceiro grau, inclusive;

IV - interessado no julgamento do processo em favor de qualquer das partes.

§ 1o Poderá o juiz declarar-se suspeito por motivo de foro íntimo, sem necessidade de declarar suas razões.

investidura da autoridade competente fica relegada para outros campos, como a sociologia e a política.

Os concursos públicos foram uma solução da dogmática moderna para dar aparência de igualdade de condições no acesso aos cargos públicos, mas as funções de alto escalão permanecem limitadas a poucos. Isso sem considerar o questionável modelo de avaliação nas provas de concurso público e, para agravar, o controle pelo Poder Judiciário sobre os concursos públicos. A possibilidade de se escolher candidatos pelo seu *ethos*, atribuindo notas, ordenando nomeações provisórias que depois são confirmadas pela teoria do fato consumado, além de uma série de outras jogadas políticas não são vistas no *logos* da decisão judicial.

Sobre o **pathos**, a narrativa de Dostoiévski (2011, p. 97) acerca da duplicidade de seu protagonista, reconhece em dado momento a importância de como falar o que se pretende para alcançar o resultado pretendido. Ao pedir para se hospedar na casa do interlocutor, o senhor Yákov Pietróvitch Golyádkin se constrange, “revelando evidente dificuldade para se expressar e escolhendo palavras não excessivamente lisonjeiras nem humilhantes para não se comprometer no quesito amor-próprio, nem tampouco ousadas demais a ponto de insinuar uma igualdade inconveniente”. Saber como atrair o comportamento desejado, encontra-se justamente na virtude patética, cuja manipulação é sempre bem-vinda no ambiente jurídico.

As trocas de favores podem ocorrer de diversas e incontáveis maneiras. Por exemplo, um professor universitário e advogado pode usar a sua vaga de orientação na pós-graduação em favor de um filho de ministro, em busca de estreitar os laços de relacionamento com a autoridade que: pode julgar seu processo, lhe serve como um status frente aos demais advogados que não se relacionam com um ministro, como propaganda de que tem acesso privilegiado à corte superior. Nada contra os filhos dos ministros, mas sua condição familiar já lhe traz uma vantagem que outros candidatos da categoria não possuem. Ficará mais fácil conseguir uma vaga num escritório de advocacia com uma remuneração superior ao seu colega de faculdade.

Ainda sobre o exercício do *pathos* é interessante o nobre ofício a que se refere Machado de Assis<sup>68</sup> em sua novela sobre a Teoria do Medalhão. Ao reconhecer no filho, prestes a completar seus vinte e dois anos, a aptidão da perfeita inópia mental, o pai lhe recomenda o caminho para ser um medalhão completo. Qualquer que seja a profissão escolhida, o conselho é útil para torná-lo grande e ilustre, ou pelo menos notável, acima da obscuridade comum.

As recomendações nada fáceis de construção do *ethos* e do *pathos* do medalhão exemplar são as mais variadas: (i) entrar em livrarias ou em ambientes de impacto e de boa atmosfera, de quando em quando, não às ocultas, mas às escâncaras, para ser notado; (ii) no trato do vocabulário, há se ser naturalmente simples, tíbio, apoucado, sem notas vermelhas, sem cores de clarim; (iii) é interessante empregar algumas figuras expressivas como sentenças latinas, ditos históricos, versos célebres, brocardos jurídicos, máximas, as frases feitas, as locuções convencionais, as fórmulas consagradas pelos anos, incrustadas na memória individual e pública, todas com a vantagem de não obrigar os outros a um esforço inútil, mas com o objetivo de aguçar as curiosidades vadias; (iv) a depender do contexto e das pessoas com quem se fala, deve ser lançada uma frase sintética, transparente, límpida, tirada ao pecúlio comum, resolve mais depressa o problema; (v) decorar a recente terminologia científica, sem se preocupar em dominar seu sistema de compreensão (assim, basta saber que Habermas fala sobre o “agir comunicativo”; que Dworkin ensina o direito como “romance em cadeia”, que Rawls fala do “véu da ignorância”, que Descartes se utiliza da célebre frase “penso, logo existo” etc); (vi) conquistar a publicidade, por meio de pequenos mimos, confeitos, almofadinhas, coisas miúdas, que antes exprimem a constância do afeto do que o atrevimento e a ambição, até mesmo porque uma notícia traz outra, cinco, dez, vinte vezes põe o teu nome ante os olhos do mundo; (vii) sobre o comportamento em público, não empregar a ironia, saber dosar o gênio folgazão, prazenteiro, pode-se brincar e rir alguma vez para fugir da ideia de melancolia, porque até um grave pode ter seus momentos de expansão alegre; (ix) as vestimentas também devem compor uma figura apresentável e o gesto correto e perfilado com que se simpatiza ou antipatiza acerca do corte de um colete, das dimensões de um chapéu, do ranger ou do calar

---

<sup>68</sup> Disponível em: [http://letras.cabaladada.org/letras/teoria\\_medalhao.pdf](http://letras.cabaladada.org/letras/teoria_medalhao.pdf) Acesso em 3 de abril de 2016.

das botas são sintomas de eloquência e esperança; (x) se aplicadas as técnicas de maneira eficaz, então, por volta dos quarenta e cinco anos o fenômeno do verdadeiro medalhão se manifestará.

É bem provável que os medalhões verdadeiramente tirem proveito no meio jurídico. Como diz Dietrich Schwanitz (2010) qualquer um pode inventar as próprias citações, pois ninguém será capaz de provar em tempo real que a citação não pertence ao autor citado, e seria aborrecido abrir um debate sobre uma questão sem solução à vista. Desse modo, a literatura jurídica permite a comunicação por abreviaturas, mas nada garante que a compreensão do que se falar seja de fato do domínio do locutor.

Não causa estranheza, por exemplo, a divulgação de cursos de “marketing jurídico”, gestão estratégica de pessoas e projetos no Poder Judiciário, a cobrança de produtividade pelo Conselho Nacional de Justiça. Esses dados e uma série de outros elementos apontam para o que ocorre na *práxis* de juízes, advogados, partes, peritos, promotores, serventuários, procuradores, defensores públicos, mediadores, conciliadores, professores, ministros, desembargadores, conselheiros do CNJ, assessores jurídicos e todos os profissionais que trabalham em função do Poder Judiciário e diretamente na decidibilidade de conflitos judiciais.

