

RETÓRICA ANALÍTICA COMO METÓDICA JURÍDICA

ANALYTICAL RHETORIC AS JURIDICAL METHODIC

*João Maurício ADEODATO **

SUMÁRIO: 1. Retórica analítica sobre a dogmática jurídica: não há uma dogmática analítica. 2. Retórica analítica e ciência do direito: descrição da dogmática como método e metodologia. 3. Os postulados funcionais da atividade dogmática para tratar os dois problemas: do texto à norma concreta. Referências.

RESUMO: Partindo da tripartição da perspectiva retórica em material, prática e analítica, sugerida por Ottmar Ballweg, o autor procura adicionar outra tripartição e estabelecer sua correspondência. As categorias aditivadas correspondem a método, metodologia e metódica. Tendo isso como pressuposto, aborda questões específicas do direito, assinalando, entre outras coisas a impossibilidade de uma dogmática analítica, aborda ainda a retórica analítica e a ciência do direito, descrevendo a dogmática jurídica como método e metodologia e por fim, apresenta os postulados funcionais da dogmática, e o movimento do texto à norma.

ABSTRACT: Starting from the tripartite perspective rhetoric as material, practical and analytical, suggested by Ottmar Ballweg, the author seeks to add another tripartite and establish their correspondence. The additived categories correspond to method, methodology, and methodical. With that premise, addresses specific issues of law, noting, among other things the impossibility of a dogmatic analytical, also addresses the analytical rhetorical and the science of law, describing the juridical dogmatic as a method and methodology, and finally presents the postulates of the functional dogmatic, and move the text to the norm.

PALAVRAS-CHAVE: Retórica analítica; Metódica jurídica; Dogmática jurídica.

KEYWORDS: Analytical rhetorical; Juridical methodic; Juridical dogmatic.

* Professor Titular da Faculdade de Direito do Recife, Livre Docente da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo e Pesquisador 1-A do CNPq. Coordenador da Área do Direito na CAPES no triênio 2013-2015. jmadeodato@globol.com
Artigo submetido em 10/08/2012. Aprovado em 22/11/2012.

1. RETÓRICA ANALÍTICA SOBRE A DOGMÁTICA JURÍDICA: NÃO HÁ UMA DOGMÁTICA ANALÍTICA

O ponto de partida aqui é a tripartição da perspectiva retórica em material, prática e analítica, sugerida por Ottmar Ballweg, e a tese é procurar lhe adicionar outra tripartição correspondente, qual seja, a da retórica como método, metodologia e metódica.

O mais difícil de fazer entender, talvez por não se encaixar no uso comum da palavra, é o primeiro sentido da retórica, o **material**, ou, como se prefere aqui, **existencial**. Significa considerar que tudo aquilo que se chama de “realidade”, a sucessão de eventos únicos e irrepetíveis no fluxo do tempo, consiste em um fenômeno linguístico cuja apreensão é retórica.

A retórica material não quer dizer apenas que o conhecimento do mundo é intermediado pelo aparato cognoscitivo do ser humano, como sugeriu Kant, ou mesmo intermediado pela linguagem, como quer a linguística mais tradicional. Significa dizer que a própria realidade é constituída pela retórica, pois toda percepção se dá na linguagem. A retórica material constrói a relação do ser humano com o meio ambiente por meio de um conjunto de relatos que constitui a própria existência humana; o conceito quer expressar que a própria pergunta sobre alguma “realidade ôntica” por trás da linguagem não tem qualquer sentido, pois o ser humano é linguisticamente fechado em si mesmo, em um universo de signos, sem acesso a qualquer “objeto” para além dessa circunstância.

Isso não implica que a realidade seja subjetiva, pelo menos no sentido do arbítrio de cada indivíduo, muito pelo contrário. O maior ou menor grau de “realidade” de um relato vai exatamente depender dos outros seres humanos, da possibilidade de **controles públicos da linguagem**. A linguagem tem uma função de controle e a exerce reduzindo complexidade; logo, não pode ser errante, ao talante de cada um, precisa apresentar regularidades; mas essas regularidades são muito variáveis, condicionadas, imprevisíveis, circunstanciais, construídas para as exigências do momento, e tanto mais mutáveis e ambíguas, quanto mais complexo e diferenciado seja o meio social.

O estudo da retórica material procura descrever como a linguagem constitui a realidade, apesar de o senso comum levar a crer que essa realidade independe da linguagem. Para a filosofia retórica aqui defendida, a linguagem expressa o ambiente ensimesmado do ser humano, como que um autismo ou solipsismo mais ou menos coletivo que lhe fornece sua própria realidade. A linguagem transforma em “realidade” fantasmas, bruxas, previsões do futuro e meteorologia; faz de Plutão um planeta ou não, cria quasares pulsando e buracos negros, quarks e o mundo quântico.

A tese é que a realidade é composta dos métodos, literalmente os caminhos tomados (îôÛ üäòð, sobre o caminho, pelo caminho). Em outras palavras, a retórica material é o conjunto dos métodos vencedores, os relatos escolhidos dentre os diversos caminhos possíveis e concorrentes em determinada situação. A retórica

material é normativa, também se pode dizer prescritiva, na medida em que é constituída de opções diante de alternativas, todas eivadas de valores e escolhas.

O direito é importante na determinação desse relato vencedor que constrói a retórica material porque ele induz as pessoas a se comportarem de determinada maneira e lhes ameaça com consequências desagradáveis se persistirem afirmando relatos a ele contrários.

Um fato jurídico é assim um relato que procura expressar determinada percepção de determinado contexto eventual. E o processo dogmático, como na brincadeira infantil do telefone sem fio, é um encadeamento de relatos sobre relatos. Assim o direito coopera fortemente para constituir a “realidade”. Aí se vê como o mundo real é ao mesmo tempo um fenômeno empírico e lingüístico ou, como se diz aqui, “retórico”. Nesse sentido, repita-se, **a linguagem literalmente “faz” o mundo real** e constitui o próprio ser humano.

Imagine-se um acidente de trânsito com pessoas gravemente feridas, eventualmente vítimas fatais. O policial elabora um relato sobre o que encontrou ao chegar, o que o jargão chama boletim de ocorrência, no qual inclui relatos de diversas testemunhas que entrevistou, relatos esses todos diferentes entre si, posto que cada uma delas vê de perspectivas diversas e se deixa envolver diferentemente pelo evento. Entregue esse documento à delegada de polícia, esta redige seu próprio relato, o inquérito policial, para o qual pode quiçá ouvir novos relatos das mesmas testemunhas entrevistadas pelo agente, as quais, passados alguns meses da experiência vivida, contam histórias já diferentes daquelas expostas ao policial no local do acidente. O inquérito policial é assim enviado ao promotor, o qual procede a um novo relato, se for o caso, que a dogmática denomina denúncia, enriquecido de um sem-número de outros elementos, ausentes nos discursos anteriores. Ao fazer o relato da pronúncia no processo, talvez já muitos mais meses depois, a magistrada constitui outra retórica material e, se houver por bem ouvir novamente as testemunhas arroladas, estas já fazem relatos não apenas diversos entre si, porém, mais uma vez, diferentes de todos os que elas mesmas fizeram anteriormente. Mais diferenças ainda haverá em um eventual procedimento no tribunal do júri, talvez anos depois, quando as testemunhas tiverem que expor sua versão em público.

