

A verdade no processo judicial: a falácia da verdade metafísica

The truth in judicial process: the fallacy in metaphysical truth

Manuela Braga Fernandes^(*)

Recebido: 06/2016

Aprovado: 08/2016

Resumo: O procedimento judicial é pensado nos termos da racionalidade apodítica, como demonstração ao invés de convencimento. Essa perspectiva é herança da abordagem teológica e metafísica da verdade que, transferida para o Estado e o direito, ajudam a consolidar as categorias e formas que confirmam ambos. No entanto, a racionalidade retórica, resgatada através da preocupação com a linguagem e a pluralidade do sec. XX, ensina que num processo dialético que parte da dúvida, como o processo judicial, não é a verdade que se tem como produto, mas a verossimilhança. Da mesma forma, o realismo jurídico permite entender o processo de decisão a partir da perspectiva do magistrado, confirmando a ideia retórica de que processo é convencimento, não revelação da verdade.

Palavras-chave: Verdade; Justiça; Retórica; Realismo jurídico.

Abstract: Judicial procedure is configured in the terms of apodictic rationality, as demonstration over convincing. This perspective is inherited from the theological and metaphysical truth, which transferred to the State and the law, helped consolidate categories and forms that reassured both. However, rhetorical rationality, brought back through the concern with language and plurality in the XX century, teaches that in a dialectical process that comes from doubt, as the juridical process is, not the truth, but likelihood, that comes as a result. Legal realism also allows to understand the decision process through the judge perspective, confirming the rhetorical idea that process is convincing, not truth revelation.

Keywords: Truth; Justice; Rhetoric; Legal realism.

Introdução

A questão da verdade passa pelo problema da justiça, a medida que esta é o propósito e fundamento do Estado. Assim, o procedimento judicial é pensado com forma e categorização rígidas, tentando, com isso, produzir uma verdade única, atemporal, imutável e dedutível por todos, muito nos padrões da verdade teológica aquiniana e do imperativo categórico kantiano.

No entanto, os princípios da justiça são manipulados e possivelmente concretizados através do Judiciário. O procedimento judicial se dá através de racionalidade retórica, isto é, dialética. A decisão judicial é produto de discurso e parte de uma dúvida, por isso os resultados não podem ser demonstrados como na racionalidade apodítica. Assim, o discurso judicial se dá através de premissas contingentes e não necessárias e, por isso, produz como resultado verossimilhanças, que se diferenciam de verdades.

O realismo jurídico, por sua vez, ajuda a perceber o processo subjetivo, contingente e acidental que resulta na percepção da verdade e na produção da decisão judicial.

Dessa forma, o trabalho se propõe a responder a pergunta de como se dá a determinação da verdade no procedimento judicial. A hipótese inicial para essa

^{*} Graduada em Direito pela UFPB. Mestre e doutoranda em Direitos Humanos no PPGCJ/UFPB. Professora do Departamento de Ciências Jurídicas da UFPB.

indagação é que o procedimento judicial de definição da verdade se pretende infalível para a resolução do conflito e feitura de justiça, no entanto, a negação da metafísica da verdade e a compreensão da retórica analítica na produção da verdade judicial permitem concluir que o resultado do processo não pode pretender a descoberta de uma verdade, mas de verossimilhança, o que pode resultar na injustiça tanto quanto na justiça.

Na tentativa de comprovar essa hipótese, vai-se trabalhar o papel da verdade na concretização da justiça e da própria justiça para o Estado. Em seguida é preciso entender a herança da compreensão da verdade no procedimento judicial contemporâneo através da análise da verdade teológica medieval em Aquino e no imperativo categórico moderno de Kant.

No segundo capítulo, faz-se necessário compreender a mudança de paradigma acerca da reintrodução da retórica e da pluralidade na contemporaneidade. A racionalidade retórica, herança da Antiguidade, ensina que a não a verdade, mas a verossimilhança é produto da argumentação jurídica. Assim é possível demonstrar, portanto, que a pretensão de verdade do procedimento judicial fica prejudicada quando produto do diálogo e da argumentação. O trabalho pretende assim fazer a partir do resgate da retórica antiga e da virada retórica do séc. XX.

No último capítulo, por fim, vai resgatar a teoria do realismo jurídico de Jerome Frank para melhor compreender como se dá o procedimento de decisão judicial, comprovando com isso que o método de argumentação judicial não pode pretender absoluto e dedutível por todos, pois é resultado de uma decisão subjetiva e, muitas vezes, pessoal do magistrado.

A justiça e a verdade no procedimento judicial

Tome-se o exemplo de dois tenistas que jogam durante a madrugada sem plateia ou equipe de apoio como testemunhas. Ao final, um deles foi vitorioso. Mas, quando no dia seguinte anunciam o resultado, ambos dizem “eu venci”. Não há, além deles, quem possa dizer quem ganhou realmente. Um tenista está dizendo a verdade e o outro está mentindo. As duas versões serão consideradas até que se encontre provas de uma e de outra e, mesmo assim, as provas ainda podem ser contestadas de acordo com sua consistência. O trabalho do juiz na 1ª instância é determinar a verdade em situações como esta.

A construção do procedimento judicial gira em torno do que é a justiça. É preciso encontrar a verdade para se garantir, em último caso, justiça. Para Kelsen, justiça é o que se adequa as normas de uma ordem social justa. Mas que ordem social justa é essa? Seria aquela ordem que regula os homens de

modo que todos encontrem nela felicidade¹. Dessa forma, falar em anseio por justiça é o mesmo que dizer que existe na sociedade anseio por felicidade.

No entanto, é inevitável que, vivendo em sociedade, a felicidade de um cidadão entre em conflito com a de outro. Se um comandante do exército tem em mãos a decisão de promover um de dois homens para determinado cargo, o mais justo é que escolha o mais capacitado. Se, porém, os dois homens forem igualmente capacitados? A decisão deve tomar outros aspectos subjetivos que de uma forma ou de outra vai deixar um deles insatisfeito. Tem-se aqui o problema de ser impossível fazer duas pessoas felizes, o que prejudica o próprio conceito de justiça.

Uma das dificuldades de fazer justiça na ordem social é que a natureza é injusta nas suas diferenças e por isso a ordem social não pode sempre fazer a compensação². Assim, a felicidade para a ordem social não pode ser considerada nesse sentido subjetivo individual, mas no sentido objetivo coletivo. Já que não se pode falar na possibilidade de fazer todos felizes, seria necessário trabalhar para fazer o maior número de pessoas felizes. Tem-se assim que a felicidade deve ser social.

A ideia de felicidade socialmente reconhecida é muito diferente da de felicidade original. A felicidade social deve ser a satisfação de certas necessidades colocadas pela legislação³. A alteração no sentido do termo para caber nos padrões da sociedade é parecido com o que acontece com a liberdade. A liberdade plena efetivamente significa, dentre outros, não ser limitado pelo governo de terceiro, mas acaba transformada na ideia de que a liberdade existe se for controlada por um governo da maioria. O que acontece é que esses conceitos individualistas são incompatíveis com o bem comum, que é mote da organização social, estão são remanejados semanticamente e adaptados pela própria sociedade.

Mas que necessidades ou interesses a sociedade deve proteger para cumprir os requisitos de aquisição de felicidade social? Existe hierarquia quando alguns deles entram em conflito? É isso que a justiça vai determinar, um interesse em detrimento de outro.

No entanto, um conflito de interesses é um conflito de valores determinados por prerrogativas pessoais. Portanto, a justiça e a própria felicidade social dependem de valores individuais. Se alguém tem convictamente a vida como valor supremo não pode defender a pena de morte ou a guerra, mas se outro defende que a honra do Estado deve estar acima de tudo, pode defender a morte dos inimigos do estado e dos criminosos. Ambos são juízos válidos, que se sujeitam a juízos de valor e não podem ser decididos cientificamente⁴.

O sistema de valores individual de cada cidadão vem de circunstâncias políticas, sociais e econômicas comuns, por isso é também um fenômeno social.