Quanto às profissões de prestígio, Bertrand Russell (2012, p. 41) reconhece a impossibilidade de qualquer pessoa afirmar “que um médico conhece realmente muito de medicina ou que um advogado conhece realmente muito de direito, o que implica ser mais fácil avaliar suas competências por seus ganhos, que se refletem na vida que eles levam”.

Por isso, não passa despercebido o carro moderno, o escritório bem localizado e muito bem mobiliado, o terno impecável, e toda sorte de vestimentas e posses que adornam a pessoa do jurista. Não se trata de uma avaliação do *logos*, mas do *ethos*, já que aos olhos de quem não pode discernir a qualidade do discurso técnico jurídico, acaba por se apoiar no fato de o advogado ser filho de um ministro, ou de ostentar ser bem-sucedido em seu meio profissional, além de outros incontáveis elementos absolutamente dissociados do domínio *lógico* da dogmática jurídica.

Por meio da "história sofisticada da filosofia", Barbara Cassin (2003, p. 9) relaciona as proposições “aos instantâneos do *kairos*, ocasião, oportunidade, graças a *mekhanai*, procedimentos, astúcias, maquinações, permitindo agarrar o *kairos* por seu topete”. O domínio dessas técnicas pelos juristas torna ainda mais eficiente o controle do discurso da decisão judicial.

A matematização das opções jurídicas é um interessante exemplo de que a lógica não é suficiente ao controle da subjetividade do julgador. Em alguns casos, o próprio direito positivo estabelece os precisos limites hermenêuticos. Em outros, a atuação doutrinária opera em busca de maior consenso na delimitação de sentido do direito positivo (ciência do direito tributário). Em ambos os casos, a vontade do decisor permanece livre. Apenas se suporta a pressão, de maior ou menor intensidade, acerca da escolha realizada ainda que ao arpejo da opinião dominante.

Veja por exemplo a redação do art. 20, § 3º da Lei nº 8.742/93 (Lei Orgânica da Assistência Social): “considera-se incapaz de prover a manutenção da pessoa com deficiência ou idosa a família cuja renda mensal *per capita* seja inferior a 1/4 (um quarto) do salário-mínimo”.

A interpretação do Superior Tribunal de Justiça sobre este dispositivo é muito interessante. É elucidativa a ementa do acórdão julgado pela Terceira Seção e submetido à sistemática dos recursos repetitivos:

RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. ART. 105, III, ALÍNEA C DA CF. DIREITO PREVIDENCIÁRIO. BENEFÍCIO ASSISTENCIAL. POSSIBILIDADE DE DEMONSTRAÇÃO DA CONDIÇÃO DE MISERABILIDADE DO BENEFICIÁRIO POR OUTROS MEIOS DE PROVA, QUANDO A RENDA PER CAPITA DO NÚCLEO FAMILIAR FOR SUPERIOR A 1/4 DO SALÁRIO MÍNIMO. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

1. A CF/88 prevê em seu art. 203, caput e inciso V a garantia de um salário mínimo de benefício mensal, independente de contribuição à Seguridade Social, à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei.

2. Regulamentando o comando constitucional, a Lei 8.742/93, alterada pela Lei 9.720/98, dispõe que será devida a concessão de benefício assistencial aos idosos e às pessoas portadoras de deficiência que não possuam meios de prover à própria manutenção, ou cuja família possua renda mensal *per capita* inferior a 1/4 (um quarto) do salário mínimo.

3. O egrégio Supremo Tribunal Federal, já declarou, por maioria de votos, a constitucionalidade dessa limitação legal relativa ao requisito econômico, no julgamento da ADI 1.232/DF (Rel. para o acórdão Min. NELSON JOBIM, DJU 1.6.2001).

4. Entretanto, diante do compromisso constitucional com a dignidade da pessoa humana, especialmente no que se refere à garantia das condições básicas de subsistência física, esse dispositivo deve ser interpretado de modo a amparar irrestritamente a o cidadão social e economicamente vulnerável.

5. A limitação do valor da renda per capita familiar não deve ser considerada a única forma de se comprovar que a pessoa não possui outros meios para prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, pois é apenas um elemento objetivo para se aferir a necessidade, ou seja, presume-se absolutamente a miserabilidade quando comprovada a renda per capita inferior a 1/4 do salário mínimo.

6. Além disso, em âmbito judicial vige o princípio do livre convencimento motivado do Juiz (art. 131 do CPC) e não o sistema de tarifação legal de provas, motivo pelo qual essa delimitação do valor da renda familiar per capita não deve ser tida como único meio de prova da condição de miserabilidade do beneficiado. De fato, não se pode admitir a vinculação do Magistrado a determinado elemento probatório, sob pena de cercear o seu direito de julgar.

7. Recurso Especial provido.

(REsp 1112557/MG, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 28/10/2009, DJe 20/11/2009)

Como visto, nem mesmo o critério objetivo matemático (considera-se pobre aquele que possuir renda inferior a  $\frac{1}{4}$  de salário mínimo) foi suficiente para afastar a atuação discricionária do Tribunal.

O “livre convencimento motivado”, para dizer com Tércio (2015, p. 270), aparece como “uma válvula pela qual *entram* no ordenamento os fatores extrapositivos, como os ideias de justiça, as exigências da equidade, os raciocínios quase-formais”, um campo de discricionariedade para que o julgador se utilize do conteúdo que lhe aprover, bastando que seus pares confirmem seu apetite decisório.

