

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS  
FACULDADE DE DIREITO

A IMPORTÂNCIA DA RETÓRICA NO DIREITO

RÁFAGA BARBOSA DE MELLO

RIO DE JANEIRO

2016

RÁFAGA BARBOSA DE MELLO

**A IMPORTÂNCIA DA RETÓRICA NO DIREITO**

Trabalho de conclusão de curso apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Fábio Perin Shecaira

RIO DE JANEIRO

2016

Mello, Ráfaga Barbosa.

A importância da retórica no direito / Ráfaga Barbosa de Mello. – 2016.  
52 f.

Orientador: Fábio Perin Shecaira.

Monografia (graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas, Faculdade de Direito.

Bibliografia: f. 51-52.

1. Retórica no direito e nova retórica. I. Shecaira, Fábio Perin. II. Universidade Federal do Rio de Janeiro. Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas. Faculdade de Direito. Departamento de Filosofia. III. Título.

CDD

RÁFAGA BARBOSA DE MELLO

A IMPORTÂNCIA DA RETÓRICA NO DIREITO

Trabalho de conclusão de curso apresentado à  
Direito da Universidade Federal do Rio de  
Janeiro, como requisito parcial para obtenção  
do título de Bacharel em Direito.

Data de aprovação: \_\_\_\_/ \_\_\_\_/ \_\_\_\_

Banca Examinadora:

---

FÁBIO PERIN SHECAIRA – Presidente da Banca Examinadora

Prof.º Dr.º da Universidade Federal do Rio de Janeiro - Faculdade Nacional de Direito

Orientador

---

---

RIO DE JANEIRO

2016

A todos aqueles que já lutaram por alguém ou algo em que acreditam.

## AGRADECIMENTOS

À minha família, que suporta meus silêncios e que até hoje não sabe muito bem o que eu de fato estudo.

Ao meu orientador, Prof. Dr. Fábio Perin Shecaira, mestre admirável que pacientemente me orientou sendo sempre solícito e gentil.

Ao Prof. Dr. Diogo de França Gurgel, por toda boa vontade, interesse e afinidades acadêmicas que enriquecem a cada dia minhas questões filosóficas no mestrado em filosofia da UFF.

Aos professores Noel Struchiner, Danilo Marcondes, Luís Felipe Bellintani, André C. Yazbek, Fernando Ribeiro, Claudio Oliveira, Marcelo Araújo, Ricardo Falbo e aos outros tantos do departamento de filosofia da UFF e de direito da UFRJ que inspiraram e contribuíram de infinitas maneiras para que esse trabalho fosse finalmente realizado.

Aos meus queridos amigos que suportaram todas as crises existenciais possíveis, em especial ao Luis Antônio Cunha Ribeiro, Marianny Santos, Iara da Rocha Freitas, Mariana Abrantes, que nunca me deixaram desistir ou titubear e, com muito amor, iluminaram os meus dias.

Aos companheiros Erasmo Penteado, Vitória Britto, Alan Buchard, Willian Lizardo, Pedro Pimenta, Erick Braga, Val Azpiroz, Ana Luiza Vieira, Daniel Costa, Luciana Brittes, Tatiana Tolentino, Tainá Lopes, Deborah Lannes, Pedro Szerman, Deuseni Alves, Carla Martins, Paula Rodrigues, Liana Lyrio, Pedro Lopes, Rodrigo Quintanilha, Luiza Mello e Thais Sant'Anna pela presença em minhas vivências mais marcantes e alegres.

"Nisto não há nada de espantoso, visto que o discurso - como a psicanálise nos mostrou - não é simplesmente aquilo que manifesta (ou oculta) o desejo; é, também, aquilo que é o objeto do desejo; visto que - isso a história não cessa de nos ensinar - o discurso não é simplesmente aquilo que traduz as lutas ou os sistemas de dominação, mas aquilo porque, pelo que se luta, o poder de que queremos nos apoderar."

*Michel Foucault*

## RESUMO

A partir do momento em que o direito é analisado como um fenômeno de linguagem parece inconcebível pensá-lo fora de uma estrutura que envolva um discurso, pois a racionalidade do que é jurídico depende do inter-relacionamento humano que só é possível através da linguagem. Assim, pretende-se demonstrar que o fenômeno da textura aberta da linguagem proporciona um espaço que é passível de ser preenchido e dá ensejo ao surgimento de um notório espaço para a retórica, sendo hodiernamente, um assunto de suma importância que perpassa diretamente o direito e a filosofia. A presente monografia visa, portanto, ressaltar a importância e a utilização da retórica, bem como seus problemas filosóficos e conceituais conforme exposto pelo filósofo Chaim Perelman na esfera jurídica, tendo como base para tanto a teoria do direito proposta pelo jusfilósofo H. L. A. Hart, que ao admitir a necessidade da discricionariedade, constrói um modelo de positivismo mais difícil de se refutar; um modelo que adota uma via intermediária entre o formalismo radical, de acordo com o qual as regras existentes no sistema jurídico seriam totalmente claras e capazes de dar conta da realidade jurídica como um todo, e o ceticismo em relação a capacidade das regras de oferecerem uma determinação legal. Hart defende a posição intermediária dizendo que no âmbito do direito surgem casos simples que podem ser resolvidos por regras claras e os *hard cases* que devem ser resolvidos por critérios que estão além das regras válidas que compõem o direito. Assim, o que torna possível essa postura de Hart é o conceito de textura aberta da linguagem. Portanto, ao constatarmos que a linguagem é construtora das normas jurídicas, cunhadas por seres humanos falíveis, existe a possibilidade de que haja estratégias argumentativas mais ou menos eficientes. Neste momento a retórica é retomada: é a partir dela que os operadores do direito tenderão a escolher um discurso, dinamizando regras que tendem a ser estáticas, imperfeitas e contraditórias.

**Palavras-chave:** Retórica no direito; Textura aberta da linguagem; Positivismo Conceitual; Nova retórica.



## ABSTRACT

Ever since law is analyzed as a language phenomenon seems inconceivable to think it out of a structure involving a speech, because the rationality of what is legal depends on human interrelationship that is only possible through language. Thus, we intend to demonstrate that the phenomenon of open texture of language provides a space that is likely to be completed and gives rise to the emergence of a notorious space for rhetoric, nowadays is a matter of major importance that directly runs through the law and the philosophy. This monograph, therefore aims to highlight the importance and use of rhetoric as well as his philosophical and conceptual problems as explained by the philosopher Chaïm Perelman in the legal sphere, and as a basis for both legal theory proposed by H.L.A Hart that to admit the need for discretion builds a more difficult positivism model to refute; a model that takes a middle way between the radical formalism, according to which the existing rules in the legal system would be completely clear and able to cope with the legal reality as a whole, and skepticism about the ability of rules to offer a legal determination. Hart defends the intermediate position by saying that under the law arise simple cases that can be solved by clear rules and *hard cases* that must be solved by criteria that are beyond the valid rules that make up the law. So is the concept of open texture of language which makes possible the theory of Hart. Therefore, when we find that the language is construction of legal rules, minted by fallible human beings, there is a possibility that there are argumentative strategies more or less efficient. At this time, the rhetoric is taken: for it that jurists tend to choose a speech, streamlining rules that tend to be static, imperfect and contradictory.

**Keywords:** Rhetoric and law; Open language texture; Conceptual Positivism; New Rhetoric.

## SUMÁRIO:

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	11
<b>1 - A TEXTURA ABERTA DA LINGUAGEM E O CONCEITO DE DIREITO DE H. L. A. HART</b> .....	15
1.1 - A filosofia analítica .....	15
1.2 - O “segundo” Wittgenstein e os jogos de linguagem .....	17
1.3 - Hart e a textura aberta da linguagem .....	22
<b>2 - A UTILIZAÇÃO DA RETÓRICA</b> .....	28
2.1 - A retórica e o direito. Origens .....	28
2.2 - Os sofistas .....	31
2.3 - Protágoras .....	32
2.4 - Górgias .....	35
<b>3 - ARISTÓTELES E PERELMAN: POR UMA NOVA RETÓRICA</b> .....	37
<b>CONCLUSÃO</b> .....	49
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS</b> .....	51

## INTRODUÇÃO

A partir do momento em que o direito é analisado como um fenômeno de linguagem parece inconcebível pensá-lo fora de uma estrutura que envolva um discurso, pois a racionalidade do que é jurídico depende do inter-relacionamento humano que só é possível através da linguagem. O problema surge quando aquilo que é de fato um instrumento de comunicação torna-se um instrumento de manipulação jurídica e política.

Desta forma, a presente monografia, visa ressaltar a importância da retórica, bem como os problemas filosóficos e conceituais da retórica e da teoria da argumentação conforme exposto pelo filósofo Chaïm Perelman na esfera jurídica, tendo como base para tanto a teoria do direito proposta pelo jusfilósofo H. L. A. Hart.

Assim, em um primeiro momento, situaremos a utilização da retórica dentro do contexto da concepção de direito utilizada pelo jusfilósofo H. L. A. Hart. Ou seja, o direito como um sistema de regras legais e válidas que compõem o sistema jurídico de acordo com o modelo do positivismo conceitual.

A partir do momento em que se reconhece que as regras que regem o direito são passíveis de falhas, e que em algum momento o juiz não poderá recorrer a elas somente, ele deverá usar seu poder discricionário para chegar a uma decisão. Desta forma, reconhecemos que existe uma grande possibilidade de as regras serem inconsistentes, de não existirem ou serem vagas em razão da linguagem por meio da qual foram escritas.

Ao admitir a necessidade da discricionariedade, Hart constrói um modelo de positivismo mais difícil de refutar; um modelo que adota uma via intermediária entre o formalismo radical e o ceticismo em relação à capacidade das regras de oferecerem uma determinação legal. Hart defende a posição intermediária dizendo que no âmbito do direito surgem casos simples que podem ser resolvidos por regras claras e os *hard cases* que têm que ser resolvidos por critérios que estão além das regras válidas que compõem o direito. Assim, diz Hart:

“Uma regra jurídica nos proíbe de levar um veículo a um parque público. Isto claramente proíbe um automóvel, mas o que dizer de bicicletas, patins, carrinhos de brinquedo? E aviões? Todos esses devem ser chamados de “veículos” para os fins

dessa regra ou não? Se temos que nos comunicar minimamente uns com os outros e se, na forma mais elementar de direito, temos que expressar nossas intenções de que um certo tipo de comportamento seja regulado por regras, então as palavras gerais que utilizamos – como “veículo” no caso que estou analisando – devem ter algum caso padrão (standard instance) no qual não há dúvida quanto à sua aplicação. Deve haver um núcleo de sentidos estabelecidos (core of settled meaning), mas haverá, também, uma zona de penumbra de casos discutíveis nos quais as palavras nem são obviamente aplicáveis, nem obviamente descartadas.”<sup>1</sup>

O que torna possível essa postura de Hart é o conceito de textura aberta da linguagem (cunhado por Friedrich Waismann, derivado dos jogos de linguagem de Wittgenstein e aplicado ao direito por Hart), que possibilita permanentemente a existência de uma região de significado onde não conseguimos determinar se a palavra se aplica ou não, pois os conceitos empíricos não apresentam uma definição exaustiva, ou seja, nenhum conceito se encontra delimitado de forma que não surjam espaços para dúvida sobre o seu significado. Assim, para esclarecer, enquanto Waismann salienta que a textura aberta da linguagem é uma propriedade dos termos empíricos, responsável pela impossibilidade de uma verificação conclusiva sobre as afirmações aludidas a objetos materiais, Hart, por outro lado, diz que a textura aberta da linguagem é uma característica tanto de termos quanto de sentenças e regras. Além disso, a textura aberta da linguagem faz com que as regras apresentem sempre a possibilidade de uma região de penumbra, onde não sabemos com clareza se a regra deve ser aplicada ou não.

É a partir deste momento, em que constatamos que a linguagem construtora das normas jurídicas, cunhadas por seres humanos falíveis, deixa uma brecha para o surgimento da retórica. É a partir dela que os operadores do direito tenderão a escolher um discurso, dinamizando regras que tendem a ser estáticas, imperfeitas e falivelmente contraditórias.

Recorremos aqui, a Paul Ricoeur, que salienta a ligação da retórica com outras áreas:

A retórica liga-se à teoria do discurso e ao poder da linguagem, que se relaciona à filosofia da linguagem, pelo que a busca de sua conceituação é muito mais importante. Ela é tão antiga como a filosofia a que se vincula, sendo sua mais velha inimiga e sua mais antiga aliada.<sup>2</sup>

É por esta razão que, ao situarmos a retórica no contexto jurídico, parece adequado defini-la recorrendo a Chaïm Perelman:

A Retórica clássica, a arte de bem falar, ou seja, a arte de falar (ou de escrever) de modo persuasivo se propunha estudar os meios discursivos de ação sobre um

<sup>1</sup> MARCONDES, Danilo e STRUCHINER, Noel. **Textos básicos de filosofia do direito: de Platão a Frederick Schauer**. Rio de Janeiro: Zahar, 2015, p.103-104.

<sup>2</sup> RICOEUR, Paul. **A Metáfora Viva**. São Paulo: Edições Loyola, 2000, p.19.

auditório, com o intuito de conquistar ou aumentar sua adesão às teses que se apresentavam ao seu assentimento.<sup>3</sup>

Desta forma, ao se definir a *retórica* como “a arte de persuadir pelo discurso” e *discurso* como “toda produção verbal, escrita ou oral, constituída por uma frase ou por uma sequência de frases, que tenha começo e fim e apresente certa unidade de sentido”<sup>4</sup>, deduz-se que não basta convencer a nós mesmos, precisamos do olhar do outro, de sua presença e seu assentimento, para que possamos convencê-lo.

