

Para um exame retórico do conhecimento jurídico: uma análise sob a perspectiva da Filosofia do direito

For a rhetoric exam of juridical knowledge: an analysis under the perspective of the philosophy of law

Marcos Gonçalves Nascimento Costa^(*)

Recebido: 09/2016

Aprovado: 02/2017

Resumo: A construção judicial dos fatos jurídicos relevantes no processo dogmático judicial é, na maioria das vezes, estudada a partir de posturas filosóficas racionalistas que resultam em perplexidades diante da variedade dos eventos. A retórica, tradicionalmente ligada à busca do convencimento, recebe uma contribuição de Ottmar Ballweg que a coloca como metódica de segundo-grau e como um instrumento de análise que possibilita identificar os constrangimentos retóricos formais das realidades discursivas. Pretendemos aplicar esta retórica analítica ao processo judicial de construção dos fatos para estudar a prova judicial.

Palavras-chave: Retórica Analítica; Fato Jurídico; Processo Dogmático.

Abstract: The judicial construction of the relevant legal facts in the judicial dogmatic process, most of the time, studied from rationalist philosophical positions result in perplexities on the variety of events. Rhetoric, traditionally linked to the pursuit of conviction, receives a contribution of Ottmar Ballweg which places it as second-degree methodical and as an analytical tool that helps identify the formal rhetorical constraints of discursive realities. We intend to apply this analytical rhetoric to the judicial process of construction of facts to study aspects of judicial proof.

Keywords: Analytical rhetoric; Juridical fact; Dogmatic process.

A Filosofia do direito entre ontologia e retórica: o mundo dos interesses e o poder de julgar

A relação do homem com o mundo é explicada de diferentes maneiras e a história da filosofia mostra-se pródiga em tais explicações. A filosofia antiga, por exemplo, inaugurou as tentativas de encontrar uma fonte de determinação da relação do homem com os chamados elementos do conhecimento: evento, ideia e expressão simbólica. A compreensão dessa relação, por um lado, tem implicação direta na prova da dogmática processual e sua proposta de reconstrução dos eventos passados no processo judicial e, por outro, na postura de pesquisa com a qual se pretende analisar o tema. Para a identificação dos problemas aí envolvidos será feita uma explanação sobre as origens das construções filosóficas tradicionais em busca de um critério para o conhecimento na razão. Isso será feito com o propósito de situar a postura retórica dentro da filosofia, em contraposição à tradição ontológica-essencialista prevalecente.

* Mestre em Direito pela UFPE; Doutorando em Direito (DINTER UFPB-UFPI); Professor Assistente na UFPI. É pesquisador vinculado ao Grupo de Pesquisa em Filosofia do direito (UFPB). Email: marcosgncosta@hotmail.com. O presente artigo tomou como base parte dos argumentos defendidos em nossa dissertação de mestrado, dela sendo mais que uma versão modificada e sim uma re-elaboração e aprofundamento das questões lá levantadas. Para o devido confronto remeto o leitor ao banco de teses e dissertações no site da Biblioteca Central da Universidade Federal de Pernambuco.

A tradição filosófica ocidental, nem sempre lembrada, tem sua origem associada à herança deixada por alguns autores pré-socráticos – período não necessariamente anterior a Sócrates e caracterizado pela preocupação com os estudos sobre a natureza, a *physis*. Ali não se percebiam preocupações com conhecimentos antropológicos, tais como as conhecemos hoje.

A relação $S \rightarrow O$ que se constitui no domínio da Antropologia Filosófica o homem é objetivado, mas conserva, enquanto objeto, sua natureza de *sujeito*, de modo que a relação se formula como $S \rightarrow O (S)$. Com efeito, a Antropologia filosófica tem em mira construir o discurso sobre o *homem-objeto* (epistemologicamente), formalmente considerado como *sujeito* (ontologicamente)¹

Esse é um dos pontos de apoio para a fundamentação da postura retórica aqui pretendida. A partir disso, considera-se que o sujeito que conhece não pode ser considerado irrelevante para a produção do conhecimento, fazendo prevalecer uma crença no método científico para a determinação da verdade, nem mesmo no processo dogmático. E, no caso do direito, o juiz, na produção da decisão, não é – pelo acima exposto - um terceiro “desinteressado”. Isso deriva do fato de que ele (ainda que nem sempre disso tenha consciência) influencia o resultado da prova, pelo menos no que diz respeito à organização dogmática do direito, que mostra tal influência por meio do “princípio da livre apreciação da prova”, conforme previsto no Processo Civil^{2, 3}.

Esse princípio delega ao julgador liberdade na apreciação da prova, limitada pela apresentação dos motivos que lhe formaram o convencimento, de acordo com os fatos e circunstâncias constantes dos autos e indicando os critérios racionais. Assim, o contexto de apresentação da decisão, sua fundamentação, parece surgir como critério de justificação, o que parece afastar as influências de fatores pessoais sobre o resultado da prova. Os elementos verificáveis, em sede de recurso especial, por exemplo, restam limitados aos motivos da decisão.

Apresentados os **motivos** de seu **convencimento**, pode o juiz apreciar livremente a prova, considerando os elementos existentes nos autos, sem estar adstrito apenas à prova pericial, sobretudo quando não foi esta desprezada⁴.

O problema do conhecimento e da convicção, no direito como em qualquer campo, tem suas bases assentadas na filosofia. Nesta, e desde as suas origens, o centro dos estudos sobre a natureza pode ser representado pela disputa entre as correntes defendidas por Heráclito e Parmênides. O primeiro instituiu o caminho para a aceitação da mudança, considerada parte essencial da natureza⁵; fundou sua filosofia, conforme apontou-nos Hegel⁶, conforme aquele critério pelo qual no mundo o que confere a tudo qualidade central se

expressaria na afirmação de que sua essência é a mudança, isto é, o movimento.

Para enfrentar, a seu tempo, o problema do conhecimento de eventos, Heráclito estabeleceu a mudança como regra e não a imutabilidade.

Note-se que a filosofia de Heráclito sobre a mutação dos eventos pode ser identificada com as correntes empiristas e, quanto ao processo, com a prevalência de certa resignação quanto à probabilidade no conhecimento dos fatos, tal como em Calamandrei diante da impossibilidade da verdade real no processo.

Todo el sistema probatorio civil esta preordenado, no solo a consentir, sino directamente a imponer al juez que se contente, al juzgar acerca de los hechos, con el subrogado de la verdad que es la verosimilitud⁷

Naquela afirmação de Hegel identifica-se o dado ontológico que extrapola os limites admitidos para este trabalho. A filosofia de Heráclito não pode, portanto, ficar associada à postura retórica defendida para o estudo da prova, porque essa mudança parece levar apenas à perplexidade ou a tentativas matemáticas de cálculos de probabilidade em torno da verossimilhança. Além do mais, considerando apenas o evento, pode afastar, inclusive, a possibilidade explicativa e compreensiva, tarefa proposta para essa pesquisa. Por fim, deixa de enfrentar os problemas decorrentes dos outros elementos do conhecimento – a linguagem e a ideia. O afastamento da ideia e da linguagem não pode ser aceito como proposta adequada do estudo da prova no processo civil dogmático visto que esses elementos do conhecimento se encontram relacionados.

Contrário a postura filosófica de Heráclito, Parmênides fundamentou sua filosofia na dicotomia essência e aparência e ele parece ser o responsável pela tradição filosófica da crença no pensamento verdadeiro, segundo se observa do fragmento: “necessário é o dizer e **pensar** que (o) ente é; pois é ser...”⁸. Ele nos legou apenas fragmentos do referido poema e, por meio deles, parece ter contribuído para que a aparência fosse colocada em segundo plano e para que a crença no **pensamento**, razão, fosse posta como ponto de partida imutável.

Assim, a crença no pensamento daquilo que é tem influências importantes nos estudos da prova, basta pensar nas preocupações com a determinação de métodos científicos, estabelecidos com antecedência, para a determinação do fato. As regras científicas de pesquisa se tornaram permanentes, o centro não pode ser a empiria diante da sua mutação constante. Seguindo a ênfase dada ao permanente, Parmênides aceitou que uma qualidade, a do “ser”, seria a negação da outra, a da aparência. Sua filosofia é, assim, caracterizada pela contraposição do que é ao que não é.