Portanto, os conflitos de valores são ao mesmo tempo, por natureza, individuais e sociais⁵. No entanto, não existe resposta racional para esses conflitos, como no exemplo da promoção de dois indivíduos igualmente capacitados. O procedimento judicial, diante dessa dificuldade, é pensado de maneira objetiva, racional e formal, de modo que tenha validade geral e absoluta e, portanto, mascara a natureza subjetiva e relativa da decisão judicial.

O que ocorre é que o ser humano sente a necessidade de justificar suas condutas emocionais de maneira racional. Essa necessidade de justificação tem a ver com a ideia de que seus meios justificam certo fim. A ideia é que os fins são os parâmetros de justiça que garantem a felicidade social, enquanto os meios são as medidas sociais usadas para atingir os fins. A relação entre meios e fins, portanto, é uma relação de causa e efeito. No entanto, como aponta Kelsen, não é possível ter uma visão profunda dos nexos causais provocados pelos meios até efetivamente estarem em movimento. Um dos fins para a justiça e felicidade social seria, por exemplo, evitar o crime. Para escolher entre pena de morte e encarceramento o legislador teria que conhecer os efeitos que a ameaça de cada pena teria no criminoso. A ideia de que a pena de morte justificaria seu uso porque traria uma sociedade sem crime (os fins justificam os meios) só é possível se realmente conhece os meios, conhece os efeitos da pena de morte ou do encarceramento naquela sociedade. Assim, para ele, o problema da justiça não se resolve com a aplicação da causa e efeito os fins justificam os meios⁶.

O discurso dos fins justificam os meios corresponde a perspectiva absolutista do jusnaturalismo, em que todas as medidas valem para assegurar aquele direito natural absoluto. A violência, portanto, é justificada na perspectiva jusnaturalista quando usada para efetivar fins de natureza absoluta. Assim, se os fins são justos os meios podem ser violentos⁷. Mas se se pensa, na perspectiva aqui trazida, que justiça é a felicidade social, ou a felicidade do maior número de pessoas, não há que se falar em valor último absoluto, mas série de garantias que devem ser afirmadas e, para isso, não se pode assumir qualquer meio ou medidas, pois desconhece os efeitos desses.

Assim que para garantir os meios e os fins considerados interessantes para a justiça o procedimento judicial se envolve de forma rígida, que dá a sensação de objetividade ao processo.

Um dos problemas que se faz necessário enfrentar quando se discute justiça, procedimento institucionalizado e rigidez, é a questão do porque o Estado precisa concretizar esses preceitos. Além da própria discussão já trazida da questão da felicidade social existe também a problemática da segurança. A necessidade da forma na decisão judicial também é problema de segurança e, tangencialmente, de segurança jurídica.

O discurso da segurança jurídica está bastante aproximado da questão da segurança pública. A ideia de segurança jurídica nasce da necessidade de se ter segurança na sociedade ou, em outras palavras, segurança pública.

A temática da segurança começa com a discussão sobre o meio. O meio nada mais é que uma série circular de causas e efeitos gerada pela aglomeração desordenada de pessoas, que estrutura as cidades e a maneira de se construir a sociedade. Para ele, a questão da segurança começa na formação das cidades. No início, o ajuntamento de indivíduos sem qualquer estrutura provocava miasmas, já que não havia coleta de lixo ou rede de esgoto. Com miasma se tinha muitas doenças endêmicas que, por sua vez, causavam mortes. Com muitas mortes e nenhuma estrutura organizada para destinação de corpos, mais miasma⁸.

Esse círculo de causa e efeito em que um efeito volta a se tornar causa do outro fundamenta a vontade de segurança. O anseio por segurança é expressado hoje através da segurança jurídica e da ideia de certeza e de procedimento rígido nas relações entre indivíduo e Estado ou entre indivíduo e outro indivíduo regulada pelo Estado.

A ideia na segurança jurídica é que um governo organizado possa contornar essas situações desagradáveis da vida social. A maneira que esse governo pode assim fazer dentro do Estado democrático de direito é através da lei, do procedimento judicial e da justiça. Por isso a sensação de dependência dos cidadãos em relação à legislação e manutenção e respeito das normas escritas.

O próprio Estado nasceu com o objetivo inicial de atingir segurança e vive para garanti-la. É o que afirma Canotilho:

(...) o homem necessita de segurança para conduzir, planificar e conformar autônoma e responsabilmente a sua vida. Por isso, desde cedo se consideravam os princípios da segurança jurídica e da proteção à confiança como elementos constitutivos do Estado de Direito.⁹

Assim, como afirma Canotilho, tem-se que é a segurança pública é uma necessidade do indivíduo. Por isso, para conquistar a segurança pública é necessário segurança jurídica e a confiança do cidadão no Estado que a segurança jurídica proporciona. Dessa forma, a segurança jurídica ao mesmo tempo em que, indiretamente, garante a segurança pública também garante a confiança no Estado, o que permite a este manter a paz através do direito.

Assim, por essas razões, para garantir justiça e segurança, o Estado envolve o procedimento judicial de forma institucionalizada de modo a concretizá-las. Essa forma depende, no entanto, de diversos fatores de ordem subjetiva, como já discutido. No entanto, o principal fator condicionante para a

justiça é a verdade. Mas que é a verdade? Para o processo é uma entidade metafísica com a qual o procedimento se depara ao fim da 1ª instância. Mas seria mesmo a verdade um resultado possível do procedimento decisório?

A justiça para o homem é sempre relativa, mas como ele mantém a necessidade de procedimento rígido e absoluto, a verdade processual se vê obrigada a se voltar a parâmetros de teologia ou ideologia metafísica, de modo que possa transmitir princípios absolutos de justiça.

A verdade de Deus

Como afirma Kelsen, Deus é o único que tem justiça absoluta¹⁰. Essa afirmação é condizente com a percepção do papel da verdade na concretização da justiça e a própria percepção da verdade na teologia.

Aquino argumenta que os filósofos antigos, como se verá no segundo capítulo, consideravam que a verdade tem relação com o intelecto, a verdade depende do intelecto humano a medida que é produto da linguagem e da argumentação. No entanto, para ele, as incongruências entre possíveis verdades desaparecem se se admite que ela consiste não no intelecto humano, mas no intelecto divino¹¹. Para ele não é a verdade da coisa, mas sua essência que provoca a verdade no intelecto. Assim, existiria uma verdade essencial acerca de cada coisa no universo, que só precisaria ser revelada ao intelecto humano. Dessa forma, existe verdade enquanto existe realidade e ela é revelada ao intelecto que conhece a essência dessa realidade¹². Essa percepção é compatível com a de verdade como correspondência, em que verdade é a expressão da realidade como apreendida pelo intelecto.

No fundamento aquiniano, portanto, Deus está em tudo, inclusive no próprio inteligir. Toda apreensão do intelecto vem de Deus, ele pertence, portanto, à essência de todas as coisas e ao ato de inteligir os entes e descobrir as verdades. Ele concluiu, dessa forma, que Deus é a própria verdade¹³.

Nesses termos, embora existem várias coisas diferentes e vários intelectos acerca delas, para Aquino, qualquer percepção do que é verdadeiro advém da verdade de Deus, pois ele traz consigo a verdade primeira, a verdade universal. A verdade, portanto, está para as coisas verdadeiras como o tempo está para as coisas temporais. A verdade aquiniana é atemporal e imutável, como também dedutível do intelecto de todos, pois ambos, verdade e intelecto, advém de Deus¹⁴. O intelecto divino, assegura ele, além de atemporal é também imutável¹⁵.

Assim sendo, essa percepção de verdade única, imutável e atemporal em muito dialoga a ideia metafísica da verdade kantiana que ultrapassa a Idade Média e Moderna respectivamente e chega a contemporaneidade na forma da

determinação da verdade no procedimento judicial. Como em Aquino, a verdade do processo é pensada como algo que existe nas coisas e deve ser revelada pelo intelecto no magistrado através da análise das provas.

