

LUCAS BARBOSA FOLSTER

**As interações de poder e o discurso argumentativo no processo judicial:
uma análise aplicada e interdisciplinar sob a égide da pragmática jurídica.**

Dissertação de Mestrado
Orientadora: Professora Dra. Mara Regina de Oliveira

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo – SP

2020

LUCAS BARBOSA FOLSTER

**As interações de poder e o discurso argumentativo no processo judicial:
uma análise aplicada e interdisciplinar sob a égide da pragmática jurídica.**

Dissertação de mestrado apresentada à DD. Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (FD-USP), na área de concentração Teoria Geral e Filosofia do Direito, sob a orientação da Professora Doutora Mara Regina de Oliveira.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo – SP

2020

Catálogo da Publicação
Serviço de Biblioteca e Documentação
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Folster, Lucas Barbosa

As interações de poder e o discurso argumentativo no processo judicial: uma análise aplicada e interdisciplinar sob a égide da pragmática jurídica. ; Lucas Barbosa Folster ; orientadora Mara Regina de Oliveira -- São Paulo, 2020.

148

Dissertação (Mestrado - Programa de Pós-Graduação em Filosofia do Direito e Teoria Geral do Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2020.

1. Poder. 2. Argumentação . 3. Processo. 4. Pragmática. 5. Interdisciplinaridade. I. Oliveira, Mara Regina de, orient. II. Título.

FOLSTER, Lucas Barbosa.

As interações de poder e o discurso argumentativo no processo judicial: uma análise aplicada e interdisciplinar sob a égide da pragmática jurídica.

Dissertação de mestrado apresentado à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (FD-USP), na área de concentração Teoria Geral e Filosofia do Direito, sob a orientação da Professora Doutora Mara Regina de Oliveira.

Aprovado em ____/____/____.

BANCA EXAMINADORA

Prof(a). Dr(a). _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof(a). Dr(a). _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof(a). Dr(a). _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof(a). Dr(a). _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

AGRADECIMENTOS

Esse trabalho foi desenvolvido em agradecimento a meus pais, João e Elisabete, que insistiram, apostaram e investiram em meu desenvolvimento acadêmico como conquistas que lhe fossem próprias. Também à minha irmã Patrícia, que foi confidente integral que serviu de apoio a meu equilíbrio acadêmico e pessoal.

Agradeço, ainda, à minha orientadora Professora Dra. Mara Regina de Oliveira, que apresentou a interdisciplinaridade como ramo apaixonante e frutífero de trabalho e de prazer. Também a todos os seus alunos de Introdução ao Estudo de Direito, matéria da qual tive a oportunidade de ser monitor, e, assim, me encantar pelo ensino e pelas trocas acadêmicas.

Agradeço a todos os professores, a cujas aulas tive a honra de assistir durante os anos de desenvolvimento da pesquisa, além dos demais pesquisadores, cujos livros foram fundamentais à criação deste trabalho. Dedico, a esses profissionais, imensurável apreço e respeito, assim como a todos os que desenvolvem pesquisas como propulsão do pensamento livre e crítico.

Por fim, agradeço a todos os colegas de mestrado, e amigos de vida, os quais me acompanharam dentro e fora das Arcadas, local a que sempre recorro como fonte de inspiração e acolhimento.

“Não se faz uma fotografia só com a câmera. Ao se fotografar, são trazidas todas as fotos que se viu, os livros que se leu, as músicas que se ouviu, e as pessoas que se amou.” – Ansel Adams

FOLSTER, Lucas Barbosa. *As interações de poder e o discurso argumentativo no processo judicial: uma análise aplicada e interdisciplinar sob a égide da pragmática jurídica*. 148 p. 2020. Dissertação (Mestrado em Filosofia e Teoria Geral do Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2020.

RESUMO:

Esta dissertação se volta ao estudo do processo judicial a partir da perspectiva pragmática, centrando sua análise sobre o poder e a argumentação com referência à metodologia interdisciplinar. Poder é entendido como interação, que se constitui discursivamente para controle, se afastando de uma concepção substantiva apropriável. A argumentação é o mecanismo linguístico pelo qual esse poder se constitui no âmbito processual, sendo suas bases clássicas fundamentais para o sucesso de seus objetivos de persuasão. Na confluência desses dois elementos (poder e argumentação), surge a efetivação legítima dos comandos judiciais, que no manejo de regras e princípios, garantem a segurança jurídica do ordenamento e a estabilidade do sistema. Essas reflexões serão tão mais valiosas quão mais forem confrontadas com perspectivas outras que não apenas a jurídico-normativa, de tal modo que a confrontação interdisciplinar é figura central no desenvolvimento da teoria. A aplicação, portanto, num caso prático, e principalmente na peça teatral *Medida por Medida* (do autor William Shakespeare) darão concretude e criticidade a esses termos teóricos, mostrando como o estudo jurídico se faz cada vez mais pertinente aos estudos sensíveis da realidade e das artes.

Palavras-chave: Poder. Argumentação. Processo. Pragmática. Interdisciplinaridade.

Lucas Barbosa Folster. The power interactions and argumentative discourse at the judicial process: an applied and interdisciplinary analysis under the juridical and pragmatical perspective. 148 p. Master – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2020.

ABSTRACT:

This dissertation is a study of the judicial process from a pragmatic perspective, focusing its analysis on power and argumentation with regard to the interdisciplinary methodology. Power here is here understood as interaction, which is discursively constituted aiming control, moving away from an appropriative and substantive conception of it. Argumentation is the linguistic mechanism by which this power is constituted in the procedural realm, being its classic bases fundamental for the success of its persuasion objectives. At the confluence of these two elements (power and argumentation) arises the legitimate implementation of judicial commands, which in the management of rules and principles, ensures the legal certainty and the stability of the legal system. These reflections will be all the more valuable when confronted with perspectives that extend beyond normative ones, making interdisciplinary confrontation is a central figure in the development of this theory. The application, therefore, in a practical case, and especially in the play Measure for Measure (by author William Shakespeare) will give concreteness and criticism to these theoretical terms, showing how the legal study becomes increasingly pertinent to the sensitive studies of reality and art.

KEYWORDS: Power. Argumentation. Process. Pragmatic. Interdisciplinarity.