[...] frio em oposição ao quente, o denso em oposição ao sutil, o feminino em oposição ao masculino, o passivo em oposição ao ativo, cada um apenas como negação do

outro; de tal maneira que, segundo sua visão, nosso mundo empírico cindia-se em duas esferas separadas: naquela das qualidades positivas – com um caráter luminoso, ígneo, quente, delgado, ativo, masculino – e naquela das qualidades negativas. As últimas exprimem propriamente apenas a falta, a ausência das outras, das positivas⁹.

Por isso, quanto à filosofia de Parmênides, ela pode ser entendida como a busca da **certeza** na razão; faz, desse modo, com que a empiria seja desconsiderada diante de seu aspecto multifacetado. Parmênides tentou afastar o homem da preocupação com aquilo que não é “ser”, das considerações do que não é essencial. Assim, essa postura de Parmênides propõe o pensamento como referência que determine um critério para a relação do homem com o mundo, um referencial no permanente.

A origem da tradição ocidental parece estar contida nessa busca da certeza, pelo **critério racional**, na busca por aquilo que é com a pretensão de fundamentar o conhecimento na verdade. Aqui se vê a admiração pela capacidade de abstração. Essa atenção dada às abstrações pode ser percebida nas construções teóricas sobre o direito, quando considerado apenas um conjunto de normas previamente estabelecidas. Isso pode ser compreendido, ainda, pela prevalência do método científico capaz de garantir a relação do homem com o mundo, para o tema estudado, tal perspectiva de Parmênides mostra-se como busca de se determinar um método para se encontrar a verdade dos fatos no processo.

Mas as defesas de critério encontrados na razão são apenas iniciadas por essas filosofias antigas. Essa filosofia em busca da verdade na razão recebe várias contribuições, daí se produziram filosofias mais elaboradas. Platão foi o primeiro a utilizar a palavra **filosofia** em seus três principais sentidos: lógica, física e ética¹⁰, os quais, no direito, têm os desdobramentos em gnosiologia, ontologia e axiologia. A tais desdobramentos este trabalho pretende referir-se, pois a identificação da postura gnosiológica frente à realidade jurídica é indispensável para a compreensão do tema, a qual exige, ainda, para a decisão do caso concreto, uma opção ética que não pode ser desconsiderada pelos estudos da prova.

Um dos comentadores¹¹ no âmbito da filosofia do direito, ao examinar a função social da dogmática jurídica, lembra que Platão, diante da morte de Sócrates, desconsiderou a possibilidade de a persuasão guiar os homens; em seu lugar, colocou a verdade com seu **poder de coerção**, sem violência. E essa verdade, como já foi dito, deveria ser buscada no mundo das ideias. E isso não se limita nem a Platão e tampouco a ideia de busca da verdade visto que a aparência também é considerada um problema a ser superado nas obras filosóficas: em Aristóteles, um dos momentos em que essa discussão se faz perceptível é apontado por Porchat Pereira¹² quando, na interpretação que faz

da dialética de Aristóteles, ele defende que as premissas fundamentais da ciência, de onde se extrai o **silogismo demonstrativo**, necessário, devem ser buscadas, seguindo o raciocínio epagógico por meio da indução. Isso porque os princípios não são demonstráveis cientificamente, mesmo que **não se trate de indução realizada diretamente**.

Ora, para solucionar o problema das premissas primeiras, Aristóteles¹³ recorre à opinião, propõe o critério da aceitação da opinião de todos, se não de todos, da maioria, se não na maioria, todos os sábios, caso não seja possível, para a maioria dos sábios ou para os mais conhecidos.

Contrária às preocupações de Parmênides, a retórica afasta-se da verdade como meio de guiar os homens em suas ações; a argumentação é o único meio aceito para se produzirem decisões e aqui é o âmbito da *doxa* por excelência. A impossibilidade da verdade na relação entre os homens decorre, portanto, da ausência de um critério, posto com antecedência, para guiá-los. No caso do direito dogmático que se examina aqui, esse problema fica evidenciado quando da observação do critério de justiça e as implicações da ética em sociedades complexas, com a prevalência do critério de justiça em cada um dos componentes da sociedade.

Os adversários da retórica desenvolvem suas críticas, sobretudo, por entenderem ausente um **método rigoroso** e por não poder determinar a verdade das suas proposições. Diante da impossibilidade de apresentar um critério de separação do bom, do justo, do belo, a retórica, especialmente a sofística, foi compreendida como imoral, por ser capaz de tratar o verdadeiro e o falso como indiferentes.

Quanto à imoralidade da sofística, a crítica tornou-se procedente se se observar a moralidade como o estabelecimento de padrões de julgamento previamente fixados; tal como se fez pensar na escola da Exegese: ao juiz caberia apenas o papel de subsumir o caso concreto à lei, impossibilitando qualquer atividade interpretativa por parte do aplicador.

Tais formas de identificação do permanente, como ponto de referência para o conhecimento, foram apresentadas com o propósito de esclarecer o fundamento da postura retórica de investigação que se pretende desenvolver sobre a prova. Caso não se reconheça, com base nas teorias da linguagem ou do discurso, a importância dessa apresentação, adianta-se que tal elemento do conhecimento, ainda não observado, será tratado mais adiante, não antes sem lembrar que outro comentador, Perelman, apresenta a técnica da dissociação de termos, como o par aparência/realidade, para as dificuldades de compatibilizar as aparências. Por tal separação ele aponta que as aparências podem opor-se, a realidade não, esta é coerente. Daí porque a necessidade de se diferenciar as aparências enganosas das que correspondem ao real.

Apenas quando as aparências, por serem incompatíveis, não podem ser aceitas toda ao mesmo tempo, é que se opera, graças à distinção entre as aparências que são enganosas e as que não o são, uma dissociação que dá origem ao par “aparência-realidade”¹⁴.

Tal dissociação entre termos, ainda segundo esse autor, aparece no termo I, no caso, na aparência, visando eliminar incompatibilidades que podem surgir. O termo II, a realidade, fornece o critério, uma norma que possibilita a distinção entre o que é válido do que não é entre os aspectos aparentes. Aqueles que não são compatíveis são qualificados de ilusórios, aparentes, errôneos, no sentido desqualificador do termo, aqueles que não são conforme a essa regra fornecida pelo real. Para a prova no processo essa técnica da dissociação aparece na distinção entre “questão de fato” e “questão de direito”, por isso no processo a discussão sobre a norma aplicável ao caso irá decidir, diante das diferentes versões dos fatos apresentadas pelas partes, o que é aparente do que é real, como se examinará a partir de agora, ao exame dos problemas da identificação dos fatos no direito e o não-uso da evidência pelo processo civil dogmático, o que é objeto da segunda secção do presente artigo.

Identificação do fato, não utilização da evidência pelo processo civil dogmático e a valorização da doxa pela retórica

O aspecto filosófico que orienta a pesquisa aqui defendida está intimamente ligado às críticas do ceticismo contra o estabelecimento de um critério de verdade na razão. Tais críticas são direcionadas, em especial, a dois pontos: à postura daquele que estuda o direito, que é posto como realidade a ser estudada; e à crítica da verdade no conhecimento do fato produzido no processo dogmático.

Na retórica processual grega, porém, via-se o fato como algo não-físico, mas como argumento (*argumentatio*). As partes faziam ver o pró e o contra, servindo-se dos *topoi* e a contraposição era um elemento de reconstrução do fato. Esta contraposição das partes no processo, pode ser considerada uma técnica dialética de aceitação de cada ponto definido para a construção dos fatos juridicamente relevantes. Implicava, assim, a crença na razão humana em situação para selecionar a melhor probabilidade. A filosofia grega parece não ter prevalecido no processo grego antigo, mas suas implicações estão presentes na história do direito de várias formas. Por exemplo, vê-se isso na resposta ao problema da legitimidade da ordem jurídica positivada em um direito natural com caráter extrínseco, no conteúdo ético, no limite ao exercício de poder, na

imutabilidade e universalidade, seja no *jusnaturalismoteológico* ou *jusnaturalismo antropológico*¹⁵.