O problema é a propensão atávica do ser humano em direção à verdade, a metáfora de todas as metáforas, aquela que eliminaria a distância e quiçá a diferença mesma entre as palavras e as coisas. Esse impulso viria dos instintos básicos próprios do ser humano, desde antes de a linguagem começar a afastá-lo de sua alma animal, com as “vantagens” e “desvantagens” desse processo. Daí o domínio das filosofias ontológicas, as quais propagam critérios externos, postos “à frente” do sujeito – daí “ob”-jetivos –, como padrão de referência para a ética e para o conhecimento. Daí o esquecimento (*Vergesslichkeit*) de que a linguagem é um filtro autorreferente cujo único ambiente é ela mesma:

Quando alguém esconde uma coisa atrás de um arbusto, vai procurá-la ali mesmo e a encontra, não há muito que enaltecer nesse procurar e encontrar: e é assim que ocorre com o procurar e encontrar da “verdade” no interior da circunscrição da razão. Se forjo a definição de animal mamífero e em seguida declaro, depois de inspecionar um camelo: vejam, um animal mamífero, com isso decerto uma verdade é trazida à luz, mas ela é de valor limitado, quero dizer, é inteiramente antropomórfica e não contém um único ponto que seja “verdadeiro em si”, efetivo e universalmente válido, independentemente do ser humano.¹

A **retórica prática** ou **estratégica**, como se prefere aqui, trabalha com as metodologias, seu objetivo é conformar a retórica material, interferir sobre ela, fixar-lhe diretrizes, dizer como ela deve ser. A retórica estratégica é composta, literalmente, de método-logias, de “teorias sobre os métodos”, métodos esses que compõem a retórica material. As metodologias são orientações para conseguir objetivos, por isso são também normativas. A metodologia do direito, os ensinamentos dogmáticos para o sucesso das práticas jurídicas, não foge à regra.

A metodologia consiste nas estratégias para construção de métodos. Essa dimensão retórica é normativa e reflexiva, no sentido de que tem a retórica material como alvo, compõe-se do conjunto de estratégias que visam interferir sobre aqueles métodos e modificá-los, influir sobre eles para ter sucesso em determinada direção escolhida. Por isso é pragmática e teleológica. Ela observa como funciona a retórica material e a partir daí constrói doutrinas, teorias (*logias*) que buscam conformar os métodos do primeiro nível retórico. A metodologia transforma esses métodos em objetos de estudo e faz com que determinadas concepções sobre o ambiente circundante apareçam como “o mundo”, relatos privilegiados, vencedores no sentido de obterem mais crença e adesão do que outros. A eficácia é seu critério, fruto da observação de que métodos melhor funcionam na práxis, diante de outras interpretações concorrentes sobre o ambiente circundante, a “realidade”.

Essas metodologias podem ser ensinadas, delas fazem parte a tópica, a teoria da argumentação, as figuras de linguagem e de estilo e, no direito, as doutrinas dogmáticas. Elas tratam justamente de quais *topoi* aparecem mais freqüentemente em um discurso, quais métodos são empregados para esse ou aquele efeito, como os lugares-comuns retóricos são construídos e trabalhados, que táticas, palavras, gestos melhor produzem os efeitos desejados.

¹ NIETZSCHE, Friedrich. Über Wahrheit und Lüge im außermoralischen Sinne, in NIETZSCHE, Friedrich. *Nachgelassene Schriften 1870-1873*. COLLI, Giorgio; MONTINARI,azzino (Hrsg.). *Kritische Studienausgabe* - in fünfzehn Bände, vol. I. Berlin: Walter de Gruyter, p. 873-890, p. 883: Wenn Jemand ein Ding hinter einem Busche versteckt, es eben dort wieder sucht und auch findet, so ist an diesem Suchen und finden nicht viel zu rühmen: so aber steht es mit dem Suchen und Finden der ‚Wahrheit‘ innerhalb des Vernunft-Bezirktes. Wenn ich die Definition des Säugethiers mache und dann erkläre, nach Besichtigung eines Kameels: Siehe, ein Säugethier, so wird damit eine Wahrheit zwar an das Licht gebracht, aber sie ist von begränztem Werthe, ich meine, sie ist durch und durch anthropomorphisch und enthält keinen einzigen Punkt, der ‚wahr an sich‘, wirklich und allgemeingültig, abgesehen von den Menschen, wäre.”

A **retórica analítica** constitui o nível da metódica. Não se trata de métodos ou metodologias, justamente pela postura de tomar os métodos e as metodologias, com ênfase em suas interrelações, como objeto de estudo. É uma forma de abordagem que se presta à filosofia do direito e a muitos outros campos, inclusive no estudo dos paradigmas das ciências biológicas e matemáticas, pois descreve uma situação do próprio conhecimento humano e de sua linguagem, vez que também a ciência é um meta-acordo linguístico sobre um ambiente linguístico comum, o qual também é acordado.

No campo do direito, a retórica material diz respeito aos eventos (métodos), à dogmática jurídica no sentido de linguagem-objeto, ou seja, como os problemas são efetivamente tratados, como os conflitos são efetivamente “resolvidos”; é aí que se observa, por exemplo, que o Executivo no Brasil atravanca o Judiciário com seus recursos protelatórios ou que existe um ordenamento coercitivo *contra legem* nas favelas dos excluídos. A retórica estratégica está nas diversas teorias que compõem o estudo do direito naquele primeiro sentido, na dogmática jurídica como ciência dogmática do direito e também nas sociologias, antropologias etc. (metodologias em geral), as quais explicitam como se deve compreender e lidar com o direito-evento, o direito material dos métodos, dos caminhos escolhidos.

Finalmente, existe um estudo analítico do direito, sim, como aquele que propõe a retórica, mas não existe uma dogmática jurídica no sentido analítico e essa atitude pode ser dita zetética, em oposição à dogmática, na dicotomia sugerida por Theodor Viehweg. Isso porque a atitude dogmática tem como função precípua guiar ações e decisões a partir da formação de opiniões (*doxa*, daí *dokein* e *dogma*); ela coloca fora de discussão uma série de postulados, exatamente seus dogmas. Já a atitude zetética ou investigativa (*zetein*) visa descrever algo e todas as suas afirmações permanecem sendo questionáveis (*zetemata*). A denominação “analítica”, aqui, é para ressaltar a diferença para com os conceitos de Viehweg, que, por exemplo, afirma que a atitude científica sobre o direito compõe-se de um somatório das duas atitudes². Para a retórica, a atitude dogmática não pode ser científica.