SUMÁRIO

| | |
|--|----|
| INTRODUÇÃO..... | 13 |
| 1 DA CONCEPÇÃO DE PODER E SUA APLICAÇÃO AO PROCESSO JUDICIAL | 21 |
| 1.1 DO PROCESSO JUDICIAL E DE SUAS FINALIDADES: A PRETENSÃO DA VERDADE | 22 |
| 1.2 DO PODER NO PROCESSO JUDICIAL | 30 |
| 1.2.1 Teorias processuais quanto ao poder magistral | 31 |
| 1.2.2 Base legislativa nacional quanto ao poder no processo..... | 33 |
| 1.3 RELEITURA SOBRE A CONCEPÇÃO JURÍDICA DO PODER: O PODER COMO INTERAÇÃO | 37 |
| 2 DO DISCURSO ARGUMENTATIVO JURÍDICO | 43 |
| 2.1. A IMPORTÂNCIA DA ARGUMENTAÇÃO NA TEORIA DO DIREITO | 44 |
| 2.1.1 O positivismo jurídico como antecedente histórico da teoria do direito | 45 |
| 2.1.2 A retomada da argumentação como elemento intrínseco ao direito..... | 50 |
| 2.2 A SITUAÇÃO COMUNICATIVA JURÍDICA | 53 |
| 2.3 AS BASES DA RETÓRICA NO DISCURSO JURÍDICO | 56 |
| 2.3.1 O percurso retórico | 59 |
| 2.4 OS DIFERENTES ATORES PROCESSUAIS E SUAS RETÓRICAS PRÓPRIAS | 63 |
| 2.4.1 Retórica na atividade do advogado..... | 66 |
| 2.4.2 Retórica na atuação do magistrado | 69 |
| 3 DAS INTERAÇÕES PROCESSUAIS E A CONSTRUÇÃO DA DECISÃO LEGÍTIMA..... | 73 |
| 3.1 AS BASES NORMATIVAS DO RACIOCÍNIO JURISDICIONAL: REGRAS E PRINCÍPIOS | 75 |
| 3.2 A CONSTRUÇÃO DO PODER DO JUIZ E AS REAÇÕES DAS PARTES..... | 82 |
| 3.2.1 Poder e Comunicação: violência simbólica..... | 83 |

| | |
|---|-----|
| 3.3 A CONSTRUÇÃO DA LEGITIMIDADE DA DECISÃO: ENTRE A LINGUAGEM E O PODER..... | 86 |
| 3.4 A SEGURANÇA JURÍDICA COMO CONTRAPONTO À SUBJETIVIDADE..... | 94 |
| 4 A ANÁLISE APLICADA E INTERDISCIPLINAR | 99 |
| 4.1 A COMPREENSÃO DO PODER E DA ARGUMENTAÇÃO A PARTIR DA PEÇA MEDIDA POR MEDIDA | 102 |
| 4.1.1 Plano de fundo da trama..... | 107 |
| 4.1.2 As interações de poder a partir da peça teatral..... | 108 |
| 4.1.3 A argumentação e o objetivo de persuasão em Medida por Medida | 114 |
| 4.2 APLICAÇÃO DA TEORIA À PRÁTICA: O RECURSO ESPECIAL 627.189/SP..... | 121 |
| 4.2.1 Contexto teórico e prático pertinente ao acórdão..... | 125 |
| 4.2.2 A fundamentação da decisão como elemento interativo: a legitimidade decisória | 127 |
| CONCLUSÃO | 135 |
| REFERÊNCIAS..... | 141 |

INTRODUÇÃO

Como não poderia deixar de ser, a escolha pelo título dessa dissertação já enuncia boa parte do caminho que, por ela, será percorrido. Neste título, além de seus objetos, são indicados o contexto, o método e o aporte da pesquisa, os quais constituem fundamentalmente esta introdução.

Desde essa leitura inicial e introdutória, portanto, fica evidente a construção de, basicamente, dois pilares de sustentação da teoria aqui proposta, sendo um deles referente ao poder e o outro à argumentação. São esses os dois grandes objetos sobre os quais os esforços de análise se concentrarão, devendo, assim, nortear toda a discussão aqui tomada.

Entretanto, ainda de acordo com referido título, esses dois objetos centrais ao estudo estão também especificamente alocados sob âmbito do processo judicial. Ou seja, não se trata de uma discussão de poder e de argumentação em quaisquer termos e contextos, de forma generalizada ou mesmo desafetada. Lado outro, estes objetos estarão sempre afeitos à dinâmica processual tipicamente construída nos tribunais brasileiros, sob pena de, ausente tal inserção situacional, perder-se a teoria em meio a generalizações irreais.

Não bastasse isso, todavia, o título ainda se preocupa em enunciar que esses objetos, já devidamente contextualizados, serão acessados e confrontados por meio de metodologias próprias. Sobre tais metodologias, ainda mais será dito, mas desde logo é importante mencionar que elas serão enriquecidas na medida em que contemplarem principalmente o percurso interdisciplinar e a análise aplicada, que ganharão relevo conforme as bases teóricas forem sendo consolidadas. Assim, como é claro, já é possível notar que a dimensão deste trabalho não se preocupa exclusivamente com a letra da lei ou com abstrações teóricas, sendo evidente a preocupação com uma metodologia diversificada.

E, assim, reconhecidos os objetos centrais, o contexto em que estão inseridos, e os métodos pelos quais serão acessados, o título ainda traz outra valiosa indicação: a de que todas essas informações serão construídas a partir da perspectiva da pragmática jurídica. O olhar pelo qual esse trabalho será desenvolvido será, portanto, precipuamente pragmático, importando-se, sensivelmente, com a atividade comunicativa.

Desse modo, postas essas premissas, e, assim, consideradas as ambições deste trabalho, pode-se concluir e resumir que seu percurso será desenhado, necessariamente, pela interligação dos seguintes pontos elementares: poder e argumentação (enquanto objetos), processo judicial (enquanto contexto), interdisciplinaridade e aplicação judicial (enquanto métodos), e pragmática jurídica (como aporte ou perspectiva). Essas são, então, de modo geral, as questões que devem interessar aos leitores que eventualmente se deparem com esta dissertação.

A vocação, então, é unir todos esses elementos, considerando suas sutilezas e diferenças de abordagem, para que se concretize, fundamentalmente, um trabalho crítico e rigoroso sobre esses cenários. Todavia, para responder a esses objetivos, ainda em caráter introdutório, é preciso ressaltar alguns pontos menos intuitivos que evidenciam os limites desse material, para que, assim, se desenhe seu campo de criação acadêmica.

O primeiro desses pontos diz respeito à concepção que aqui se adota por processo judicial. Isso porque, entendido como situação na qual os objetos em estudo se inserem, o processo judicial é visto, nessa dissertação, como a expressão da unidade da soberania estatal enquanto aplicação das leis materiais de forma indistinta. Ou seja, não se pretende criar uma teoria específica para um ou outro ramo do direito processual, não se limitando, assim, às análises apenas do processo civil ou do processo penal, por exemplo.

O processo que aqui se vislumbra é aquele entendido enquanto ramo autônomo do direito, que se desenvolve, assim, enquanto manifestação da jurisdição estatal, que, por tradição, é uma¹. Trata-se do processo judicial, portanto, independente da matéria jurídica específica que a ele é levada à aplicação, tal qual se desenvolve, geralmente, numa teoria geral do processo².

Esse processo judicial, entretanto, será visto para além das questões normativas com que muitas vezes é estudado em doutrinas processualistas. Por isso, muito embora se parta, em algumas oportunidades, da leitura dos códigos nacionais para entender essa realidade, o estudo que aqui se

¹ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 57.

² Com isso, é evidente, não se pretende dizer que não existam distinções entre os diferentes ramos de estudo processual, como no processo penal, civil ou administrativo. Existem, é evidente, diferenças sobre princípios norteadores dessas distintas abordagens, o que, será contemplado, ao possível nesta obra, sendo feitos apontamentos específicos quando necessário. Mas, a fim de criar uma teoria geral aplicável ao fenômeno jurídico como um todo, essas distinções terão papel apenas complementar nesta teoria, que está mais preocupada com o processo como expressão da autoridade estatal.

propõe romper com essas fronteiras meramente legais, de tal modo a se acessar campos nem sempre explorados pela dogmática jurídica.