Na prática, tais concepções jusnaturalistas do direito fazem surgir critérios, exclusivamente, formais de prova. A prova técnica, formal, ganha destaque em busca da certeza. A necessidade de justificação das decisões traz a crença na interferência externa nas disputas humanas, como no caso das ordálias, como tentativa de formalizar e alcançar a certeza. A razão, motivada por instância externa, foi suficiente para desenvolver artifícios procedimentais que garantiriam o resultado da prova, a certeza para o julgamento. O julgamento, assim, realizado afasta a necessidade de o homem ser responsável pela decisão, pois o procedimento cobra a intervenção divina nos julgamentos.

A interferência de um deus disponível a quem invoque sua presença e que não admita a injustiça ou a prevalência da mentira, é a responsável pela decisão. Os homens estariam, portanto, aliviados da pressão do julgamento diante da ideia de que o juiz não pode desconhecer a conclusão favorável ou desfavorável para o acusado, o sentido do caso era determinado apenas pela forma. Ainda, em relação às tentativas de se utilizarem as regras formais de prova, como no caso das ordálias, as dificuldades não se encerravam na realização da forma estabelecida. Diante da ausência da evidência, em alguns casos o juiz se via forçado a determinar, por exemplo, se determinada queimadura teria sido suficiente para identificar a culpa do acusado.

Diante dessa dificuldade, como foi dito, a preocupação com os temas filosóficos não pretende a apresentação de uma construção inovadora, mas a defesa de postura já há muito conhecida, a do pirronismo, espécie do gênero ceticismo. Trata-se, assim, de seguir, por um lado, com a apresentação dos fundamentos da pesquisa e, por outro, com a observação das limitações ao conhecimento do fato no processo. Tudo isso - conforme já se disse - em oposição à defesa de procedimento racional capaz de transpor eventos passados ao processo por meio da prova, com a utilização do critério de verdade.

Ora, desde a antiguidade clássica, como foi dito anteriormente, existe oposição à possibilidade de a retórica ser aceita como base para o conhecimento, visto que trata da *dóxa*, opinião, e não da verdade, *alethéia*, tão cara à tradição ocidental. A tese de que os sofistas não seguiam a busca da verdade em seus métodos é explicada pelo fato de que eles se preocupavam com o poder. Além disso, a retórica herda a desconfiança votada aos sofistas por ser identificada com esse propósito sofisticado, mas a retórica analítica não se presta a esse propósito, tal como se pretende apresentar.

A demonstração científica, por seu turno, baseada em procedimento formal, desacredita no contingente como material de trabalho da ciência. E a atividade jurídica dogmática de produção judicial dos fatos procura se identificar

com a ciência. A ciência deve ver-se com o conhecimento daquilo que é necessário, não com o acidente, como quer tratar a retórica.

A retórica, ao contrário, não cede tamanho espaço à verdade, aceita a *dóxa* como material de trabalho. Tal postura pode decorrer, como proposto aqui, de um ceticismo gnosiológico. E a atividade processual pode ser aceita como a atividade exercida que tem por fundamento a opinião, não uma *episteme*, como particular da gnoseologia. Isso se pode perceber, por exemplo, na necessidade de que o fato seja controverso para a prova ser produzida, como fica expresso no artigo art. 285, do Código de Processo Civil¹⁶, segundo o qual “(...) do mandado constará que, não sendo contestada a ação, **se presumirão aceitos pelo réu, como verdadeiros**, os fatos articulados pelo autor”.

Em outras palavras, o estabelecimento dos fatos no processo decorre de um procedimento regulado por regras que estabelecem as condições para a aceitação dos fatos, não como um procedimento epistemológico de busca da verdade. Diante de alegações aceitas ou não impugnadas, o juiz deverá julgar como provados, mesmo que não esteja convencido, essa é a compreensão da processualística para as normas que disciplinam o procedimento de prova. Isso está previsto, ainda, no próprio Código de Processo Civil¹⁷, no artigo 334, III, que afirma não dependerem de prova os fatos “admitidos, no processo, como incontroversos”.

Assim, mais uma vez, pode ser percebido o objeto deste artigo: os condicionamentos retóricos de construção do caso jurídico no processo. As decisões produzidas com base na *doxa*, opinião, permitem, desse modo, a de identificação dos fatos no processo sem a necessidade de aceitação de um racionalismo epistemológico para a atividade de decisão no processo, isso também será observado em seguida.

Assim, a aceitação do critério de verdade não é a maneira efetiva e única de serem justificadas as decisões judiciais, principalmente, ante a impossibilidade de um critério evidente no modelo de direito dogmático. Tais limitações – um critério único de justificação das decisões – estão presentes nas sociedades complexas. Nessas sociedades, não se reconhece o critério científico sem a busca da concordância dos demais participantes do discurso, não se reconhece a existência de valores válidos em si mesmos.

Voltando à organização dogmática do direito, observa-se que a filosofia do direito, frente à teoria do direito e ao pensamento dogmático, tem um duplo papel, pois uma teoria pressupõe necessariamente ideias jurídico-filosóficas. Por isso, da filosofia do direito se produz uma teoria do direito que, como teoria fundamental, possibilita uma dogmática jurídica¹⁸. Assim, segundo tal posicionamento, a prova dogmática necessariamente se liga a uma filosofia e a uma teoria do direito que influenciam o procedimento de identificação dos fatos

por meio do processo, de acordo com o referido acima para as formas de resposta possibilitadas ao réu, o qual – pelos ditames jurídicos – deve produzir toda a sua história no prazo de 15 (quinze) dias, de acordo com o artigo 297, do Código de Processo Civil: mais uma indicação de que a organização do direito dogmático impõe condições específicas para a identificação do fato, não aceita apenas a verdade como condição de aceitação das premissas de fato. O réu não pode deixar de comparecer ao processo alegando apenas a ausência no momento de provas para a sua defesa, sob quaisquer condições ele precisa apresentar sua defesa para que possa influenciar o resultado do processo, sob pena de revelia.

E, como foi referido anteriormente, a retórica não busca a verdade. Ao contrário disso, diante de sua aceitação do homem como ser carente que tem relações atrasadas com o mundo, a retórica é percebida como arte da aparência que disciplina tal condição. Assim, na condição ser carente, o homem não utiliza a retórica apenas como luxo, como ornamento, mas como relação com o mundo. Para explicar a aceitação da postura retórica vários são os modos possíveis, principalmente observando as correntes de pensamento como os relativistas, nominalistas, niilistas etc, mas também a condição antropológica do homem pode ser uma justificação para a postura retórica, portanto, será observada por essas duas concepções.

O modo de pensamento apontado por Viehweg¹⁹, desprestigiado pelo pensamento científico da modernidade, leva à crítica do já chamado idealismo gnosiológico, o método científico como regras instrumentais para o alcance de resultados. Ainda segundo Viehweg, o predomínio do pensamento sistemático decorre, especialmente, da mudança da perspectiva do tratamento de modelo pedagógico para modelo hierárquico, axiomático. Para o método científico, existe a necessidade do estabelecimento da evidência (princípio que fundamenta as cadeias lógicas) como ponto de partida, a fim de se realizar a operação lógico-sistemática.

A retórica, por sua vez, não busca essa evidência. A postura retórica decorre daquela percepção do homem como ser carente e também, mas não necessariamente, pode decorrer de ceticismo gnosiológico, ou seja, pode resultar da negação daquele critério de verdade para o conhecimento humano. Esse será o caminho utilizado para justificar a postura de análise da retórica da prova no processo civil dogmático.

O caminho indicado é importante para a compreensão dos fundamentos deste artigo, sobretudo porque a processualística chega a impor a verdade real como o propósito da prova. E as críticas à verdade no conhecimento não podem ser afastadas para a prova no processo dogmático, mesmo com a modificação de que, no processo, se provam afirmações, alegações, não fatos, pois, como

se verá, elas não podem superar os limites identificados na crítica do ceticismo à verdade, principalmente, ao se compreender a linguagem como dado da realidade.