No segundo momento, será feita a contextualização histórica entre o a retórica e o direito, principalmente através dos sofistas, os grandes retores por excelência. Desta forma, será exposto que a origem da retórica está ligada intimamente a filosofia e ao direito. Neste sentido, diz Reboul, defendendo a origem jurídica do tema:

[...] a retórica é anterior à sua história, e mesmo a qualquer história, pois é inconcebível que os homens não tenham utilizado a linguagem para persuadir. Pode-se, aliás, encontrar retórica entre hindus, chineses, egípcios, sem falar dos hebreus. Apesar disso, em certo sentido, pode-se dizer que a retórica é uma invenção grega, tanto quanto a geometria, a tragédia, a filosofia. [...] A retórica não nasceu em Atenas, mas na Sicília grega por volta de 465 a C, após a expulsão dos tiranos. E sua origem não é literária, mas judiciária. Os cidadãos despojados pelos tiranos reclamaram seus bens, e à guerra civil seguiram-se inúmeros conflitos judiciais. Numa época em que não existiam advogados, era preciso dar aos litigantes um meio de defender sua causa. Certo Córax, discípulo do filósofo Empédocles, e o seu próprio discípulo, Tísias, publicaram então uma ‘arte oratória’ (tekhné rhetoriké), coletânea de preceitos práticos que continha exemplos para uso das pessoas que recorressem à justiça. Ademais, Córax dá a primeira definição da retórica: ela é ‘criadora de persuasão’. Como Atenas mantinha estreitos laços com a Sicília, e até processos, imediatamente adotou a retórica.<sup>5</sup>

Assim, no terceiro momento, uma vez concluída a pesquisa proposta, espera-se ter obtido bons argumentos para demonstrar que a nova retórica de Chaïm Perelman, inspirada na antiga retórica aristotélica, resgatou o sentido original do termo “dialética”, voltando-se, desta maneira, para além da dimensão lógica; para o estudo de todos os meios de prova e a preocupação com a força, a intensidade e a solidez de um argumento.

Pois, a nova retórica defende justamente a ampliação da racionalidade, de modo a tornar possível uma escolha justificada e uma decisão razoável para além do campo restrito da lógica formal ou demonstrativa. Nas palavras de Perelman:

<sup>3</sup> PERELMAN, Chaïm. **Retóricas**. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 177.

<sup>4</sup> REBOUL, Olivier. **Introdução a Retórica**. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. XIV.

<sup>5</sup> REBOUL, Olivier. **Introdução a Retórica**. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 3.

Se uma ciência do direito pressupõe posicionamentos, tais posicionamentos não serão considerados irracionais quando puderem ser justificados de uma forma razoável, graças a uma argumentação cuja força e pertinência reconhecemos.<sup>6</sup>

---

<sup>6</sup> PERELMAN, Chaïm. **Ética e Direito**. Tradução de Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 480.

# 1. A TEXTURA ABERTA DA LINGUAGEM E O CONCEITO DE DIREITO DE H. L. A. HART

## 1.1 A Filosofia analítica

É necessário entender que para começar a falar das ideias de Hart acerca do direito e a noção de textura aberta da linguagem é imprescindível visualizar o contexto filosófico fervilhante em que estava inserido o ilustre jurista. E este contexto é o da filosofia analítica. Recorreremos à definição de Danilo Marcondes:

'Filosofia analítica' é uma expressão que pode ser entendida pelo menos de dois modos. Em um sentido mais amplo, significa uma maneira de se fazer filosofia recorrendo-se ao método analítico para o tratamento das questões filosóficas. Em um sentido mais específico e historicamente determinado, a filosofia analítica é uma corrente filosófica que adota o método analítico e surge no final do século XIX, desenvolvendo-se ao longo do século XX até os tempos atuais, caracterizando-se assim como uma das principais correntes do pensamento contemporâneo. Mas, mesmo neste sentido mais específico, a filosofia analítica inclui também diferentes tendências, desde as suas origens no contexto da crítica ao idealismo então dominante até as várias linhas do pensamento contemporâneo. O método analítico pode se desdobrar, por sua vez em diferentes modos de se interpretar o que vem a ser 'análise' em um sentido filosófico. [...] Se nos perguntarmos, portanto o que significa filosofia analítica e como podemos entender a noção de 'análise', veremos que não há uma resposta única a estas questões.<sup>7</sup>

E assim continua:

A filosofia surge na Grécia antiga como busca de resposta específica a um sentimento de necessidade de se compreender melhor o mundo de nossa experiência. 'Compreender melhor' significa compreender a realidade diferentemente de como o fazemos e de forma mais satisfatória, dados certos objetivos práticos e teóricos. Isso acarreta um sentimento de que o mundo de nossa experiência não é transparente, não se revela a nós espontaneamente. Compreendê-lo melhor significa, assim, *analisá-lo*. Analisar, por sua vez, equivale a decompor, separar certos conceitos básicos, para então defini-los. Esses conceitos básicos servirão de ponto de partida para a *definição* e a compreensão dos demais. Definir consiste em estabelecer o significado de certos conceitos básicos e, na tradição analítica contemporânea, conceitos são entendidos como entidades linguísticas, dão o apelo à linguagem na análise filosófica, e daí a filosofia analítica ser confundida com frequência com a filosofia da linguagem. [...] A filosofia analítica contemporânea, na medida em que define sua tarefa como a análise dos conceitos, visando desse modo elucidar os problemas filosóficos, tem demonstrado muito pouco interesse pela formação histórica da tradição filosófica. A análise do conceito como parte da tentativa de solução de um problema filosófico não depende de uma compreensão da história do conceito, de

<sup>7</sup> Marcondes, Danilo. **Filosofia analítica**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2004. p. 8.

suas origens e evolução, mas sim, na concepção tipicamente analítica apenas da determinação da definição desse conceito da forma mais clara e precisa possível.<sup>8</sup>

Recentemente, filósofos analíticos como Michel Dummett, preocuparam-se em entender melhor a formação da tradição analítica: sua origem, sua ruptura com a tradição filosófica anterior e seus desdobramentos mais recentes. Assim, Michael Dummett divide a tradição filosófica em três grandes períodos. O primeiro, vai da filosofia antiga até o final do pensamento medieval, ou seja, do século VII a.C. até o século XIV. Este período é marcado pelo interesse central na ontologia, pela questão sobre o Ser, sobre no que consiste a realidade, qual a sua natureza última; sua essência.<sup>9</sup>

O segundo período é caracterizado por uma ruptura radical com o primeiro e marca o surgimento da filosofia moderna, tendo como questão central a epistemologia, a investigação sobre o conhecimento. Este período vai do século XVI ao XVII e tenta responder à questão sobre o conhecimento do Ser, a natureza desse conhecimento e a sua possibilidade.

O terceiro período é marcado pela ruptura da filosofia contemporânea com a filosofia moderna e vai do final do século XIX ao início do século XX. Esta nova ruptura introduz a questão lógico-lingüística, ou seja, o conhecimento não pode ser entendido independentemente de sua formulação e expressão em uma linguagem. A questão primordial passa a ser a análise da linguagem, da qual dependerá todo o desenvolvimento posterior da filosofia. A filosofia analítica surge nesse momento, respondendo diretamente a essa necessidade.<sup>10</sup>

Embora a análise seja um procedimento básico adotado na filosofia analítica, este recurso é encontrado na tradição filosófica desde a sua origem:

Platão por exemplo empreende uma análise conceitual em sua busca da definição do 'sofista' no diálogo homônimo, quando pela *diairesis* (divisão, separação, decomposição), busca os vários elementos que entram na definição de um conceito e as várias distinções que podem ser feitas a partir da consideração de um conceito geral. A discussão por Aristóteles da causalidade dos *Segundos analíticos* e na *Física*, mostrando que o conceito de 'causa' pode ser entendido de quatro modos diferentes – formal, material, eficiente e final -, consiste em uma análise do conceito de causa, da qual resultam essas distinções, permitindo assim uma definição mais precisa e desfazendo equívocos. [...] Portanto, mesmo antes da centralidade que a filosofia analítica atribui à análise conceitual, já a encontramos como parte fundamental da investigação filosófica.<sup>11</sup>

---

<sup>8</sup> Ibidem. p. 9.

<sup>9</sup> Ibidem. p. 10.

<sup>10</sup> Ibidem. p.10.

<sup>11</sup> Ibidem. p.10.



Assim, a análise filosófica não é, portanto, uma análise linguística apenas, mas uma análise que se faz através da linguagem. Não é possível separar a linguagem da realidade sobre a qual essa linguagem fala, como se fossem duas naturezas distintas; ao contrário! Quando se examina a linguagem já se está necessariamente examinando esta realidade e não se tem como analisá-la diretamente, independentemente da linguagem. O uso da linguagem é uma forma de ação no real e não uma simples maneira de descrever a realidade que se observa. Ao se examinar o uso da linguagem examinamos a própria experiência do real. Em outras palavras, a linguagem ordinária é o horizonte último onde a experiência se constitui.<sup>12</sup>

Portanto, uma vez que a análise tem como seu objeto a linguagem ordinária e como finalidade a caracterização dos elementos envolvidos em seu uso para assim explicitar o significado dos termos e esclarecer os problemas filosóficos a eles associados, esse tipo de análise é sempre provisório, nunca definitivo ou completo. Os problemas podem ser retomados, novos usos levados em consideração, novas relações podem ser estabelecidas. Não é possível eliminar todos os problemas de uma vez só. A análise é sempre parcial e deve proceder de forma minuciosa, sem pretensão alguma de um resultado definitivo.<sup>13</sup>

## 1.2 O Segundo Wittgenstein e os Jogos de Linguagem

Ludwig Wittgenstein (1889-1951) influenciou decisivamente as duas principais vertentes da filosofia analítica da linguagem contemporânea, a primeira: semântica formal, e a segunda: pragmática, embora ele próprio não tenha utilizado esta terminologia.

Apesar da radical mudança de Wittgenstein em sua concepção de linguagem, é possível notar que suas preocupações temáticas permanecem muito próximas: condições de sentido da linguagem, crítica à metafísica e o entendimento da filosofia como atividade de esclarecimento filosófico. No *Tractatus* ele já havia apresentado a concepção de que a filosofia deve esclarecer as confusões geradas pelo não-entendimento da lógica da nossa

---

<sup>12</sup> Ibidem. p.36.

<sup>13</sup> Ibidem. p.37.

linguagem. Na sua segunda fase, o que Wittgenstein faz é mudar a sua compreensão do que seria essa lógica da linguagem.

Pode-se dizer que as *Investigações Filosóficas* não só apresentam uma nova concepção da linguagem, mas pretendem mostrar como a tradição das teorias semânticas estava enganada em suas considerações.

Wittgenstein, neste sentido, aponta que existem palavras que, para serem compreendidas, exigem um conhecimento prévio sobre seu uso. A elucidação dessas palavras só pode vir à tona por meio de outras palavras. Ou seja, a compreensão dessa palavra depende do modo pelo qual alguém faz o seu uso.

Assim, evidencia-se um dos problemas da tradição semântica combatida por Wittgenstein: a tendência a se deixar enganar pela aparência das palavras que se assemelham num primeiro momento, a outras palavras de uso simples que designam ou ações ou objetos conhecidos que são tomados como padrões. Haveria uma espécie de “visão ontologizante” das teorias filosóficas, que vê escondido atrás de cada palavra um objeto. Segundo o filósofo, essa concepção combatida busca uma essência oculta na linguagem, algo que esteja por trás dela e que determina toda a sua estrutura. Esta seria a cadência de raciocínio pela qual em sua primeira fase, Wittgenstein teria chegado: ao agir como lógico, à sua concepção de forma geral proposicional; uma estrutura simples que explicaria toda a essência da linguagem. Agora, o filósofo afirma que não há nada de oculto na linguagem, a sua essência é aquilo que está diante de nossos olhos:

§90. É como se tivéssemos que penetrar os fenômenos: mas nossa investigação não se dirige aos fenômenos, e sim, como poderia dizer às ‘possibilidades’ dos fenômenos. Isto quer dizer que meditamos sobre a espécie de asserções que fazemos sobre os fenômenos. Daí que também Santo Agostinho medita sobre as diferentes asserções que se faz sobre a duração dos acontecimentos, sobre o seu passado, o seu presente ou o seu futuro. (Estas não são, naturalmente, asserções filosóficas sobre o tempo, passado, presente e futuro.)

Por isso nossa reflexão é uma reflexão gramatical. E esta reflexão ilumina o nosso problema, removendo mal-entendidos. Mal-entendidos que dizem respeito ao uso de palavras, provocados, entre outras coisas, por certas analogias entre as formas de expressão em diversas áreas de nossa linguagem. – Alguns podem ser eliminados, substituindo-se uma forma de expressão por outra; a isto se pode chamar “análise” de nossas formas de expressão, porque o processo se assemelha muitas vezes a uma decomposição.