A forma então prevê que o processo vai encontrar uma verdade e que esta é a verdade suficiente para fazer justiça naquele caso concreto. Essa ideia de uma verdade correspondente a realidade é herança da teologia medieval e da metafísica moderna.

A verdade metafísica

Kant compreende que todos os conceitos morais tem sua origem a priori na razão humana e por isso não podem ser abstraídos da experiência, pois esta é contingente. Por isso os princípios morais são supremos. Por isso o conhecimento moral, como produto da razão pura, é válido para todos os seres racionais e é universal, pois todos podem deduzi-lo. Assim, a racionalidade moral corresponde à filosofia pura, não à filosofia empírica. A filosofia pura que se circunscreve a objetos é a metafísica¹⁶. Portanto, o que Kant defende é que a metafísica diz respeito à racionalidade moral válida para todos e dedutível por todos.

A partir da razão, portanto, os seres racionais tem vontade. Vontade, diz Kant, não é nada mais que razão prática. A representação objetiva da vontade se dá através dos imperativos. Imperativos são, assim, fórmulas que exprimem a relação entre a razão objetiva e a vontade subjetiva do ser racional.

Para ele existem dois tipos de imperativos: o hipotético, que é instrumental, é meio para conseguir determinado fim, e o categórico. O imperativo categórico é aquele que representa a ação como objetivamente necessária por si mesma, sem relação com qualquer outra necessidade. O imperativo categórico é um comando que não tem qualquer contato com o mundo empírico¹⁷.

A ideia de verdade no procedimento judicial é um imperativo categórico, não é fato histórico ou descrição de momento anterior à civilização, é uma racionalidade moral metafísica, um princípio de comando absoluto que não pode ser alterado. Portanto, a pretensão de que existe uma verdade é princípio formal da moral, absoluto e necessário e serve como fundamento da ação moral. A partir dessa construção moral metafísica, o procedimento judicial age como se o fundamento dessa construção possa ser levado como norma universal e válida para todos. Por isso para ele o justo e o injusto têm parâmetros absolutos e indiscutíveis e as leis e a decisão judicial, por sua vez, devem ser respeitadas por todos, pois seu fundamento é fundamento válido e dedutível para qualquer um.

Compreende-se, portanto, porque, além da justiça, também a verdade é virtude suprema do Estado. Sua própria justiça depende de uma verdade abstrata, total e indiscutível, que é a definição dos parâmetros pretensamente verdadeiros na 1ª instância.

No entanto, a partir do século XX foi possível perceber determinada reversão no pensamento apodítico procedimental com o qual o Poder Judiciário foi pensado. A medida que se nega a lógica na ciência do direito é possível perceber o papel da dialética no processo e determinação da pretensa verdade que inspira a decisão judicial. Essa mudança de perspectiva acontece a partir da reintrodução do estudo da linguagem e da retórica nas ciências humanas, como se verá a seguir.

A racionalidade retórica e a compreensão da falácia da verdade metafísica

A partir do fim do início do séc. XX e mais especialmente do fim da Segunda Guerra, o estudo da linguagem e da retórica ganharam espaço nos campos das ciências humanas e com o direito não foi diferente.

Com a percepção de que verdade pode ser outra que não a correspondência e que a o discurso é relativo, é possível perceber que o procedimento judicial que pretensamente se propõe a chegar a verdade pode estar defasado.

A racionalidade retórica ensina que não se pode falar em verdade como correspondente da realidade no processo judicial, pois este é um processo dialético que admite as verdades de acordo com os oradores e ouvintes; é um processo relativista, negando, com isso, a pretensão de verdade metafísica.

As premissas da retórica a partir do seu nascimento

A racionalidade pode ser dividida em duas, a apodítica e a dialética. A razão apodítica é que pode ser demonstrada, pois parte de premissas necessárias, em que não existem dúvidas, mas apenas certezas. A racionalidade dialética, por sua vez, parte de um *dubium* e se desenvolve no discurso através de opiniões, proposições, escolhas e predisposições.

Assim, quando se fala em premissas necessárias, como na matemática, tem-se a racionalidade apodítica. No entanto, a racionalidade que trabalha com categorias questionáveis, faz proposições, usa do discurso e da dedução para formar opiniões ou crenças é a dialética e Aristóteles chama esse método de tópico¹⁸. Tópico vem do grego *topos*, lugar, e quer dizer que algo vem daquele

lugar. Dessa forma, tópica é a racionalidade das particularidades, do discurso que não é necessário, mas contingente.

Entre a racionalidade lógica passível de demonstração e a pura arbitrariedade existe o campo da razoabilidade. Assim, a tópica é a racionalidade da argumentação razoável ou provável. Não se trata de opinião ou crença, pois essas são arbitrarias, mas de *endoxia*, ou *boa opinião*. Que significa boa opinião? Trata-se da opinião que pode convencer; aquela que, aceitas as premissas, torna-se razoável. Em certo momento Aristóteles argumenta que a maioria dos atos bem intencionados visa o bem; quase todos os homens acreditam que o bem provoca felicidade; a maior parte dos homens, portanto, buscam felicidade. Essa argumentação é tópica¹⁹. Ela parte de premissa não necessária, “os atos visam bem” e constrói proposições que culminam na *endoxia* de que os homens buscam felicidade. Essa conclusão depende de deduções e de proposições para se sustentar, mas sustenta, ou convence o interlocutor, por serem razoáveis.

A persuasão pelo discurso, por fim, usa o raciocínio dedutivo para construir um argumento. Tenta demonstrar o que parece ser a verdade através do que pode ser objetivo e persuasivo em cada caso particular²⁰. É a manipulação eficiente dos argumentos de modo a encadear causas e efeitos que persuadam os ouvintes.

A verdade material, a verdade como expressão do real, só pode ser, portanto, metafísica. Verdade é propriedade das proposições, independente da opinião dos homens, os raciocínios analíticos são demonstrativos e impessoais. Esse não é o caso dos raciocínios dialéticos, o raciocínio dialético é feito de opiniões geralmente aceitas. O que é geralmente aceito é verossímil, mas não se deve confundir essa verossimilhança com probabilidade calculável. Verossimilhança divide características com a razoabilidade, não com a probabilidade²¹.

Desde já é possível perceber, portanto, a dificuldade de admitir o conceito de justiça, leis e decisões absolutas, já que, como se verá adiante, a discussão judicial tem natureza dialética e retórica. A única maneira de haver verdade e justiça de maneira universal, ou efetivamente materiais, como termos metafísicos, seria transformando a argumentação judicial numa demonstração (transformando, assim, tópica em lógica). Para fazê-lo o orador teria que precisar os termos utilizados eliminando toda ambiguidade e, com isso, retirar do raciocínio múltiplas interpretações²². A impossibilidade reside aí; não parece possível eliminar completamente múltiplas interpretações dentro da discussão judicial, especialmente se se tem partes com interesses diametralmente opostos.

Dessa forma, a retórica vai servir quem for capaz de formar silogismos e puder teorizar sobre virtudes e paixões. Nesses termos, Aristóteles ensina que

a retórica é filha da dialética. O entimema, o argumento retórico em que uma premissa explícita induz uma segunda premissa, é um silogismo²³, uma argumentação lógica, herdando a retórica parte de sua tradição da dialética.

Nesse tipo de racionalidade tópica existe dúvida e a dúvida incita o diálogo, que eventualmente leva à boa opinião. Com a boa opinião é preciso perceber se o interlocutor concorda com o orador, se convence. Esse processo é diferente da lógica, em que se trabalha com o monólogo, a tópica, por sua vez, constrói-se com o diálogo.

Assim sendo, retórica é a faculdade de descobrir os meios de persuasão efetivos sobre qualquer questão dada. É a técnica e a arte de questionar e sustentar um argumento, defender-se ou acusar²⁴ usando da melhor forma possível para assim fazê-lo. Para Aristóteles, então, a retórica é a capacidade de descobrir o que é adequado a cada caso com o fim de persuadir.