Assim, mesmo em se tratando de um contexto predominantemente normativo, o objetivo é construir uma teoria que privilegie a abordagem crítica e filosófica, conforme feito costumeiramente pela *zetética jurídica*. Sobre esta, por sinal, também se mostra prudente fazer certos apontamentos introdutórios para bem situar o leitor, já que essa não é a única abordagem facultada aos estudos jurídicos.

Importante esclarecer, assim, que a *zetética jurídica* representa uma abordagem de investigação que está mais preocupada com o alargamento do estudo do que propriamente com a orientação de ações prescritivas, o que também significa dizer que privilegia o aspecto “pergunta” em detrimento do aspecto “resposta”. Ou seja, a abordagem *zetética* não está interessada apenas na leitura de prescrições normativas de modo a orientar os juristas em como agir frente aos casos que lhes são apresentados, estando mais inclinada a verificar, de modo crítico, aplicado e interdisciplinar, como o fenômeno jurídico se desenvolve na realidade procedimental. Assim, muito embora o raciocínio processual e judicial seja predominantemente dogmático em sua aplicação, a intenção deste trabalho é fazer uma apreciação propriamente *zetética* sobre esse fenômeno³.

Em consonância com isso, a metodologia deste trabalho surge, então, como uma resposta à necessidade de se extrapolar os limites legais dos estudos processuais. Afinal, por meio da apreciação interdisciplinar e aplicada, os termos pragmáticos do processo, para além de seus termos meramente normativos, poderão ser acessados de forma atenta à realidade construída a partir da interação dos sujeitos processuais. E, com isso, mais do que uma leitura de códigos, será possível desenvolver uma leitura da realidade jurídica, constituída, principalmente, em razão dos discursos dos atores do processo judicial. É justamente por isso que se mencionou que toda essa discussão científica será feita a partir da *pragmática jurídica*.

³ Nesse sentido, aproveita-se da proposta do Professor Tércio Sampaio Ferraz Junior, quando da apresentação de seu curso em Introdução ao Estudo do Direito: “o objeto de nossa reflexão será o direito no pensamento dogmático, mas nossa análise, ela própria, não será dogmática, mas *zetética*.” FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 28.

Entretanto, reconhecendo-se que este é um estudo desenvolvido precipuamente no âmbito da Faculdade de Direito, insta-se também alertar, ainda introdutoriamente, o que se entende por “pragmática” em termos linguísticos, que são mais corriqueiros em outros ramos de estudo exteriores aos contornos jurídicos. Nesse sentido, de acordo com a abordagem clássica, a pragmática é vista como a capacidade dos agentes em calcular como, partindo das sequências de enunciações, fazem inferências sobre as suposições dos enunciadores, bem como dos fins pelos quais se comunicam⁴. Em grandes linhas, assim, pode-se entendê-la como um estudo das interações desenvolvidas entre os atores discursivos em virtude de sua comunicação linguística⁵.

Dizer, portanto, que este estudo se desenvolve “sob a égide da pragmática jurídica” significa dizer que o processo judicial será abordado principalmente a partir do viés comunicacional, sendo priorizados os aspectos da linguagem e da interação estabelecida a partir dela⁶. Esta comunicação, por sinal, vai demonstrar o caráter interativo do processo, ensejando os estudos das relações constituídas nesse contexto em termos de poder e de argumentação.

Esses termos específicos, a seguir, poderão ser devidamente aprofundados no decorrer do trabalho, sendo estruturada, inicialmente, no primeiro capítulo, uma concepção atenta ao poder, e posteriormente, no segundo capítulo, uma concepção atenta à argumentação. Então, com a solidificação dessas bases, apenas ao terceiro capítulo, será verificado como esses temas se correlacionam na construção de uma dinâmica processual que se entenda como legítima.

Por esse motivo, em termos de introdução, não cabe, ainda, fazer uma abordagem exaustiva quanto a esses temas, mas sendo, desde já, prudente apontar que essas matérias serão desenvolvidas tendo em mente o estudo interdisciplinar e a verificação da realidade jurídica como métodos de aprimoramento da pesquisa. A esse respeito, cabe fazer outra ressalva, mas agora quanto à metodologia em uso, para adequar as expectativas do leitor.

É importante, pois, frisar que a proposta de um trabalho interdisciplinar é criar algo novo a partir da interação estabelecida entre disciplinas que, outrora, estavam adstritas a seus próprios

⁴ LEVINSON, Stephen C. *Pragmática*. Trad. Luís Carlos Borges, Aníbal Mari. São Paulo: Martins Fontes, p. 64.

⁵ OLIVEIRA, Mara Regina de. Direito, argumentação e poder em Julio César. *In: OLIVO, Luis Carlos Cancelier. Anais [do] I simpósio de direito e literatura*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2011, p. 32.

⁶ BRANDÃO, Helena Hathsue Nagamine. *Pragmática Linguística: delimitação e objetivos*. *In: MOSCA, Lineide Salvador (org.). Retóricas de ontem e de hoje*. 3. ed. São Paulo: Humanitas, 2004, p. 164.

objetos de forma indiferente. No caso deste trabalho, portanto, essa abordagem interdisciplinar, além de agregar alguns termos do direito, da filosofia e da análise do discurso, também agrega a arte como fonte propulsora da ciência.

Nesse contexto, o teatro surge, então, assim como a literatura de modo geral, como uma interessante ponte de diálogo entre essas disciplinas, vez que, a partir dele, possibilita-se uma efetiva reconstrução de mundo em todos os seus elementos⁷. Afinal, as artes, muito mais do que seus aspectos de poética, podem fornecer lições que ultrapassem a mera apreciação estética e possibilitem uma real compreensão e reconstrução de caracteres humanos⁸. Ou seja, a partir das tramas literárias, acessa-se a realidade do mundo para além de construções teóricas e singulares, criando-se um ambiente rico de elementos e circunstâncias, que é intimamente compatível com os objetos de estudos humanos e também jurídicos.

Por isso, considera-se fundamental, para entender os aspectos pragmáticos do processo, a partir de uma perspectiva zetética, que eles sejam acessados por meio de elementos outros que não apenas leitura normativa ou filosófica. E é por isso que, além de abordar a literatura, este trabalho ainda pretende desenvolver uma apreciação prática dos estudos aqui desenvolvidos, até mesmo porque a interdisciplinaridade também preza pela reconstrução fática de conhecimentos teóricos. É o que se chama de estudo orientado: aquele que entende a prática e a teoria numa relação de contribuições mútuas⁹. Por isso, com a análise de um caso prático, será possível mais do que vislumbrar os termos normativos e ideais o tangenciam, podendo-se adentrar à teia de situações que o motivaram, e que constituíram, assim, os interesses que naturalmente permeiam o direito, e dos quais os julgadores não conseguem se libertar.