§91. Mas isto pode dar agora a impressão de que existe algo assim como uma última análise de nossas formas de linguagem, portanto, uma forma de expressão perfeitamente decomposta. Quer dizer: como se as nossas formas usuais de expressão ainda não estivessem analisadas em sua essência, como se nelas houvesse algo oculto que deve ser trazido à luz. Se isto aconteceu, então a expressão está esclarecida e nossa tarefa resolvida. Isto pode ser dito também da seguinte forma:

nós eliminamos mal-entendidos ao tornarmos nossa expressão mais exata: pode parecer, no entanto, que aspiramos a um estado determinado, à exatidão perfeita; e que isto é a meta propriamente dita da nossa investigação.<sup>14</sup>

Assim, a função da filosofia é vista como análise: uma função gramatical; busca-se esclarecer mal-entendidos. Muitas vezes isso é feito substituindo-se uma expressão por outra: uma decomposição. Mas isso pode levar a ideia de que deve existir uma análise última. Então, parece que as expressões do uso comum não são analisadas, que trazem algo oculto. Com isso, busca-se uma elucidação exata, um estado de perfeição. Isso seria o que busca o lógico, a essência da linguagem e da proposição. Contudo, essa busca lógica seria uma busca vã, pois procura sublimar a linguagem e os próprios signos proposicionais:

§133. Não queremos aprimorar ou completar o sistema de regras para o emprego de nossas palavras de maneira exorbitante. Pois a clareza a que aspiramos é, todavia, uma clareza completa. Mas isto significa apenas que os problemas filosóficos devem desaparecer completamente. A descoberta real é a que me torna capaz de deixar de filosofar quando eu quiser. – A descoberta que aquietar a filosofia, de tal modo que ela não seja mais açoiada por questões que coloquem a ela mesma em questão. – Mas vai-se mostrar agora um método à mão de exemplos, e pode-se interromper a série desses exemplos. – Problemas são solucionados (dificuldades eliminadas), não um problema. Não existe um método em filosofia, o que existe são métodos, por assim dizer, diferentes terapias.<sup>15</sup>

Nesse sentido, pode-se até desdobrar alguns conceitos fechados, mas, muitas vezes o que se precisa é de conceitos abertos, pois a compreensão depende de saber empregar a palavra ou a expressão adequadamente. Os limites não são definitivos, são determináveis:

§68. Muito bem; assim está explicado para você o conceito de número como a soma lógica daqueles conceitos individuais aparentados: número cardinal, número racional, número real etc. e, igualmente, o conceito de jogo como a soma lógica dos conceitos parciais correspondentes. “-Não, necessariamente. Pois assim eu posso conferir limites rígidos ao conceito ‘número’, isto é, usar a palavra ‘número’ como designação de conceito limitado rigidamente, mas posso usá-la também de tal modo que a extensão do conceito não seja fechada por um limite. E é assim que empregamos a palavra “jogo”. De que modo está fechado o conceito de jogo? O que é ainda um jogo e o que não o é mais? Você pode indicar os limites? Não. Você pode traçar alguns: pois ainda não se traçou nenhum. (Mas isto jamais o incomodou ao empregar a palavra “jogo”). “Mas então não está regularizado o emprego da palavra; não está regularizado o ‘jogo’ que jogamos com ela.” – Não está delimitado por regras em toda parte; mas também não há, no jogo de tênis, regras que determinem, p. ex., a que altura ou com que força se é permitido arremessar a bola, mas o tênis é de fato um jogo, e também possui regras.<sup>16</sup>

<sup>14</sup> Wittgenstein, Ludwig. **Investigações Filosóficas**. Petrópolis: Vozes, 2004, p. 65.

<sup>15</sup> Ibidem. p. 76.

<sup>16</sup> Ibidem. p. 53.

É precisamente este o ponto central dos jogos de linguagem de Wittgenstein: o significado de uma palavra ou de uma expressão é justamente o seu uso, e este é regido pelo contexto da situação. O significado não é mais estabelecido pela forma da proposição, nem pelo sentido de seus componentes, nem por sua relação com fatos, mas pelo uso que fazemos das expressões linguísticas nas diferentes situações em que as empregamos. Assim só se pode perquirir pelo significado dentro de um dado contexto. A palavra só pode ter seu significado explicitado quando se conhece o seu uso: “§ 340. Não se pode adivinhar como uma palavra funciona. É preciso que se veja a sua aplicação e assim se aprenda.”<sup>17</sup>

O significado passa a ser visto como indeterminado, só podendo ser compreendido através da consideração do jogo de linguagem, o que envolve mais do que a simples análise da expressão linguística enquanto tal. Os jogos de linguagem se caracterizam por sua pluralidade, por sua diversidade. Novos jogos surgem, outros desaparecem, a linguagem é dinâmica e só pode ser entendida a partir das formas de vida, das atividades de que é parte integrante. O uso da linguagem é uma prática social concreta: “§ 7. [...] Chamarei de ‘jogo de linguagem’ também a totalidade formada pela linguagem e pelas atividades com as quais ela vem entrelaçada.”<sup>18</sup>

Os jogos de linguagem se constituem a partir de regras de uso de caráter convencional e pragmático que determinam nos contextos dados o significado que as expressões linguísticas possuem. A linguagem não é privada: não é a subjetividade, a estrutura de nossa mente que constitui o significado, mas as práticas. “Por isso, ‘seguir a regra’ é uma prática. E *acreditar* seguir a regra não é: seguir a regra. E por isso não se pode seguir a regra ‘privatim’, porque, do contrário, acreditar seguir a regra seria o mesmo que seguir a regra.”<sup>19</sup>

Então, pode-se dizer que seguir uma regra é um jogo de linguagem assemelhado ao compreender uma frase. Compreender significa saber se comportar de determinada maneira numa determinada situação, saber como usar a linguagem num jogo de linguagem dado. Do mesmo modo, para se seguir uma regra deve-se saber o que ela significa. Seguir uma regra, obedecer ou dar uma ordem não é algo que se possa fazer uma única vez na vida. Essas atividades são hábitos, instituições da linguagem vivida e praticada em sociedade.

Mas, da mesma forma que os conceitos, os jogos de linguagem não podem ser precisos. Suas regras podem estar sujeitas a dúvidas na aplicabilidade, pois estabelecem os critérios de familiaridade, e não de precisão. Para se dizer que uma regra é seguida deve

---

<sup>17</sup> Ibidem. p.149.

<sup>18</sup> Ibidem. p.19.

<sup>19</sup> Ibidem. p.114

existir um padrão reconhecido. Contudo, uma regra se aplica quando tem uma semelhança, uma relação de familiaridade com o caso padrão. De acordo com Wittgenstein, um jogo inteiramente limitado por regras seria um jogo com regras que fechem todas as lacunas, e que não gerem dúvidas.

Neste raciocínio, não pode existir uma linguagem privada. Isso não quer dizer que não existam sensações privadas, mas que o significado não advém de processos privados e que as sensações só adquirem sentido porque podem fazer parte de um jogo de linguagem, que é sempre público.

Segundo o filósofo, existem situações que tornam essas vivências privadas inteligíveis e comunicáveis, reconhecíveis para todos. Esses jogos de linguagem elementares (caretas, expressões faciais) são as situações que permitem reconhecer as experiências privadas e inclusive, compará-las.

É a partir do domínio desses jogos de linguagem que se pode criar outros mais complexos e assemelhados, tais como a representação e a mentira. Uma vez que as condições semânticas de significabilidade são dadas pelos jogos de linguagem nos quais estão engajadas expressões, não é de se estranhar que Wittgenstein defenda que a linguagem baseia-se num acordo de modos de vida dos homens. É só a partir desse acordo de modos de vida que aquilo que os homens dizem pode ser caracterizado como correto ou falso.

Enfim, o que importa na linguagem é a compreensão dos usos que se faz das palavras dentro de jogos de linguagem. Estes dão as condições semânticas dos signos e não precisam ser justificados. E a tarefa do filósofo é descrever esses jogos e identificar quando as palavras passam a ser usadas fora desses jogos, criando confusões linguísticas.

### 1.3 Hart e a Textura aberta da Linguagem

Herbert Lionel Adolphus Hart, conhecido como H. L. A. Hart, foi um influente e conceituado jusfilósofo que inaugurou uma nova forma de se analisar o campo jurídico. Herdeiro e crítico de John Austin e sucessor intelectual de inúmeras ideias de Wittgenstein, como tivemos a oportunidade de ver no ponto anterior, Hart deve ser considerado, conjuntamente com Kelsen e Alf Ross um dos maiores nomes da teoria do direito do século XX. Ainda hoje suas formulações são discutidas e muito influentes no círculo universitário ocidental, como se pode notar com o debate que dentre outros, travou com Dworkin.<sup>20</sup>

O livro *O Conceito de Direito*, sua obra principal, foi publicado no ano de 1961, oferecendo uma revisão às teorias de John Austin. Na realidade, sob diversos aspectos, Hart segue a temática de Austin. No centro de seu argumento, o jusfilósofo considera o modelo de Austin um modelo simples de se descrever o direito, insuficiente em diversos pontos, devendo, portanto, ser substituído por um modelo aprimorado.

Em sua teoria, Austin via o objeto de estudo do direito como direito positivo, e direito positivo como o direito imposto por superiores políticos aos seus súditos. Nas palavras do jusfilósofo: “Toda lei ou regra (no significado mais amplo que se lhe pode dar) é uma ordem. Ou, melhor dito, as leis ou regras propriamente ditas são uma espécie de ordens”. (AUSTIN, 1832 *apud* SGARBI, 2006, p.4)

Para Austin pode-se definir o direito do seguinte modo:

[...] ou a diferença essencial do direito positivo (ou a diferença que o distingue de um direito positivo) se pode enunciar geralmente da seguinte maneira: todo direito positivo, ou todo direito simples e estritamente assim chamado, é estabelecido, direta ou indiretamente, por um indivíduo ou corpo soberano a um membro ou membros da sociedade política independente na qual o seu autor é supremo. Por outras palavras, é estabelecido, direta ou indiretamente, por um monarca ou grupo soberano a uma pessoa ou pessoas em um estado de sujeição com respeito ao seu autor.<sup>21</sup>

<sup>20</sup> SGARBI, Adrian. **Clássicos de Teoria do Direito**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2006. p. 103.

<sup>21</sup> AUSTIN, 1832, *apud* Sgarbi, 2006, p.4.

Após esta breve síntese da teoria do comando de John Austin, será evidenciado o propósito do Hart, que é, fundamentalmente, a análise estrutural do ordenamento jurídico na busca de descrever seu funcionamento da melhor forma possível. Ou seja, ainda que este modelo proposto por Austin seja atraente exatamente na medida em que é tão direto e simplificado, é submetido por Hart a uma crítica minuciosa. Crítica esta que possui três momentos: O primeiro é distinguir um comando de uma regra; o segundo é mostrar que existem distintos tipos de regras, nem todas elas semelhantes aos comandos de que fala Austin; o terceiro é mostrar que as noções de soberano, súdito e hábito de obediência não são capazes de explicar como funcionam as regras jurídicas.

Assim, levando em consideração estas influências temos os seguintes pressupostos que levam Hart a: preocupar-se com o direito numa perspectiva de clarificação dos seus conceitos relevantes; adotar uma perspectiva de análise que tenha como ponto de partida o foco naquele que participa do sistema; diferenciar direito e moral e buscar explicitar os pontos em que ambos caminham inseparáveis e tratar da interpretação como análise da textura aberta do direito. É exatamente este último pressuposto, da textura aberta da linguagem, que deve ser esmiuçado para explicitar a possibilidade da utilização da retórica neste contexto jurídico apontado por Hart. Já foi visto que Hart está inserido na matriz epistemológica da filosofia pragmática da linguagem e que a sua análise do direito pressupõe contextos e usos imprecisos da linguagem.

Nesse sentido, precisamos entender que o jusfilósofo caracteriza o direito como um fenômeno social que deve ser distinguido dos fenômenos da moral e da coerção, mas também devem ser analisados seus pontos de contato, clarificado em que medida o direito não pode se apartar desses fenômenos. Não há uma “essência” do direito, uma definição propriamente dita, como um jogo de linguagem, a possibilidade da definição de direito está aberta ao questionador.

É com base em Wittgenstein que Hart propõe-se a discutir um conceito que não se pretenda preciso e determinado, mas que possibilite a compreensão do fenômeno do direito e suas diferenças com relação a outras normatizações sociais. Como visto, na sua segunda fase, Wittgenstein rejeita qualquer ideal de precisão e afirma que os conceitos podem muito bem ser abertos e indeterminados. A linguagem é naturalmente vaga e a precisão depende do contexto.

Entretanto, deve-se esclarecer que não é intento de Hart estabelecer critérios para o “uso correto” da palavra direito. O que ele procura é a identificação de critérios gerais que permitam a identificação do direito como uma instituição social normativa diferenciada dos outros sistemas de regras. Ele pretende delinear o que diferencia o direito como um jogo de linguagem de outro jogo de linguagem de caráter normativo, por exemplo, a moral.

Desta forma, para que um observador de fora pudesse compreender as normas jurídicas de uma sociedade como algo mais que meras regularidades do comportamento social a serem descritas de maneira causal, ou seja, para que fossem percebidas como regras às quais os sujeitos se sentem vinculados, ele precisaria ser capaz de compreender o jogo de linguagem do direito. Para tanto, deve aprender outros jogos de linguagem - ou outros jogos de linguagem jurídicos, que o permitam compreender as ideias de regra, ordem, sanção, etc.-. Contudo, para a compreensão efetiva das normas de um determinado sistema jurídico, o observador tem de ser também capaz de participar do jogo, sob pena de imputar uma regra para um padrão de comportamento verificado, ou de descrever como espontâneo um comportamento regrado.