Outro exemplo de tentar dominar o arbítrio pela matemática. O Seguro DPVAT prevê o pagamento de indenização para os danos ocorridos por causa de acidente de trânsito. A quantia a ser paga para cada uma das coberturas previstas (morte, invalidez permanente e despesas de assistência médica e suplementares) é determinada pelo art. 3º da Lei nº 6.194/74, com a nova redação dada pela Lei nº 11.482/2007.<sup>69</sup> Essa é uma forma de impedir que as indenizações remetam a patamares exorbitantes. Efetivamente, entretanto, se o magistrado decidir por um

---

<sup>69</sup> Art. 3º. Os danos pessoais cobertos pelo seguro estabelecido no art. 2º desta Lei compreendem as indenizações por morte, por invalidez permanente, total ou parcial, e por despesas de assistência médica e suplementares, nos valores e conforme as regras que se seguem, por pessoa vitimada:

I - R\$ 13.500,00 (treze mil e quinhentos reais) - no caso de morte;

II - até R\$ 13.500,00 (treze mil e quinhentos reais) - no caso de invalidez permanente; e

III - até R\$ 2.700,00 (dois mil e setecentos reais) - como reembolso à vítima - no caso de despesas de assistência médica e suplementares devidamente comprovadas.



valor diferente e os órgãos de revisão mantiverem a decisão, ela será válida e eficaz, ainda que sem respeitar o valor exato que estava previsto na fonte de direito.

Vale lembrar que além das técnicas de análise textual, são estrategicamente interessantes os dados externos ao texto, como, por exemplo, os dados colhidos no projeto “Supremo em números” da FGV Direito Rio, com o objetivo de detectar “aspectos centrais do que o Supremo decide, bem como quando e quanto decide”.<sup>70</sup>

Por meio desse projeto que alia habilidades jurídicas e informáticas são pesquisados “dados sobre andamentos dos processos, sua duração, seus atores, suas origens geográficas, seu assunto e as regularidades e correlações entre esses e outros elementos”.

É possível perceber que o Min. Teori Zavascki demora cerca de 23 dias para publicar acórdãos de sua relatoria, enquanto o Min. Celso de Mello demora cerca de 679 dias para a mesma função.<sup>71</sup> Também se observa que o Min. Luiz Fux demora uma média de 72 dias para decidir uma liminar, ao passo que Min. Ricardo Lewandowski leva uma média de 17.

Essas informações podem influenciar no modo como advogados devem defender os interesses de seus clientes junto às contingências da composição do próprio STF.

A interpretação do Superior Tribunal de Justiça sobre o Código de Processo Civil de 2015 de que o prazo para os pedidos de vista não se aplica aos Tribunais Superiores. De algum modo, foi decidido que o prazo de 10 dias restringe-se aos Tribunais de Justiça e Tribunais Regionais Federais, mas ao STJ permanece o prazo de 60 dias prorrogáveis por mais 30 dias.

---

<sup>70</sup> <http://www.fgv.br/supremoemnumeros/sobre.html> acesso em 31/07/2015

<sup>71</sup> <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/12055/III%20Relat%C3%B3rio%20Supremo%20em%20N%C3%BAmeros%20-%20O%20Supremo%20e%20o%20Tempo.pdf?sequence=5&isAllowed=y> acesso em 31/07/2015

De acordo com informação da imprensa do próprio Tribunal Superior<sup>72</sup> o “argumento é simples”: como o STJ define tese jurídica e sua interpretação é aplicada por todos os demais tribunais, o prazo de 10 dias seria inviável para os julgadores se aprofundarem no estudo dos casos. Os pedidos de vista suspendem a discussão para dar mais tempo ao magistrado de analisar a questão e preparar o voto.

E por acaso os Desembargadores dos Tribunais Locais não se aprofundam nos estudos dos casos? Qual a efetiva distinção de uma situação para a outra? O arbítrio e a conveniência dos ministros parecem prevalecer sobre qualquer juízo lógico dos fundamentos decisórios.

Apesar disso, Lênio Streck<sup>73</sup>, ao identificar os mesmos problemas que os retóricos, insiste em que deve haver um limite objetivo aos julgadores, e repetidas vezes se vê “contristado” e afetado por uma “profunda tristeza” ante as corriqueiras ilegalidades e inconstitucionalidades da judicatura brasileira. Lênio chega a bradar que “ser jurista é ter compromisso com a Constituição”. E em tom admoestador aos juristas afirma: “Não esqueça que você poderia ter feito outra coisa. Mas, se optou pelo direito, algumas coisas você não pode dizer. Ah, mas não pode, mesmo”.

Em linha contrária às expectativas normativas manifestadas por Lênio Streck, o ponto de vista retórico percebe a crítica dogmática do autor, mas procura não se afetar justamente porque as coisas acontecem aleatoriamente. Veja que é muito importante haver críticas contundentes à atuação judicial. O *logos* sempre será uma excelente ferramenta de controle do arbítrio, e quão mais forte será este controle se realmente as críticas causarem constrangimentos ao comportamento dos magistrados.

De certa forma, se houver um pouco de otimismo normativo acerca da dogmática jurídica, então se pode concordar com o que Johannes Hessen (1976, p. 46) afirma: “o ceticismo espeta o agulhão da dúvida no peito do filósofo, de modo que este não

---

<sup>72</sup> [http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt\\_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/Not%C3%ADcias/Not%C3%ADcias/STJ-sai-na-frente-e-adequa-regimento-interno-ao-novo-C%C3%B3digo-de-Processo-Civil](http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/Not%C3%ADcias/Not%C3%ADcias/STJ-sai-na-frente-e-adequa-regimento-interno-ao-novo-C%C3%B3digo-de-Processo-Civil) Acesso em 31.3.2016

<sup>73</sup> Artigo publicado na revista jurídica virtual CONJUR. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-mar-24/senso-incomum-juiznao-socio-ministerio-publico-nem-membro-policia-federal> Acesso em 31.3.2016

se conforma com as soluções dadas aos problemas, mas luta continuamente por novas e mais satisfatórias soluções”.

Portanto, o problema que se percebe nesta dissertação é o que Tércio (2015, p. 27) já antecipou: “o conhecimento dogmático dos juristas, embora dependa de pontos de partida inegáveis, os dogmas, não trabalha com *certezas*, mas com *incertezas*”. Lidar com elas compõe não só a arte de operacionalizar o direito, mas, em última instância, de viver com e apesar delas.