Nem todas as provas de persuasão são próprias da arte da retórica. São provas inartísticas as que não são produzidas pelo homem como testemunhos, confissões sob tortura ou documentos escritos. Provas artísticas são as que podem ser preparadas através de método pelos homens, as que advêm do raciocínio. Assim, é necessário utilizar as primeiras, mas inventar as segundas²⁵. As provas artísticas são, portanto, a expressão do uso da retórica²⁶, que excede a descrição das provas inartísticas e as trabalham para construir a verdade que interessa ao orador.

São três espécies de provas de persuasão através do discurso. Pelo caráter moral do orador, pela maneira que se dispõe o ouvinte e pelo que o próprio discurso parece demonstrar, como ensina Aristóteles²⁷.

Persuade-se pelo caráter quando o orador deixa a impressão de ser digno de fé. Quando o orador convence o público que está qualificado para falar sobre o assunto e sua autoridade serve como meio de convencimento dos argumentos. No entanto, para falar precisamente de retórica é preciso que a confiança no orador seja resultado do discurso e não em razão de opinião prévia acerca deste indivíduo²⁸. Assim, se o orador convence que tem autoridade para falar sobre o assunto, a nova autoridade conquistada ajuda-o a persuadir seus ouvintes.

A persuasão pela disposição dos ouvintes se dá quando estes são levados a sentir emoção por meio do discurso. A retórica aqui usa dos sentimentos de tristeza ou alegria, ódio ou amor para convencer de um argumento. A amplificação de um argumento ou uma história podem ser usados para evocar emoções da audiência²⁹. Assim, o orador deve julgar se usar das emoções da audiência é conveniente e eficaz para provar sua ideia.

O discurso oratório comporta três elementos: o orador, o assunto sobre o qual se fala e o ouvinte. O resultado do discurso refere-se ao ouvinte; ele que, ao final, vai se manifestar, vai se convencer ou não. Para melhor compreender

como se comportam os ouvintes, Aristóteles dividiu em três gêneros os discursos retóricos: o deliberativo, judicial e epidíctico.

Na retórica deliberativa os oradores aconselham ou dissuadem acerca de eventos futuros. No gênero judicial a acusação e a defesa persuadem o juiz acerca de um evento passado. No epidíctico tem-se o elogio ou a censura no presente³⁰.

Assim, a retórica judicial é justamente a argumentação jurídica prevista no modelo de processo judicial dogmático. Advogados de acusação e defesa devem escolher a melhor forma de persuadir o juiz acerca de como ocorreu um evento no passado. A finalidade dessa retórica, afirma Aristóteles, é o justo e o injusto. Apesar de não ser algo deliberadamente planejado, o injusto é um resultado possível na retórica judicial, pois o direito é um mecanismo de institucionalização de interesses³¹.

Dessa forma, o propósito do orador é convencer o ouvinte. Como já mencionado, o convencimento não pode se dar através de demonstração, pois a racionalidade do discurso judicial não é lógica, mas tópica e dialética. Assim, usando o método retórico, o orador deve construir o seu discurso pensando no ouvinte. Retórica é discurso adaptado³². A partir de premissa que se adapta ao auditório e preocupando-se com a elocução é possível criar disposição no auditório para aceitar a argumentação e para, efetivamente, convencer. Importante perceber, portanto, que a retórica não demonstra, ela convence, o que significa que uma ou outra tese pode ser bem sucedida, pois dependem do manejo do orador. Por isso Aristóteles avisa desde o início que a retórica não tem compromisso com a justiça e ambas, justiça e injustiça, podem ser produto dela.

A tópica e a retórica não pensam a partir do sistema, mas do problema. Dessa forma, não existe por parte dos advogados ou o magistrado compromisso com o sistema judiciário, político ou social. A preocupação desses oradores, cada um em seu momento, é com o problema que têm diante de si, com o caso concreto. Assim, se o juiz acredita que o sistema legal não é suficiente para solucionar um problema, ele pode construir argumentação razoável usando outros recursos, pois, para a retórica, o sistema não está posto, ele é montado através do problema³³. Esse raciocínio guarda diversas similaridades com a teoria do realismo jurídico, que pensa a solução de problemas judiciais não necessariamente a partir da norma escrita, mas também através do magistrado.

A questão da verdade no procedimento judicial assume os parâmetros absolutos de que os princípios de justiça são concebidos por pessoas racionais e por isso a justiça pode ser definida em termos absolutos. Ele age como se a racionalidade individual sobre as questões de justiça fosse a racionalidade apodítica, demonstrável e necessária. Mas é essa mesmo a racionalidade da

política, da ciência social, história ou direito? Após o demonstrado até aqui, seguro dizer que não. A racionalidade do procedimento judicial é retórica e tópica, parte da dúvida e constrói argumentos e pressupostos a partir de consensos para convencer. Dessa forma, o procedimento judicial não é completamente alheio ao aceite de injustiças.

A ideia de verdade no procedimento judicial é metafísica, pois se propõe como definitiva, como válida e dedutível por todos. No entanto, a análise da racionalidade do procedimento judicial mostra que não há que se falar em definição ou demonstração válida para todos. A decisão judicial parte de premissas, proposições e escolhas que inspiram determinado conhecimento. Essa verdade final do processo não pode se confundir com a verdade material, ou expressão fiel da realidade, é verossimilhança, expressão do que é razoável. Dessa forma, a injustiça, tanto quanto a justiça, é produto da decisão de direito. Assim, os princípios de justiça, as leis e as instituições podem cometer injustiças.

O conhecimento retórico a partir da virada do séc. XX

A origem da retórica na verdade remonta a Aristóteles, mas o precede. A retórica surge com a queda das tiranias no sul da Itália. Com a derrubada desses governos, os novos governantes precisam compensar os exércitos mercenários contratados pelos seus esforços. A maneira mais fácil de assim fazer é fazendo concessão de terras. No entanto, a população local não se viu muito satisfeita com essa medida. Juntando-se a isso o fato de que são, a partir daí, instauradas democracias, tem-se que a solução para esse problema foi a feitura de grandes audiências públicas em que era necessário convencer as pessoas do porquê era merecido receber aquela terra³⁴. A partir daí desenvolveu-se a técnica de convencer audiências, em outras palavras, a retórica.

Era preciso, nesse novo contexto, ir a praça pública debater, formar opinião e convencer a cidade das razões do orador. Importante perceber, portanto, que o surgimento e desenvolvimento da retórica se dá absolutamente adstrito ao contexto de democracia e pluralidade de discursos.

A partir daí começam a surgir teóricos da retórica, pessoas especializadas em estudar a forma e os métodos de exprimir o discurso. Com isso, a verdade passa a ser discutida do ponto de vista ontológico. É possível falar em verdade quando se pensa o discurso e a linguagem como forma de conhecimento e não apenas reprodução da realidade?

A ideia de verdade como correspondência, isto é, de linguagem como reprodução da realidade, passa a ser refutada com a retórica³⁵. O conceito de verdade é substituído pelo de verossimilhança. A verossimilhança é algo que se

aproxima da realidade não quantitativamente, mas qualitativamente. Verossimilhança é, portanto, distinta da verdade, é algo que por sua qualidade em relação a determinadas circunstâncias substitui a verdade. São os indícios da probabilidade e da razoabilidade que determinam a verossimilhança, não a tradução da realidade.

O fator de determinação da verossimilhança é a linguística. A possibilidade de denotar, de apontar algo e dizer um nome é empoderador e é o que permite o próprio desenvolvimento humano³⁶. Mas esses nomes não necessariamente acompanham a realidade. Os objetos mudam muito mais rápidos e os nomes, os rótulos, não conseguem acompanhar na mesma velocidade. Mas a rotulação é o que permite lidar com a realidade. O ser humano não vive plenamente adaptado a natureza como os animais, para isso cria artifícios; a linguagem, a fala, é um deles. A linguagem ajuda a se adaptar ao mundo e lidar com a realidade, empodera, mas não é rápida o suficiente para acompanhar as alterações das coisas, sejam acidentais ou essenciais.