Assim, Hart explora dois fenômenos que geram lacunas no direito. O primeiro fenômeno decorre da sua ideia da “regra de reconhecimento”. De acordo com Hart, a regra de reconhecimento é a regra fundamental para distinguir um direito primitivo, ou uma situação pré-jurídica, de um sistema jurídico desenvolvido. A função desta regra de reconhecimento é determinar quais são as regras legais válidas de uma comunidade. Para que uma regra seja considerada como uma regra válida, e conseqüentemente uma regra do sistema jurídico, é necessário que ela passe em todos os testes exigidos pela regra de reconhecimento. Sendo assim, é concebível que possa surgir um caso particular que não esteja regulado por nenhuma das regras que satisfizeram os testes exigidos pela regra de reconhecimento.<sup>22</sup>

Nas palavras de Hart:

Num moderno sistema jurídico, em que existe uma variedade de ‘fontes’ de direito, a regra de reconhecimento é correspondentemente mais complexa: os critérios para identificar o direito são múltiplos e comumente incluem uma constituição escrita, a aprovação por uma assembleia legislativa e precedentes judiciais. Na maior parte dos casos, estabelece-se uma solução para conflitos possíveis, através da ordenação destes critérios numa hierarquia de subordinação e primazia relativas. [...] Na maior parte dos casos a regra de reconhecimento não é enunciada, mas a sua existência manifesta-se no modo como as regras concretas são identificadas, tanto pelos

---

<sup>22</sup> STRUCHINER, Noel. **Direito e Linguagem: Uma Análise da Textura Aberta da Linguagem e sua Aplicação ao Direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 37.



tribunais ou outros funcionários, como pelos particulares ou seus consultores. Naturalmente que existe uma diferença entre o uso feito pelos tribunais dos critérios facultados pela regra e o uso que os outros fazem deles: porque quando os tribunais chegam a uma conclusão concreta com o fundamento de que uma regra concreta foi correctamente identificada como regra de direito, o que eles dizem tem um estatuto de autoridade especial, que lhe é conferido por outras regras.<sup>23</sup>

A regra de reconhecimento comporta um conjunto de regras finito e quando o caso concreto que pode surgir não estiver regulado por nenhuma dessas regras, haverá uma lacuna no direito. Nesse caso, o juiz não poderá recorrer a uma regra legal para resolução da disputa, mas terá que aplicar critérios que estão além das regras legais válidas. As regras legais são exaustivas do direito e quando elas não são capazes de resolver um caso legal, recorre-se a elementos extralegais.<sup>24</sup>

O segundo fenômeno responsável pelas lacunas no direito decorre, como já foi brevemente explicado, da textura aberta da linguagem. Assim, dispõe Hart:

Boa parte da teoria do direito deste século tem-se caracterizado pela tomada de consciência progressiva (e, algumas vezes, pelo exagero) do importante fato de que a distinção entre as incertezas de comunicação através da linguagem geral dotada de autoridade (legislação) é de longe menos firme do que sugere este contraste ingênuo. Mesmo quando são usadas regras gerais formuladas verbalmente, podem em casos particulares concretos, surgir incertezas quanto à forma de comportamento exigido por elas. [...] Os cânones de 'interpretação' não podem eliminar estas incertezas, embora possam diminuí-las; porque estes cânones são eles próprios regras gerais sobre o uso da linguagem e utilizam termos gerais que, eles próprios, exigem interpretação. Eles, tal como outras regras, não podem fornecer a sua própria interpretação.<sup>25</sup>

A primeira impressão que podemos ter em relação à textura aberta dos termos gerais que compõem as regras jurídicas e das próprias regras, é que ela constitui um empecilho para o bom funcionamento do direito. A textura aberta da linguagem significa uma potencial vagueza; a possibilidade de que as regras jurídicas se mostrem indeterminadas para o tratamento de certas situações concretas encontradas na região de penumbra de aplicação da regra. Essa indeterminação das regras jurídicas torna impossível prever todas as situações em que uma regra deverá ou não ser aplicada. A consequência da imprevisibilidade a respeito da aplicação das regras é um abalo na segurança jurídica. Afinal, se não sabemos de todas as ocasiões em que uma regra deve ser aplicada ou não, então, não temos como saber previamente qual a solução correta para todos os casos que podem surgir.

<sup>23</sup> HART, Hebert L. A. **O Conceito de Direito**. Tradução de A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2005, p. 113.

<sup>24</sup> STRUCHINER, Noel. **Direito e Linguagem: Uma Análise da Textura Aberta da Linguagem e sua Aplicação ao Direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 36.

<sup>25</sup> HART, Hebert L. A. **O Conceito de Direito**. Tradução de A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2005, p. 139.

De acordo com Hart, como foi analisada anteriormente, a função primordial do direito é o controle social. O que torna isso possível é a existência de regras jurídicas que servem para comunicar critérios gerais de conduta. Assim, para que o direito, enquanto conjunto de regras que fornecem pautas de condutas para situações futuras, possa funcionar, é necessário que a linguagem seja eficiente: a linguagem requer clareza. As regras jurídicas não seriam critérios confiáveis de julgamento se na maioria dos casos não tivéssemos segurança sobre o significado dos termos gerais utilizados nas regras.

A consequência da textura aberta da linguagem para o direito é que as regras jurídicas apresentam instâncias em que as suas aplicações são claras, a possibilidade da existência de casos fronteira nos quais não sabemos se as regras devem ser aplicadas ou não (região de penumbra) e instâncias nas quais claramente não devem ser aplicadas. De acordo com Hart, o direito funciona porque a maioria dos casos a serem decididos pelos tribunais podem ser facilmente enquadrados dentro do núcleo de significado dos termos gerais que compõem as regras.<sup>26</sup>

As nossas convenções linguísticas possibilitam que, na maioria dos casos possamos aplicar os termos gerais com um alto grau de segurança e confiabilidade. Porém, às vezes, diante de casos incomuns, que extrapolam as situações ordinárias, temos que decidir se um termo se aplica ou não. Precisamos exercer o nosso poder discricionário, tarefa exercida principalmente pelos operadores do direito, seja na esfera do judiciário ou legislativo.<sup>27</sup>

Por fim, é importante destacar que se existe essa possibilidade de interpretação por causa da textura aberta do direito, e se estamos sujeitos a escolher algum dos lados da lide, utilizaremos um meio de persuasão a nosso favor. E são exatamente nesses casos que transcendem o núcleo de certeza dos juristas que a retórica provocará o seu efeito de uma forma visível e imprescindível, ainda que dentro dos limites da ordem jurídica.

Infelizmente, sendo o trabalho do Hart profundo e detalhado, não será possível nesta monografia aprofundar outras questões importantes abordadas em suas obras. O foco deste trabalho, principalmente neste capítulo foi evidenciar e contextualizar os jogos de linguagem. Para que com isso, seja atingido o objetivo de entendermos do porque o fenômeno da textura aberta da linguagem proporciona uma brecha importante para o aparecimento da retórica.

---

<sup>26</sup> STRUCHINER, Noel. **Direito e Linguagem: Uma Análise da Textura Aberta da Linguagem e sua Aplicação ao Direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 115

<sup>27</sup> *Ibidem*. p 116.

Assim, o próximo capítulo será composto de dois momentos: o primeiro será a origem e a evolução da retórica no decorrer do tempo e o segundo corresponderá à possibilidade da sua utilização no sistema jurídico.

## 2. A UTILIZAÇÃO DA RETÓRICA

### 2.1 Retórica e o Direito. Origens.

Retomando o que foi dito no capítulo anterior, contextualizamos a concepção de direito utilizada pelo jusfilósofo H. L. A. Hart, e a partir desta noção, reconhecemos que as regras que regem o direito são passíveis de falhas, e que em alguma hora o juiz não poderá recorrer somente a estas regras, ele deverá usar seu poder discricionário para chegar a uma decisão. Assim, existe uma grande possibilidade de as regras serem inconsistentes, de não existirem ou serem vagas em razão da linguagem por meio da qual foram escritas. É a partir deste momento, em que constatamos que a linguagem construtora das normas jurídicas, deixa uma brecha para o surgimento da retórica. Assim, diz Ricoeur sobre a busca da origem da retórica:

A retórica liga-se à teoria do discurso e ao poder da linguagem, que se relaciona à filosofia da linguagem, pelo que a busca de sua conceituação é muito mais importante. Ela é tão antiga como a filosofia a que se vincula, sendo sua mais velha inimiga e sua mais antiga aliada.<sup>28</sup>

É por esta razão que, ao situarmos a retórica no contexto jurídico, parece adequado defini-la recorrendo a Chaïm Perelman:

A Retórica clássica, a arte de bem falar, ou seja, a arte de falar (ou de escrever) de modo persuasivo se propunha estudar os meios discursivos de ação sobre um auditório, com o intuito de conquistar ou aumentar sua adesão às teses que se apresentavam ao seu assentimento.<sup>29</sup>

Desta forma, ao se definir a retórica como “a arte de persuadir pelo discurso” e discurso como “toda produção verbal, escrita ou oral, constituída por uma frase ou por uma sequência de frases, que tenha começo e fim e apresente certa unidade de sentido”<sup>30</sup>, deduz-se que não basta convencer a nós mesmos, precisamos do olhar do outro, de sua presença e seu assentimento, para que possamos convencê-lo. Diz Reboul:

<sup>28</sup> RICOUER, Paul. **A Metáfora Viva**. São Paulo: Edições Loyola, 2000, p.19.

<sup>29</sup> PERELMAN, Chaïm. **Retóricas**. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 177.

<sup>30</sup> REBOUL, Olivier. **Introdução a Retórica**. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. XIV.

“[...] aquele que fala ou escreve para convencer – nunca está sozinho, exprime-se sempre em concordância com outros oradores ou em oposição a eles, sempre em função de outros discursos. [...] Para ser bom orador, não basta saber falar; é preciso saber também a quem se está falando, compreender o discurso do outro, seja esse discurso manifesto ou latente, detectar suas ciladas, sopesar a força de seus argumentos e sobretudo captar o não-dito.”<sup>31</sup>

É perceptível que ao retor não é vedada a demonstração de certo sentimento. Na realidade, a função persuasiva da retórica, conta com isso, pois “em retórica, razão e sentimento são inseparáveis.”<sup>32</sup>

Neste sentido, Reboul complementa:

Os meios de competência da razão são os argumentos. [...] Ora, como já notava Aristóteles, o exemplo é mais afetivo que o silogismo; o primeiro dirige-se de preferência ao grande público, enquanto o segundo visa a um auditório especializado, como um tribunal. [...] Os meios que dizem respeito à afetividade são, por um lado, *o etos*, o caráter que o orador deve assumir para chamar a atenção e angariar a confiança do auditório, e por outro lado *o patos*, as tendências, os desejos, as emoções do auditório das quais o orador poderá tirar partido.<sup>33</sup>

Desta forma, para entender a importância da retórica no âmbito jurídico é importante relembra a sua história, ainda que saibamos que a humanidade desde as épocas bíblicas venha experimentando grandes discursos e muitas argumentações. Desta forma, salientamos que a origem da retórica, não é propriamente filosófica, mas sim jurídica.

Como vimos, a origem da retórica é anterior a sua própria definição, mas é com Córax e Tísias que surge a primeira obra, ainda que rudimentar, sobre retórica. Córax e seu discípulo enumeram exemplos de argumentos para serem utilizados pelas pessoas para se recorrer a justiça, e é justamente um desses argumentos, o córax, que os leva ao notório conhecimento público da época.

Diziam eles que este argumento é capaz de ajudar os defensores das causas piores. Assim, diz Reboul:

Retórica Judiciária, portanto, sem alcance literário ou filosófico, mas que ia ao encontro de uma enorme necessidade. Como não existiam advogados, os litigantes recorriam às queixas que eles só tinham de ler diante do tribunal. Os retores, com seu senso agudo de publicidade, ofereceram aos litigantes e aos logógrafos um instrumento de persuasão que afirmavam ser invencível, capaz de vencer qualquer pessoa de qualquer coisa. Sua retórica não argumenta a partir do verdadeiro, mas a partir do verossímil (*eikos*). Observemos que isso é inevitável. Tanto entre nós quanto entre os gregos. De fato, se no âmbito judiciário se conhecesse a verdade, não haveria mais âmbito judiciário, e os tribunais se

<sup>31</sup> Ibidem. p. XIX.

<sup>32</sup> Ibidem. p. XVII.

<sup>33</sup> Ibidem. p. XVII.

reduziriam a câmaras de registro. Mas o problema, tanto para nós quanto para os gregos, é que as más causas precisam dos melhores advogados, pois quanto pior a causa, maior o recurso à retórica. É constrangedor. Ora, em vez de se constrangerem, os primeiros retores se gabavam de ganhar as causas menos defensáveis, de 'transformar o argumento mais fraco no mais forte', slogan que domina toda essa época. [...] Consiste em dizer que uma coisa é inverossímil por ser verossímil demais. Por exemplo, se o réu for fraco, dirá que não é verossímil ser ele o agressor. Mas, se for forte, se todas as evidências lhe forem contrárias, sustentará que, justamente, seria tão verossímil julgarem-no culpado que não é verossímil que ele o seja. [...] O mais maçante é que o córax pode ser voltado contra seu autor, afirmando que ele cometeu o crime por achar que parecia suspeito demais para que dele suspeitassem, e que chegou a acumular propositalmente acusações contra si mesmo, para depois refutar as com facilidade.<sup>34</sup>

Portanto, os sofistas representam o ápice da democracia ateniense. Ou seja, já fora ultrapassada aqui a visão mitológico-religiosa grega, onde apenas os aristocratas poderiam participar da política. A participação popular em discussões de interesses comunitários era feita na assembleia pública e os discursos políticos e jurídicos já assumiam uma posição central na Grécia.