Por isso, frente à organização dogmática do direito, em que se estabelece a proibição do *non liquet*, parecem mais apropriados outros fundamentos, não o estabelecimento da verdade como base central da decisão. A verdade é afastada, portanto, frente à impossibilidade de evidência para o conhecimento humano, conforme defendido pela postura retórica. Por isso, a retórica pode ser identificada como a arte que tem a função de embelezar a comunicação da verdade ou como uma arte de aparências que faz com que seja regulada a ação do homem, um ser carente, incapaz de alcançar a verdade.

De outra parte, num setor marginal da filosofia ocidental, desde a Grécia antiga, vários não cederam à sedução exercida pela verdade e à defesa de sua presença cogente nas relações humanas. Nessa classe de filósofos, incluem-se os sofistas e os céticos e, como espécie do ceticismo, destaca-se o pirronismo²⁰.

Como dito anteriormente, a postura retórica pode decorrer de ceticismo gnosiológico, por isso, para a identificação da postura retórica, será apresentado o que se denomina de abismos que toda ciência empírica precisa enfrentar. No direito, os elementos são o fato juridicamente relevante, as normas ideais e a expressão simbólica desses fatos e normas. Em relação à prova, esses abismos não podem ser desconsiderados, porque a atividade probatória é uma das formas de interação daqueles três elementos.

Para a apresentação dos referidos abismos, segue-se a indicação de Adeodato²¹ sobre as incompatibilidades recíprocas entre a) evento real; b) a ideia (ou conceito, pensamento e c) expressão linguística (ou “simbólica”). O abismo axiológico se refere ao problema da valoração presente no estabelecimento de normas jurídicas, seja no caso concreto, seja no estabelecimento da lei. Considera-se que as normas não admitem a evidência como seu fundamento. Para a discussão em torno do aborto, por exemplo, falta evidência capaz de se impor para se determinar a manutenção da proibição, com as exceções legais, ou a modificação, ao menos, para a ampliação das condições estabelecidas. Esse exemplo serve para apontar a impossibilidade do recurso à evidência, pelo menos em assuntos não consensuais como no caso citado.

Quanto ao abismo gnosiológico, por outro lado, considera-se, de início, o evento, o fato juridicamente relevante; a dogmática processual apresenta a prova como instrumento capaz de reconstruir o fato juridicamente relevante com base na verdade. Mas essa proposta tem que se enfrentar com o evento como acontecimento externo, aceito como independente do sujeito cognoscente e que traz consigo as características de ser individual único e irrepetível.

Tais características apontam para a incapacidade de sua completa adaptação ao aparato gnosiológico do homem, que só consegue proceder por generalizações, selecionando algumas características em detrimento de outras. O individual se torna, de certa maneira, irracional em dois sentidos: por um lado, porque o individual não se repete, portanto, qualitativamente ilimitado; por outro, também é quantitativamente ilimitado, pois todo objeto individual pode ser mais e mais decomposto em elementos menos complexos²². Diante disso, o recurso à evidência afasta-se como critério de prova no processo.

Tendo considerado essas impossibilidades ligadas ao evento, elas podem ser identificáveis nos outros dois níveis referidos: o da ideia e o da expressão linguística. A ideia, mesmo generalizante, se torna para quem a experimenta “individual, única e irrepitível”. Os filósofos de vertente racionalista enfatizam esse elemento generalizante do conhecimento, tal como na origem acima citada, em Parmênides, mas as ideias são também únicas em relação ao sujeito que as produz. Quanto à expressão linguística, também se manifesta por generalização (a ideia não pode ser transferida completamente à linguagem), e atua, selecionando algumas características e abandonando outras. O sujeito que a observa também se enfrenta com os mesmos problemas. Após a manifestação, ela, do mesmo modo, se transforma em algo individual, único e irrepitível. Essas qualidades aqui admitidas são, em boa parte, também responsáveis por reações como “incoerência do legislador”, “obscuridade dos textos normativos”, “imprecisão terminológica”, ante o texto da lei. Quanto a esse problema, chama-se a atenção para o que Nietzsche denomina de palavra, a expressão simbólica:

O que é uma palavra? A figuração de um estímulo nervoso em sons. Mas concluir do estímulo nervoso uma causa fora de nós já é o resultado de uma aplicação falsa e ilegítima do princípio da razão. Como poderíamos nós, se somente a verdade fosse decisiva na gênese da linguagem, se somente o ponto de vista da certeza fosse decisivo nas designações, como poderíamos dizer: a pedra é dura: como se para nós esse ‘dura’ fosse conhecido ainda de outro modo, e não somente com uma estimulação inteiramente subjetiva! (...) Um estímulo nervoso, primeiramente transposto em uma imagem! Primeira metáfora. A imagem, por sua vez, modelada em um som! Segunda metáfora. É a cada vez completa a mudança de esfera, passagem para uma esfera inteiramente outra e nova²³.

No que se refere ao problema aqui proposto, a retórica da prova, esses elementos do conhecimento são enfatizados de diferentes modos. Calamandrei enfatizou o conhecimento do evento, do fato juridicamente relevante, como propósito da prova, daí, parece, ter ele concluído pela impossibilidade de que a prova no direito pudesse ultrapassar os limites da probabilidade. Carnelutti parece enfatizar apenas a norma, a delimitação normativa da atividade probatória, e enxergue, assim, a prova no processo como procedimento formal de fixação do fato.

Portanto, a ideia de que todo fato pode ser descrito objetivamente de modo apropriado não parece adequada à determinação *a priori* das condições formais. Algumas vezes, por exemplo, é suficiente estabelecer que o veículo seja um automóvel, em outras é necessário fazer a análise química do objeto. Daí, mais uma vez, pode ser identificado o caráter retórico da prova no processo dogmático, diante da inexistência do critério de estabelecimento da verdade. O respeito aos referidos abismos parece, assim, adequado às características admitidas no processo civil para o acerto dos fatos, como procedimento não voltado para o estabelecimento da verdade, mas como procedimento de construção do fato.

Considerando isso, não apenas a atividade probatória está submetida a tais limites cognoscitivos, mas também a própria postura do pesquisador do direito e a produção de conhecimento sobre a realidade jurídica. Tudo isso também tem a ver com os três elementos do conhecimento: fato juridicamente relevante; norma jurídica e a expressão linguística, pois a teoria do direito deve estudar as influências recíprocas entre os referidos elementos, como toda ciência empírica tem que construir pontes sobre os abismos entre eles.

O ceticismo pode ser caracterizado, assim, pela negação da verdade como critério de orientação para a ação humana, principalmente, ao se considerarem as qualidades do real: individual, único e irrepetível. Diante disso, o objetivo do pirronismo, corrente relevante para a postura retórica aqui admitida, é conduzir o sujeito a suspender juízos definitivos²⁴. Tais referências a esta espécie do ceticismo, porém, não podem ser pensadas como um estudo específico, mas como uma justificação da postura retórica de investigação do direito e dos fatos no processo.

Do pirronismo, apresenta-se somente um dos *topoi* que justifica a abstenção de juízos definitivos. Será referida apenas a refutação à ideia de causalidade, tão cara ao pensamento científico. Essa apresentação tem como objetivo afastar a utilização dessa causalidade científica como fundamento do procedimento de identificação dos fatos.

Considere-se, porém, que a causalidade entre fenômenos empíricos – que aparecem comumente associados – aceita pelo **senso comum**, também é reconhecida pelo pirronismo: fogo e calor, os denominados signos evocativos. Mas essa causalidade não é suficiente para especificação dos fatos juridicamente relevantes, sobretudo, em razão da necessária valoração presente na concretização da realidade jurídica.

Com a citação desse *tropo* do ceticismo, quer-se apenas uma referência crítica ao modo da individualização e da reciprocidade entre causa e efeito defendida pelos dogmáticos. Apresenta-se uma crítica à capacidade de **isolar** um **efeito específico** e **uma causa igualmente específica**, mesmo

diante da não-demonstração da relação aí estabelecida, procedendo com a escolha arbitrária de um fenômeno em detrimento de todos os outros e associando uma causa tal a um efeito específico e determinado por ela. Essa afirmação deve ser compreendida junto com a antropologia filosófica, referida na primeira parte deste artigo, que apresenta a necessidade de observar o próprio sujeito que conhece; não se pode, assim, isolar sequências causais, tendo por critério a verdade do fato, tal como proposto pela dogmática processual, desconsiderando os aspectos da situação pragmática em que se encontram os sujeitos do processo.