Seja acidental, isto é, que pode ou não acontecer, ou essencial, que é parte do ser, ambos são objetos da linguagem. A essência, a própria ontologia, é definida pela linguagem. O direito é conjunto de relatos, narrativas, modelos e tudo isso depende da linguagem. Tudo que se acredita como verdadeiro ou real é produto da linguagem.

Dessa forma, a linguagem se posiciona nos primórdios do conhecimento, ela organiza a linguagem para construir o conhecimento, tanto conhecimento acidental quanto essencial.

A retórica precede Aristóteles cronologicamente, no entanto, sua contribuição para a análise da retórica funda a tradição da filosofia sobre a retórica. Aristoteles pode ser considerado o pai da retórica analítica, isto é, da mencionada filosofia sobre a retórica. Para ele, o discurso retorico pode ser dividido em três momentos: a *heuresis*, ou invenção, o momento de construir um topos, um ponto de partida argumentativo; a *taxis*, ou disposição, o arranjo, a percepção do momento certo para argumentar; e a *lexis*, ou elocução, a busca pelas palavras, pelos elementos e a boa forma do discurso³⁷.

Assim, a tradição da análise retórica na Antiguidade buscava os elementos de criação, da forma e do estilo do discurso, promovendo o dialogo e o debate acerca de ideias e opiniões e compreendendo que não se pode falar em verdade, mas verossimilhança, quando existe espaço para o diálogo³⁸.

Na Idade Média, no entanto, o espaço para diálogo e o próprio conceito de democracia, que propicia o florescimento da retórica, fica prejudicada. A Igreja Católica mantém uma força central que impõe a tradição da verdade de Deus, da verdade revelada e expressão do que é sagrado, rompendo a tradição retórica diálogo.

Mas a retórica não ficou absolutamente esquecida durante a Idade Média. Pelo contrário, fazia parte do *trivium*, o currículo de formação em linguagem, que era composto por retórica, lógica e gramática. A retórica medieval, no entanto, foi extirpada de sua característica dialética e transformada apenas na arte de discursar. Assim, a retórica medieval não era composta pela *heuresis* e *taxis*, mas apenas pela *lexis*, a elocução.

Dessa forma, a discussão da retórica atravessa a Idade Média e chega a Idade Moderna como a preocupação com a forma do discurso, negando com isso, a pluralidade e a força do diálogo, próprias, também, da natureza da retórica. A principal consequência disso é a necessidade medieval de afirmar a verdade de Deus, única, metafísica e absoluta, portanto, contrária a retórica. Assim, o *eikos*, a verossimilhança da Antiguidade, fica esquecida e a verdade prevalece no discurso e imaginário do senso comum, de modo a se tornar algo possível e imaginável. O conceito de diálogo, de argumentação e de convencimento resultando em verossimilhança, não verdade é perigosos para os propósito medievais que luta para controlar qualquer processo de ruptura³⁹.

Essa tradição sobrevive a Idade Média e chega à Idade Moderna com a única ressalva de que, nesta última, Deus foi substituído pelo ser humano. Se antes a verdade de Deus era absoluta, agora o homem passa a ser o ente universal que traz consigo a verdade dedutível e impositiva a todos. O direito e o procedimento judicial contemporâneo são herdados do período da Idade Moderna, em que se acreditava em verdades e suprimia-se a retórica. Por essa razão o procedimento judicial é pensada a partir de premissas da racionalidade apodítica, de demonstração ao invés de convencimento, ou de verdade, não verossimilhança.

No entanto, a partir do séc. XX e mais especialmente depois da Segunda Guerra, a perspectiva relativista de pluralidade renasce nas democracias ocidentais, trazendo consigo o renascimento da própria retórica clássica. Com a virada retórica dos anos 50 volta-se a introduzir nas discussões de direito o problema do diálogo, da argumentação e pluralidade de verdades possíveis. O direito a partir dessa perspectiva é relativo e plural, e por isso nega a ideia de certeza e estabilidade do direito.

No entanto, o discurso do direito proposto pelo Estado se vê renitente de ceder aos avanços da racionalidade retórica, pois ele se alimenta do próprio discurso. O direito institui categorias, formas e procedimentos que solidificam as próprias formas e, com isso, ratificam o próprio direito, garantindo a estabilidade. O direito, portanto, trabalha contrariamente a ruptura, o que explica a necessidade de excluir a racionalidade retórica do seu perfil de aprendizado e formação.

No entanto, a própria linguagem do direito, apesar de assim não admitir, é

retórica. A medida que escolhe usar o termo “verdade” ao invés de “ordem”, assim o faz para convencer mais facilmente e com isso se fortalecer⁴⁰. A medida que se tem a decisão judicial trazendo consigo a verdade, e não mera ordem advinda de procedimento, a autoria humana do ato de procedimento é substituída pela autoridade do discurso, que se fortalece com a repetição, criando, com isso, mais e mais confiança. A confiança nessa linguagem é que acarreta a confiança no direito. A retórica do direito, portanto, é a retórica material do convencimento e fortalecimento das formas e procedimentos, não a retórica do diálogo e da verossimilhança.

A verdade a partir do conhecimento retórico: visio dei, metáfora

A retórica vem da necessidade de transformação, do diálogo, e por isso causa ruptura. Assim, ela é retirada da ordem jurídica, porque o direito visa estabilidade, não ruptura. A retórica é ferramenta de diálogo para mudar opiniões, enquanto que o direito e o Estado desejam suprimir esse viés, colocando que existe certo e errado, de modo a assegurar confiança e estabilidade.

No entanto, a partir do conhecimento retórico é possível perceber que a verdade do procedimento judicial é um recurso da linguagem e da retórica de convencimento e afirmação do direito⁴¹. A verdade procedimental é uma metáfora que serve para afirmar o direito. Esse modelo de verdade, no entanto, só possível como *visio dei*, como visão de Deus, como ordem revelada por um ente superior.

Tomando parâmetros de retórica para descrever o procedimento de determinação de sentença judicial, o realismo jurídico ajuda a compreender de maneira pontual a discussão retórica aqui trazida.

O procedimento de decisão judicial a partir da absorção dos princípios retóricos: o realismo jurídico como ferramenta de negação da verdade

A teoria absoluta da verdade fica prejudicada quando compreende a racionalidade retórica e sua limitação às particularidades do caso, de forma que é impossível reproduzir o discurso de maneira universal. O realismo jurídico, por sua vez, descreve o procedimento judicial a partir da perspectiva retórica e negando a metafísica da teoria da verdade processual.

Para Jerome Frank o testemunho é uma atividade psicológica subjetiva que depende de condicionantes que não atentam necessariamente para a realidade

fática⁴². A percepção e a reprodução dos fatos que são determinantes para o resultado da ação judicial são condicionadas por fatores psicológicos. O direito trabalha, portanto, com relatos, não fatos.

Os fatores mencionados podem ser subconscientes ou conscientes e deliberados. Qualquer testemunha quando entrevistada pelo advogado pode supor qual a melhor resposta para provar a tese daquele litigante. Se a testemunha deseja que aquela parte seja bem sucedida no processo pode moldar sua história de acordo com seu interesse⁴³. Assim, tem-se que fatores de ordem subjetiva como interesse podem ajudar a definir os fatos e, com isso, o processo.

Qualquer ação ou depoimento de indivíduo é resposta a um estímulo exterior. Essa resposta é condicionada pelo estímulo posto. Assim, as reações não são fruto do acaso, fazendo com que as ações humanas sejam sempre direcionados pelo entorno⁴⁴.

Freud chama de *complexo* tudo aquilo que determina a reação de uma pessoa ao estímulo. Qualquer pequeno ato aparentemente gratuito é reação ao *complexo*. Brincar com um determinado objeto, a escolha aparentemente aleatória de números, um nome que vem a cabeça, nada é arbitrário, tudo vem a mente em razão do exercício de associação, uma reação ao *complexo*⁴⁵. Então a testemunha conhece o complexo e através dos estímulos dos inquisidores vai reagir revelando esse complexo.