Em suma, o que este trabalho almeja é reconstruir os termos de poder e da argumentação, relacionando-os dentro do processo judicial, e, então, verificar como eles se sustentam a partir da confrontação com uma trama literária e com um caso prático recentemente julgado pelo Poder

⁷ Nesse sentido, citamos: “Sedução da errância, a Literatura confere ao Sujeito o direito de transformar o espaço da página em página do mundo, incidindo no desenho de comunidades simbólicas que se fazem o lugar primeiro de diálogos disciplinares. Multiplicador, o Sujeito colhe dos saberes disseminados a própria irradiação da subjetividade.” SILVA, Maria Luiza Berwanger da. Espaços de dom e de troca: literatura direito. In: MARTINS-COSTA, Judith (coord). *Narração e normatividade*: ensaios de direito e literatura. Rio de Janeiro: GZ, 2013, p. 29.

⁸ MORIN, Edgar. *A cabeça bem feita*. Repensar a reforma, repensar o pensamento. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2000, p. 49.

⁹ JAPIASSU, Hilton. *Interdisciplinaridade e patologia do saber*. Rio de Janeiro: Imago Editora, 1976, p. 88.

Judiciário nacional, ambos afeitos a esta matéria. Essa proposta de análise aplicada e interdisciplinar será, então, efetivada no quarto capítulo desta dissertação, a partir da leitura da peça teatral shakespeariana “Medida por Medida”¹⁰ e do acórdão proferido no Recurso Especial 627.189/SP, julgado pelo Supremo Tribunal de Federal brasileiro¹¹.

Assim, cada uma dessas abordagens trará suas contribuições críticas próprias à teoria, de tal modo a reafirmar o objetivo ampliativo da pesquisa. Assim, enquanto a peça teatral trará aspectos subjetivos que não seriam acessados pela mera leitura teórica, a análise do acórdão permitirá acessar os elementos institucionais, normativos e reais do direito brasileiro contemporâneo.

Para isso, todavia, é evidente que não bastará a mera leitura textual da obra original de Shakespeare ou do acórdão proferido pelo Tribunal: será preciso analisar seus elementos práticos, vivenciados pela interpretação do texto teatral ou pelo contexto factual que circundava o julgamento do acórdão. Ou seja, assim como a pesquisa teórica se pretende alargada e crítica, também a percepção desses textos interdisciplinares e práticos também necessitarão da mesma abordagem.

Isso porque a interdisciplinaridade não pode ser interpretada como mero conceito teórico, se impondo, cada vez mais, enquanto prática¹², o que apenas se absorve efetivamente como método a partir de um contato profundo e constante com as artes e com as conjunturas estudadas e apreciadas. E, desse modo, assim como a interpretação teatral dá vivacidade ao texto literário¹³, também apreciação de casos contemporâneos e de seus contextos singulares dá vivacidade ao texto da lei. Por isso a pertinência de suas análises complementares e conjuntas, emprestando, mutuamente, as contribuições da reconstrução artística e do contexto factual para além das abstrações teóricas.

¹⁰ SHAKESPEARE, William. *Medida por medida*. Trad. Barbara Heliodora. Rio e Janeiro: Nova Fronteira, 2015.

¹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário 627.189 SP*. Relator: Ministro Dias Toffoli, 3 de abril de 2017. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=3919438>. Acesso em: 10 abr. 2018.

¹² OLIVEIRA, Mara Regina de. *Shakespeare e o Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 7.

¹³ CUNHA, Paulo Ferreira da. Uma enciclopédia crítica e criativa. In: FRANCA FILHO, Marcílio; LEITE, Geilson Salomão Leite; PAMPLONA FILHO. Rodolfo (coords.). *Antimanual de direito e arte*. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 15.

É, portanto, com essa expressão alargada, crítica e intrinsecamente interdisciplinar do direito que este trabalho se preocupa. Entender o direito para além dos reduzidos textos legais e entender os casos práticos para além da decisão posta institucionalmente são atividades que apenas leituras não necessariamente intuitivas, típicas do olhar artístico, permitem. Leituras essas que, sem perder de vista os objetos de estudo, contribuirão à apreciação do direito por meio de visões alternativas aptas a desvendar suas bases que nem sempre são traduzidas aos termos positivos codificados.

Em resumo, será a oportunidade de, imersos nessa metodologia, demonstrar como as relações de poder, embebidas pela comunicação argumentativa, dão vazão a um processo judicial que se pretenda legítimo para além de seus crivos meramente normativos e estritamente jurídicos. Será a oportunidade de, interdisciplinarmente, vislumbrar alguns dos temas mais sensíveis da realidade jurídica contemporânea, que coloca o poder e a comunicação como vetores centrais do almejo de legitimidade.

De agora em diante, portanto, passa-se a apresentar as teorias pertinentes a esses temas, tendo por base a enunciação do percurso apresentado nesta introdução.

1 DA CONCEPÇÃO DE PODER E SUA APLICAÇÃO AO PROCESSO JUDICIAL

Propor um estudo sobre a situação jurídico-processual exige, em primeiro lugar, que sejam feitos os devidos recortes e enquadramentos temáticos, dada a potencial amplitude teórica da discussão. Afinal, o processo judicial não é um objeto de conteúdo simples e materialmente delimitado, mas, antes, uma forma de manifestação do Estado na delimitação de um procedimento voltado à promoção de seus mais variados fins. Ou seja, o processo judicial pode ser considerado, como se passará a sustentar, uma expressão e delimitação das relações de poder constituídas no seio estatal, o que abrange as mais distintas demandas.

Nesse sentido, uma das principais premissas desse trabalho é a de que o processo judicial, tal qual o inquérito, não é propriamente um *conteúdo*, mas, antes, uma *forma* no exercício do saber jurídico, situada justamente na junção do poder e do conhecimento. Ou seja, o processo é um modo de gestão e exercício do poder, que tem como finalidade autenticar uma verdade objetivada pelo Estado¹⁴. Por isso, ainda que possa ser encontrado positivado em uma ou outra lei ou código, o processo judicial não é tomado como sendo um corpo materialmente perceptível, não se resumindo sequer às normas postas pelo legislador¹⁵.

Processo, portanto, ao menos a partir dessa perspectiva proposta, pode ser sumariado como uma forma que garante e molda o exercício de poder, para obtenção de pretensas verdades que interessem a seus interlocutores. Daí a necessidade, então, de não se furtar de discutir as questões concernentes ao tema da verdade, do processo e do poder, de forma interligada, quando vislumbrada essa forma de manifestação da autoridade estatal.

Entretanto, é importante que se diga que, assim como, historicamente, o processo judicial fora abordado por diferentes perspectivas, também o poder e a verdade receberam tratamentos

¹⁴ FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. Tradução Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Morais. Rio de Janeiro: NAU Editora, 2005, pp. 77/78.

¹⁵ A esse respeito, inclusive, cabe dizer que a noção de processo não se confunde com a de procedimento, muito embora, por vezes, sejam tomados como sinônimas. Assim, pode-se dizer que enquanto o procedimento é apenas a sequência de atos posta pelo legislador, o processo é propriamente o instrumento pelo qual o Estado exerce sua jurisdição. Enquanto o procedimento se manifesta de forma extrínseca, o processo se manifesta de modo intrínseco, como uma própria direção do movimento estatal, extravasando a positividade normativa. Cf. LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal*: volume único. 7. ed. Salvador: Ed. Juspodivm, 2019, p. 1323.

opostos a depender da linha teórica adotada pelos trabalhos acadêmicos. Por isso, para entender esses pontos e, então, associá-los, é necessário verificar qual a abordagem teórica de poder que melhor se adequa à percepção pragmática do processo (que fora indicada como aporte principal desta pesquisa ainda a fins de introdução); isso, ao mesmo tempo em que se faz necessário verificar quais são as linhas fundamentais da dinâmica processual que melhor denotam os objetivos legitimamente assumidos pelo Estado.