Na medida em que procura estudar não apenas a retórica material, mas também as retóricas estratégicas que a ela se dirigem, o plano analítico cuida para que o retórico não confunda o primeiro com o segundo planos e fique enredado na convicção de que o mundo real “é” ou “deve ser” como o filósofo gostaria que fosse ou que esteja “evoluindo” na direção por ele prescrita, supostamente “detectada”, surpreendida em sua essência (metodologias prescritivas ou otimizadoras como as de Dworkin, Habermas ou Alexy).

Em outras palavras, as relações entre o primeiro nível da retórica, o nível material dos métodos, e o segundo nível da retórica, o nível estratégico das

² VIEHWEG, Theodor. Dogmática jurídica e zetética jurídica em Jhering, in VIEHWEG, Theodor. *Topica y filosofia del derecho*, trad. Jorge M. Seña. Barcelona: Gedisa, 1991, p. 141-149, p. 146.

metodologias, é o objeto do terceiro nível da retórica, o nível analítico das metódicas. No caso do direito, a retórica metódica estuda as relações entre a prática jurídica, os diversos métodos pelos quais o direito se realiza, e a teoria dessa prática, a metodologia doutrinária que explica e molda esse primeiro nível retórico. Como também faz teoria, a metódica pode ser dita uma meta-teoria, uma descrição, tentativamente neutra a valores, das prescrições valorativas (normativas) por intermédio das quais a doutrina (metodologias) tenta influir sobre as opções da retórica material (métodos).

A atitude metódica é portanto diferente da argumentação presente na retórica estratégica, a qual vai sempre se respaldar em condições circunstanciais de distribuição de poder, podendo ir do acordo sincero à persuasão pela autoridade e até à concordância devida a uma ameaça de violência. Vem dessa faceta estratégica da retórica sua velha fama de falaz e enganadora, pois seu objetivo não seria a verdade ou a justiça, mas sim levar o auditório ao comportamento desejado pelo orador. Esse desiderato sofisticado é muito importante, mas a retórica não consiste apenas nisso.

Ver a retórica analítica como uma **metódica** ajuda a sustentar a tese de que a retórica vai além de seus aspectos metodológicos e assim combate duas reduções tradicionais: de um lado, aquela apontada pelos adversários da retórica, para os quais ela serve para enfeitar a linguagem, seduzir e enganar os incautos; do outro lado, aquela defendida pela grande maioria dos próprios retóricos, no sentido de que ela se dirige exclusivamente à persuasão. Em suma, ambas as teses reduzem metonimicamente a retórica a seu nível estratégico, muito importante, sem dúvida, mas jamais único.

Isso porque a retórica metódica tem exatamente como seu objeto imediato essas estratégias, dentre as quais se sobressaem o engodo e a persuasão, enfatizados pelos reducionismos mencionados. Claro que, como essas estratégias dirigem-se à retórica material, esta também é analisada pela retórica metódica. Trata-se assim de uma meta-metalinguagem, ou metalinguagem de segundo nível. Trata-se também de uma teoria, mas não sobre os métodos efetivamente aplicados, como faz a retórica metodológica, mas sim sobre o funcionamento das metodologias sobre os métodos.

Essa tripartição vai além dela, mas pode ser compatibilizada com a bipartição entre linguagem e metalinguagem, pois esta relação ocorre entre a dogmática metódica ou analítica e a dogmática estratégica ou metodológica, assim como entre a dogmática metodológica e a dogmática material ou existencial.

No primeiro caso, a implicação situa-se em nível de metalinguagem, isto é, num nível de linguagem *sobre* a linguagem do Direito positivo, falando *acerca* de algo que ocorre no Direito positivo. No segundo caso, a implicação é *usada* no Direito positivo, adquire a prescritividade sobre o comportamento do intérprete e aplicador do Direito, *que não tinha como*

estrutura lógica. Aqui, coloca-se no nível da *linguagem-objeto*; ali, no nível da metalinguagem.³

A retórica como metódica pode dar outra contribuição além de seu nível estratégico e ornamental, ou seja, além de sua ajuda para o sucesso da comunicação. A atitude metódica da retórica pode propiciar mais conhecimento das relações humanas, eventualmente legitimar suas regras, testando seu acordo com as regras do jogo, por exemplo (a lei e outras fontes de normas jurídicas, no caso do direito), além de fornecer apoio à aceitação de decisões.

Essa postura é crítica quanto ao conhecimento dado e é cética sobre a correspondência autêntica entre as observações humanas e a realidade do mundo, aceitando a inacessibilidade da “coisa em si” que já está em Kant. Mas há elementos novos os quais Kant, ainda debitário do ontologismo, não investigou. Por exemplo, a idéia de que as maneiras pelas quais o ser humano compreende o mundo são histórica e culturalmente específicas e relativas, isto é, que o conhecimento é socialmente construído e que

nossas maneiras atuais de compreender o mundo são determinadas não pela natureza do mundo em si mesmo, mas pelos processos sociais, ... o que implica questionar nossos próprios pressupostos e as maneiras como nós habitualmente damos sentido às coisas. Implica um espírito de ceticismo e o desenvolvimento de uma “mentalidade analítica”⁴.

A atitude metódica é analítica, que não é mais dogmática. A retórica tem três níveis, mas a dogmática só tem dois porque, no terceiro nível, ela já se transforma em algo mais próximo do que se pode denominar uma ciência sobre o direito. Isso porque é descritiva e assume uma pretensão de neutralidade, exatamente por não ser normativa. Seu objeto material são os outros dois níveis retóricos, o material e o estratégico, assim como, sobretudo, as relações entre eles.

Ao considerar a dogmática jurídica de uma perspectiva analítica, a postura retórica vai de encontro a duas posturas reducionistas: a um, contra as ontologias jurídicas, a redução da dogmática a seu âmbito metodológico, a suas estratégias de sedução a qualquer preço, como o engodo e a mentira; a dois, contra os próprios retóricos tradicionais, a redução da retórica dogmática a suas estratégias de persuasão. Tanto ontólogos quanto retóricos reduzem a dogmática a sua dimensão estratégica, esquecendo suas funções e aplicações materiais e analíticas. Esta é aqui denominada uma metódica da dogmática jurídica. A metódica é uma teoria, uma visão da dogmática, mas não uma teoria metodológica como as teorias

³ VILANOVA, Lourival. *As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977, p. 192-193.

⁴ GILL, Rosalind. Análise de discurso, in: BAUER, Martin W. e GASKELL, George. *Pesquisa qualitativa com texto, imagem e som – um manual prático*. Petrópolis: Vozes, 2005, p. 244-270.

dogmáticas, aquelas que objetivam interferir sobre os métodos que constituem o mundo real, já que o foco da metódica consiste nas relações entre essa dogmática metodológica e a material. É a análise metódica que vai mostrar a importância do engodo, ressaltado pelo reducionismo adversário da retórica, e da persuasão, ressaltada pelo reducionismo dos próprios retóricos.