Ao exigir de todos os cidadãos que se dedicavam à atividade política o domínio de conhecimentos retóricos, além de certa facilidade na eloquência, as assembleias públicas foram essenciais para que a retórica se desenvolvesse através dos sofistas.

O sucesso dos sofistas ocorreu devido à quebra do tradicionalismo filosófico e do caráter absoluto das coisas. A verdade agora se tornava relativa distanciando-se de conceitos absolutos e imutáveis. Foram eles os primeiros educadores a receberem pagamento para ensinar aos jovens conhecimentos retóricos, preparando-os dinamicamente para embates argumentativos, fornecendo instrumentos oratórios para o cuidado das próprias causas e aprimorando técnicas para aqueles que pretendessem alcançar funções públicas notáveis.

De certo modo, foi a democracia grega que trouxe esta transformação na natureza da liderança. Nas assembleias, espaço-tempo onde o povo poderia tomar decisões, a genealogia deixava de importar. Como o objetivo era vencer argumentativamente, um bom político deveria desenvolver a própria arte de persuadir e de convencer o povo, fazendo com que a sua proposta preponderasse sobre as outras. Daí, a necessidade de se aprender a argumentar, ou melhor, fazer do argumento fraco um argumento forte, tarefa dos sofistas por excelência.

Cabe neste momento do trabalho, portanto, esclarecer que a necessidade da investigação dos antigos sofistas é demonstrada para que seja destacado o fato de que ainda

---

<sup>34</sup> REBOUL, Olivier. **Introdução a Retórica**. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 3

que não exista a ‘profissão’ de sofistas exatamente como na sua origem, os advogados e profissionais do direito, assemelham-se - e muito - a eles, seja cobrando e recebendo para o embate técnico-jurídico, ou vencendo através de um discurso argumentativo e persuasivo.

Assim, o próximo ponto deverá esclarecer detalhes sobre este movimento e principalmente sobre os dois sofistas que se destacaram consideravelmente no contexto da democracia ateniense, criando assim, um espaço significativo não só para a permanência, como também para a difusão do saber retórico.

## 2.2 Os sofistas

Antes de se buscar uma definição para este movimento originado na Grécia Antiga, é necessário recapitular e distinguir quatro pontos já superficialmente mencionados anteriormente.

Primeiro, que os sofistas ocupavam um espaço de extrema importância em Atenas e que o seu surgimento só foi possível devido ao contexto histórico favorável. Segundo, que as fontes conhecidas sobre os fragmentos dos sofistas são parciais e nem sempre precisas; terceiro, que sendo os sofistas mestres da arte da retórica e da oratória, tiveram um papel imprescindível na formação política do cidadão Grego.

E por último, o que “os caracteriza é muito mais uma prática ou uma atitude comuns do que uma doutrina única”<sup>35</sup>, ou seja, apesar de participarem ativamente da polis grega como filósofos e educadores, possuíam doutrinas e opiniões divergentes uns dos outros.

Desta forma, os principais sofistas foram Protágoras, Górgias, Hípias, Pródicos, Licofron, Antífonte e Trasímaco dentre outros. Porém, neste trabalho, falaremos apenas de Protágoras e Górgias.

---

<sup>35</sup> MARCONDES, Danilo. **Iniciação a história da filosofia: dos pré-socráticos a Wittgenstein**. Rio de Janeiro: Zahar, 2008, p. 42.

Assim, cabe ressaltar que os sofistas transformam a educação numa técnica ou numa arte. Eles são os mestres e, por isso, capazes de a transmitirem e de a ensinarem. Seus alunos, bem instruídos que forem capazes de dominar a *technê* política obterão a *aretê* política.

A má reputação dos sofistas se deve ao fato de que o movimento, como um todo, foi amplamente criticado, sobretudo pelos filósofos Platão e Aristóteles que devido as ideias amplamente opostas aos mecanismos sofistas, condenavam amplamente as concepções relativistas, o não comprometimento dos sofistas com a verdade, a cobrança financeira para ensinar, o distanciamento dos “reais” ideais filosóficos de verdade, conhecimento e virtude. Afinal, os ideais sofísticos eram voltados para a busca do sucesso, do embate argumentativo vitorioso, independente dos artifícios necessários, fossem estes, falaciosos ou não.

### 2.3 Protágoras

Nascido em Abdera por volta do ano 490 a. C, é o mais famoso dos sofistas e segundo sugere Platão, foi o primeiro a cobrar pelos ensinamentos.

E tão grande é a confiança que tens em ti mesmo, que, enquanto outros ocultam esse talento, tu te fazes proclamar abertamente diante de todos os helenos sob a denominação de sofista e te apresentas como mestre de educação e virtude, sendo que foste o primeiro que exigiu pagamento por tuas lições. Como fora possível não convidar-te para a discussão de tais problemas, de interrogar-te e de aconselhar-me contigo? (349a) <sup>36</sup>

Pertence a ele o famoso fragmento do diálogo Teeteto de Platão: “o homem é a medida de todas as coisas, da existência das que existem e da não existência das que não existem.” (152a) <sup>37</sup>

E desta forma, Guthrie complementa acerca deste fragmento de Protágoras:

[...] a doutrina de Protágoras segundo qual nada existe a não ser o que cada um de nós percebe e conhece. [...] São nossos próprios sentimentos e convicções que medem e determinam os limites e a natureza da realidade, que só existem em relação

<sup>36</sup> PLATÃO. **Protágoras**. Tradução de Carlos Alberto Nunes. São Paulo: Melhoramentos, 1970, p.270.

<sup>37</sup> PLATÃO. **Teeteto**. Tradução de Carlos Alberto Nunes. Belém: Editora Universitária, 2001, p. 49.



a elas e é diferente para cada um de nós. [...] Podemos concluir que Protágoras adotou extremo subjetivismo segundo o qual não havia nenhuma realidade atrás e independente das aparências, nenhuma diferença entre aparecer e ser, e cada um de nós é o juiz de nossas próprias impressões. O que me parece é para mim, e nenhum homem está em condições de chamar o outro de errado. Se o que eu sinto como quente tu sentes como frio, não podemos argumentar sobre isto: é quente para mim e frio para você. Nenhum filósofo natural foi assim tão longe, pois é uma negação do próprio sentido de *physis*.<sup>38</sup>

Como todos os sofistas, ele estava familiarizado com suas teorias, mas se afastou para ensinar a única coisa que importava: como cuidar dos próprios negócios e ocupar-se com o Estado, como bem explicita este trecho do diálogo Protágoras, de Platão:<sup>39</sup>

Sabes formular questões, Sócrates, e eu sinto especial prazer em responder aos que bem perguntam. Na minha companhia, Hipócrates não terá de suportar as massadas a que ficaria sujeito se viesse a frequentar outro sofista. Os demais sofistas abusam dos moços; quando estes já se julgam livres do estudo e das artes, a seu mau grado os sofistas os reconduzem para elas, ensinando-lhes cálculo, astronomia, geometria e música – assim falando, lançou um olhar para Hípias -; vindo ele, porém, estudar comigo, não se ocupará senão com o que se propusera a estudar, quando resolveu procurar-me. Essa disciplina é a prudência nas suas relações familiares, que o porá em condições de administrar do melhor modo sua própria casa e, nos negócios da cidade, o deixará mais do que apto para dirigi-los e para discorrer sobre eles. (318 e – 319 a)<sup>40</sup>

Assim, Protágoras não buscava a dicotomia verdade/falsidade, mas sim uma noção mais pragmática de melhor ou pior. Do mesmo modo, completa Guthrie:

Diagnosticar a situação particular e prescrever o melhor curso de ação para um homem ou um Estado sob dadas condições, como o médico faz para seu paciente, é como o viu Protágoras, a tarefa do sofista. Assegurar que aquele curso seja seguido é o interesse do retórico. Protágoras era ambas as coisas e ensinava ambas as artes. Sua integridade pessoal, talvez o preveniu de ver que a sua arte de defender ambos os lados, e de fazer o argumento mais fraco parecer o mais forte, era a espada de dois gumes nas mãos de homens menos escrupulosos. A média dos retóricos estava satisfeita com os meios e não se incomodava com os fins. Virou as cabeças dos jovens, dizendo-lhes que lhes bastava dominar a arte da persuasão para conseguirem ter o mundo a seus pés: o que faziam com isso era assunto deles.<sup>41</sup>

Portanto, longe daquela concepção reducionista de que o mundo dos sofistas seria aquele sem verdade, distante da própria concepção de logos, percebe-se aqui a possibilidade de desenvolvimento de uma retórica que também possuía, ainda que minimamente, fundamentos éticos.

Além disso, cabe neste momento uma digressão ao conceito de textura aberta do jusfilósofo Hart para relatar o seguinte caso paradoxal atribuído a Protágoras, que segundo o

<sup>38</sup> GUTHRIE, W. K. C. **Os Sofistas**. Tradução de João Rezende Costa. São Paulo: Paulus, 1995, p. 176.

<sup>39</sup> *Ibidem*. p. 177.

<sup>40</sup> PLATÃO. **Protágoras**. Tradução de Carlos Alberto Nunes. São Paulo: Melhoramentos, 1970, p.237.

<sup>41</sup> GUTHRIE, W. K. C. **Os Sofistas**. Tradução de João Rezende Costa. São Paulo: Paulus, 1995, p. 177.

professor Noel Struchiner, em sua tese de doutorado, é um dos casos difíceis mais antigos do direito:

Os casos difíceis existem desde a Antigüidade. O físico e matemático Douglas Hofstadter (1982), em um artigo escrito para a revista *Scientific American*, relata um caso muito interessante que teria ocorrido na Grécia Antiga, e que se enquadra facilmente dentro da definição de “casos difíceis” supramencionada.

O caso envolveu o mais proeminente professor de retórica, do séc. V a.C., o inventor da antilógica e das técnicas erísticas, Protágoras de Abdera, e um indivíduo chamado Euatlo. De acordo com a história, Euatlo teria procurado Protágoras para aprender retórica, a arte do “bem falar”, para se tornar um advogado. Entretanto, os sofistas cobravam quantias exorbitantes pelas suas aulas. Diz Olivier Reboul, em seu livro *Introdução à Retórica* (1998, p.6), que os sofistas ganhavam por dia de trabalho o fabuloso salário de cem minas, o equivalente ao que recebiam dez mil operários como salário diário. Portanto, Protágoras e Euatlo estabeleceram o seguinte contrato entre eles: Euatlo disse que iria pagar a primeira metade do valor do curso assim que começasse suas lições, e que pagaria a outra metade assim que ganhasse o primeiro caso na justiça. Todavia, após ter completado o curso de retórica, Euatlo ficou procrastinando o exercício da advocacia. Em função disso, Protágoras, preocupado tanto com sua reputação quanto em receber o restante do pagamento, e sendo o sofista sagaz que era, resolveu iniciar um processo contra Euatlo.

O argumento formulado por Protágoras perante a corte do Areópago. O argumento formulado por Protágoras perante a corte do Areópago consistia na seguinte colocação: “Ou eu vou ganhar essa causa ou vou perdê-la. Se eu ganhar, então Euatlo terá que me pagar por determinação da corte. Se eu perder, Euatlo terá que me pagar em função do contrato. Portanto, ganhando ou perdendo o litígio, Euatlo deverá me pagar”.

Euatlo, demonstrando que havia assimilado bem os conhecimentos passados por seu mestre durante o curso de retórica, respondeu: “O que Protágoras propõe é um absurdo, já que eu também vou ganhar ou perder esta causa. Se eu ganhar, não precisarei pagar, por determinação da corte, e se eu perder, não precisarei pagar, em função do contrato. Portanto, ganhando ou perdendo, não precisarei pagar”.

Diante das argumentações expostas acima, a corte do Areópago ficou extremamente perplexa e não conseguiu encontrar uma solução. O paradoxo criado pela estratégia argumentativa dos envolvidos fez com que a corte do Areópago entrasse em recesso durante cem anos.<sup>42</sup>

É possível notar, portanto, que a capacidade argumentativa é atemporal. Mesmo diante da possibilidade de regras aparentemente claras, os argumentos utilizados no caso descrito acima chamam atenção por serem todos verdadeiros e fazerem parte de uma conclusão lógica. Como o sistema jurídico moderno exige que o juiz tome uma decisão, alguma decisão haveria de ser tomada se por ventura essa situação fosse descrita dentro das regras de direito hodiernas.

---

<sup>42</sup> STRUCHINER, Noel. **Para falar de regras : o positivismo conceitual como cenário para uma investigação filosófica acerca dos casos difíceis do direito**. 2005. 191 f. Tese (Doutorado em Filosofia) – Departamento de Filosofia, PUC- Rio, Rio de Janeiro. 2005, p. 14.

## 2.4 Górgias

Górgias nasceu por volta de 485 a. C. e quando se punha a falar, encantava os atenienses com sua eloquência. Foi um dos fundadores do discurso epidíctico, ou seja, elogio público, e inebriava a todos com suas metáforas e figuras de linguagens ritmadas e belas, semelhante à poesia.