Para tanto, propõe-se, desde tão logo, a revisitação teórica do termo “verdade”, que, assim como já se enunciou, empresta fundamento e objetivo ao processo, sendo tradicionalmente compreendido como uma de suas principais virtudes em nome da legítima aplicação do direito e constituição de poder. Em seguida, mas ainda neste capítulo, serão verificadas como essas relações de poder, situadas dentro dos objetivos estatais compreendidos pela ideia de verdade, foram tradicionalmente estudadas pela dogmática jurídica, tendo em vista também o cenário normativo sedimentado pela legislação contemporânea a esse respeito. E, por fim, encerrando este capítulo, todo esse cenário será adaptado à concepção filosófica de poder que melhor parece acessar as peculiaridades do fenômeno jurídico e processual, a partir da perspectiva pragmática.

1.1 DO PROCESSO JUDICIAL E DE SUAS FINALIDADES: A PRETENSÃO DA VERDADE

Conforme já então mencionado, para bem se estudar as questões propostas, concernentes tanto ao poder quanto à argumentação, é preciso, em primeiro lugar, entender a situação processual e jurídica em que elas se inserem. Para tanto, é fundamental ter em mente quais são as principais finalidades atreladas ao processo judicial, já que apenas reconhecendo os objetivos aos quais ele serve é que será possível entender em quais sentidos as relações de poder se consubstanciarão dentro dele.

Nesse sentido, é evidente que, em grandes linhas, o processo judicial tem por fim trazer uma decisão jurídica e, assim, aplicar o ordenamento do Estado. Entretanto, da forma como já enunciado no início deste capítulo, o processo, classicamente, também exerce a fundamental função de se autenticar verdades, o que, nos termos modernos, é fonte de interessante debate.

Afinal, hoje, muito se discute se a aplicação do direito é efetivamente também responsável pelo acesso à verdade dos fatos trazidos a julgamento, ou, ao menos, em que termos essa verdade é referida.

Assim, não é novidade que, em qualquer processo, antes de haver uma manifestação estatal sobre a discussão, parte-se de um recorte da verdade, ou do mundo sensível, a partir dos fatos que são levados ao Judiciário, ainda carentes de quaisquer qualificações jurídicas. Afinal, para haver julgamento, é notável que, ao menos na grande maioria das ações, deve haver um aparato fático que origine e impulsione a demanda.

Isso porque, assim como preceitua o artigo 319, inciso III do Código de Processo Civil¹⁶ ou mesmo o artigo 41 do Código de Processo Penal¹⁷, qualquer petição inicial apresentada ao juiz deve trazer, antes de mais nada, um relato dos fatos postos em discussão¹⁸. Portanto, desde quando o Poder Judiciário é provocado, já lhe é posta uma pretensa verdade construída unilateralmente pela parte demandante. Entretanto, esse não é propriamente o cerne da polêmica que permeia a questão, afinal, sempre se soube, com certa tranquilidade, que um julgamento necessitava do aparato fático a incidir, e que ele sempre viria inicialmente contado por um dos lados envolvidos.

A polêmica atual mais latente, assim, concentra-se sobre a forma e a qualidade de construção desses fatos, já que conscientizou-se que eles nunca serão obtidos em toda sua concretude e contemporaneidade. Ou seja, a maior divergência está concentrada entre conceber ou não a descoberta de uma pretensa verdade como um dos objetivos processuais legitimamente entregues ao julgador, ou mesmo impostos às partes. Assim, partes – por meio de seus advogados

¹⁶ Assim é disposto na previsão legal: *Art. 319. A petição inicial indicará: [...] III - o fato e os fundamentos jurídicos do pedido.*

¹⁷ Conforme mencionado: *Art. 41. A denúncia ou queixa conterá a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo, a classificação do crime e, quando necessário, o rol das testemunhas.*

¹⁸ No âmbito do processo penal, a clássica teoria de João Mendes menciona que a queixa ou a denúncia é “uma exposição narrativa e demonstrativa. Narrativa, porque deve revelar o fato com todas as suas circunstâncias, isto é, não só a ação transitiva, como a pessoa que a praticou (quis), os meios que empregou (quibus auxiliis), o malefício que produziu (quid), os motivos que o determinaram a isso (cur), a maneira por que a praticou (quomodo), o lugar onde o praticou (urbi), o tempo (quando). Demonstrativa, porque deve descrever o corpo do delito, dar as razões de convicção ou presunção e nomear as testemunhas e informantes.” ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes de. *O processo criminal brasileiro*. 3. ed. Rio de Janeiro: TyP. Baptista de Souza, 1920, p. 195.

– e juiz passam a construir uma relação controlada pela reconstrução dos fatos e pela necessidade de construção das decisões jurídicas, que inspirará as discussões que se seguem.

Mas antes de prosseguir, já que os atores da relação processual parecem assumir fundamental relevo nessa construção, não se pode deixar de referenciar que, contemporaneamente, segundo alguns entendimentos, se construiu um verdadeiro estigma social sobre os advogados, atores fundamentais dessa situação. A eles, é costumeiramente atribuída a ideia de que seriam, alega-se, sujeitos tendentes a mentir na reconstrução de suas postulações. Não é incomum se ouvir, popularmente, quanto a isso, que, se o processo envolve um combate, seria sempre um confronto entre um que mente e outro que fala a verdade¹⁹.

Essa, entretanto, foi uma construção social que, no mais das vezes, não esteve propriamente atenta à função desses profissionais e à própria regulamentação de ofício desenvolvida pela entidade de classe no Brasil. Nesse sentido, o Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil, por exemplo, em seu artigo 2º, parágrafo único, incisos I, II e III, menciona, dentre outras coisas, a honestidade, a honra e o zelo pela reputação profissional como deveres inerentes ao exercício da advocacia²⁰.

Além disso, é de se apontar que, independente da regulamentação nacional, que pode ser mais ou menos efetiva, essa concepção sobre o ofício dos advogados contraria valor historicamente atribuído à verdade. Na visão de Immanuel Kant, por exemplo, dizer a verdade seria um dever de todo homem, principalmente nas situações em que danos podem ser causados a terceiros²¹ – o que, diga-se de passagem, seria corriqueiro em processos judiciais, os quais, no mais das vezes, colocam em pauta interesses divergentes, que causarão benefícios mas também prejuízos correlatos.

¹⁹ Nesse sentido: “A querela entre os advogados e a mentira é tão antiga quanto a que existe entre o diabo e a água benta. E, entre as facécias costumeiras que circulam sobre a mentira profissional dos advogados, ouve-se fazer seriamente esta espécie de raciocínio: - Em todo processo há dois advogados, um que diz o branco e outro que diz o preto. Verdadeiros os dois não podem ser, já que sustentam teses contrárias.” CALAMANREI, Piero. *Eles, os juízes, vistos por um advogado*. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2015, p. 77.