Se se toma a posição do juiz, este conhece o *complexo* através dos documentos iniciais do processo e a partir de então forma conteúdo ideativo. Assim, o juiz já conhecendo o *complexo* lança estímulos para a testemunha para descobrir se a reação desta é compatível com aquele conhecimento anterior do magistrado⁴⁶. Os próprios estímulos, portanto, são pensados em função de confirmarem o complexo. E mais, o *complexo* a que servem é uma visão parcial do juiz. Frank analisou isso mais profundamente e tem essa questão da descoberta dos fatos como a etapa mais importante do processo.

Um litígio se inicia não porque A ou B discordam sobre a regra de direito a ser aplicada naquela situação, mas porque A ou B divergem sobre os fatos ocorridos em determinada situação. Assim, o trabalho do juiz de 1ª instância é determinar através da análise das provas o que aconteceu de fato. Dessa maneira, a verdade para o processo não é necessariamente a verdade real, mas o que foi admitido pelo magistrado como verdade⁴⁷, ou seja, não se pode falar em verdade como última palavra em sentido abstrato, mas em verossimilhança. A determinação da verdade passa pelo processo de estímulo, associação e reação descrito por Freud, sendo sujeito, dessa forma, à alterações e manipulações subjetivas. A retórica ensina exatamente como a manipulação do discurso da verdade se dá.

Frank garante ainda que os métodos pessoais usados pelos juízes para determinarem a interpretação das provas não podem ser sistematizados ou transformados em regras, pois são fatores subjetivos de percepção que, muitas vezes, nem mesmo os magistrados têm catalogados para si⁴⁸. Para saber como o sujeito apreendeu a informação é necessário entender como esse indivíduo pensa, mas isso é impossível⁴⁹. Além disso, existe o problema dos erros. As testemunhas (e até as provas técnicas e científicas) são passíveis de erros que condicionam a interpretação dos fatos, estabelecendo-os de maneira diferente do que viria a ser⁵⁰.

Nesses termos, para Frank seria impossível criar uma ciência de predição legal em razão da questão da determinação dos fatos. Uma ciência dessa natureza teria que ser específica do magistrado que profere a decisão, uma ciência do único que, em si, é uma contradição⁵¹.

Percebe-se, então, que para Frank a questão central no processo judicial é a determinação dos fatos. No entanto, se esses fatos dependem de uma série de condições de ordem psicológica para serem relatados ao magistrado e processados por esse juiz, há mesmo que se falar em previsibilidade? Para Frank não. A subjetividade é sinônimo de relatividade⁵², e relatividade nega previsibilidade. A associação da verdade processual à questão da relatividade aproxima-a da racionalidade retórico e nega, com isso, a metafísica. Dessa forma, verdade e justiça são conceitos tópicos e não lógicos.

Assim, a incerteza que cerca qualquer processo judicial vem da interpretação dos fatos desde a 1ª instância, que condiciona todo o resto do processo. O direito não se faz, então, com direito, mas com os fatos. No entanto, nas palavras de Frank, "*facts are guesses*", ou fatos são suposições, afastando, assim, a ideia de certeza dentro da ação judicial⁵³.

No entanto, seguindo os ensinamentos do também realista Oliver Wendel Holmes, Frank entende que a subjetividade e, com isso, a incerteza no direito não advém só das dificuldades de entender a verdade através dos relatos dos fatos. As próprias características pessoais dos julgadores também vão condicionar o processo decisório. É o que se trata a seguir.

Seguindo as ideias deixadas por Holmes, o direito é predição de uma possível reação do Estado em relação a conduta de um agente⁵⁴. A personificação do Estado nos casos concretos se dá na figura do magistrado, bem como a reação do Estado vai se dar em relação aos fatos tomados no processo ainda na primeira fase.

A teoria da predição é formulada através do estudo de todo material jurídico produzido. A produção jurídica que pode englobar jurisprudência, legislação, principiologia e doutrina é, assim, oráculo da lei. Os esforços legais são, dessa forma, no sentido de tornar as profecias mais precisas⁵⁵.

Para isso, fazem-se generalizações a partir do conjugado de leis e jurisprudência ou, no caso de Holmes, de precedentes, demonstrando que, geralmente, diante do fato X tem-se o resultado Y. Em seguida, num caso concreto, são levantados os fatos de natureza relevante para o direito, de modo que se tem um modelo que pode ser alocado numa das generalizações anteriormente preparadas⁵⁶. Assim, o trabalho legal é predizer que, se um homem fizer ou deixar de fazer algo, ele poderá ou não ser levado a responder por isso por uma corte.

As generalizações são reduzidas a um número finito de dogmas que servem para fundamentar as predições. Se um estudioso do direito quer conhecer esses dogmas e nada mais, de modo a predizer resultados, Holmes o chama de *bad man*. O *good man*, por sua vez, encontra suas razões de conduta, seja fora ou dentro do direito, em sanções da consciência⁵⁷.

O direito é permeado por conceitos advindos da moral, de modo que numa discussão jurídica é possível passear levemente entre domínios do direito e da moral. Conceitos como direitos subjetivos, dever, malícia, intenção, negligência quando transformados em meros dogmas pelo *bad man* caem em falácia. Esses conceitos, por natureza, são questionáveis e tem seu sentido alterado de acordo com o discurso, nos moldes ensinados pela retórica.

Quando preocupa-se com as questões morais, isto é, se a lei corresponde ao desejo moral do homem, o *good man* pode concluir muitas vezes que as decisões das cortes não correspondem a reflexões de foro subjetivo. Esse jurista se dedica a uma dedução de princípios e axiomas que vai além de meros dogmas para entender que seria resultado justo para o caso concreto. O *bad man*, pelo contrário, não tem qualquer preocupação por reflexões dessa natureza, ele preocupa-se em entender se a corte está propensa a este ou aquele resultado através de análise objetiva⁵⁸. O que Holmes defende, portanto, é que dar sentido metafísico, isto é, válido e dedutível, aos conceitos de direito é tratar o direito de maneira incorreta.

O trabalho do *bad man* é predizer se determinada ação ocasionará reação punitiva do Estado. Essa predição é o direito. O direito é assim, previsão de reação X do Estado diante de conduto Y do agente. No entanto, Holmes alerta que quando se toma decisões do passado para buscar apoio para as previsões do comportamento judicial do futuro não é suficiente tomar parâmetros puramente lógicos⁵⁹. Tem-se desde já a importância de se estar diante de *good man*, que vai se desprender dos dogmas absolutos para refletir acerca da moral da decisão. Mas não apenas isso. Para desvendar uma decisão judicial é preciso ir mais além, descobrindo o contexto econômico social e político em que se deu a sentença.

O que Holmes fala acerca das influências econômicas, sociais e políticas

refletindo na decisão do magistrado, Frank concorda sem ressalvas⁶⁰. A sentença é, além de raciocínio lógico, tradução das vivências pessoais de um indivíduo. Os problemas sociais, econômicos ou políticos que aquele sujeito que profere a decisão sofreu ou deixar de sofrer são refletidos na ordem da corte que comanda.

Portanto, se o direito é predição de comportamento judicial, resulta imprescindível ter em conta os diversos fatores subjetivos, eminentemente psicológicos, que gravitam sobre a vontade do julgador. Seus preconceitos, sentimentos e pretensões, sejam conscientes ou inconscientes, determinam, juntamente com a legislação, a jurisprudência e as demais fontes do direito, a decisão judicial.

Frank toma essas observações de Holmes e conclui que se se propõe a prever o direito, o jurista teria que conhecer o homem que vai preferir a decisão, o que significa estudar todas as suas características pessoais. Assim, a pesquisa de predição seria empírica, circunstanciada e socialmente localizada. As conclusões, portanto, teriam valor relativo e não absoluto⁶¹.