2. RETÓRICA ANALÍTICA E CIÊNCIA DO DIREITO: DESCRIÇÃO DA DOGMÁTICA COMO MÉTODO E METODOLOGIA

A análise de discurso realça então a metáfora da “construção”, no sentido de que o discurso é feito a partir de recursos que já existem previamente na linguagem jurídica e que a atividade dogmática implica uma escolha diante de um sem-número de possibilidades e que essa seleção depende do profissional que a faz. As pessoas lidam com o mundo de forma indireta, complexa, retardada, seletiva e, sobretudo, metafórica⁵ e os modelos tradicionais, concepções “realistas”, que vêem a linguagem como um meio para objetos dados, precisa ser abandonada para uma devida compreensão do fenômeno jurídico. Além disso, o discurso dogmático deve ser visto como um discurso orientado para a ação, ou seja, como uma prática social. Os juristas empregam sua linguagem para conseguir resultados, literalmente, para “fazer coisas”: condenar, perdoar, obter vantagens econômicas, guarda de filhos, menos impostos e assim por diante.

Observa-se assim que não há, por definição, uma dogmática analítica, o que configuraria uma *contradictio in terminis*, pois tanto a dogmática material quanto a dogmática estratégica têm caráter normativo e atitude analítica não admite isso. Se não observe-se.

As diferentes versões que as pessoas apresentam para os “mesmos fatos” não provêm necessariamente de algumas serem mentirosas ou enganadoras, mas simplesmente dos contextos de experiência, da retórica material, pois todo discurso é circunstancial e determinado pelo contexto. Por exemplo: uma frase como “o testemunho foi falso”, se dita por alguém que acaba de testemunhar, a respeito do próprio testemunho, pode ser uma confissão; se dita pelo promotor à testemunha pode ser uma acusação; se o orador é um magistrado dentro de um processo, pode ser uma sentença.

As definições de sentido dessas frases serão também contextuais. Isso porque o discurso procura sempre estabelecer uma versão vencedora sobre o ambiente, diante de versões contraditórias e muitas vezes conflitantes, sobretudo o discurso jurídico. Resta óbvio que generalizações e noções de verdade objetiva devem ser vistas com toda desconfiança. Sempre há pressupostos ocultos por trás delas e a análise retórica procura explicitá-los, desmascarando-as. Mais um motivo para que não faça sentido falar de uma dogmática analítica.

⁵ BLUMENBERG, Hans. Antropologische annäherung an die aktualität der rhetorik. *Wirklichkeiten in denen wir leben* - Aufsätze und eine Rede. Stuttgart: Philipp Reclam, 1986, p.104-136, p. 115.

A **análise de conteúdo** é um dos tipos de **análise de texto**. Assim, analisam-se os textos produzidos em um determinado contexto para compreender a época em que foram produzidos. O direito faz parte desse contexto que constitui aquela época que se pretende estudar. Essa técnica permite então uma inferência de um texto para seu contexto social. É curioso que juristas e faculdades de direito estejam ainda hoje apartados de uma metodologia tão eficaz para estudo do direito, para a práxis da defesa de posições em juízo, para a elaboração de pareceres, em suma, para o trabalho jurídico com textos e para a hermenêutica, tanto em termos de uma teoria e de uma prática eficazes. Os filósofos e juristas, como qualquer pessoa – ainda que se pretendam observadores mais privilegiados – utilizam-se da linguagem para representar e constituir o mundo, como conhecimento e como autoconhecimento⁶.

Nesse tipo de análise, para a pesquisa qualitativa, as vias clássicas da persuasão retórica: *ethos*, *pathos* e *logos* são úteis para compreender, classificar e criticar a linguagem textual analisada. Depois é importante especificar o problema, ou seja, pelo menos dois caminhos antagônicos para chegar às teses. O problema é composto de hipo-teses, ou seja, teses fracas, que serão submetidas a discussão para se transformarem em teses propriamente ditas. Em terceiro lugar, a tese do autor do texto estudado, isto é, a afirmação que é apresentada por ele como resultado da argumentação. Isso no nível da retórica estratégica, que envolve o autor escolhido e seu contexto.

A análise do discurso do autor escolhido deve tentar sintetizar suas afirmações e seus argumentos, tentando ver se ele apresenta fundamentações explícitas ou se pressupõe “verdades” ocultas na esfera do silêncio. A análise retórica procura desmascarar essas estratégias.

Autores que tratam do tema sugerem a seguinte tripartição para a atitude da retórica analítica, a qual não deve ser confundida com aquela aqui defendida: retórica entendida como ato de persuadir, retórica como análise dos atos de persuasão e retórica como uma cosmovisão sobre o poder persuasivo do discurso⁷. Essa visão, logo se percebe, apóia-se na concepção tradicional da persuasão como objetivo de toda retórica.

Por isso, em primeiro lugar, esquece a dimensão constitutiva da retórica material e a toma apenas como estratégia, esquece que a realidade é retórica, também a realidade jurídica. Depois, o sentido da retórica como ato de persuadir é o mais importante, mas apenas uma das estratégias da retórica metodológica. Como diferença final, retórica como análise e como cosmovisão não constituem dois níveis diferentes, como a tripartição acima faz parecer, mas fazem parte da retórica analítica ou metódica, o terceiro nível.

⁶ BAUER, Martin W. Análise de conteúdo clássica: uma revisão, in: BAUER, Martin W. e GASKELL, George. *Pesquisa qualitativa com texto, imagem e som* – um manual prático. Petrópolis: Vozes, 2005, p. 189-217.

⁷ LEACH, John. Análise retórica, in: BAUER, Martin W. e GASKELL, George. *Pesquisa qualitativa com texto, imagem e som* – um manual prático. Petrópolis: Vozes, 2005, p. 293-318.

Não é demais insistir que esses três níveis retóricos da dogmática jurídica se interpenetram, pois no final das contas até o discurso metódico vai ser comunicado e pode também vir a influir na dogmática dos métodos e assim se constituir em uma metodologia.

Em que pese a notória preponderância da retórica estratégica e, dentro dela, da estratégia da persuasão, a análise retórica tem uma grande tradição, de 2500 anos. Sempre criticou discursos como os dos tribunais e dos políticos. Aí foi se estendendo a textos escritos e hoje vai até imagens e gestos, linguagens não-verbais.

Na tradição aristotélica a retórica identifica **três tipos de retórica** na chamada teoria da estase sobre os discursos, segundo a dimensão temporal a que se dirigem: o forense, o deliberativo e o epidítico. Os **cânones de análise** observam as partes componentes do discurso e são cinco: invenção, disposição, estilo, memória e apresentação. Aí tem-se **quatro critérios** para examiná-los: o objetivo, o auditório, a situação e o tempo.