²⁰ Nesses termos: *Parágrafo único. São deveres do advogado: I - preservar, em sua conduta, a honra, a nobreza e a dignidade da profissão, zelando pelo caráter de essencialidade e indispensabilidade da advocacia; II - atuar com destemor, independência, honestidade, decoro, veracidade, lealdade, dignidade e boa-fé; III - velar por sua reputação pessoal e profissional.*

²¹ Nesse sentido, assim menciona o autor: “Cada homem, porém, tem não só um direito, mas até mesmo o mais estrito dever à veracidade nas proposições a que não se pode esquivar, ainda mais que a si próprio ou aos outros cause dano.” KANT, Immanuel. Sobre um suposto direito de mentir por amor à humanidade. *In: A paz perpétua e outros opúsculos*. Rio de Janeiro: Edições 70, 1990, p. 177.

Portanto, muito embora tenha se constituído a ideia de que os advogados seriam sujeitos, por vezes, inclinados à ideia de mentira, é evidente que isso contraria tanto as disposições legais quanto alguns dos mais relevantes ideais morais, e até filosóficos, pertinentes ao tema. Assim, sem entrar numa reflexão mais profunda sobre o exercício da profissão, é inquestionável que a interface entre o exercício do direito e a verdade sempre perpassou a dinâmica processual.

Entretanto, não interessa, aqui, propriamente, questionar o valor legal ou moral da verdade, nem criar e reafirmar estigmas sociais, mas sim alocá-la ou não como objetivo legítimo e possível do processo. Afinal, é preciso se perguntar se a dinâmica processual serve, ou não, a acessar a veracidade do mundo, ou tão somente a dar respostas, em termos jurídicos e normativos, às demandas.

Nesse sentido, o professor Mirjan Damaška ressalta, de forma contundente, que, a depender do caráter do processo judicial estudado, a importância dada ao acesso dessa verdade é distinta. Em processos, por exemplo, que se voltam primordialmente à criação do direito (como nas ações de controle de constitucionalidade movidas perante a Suprema Corte), a reconstrução dos fatos assumiria menor importância do que em outras demandas. Da mesma maneira, poderia se dizer que, em processos cíveis, a pacificação do conflito assumiria maior importância do que a efetiva descoberta da verdade; ao passo em que, em processos penais, dada a necessidade de proteção do indivíduo e de seus direitos fundamentais, a reconstrução da verdade demandaria maiores esforços²².

O processualista italiano Michele Taruffo, por outro lado, em seu posicionamento clássico, defende que a reconstrução da verdade seria pressuposto para a tomada de qualquer decisão justa em qualquer modalidade de processo²³. Na mesma linha, o também italiano Giovanni Tuzet entende que, apesar de a descoberta da verdade não ser o único fim do processo, ela é um de seus fins principais, o qual, por sua vez, serviria ao fim supremo de se fazer a justiça²⁴.

²² DAMASKA, Mirjan R. *Truth in Adjudication*. Faculty Scholarship Series. Yale, 1998. Disponível em http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2597&context=fss_papers. Acesso em 29 mai. 2018, p. 303/307.

²³ Para o autor, a justiça apenas seria alcançada por uma decisão quando respeitasse: “a correção do procedimento, a justa interpretação e aplicação da lei substancial, a veracidade da verificação dos fatos.” TARUFFO, Michele. *Verdade Negociada? Revista Eletrônica de Direito Processual*, Rio de Janeiro/RJ. v. 13, n. 13, 2014. Disponível em: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/11928/9340>, Acesso em: 30 mai. 2018.

²⁴ TUZET, Giovanni. *Filosofia della prova giuridica*. Torino: G. Giappichelli, 2013, p. 93.

Ocorre que, para além da indefinição do termo justiça – que não nos cabe aqui discutir à exaustão –, é notório, atualmente, que o próprio conceito de verdade vem sofrendo duras críticas filosóficas. E, assim, embora esteja-se falando em “verdade” como fosse um substantivo de pacífica utilização, é de se reconhecer que seus limites e sustentáculos são bastante tormentosos.

Afinal, vem sendo colocado, a cada vez mais em evidência, que o processo judicial – e não apenas ele – seria incapaz de reconstruir tal verdade²⁵, frente tanto às limitações e aos erros dos sujeitos envolvidos, quanto aos entraves impostos pelo próprio ordenamento jurídico. Por isso, pode ser dito que a pretensa verdade construída em âmbito jurídico-processual não guarda compromisso propriamente com o mundo sensível, mas, antes, com a legitimação das decisões postas pelo discurso jurídico²⁶.

Nesse sentido, já que o compromisso primordial do processo é com a legitimidade das decisões, não é de causar surpresa a afirmação de que sejam impostas, pelo sistema legal, certas limitações ao acesso à realidade constituída em termos objetivos. Assim, pode-se mencionar, por exemplo, a vedação à utilização de provas ilícitas no processo, prevista no artigo 5º, inciso LVI, da Constituição Federal. Essa vedação, por óbvio, embora preserve a legalidade do procedimento, também representa uma limitação à aquisição da verdade no processo, já que informações relevantes quanto aos fatos litigiosos poderiam ser prestadas, caso não fossem vedadas.

Afora isso, em alguns casos, por sinal, é ainda interessante notar que o próprio sistema legal reconhece essas limitações inerentes ao processo, e sequer exige elevado grau de certeza do julgador para que este se manifeste. No Código de Processo Civil, por exemplo, a previsão da tutela de urgência, no artigo 300, *caput*²⁷, veicula sua concessão à demonstração da mera *probabilidade do direito*²⁸, o que, tradicionalmente, desde a edição de códigos mais antigos, foi nomeado, pela

²⁵ SUMMERS, Robert Samuel. Formal legal truth and substantive truth in judicial fact-finding - their justified divergence in some particular cases. *Cornell Law Faculty Publications*, 1999. Disponível em: <http://scholarship.law.cornell.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2388&context=facpub>. Acesso em: 30 mai.. 2018, p. 498.

²⁶ SOUZA, Luiz Sergio Fernandes de. *Abuso de direito processual: uma teoria pragmática*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 285.

²⁷ Assim dispõe o *caput* referido artigo: Art. 300. *A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.*

²⁸ Quanto à escolha de palavras feita pelo legislador, assim interpretou a doutrina: “O legislador preferiu falar em “probabilidade” em vez de “plausibilidade”. A rigor, as duas expressões poderiam ser distinguidas, já que algo plausível não é o mesmo que algo provável. Se determinada circunstância é plausível, isso significa que não será de se surpreender se ela de fato for confirmada, se de fato existir; se for provável, causará alguma perplexidade o fato

dogmática jurídica, também como a demonstração da *verossimilhança* das alegações²⁹. O mesmo, insta-se dizer, ocorre no processo penal, no qual as medidas cautelares – notadamente aquelas de caráter pessoal – são condicionadas à demonstração do *fumus comissi delicti* e do *periculum libertatis*³⁰. Note-se que, nesses casos, não se fala em *verdade*, mas, sim, em *verossimilhança*.