A causalidade no processo parece estar submetida apenas às conexões causais aceitas pelo senso comum e também aceitas pelo ceticismo. Exemplo disso é a causalidade na determinação de quem suportará as despesas processuais e os honorários, identificável por meio do artigo 20, do Código de Processo Civil²⁵. Após a determinação da parte que sucumbe como uma decorrência lógica determina-se o responsável pelas despesas processuais.

Assim, a causalidade relacionada à prova na dogmática processual torna-se cientificamente problemática, sobretudo, considerando-se os abismos referidos. Mas isso precisa, ainda, ser confrontado com os níveis da retórica. Por outro lado, a referência a esses tropos do ceticismo decorre da oposição às etiologias racionalistas para o procedimento de prova, trata-se uma forma de aproximação crítica à postura dogmática que predomina nos estudos da prova com propostas de metodologias racionais para a valoração da prova. Por isso mais uma vez ressalva-se que um estudo específico sobre as críticas célicas à causalidade precisaria enfrentar os oito modos de Enesidemo²⁶, o que não é necessário para o propósito de justificar a aceitação das causalidades da vida cotidiana, contra a qual a postura retórica não opõe críticas, mas as aceita, o que se passa a examinar, em seguida, quando este artigo se propõe, já em sede de aproximação das conclusões, a olhar a retórica por suas três dimensões e como instrumento de procedimento de provas numa tentativa de compreender o âmbito processual.

As três dimensões da retórica e os instrumentos do procedimento de prova no processo civil dogmático

As abordagens sobre a retórica geralmente recorrem a explicações históricas sobre o seu surgimento como tendo ocorrido no século V a.C., na Sicília. Tal início era associado à disputa política e social ocorrida após a queda do tirano Trasíbulo, quando aconteceu o crescimento da litigiosidade e da reivindicação da propriedade confiscada e com a volta dos tribunais regulares.

Córax e Tísias são reconhecidos como os primeiros autores sobre retórica, inclusive com o primeiro sendo mais conhecido pelo nome que dá a um dos tipos de argumentos retóricos. Ambos destacam uma retórica prática, inclusive surgida para suprir a falta de técnicos, advogados aptos a desempenhar a função frente àqueles tribunais da época, então recém-retornados a vida na *polis*. As construções conscientes sobre retórica, assim, apareceram na Grécia antiga com o advento da democratização e por exigência prática. É reconhecida como a arte da persuasão e se serve do verossímil como instrumento. Daí o fato de que, na Grécia, a retórica encontrou acolhimento.

Porém, ver a retórica como arte de suportar e se contrapor às mais diversas opiniões dentro de ambiente democrático não implica numa concepção de retórica admitida como meta-linguagem de segundo nível. Para compreender a retórica analítica, deve-se recorrer a outras explicações, além dos argumentos históricos. Mais uma vez faz-se uso da concepção antropológica do ser carente.

Passa-se assim a uma reiteração que percorreu – ora explícita ora implicitamente – o presente artigo, qual seja indicar um conceito retórico da própria retórica que aqui se utilizou. Tal identificação, porém, não foi fácil de ser estabelecida e os motivos podem ser percebidos – não só aqui – mas em toda a anti-retórica clássica. Mesmo assim, tentando uma aproximação do conceito de retórica analítica, pretende-se apresentar apenas uma concepção que possa ser utilizada adequadamente ao propósito dos juristas *ex officio*, sem a pretensão de validade para toda e qualquer situação.

A retórica, de acordo com a visão consolidada, é considerada a capacidade de conduzir o ouvinte a determinada opinião sem necessidade de prova científica. A arte de falar bem – o que também é aceito como uma compreensão correta sobre a retórica –, trata-se, portanto, de: a) um procedimento linguístico que pode ser metodicamente caracterizado; b) com o propósito de formar uma convicção; c) pela falta de verdade em seu método.

Considerando o processo judicial **como um procedimento comunicativo**²⁷ em que são reguladas as formas de participação das partes, pode-se, de acordo com a situação pragmática, observar direitos de afirmação, fundamentação, defesa e explicação para os participantes. Diante de tal configuração, mostra-se a adequação da retórica analítica ao estudo da prova no processo civil dogmático, pois, esses deveres de fundamentação para a retórica são mais ou menos óbvios. Os tribunais observam tal tarefa, pelo menos fragmentariamente, na teoria do ônus da prova, ao impor graves sanções para o não cumprimento do dever de demonstração.

Quanto às obrigações das partes, as referências já foram feitas no decorrer deste trabalho, mas, pode-se lembrar que quando o réu manifesta-se pela primeira vez no processo dentro do prazo da defesa, tem a oportunidade de

alegar toda a matéria de defesa por meio da contestação ou, ainda, oferecer reconvenção e exceções. Como especificação desse ônus do réu, pode-se lembrar, também, a obrigação de que o fato se torne controvertido para se tornar passível de prova, ou seja, os fatos incontroversos, afirmados pelo autor e não contestados pelo réu, são considerados verdadeiros, conforme o artigo 302, do Código de Processo Civil²⁸. Além disso, ao réu também é imposta a necessidade de impugnar precisamente sobre os fatos narrados na petição inicial. A dogmática processual refere-se ao ônus da impugnação específica; por isso, mesmo não reconhecendo a necessidade de uma alegação, a parte deve produzi-la sob o risco de perder a oportunidade de intervir na decisão em decorrência da preclusão. Sobre isso, o Superior Tribunal de Justiça²⁹ já decidiu que:

É dever das partes alegar, no momento próprio, toda a matéria de ataque e defesa, diante da utilidade que esse proceder irá produzir para o deslinde da controvérsia, sob pena de, deixando para outra oportunidade, ocorrer a preclusão.

Dessa maneira, tais regras não podem ser reconhecidas como meio de demonstração da verdade, mas com a estruturação retórica do fato no processo civil. A observação a essas regras e ônus, porém, não faz exaurirem as explicações necessárias para a compreensão da retórica analítica, que deve ser entendida de forma diferente da tradicional compreensão da retórica como produção da persuasão sem o uso da prova científica, ou a verdade, ou como a arte de falar bem.

Por isso, adequada com o fim de consolidar uma compreensão pragmática dos instrumentos retóricos, a divisão proposta por Ballweg, ao tratar a retórica por três níveis³⁰: a **retórica analítica (1)**, que se diferencia da **retórica prática (2)** e da **material (3)** pelos constrangimentos a que está submetida, ou seja, a primeira delas, a analítica, limitando-se a enunciados formais e admite seus resultados como parciais, pois o axioma de toda retórica é o princípio da razão insuficiente. É o correlato da antropologia de um ser que falta algo essencial.

Para as conclusões aqui propostas, considera-se que, em nível material, a retórica se constitui, por meio da condensação da linguagem comum, em direção de sistemas linguísticos, como nas linguagens de controle do direito, do poder etc. A principal característica desse nível retórico é a capacidade de condensação da linguagem. Tal condensação permite que a **imanência** dos sinais linguísticos **transcenda** por meio da confiança na linguagem, possibilitando, dessa maneira, uma esfera de referência exterior à própria linguagem: “quando *drákôn* quer dizer serpente, quer dizer literalmente, ‘aquele que tem o olhar brilhante’, ou então quando *serpens* designa a serpente como

aquilo que rasteja. Uma percepção parcial surge no lugar da visão plena e inteira”³¹.

A retórica material pode ser observada, por outro lado, nas construções da dogmática ou mesmo nos âmbitos menos especializados da sociedade. Ela aparece simultaneamente com a própria linguagem. Como informa Adeodato, a retórica material:

É a maneira pela qual os seres humanos efetivamente se comunicam, suas **artes e técnicas** sobre como conduzir-se diante dos demais, **tecendo o próprio ambiente** em que acontece a comunicação. A retórica material é “natural” no sentido de que se dá imediatamente, antes de qualquer reflexão, ela faz parte da própria condição antropológica, é o “dado ôntico” da sociabilidade humana, no sentido de uma comunicação “real”³².