A retórica forense dirige-se a acontecimentos passados e o orador procura fazer o auditório crer que esses acontecimentos se deram segundo sua versão e com as conseqüências que a eles atribuem. Aristóteles pensava no discurso dos tribunais, composto de defesas e acusações. A retórica deliberativa tem o tempo futuro por horizonte e o orador procura mostrar que o rumo que sugere é o melhor, ela é apropriada ao discurso político e dele fazem parte o conselho e a persuasão. A retórica epidítica ou panegírica concentra-se no presente, serve para louvar ou censurar, adequada a discursos para conceder prêmios ou para orações fúnebres.

Para decompor analiticamente o discurso, a retórica clássica separa a invenção (*inventio*), responsável por emprestar plausibilidade aos argumentos, investigando sua origem, como os oradores criam e utilizam esses argumentos diante de seus objetivos. É a parte mais geral, aquela que vai direcionar o discurso pelas vias de *ethos*, *pathos* e *logos*.

A disposição (*dispositio*) explora como o discurso está organizado, a arrumação de suas formas, se ele parte de afirmações gerais ou específicas (dedutiva ou indutivamente), por exemplo, e como essa organização pode influir sobre o auditório, se argumentos considerados fortes devem vir antes dos fracos e vice-versa.

O estilo (*elocutio*) é a parte que procura adequar o pensamento a suas formas de expressão, ou seja, relaciona forma e conteúdo do discurso, como se pode ver na diferença entre o artigo jornalístico e a poesia, ou o discurso jurídico e o discurso científico, por exemplo. Se o discurso se dá na primeira ou na terceira pessoa é outro exemplo. Essa forma vai revelar conteúdos como o grau de intimidade ou distanciamento que o orador assume com o leitor, dentre muitos outros.

A memória (*memória*) é um cânone que analisa em que extensão o orador retém as informações pertinentes, domina o conteúdo de sua fala, ou seja, dispõe

das informações relevantes que o tema suscita. Na retórica clássica o bom orador deveria ser capaz de repetir seu discurso de forma a mais igual possível em diferentes ocasiões⁸.

A apresentação (*pronunciatio*) é cânone da análise retórica quando esta observa a forma do discurso a partir do seu meio de transmissão, isto é, se é escrito, oral, por carta, e-mail, numa mesa de bar ou em uma cerimônia formal, numa conversa a dois ou perante diferentes auditórios. Refere-se ao controle sobre contenção ou exuberância, postura da voz, sobriedade ou excesso, elegância no falar, no escrever⁹.

Além dos cânones, detectar as figuras de linguagem tem importância crucial na análise retórica da dogmática jurídica. Não se trata apenas de uma questão de estilo, em que pese sua grande importância. De uma perspectiva pragmática, o efeito que provocam na conduta humana vai mostrar claramente a relação entre a dogmática material e a dogmática estratégica.

A mais importante das figuras de linguagem, diz-se, é a metáfora. Para muitos autores, na linha de Nietzsche, ela reuniria todas as figuras de linguagem, em última instância, pois toda linguagem é metafórica¹⁰.

A retórica **analítica** é a que mais se aproxima do que tradicionalmente se tem chamado a postura científica, na medida em que procura descrever, abstraindo-se de atitudes valorativas, como funcionam tanto a retórica material como a retórica estratégica, tanto tipificando-as isoladamente, quanto estudando-as em suas interrelações. Caracteriza-se assim pela atitude descritiva e pela correspondente tentativa de neutralidade. A metódica não pretende a atitude normativa, conforme reiterado.

O problema desemboca no conceito de dogmática jurídica como ciência, um passado de muitas páginas sobre um problema hoje menos relevante. A retórica analítica aplicada ao direito é uma tentativa de concepção de ciência, ou melhor, de conhecimento, para falar mais modestamente. Talvez fique mais claro dizer que aqui se pretende uma atitude de pesquisa sobre o direito; no caso do direito nacional estatal, sobre a dogmática jurídica.

A “ciência do direito” contemporânea corresponde, assim, ao estudo analítico das relações entre a metodologia dogmática e os métodos dogmáticos. Difere de Kelsen, por exemplo, para quem o que aqui se chama metodologia dogmática, o conjunto de conhecimentos para lidar e interferir com o direito “real”,

⁸ E muito se chama atenção para o papel do direito na preservação da memória: KIRSTE, Stephan. O direito como memória cultural. *Revista do Mestrado em Direito – Direitos Humanos Fundamentais*, ano 8, n° 2. São Paulo: Unifief, 2008, p. 125-143. Tradução de João Maurício Adeodato a partir de KIRSTE, Stephan. Der Beitrag des Rechts zum kulturellen Gedächtnis. *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, 94 (2008), Heft 1, S. 47-69

⁹ Para isso conferir a obra clássica que continua sendo publicada integrando as de Marco Túlio Cícero, muito embora seja hoje considerada apócrifa: *Retórica a Herênio*. Obras Completas de Marco Túlio Cícero (em 16 tomos). Madrid: Librería y Casa Editorial Hemando, 1928, tomo III.

¹⁰ CASTRO JR., Torquato. *A pragmática das nulidades e a teoria do ato jurídico inexistente*. São Paulo: Noeses, 2009, p. 67 s. WINTER, Steven L. Transcendental nonsense, metaphoric reasoning, and the cognitive stakes for Law. 137 *University of Pennsylvania Law Review* 11. Pittsburgh: University of Pennsylvania, april 1989.

consiste na própria ciência do direito, a ciência dogmática do direito.

Claro que tudo depende do conceito de ciência, da hierarquia estabelecida para os diversos tipos de conhecimento, do grau de interferências bem sucedidas daquele tipo de conhecimento no ambiente. Ao “homem de letras” contemporâneo, acostumado ao domínio das ciências “exatas” e das tecnologias na academia e na ciência, pareceria bizarra a queixa de Francis Bacon contra as ciências retóricas como o direito (*nullius in verba* – nada de palavras). O sucesso da tecnologia é fenômeno recente e ainda restrito. Com o novo conceito tecnológico de ciência, os antigos temas dos humanistas precisaram se revestir das novas linguagens, novos métodos e estratégias a eles concernentes, metodologias.

A grande maioria das pesquisas sociais se baseia na entrevista, que é um método estabelecido e bem definido. Mas mesmo os pesquisadores sociais, muito mais avançados metodologicamente do que os juristas, não dão a mesma importância aos textos. Como aqui se sugere a análise de texto como ferramenta para estudo da dogmática jurídica em seus dois níveis, os diversos métodos de entrevista são aqui deixados de lado por razões óbvias, pois trata-se de uma metodologia do tipo presencial que não cabe numa tese filosófica. Nesse sentido distancia-se a metódica retórica aqui proposta para as ciências sociais.