Dessa forma, se o direito é predição de um comportamento humano, é preciso levar em conta os fatores econômicos, sociais e políticos que atuam sobre esse comportamento. A lógica das decisões passadas e a legislação escrita não são os únicos condicionantes da decisão. Da mesma forma, as influências sociais, econômicas e políticas dos juízes também o são⁶². Nas palavras de Frank, o estado da mente de um homem é tanto um fato quando sua digestão⁶³.

Ampliando as reflexões de Holmes, Frank entende que o problema de se dispor a prever o direito é que não é suficiente tentar antecipar a interpretação dada a norma pelo juiz. A previsibilidade da sentença depende de aspectos psicológicos de ordem econômica, social e política do homem responsável pela decisão que condicionam a maneira que ele entende o processo. Da mesma forma, vencida essa dificuldade teria que se preocupar novamente com a abordagem dos fatos que esse sujeito entende como verdade. A percepção dos fatos é outra variável de ordem psicológica, como visto no anteriormente.

A sentença judicial é, no entanto, produto final de um procedimento que se inicia anteriormente. O direito é construído através da legislação. A legislação é uma série de declarações condicionadas a determinado fato de referência. Assim, se determinado fato aconteceu, o efeito jurídico que se segue é X. Essa consequência jurídica é estabelecida no caso concreto através da decisão judicial.

Para definir a decisão judicial é preciso cruzar a regra jurídica com os fatos apresentados. Assim, se tem a equação $R \times F = D$, em que R é a regra de direito; F os fatos definidos como realidade no processo e D é a decisão final.

A maioria dos juristas quando fala em certeza no processo judicial se volta para o R da equação. O cuidado para a garantia de justiça está regularmente voltado para a lei. Se a lei é estável, dessa forma seria possível ter decisões estáveis e previsíveis.

Para Frank essas inferências levam a uma má compreensão do direito. A imprevisibilidade seria causada, ao contrário, pelo F da equação. A incerteza está no fato de que não é possível assegurar que a corte será capaz de encontrar o F que seja realmente e objetivamente correspondente aos fatos ocorridos, garantindo, com isso, justiça em parâmetro absoluto, pois, como visto, o direito trabalha com verossimilhança e não verdade. Assim, não importa quão seguras as leis sejam, as decisões ainda estarão a mercê das dificuldades de se determinar os fatos⁶⁴.

O F para o processo é, na melhor das hipóteses, o que o juiz pensa que aconteceu. Pode ser, no entanto, que essa percepção esteja invariavelmente incorreta. A visão metafísica do direito concentra os esforços no R, a regra de direito, enquanto o produto do direito, a concretização dos preceitos através da decisão judicial, depende tanto da regra quanto do F, os fatos. Assim, a discussão dos fatos se dá dentro de parâmetros retóricos que são relativos e incertos. Não há que se falar em verdade como última palavra ou conceito absoluto de justiça na discussão dos fatos no procedimento judicial. A decisão judicial é limitada pelas contingências que a metafísica não pode admitir.

Com isso, tem-se da análise da produção da decisão judicial que esta se dá em parâmetros retóricos contingentes, contrários a verdade metafísica. Não se pode defender, nos termos retóricos e realistas, ciência do direito metafísica ou justiça de maneira absoluta e dedutível por todos, pois o direito parte da dúvida e trabalha com pressupostos razoáveis.

Conclusões

O procedimento judicial é pensado para definir parâmetros de verdade ao final da 1ª instância. Todo o procedimento é revestido de forma e categorização sólida que afirmam viabilizar a produção de uma verdade absoluta, imutável, atemporal e dedutível por todos, revelando a herança teológica e metafísica do processo.

A verdade é que esse formato ajuda o direito a construir a estabilidade e confiança que instrumentaliza o estado. O estado se alimenta da consolidação e firmeza de seus procedimentos.

No entanto, com a virada retórica na metade do séc. XX e o aumento da pluralidade, a retórica voltou a ser compreendida, como na Antiguidade, como a

técnica e arte de desenvolver o discurso através da argumentação de modo a convencer, a formar opiniões. Assim, qualquer discurso dialético que parte de um *dubium*, como processo judicial, é contingente e acidental, produzindo, ao fim, não verdades, mas verossimilhanças.

Essa racionalidade não parece ganhar espaço no direito, a medida que nega os próprios parâmetros de estabilidade e confiança já discutidos. A retórica promove discussão e dissociação e, com isso, ruptura, que o Estado não pode permitir.

O realismo jurídico, por sua vez, através a postura cética em relação ao direito, enxerga os problemas apontados pela retórica quando admite que a decisão judicial e mais especialmente a definição dos fatos é um procedimento subjetivo que depende em muito do magistrado.

Dessa forma, o trabalho se propôs a responder a pergunta de como se dá a determinação da verdade no procedimento judicial. Para isso formulou a hipótese inicial de que o procedimento judicial de definição da verdade se pretende infalível para a resolução do conflito e feitura de justiça, no entanto, a negação da metafísica da verdade e a compreensão da retórica analítica na produção da verdade judicial permitem concluir que o resultado do processo não pode pretender a descoberta de uma verdade, mas de verossimilhança, o que pode resultar na injustiça tanto quanto na justiça. Com as reflexões trazidas é possível, portanto, concluir que a hipótese inicial se confirma, a verossimilhança é resultado do processo de conhecimento dos fatos na 1ª instância o que, de modo algum, assegura a revelação da realidade e pretensão de feitura de justiça sob esses parâmetros.

Referências

- ADEODATO, João Mauricio. *Retórica analítica como metódica jurídica*. In: Revista Argumenta – UENP Jacarezinho, n° 18, p. 11-29.
- ADEODATO, João Mauricio. *Retórica como metódica para estudo do direito*. In: Revista Sequência, n° 56, p. 55-82, jun. 2008.
- AQUINO, Tomás. *Vida e obra*. Trad. Alexandre Correia. São Paulo: Nova Cultural, 2004.
- ARISTÓTELES. *Retórica*. Tradução de Manuel Alexandre Júnior, Paulo Farmhouse Alberto e Abel do Nascimento Pena. Lisboa: Imprensa Nacional – Casa da Moeda, 2005.
- ARISTÓTELES. *Tópicos*. Trad. Levi Condinho. Lisboa: Imprensa Nacional – Casa da Moeda, 2007.
- BENJAMIN, Walter. *O anjo da história*. Trad. João Barrento. Belo Horizonte:

Autentica, 2013.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra, Almedina: 2009.

FOUCAULT, Michel. *Segurança, território, população*. Curso dado no Collège de France (1977-1978). Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

FRANK, Jerome. *Courts on trial: myth and reality in american justice*. Princenton: Princenton University Press, 1973.

FRANK, Jerome. *Derecho e incertidumbre*. Buenos Aires: Centro Editor da America Latina, 1968.

FREUD, Sigmund. *A psicanálise e a determinação dos fatos nos processos jurídicos*. In: *Obras completas de Sigmund Freud vol. IX*. Rio de Janeiro: Imago Editora, 1976.

HOLMES, Oliver Wendell Jr. *The path of the law* [ebook]. Project Gutenberg. Disponível em <http://www.gutenberg.org/files/2373/2373-h/2373-h.htm>. 2006.

KANT, Immanuel. *Fundamentación para una metafísica de las costumbres*. Trad. Roberto Aramayo. Madrid: Alianza editorial, 2008.

KELSEN, Hans. *Qué es justicia?* Trad. Albert Calsamiglia. Barcelona: Ed. Ariel, 1982.

KENNEDY, Duncan. In: Left Legalism. BROWN, Wendy; HALLEY, Janet (Org.). *La crítica de los derechos em los Critical Legal Studies*. Trad. Juan Bertomeu. NC: Duke University Press, 2002. P. 47-90.

MEDEIROS, Morton Luiz Faria de A. *A retórica e a reconstrução da "verdade" na decisão jurídica*. Revista Direito e Liberdade, Natal, v.17, n. 2, p. 125-143, maio-agosto. 2015. Quadrimestral.