Por tudo o que foi dito, pode-se comparar o ideal da ataraxia como a melancolia no filme de Lars von Trier. A partir do momento em que se convence da inevitabilidade da eliminação da Terra pelo Asteróide que se aproxima, a personagem vive em total situação de imperturbabilidade.

A maioria fica na expectativa de domesticar a atividade decisória por meio da razão (seja lá o que entendem por isso), a partir da perspectiva cética essa postura não passa de um eterno “esperando Godot”. Enquanto isso, ainda ecoa o persistente desabafo da decisão judicial para os decididores:

“Não sou nada. Nunca serei nada. Não posso querer ser nada. À parte isso, tenho em mim todos os sonhos do mundo.”

## CONCLUSÃO

1. Retórica é filosofia não ontológica, que não consiste apenas em persuasão, nem em simples ornamento do discurso.

2. O conhecimento é formado por acordos linguísticos intersubjetivos de maior ou menor permanência no tempo, mas todos circunstanciais temporários, autorreferentes e assim passíveis de constantes rompimentos (Adeodato).

3. O conhecimento preciso do mundo, uma relação inteiramente adequada entre a mente de cada ser humano e os objetos em torno não é possível, o que relativiza de maneira intransponível a percepção dos mesmos acontecimentos (Adeodato).

4. O ceticismo não consiste no desprezo pela justiça nem no abandono de quaisquer parâmetros éticos, mas sim que serve de elemento imunizador contra a intolerância e o dogmatismo (Adeodato).

5. O objeto empírico nada mais é senão a *coisa-para-nós*. O critério da existência de tudo sai do *ser-em-si* (ontologismo) e do *ser-para-mim* (solipsismo) e passa ao *ser-para-nós* (autismo coletivo).

6. A realidade é altamente mutável e contingente. Basta convencer a maioria de nós *acerca de* alguma coisa, para alterar a *própria* coisa. O critério já não está mais só na coisa nem só no indivíduo, mas na coletividade.

7. O consenso da coletividade sobre os eventos: (i) forma instituições que neutralizam as demais opiniões; (ii) permite a uniformidade de sentido sobre a realidade; (iii) impõe a efetividade de um só enfoque da realidade.

8. A comunicação entre os sujeitos ocorre sempre por proposições, pois envolve a linguagem do sujeito emissor, a linguagem do sujeito receptor a respeito da linguagem do objeto de que se fala. (Tárek) Esses três elementos fundamentais são incontornáveis e não há discurso sem eles. (Tércio)

9. A realidade é um universo linguístico criado intersubjetivamente. O caos diante das múltiplas realidades possíveis é controlado a partir das metáforas por longo uso enfatizadas retoricamente (Nietzsche), pelos controles públicos da linguagem (Adeodato), pelas expectativas presumidamente aceitas pelo senso comum (Tércio), pela imposição ao mundo inteiro de uma única representação (Schopenhauer), pela institucionalização de uma opinião, com a consolidação do relato vencedor. Essa “versão original” ou “prevalente” da realidade constitui a retórica material.

10. As diversas metodologias, as estratégias generalizadas ou individuais de modificação, de releitura, de reconstituição e de problematização da “versão original” ou “prevalente” da realidade são denominadas de retóricas estratégicas.

11. A tentativa de apenas descrever o sucesso ou fracasso das estratégias sobre o relato vencedor constitui a retórica analítica. É a percepção ideal, sem interferências axiológicas, do que mudou ou permaneceu após a interação estabelecida entre as retóricas material e estratégica.

12. Entre as possibilidades de “ver o mundo”, por meio de uma base epistemológica, pode-se adotar uma perspectiva descritiva ou prescritiva em relação ao objeto de estudo. Enquanto a postura prescritiva objetiva apontar pontos de vista que são mais desejáveis, melhores, mais corretos, a posição descritiva contenta-se em informar sobre o objeto de estudo, sem interferências valorativas ou ideais, isto é, quanto ao objeto-direito, busca descrever os procedimentos jurídicos tais como ocorrem. Esta última será a perspectiva adotada ao longo do trabalho.

13. Não é possível desvincular em termos absolutos a atividade prescritiva da descritiva, assim, a retórica analítica ocupa o campo criptonormativo, pois não se limita a descrever seu objeto, mas tem também a inevitável parcela constitutiva do próprio objeto.

14. A retórica jurídica é o método, a metodologia e a metódica de enfrentamento do problema de pesquisa.

15. Existem duas possibilidades para o investigador: (i) acentuar o aspecto pergunta, em que os próprios sistemas e os conceitos-chave servem para tornar inteligível um problema, mas logo em seguida são também problematizados; ou (ii) acentuar o aspecto resposta, em que são postos fora de dúvidas determinados pontos tidos por inatacáveis, abrindo-se a possibilidade de questionar outros dados, mas sempre mantendo como absolutas as primeiras respostas. Acerca da decisão judicial será acentuado o aspecto pergunta na dissertação.

16. A dissertação é composta por três modelos teóricos: analítico, hermenêutico e empírico. O primeiro modelo visa a estabelecer os conceitos básicos de dogmática

jurídica e norma jurídica, momento em que se acentua o caráter formal e lógico da estrutura do direito positivo como sistema prescritivo. O segundo é o modelo hermenêutico, que ainda está imbricado no primeiro, por ter a dogmática jurídica como ponto de partida (está assim contido no *logos*), mas pretende avaliar o processo da decisão judicial enquanto busca do *sentido* no caminho dogmático que parte da estrutura da norma geral e abstrata para a estrutura da norma individual e concreta, ocasião em que se acentuam as possibilidades de atuação *no* texto da decisão judicial. O terceiro modelo é empírico e se concentra no procedimento na maioria das vezes fora dos autos do processo, e encara o problema da decidibilidade de conflitos a partir do comportamento humano e do seu controle por meio, sobretudo, do *ethos* e do *pathos*.