Há problemas básicos a serem considerados na **escolha dos textos** e o primeiro deles é justamente o da amostragem, ou seja, a quantidade e a qualidade de textos a serem estudados como representativos dos métodos que a análise quer relevar, ou seja, como selecionar; pode haver uma quantidade de textos impossível de ser tratada no tempo da pesquisa, os textos metodológicos das estratégias doutrinárias podem ser de difícil acesso. Um segundo problema diz respeito à relação entre os conceitos e critérios de análise escolhidos pelo pesquisador e o período histórico a que eles se aplicam, ou seja: se os conceitos e critérios do analista são amplos demais – ampliar é a tendência para poder atingir unidade e coerência – ficam vagos; se são específicos demais tendem a valer apenas para determinados casos tratados pela dogmática; a mudança da sociedade brasileira pode se revelar tema amplo demais, enquanto que a análise de texto dos discursos de Ruy Barbosa contra a redação de Clóvis Bevilacqua pode não ter o significado inicialmente esperado pelo pesquisador do Código Civil de 1916. Em terceiro lugar, o pesquisador ou pesquisadora precisa meditar sobre em que medida os autores e textos escolhidos efetivamente refletem o ambiente, a retórica material mais consensual possível naquele momento, cuidando também para que a influência da doutrina não seja exacerbada ou minimizada na constituição da dogmática material.

A retórica analítica não adota os critérios científicos das ciências sociais em geral, os quais enfatizam uniformidade e consistência, além de quantificação, no levantamento dos dados. Ela é mais flexível e reconhece expressamente a interferência do pesquisador sobre seu objeto, apesar da busca constante de neutralidade descritiva. A retórica analítica não reivindica senão umas poucas

afirmações de validade universal, diferentemente das ciências, pois seu discurso é relativo não apenas ao orador, mas também ao auditório. E também ao ambiente. Se a adequação das teses está condicionada pelo espaço, pelo tempo e pelos sujeitos envolvidos, então deve dar-se mais atenção ao particular e casuístico do que às afirmações de caráter geral.

Atitudes normativas, que buscam otimizar o campo de estudo, dizendo, por exemplo, como o direito deve ser, são vistas com desconfiança. Mas mesmo a postura descritiva, mais adequada ao pesquisador, é tida como meramente tentativa, já que, em última análise, qualquer descrição é mesmo uma prescrição, na medida em que visa obter alguma conduta do auditório, alguma reação desejada pelo orador, em suma: visa sugerir-lhe algo. Daí insista-se que os três níveis se interpenetram.

3. OS POSTULADOS FUNCIONAIS DA ATIVIDADE DOGMÁTICA PARA TRATAR OS DOIS PROBLEMAS: DO TEXTO À NORMA CONCRETA

Ubi societas ibi jus, reza o famoso brocardo. Cada comunidade humana constitui esse fenômeno que, um tanto imprecisamente, chama-se o direito positivo, o direito empiricamente perceptível. Embora seja observável em toda sociedade, o direito positivo, assim como as próprias sociedades em que se encontra, organiza-se dos mais diversos modos. Assim existe um direito positivo entre os indígenas da Amazônia hoje e existiu outro tipo de direito entre os indígenas norte-americanos de mil anos atrás; regras jurídicas identificáveis entre os iranianos de hoje não estavam presentes na Pérsia de Dario; e assim por diante. Cada uma dessas formas de direito positivo tem suas características.

Pois bem. O direito dogmaticamente organizado é um fenômeno característico das sociedades complexas da modernidade, um direito construído para atender as necessidades desse tipo de sociedade. Ele apresenta várias peculiaridades, muitas das quais têm sido descritas pelos mais diversos autores aqui referidos e outros. A seguir serão brevemente expostas as fases pelas quais o direito dogmático trata os conflitos que lhe chegam, mostrando como lida com os dois grandes problemas filosóficos do direito, expostos na introdução desta tese, o problema das escolhas éticas do direito e o problema de relacionar as regras gerais prévias com os casos concretos individualizados.

Para isso pode-se partir das descrições de Tercio Ferraz e Ottmar Ballweg. As formas de esses autores expõem o tratamento dogmático dos conflitos jurídicos não são excludentes, muito pelo contrário: complementam-se, posto que cada uma atenta para aspectos diferentes do mesmo fenômeno. Outra ressalva é que as fases são colocadas em série, mas apenas para efeitos de clareza na exposição. Parece óbvio que a interpretação e a argumentação, para dar um exemplo, interpenetram-se e não podem ser rigorosamente separadas, assim como não se podem apartar a interpretação e a sugestão de decisão.

Para descrever o direito dogmaticamente organizado, com base em Theodor Viehweg e Niklas Luhmann, Tercio Ferraz ressalta dois postulados

básicos¹¹. Em primeiro lugar, a inegabilidade dos pontos de partida das séries argumentativas utilizadas ou o “princípio da proibição da negação”, isto é, a exigência de que toda e qualquer decisão e correspondente interpretação jurídica precisa se reportar expressamente a um ou mais “dogmas” do sistema, as habitualmente chamadas “normas jurídicas”; um argumento não vale por ter sua procedência sido cientificamente demonstrada em laboratório, ou por ser de acordo com determinados mandamentos religiosos ou morais. Ele vale somente na medida em que se reporta às regras do próprio sistema jurídico dogmático. Esse o dogma principal da dogmática.

Em segundo lugar, a obrigatoriedade de decidir todo e qualquer conflito, ou seja, ou a situação é irrelevante ou o sistema lhe oferece uma solução. Esse dogma, que também constitui a espinha dorsal do sistema, é chamado a proibição do *non liquet*.

Também inspirado em Viehweg, Ottmar Ballweg vai transformar esses dois postulados de base em quatro, os constrangimentos (*Zwänge*) dogmáticos¹².

Inicialmente o sistema dogmático precisa fazer o que o autor denomina “estabelecer” (positivar) “normas” (jurídicas), o *Normsetzungszwang*, pois a dogmática começa a se constituir a partir desse procedimento. É preciso antes de tudo fixar as regras de base, aquelas que definem quem vai e como vai fixar outras regras para decidir os casos individuais. Não pode haver dogmática sem um sistema de regras (supostamente) explícitas. Note-se que aqui a preocupação é com o primeiro problema da filosofia do direito, ou seja, fixar as regras máximas, iniciais, do direito positivo, enquanto a atenção de Tercio Ferraz desloca-se mais para o segundo problema, o apelo às regras diante do conflito concreto.

O segundo constrangimento dogmático é o *Deutungszwang*, a obrigatoriedade de interpretar as regras positivadas na fase anterior, isto é, dizer o que significam. Imagina-se que esse constrangimento se dê diante do caso, mas o autor não explicita claramente o que entende por interpretação. De toda forma, aceita a distinção entre significante e significado e parte do princípio de que as regras positivadas não podem apresentar uma só interpretação.

O terceiro é o constrangimento a decidir, *Entscheidungszwang*, e neste a ideia coincide com a de Tercio Ferraz sobre a proibição do *non liquet*.

Com o quarto constrangimento Ballweg quer chamar atenção para o elemento axiológico da dogmática jurídica, que não pode simplesmente decidir assim ou assado, para o problema da legitimidade com que todo direito positivo precisa lidar. É a obrigatoriedade de fundamentar, *Begründungszwang*, a necessidade de justificar as regras e as decisões delas decorrentes.