É bem verdade que a tutela de urgência, assim como as medidas cautelares penais, são casos excepcionais, já que sequer são uma aferição definitiva do mérito processual. Entretanto, mesmo em casos que não envolvem tal urgência, como a mencionada pelo artigo 300 do Código de Processo Civil, não há, no ordenamento, menção à necessidade de aquisição de uma certeza absoluta e imutável como pressuposto de julgamento³¹, ou mesmo da adoção de critérios fixos para se acessar pretensa certeza³². Os códigos, em geral, portanto, são silentes quanto à necessidade de reconstrução total e à certeza dos fatos, ainda que, conforme visto, tais elementos sejam norteadores necessários à prolação da sentença.

Esse entendimento, por sinal, é preciso já enunciar, se coaduna, com o que vem se desenvolvendo no âmbito das teorias da retórica modernas, conforme se demonstrará no segundo capítulo desta dissertação. Afinal, o âmbito da argumentação também é, primordialmente, o âmbito da verossimilhança, do plausível, e não propriamente o da certeza e da verdade³³. Por isso, é dito

de ela não existir, de não se verificar. Isso nos levaria, pois, à conclusão de que a probabilidade seria um tanto mais exigente que a plausibilidade: nenhuma delas coincide com a certeza, mas a primeira será mais próxima dela que a segunda. Mas, feitas essas considerações, não nos parece que seja possível estabelecer. Em ambos os casos, a cognição é superficial, e o que se exige é sempre que haja a “fumaça do bom direito”, o *fumus boni iuris*.” GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. *Direito processual civil esquematizado*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 384.

²⁹ GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. *Novo curso de direito processual civil: teoria geral e processo de conhecimento* (1ª parte). 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 294.

³⁰ LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal: volume único*. 7. ed. Salvador: Ed. Juspodivm, 2019, p. 1473.

³¹ Conforme dispõe o artigo 504 do Código de Processo Civil nacional, os motivos da sentença e a verdade dos fatos sequer estão amparados pela coisa julgada material. Isso quer dizer que apenas a parte dispositiva das decisões fazem coisa julgada, mas não as reconstruções fáticas que a embasaram, já que podem vir a ser alteradas posteriormente frente às normas provas, sem que seja abalada a segurança jurídica do ordenamento. Nesse sentido: *Art. 504. Não fazem coisa julgada: I - os motivos, ainda que importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença; II - a verdade dos fatos, estabelecida como fundamento da sentença.*

³² Quanto a tal liberdade do juiz em construir sua decisão, a doutrina menciona o chamado “princípio da persuasão racional do juiz”: “Tal princípio regular a apreciação e a avaliação das provas existentes nos autos, indicando que o juiz deve formar livremente sua convicção. Situa-se entre o sistema da prova legal e o do julgamento secundum conscientiam.” CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 76.

³³ PERELMAN, Chaïm. *Tratado da Argumentação: a nova retórica*. Tradução Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 1.

que a argumentação não lida com raciocínios binários de verdadeiro ou falso, mas, antes, com a aparência de verdade e com situações que são apresentadas como mais ou menos convincentes³⁴.

Assim, entendendo o processo como um contexto de discursos intrinsecamente argumentativos, é claro que ele não pode almejar um grau de certeza científica e matemática quanto às pretensas verdades produzidas dentro dele. Por isso, mesmo entendendo a verdade como um valor a ser perseguido dentro do processo judicial, é de se ter em mente que ela nunca será um valor absoluto e inquestionável nessas discussões³⁵. Portanto, parece mais adequado falar-se em verossimilhança, conforme demonstrado acima, já que em maior consonância com as teorias argumentativas próprias da atividade jurídico-processual.

Com isso, entretanto, é evidente que não se objetiva dizer que o julgamento seja uma atividade completamente livre e que possa ser exercida sobre quaisquer construções. A própria legislação nacional exige a motivação judicial quanto às decisões formadas no processo³⁶, bem como exige que seja sempre prestado um relato, pelo julgador, quanto ao que vislumbra ter ocorrido naquele caso em julgamento³⁷. É por isso que costumou-se dizer que, muito embora o sistema brasileiro adote o princípio de livre convencimento do juiz, este livre convencimento deve ser, necessariamente, motivado³⁸, salvo raras exceções³⁹.

³⁴ RODRIGUEZ, Victor Gabriel. *Argumentação jurídica: técnicas de persuasão e lógica informal*. 6. ed. São Paulo: VMF Martins Fontes, 2015, p. 21.

³⁵ Nesse sentido, Chaïm Perelman, sobre quem mais se falará nos próximos capítulos, sustenta que a verdade não é o único valor da lógica jurídica, podendo ser relativizada frente a outros valores que também assumem fundamental importância. Conforme se verá, a argumentação está intimamente ligada à prática do direito, e sobre ela, assim sustenta o autor: “A argumentação não visa à adesão a uma tese exclusivamente pelo fato de ser verdadeira. Pode-se preferir uma tese à outra por parecer mais equitativa, mais oportuna, mais útil, mais razoável, mais bem adaptada à situação. Em certos casos, é verdade que excepcionais, conceder-se-á preferência a outros valores que não a verdade” PERELMAN, Chaïm. *Lógica jurídica: nova retórica*. Tradução Virgínia K. Pupi. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 156;

³⁶ Conforme o Artigo 93, inciso IX da Constituição Federal: “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação.”

³⁷ Quanto aos elementos das decisões judiciais, mais será dito a seguir, ao falar-se da legislação nacional como elemento incentivador do caráter comunicacional e interacional do processo.

³⁸ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 77.

³⁹ Pode ser citado o procedimento do tribunal do júri como uma exceção ao princípio do livre convencimento motivado. Isso porque tanto os jurados na resposta aos quesitos, quanto o juiz presidente na elaboração da sentença absolutória, não são obrigados a fundamentar seus pronunciamentos. No caso da sentença condenatória, entretanto, cabe ao juiz presidente apenas apontar o caminho percorrido para fixação da pena. Nesse sentido: “Como vigora, em relação ao Conselho de Sentença, o sistema da íntima convicção, os jurados não são obrigados a fundamentar o sentido do seu

E, com isso, mesmo assumindo a verossimilhança como valor do processo, é de se mencionar que o relato do juiz na construção de suas sentenças é importante para que aquela decisão por ele prolatada seja também mais facilmente acatada. Ou seja, é preciso que essa verossimilhança seja trazida ao processo com o máximo de provas possíveis que a embasem, para que a discussão seja tomada como legítima por ambas as partes. Trata-se da a verossimilhança elevada a seu grau máximo, a fim de persuadir as partes de que o juiz estava atento a todas as circunstâncias fáticas e normativas levadas à sua apreciação.

Entretanto, é preciso ser alertado que, ao se falar em verossimilhança e ao se negar a certeza das circunstâncias processuais, não se está a falar em irracionalidade. Isso porque, ainda que se almeje a verossimilhança do que foi levado a julgamento, isso não quer dizer que o discurso seja irracional, já que nem mesmo ciências naturais podem alegar chegar sempre a certezas conclusivas. Nesse sentido, é importante se ter em mente que não é a certeza que gera o caráter racional da jurisprudência, mas sim sua adequação argumentativa⁴⁰, como será possível vislumbrar nos próximos capítulos.