17. Conhecimento vulgar envolve constatações da linguagem cotidiana e o conhecimento científico procura dar a suas constatações um caráter estritamente descritivo, genérico, mais bem comprovado e sistematizado, denotativa e conotativamente rigoroso, isto é, o mais isento possível de ambiguidades e vagezas. (Tércio)

18. O significado de uma palavra nunca é a coisa-sem-si, mas outra palavra. O encadeamento de palavras, infinitamente, remontará a outras palavras.

19. A comunicação bem sucedida entre os sujeitos (emissor-receptor) é um milagre que transpõe dois abismos inafastáveis: (i) a mente humana só opera por generalidade ao passo que os eventos, sempre individuais, só se apresentam de maneira irracional, sobressaindo uma insuperável incompatibilidade entre ideia e evento (problema gnosiológico); (ii) a preferência axiológica de cada sujeito interfere no ato de conhecimento, pois envolve os valores subjetivos sobre o próprio objeto (problema axiológico).

20. Para contornar o problema gnosiológico, foi desenvolvida a linguagem, o ponto médio entre as ideias, os eventos e os demais seres humanos. Essa linguagem não consegue transmitir perfeitamente nem os eventos nem as ideias, mas é o único modo de o ser humano perceber os inúmeros relatos presentes no caminho em que está inserido e se comunicar.

21. Para contornar o problema axiológico, surge, por imposição coercitiva, a procedimentalização como arena dos relatos, ou seja, institucionalizam-se regras procedimentais, sem qualquer conteúdo ético, para permitir o enfrentamento entre os relatos. O produto do procedimento será a moral prevalecente na sociedade, afastando-se a existência de algo intrinsecamente justo.

22. Em linha contrária aos retóricos, os ontológicos acreditam que a devida aplicação dos órgãos do sentido e a adequada utilização das capacidades cognitivas permitem aos seres humanos acessarem a verdade de maneira objetiva, ou seja, oponível a todas as perspectivas subjetivas contrárias.

23. A dogmática jurídica pode ser entendida por meio do filtro retórico tripartite. A dogmática material é constituída por acordos linguísticos provisórios que criam as normas jurídicas e os institutos jurídicos. A dogmática estratégica busca alterar o primeiro nível retórico, por meio de doutrinas, teorias, precedentes, funcionando como metodologia. A retórica analítica da dogmática jurídica se encarrega, entre outros pontos: (i) da análise de conteúdo dos textos; (ii) do estudo das clássicas técnicas de persuasão (ethos, pathos e logos); (iii) de verificar a utilização coerente de ideias e a forma de sua transmissão através de figuras de linguagem.

24. A norma jurídica é analiticamente compreendida por três perspectivas: (i) norma jurídica como promessa (significado); (ii) norma jurídica como fonte do direito (significante) e (iii) norma jurídica como decisão concreta (evento).

25. Com base nos estudos de Tércio Sampaio Ferraz Jr., Ottmar Ballweg, Theodor Viehweg e Friedrich Müller, João Maurício Adeodato sugere como funciona a dogmática jurídica decisória, no âmbito jurisdicional, em quatro estágios: (i) identificação das fontes do direito; (ii) interpretação das fontes do direito; (iii) argumentação sobre qual interpretação deve prevalecer no caso e na norma; (iv) decisão definitiva.

26. O mundo dos eventos é individual e irracional, porque a razão só opera por meio de conceitos gerais. Assim, o conhecimento dos eventos ocorre por meio de um processo de racionalização, em que são ignoradas individualidades do evento e a

partir das frações selecionadas são criadas ideias. A cada uma dessas ideias o ser humano atribui um nome, ou seja, faz correspondência entre a ideia (significado) e um signo linguístico (significante), como tentativa de racionalizar o evento.

27. O conhecimento é uma criação intersubjetiva, por meio da qual o contato com um *evento individual* forma uma *ideia geral* corporificada em um *signo linguístico*.

28. Independente do esforço linguístico empregado, o significante linguístico (signo) será sempre geral, o significado (ideia) sempre será geral e o evento sempre individual. Importante, com maior ou menor sucesso, é alcançar acordos linguísticos provisórios acerca dessa “realidade” e isso independe de constrangimentos objetivos externos ao próprio contexto comunicacional.

29. Na dogmática jurídica o contato com o evento permite que os sujeitos em comunicação constituam o fato juridicamente relevante ao priorizar nas incontáveis individualidades ali existentes, quais as que correspondem às fontes do direito (significante) e à própria ideia do que é jurídico (significado).

30. Apesar dos incontornáveis abismos gnosiológicos e axiológicos entre ideia, signo e evento, é desejável buscar maior precisão na comunicação, expurgando do contexto dialógico os ruídos da carga emotiva, ambiguidade e vagueza.

31. Os planos sintático e semântico da linguagem são insuficientes para responder aos problemas sob o prisma retórico, pois a estrutura signo-signo (sintática) ou a atribuição de verdade/falsidade na relação por correspondência entre signo-objeto (semântica) acabam por esconder a retórica material de que toda linguagem é constitutiva da realidade quando partilhada intersubjetivamente. Resta o critério pragmático (relação entre signo e utente) para determinar o sentido dos conceitos.

32. A norma jurídica como ideia (significado) tem uma estrutura e uma função. Representada em termos lógicos, a estrutura é a seguinte:  $D \{ [ F \rightarrow (S'RS'') ] \vee [ - (S'RS'') \rightarrow (S'R'S''') ] \}$ . Sua função é controlar as relações humanas por meio de regras de convivência, cuja violação permite a aplicação de sanção.



33. A norma jurídica compreendida como significante linguístico é o meio pelo qual se opera a comunicação de um significado normativo (ideia).

34. Indicadores ou predicadores não são suficientes para garantir a desejada “individualidade” do significado linguístico.

35. O *signo* insere a *ideia* no *mundo real*, ou seja, ao cristalizar o contato entre ideia e evento, o signo acaba por se tornar também um evento passível de conhecimento.

36. Vagueza, ambiguidade e porosidade são características inafastáveis da linguagem, podendo ser reduzidas ou intensificadas, mas jamais eliminadas.