Nos âmbitos mais especializados, como a dogmática jurídica, a retórica material está presente em todas as construções transcendentais da linguagem – perspectiva que reconhece prioridade à semântica e à sintaxe, construindo uma realidade jurídica *sui generis* –, por exemplo, a **ação** na dogmática processual como um vocabulário filtrado da linguagem comum do qual temos que utilizar.

Assim, com a confiança na linguagem, adquire-se capacidade de se referir às “coisas”. Em resumo, a retórica material são os métodos empregados **para** as ações humanas, para comunicar-se, para interagir. A retórica material ocorre de maneira irrefletida. É ela que possibilita aos seres humanos, abandonados pela evidência, substituírem quer a ausência de regulação natural ou instintiva ou biológica, quer aquelas outras - sociais - que tomaram caminho problemático, por instituições.

A linguagem, que aflora da retórica, não visa a comunicar a verdade, mas produzir acordos temporários que, para tornar possível a ação, devem encarregar-se do trabalho de regulação, em vez de fazê-los com fundamentos substanciais. É, portanto, por meio de tais métodos que o homem, de acordo com a antropologia do ser carente, se relaciona e constrói as realidades em que vivemos.

Assim, e por isso, a dogmática processual difere da perspectiva retórica nessa observação da retórica material. A processualística não reconhece a retórica material, mas, partindo da concepção do homem como ser capaz de alcançar a verdade, considerada a linguagem como mero instrumento. Isso se percebe na aceitação de que as necessidades humanas são satisfeitas com a combinação com um “ente complementar”.

Veja-se, como exemplo final, a concepção de **bem**, a partir da qual se estrutura a denominada propedêutica processual, como “um **ente** capaz de satisfazer a uma necessidade do homem”³³. Para a perspectiva retórica empreendida os “entes”, mesmo os valorativos, ou os “fatos”, permanecem

inseridos na linguagem, só podem ser compreendidos como **consensos momentâneos transmitidos por relatos**. Aí está resumida a contraposição entre as filosofias retóricas e as ontologias da verdade, as duas consideradas vertentes de um ramo comum, o mito.

Em um segundo nível, as retóricas práticas dirigem-se à criação de regras que **ensinem o emprego transcendente** dos meios retóricos imanentes à linguagem, por exemplo, as construções doutrinárias sobre a natureza jurídica da ação como direito subjetivo³⁴. Para Ballweg, as construções teóricas, doutrinárias, não passam do nível prático. Em tais retóricas, o homem, ao pretender determinar um critério de verdade, não ultrapassa a tentativa de garantir segurança no trato com a retórica material. Esta retórica tem por fim influir na ação do outro.

Desse modo ocorre a aproximação entre retórica e sofística, tal como visto anteriormente, posto que a sofística preocupa-se com o poder, com o influir. Acredita-se que, contra esse nível retórico, os processualistas se opõem à concepção retórica do processo, por considerarem estas estratégias como ceticismo advocatício, que exagera o ponto de vista do advogado. Visto que nesse nível retórico preocupa-se com a influência da linguagem, da gesticulação e dos resultados sobre a retórica material mediante exercícios e reflexões sobre os resultados dessas atividades.

A retórica prática é concebida como metodologia, como estudo da retórica material, e que tem o propósito de garantir resultados. Por meio de reflexões e exercícios, a retórica prática torna-se, por isso, normativa, visa garantir efeitos sobre a conduta dos sujeitos. Isso acontece com certa frequência e nos tribunais em matéria de processo. Um exemplo importante é a “exceção de pré-executividade”. Na análise desse instituto pode imaginar uma história como um conjunto de acontecimentos encadeados que produziram tal modalidade de defesa no procedimento de execução, mas foi posto dogmaticamente com um propósito específico de “fazer o juiz decidir bem” a partir de um parecer jurídico, frente a um problema que deveria ser solucionado com o propósito de produzir efeitos³⁵.

Já a retórica analítica, por seu turno, pode ser compreendida como uma de terceiro nível, com a qual o analista se direciona para a relação entre os outros dois níveis de retóricas e fica constrangido a renunciar a proposições dotadas de conteúdo. Seria, assim, a capacidade de analisar formalmente as relações entre os outros dois níveis de retórica. Para isso, tenta abdicar de afirmações de conteúdo definitivo, torna-se consciente da razão insuficiente. A pretensão de Ballweg parece ser uma análise da situação pragmática geral, como uma teoria do discurso fundante que observa a linguagem em seu uso e diálogo, uma tentativa de observar o problema da linguagem de um ponto de vista do acervo

cultural retórico³⁶.

Portanto, os resultados da análise da retórica sobre o tema são considerados afirmações compreensivas e explicativas sobre o discurso de identificação do fato. A análise retórica não pretende, portanto, apontar regras que garantam o uso da retórica material no processo judicial, não é normativa, mesmo observando a relação entre métodos aplicados na retórica material e a metodologia da retórica prática. Desse modo a retórica afasta-se de sua origem comum com a sofística preocupada com o poder, preocupada com a garantia de resultados, e torna-se metódica, ou meta-linguagem de segundo nível.

Quanto à retórica analítica, parece útil, ainda, para a compreensão da retórica da prova, observar que, do ponto de vista externo-analítico, na construção dos sistemas de linguagem, considera-se, em primeiro lugar, aquilo que Ballweg denomina de **fronética**. Esse ponto de partida analisa as relações do “utente”, tal como na antropologia filosófica, que defende a observação do homem como um objeto que nunca pode perder sua condição de sujeito e as relações desse ser humano com o mundo e com os sinais linguísticos.

Ou seja, como visto, a antropologia filosófica que explica o homem como “ser carente”, que utiliza a linguagem “metaforicamente”, de forma retardada atrasada, em suas relações com “o” mundo. Assim, a fronética está dividida, ainda segundo Ottmar Ballweg, em três níveis. Primeiro a observação da relação **utente e utente**; em seguida, a relação deste **sujeito com os objetos** e, finalmente, a relação fundamental do **sujeito com os sinais linguísticos**. Percebe-se a proposta de compreensão da relação do utente com os sinais linguísticos, com o objeto e com o próprio utente.

Desde que se considere como ponto de referência o próprio utente, a fronética é trazida para este trabalho em razão da necessária observação das condições dos envolvidos nas relações processuais de produção de prova. A observação de todos os desdobramentos decorrentes da análise retórica se torna mais ampla que os propósitos deste texto, mas pode-se, como exemplo do que se pretende apresentar, analisar: as partes – autor e réu –; o juiz e todos os outros que contribuem para a construção do fato, testemunhas, peritos, advogados etc.

Mais especificamente, as relações dos sujeitos processuais com os meios específicos de prova: os modos de comunicação daqueles que participam do processo, as oportunidades de apresentação da testemunha, as alegações das partes, as decisões do julgador, os pareceres etc. Nesse sentido entende a relação do sujeito com os sinais linguísticos. Podem-se destacar, no estudo da retórica da prova, ainda, as condições de aceitação de uma testemunha, quem são as testemunhas, essa a relação utente – utente; em relação ao julgador, podem-se observar as suas relações com os meios de provas, em outras

palavras, a relação sujeito – objeto. Percebem-se, desse modo, as amplas possibilidades de análise da retórica da prova de acordo com a organização dogmática do processo civil, desde que se coloque a ênfase na observação das relações do utente.

Em relação ao segundo nível da retórica analítica, o da **holística**, a ênfase está em um **significado universal** e suas simultâneas relações com os sinais e o utente (aqui prevalece o caráter semântico do discurso). Dito de outra forma, essa subdivisão da retórica analítica mostra-se importante ao estudo da prova na dogmática processual, pois, conforme se apontou na introdução, ao estudo da retórica da prova na dogmática processual torna-se necessária uma posição do que é considerada a realidade jurídica, aqui o significado universal, como ela se concretiza.

Além disso, a relação dessa realidade jurídica com os sinais – compreendidos como expressões linguísticas – e com os sujeitos do procedimento de identificação do fato (relações consideradas relativamente ao significado universal) tornam-se valorativas e normativas para os homens. Isso pode ser um instrumento a ser utilizado na compreensão e explicação da tomada de posição para a concretização da realidade jurídica e, principalmente, a aceitação do direito como uma espécie da ética. Esse aspecto pode ser importante quando se observa a construção do fato e sua relação com o “âmbito de fato” previsto pela norma.