Assim, Górgias costumava dizer, segundo Sócrates no diálogo Filebo de Platão:

Por mi parte, yo, Sócrates, he oído muchas veces a Gorgias reiterar que el arte de la persuasión aventaja com mucho a todas las técnicas, consigue, en efecto, que todos se le someta voluntariamente y no por la fuerza, así que es, em amplia medida, la técnica superior a todas, pero ahora no querría oponerme ni a ti ni a el.<sup>43</sup>

Assim, a arte da persuasão ultrapassaria todas as outras, pois ela faz de todas as coisas suas escravas por submissão espontaneamente e não pela violência. Deste modo, começamos a perceber a argumentação de Górgias e ela nos guia ao centro de suas ideias, que seriam:

(a) que nada existe, (b) que, mesmo que existisse, é incompreensível ao homem, (c) que, mesmo que fosse compreensível a alguém, não é comunicável a qualquer outro. Muita tinta se derramou sobre a questão se isso era entendido como uma brincadeira ou como paródia, ou como contribuição a filosofia, mas é errado pensar que a paródia seja incompatível com intenção séria. Mostrar a absurdidade da lógica eleata, e em particular de Parmênides (a absurdidade de argumentar a partir do “é” e do “não é” como tal), foi da maior importância tanto para o senso comum como para a teoria da retórica. Górgias dificilmente teria querido negar a existência de tudo no sentido e que o homem comum entende a existência; sua intenção era mostrar que, pela espécie de argumentos que Parmênides usou, era fácil provar tanto o “não é” como o “é”.<sup>44</sup>

Assim, cabe ressaltar que a maior parte dos fragmentos dos sofistas provém de Platão e Aristóteles, e devido a isto, não temos uma precisão em relação aos textos categorizados e uma interpretação devidamente imparcial. É somente através dos grandes comentadores que podemos esmiuçar certas ideias dos filósofos e diferenciá-los dos sofistas.

Além disso, temos a barreira da língua grega, que apesar das traduções excelentes, algumas palavras na sua origem poderiam suscitar interpretações múltiplas, fato que enriquece ainda mais os diálogos e os torna complexos.

<sup>43</sup> PLATÓN. **Filebo**. Tradução de M.<sup>a</sup> Ángeles Durán. Madrid: Editorial Gredos, 2011, p. 787.

<sup>44</sup> GUTHRIE, W. K. C. **Os Sofistas**. Tradução de João Rezende Costa. São Paulo: Paulus, 1995, p. 182.

Após estes esclarecimentos, podemos perceber que os sofistas contribuíram de forma inigualável para o desenvolvimento da linguagem na tradição grega. O interesse ininterrupto pelo discurso correto, belo, e na maioria das vezes eficaz para convencer, os guiou para a investigação da língua grega, assim como seu posterior estudo sistemático, e apesar de não termos criado um espaço neste trabalho, além da própria retórica a poesia épica de Homero e Hesíodo também decorreram dessa ânsia grega dos estudos do discurso originando não só a poética, como também a gramática, tornando a oratória uma espécie de ‘prosa poética’.

A retórica já havia demarcado seu lugar através dos sofistas. É a argumentação nos seus primórdios. É persuadir e convencer como hábito, sendo aprendida e ensinada como arte.

Portanto, longe de julgar as intenções dos sofistas, se boas ou más, o que de fato se destaca é a possibilidade de escolha diante de discursos e sua eficácia. Górgias, tomando voz no diálogo platônico que carrega o seu nome, ao invés de revelar imediatamente os defeitos da retórica, diz simplesmente que a postura retórica é poderosa. Isso bastará a esta investigação. O que pretende-se no capítulo seguinte é investigar como a retórica se desenvolve dentro do direito de acordo com Chaïm Perelman.

### 3. ARISTÓTELES E PERELMAN: POR UMA NOVA RETÓRICA

Antes de expor os argumentos que esclarecem a importância da retórica no direito, é necessário situar a obra “Retórica” de Aristóteles como o ponto de partida para que a nova retórica do jusfilósofo Chaïm Perelman possa ser mais bem compreendida.

Assim, a definição aristotélica diz:

”É, pois evidente que a retórica não pertence a nenhum gênero parantes se assemelha à dialética. É também evidente que ela é útil e que a sua função não é persuadir mas discernir os meios de persuasão mais pertinentes a cada caso, tal como acontece em todas as outras artes.”<sup>45</sup>

Para tanto, pode-se dizer que seu objeto “é o estudo das técnicas discursivas que permitem provocar ou aumentar a adesão dos espíritos às teses que se lhes apresentam ao assentimento.”<sup>46</sup> Porém, é preciso completar essa definição através de quatro esclarecimentos.

Primeiro, a retórica procura persuadir por meio do discurso. Portanto, recorrer à experiência para obter a adesão desejada não se trata necessariamente de retórica. (Por exemplo, os experimentos científicos devidamente comprovados.) Segundo, que a demonstração e as relações da lógica formal com a retórica são problemáticas. Por exemplo, os racionalistas deixaram a retórica de lado no exato momento em que a evidência se tornou imperativa. As ideias tão claras e distintas que não permitiam discussão. Ao pressupor a evidência do ponto de partida, os racionalistas desinteressaram-se por todos os problemas levantados pelo manejo da linguagem. Diante, porém, da possibilidade de uma palavra poder ser tomada em vários sentidos, ou de aclarar uma noção vaga ou confusa, surge um problema de escolha e de decisão, que a lógica formal é incapaz de resolver.<sup>47</sup>

Terceiro é que a adesão a uma tese pode ter intensidade variável, essencial quando se trata de valores e não de verdades, pois quando se trata de aderir a uma tese ou a um valor, a intensidade da adesão sempre pode ser utilmente aumentada, afinal, nunca se sabe com qual tese ou valor ela poderá entrar em competição, em caso de incompatibilidade e, portanto, de

<sup>45</sup> ARISTÓTELES. **Retórica**. Tradução de Manuel Alexandre Júnior, Paulo Farmhouse Alberto e Abel do Nascimento Pena. Lisboa: INCM, 1998, p. 11 (1355 b).

<sup>46</sup> PERELMAN, Chaïm. e OLBRECHTS-TYTECA. **Tratado da Argumentação: a Nova Retórica**. Tradução de Maria E. Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 4.

<sup>47</sup> PERELMAN, Chaïm. **Lógica Jurídica**. Tradução de Vergínia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 142.

uma escolha inevitável. A quarta distingue a retórica da lógica formal e das ciências positivas, é que ela diz respeito mais à adesão do que à verdade. As verdades são impessoais, e o fato de serem, ou não, reconhecidas nada muda em seu estatuto. Mas a adesão é sempre a adesão de um ou mais espíritos aos quais nos dirigimos, ou seja, de um auditório.<sup>48</sup>

Temos aqui a noção de auditório, que é central na retórica, pois um discurso só possui eficácia se é adaptado ao auditório que se quer persuadir ou convencer. Assim, diz Perelman:

A nova retórica, por considerar que a argumentação pode dirigir-se a auditórios diversos, não se limitará, como a retórica clássica, ao exame das técnicas do discurso público, dirigido a uma multidão não especializada, mas se interessará igualmente pelo diálogo socrático, pela dialética, tal como foi concebida por Platão e Aristóteles, pela arte de defender uma tese e de atacar a do adversário, numa controvérsia. Englobará, portanto, todo o campo da argumentação, complementar da demonstração, da prova pela inferência estudada pela lógica formal.<sup>49</sup>

Neste momento, para que seja possível esclarecer que a retórica clássica reconhecia as relações de específicos gêneros oratórios, cabe distingui-los, através de Aristóteles, em: gênero deliberativo, epidíctico e judiciário.

Quanto ao último gênero, que é o que de fato se destaca no presente trabalho, na obra do peripatético, explica-se:

No que diz respeito à acusação e à defesa, poderemos em seguida falar do número e da qualidade das premissas de que se devem construir os silogismos. Importa considerar três coisas: primeiro, a natureza e o número das razões pelas quais se comete injustiça; segundo, a disposição dos que a cometem; terceiro, o caráter e a disposição dos que a sofrem. Falaremos ordenadamente destas questões, depois de haver definido o que é cometer uma injustiça. Entendamos por cometer injustiça causar dano voluntariamente em violação da lei. Ora, a lei ou é particular ou comum. Chamo particular à lei escrita pela qual se rege cada cidade; e comuns, às leis não escritas, sobre as quais parece haver um acordo unânime entre todos.<sup>50</sup>

Temos, dessa maneira, com Aristóteles, a noção de que a lei está intimamente atrelada a valores morais de justiça, pelo menos do que diz respeito a esta obra especificamente. Neste contexto, se por acaso houvesse uma lei que fosse de encontro a esses princípios, essa lei não deveria ser cumprida, ou melhor, não serviria como uma lei de fato, por não expressar nela a justiça. Superficialmente, estas proposições dão ensejo a algumas ideias de um possível jusnaturalismo incipiente.

<sup>48</sup> Ibidem. p. 143.

<sup>49</sup> Ibidem. p. 144.

<sup>50</sup> ARISTÓTELES. **Retórica**. Tradução de Manuel Alexandre Júnior, Paulo Farmhouse Alberto e Abel do Nascimento Pena. Lisboa: INCM, 1998, p. 52 (1368 b).

Faz-se necessário, então, vislumbrar que a investigação do presente trabalho está atrelada à importância da retórica no âmbito jurídico, num contexto positivista (ainda que mais adiante sejam feitos esclarecimentos acerca do realismo jurídico) e, para tal, os conceitos atrelados ao tema já foram minimamente definidos e elucidados.

Portanto, cabe, aqui, expor os motivos pelos quais Perelman dedicou toda sua vida ao estudo da teoria do direito, filosofia do direito, lógica, ética, retórica e filosofia da linguagem.

Ele acreditava, primeiro, que a paz judicial só se restabelece definitivamente quando a solução, a mais aceitável socialmente, é acompanhada de uma argumentação jurídica suficientemente sólida. A busca de tais argumentações, graças aos esforços conjugados da doutrina e da jurisprudência, é o que possibilita e favorece a evolução do direito.

Em suas palavras:

Essa é a principal razão de ser das novas teorias, das construções jurídicas aceitas ardorosamente pelos tribunais, para melhor justificar sua prática. Uma destas teorias será a nova concepção do direito positivo, especialmente do papel atribuído ao poder judiciário e, mais particularmente, à Corte de Cassação que, para aplicar o direito de modo judicioso, deve fazê-lo progredir.[...] Cada vez que se apresenta uma incompatibilidade entre o que a lei aparentemente prescreve e o que a solução sensata de um caso particular parece exigir, será estabelecida a distinção bem conhecida entre a solução justa *de lege lata* e a de *lege ferenda*. A Corte dá claramente a entender qual é a solução que teria sua preferência, se devesse levar em conta unicamente o que considera justo e razoável; inclina-se entretanto, a contragosto, para conformar-se à vontade do legislador, indicando ao mesmo tempo seu desejo de mudança. Essa ambivalência é quase sempre a expressão de uma Corte dividida, em que a minoria se inclina diante de uma decisão que lhe parece dificilmente aceitável, mas solicitando a permissão de manifestar seu descontentamento.<sup>51</sup>

Em consonância com o trecho previamente citado da Retórica de Aristóteles (1368b), Perelman assevera que, se o direito é de fato um instrumento flexível e capaz de adaptar-se aos valores considerados prioritários, neste caso, através do judiciário, não será necessário, em tal perspectiva, que este juiz decida em função de diretrizes vindas do governo, mas em função dos valores dominantes na sociedade, sendo sua missão conciliar esses valores com as leis e as instituições estabelecidas, de modo que ponha em evidência não apenas a legalidade, mas também o caráter razoável e aceitável de suas decisões. É por este motivo que ele deve diversificar a análise do raciocínio jurídico de acordo com as inúmeras funções que precisa

---

<sup>51</sup> PERELMAN, Chaïm. **Lógica Jurídica**. Tradução de Vergínia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 191-192.

desempenhar quanto aos domínios a que se aplica e às instâncias que constituem o aparelho judiciário.<sup>52</sup>

De fato, para instaurar-se na controvérsia e fazer valer todos os interesses em pauta, é preciso que, como em um processo, as partes contrárias possam fazer-se ouvir. Apenas uma argumentação em sentido diverso permite compreender o processo dialético da formação do direito.

Entretanto, no processo legislativo, conforme a posição do jusfilósofo:

[...] os legisladores são juízes e partes, é inevitável, pois não há poder político neutro superior às partes. Admitir que houvesse um seria o mesmo que negar a importância e o valor do processo democrático, voltar à concepção do rei-filósofo, do déspota esclarecido. Se rejeitarmos esta utopia, devemos aceitar o caráter indispensável de uma pluralidade de interesses e valores, entre os quais se instaura uma dialética que resulta em uma decisão tomada por maioria de votos.<sup>53</sup>

Cabe aqui esclarecer que a existência de controvérsias, argumentações e da retórica propriamente dita, se desenvolve plenamente num Estado democrático de direito. Em sociedades fechadas, nas quais o povo não pode se manifestar, se há censura em todos os meios de comunicação e se a nação está sob a égide de um regime totalitário, uma ditadura, a voz é limitada e a viabilidade de diálogo restrita, portanto a retórica sofre limitações para se desenvolver, estando sujeita a uma morte precoce, antes mesmo da sua possibilidade de nascer.