37. A teoria da decisão judicial pode ser dividida analiticamente em quatro passos de concretização da norma jurídica. A norma jurídica como evento só se constitui no momento em que se realiza na prática, torna-se realidade, como decisão efetiva, como evento individual.

38. O primeiro passo da concretização normativa está na escolha das fontes do direito (significantes linguísticos dotados de pertinência, validade e vigência). Pertinência quer dizer que a fonte eleita guarda correspondência com o caso concreto, ou seja, para este problema individual (evento) há uma norma jurídica geral (significado). As fontes pertinentes precisam ser: válidas, elaboradas pela autoridade competente segundo o rito previsto; vigentes, aptas para produzir efeitos, (já ultrapassou todas as fases do processo legislativo, inclusive da *vacatio legis*); e com eficácia jurídica, adequada a incidir sobre casos concretos (não é caduca – existem eventos individuais que cumprem com a hipótese da norma).

39. Há quatro meios de comunicação que visam à efetividade dos significantes e significados normativos. A decisão judicial pode ser fruto de persuasão, autoridade, engodo ou ameaça de violência. Através da persuasão, quando sinceramente se acredita na adequação do seu conteúdo, aceitando seus resultados (logos). Por meio da autoridade, se o receptor respeita a autoridade do emissor, independente do conteúdo (ethos). O engodo também viabiliza a aceitação, sobretudo por meio de silogismos erísticos. Por fim, a ameaça de violência constrange o receptor à obediência.

40. A interpretação ocorre por meio de metarregras como o combate da ambiguidade e da vagueza no momento da decisão. Inicialmente, a escolha de um sentido para os significantes linguísticos, no processo de concretização sintático-semântica disponível no ponto de partida eleito (fontes pertinentes, válidas e vigentes), procura contornar o problema da ambiguidade. Resta ainda afastar a vagueza, por meio da definição do alcance dos termos no âmbito pragmático, o que ocorre com a articulação entre os sentidos e o caso concreto. Esta etapa só ocorre diante do caso concreto.

41. A argumentação é o terceiro passo de concretização da norma jurídica decisória. Neste momento, o objetivo é alcançar adesão dos demais participantes acerca da interpretação alcançada no segundo passo. Aqui, após escolhidas as fontes e atribuído seu sentido e alcance, o participante tenta convencer que suas opções devem prevalecer em relação as demais possibilidades.

42. Ultrapassados esses passos, chega o momento de o julgador efetivamente escolher qual o sentido e o alcance da norma jurídica concreta que se transforma em evento, individual e irrepetível.

43. O exame técnico dos argumentos ocorre por meio da identificação de silogismos ou entimemas, oportunidade em que são apreciados os fundamentos das opiniões existentes no discurso jurídico.

44. A crença na estrutura racional e científica do método jurídico gera a falsa segurança de coerência, previsibilidade e imutabilidade; e a ignorância das premissas maiores articuladas nos silogismos incompletos é extremamente funcional para a decisão (muitas vezes arbitrária e não “científica”) dos problemas sociais.

45. Há vantagens na ignorância jurídica, tais como: (i) o ocultamento da inconsistência de todo o sistema normativo; (ii) a possibilidade de invocar qualquer premissa que pareça apropriada àquela situação particular, com a adaptação casuística do significado da norma; (iii) a utilização de valorações sociais subjacentes, que por vezes colidem com regras legais, mas no caso particular ganham sentimento de justiça e equidade; (iv) a invisibilidade de contradições

flagrantes dos argumentos com as regras da lógica, da sistematização legal, da igualdade, da legalidade. (Sobota)

46. Após a apreensão da dogmática jurídica, deve-se, por assim dizer, jogar a escada fora depois de subir por ela. Na sequência, entram os jogos extradogmáticos na realização concreta do direito. Isso quer dizer que além de toda a visão analítica e hermenêutica é possível perceber a dogmática jurídica no seu lado empírico.

47. É preciso discernir o processo jurídico (conjunto das normas processuais como tais) do procedimento jurídico (modo efetivo como tais normas funcionam na realidade, pleno de elementos extrajurídicos, ou pelo menos extralegais). (Luhmann).

48. Tudo o que funciona é válido e é legítimo, pois basta que a decisão judicial esteja de acordo com os procedimentos jurídicos prefixados (rectius: a positivação processual do direito) para que seja considerada válida e eficaz juridicamente.

49. Se a decisão judicial é percebida em termos funcionais, então, com maior razão é possível se aproveitar dos jogos de interesse e poder do sistema das relações sociais para se alcançar determinados resultados processuais. Difícil pensar em melhor utilidade para se investir no ethos e no pathos dos atores processuais.

50. O apelo sobre um critério material a aferir a validade das decisões judiciais, como o que/quem tem a palavra final acima da dogmática jurídica, não passa de um artifício retórico estratégico do discurso humano. Eis aí uma justificativa funcional para se aceitar a legitimação pelo procedimento, pois não havendo um critério material de justiça que se sobreponha ao procedimento dogmaticamente organizado, percebe-se que, efetivamente, os jogos de poder podem superar o ideal de uma decisão justa.

51. A própria ideia de legitimidade, em termos retóricos, não passa de uma questão de crença/opinião. Por mais escandaloso que seja o conteúdo de uma decisão judicial, enquanto outra decisão não retirar aquele conteúdo do sistema do direito positivo, a norma jurídica lançada será válida e eficaz ao arripio de quem quer que seja.

52. A dogmática jurídica se atenta para os problemas dos jogos de poder e institucionaliza obstáculos a alguns atos para preservar o processo judicial (a suspeição e o impedimento do julgador, MP, auxiliares da justiça e demais sujeitos imparciais do processo). Sua violação pode implicar a nulidade dos atos judiciais praticados.

53. Entretanto, a dogmática não consegue captar e obstar todas as situações que interferem no seu funcionamento, ou melhor, é interessante do ponto de vista pragmático conservar atos políticos e sociais que fortaleçam sua institucionalização.