Por fim, mas ainda o nível de análise, Ottmar Ballweg propõe a observação do chamado nível **semiótico**. Aqui a crença na **univocidade da língua** é acentuada, daí a pretensão de permanecer no plano sintático. Este é considerado o plano científico da dogmática, se é que se pode propor essa terminologia, pois não está utilizada por Ottmar Ballweg. Por exemplo, as tentativas dogmáticas de aplicações lógicas de institutos como o do “ônus da prova”, o “princípio da eventualidade”, já referidos.

No nível semiótico em que a sintática é percebida como plano científico, a ênfase é dada na tentativa de impossibilitar as mudanças de sentido dos conceitos utilizados dogmaticamente. Uma tentativa de retirar do tempo as relações entre esses conceitos, se estaria no plano ideal. Esse plano seria abandonado apenas temporariamente, para que se possibilitem incursões no plano auxiliar semântico, a criação dos conceitos ou definições, por exemplo, sobre a utilização do ônus da contestação para a prova no processo dogmático. Já a dimensão pragmática, no nível da semiótica, estaria proibida por si mesma, mesmo que se reconheça a influência do sujeito no plano dos sinais linguísticos. Ou seja, não seriam observadas no plano semântico, com pretensões científicas, as influências dos sinais linguísticos sobre os utentes.

Isso significa, ainda, que a justificativa das decisões com fundamento nas

regras do “ônus da prova” pode ser aceita como decorrente de qualquer justificativa proposta pela dogmática processual, por exemplo, porque se trata de regra de juízo, não de regra de procedimento, que irá resolver com fundamento na probabilidade prevalente, no contexto da probabilidade lógica e da relação hipótese/elementos de prova³⁷, mas não como um instrumento humano para estabilizar as relações e afastar a plausibilidade jurídica de conflitos frente à impossibilidade da verdade.

Assim, do que foi dito sobre a retórica analítica, percebe-se que ela não se afasta do âmbito exclusivo da linguagem. Essa é a proposta da pesquisa sobre a prova na dogmática processual, ou seja, não está ligada à observação de algo fora da linguagem, como um “ente”, mas **a própria linguagem do objeto** é pesquisada. Tal limitação retórica se impõe como uma característica da própria linguagem. O procedimento de condensação rumo à transcendência é que permite falar das realidades em que vivemos como algo objetivo, independente do sujeito que participa da relação.

Em resumo, a retórica analítica³⁸ visa a observar a “objetividade convencional”, não-essencialista. Não aceita que cada ser humano determine subjetivamente a relação entre a língua e o mundo exterior; pretende-se descritiva, em um sentido científico, podendo ser qualificada como metódica, quer ir além da metodologia como teoria do método. A explicação dessa relação entre métodos, metodologias e metódica é feita por Adeodato nos seguintes termos: a retórica material são os métodos empregados para a comunicação bem sucedida entre seres humanos, é a realidade em que vivemos - como se frisou e defendeu-se ao longo do presente artigo.

Anotações conclusivas

A análise das relações entre os elementos do conhecimento: evento, ideia e expressão linguística, por meio da retórica analítica, desafia a tradição filosófica fundada no racionalismo e permite trazer contribuições para o conhecimento jurídico. Por um lado, o desafio da filosofia fundada no racionalismo e na verdade pode trazer mais tolerância para as sociedades complexas.

Por outro lado, alinhada à crítica acima referida, a aplicação dos instrumentos de análise da metódica retórica ao conhecimento jurídico contribui para a percepção do caráter dialógico do direito e do conhecimento da realidade jurídica. Tal como foi proposto aqui, em relação ao conhecimento da realidade fática construída no processo, pois puderam ser identificadas regras do discurso jurídico que estabelecem os limites ao discurso e, desse modo, constroem os

fatos judicialmente.

Nesse sentido, é possível o conhecimento da dogmática processual sem a atribuição de uma função para a ciência do direito, e deixa espaço para tentativas explicativas e compreensivas da realidade jurídica sem comprometer-se com uma racionalidade desvinculada com da realidade dos conflitos de interesses trazidos ao direito.

E, finalmente, destaca-se que a construção dos fatos no processo, a partir de uma análise retórica da relação entre os elementos do conhecimento aqui indicados: evento, ideia e expressões simbólicas, faz perceber que a dogmática processual, ao estabelecer regras de ação, a retórica prática, pode observada a partir de um segundo nível, a retórica analítica.

Referências

- ADEODATO, João Maurício. *A retórica constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2008.
- _____. *Ética e retórica: para uma teoria da dogmática jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2002.
- _____. *Limites éticos do poder constituinte originário e da concretização da constituição pelo judiciário*. Disponível em: <http://www.esmape.com.br/downloads/limites_eticos.pdf>. Acesso em: 30 set., 2007.
- _____. *O problema da legitimidade: no rastro do pensamento de Hannah Arendt*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1989.
- ARISTOTELES. *Tratados de lógica*. Vol. I, Madrid: Editorial Gredos, 1982.
- BALLWEG, Ottmar. Retórica analítica e direito. In: *Revista Brasileira de Filosofia*, São Paulo, Instituto Brasileiro de Filosofia, n. 163, v. 39, p. 175-184, jul./ago./set., 1991.
- CALAMANDREI, Piero. *Verdad y verosimilitud en el proceso civil*. Buenos Aires: EJE, 1962.
- CARREIRA ALVIM, José Eduardo. *Elementos da teoria geral do processo*. Rio de Janeiro: Forense, 1995.
- DINAMARCO, Cândido Rangel e outros. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Malheiros Editores, 1997.
- DIOGENES LAERCIO. *Vidas, opiniones e sentencias de los filósofos más ilustres*. Buenos Aires, 1940.
- FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Função Social da dogmática jurídica*. São Paulo: Max Limonad, 1998.
- FEU ROSA, Marcos Valls. *Exceção de pré-executividade: matérias de ordem no*

- processo de execução. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 2000.
- HEGEL, Georg. W. F. *Crítica moderna*. In: *Os pré-socráticos*. São Paulo: Editora Nova Cultural, 1996.
- LESSA, Renato. *Veneno pirrônico: ensaios sobre o ceticismo*. Rio de Janeiro: Francisco Alves Editora, p. 205-233, 1997.
- NIETZSCHE, Friedrich. *Crítica moderna*. In: *Os pré-socráticos*. São Paulo: Editora Nova Cultural, 1996.
- _____. *Da retórica*. Lisboa: Passagens, 1995.
- PARMÊNIDES. *Fragmentos*. In: *Os pré-socráticos*. São Paulo: Nova Cultural, 1996.
- PEREIRA, Oswaldo Parchat. *Ciência e dialética em Aristóteles*. São Paulo: Editora UNESP, 2001.
- PERELMAN, Chaïm e OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da argumentação: a nova retórica*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- SEXTO EMPÍRICO. *Esbozos pirrônicos*. Madrid: Editorial Gredos, 1993.
- TARUFFO, Michele. *La prova dei fatti giuridici*. In: CICU, Antonio e MESSINEO, Francesco. *Trattato di diritto civile e commerciale*. Vol. 03, t. 02, sez. 1, Milano: Giuffè Editore, 1992.
- VAZ, Henrique Cláudio de Lima. *Antropologia filosófica I*. São Paulo: Edições Loyola, 2004.
- VIEHWEG, Theodor. *Tópica y filosofía del derecho*. Barcelona: Editorial Gedisa, 1991.

¹ VAZ, Henrique Cláudio de Lima. *Antropologia filosófica I*. São Paulo: Loyola, 2004, nota 01, p. 03.

² Todas as menções, doravante feitas, no âmbito do presente artigo, a título de exemplo, para sustentar as hipóteses apresentadas no texto sobre retórica das provas, acerca da codificação civil brasileira, sempre se referirão ao Código de Processo Civil em sua forma anterior e não àquela recentemente aprovada pelo Congresso Nacional, ainda que os dispositivos aqui discutidos permaneçam todos, no essencial, na nova legislação, mudando-se tão só ora a organização tópica ora aspectos meramente formais da linguagem, o que - portanto - em nada alteram os pontos de vista aqui expendidos.