¹¹ FERRAZ Jr., Tercio. *Função social da dogmática jurídica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, p. 95 s.; e FERRAZ Jr., Tercio. *Introdução ao estudo do direito – técnica, decisão, dominação*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 25 s.

¹² BALLWEG, Ottmar, Entwurf einer analytischen Rhetorik, in SCHANZE, Helmut (Hrsg.). *Rhetorik und Philosophie*. München: 1989, p. 229 e s.; VIEHWEG, Theodor, Notizen zu einer rhetorischen Argumentationstheorie der Rechtsdisziplin, in *Rechtsphilosophie oder Rechtstheorie?* Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft, p. 315-326.

Mais uma prova de que esses constrangimentos não podem ser a rigor separados é que na dogmática jurídica, adverte Ballweg, o constrangimento à fundamentação é exatamente resolvido pelo apelo aos outros três constrangimentos, o que equivale a dizer que uma decisão concreta será justa (devidamente fundamentada) quando embasada em uma norma jurídica posta pelo primeiro constrangimento a fixar regras, interpretada por meio do segundo constrangimento e criada pelo terceiro.

Esta tese tenta também cooperar para o debate sobre o funcionamento da dogmática jurídica e parte da separação entre texto e norma, no rasto da metódica estruturante de Friedrich Müller¹³, tentando simplificá-la na direção de uma teoria da decisão, uma teoria da interpretação e uma teoria da argumentação, temas dos capítulos sétimo, oitavo e nono, respectivamente. Aqui sugerem-se quatro passos ou estágios, com as ressalvas acima mencionadas sobre seu caráter didático. O débito para com os constrangimentos de Ottmar Ballweg, Tercio Ferraz Junior e Theodor Viehweg também salta aos olhos.

Uma comunicação entre dois ou mais indivíduos chega ao direito dogmático quando é relacionada com uma ou mais fontes do direito. Isso quer dizer que o primeiro constrangimento diante das divergências é selecionar, dentro de um universo de textos positivados que constituem o ordenamento jurídico, aqueles que vão servir de base à decisão dogmática sobre o caso. Esses textos precisam ser adequados ao caso, de acordo com mecanismos complexos de seleção: por exemplo, se o caso diz respeito a conflito de vizinhança, o Código Penal, as instruções normativas do Banco Central ou a Consolidação das Leis do Trabalho serão desde já excluídas desse processo seletivo de redução de complexidade. Os textos escolhidos precisam também ser válidos, isto é, elaborados de acordo com as regras de produção do sistema dogmático (autoridade e rito), e vigentes, ou seja, aptos a satisfazer esse primeiro constrangimento de servir de base ao prosseguimento do processo decisório dogmático.

Esses textos devem ser escolhidos dentre um emaranhado de outros textos dotados de validade, os quais por isso mesmo compõem o ordenamento jurídico, textos produzidos por administradores públicos e privados, por legisladores, por magistrados, burocratas de uma maneira geral, e hierarquizados de acordo com metarregras que por sua vez demandam interpretação. Esses textos, invocados pelos participantes do discurso dogmático, serão dados de entrada para interpretações e argumentações que pretendem dar o significado deles diante do caso concreto, decidindo-o, isto é, constituindo-o no plano da retórica material.

Para interpretar e argumentar contra essas fontes escolhidas é preciso escolher outras fontes do mesmo ordenamento, também qualificadas como adequadas ao caso e válidas. É assim procedente a expressão inegabilidade dos pontos de partida, os argumentos em confronto precisam pertencer a um mesmo

¹³ V. item 7.1. adiante.

sistema de textos, este é o dogma básico da dogmática jurídica: para negar um ponto de partida é preciso apelar a outro ponto de partida.

Exigir essas interpretações, o segundo passo na subdivisão aqui sugerida, quer dizer que a dogmática jurídica demanda que os participantes sugiram qual o sentido e o alcance dos textos aos quais apelam, tendo em vista o caso concreto, combatendo-lhes a ambigüidade e a vagueza. Não basta indicar os textos, é necessário dizer o que significam diante do caso concreto, pois o texto não “tem” um sentido “próprio” ou “adequado”, mas uma infinidade deles é possível. Só no final do processo de concretização a dogmática se constringe a fixar um sentido relativamente definitivo: até a coisa julgada, e por vezes depois dela, todos os operadores jurídicos, mesmo os magistrados, fornecem meras sugestões concorrentes pela decisão que lhes parece adequada.

Vagueza e ambigüidade, além de outras formas de imprecisão lingüística, estratégicas ou não, constituem-se em características centrais do discurso na concepção retórica da linguagem, não são disfunções ou fruto da incompetência de mau oradores ou auditórios. As inconsistências, que resultam nas antinomias do sistema jurídico, e as incompletudes, que se mostram nas lacunas, decorrem dessa incompatibilidade entre significantes e significados. Isso será visto mais de perto no capítulo oitavo adiante.

O direito dogmático trabalha essas imprecisões na medida em que distancia-se dos eventos que pretende controlar, qualificando-os, transformando-os em “conceitos normativos” com mais ou menos flexibilidade em termos de alcance e sentido. Os significantes hermenêuticos, os textos, permanecem aparentemente os mesmos e procuram garantir a continuidade do discurso, mas seu significado continua a variar ao longo dos procedimentos dogmáticos.

O terceiro passo é a argumentação. Tem-se então, em primeiro lugar, o orador e o ouvinte ou audiência. Um orador (ou “ator”) é um partícipe do discurso que emite uma opinião fundamentada, isto é, argumentos¹⁴. Um aspecto importante é o argumento factual, pois os fatos são apresentados na linguagem como evidências e não como “meros” argumentos de tese, ainda que essa distinção não resista à análise retórica, conforme mencionado acima. Um exemplo de argumento de tese sobre a dogmática jurídica é “uma sociedade estará tanto mais apta a dogmatizar seu direito quanto mais autopoieticamente organizada esteja”. Um exemplo de argumento factual é “o direito brasileiro não é dogmaticamente organizado na medida em que o número de pobres condenados é várias vezes maior do que a proporção de pobres em liberdade”.

Mas, como dito, a análise não vê distinção essencial entre esses dois tipos de argumentos. O fundamental é que os argumentos se reportem aos textos inicialmente apontados e constituam um produto aparentemente coerente com as significações hermenêuticas construídas.

¹⁴ LIAKOPOULOS, Miltos. Análise argumentativa, in: BAUER, Martin W. e GASKELL, George. *Pesquisa qualitativa com texto, imagem e som – um manual prático*. Petrópolis: Vozes, 2005, p. 218-243.

O discurso dogmático é um todo sistemático que pode ser decomposto (analisado) em várias unidades, tais como letras, palavras e fonemas, do mesmo modo como o discurso musical e o pictórico reúnem unidades específicas. Para a dogmática o elemento mais importante a ser isolado e estudado são os argumentos.