## REFERÊNCIAS

ABDALLA, Maurício. *Uma janela para a filosofia*. 7 reimp. São Paulo: Paulus, 2015

\_\_\_\_\_. *Alan Sokal: demolidor de barracas... inclusive a própria*. Episteme, Porto Alegre, n. 12, p-113-138, jan/jun, 2001

ADEODATO, João Maurício. *Ética e retórica: para uma teoria dogmática jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2002

\_\_\_\_\_. *Uma teoria retórica da norma jurídica e do direito subjetivo*. São Paulo: Noeses, 2011

\_\_\_\_\_. *Filosofia do Direito: uma crítica à verdade na ética e na ciência*. 4. Ed. Saraiva: São Paulo, 2009

\_\_\_\_\_. *A retórica constitucional: sobre tolerância, direitos humanos e outros fundamentos éticos do direito positivo*. 2 ed. Saraiva: São Paulo, 2010

ALMEIDA, Júlio César. *Retórica dos silêncios normativos e lacunas no direito: separação entre texto e norma à luz de uma releitura de Kelsen*. Juruá: Curitiba, 2014

ALIGHIERI, Dante. *A divina comédia*. Hernâni Donato (trad.) Coleção obras-primas. São Paulo: Nova Cultural, 2009

ARISTÓTELES. *Retórica*. Trad. Marcelo Silvano Madeira. Coleção Biblioteca Clássica. São Paulo: Rideel, 2007

ASSIS, Machado de. *Teoria do Medalhão*. Disponível em: [http://letras.cabaladada.org/letras/teoria\\_medalhao.pdf](http://letras.cabaladada.org/letras/teoria_medalhao.pdf)

BECKETT, Samuel. *Esperando Godot*. Fábio de Souza Andrade (trad. e prefácio). 2 ed. Coleção Prosa do Mundo. São Paulo: Cosac Naify, 2010a

\_\_\_\_\_. *Fim de partida*. Fábio de Souza Andrade (trad. e prefácio). 2 ed. Coleção Prosa do Mundo. São Paulo: Cosac Naify, 2010b

BOCCACCIO, Giovanni. *Decameron ou Príncipe Galeotto*. Urbano Tavares Rodrigues (trad.) Belo Horizonte: Crisálida, 2008

BRASIL JR. Samuel Meira. *Justiça, Direito e Processo: a argumentação e o direito processual de resultados justos*. Coleção Atlas de Processo Civil. Carlos Alberto Carmona (coord.) São Paulo: Atlas, 2007

BRONZE, Fernando José. *Lições de introdução ao direito*. 2.ed. reim. Coimbra: Coimbra, 2010

CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário, linguagem e método*. 5 ed. rev e ampl. Noeses: São Paulo, 2013

CERVANTES SAAVEDRA. Miguel. *O engenhoso fidalgo D. Quixote de La Mancha*. Primeiro Livro. Sérgio Molina (trad.) Edição bilíngue. São Paulo: 34, 2011

\_\_\_\_\_. *O engenhoso cavaleiro D. Quixote de La Mancha*. Segundo Livro. Sérgio Molina (trad.) Edição bilíngue. São Paulo: 34, 2012

DEFOE, Daniel. *Robinson Crusoe*. Sergio Flaksman (trad). São Paulo: Penguin Classics Companhia das Letras, 2011

DOSTOIÉVSKI, Fiódor. *Memórias do subsolo*. Boris Schnaiderman (trad). Coleção Leste. 6 ed. São Paulo: 34, 2009

\_\_\_\_\_. *O duplo: poema petersburguense*. Paulo Bezerra (trad. Posfácio e notas). Coleção Leste. São Paulo: 34, 2011

\_\_\_\_\_. *O Idiota*. Paulo Bezerra (trad.) 2 ed. 4 reim. Coleção Leste. São Paulo: 34: 2008

EDMONDS, David. EIDINOW, John. *O atizador de Wittgenstein: a história de uma discussão de dez minutos entre dois grandes filósofos*. 2 ed. Pedro Jorgensen Jr. (trad) Rio de Janeiro: Difel, 2010

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito: Técnica, Decisão, Dominação*. 8ed. São Paulo: Atlas, 2015

\_\_\_\_\_. *O Direito, entre o futuro e o passado*. São Paulo: Noeses, 2014

\_\_\_\_\_. *Teoria da norma jurídica: ensaio de pragmática da comunicação normativa*. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005

\_\_\_\_\_. *A ciência do direito*. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2014

\_\_\_\_\_. *Apresentação*. In: Niklas Luhmann. *Legitimação pelo procedimento*. Maria da Conceição Côrte-Real (trad.) Brasília: Universidade de Brasília, 1980

GOETHE. *Fausto Zero*. São Paulo: Cosac Naify, 2001

GRAYLING, A.C. *Wittgenstein*. Milton Camargo Mota. Coleção Mestres do Pensar. São Paulo: Loyola, 2002

GUIBOURG, Ricardo; GUIGLIANI, Alejandro. GUARINONI, Ricardo. *Introducción al Conocimiento Científico*. Buenos Aires, EUDEBA, 1985

HESSE, Hermann. *O lobo da estepe*. Ivo Barroso (trad.) 6 ed. Rio de Janeiro: BestBolso, 2014

\_\_\_\_\_. *Demian*. Ivo Barroso (trad.) 45 ed. Rio de Janeiro e São Paulo: Record, 2014

HESSEN, Johannes. *Teoria do conhecimento*. Coleção Studium, temas filosóficos, jurídicos e sociais. António Correia (trad.) 7 ed. Coimbra: Arménio Amado, 1976

HERZOG, Werner. *O enigma de Kaspar Hauser. Jeder für sich und Gott gegen alle" (original title)*. Filme alemão, 1974

JOYCE, James. *Retrato do artista quando jovem*. Clarisse Tavares (trad). Coleção Mil Folhas. Barcelona: Público, 2003

KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do Direito*. Trad. António Ulisses Cortês. 4 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2010

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. João Baptista Machado (trad.). 6 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003

KROHLING, Aloísio. *Dialética e direitos humanos: múltiplo dialético – da Grécia à contemporaneidade*. Curitiba: Juruá, 2014

KUNDERA, Milan. *A ignorância*. Teresa Bulhões Carvalho da Fonseca (trad.) São Paulo: Companhia das Letras, 2002