De fato, em sociedades fechadas há menos espaço para debate e, portanto, da possibilidade de uma retórica mais complexa. Mas, mesmo em regimes fechados há argumentação e tentativas – pelos menos entre aqueles que concentram poder político – de convencer-se a respeito, por exemplo, das melhores estratégias para atingir fins políticos e jurídicos comuns.

Assim, para Perelman, a visão contemporânea do direito não nega a autoridade do legislador, admite-se que sua vontade não pode ser arbitrária, que os textos da lei devem cumprir uma função reconhecida que não é meramente formal. Para que o direito positivo seja aceito e aplicado, ele deve ser, antes de tudo, razoável: “noção vaga que expressa uma síntese

---

<sup>52</sup> Ibidem. p. 200.

<sup>53</sup> Ibidem. p. 200.



que combina a preocupação da segurança jurídica com a da equidade, a busca do bem comum com a eficácia na realização dos fins admitidos.”<sup>54</sup>

Concebe-se, então, o direito como “a expressão de um consenso político e social sobre uma solução razoável numa sociedade em rápida evolução”. O direito só ganha forma através de conflitos e de controvérsias em todos os níveis e já não transparece a imagem tranquilizadora de uma ordem estável e garantida por um poder imparcial.

Assim, conseqüentemente, versando sobre o conflito dos juízos de valor, que segundo Perelman está no centro de todos os problemas metodológicos criados pela interpretação e aplicação do direito, surge a lógica jurídica.

Para o jusfilósofo, se em determinado processo houver acordo sobre a descrição dos fatos, os litigantes, buscando fazer prevalecer a concepção do direito que é a cada um mais favorável, demonstrarão a preponderância de um determinado valor específico. Se uma das partes defende a segurança jurídica e a conformidade ao texto da lei, o outro lhe oporá os fundamentos, ou seja, a finalidade, o espírito do direito. Ou seja, cada um deles argumentará a favor da primazia de outro valor, que considerado mais importante, será sacrificado se o alcance da regra discutida não tiver sido limitado.

Entretanto, na medida em que problemas de qualificação conduzem a ampliação ou restrição do alcance de uma regra, essa ampliação ou essa restrição será assumida ou rejeitada de acordo com os valores que a evidenciam. Quando se estabelece o consenso sobre uma prática ou sobre um tipo de solução, sua vinculação ao sistema, mesmo sendo desejável, será considerada secundária.<sup>55</sup>

Aqui, portanto, alude Perelman que é “apenas nos casos duvidosos do ponto de vista da solução a ser adotada é que as razões puramente metodológicas poderiam impor uma dada solução.”

Isso, porque, segundo ele, “a única boa solução de um conflito de valores só se impõe raramente - se assim fosse, o caso se resolveria o mais das vezes fora dos tribunais – que o papel do juiz é central e determinante.”<sup>56</sup>

---

<sup>54</sup> PERELMAN, Chaim. **Ética e Direito**. Tradução de Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 463.

<sup>55</sup> Ibidem. p. 464.

<sup>56</sup> Ibidem. p. 464.

Afinal, é o juiz que deve decidir a controvérsia jurídica, é ele quem decidirá o conflito em favor deste ou daquele valor. Os princípios jurídicos e as teorias jurídicas aos quais ele invocará em sua motivação decisória não se caracterizam por serem verdadeiros ou falsos, mas tem como função proteger o valor prioritário.

Compreende-se que numa visão do direito cuja função seria fornecer soluções não somente coercitivas, mas também socialmente aceitáveis, de conflitos e valores, o papel do juiz seja primordial, fornecendo a legislação e a doutrina indicações, mais ou menos imperativas, para a determinação da solução razoável em cada caso litigioso.<sup>57</sup>

Diz Perelman: “Essa tese não resulta de uma filosofia do direito teórico, mas da análise minuciosa do raciocínio jurídico.”<sup>58</sup>

Neste ponto, ao intentar uma breve comparação entre Chaïm Perelman e H. L. A. Hart, no que diz respeito às lacunas no direito, temos que, para o primeiro, “estas podem surgir em decorrência da interpretação restritiva, por vezes contrárias ao texto explícito, de uma disposição legal.”<sup>59</sup> Enquanto que para o segundo, como já foi abordado anteriormente, a linguagem é naturalmente vaga e a precisão depende do contexto. As duas posições se complementam, não são excludentes. Hart propõe uma investigação analítica, chegando a noção de textura aberta da linguagem, enquanto que, para o Perelman, as lacunas do direito tem origem hermenêutica, interpretativa.

Portanto, ao fazer uma curta digressão, vimos que Hart explora dois fenômenos que geram lacunas no direito. O primeiro decorre da “regra de reconhecimento”. De acordo com Hart, a regra de reconhecimento é a regra fundamental para distinguir um direito primitivo, ou uma situação pré-jurídica, de um sistema jurídico desenvolvido. A função desta regra de reconhecimento é determinar quais são as regras legais válidas de uma comunidade. Para que uma regra seja considerada como uma regra válida, e conseqüentemente uma regra do sistema jurídico, é necessário que ela passe em todos os testes exigidos pela regra de reconhecimento.

---

<sup>57</sup> Ibidem. p. 465.

<sup>58</sup> Ibidem. p. 465.

<sup>59</sup> Ibidem. p. 465.

Sendo assim, é concebível que possa surgir um caso particular que não esteja regulado por nenhuma das regras que satisfizeram os testes exigidos pela regra de reconhecimento.<sup>60</sup>

A regra de reconhecimento comporta um conjunto de regras finito e quando o caso concreto que pode surgir não estiver regulado por nenhuma dessas regras, haverá uma lacuna no direito. Nesse caso, o juiz não poderá recorrer a uma regra legal para resolução da disputa, mas terá que aplicar critérios que estão além das regras legais válidas. As regras legais são exaustivas do direito e quando elas não são capazes de resolver um caso legal, recorre-se a elementos extralegais.<sup>61</sup>

O segundo fenômeno responsável pelas lacunas no direito decorre, como já foi brevemente explicado, da textura aberta da linguagem. Assim, dispõe Hart:

Boa parte da teoria do direito deste século tem-se caracterizado pela tomada de consciência progressiva (e, algumas vezes, pelo exagero) do importante fato de que a distinção entre as incertezas de comunicação através da linguagem geral dotada de autoridade (legislação) é de longe menos firme do que sugere este contraste ingênuo. Mesmo quando são usadas regras gerais formuladas verbalmente, podem em casos particulares concretos, surgir incertezas quanto à forma de comportamento exigido por elas. [...] Os cânones de 'interpretação' não podem eliminar estas incertezas, embora possam diminuí-las; porque estes cânones são eles próprios regras gerais sobre o uso da linguagem e utilizam termos gerais que, eles próprios, exigem interpretação. Eles, tal como outras regras, não podem fornecer a sua própria interpretação.<sup>62</sup>

A primeira impressão que podemos ter em relação à textura aberta dos termos gerais que compõem as regras jurídicas e das próprias regras, é que ela constitui um empecilho para o bom funcionamento do direito. A textura aberta da linguagem significa uma potencial vagueza; a possibilidade de que as regras jurídicas se mostrem indeterminadas para o tratamento de certas situações concretas encontradas na região de penumbra de aplicação da regra. Essa indeterminação das regras jurídicas torna impossível prever todas as situações em que uma regra deverá ou não ser aplicada.

Ou seja, ao recapitular a noção de lacunas para o Hart, vemos que para o Perelman essa questão é passível de ser solucionada através da comparação de argumentos sobre valores jurídicos que podem ser mais ou menos razoáveis.

<sup>60</sup> STRUCHINER, Noel. **Direito e Linguagem: Uma Análise da Textura Aberta da Linguagem e sua Aplicação ao Direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 37.

<sup>61</sup> STRUCHINER, Noel. **Direito e Linguagem: Uma Análise da Textura Aberta da Linguagem e sua Aplicação ao Direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 36.

<sup>62</sup> HART, Hebert L. A. **O Conceito de Direito**. Tradução de A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2005, p. 139.

Assim, é necessário ainda esclarecer que, para Perelman, uma lei sempre é feita para um determinado período e para um determinado regime. A lei se adapta às circunstâncias que a motivaram e não pode ir além disso. A lei é concebida em função de sua necessidade e utilidade, nas suas palavras:

“[...] uma boa lei não deve ser intangível, pois só vale para o tempo que quis regular. A teoria pode considerar abstrações. A lei, obra essencialmente prática, só se aplica a situações essencialmente concretas. É isso que explica que, se a jurisprudência pode ampliar a aplicação de um texto, há limites para essa ampliação, e estes são atingidos toda vez que, à situação que o autor da lei havia considerado, vêm substituir-se outras, fora de suas previsões. [...] A limitação da aplicação da lei às situações normais cria uma lacuna quando se está numa situação anormal. O caso de força maior que daí resulta obriga a preencher da melhor forma a lacuna da Constituição criada por esse fato. Vê-se imediatamente que a primazia concedida ao princípio da continuidade do Estado, que implica a do poder legislativo, prevalece sobre o respeito aos mais imperativos textos constitucionais.”<sup>63</sup>

Assim, para Perelman, as teorias jurídicas elaboradas no século XX (como a monista, a dualista, aquelas de ordem pública internacional, e etc) visam, em sua maioria, a consequências práticas e a primazia de determinados valores em casos de conflitos. Essas teorias são úteis para estabelecer princípios que guiarão os juízes na busca de uma solução razoável. Mas, quando a solução razoável se impuser, não se hesitará em adotá-la, mesmo que se seja incapaz de justificá-la em direito.<sup>64</sup>

Neste sentido Perelman, lança os seguintes questionamentos:

Assim também práticas, longamente seguidas por algumas instituições, mesmo que, à primeira vista não tenham elas fundamento jurídico, se imporão aos juízes que se esforçaram, com enorme sutileza, por encontrar-lhe uma justificação no direito. Se a solução dos conflitos de valores é essencial no direito, como se poderão motivar, justificar em direito, as decisões tomadas? Que espécie de raciocínio o juiz vai utilizar nesses casos uma vez que o recurso ao raciocínio dedutivo e indutivo é nitidamente insuficiente? [...] O conhecimento e a utilização desses lugares poderão bastar ao jurista? Certamente o catálogo dos lugares pode ajudar um advogado a encontrar argumentos para defender a sua tese, mas o papel das faculdades de direito deve limitar-se a formar pleiteantes? Não terá a mesma importância formar legisladores, administradores e sobretudo juízes?<sup>65</sup>

Ora, a solução não é simples. Para os operadores do direito, neste caso os juízes, trata-se de encontrar a melhor solução para o caso, a solução mais razoável levando em conta o direito em vigor. Segundo o jusfilósofo: “um simples catálogo dos lugares, os tópicos jurídicos, não permite julgar da força dos argumentos, dirimir, em favor desde ou daquele

<sup>63</sup> Ibidem. p. 466.

<sup>64</sup> Ibidem. p. 467.

<sup>65</sup> Ibidem. p. 468.

valor, um conflito axiológico. Pra consegui-lo é necessária uma teoria da argumentação, uma nova retórica.”<sup>66</sup>

Pra consubstanciar sua teoria da nova retórica, percebemos que a argumentação é essencialmente adaptação ao auditório e para tanto, mostra-se indispensável um conhecimento deste. É na medida em que o juiz busca uma solução aceitável para os postulantes, para seus superiores e para a opinião pública esclarecida, que ele deve conhecer os valores dominantes na sociedade, suas tradições, história, metodologia jurídica, as teorias que nela são reconhecidas, as consequências sociais e econômicas deste ou daquele posicionamento, os méritos respectivos da segurança jurídica e da equidade da situação dada.<sup>67</sup>

Nesse sentido, diz o jusfilósofo:

“A extrema sensibilidade dos valores, tais como eles estão vivos em determinada sociedade, condiciona o bom funcionamento da justiça, ao menos o de uma justiça que vise o consenso, condição da paz judiciária. Ora, a melhor, ou uma das melhores, forma de adquirir isso é pelo ensino, tanto teórico quanto prático, da argumentação. Assim é que a concepção do direito que parece ganhar um numero crescente de juristas europeus – e que se une nesse ponto às tradições americanas – impõe a inclusão, no ensino do direito, de cursos teóricos e práticos consagrados à argumentação.”

Cabe salientar que ao utilizar a palavra “sensibilidade”, Perelman não o faz ao acaso. Coincidência ou não, em notícia veiculada em 14 de fevereiro de 2011 sobre o princípio da moralidade na “lei da ficha limpa”, Luiz Fux, ministro do STF pronunciou-se:

“Se existe algo que o juiz tem que ter para decidir as causas é sensibilidade. O juiz trabalha com menos paixão que o advogado, o que não significa dizer que ele seja inanimado. Tem que ter emoção nessa decisão. Primeiro deve-se construir uma solução justa e depois dar a esta solução justa uma roupagem jurídica. Justiça é algo que se sente.”

Ou seja, será que adentramos a época em que a razoabilidade perelmaniana justifica concomitantemente o ativismo judicial que se sobrepõe de forma exagerada ao conteúdo expresso no direito positivo?

É neste sentido que este assunto é debatido e esclarecido na última obra publicada em conjunto pelos eminentes professores Fábio P. Shecaira e Noel Struchiner. A recomendação dos jusfilósofos é que o termo “ativismo” seja utilizado com bastante cautela. Dessa maneira, é ativista, o juiz:

---

<sup>66</sup> Ibidem. p. 468.

<sup>67</sup> Ibidem. p. 468.