Com a decisão definitiva o processo de determinar o significado das fontes alegadas chega ao seu termo e o caso concreto é juridicamente conhecido e avaliado, isto é, “normatizado”. Antes disso, todos os participantes do discurso, inclusive os magistrados nas sucessivas instâncias, apenas sugerem decisões que lhes parecem corretas e assim retroalimentam a discussão. Não se pense que “decisão definitiva” implica que a divergência tenha sido levada a juízo, basta que a relação jurídica esteja consolidada, como pode ser o caso de um contrato devidamente cumprido, do qual ninguém reclamou.

Assim, enfatiza-se aqui o conflito e a lide judicial para melhor esclarecer a ação dogmática. Mas claro que todas as situações jurídicas definidas sem a intervenção dogmática do Estado, desde que de acordo com os cânones de seu sistema, consideram-se devidamente concretizadas, como ocorre nos casos em que a prestação normativa é cumprida espontaneamente e constitui um evento juridicamente relevante sobre o qual não há conflito. Não apenas coisas julgadas, mas também “atos jurídicos perfeitos” ou “direitos consumados” têm seus significados garantidos pelo sistema dogmático. Por isso têm razão Müller e Häberle ao dizer que a constituição se concretiza também ao largo dos tribunais¹⁵.

Deixa-se aqui de lado o quinto passo do procedimento dogmático, tal como sugerido por Ballweg, a necessidade de fundamentação, por se entender que os passos antes da decisão definitiva constituem exatamente a fundamentação dogmática, sua resposta ao abismo axiológico e à questão da legitimidade. Separar a fundamentação como estágio ou constrangimento à parte parece admitir a separação entre legalidade e legitimidade afastada pelo positivismo e pela dogmática jurídica, assim como pela atitude retórica.

O leitor poderia agora pensar que, diante de uma lide, cada parte envolvida no discurso dogmático escolhe fontes diversas e daí as interpreta e argumenta diferentemente, para daí sugerir cada qual uma decisão. Isso acontece muito, mas nem sempre é assim. Para isso é ilustrativo observar os votos dos magistrados do Supremo Tribunal Federal, por exemplo. Pode haver coincidência de algumas ou até de todas as fontes alegadas e a divergência começar na interpretação; e pode haver coincidência nas fontes e na interpretação, com divergência na argumentação. E pode haver acordo quanto aos três constrangimentos, mas na fase da decisão decisão surgir a divergência. O essencial é que haja conflito pelo menos no quarto passo, na hora de sugerir a decisão, caso contrário não se está numa lide dogmática, pois sem divergência não há lide.

¹⁵ MÜLLER, Friedrich. *Juristische Methodik*. Berlin: Duncker & Humblot, 1997. HÄBERLE, Peter. Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten, in *Verfassung als öffentlicher Prozeß*. Materialien zu einer Verfassungstheorie der offenen Gesellschaft. Berlin: Duncker & Humblot, 1978, p. 155-181.

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

Como tem uma visão retórica do conceito, esta tese procura os significados mais importantes com que a expressão “norma jurídica” é utilizada. A expressão não faz parte do vocabulário comum, mas na dogmática jurídica aparece com três sentidos que serão explorados na presente tese: norma como significante ou expressão simbólica, a chamada fonte do direito, como quando se identificam os conceitos de norma e lei; norma como significado ideal, unidade de um tipo de comunicação racional que promete para controlar agora o futuro; e norma como significado “real” (eventual), o retorno ao mundo dos eventos propiciado pela decisão concreta efetivamente constitutiva da realidade.

O direito parte do mundo dos eventos, com o conflito, e a ele volta, com a decisão.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BALLWEG, Ottmar, Entwurf einer analytischen Rhetorik, in SCHANZE, Helmut (Hrsg.). *Rhetorik und Philosophie*. München: 1989.

BAUER, Martin W. Análise de conteúdo clássica: uma revisão, in: BAUER, Martin W. e GASKELL, George. *Pesquisa qualitativa com texto, imagem e som – um manual prático*. Petrópolis: Vozes, 2005.

BLUMENBERG, Hans. *Antropologische annäherung an die aktualitat der rhetorik. Wirklichkeiten in denen wir leben - Aufsatze und eine Rede*. Stuttgart: Philipp Reclam, 1986.

CASTRO JR., Torquato. *A pragmática das nulidades e a teoria do ato jurídico inexistente*. São Paulo: Noeses, 2009.

CÍCERO, Marco Túlio. *Retórica a Herennio*. Obras Completas de Marco Túlio Cícero (em 16 tomos). Madrid: Libreria y Casa Editorial Hernando, 1928, tomo III.

COLLI, Giorgio; MONTINARI, Mazzino (Hrsg.). *Kritische Studienausgabe* - in funfzehn Bande, vol. I. Berlin: Walter de Gruyter

FERRAZ Jr., Tercio. *Funao social da dogmática jurídica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980

FERRAZ Jr., Tercio. *Introdução ao estudo do direito* – técnica, decisão, dominação. São Paulo: Atlas, 2008, p. 25 s.

GILL, Rosalind. Análise de discurso, in: BAUER, Martin W. e GASKELL, George. *Pesquisa qualitativa com texto, imagem e som* – um manual prático. Petrópolis: Vozes, 2005.

HÄBERLE, Peter. Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten, in *Verfassung als öffentlicher Prozeß*. Materialien zu einer Verfassungstheorie der offenen Gesellschaft. Berlin: Duncker & Humblot, 1978.

KIRSTE, Stephan. O direito como memória cultural. *Revista do Mestrado em Direito* – Direitos Humanos Fundamentais, ano 8, n° 2. São Paulo: Unifioe, 2008

LEACH, John. Análise retórica, in: BAUER, Martin W. e GASKELL, George. *Pesquisa qualitativa com texto, imagem e som* – um manual prático. Petrópolis: Vozes, 2005.

LIAKOPOULOS, Miltos. Análise argumentativa, in: BAUER, Martin W. e GASKELL, George. *Pesquisa qualitativa com texto, imagem e som* – um manual prático. Petrópolis: Vozes, 2005.

MÜLLER, Friedrich. *Juristische Methodik*. Berlin: Duncker & Humblot, 1997.

NIETZSCHE, Friedrich. Über Wahrheit und Lüge im außermoralischen Sinne, in NIETZSCHE, Friedrich. *Nachgelassene Schriften 1870-1873*.

VIEHWEG, Theodor, Notizen zu einer rhetorischen Argumentationstheorie der Rechtsdisziplin, in *Rechtsphilosophie oder Rechtstheorie?* Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft.

VIEHWEG, Theodor. Dogmática jurídica y cetética jurídica en Jhering, in VIEHWEG, Theodor. *Topica y filosofia del derecho*, trad. Jorge M. Seña. Barcelona: Gedisa, 1991.

VILANOVA, Lourival. *As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

WINTER, Steven L. Transcendental nonsense, metaphoric reasoning, and the cognitive stakes for Law. 137 *University of Pennsylvania Law Review* 11. Pittsburg: University of Pennsylvania, abril 1989.