PACHECO, Gustavo. *Retórica e nova retórica: a tradição grega e a teoria da argumentação de Chaim Perelman*. Disponível em <<http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/25334-25336-1-PB.pdf>> Acesso em 26/10/2015.

PERELMAN, Chaim. *O Império Retórico*. Trad. Fernando Trindade e Rui Alexandre Grácio. Lisboa: Asa, 1993.

VIEHWEG, Theodor. *Tópica e Jurisprudência*. Brasília: Universidade de Brasília, 1979.

¹ KELSEN, Hans. *Qué es justicia?* Trad. Albert Calsamiglia. Barcelona: Ed. Ariel, 1982, p. 36.

² KELSEN, *Qué es justicia?*, 1982, p. 37.

³ KELSEN, *Qué es justicia?*, 1982, p. 38.

⁴ KELSEN, *Qué es justicia?*, 1982, p. 39.

⁵ KELSEN, *Qué es justicia?*, 1982, p. 42.

⁶ KELSEN, *Qué es justicia?*, 1982, p. 44.

⁷ BENJAMIN, Walter. *O anjo da história*. Trad. João Barrento. Belo Horizonte: Autentica, 2013, p. 59.

⁸ FOUCAULT, Michel. *Segurança, território, população*. Curso dado no Collège de France (1977-1978). Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 24.

- ⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra, Almedina: 2009, p. 252.
- ¹⁰ Kelsen, *Qué es justicia?*, 1982, p. 46.
- ¹¹ AQUINO, Tomás. *Vida e obra*. Trad. Alexandre Correia. São Paulo: Nova Cultural, 2004, p. 248.
- ¹² AQUINO, *Vida e obra*, 2004, p. 250.
- ¹³ AQUINO, *Vida e obra*, 2004, p. 255.
- ¹⁴ AQUINO, *Vida e obra*, 2004, p. 257.
- ¹⁵ AQUINO, *Vida e obra*, 2004, p. 261.
- ¹⁶ KANT, Immanuel. *Fundamentación para una metafísica de las costumbres*. Trad. Roberto Aramayo. Madrid: Alianza editorial, 2008, p. 54.
- ¹⁷ KANT, *Fundamentación para una metafísica de las costumbres*, 2008, p. 94.
- ¹⁸ ARISTÓTELES. *Tópicos*. Trad. Levi Condinho. Lisboa: Imprensa Nacional – Casa da Moeda, 2007, p.233.
- ¹⁹ ARISTÓTELES. *Tópicos*, 2007, p.234.
- ²⁰ ARISTÓTELES. *Retórica*. Tradução de Manuel Alexandre Júnior, Paulo Farmhouse Alberto e Abel do Nascimento Pena. Lisboa: Imprensa Nacional – Casa da Moeda, 2005, p.97.
- ²¹ PERELMAN, Chaim. *O Império Retórico*. Trad. Fernando Trindade e Rui Alexandre Grácio. Lisboa: Asa, 1993, p.22.
- ²² PERELMAN, *O Império Retórico*, 1993, p.73.
- ²³ ARISTÓTELES, *Retórica*, 2005, p.98.
- ²⁴ ARISTÓTELES, *Retórica*, 2005, p. 89.
- ²⁵ ARISTÓTELES, *Retórica*, 2005, p.96.
- ²⁶ MEDEIROS, Morton Luiz Faria de A. *A retórica e a reconstrução da “verdade” na decisão jurídica*. Revista Direito e Liberdade, Natal, v.17, n. 2, p. 125-143, maio-agosto. 2015. Quadrimestral. P .131.
- ²⁷ ARISTÓTELES, *Retórica*, 2005, p.96.
- ²⁸²⁸ ARISTÓTELES, *Retórica*, 2005, p.96.
- ²⁹ ARISTÓTELES, *Retórica*, 2005, p.97.
- ³⁰ ARISTÓTELES, *Retórica*, 2005, p.104.
- ³¹ KENNEDY, Duncan. In: Left Legalism. BROWN, Wendy; HALLEY, Janet (Org.). *La crítica de los derechos em los Critical Legal Studies*. Trad. Juan Bertomeu. NC: Duke University Press, 2002. P. 47-90. P.62.
- ³² PERELMAN, *O Império Retórico*, 1993, p.41.
- ³³ VIEHWEG, Theodor. *Tópica e Jurisprudência*. Brasília: Universidade de Brasília, 1979, p.34.
- ³⁴ PACHECO, Gustavo. *Retórica e nova retórica: a tradição grega e a toria da argumentação de Chaim Perelman*. Disponível em < <http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/25334-25336-1-PB.pdf>> Acesso em 26/10/2015.
- ³⁵ ADEODATO, João Mauricio. *Retórica analítica como metódica jurídica*. In: Revista Argumenta – UENP Jacarezinho, n° 18, p. 11-29.
- ³⁶ ADEODATO, *Retórica analítica como metódica jurídica*, n° 18, p. 11-29.
- ³⁷ ADEODATO, *Retórica analítica como metódica jurídica*, n° 18, p. 11-29.
- ³⁸ ADEODATO, João Mauricio. *Retórica como metódica para estudo do direito*. In: Revista Sequência, n° 56, p. 55-82, jun. 2008.
- ³⁹ ADEODATO, *Retórica como metódica para estudo do direito*, n° 56, p. 55-82, jun. 2008.
- ⁴⁰ ADEODATO, *Retórica analítica como metódica jurídica*, n° 18, p. 11-29.
- ⁴¹ ADEODATO, *Retórica analítica como metódica jurídica*, n° 18, p. 11-29.
- ⁴² FRANK, Jerome. *Derecho e incertidumbre*. Buenos Aires: Centro Editor da America Latina, 1968, p. 69.
- ⁴³ FRANK, Jerome. *Courts on trial: myth and reality in american justice*. Princenton: Princenton University Press, 1973, p. 86.
- ⁴⁴ FREUD, Sigmund. *A psicanálise e a determinação dos fatos nos processos jurídicos*. In: Obras completas de Sigmund Freud vol. IX. Rio de Janeiro: Imago Editora, 1976, p. 107.
- ⁴⁵ FREUD, *A psicanálise e a determinação dos fatos nos processos jurídicos*, 1976, p. 108.
- ⁴⁶ FREUD, *A psicanálise e a determinação dos fatos nos processos jurídicos*, 1976, p. 108.
- ⁴⁷ FRANK, *Derecho e incertidumbre*, 1968, p. 26.
- ⁴⁸ FRANK, *Derecho e incertidumbre*, 1968, p. 42.
- ⁴⁹ FRANK, *Derecho e incertidumbre*, 1968, p. 51.
- ⁵⁰ FRANK, *Derecho e incertidumbre*, 1968, p. 43.

-
- ⁵¹ FRANK, *Courts on trial: myth and reality in american justice*, 1973, p. 190.
- ⁵² FRANK, *Derecho e incertidumbre*, 1968, p. 64.
- ⁵³ FRANK, *Courts on trial: myth and reality in american justice*, 1973, p. 14.
- ⁵⁴ HOLMES, Oliver Wendell Jr. *The path of the law* [ebook]. Project Gutenberg. Disponível em <<http://www.gutenberg.org/files/2373/2373-h/2373-h.htm>>. 2006.
- ⁵⁵ HOLMES, *The path of the law*, 2006.
- ⁵⁶ HOLMES, *The path of the law*, 2006.
- ⁵⁷ HOLMES, *The path of the law*, 2006.
- ⁵⁸ HOLMES, *The path of the law*, 2006.
- ⁵⁹ FRANK, *Derecho e incertidumbre*, 1968, p. 9.
- ⁶⁰ FRANK, *Derecho e incertidumbre*, 1968, p. 10.
- ⁶¹ FRANK, *Derecho e incertidumbre*, 1968, p. 28.
- ⁶² FRANK, *Derecho e incertidumbre*, 1968, p. 12.
- ⁶³ FRANK, *Courts on trial: myth and reality in american justice*, 1973, p. 157.
- ⁶⁴ FRANK, *Courts on trial: myth and reality in american justice*, 1973, p. 15.