\_\_\_\_\_. *A festa da ignorância*. Teresa Bulhões Carvalho da Fonseca (trad.) São Paulo: Companhia das Letras, 2014

\_\_\_\_\_. *A insustentável leveza do ser*. Teresa Bulhões Carvalho da Fonseca (trad.) 1 ed. São Paulo: Companhia de bolso, 2008

LAUSBERG, Heinrich. *Elementos de retórica literária*. R. M. Rosado Fernandes (trad.) 5 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004

LENTIN, Jean-Pierre. *Penso, logo me engano: breve história do besteiro científico*. 4 ed. Marcos Bagno (trad.) Ática: São Paulo, 1997

MARQUES, Edgar. *Wittgenstein e o Tractatus*. Filosofia passo-a-passo. Vol. 60. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2005

MÁRQUEZ, Gabriel García. *Cem anos de solidão*. Eliane Zagury (trad.) 59 ed. Rio de Janeiro: Record, 2006

MENEZES, Cynara. *É o órgão sexual que define a identidade de gênero? O caso de David Reimer*. Disponível em: <http://socialistamorena.com.br/e-o-orgao-sexual-que-define-a-identidade-de-genero/>

MONTAIGNE, Michel de. *Sobre a amizade*. Carolina Selvatici (trad.). Rio de Janeiro: Tinta Negra Bazar Editorial, 2011

MOUSSALLEM, Tárek Moysés. *Fontes do direito tributário*. Prefácio de Paulo de Barros de Carvalho. 2. ed. São Paulo: Noeses, 2006

\_\_\_\_\_. *Revogação em matéria tributária*. Prefácio de Paulo de Barros de Carvalho. 2. ed. Noeses: São Paulo, 2011

NASSAR, Raduan. *Lavoura Arcaica*. 3 ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1989

NIETZSCHE, F. *Sobre Verdade e Mentira no Sentido Extra-moral*. Tradução: Torres Filho, R. in: Antologia de Textos Filosóficos. Marçal, J. (org.), SEED, Paraná, 2009

PESSOA, Fernando. *Tabacaria*. Disponível em <http://www.insite.com.br/art/pessoa/ficcoes/acampos/456.php>

PLATÃO. *Górgias (a retórica)*. Versão eletrônica do diálogo platônico “Górgias”. Carlos Alberto Nunes (trad.) Créditos da digitalização: membros do grupo de discussão Acrópolis (Filosofia). Homepage do grupo: <http://br.egroups.com/group/acropolis/> Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/cv000034.pdf>

REALE, Giovanni. ANTISERI, Dario. *História da filosofia: filosofia pagã antiga*. Vol I. Ivo Storniolo (trad.) São Paulo: Paulus, 2003

ROESLER, Claudia Rosane. *Theodor Viehweg e a ciência do direito: tópica, discurso, racionalidade*. 2 ed. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013

RUSSEL, Bertrand. *História da filosofia ocidental*. Vol I. Brenno Silveira (trad.) 3 ed. Biblioteca do espírito moderno. Série 1. Filosofia – Vol 23. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1977

\_\_\_\_\_. *A conquista da felicidade*. Luiz Guerra (trad.) Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2012

SCAVINO, Dardo. *A filosofia Atual: pensar sem certezas*. Lucas Galvão de Britto (trad.). São Paulo: Noeses, 2014

SCHOPENHAUER, Arhur. *Sobre o ofício do escritor*. Eduardo Brandão, Luiz Sérgio Repa (trad.) Obras Schopenhauer. São Paulo: Martins Fontes, 2005

\_\_\_\_\_. *A arte de ser feliz*. Eduardo Brandão, Luiz Sérgio Repa (trad.) Obras Schopenhauer. São Paulo: Martins Fontes, 2008

\_\_\_\_\_. *A arte de ter razão*. Eduardo Brandão, Luiz Sérgio Repa (trad.) Obras Schopenhauer. São Paulo: Martins Fontes, 2009

SCHWANITZ, Dietrich. *Cultura: tudo o que é preciso saber*. Lumir Nahodil (trad.) 13 ed. Alfragide: Livros d'Hoje e Publicações Dom Quixote, 2010

SIQUEIRA, Cleanto Guimarães. *A verdade de cada um: e 22 crônicas para ler depois...* Vitória: Flor e cultura, 2010

SLABOSHPYTSKIY, Myroslav. *A tribo. Pleyma* (título original). Filme ucraniano, 2014

SOBOTA, Katharina. *Não mencione a norma!* João Mauricio Adeodato (trad.) Recife: UFPE, 1996

SOKAL, Alan. BRICMONT, Jean. *Imposturas Intelectuais: o abuso da ciência pelos filósofos pós-modernos*. Max Altman (trad.) 5 ed. Record: Rio de Janeiro e São Paulo, 2012

\_\_\_\_\_. *Imposturas e fantasias*. In: Folha de São Paulo, Jornal de Resenhas, 13 junho 1998, Tradução de Caetano Plastino. Disponível em: <http://www.physics.nyu.edu/sokal/folha.html#derrida>

STEINER, George. *Lições dos Mestres*. Maria Alice Máximo (trad.). 2 ed. Rio de Janeiro e São Paulo: Record, 2010

STRECK, Lênio. *Senso incomum: Juiz não é sócio do Ministério Público nem membro da Polícia Federal*. Artigo publicado na Revista Consultor Jurídico, 24 de março de 2016. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-mar-24/senso-incomum-juiznao-socio-ministerio-publico-nem-membro-policia-federal>

TRIER, Lars von. *Nymphomaniac*. Vol I e II. Dinamarca / Alemanha / França / Bélgica / Reino Unido, 2013

VILANOVA, Lourival. *Escritos Jurídicos e Filosóficos*. Vol. I. São Paulo: Axis Mundi e IBET, 2003

\_\_\_\_\_. *Causalidade e relação no direito*. 4 ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000



\_\_\_\_\_. *As estruturas lógicas e o sistema de direito positivo*. 4 ed. São Paulo: Noeses, 2010