³ BRASIL. *Código de processo civil*. Arnaldo Oliveira Júnior (Org.). Belo Horizonte, 2006, p. 35. "Art. 131. O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes, mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento".

⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso especial nº331.400*. Disponível em: <https://ww2.stj.gov.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=1246708&sReg=200100813968&sData=20041025&sTipo=51&formato=PDF>. Acesso em: 15 nov. 2007.

⁵ DIOGENES LAERCIO. *Vidas, opiniones e sentencias de los filósofos más ilustres*. Buenos Aires, 1940, p. 439.

⁶ HEGEL, Georg. W. F. *Crítica moderna*. In: *Os pré-socráticos*. São Paulo: Nova Cultural, 1996, p. 102, (Col. Os Pensadores).

⁷ CALAMANDREI, Piero. *Verdad y verosimilitud en el proceso civil*. Buenos Aires: EJE, 1962, p. 318.

⁸ PARMÊNIDES. *Fragmentos*. In: *Os pré-socráticos*. São Paulo: Nova Cultural, 1996, p. 122 (Col. Os Pensadores).

⁹ NIETZSCHE, Friedrich. *Crítica moderna*. In: *Os pré-socráticos*. São Paulo: Nova Cultural, 1996, p. 129

(Col. Os Pensadores).

¹⁰ SEXTO EMPÍRICO. *Esbozos pirrônicos*. Madrid: Editorial Gredos, 1993, p. 140.

¹¹ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Função Social da dogmática jurídica*. São Paulo: Max Limonad, 1998, p. 19.

¹² PEREIRA, Oswaldo Porchat. *Ciência e dialética em Aristóteles*. São Paulo: UNESP, 2001, p. 348.

¹³ ARISTOTELES. *Tópicos*. In: *Tratados de lógica. v. I*, Madrid: Editorial Gredos, 1982, p. 105.

¹⁴ PERELMAN, Chaïm e OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da argumentação: a nova retórica*. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 472.

¹⁵ ADEODATO, João Maurício. *O problema da legitimidade: no rastro do pensamento de Hannah Arendt*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1989, p. 39.

¹⁶ BRASIL. *Código de processo civil*. Arnaldo Oliveira Júnior (Org.). Belo Horizonte, 2006, p. 61. “Art. 285. Estando em termos a petição inicial, o juiz despachará, ordenando a citação do réu, para responder, do mandado constar que, não sendo contestada a ação, se presumirão aceitos pelo réu, como verdadeiros, os fatos articulados pelo autor”.

¹⁷ BRASIL. *Código de processo civil*. Arnaldo Oliveira Júnior (Org.). Belo Horizonte, 2006, p. 69. “Art. 333. O Ônus da prova incumbe: I – ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito; II – ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. Parágrafo único. É nula a convenção que distribui de maneira diversa o ônus da prova quando: I – recair sobre direito indisponível da parte; II – tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito”.

¹⁸ VIEHWEG, Theodor. *Sobre la relación entre filosofía del derecho, teoría del derecho y dogmática jurídica*. In: *Tópica y filosofía del derecho*. Barcelona: Editorial Gedisa, p. 15-28, 1991, p. 21.

¹⁹ VIEHWEG, Theodor. *Perspectivas históricas de la argumentación jurídica: la época moderna*. In: *Tópica y filosofía del derecho*. Barcelona: Editorial Gedisa, p. 150-162, 1991, p. 154.

²⁰ Sobre pirronismo e direito ver: ADEODATO, João Maurício. *Pirronismo, direito e senso comum – o ceticismo construtor da tolerância*. In: ADEODATO, João Maurício. *Ética e retórica: para uma teoria da dogmática jurídica*. São Paulo: Saraiva, p. 317-347, 2002.

²¹ ADEODATO, João Maurício. *Limites éticos do poder constituinte originário e da concretização da constituição pelo judiciário*. Disponível em: <http://www.esmape.com.br/downloads/limites_eticos.pdf>. Acesso em: 30 set. 2007.

²² ADEODATO, João Maurício. *Do positivismo da modernidade à crise de legitimação da pós-modernidade (pressupostos e diferenças de um direito dogmaticamente organizado)* In: *Ética e retórica: para uma teoria da dogmática jurídica*. São Paulo: Saraiva, p. 285-316, 2002, p. 288.

²³ NIETZSCHE, Friedrich. *Sobre verdade e mentira no sentido extra-moral*. In: *Nietzsche*. São Paulo: Nova Cultural, p. 40-72, 1996, p. 55 (Col. Os Pensadores).

²⁴ LESSA, Renato. *Ceticismo, ação política e mundo público: há uma política pirrônica?* In: _____ (org.). *Veneno pirrônico: ensaios sobre o ceticismo*. Rio de Janeiro: Francisco Alves, p. 205-233, 1997, p. 212.

²⁵ BRASIL. *Código de processo civil*. Arnaldo Oliveira Júnior (Org.). Belo Horizonte, 2006, p. 21. “Art. 20. A sentença condenará o vencido a pagar ao vencedor as despesas que antecipou e os honorários advocatícios. Essa verba será dívida, também, nos casos em que o advogado funcionar em causa própria”.

²⁶ LESSA, Renato. *O hexágono cético: a máquina de guerra do pirronismo*. In: _____ (org.). *Veneno pirrônico: ensaios sobre o ceticismo*. Rio de Janeiro: Francisco Alves, p. 23-112, 1997, p.77.

²⁷ VIEHWEG, Theodor. *Sobre el desarrollo contemporáneo de la tópica*. In: *Tópica y filosofía del derecho*. Barcelona: Gedisa, p. 176-184, 1991, p. 183.

²⁸ BRASIL. *Código de processo civil*. Arnaldo Oliveira Júnior (Org.). Belo Horizonte, 2006, p. 64. “Art. 302. Cabe também ao réu manifestar-se precisamente sobre os fatos narrados na petição inicial. Presumem-se verdadeiros os fatos não impugnados, salvo: I – se não for admissível, seu respeito, a confissão; II – se a petição inicial não estiver acompanhada do instrumento público que a lei considerar da substância do ato; III – se estiverem em contradição com a defesa, considerada em conjunto. Parágrafo único. Esta regra, quando ao ônus da impugnação específica dos fatos, não se aplica ao advogado dativo, ao curador especial e ao órgão do Ministério Público.

²⁹ BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial nº 156.129*. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=dever+partes+alegar+momento+pr%F3prio&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=1>>. Acesso em: 26 nov. 2007.

³⁰ BALLWEG, Ottmar. *Retórica analítica e direito* (trad. João Maurício Adeodato). *Revista Brasileira de*

Filosofia, São Paulo, Instituto Brasileiro de Filosofia, v. 39, n. 163, p. 175-184, jul./ago./set., 1991, p. 179.

³¹ NIETZSCHE, Friedrich. *Da retórica*. Lisboa: Passagens, 1995, p. 46.

³² ADEODATO, João Maurício. (no prelo) *Retórica como metódica para estudo do direito*. In: *A retórica constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2008.

³³ CARREIRA ALVIM, José Eduardo. *Elementos da teoria geral do processo*. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 03.

³⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel e outros. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 256.

³⁵ FEU ROSA, Marcos Valls. *Exceção de pré-executividade: matérias de ordem no processo de execução*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2000, p. 13.

³⁶ VIEHWEG, Theodor. *Apuntes sobre una teoria retórica de la argumentación jurídica*. In: *Tópica y filosofía del derecho*. Barcelona: Editorial Gedisa, p. 163-175, 1991, p. 164.

³⁷ TARUFFO, Michele. *La prova dei fatti giuridici*. In: CICU, Antonio e MESSINEO, Francesco. *Trattato di diritto civile e commerciale*. Vol. 03, t. 02, sez. 1, Milano: Giuffè Editore, 1992, p. 273.

³⁸ Cf. BALLWEG, Ottmar. *Retórica analítica e direito* (trad. João Maurício Adeodato). In: *Revista Brasileira de Filosofia*, São Paulo, Instituto Brasileiro de Filosofia, n. 163, v. 39, p. 175-184, jul./ago./set., 1991.