“[...] que dá prioridade a suas convicções substantivas, em detrimento das regras e procedimentos jurídicos. O juiz pode ser abertamente ativista ou, o que é mais comum, esconder o seu ativismo por trás de uma retórica legalista (no segundo caso, ele também dá prioridade a suas considerações substantivas, embora não o admita publicamente). É importante notar que o mero fato de um juiz pensar sobre questões substantivas no contexto de um processo legal não faz dele um ativista. Tudo depende, mais uma vez, das considerações (substantivas ou institucionais) a que ele dá prioridade.”<sup>68</sup>

Para esclarecer o que foi aludido, utilizamos o argumento do ministro do STF Marco Aurélio Mello, que disse que “diante de um caso concreto, primeiro ele considera qual é a decisão mais justa para, em seguida, buscar um fundamento legal que possa justificá-la.”<sup>69</sup> Essa afirmação pode ser interpretada como uma espécie de confissão ativista. A sua retórica legalista seria apenas uma máscara das verdadeiras razões substantivas que motivam suas decisões.

Shecaira e Struchiner propõem duas maneiras diferentes de se interpretar o discurso do Marco Aurélio:

“1ª) ele pensa na decisão mais justa e depois busca um fundamento legal; quando percebe que as fontes do direito apontam em sentido contrário, insiste na decisão que lhe parece mais justa; 2ª) ele pensa na decisão mais justa e depois busca um fundamento legal; quando percebe que as fontes do direito apontam em sentido contrário, abandona a sua opinião original e aplica as fontes, por mais injusto que lhe pareça. Se Marco Aurélio complementasse a sua declaração original do modo 1, ele seria corretamente classificado como juiz ativista, isto é, como um juiz que dá prioridade a suas opiniões substantivas. Por outro lado, se Marco Aurélio complementasse sua declaração do modo 2, ele estaria afirmando que, embora seu processo de reflexão incluía considerações substantivas, não permite que essas considerações predominem em relação às prescrições do direito positivo. Sua argumentação seria efetivamente (não apenas retoricamente) institucional.”<sup>70</sup>

Através de uma breve análise de como o ministro descreve o seu processo de tomada de decisão, percebemos que suas ideias são compatíveis com as do movimento do realismo jurídico norte-americano, que desafiava às concepções tradicionais e pueris que supunham que os juízes tomavam suas decisões partindo das fontes institucionais, sendo capazes de conter suas afetações e decidir de forma absolutamente imparcial.

<sup>68</sup> SHECAIRA, Fábio P. e STRUCHINER, Noel. **Teoria da Argumentação Jurídica**. Rio de Janeiro: Ed. PUC-Rio: Contraponto, 2016, p.42-42.

<sup>69</sup> Ibidem. p. 43.

<sup>70</sup> Ibidem. p. 43- 44.

Assim, os jusfilósofos supracitados apontam para o fato de que os realistas forjaram uma teoria descritiva da decisão judicial que poderia muito bem ser decomposta em uma hipótese de duas partes:

“a maioria dos juízes tem inclinação para chegar a determinado resultado antes de consultar os materiais jurídicos; o juiz raramente terá dificuldade de encontrar a roupagem jurídica para a decisão tomada no vasto, complexo e amplamente indeterminado universo de materiais jurídicos existentes (Schauer, 2009: 138-140). Em suma, os materiais jurídicos não influenciaram a tomada de decisão jurídica, sendo apenas recrutados a posteriori, depois de tomada a decisão, em um processo chamado pelos realistas de ‘racionalização’ da decisão.”<sup>71</sup>

Destarte, cabe neste momento explicar a primeira parte da hipótese realista, ou seja, afirmar que existem diferenças significativas entre a forma como os operadores do direito julgam intimamente e como argumentam publicamente.

Se, no caso de o ponto de partida para se chegar a uma decisão judicial não envolvesse o recurso ao material jurídico, então quais seriam as verdadeiras fontes causais capazes de influenciar a decisão? “Para realistas como Jerome Frank e Joseph Hutcheson as decisões são fruto de impulsos psicológicos profundos, palpites ou intuições.”<sup>72</sup>

Portanto, para Shecaira e Struchiner, ainda que os realistas não tenham participado de experimentos para justificar seus insights, existem boas razões para se acreditar que eles estavam certos. As ciências psicológicas e cognitivas, de maneira geral, avançaram muito nos estudos sobre o processo de tomada de decisão e temos evidências sólidas que sugerem que, diante de uma série de contextos decisórios, realmente partimos de intuições para justificá-las posteriormente.<sup>73</sup>

Isto é, a retórica como estratégia argumentativa e persuasiva ultrapassa aqui o direito, a filosofia, a história e adentra profundamente ao campo psicológico. Os efeitos gerados pelas questões morais, transcendem a esfera racional responsiva e parecem alojar-se numa espécie de intuição moral inconsciente.

Por conseguinte, no domínio das ciências cognitivas, a visão que prevalece é a de que o processo decisório funciona através de sistemas dessemelhantes, que podem ser denominados implícito e explícito, intuitivo e deliberativo. O primeiro é automático e ágil,

---

<sup>71</sup> Ibidem. p. 161- 162.

<sup>72</sup> Ibidem. p. 162.

<sup>73</sup> Ibidem. p. 163.

opera sem esforço e inconsciente. O que chega até nós a nível consciente é somente o seu produto final. Já o segundo sistema é lento, deliberativo, empenhado, controlável e consciente.

Embora o segundo sistema possa ser colocado como ferramenta de superação dos erros e desvantagens do primeiro, na prática isso nem sempre acontece. Jonathan Haidt, psicólogo moral, atestou em experimentos desenvolvidos com outros colegas que o primeiro sistema tem certa primazia e que o segundo sistema funciona como seu porta-voz ao construir justificativas para comportamentos cuja motivação não chega à consciência.

Através de alguns dos experimentos descritos na obra de Teoria da Argumentação Jurídica do Shecaira e Struchiner é possível retirar três lições valiosas, a seguir:

1. Esse experimento e vários outros que foram formulados por ele e por outros psicólogos morais mostram que, em vários casos moralmente salientes e sensíveis, as pessoas respondem intuitivamente e só depois buscam as razões que serão usadas como premissas para sustentar a conclusão anteriormente dada pela intuição. Isso é relevante porque vários casos jurídicos são moralmente sensíveis.
2. O experimento mostra que o sistema 1 e as intuições produzidas por ele são extremamente suscetíveis a gatilhos afetivos. Como nossas intuições são alcançadas rapidamente por um flash, e sem uma avaliação de todos os elementos que seriam relevantes para a decisão, dizemos que as intuições e seus fatores geradores funcionam como atalhos. Fatores estranhos, muitas vezes são os responsáveis por essas intuições, e esses fatores não são utilizados na própria justificação. [...]
3. Finalmente, a intuição parece ter força significativa, já que é ela que parece direcionar a busca dos argumentos. Razão, muitas vezes, atua como uma espécie de porta-voz, assessora de imprensa ou advogada da intuição, e não como uma instância de deliberação e avaliação dos melhores argumentos contrários e a favor da tese que se discute. Em outras palavras, a intuição exerce pressão no contexto de justificação [...] ficamos com a ideia fixa de que a nossa intuição está correta e passamos a enxergar apenas argumentos que seriam capazes de justificar nossa intuição, mesmo que isso envolva algum tipo de confabulação (invenção de argumentos) ou o uso de argumentos que simplesmente não são adequados naquele contexto. [...] Infelizmente, a verdade é que enxergamos os argumentos que corroboram a nossa posição, mas ao mesmo tempo ignoramos aqueles que falam contra ela. Esse fenômeno é conhecido como viés confirmatório. Os atalhos frequentemente geram vieses: erros sistemáticos em nosso processo decisório.”<sup>74</sup>

Ou seja, as pesquisas de Haidt dizem respeito a dilemas morais e no direito muitos casos são de valor moral salientes, como por exemplo, algumas questões acerca de pesquisas com células-tronco (ADI 3.510), igualdade racial (RE 597.285) e etc. Entretanto, a maioria dos casos jurídicos são extremamente técnicos e burocráticos, e podem ser solucionados através do material jurídico convencional.

---

<sup>74</sup> Ibidem. p. 166 – 167.



## CONCLUSÃO

Longe de se chegar a uma conclusão exaustiva, este trabalho teve como objetivo demonstrar, ainda que encastradamente, os seguintes pontos:

Em primeiro lugar, que o surgimento da retórica como disciplina nasceu por ocasião de litígios, ou seja, sua origem é jurídica e nesse ponto a filosofia e o direito caminharam juntos por todos esses séculos;

Segundo: que o fenômeno da textura aberta da linguagem proporciona um espaço muitas vezes de forma proposital, ainda que não seja explícita, para que valores sejam passíveis de debate num contexto democrático;

Terceiro: que o poder judiciário não está completamente subordinado ao poder legislativo, cabendo também aos juízes um papel criativo, caso contrário, todo o direito coincidiria com a lei. O trabalho do juiz se reduziria a estabelecer os fatos, subsumi-los sob um texto legal e a tirar conclusões disso por via de silogismos judiciários, pois a argumentação em nada intervém na determinação da regra de direito aplicável;<sup>75</sup>

Quarto: que a incumbência de julgar tem como corolário a atribuição ao juiz de um poder de decisão em casos difíceis, que é o de preencher as lacunas da lei, de resolver as antinomias que poderiam existir, de escolher uma outra interpretação do texto legal, afinal o juiz não pode eximir-se de uma decisão;

E, por fim, mais do que simplesmente pura argumentação vazia, é através do contexto jurídico que se tornam visíveis as grandes mudanças sociais. Dentro de um sistema jurídico, é possível perceber se a sociedade legitima as referidas leis.

Neste sentido, concluindo, diz Perelman brilhantemente:

Afinal, se cada vez que se submete uma questão a deliberação e à discussão, faz-se indispensável o recurso à argumentação, é muito comum que o discurso não vise a chegar a uma decisão, e sim a criar um estado de espírito, uma disposição para reagir desta ou daquela maneira. É esse o caso das discussões teóricas, tanto políticas como filosóficas. As obras de doutrina, de teoria, mesmo quando se trata de doutrina jurídica, visam a influenciar a opinião, mas não necessariamente a tomar uma

---

<sup>75</sup> Ibidem. p. 556.

decisão. [...] Portanto, o papel da retórica se torna indispensável numa concepção do direito menos autoritária e mais democrática, quando os juristas insistem sobre a importância da paz judiciária, sobre a ideia de que o direito não deve somente ser obedecido, mas também reconhecido, que ele será, aliás, tanto mais bem observado quanto mais largamente for aceito.

A aceitação de um sistema de direito implica que se reconheça a legitimidade das autoridades que têm o poder de legislar, de governar e de julgar; essa legitimidade é fundamentada na tradição, e também na religião, nas mais variadas ideologias e filosofias políticas. Mas, se há abuso de poder, se as decisões tomadas pelo poder parecem desarrazoadas, contrárias ao bem comum, se não são aceitas, mas impostas pela coerção, o poder se arrisca a perder sua autoridade: far-se-á ainda temer, mas já não será respeitado.<sup>76</sup>

---

<sup>76</sup> Ibidem. p. 554.

## REFERÊNCIAS

ARISTÓTELES. **Retórica**. Tradução de Quintín Racionero. Madrid: Gredos, 1990.

\_\_\_\_\_. **Retórica**. Tradução de Manuel Alexandre Júnior, Paulo Farmhouse Alberto e Abel do Nascimento Pena. Lisboa: INCM, 1998.

\_\_\_\_\_. **Órganon**. Tradução de Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2005.

CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. **Hermenêutica e Argumentação: Uma Contribuição ao Estudo do Direito**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

GUTHRIE, W. K. C. **Os Sofistas**. Tradução de João Rezende Costa. São Paulo: Paulus, 1995.

HART, Hebert L. A. **O Conceito de Direito**. Tradução de A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2005.

MARCONDES, Danilo. **A Pragmática na Filosofia Contemporânea**. Rio de Janeiro: Zahar, 2005.

\_\_\_\_\_. **Filosofia, Linguagem e Comunicação**. 4ª ed. São Paulo: Cortez, 2001.

PERELMAN, Chaïm. **Ética e Direito**. Tradução de Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

\_\_\_\_\_. **Lógica Jurídica**. Tradução de Vergínia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

PERELMAN, Chaïm. e OLBRECHTS-TYTECA. **Tratado da Argumentação. A Nova Retórica**. Tradução de Maria E. Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

REBUL, Oliver. **Introdução à Retórica**. Tradução de Ivone Castilho Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

RICOUER, Paul. **A Metáfora Viva**. São Paulo: Edições Loyola, 2000.

SGARBI, Adrian. **Clássicos de Teoria do Direito**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2006.

SHECAIRA, Fábio P. e STRUCHINER, Noel. **Teoria da Argumentação Jurídica**. Rio de Janeiro: Ed. PUC-Rio: Contraponto, 2016.

STRUCHINER, Noel. **Direito e Linguagem: Uma Análise da Textura Aberta da Linguagem e sua Aplicação ao Direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

\_\_\_\_\_. **Para falar de regras : o positivismo conceitual como cenário para uma investigação filosófica acerca dos casos difíceis do direito**. 2005. 191 f. Tese (Doutorado em Filosofia) – Departamento de Filosofia, PUC- Rio, Rio de Janeiro. 2005

WITTGENSTEIN, Ludwig. **Investigações Filosóficas**. Tradução de Marcos G. Montagnoli 3ª ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2005.