Por ora, portanto, é preciso entender como o processo judicial e seus atores lidam com essas construções de verdade e, tomados por quais objetivos, o fazem. E, assim, aos fins dessa reflexão inicial, pode-se verificar que não é possível trazer, ao âmbito processual, um objetivo de construção de certezas cartesianas, com o que, entretanto, não se pretende dizer que a atividade seja completamente livre. Afinal, as provas trazidas ao processo construirão o arsenal a justificar a construção da verossimilhança, despertando, nas partes envolvidas, eventual simpatia, concordância e entendimento da racionalidade da decisão⁴¹.

Será interessante notar, então, a partir desse momento, como se dá a construção da verossimilhança das alegações, principalmente no que diz respeito às manifestações das partes e do juiz no processo. É o momento de se verificar como a comunicação entre esses agentes se

voto. Logo, a decisão absolutória dispensa qualquer fundamentação, porquanto quem aprecia o mérito não é o juiz presidente, mas sim os jurados” LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal*: volume único. 7. ed. Salvador: Ed. Juspodivm, 2019, p. 1473.

⁴⁰ ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*. Tradução Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001, p. 272.

⁴¹ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Direito, retórica e comunicação*: subsídios para uma pragmática do discurso jurídico. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 87.

desenvolve, e como as interações entre eles podem ser lidas em termos de poder e de comunicação, tendo em vista os objetivos atribuídos à dinâmica processual, sobre os quais aqui se falou.

1.2 DO PODER NO PROCESSO JUDICIAL

Pelo que se pôde perceber do item precedente, o processo judicial não pode se esquivar da discussão quanto à construção de verdades – ou das faces de verossimilhança – dentro de seu próprio ceio. Entretanto, muito embora, inicialmente, essa verdade diga respeito apenas ao mundo dos fatos, ou daquelas questões pertinentes ao mundo sensorial do cotidiano humano, é evidente que, na cena processual, esse recorte de realidade é também influenciado pelo olhar normativo.

Hoje, então, sabe-se que a aplicação do direito não se consubstancia numa estruturação estanque e matemática de silogismo, de tal modo que o aplicador do direito deve se preocupar tanto com a reconstrução dos aspectos fáticos quanto dos aspectos normativos da demanda⁴². Afinal, se a aplicação do direito se encerrasse num mero silogismo, dificilmente, surgiram as divergências que interessam aos litígios modernos: a perspicácia do raciocínio jurídico está, então, no controle sobre a construção da interpretação legal e da qualificação dos fatos pertinentes à ação⁴³.

A hermenêutica jurídica mais moderna, assim, entende ser artificiosa a ideia de que norma e fato seriam entidades radicalmente divorciadas e independentes. É bem verdade que estas não são entidades que se confundem, mas passou-se a verificar um movimento de mútua influência entre elas: em apertado resumo, fato e norma construiriam, entre si, um movimento circular em pluralidade de níveis sucessivos e progressivos, criando, a partir dessa interação constante, as condições para julgamento do caso⁴⁴.

A partir dessa constatação, fica ainda mais evidente, então, o amplo espaço de liberdade para desenvolvimento das decisões judiciais, já que nem quanto aos fatos, nem quanto ao direito, essa atividade é indiferente às influências mútuas perpetradas pelos atores processuais. É nesse

⁴² KNIJINIK, Danilo. Ceticismo fático e fundamentação teórica de um Direito Probatório. In: *Estudos sobre o novo direito probatório*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 9.

⁴³ PERELMAN, Chaïm. *Lógica jurídica: nova retórica*. Tradução Virgínia K. Pupi. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 214.

⁴⁴ TUZET, Giovanni. *Filosofia della prova giuridica*. Torino: G. Giappichelli, 2013, p. 22.

cenário, então, que as principais interações de poder irão se construir dentro do processo judicial, de tal maneira que juízes, partes e advogados serão chamados a suas contribuições em termos tanto de interpretação da lei quanto de iniciativa para produção da verossimilhança dos relatos e dos fatos.

Para tanto, nesta primeira oportunidade, será o momento verificar como essas questões tradicionalmente foram recebidas pela prática forense e pela dogmática jurídica, já que suas contribuições não podem ser negadas a um estudo filosófico. Logo em seguida, entretanto, serão contrapostas essas visões doutrinárias com o que, filosoficamente, tem-se entendido pelo fenômeno do poder, fazendo as suas devidas adaptações ao ramo processual.

1.2.1 Teorias processuais quanto ao poder magistral

Tradicionalmente, as teorias jurídicas dogmáticas vislumbraram, nas interações de poder estabelecida entre partes, juízes e advogados, dentro do processo judicial, dois grandes sistemas. Esses sistemas concernem principalmente à instrução probatória da demanda, ou seja, à iniciativa para produção de provas aptas perseguir o maior grau de verossimilhança das questões afeitas ao processo. Existem, entretanto, é claro, outros sistemas que acessam as interações de poder dentro do processo a partir de outros recortes, mas, em termos didáticos, as construções teóricas quanto à instrução processual são as que mais agregam à discussão aqui proposta.

Isso porque, ao se falar em produção de provas, está-se a falar, necessariamente, nas construções de argumentações referentes à aplicação do direito interessada ao controle de verossimilhança. Será visto, então, como essa temática foi tradicionalmente tratada pela doutrina processualista em termos jurídicos, para que, então, as críticas, em termos filosóficos, possam ser feitas rigorosamente.

De início, é de se apontar que alguns autores, a esse respeito, antes mesmo de analisar o sistema jurídico em si, se prestaram a analisar como a interação de poder, no processo, também traduz, na verdade, as orientações sustentadas pelo próprio Estado. Afinal, ao se falar nas interações de poder instituídas pelos magistrados, estar-se-ia a falar, primordialmente, na manifestação de

poder do Estado⁴⁵, na medida em que aqueles são, fundamentalmente, representantes deste. E é por isso que poderia ser dito que, a depender das diferenças na configuração estatal, também seria diversa a configuração das relações processuais.

Nesse sentido, no que tange às orientações do Estado no processo, seria possível falar, em grandes linhas, na diferenciação de dois grandes tipos estatais extremos, os quais vão dar origem a diferentes sistemas processuais. Surgem, então, as figuras didáticas dos chamados Estados ativos e dos Estados reativos.

Os Estados ativos são aqueles mais interessados em impor suas visões sociais na condução da comunidade. Lado outro, os Estados reativos estariam mais preocupados apenas com a manutenção da dinâmica social, sem imposição, na medida do possível, de suas diretivas e valores. Os primeiros (Estados ativos), de modo geral, estariam mais inclinados à adoção de um sistema processual inquisitório – o que não quer dizer, entretanto, eu sejam absolutistas ou totalitários⁴⁶ –, na mesma medida em que os segundos (Estados reativos), por sua vez, seriam mais tendentes à adoção de um sistema processual adversarial⁴⁷.

Esses sistemas inquisitório e adversarial são os dois grandes modelos de processo judicial sobre os quais a doutrina processualista tradicional mais se debruçou nos últimos anos enquanto estudava a dinâmica de condução dos atos processuais. Isso porque a distinção entre esses modelos, embora abstrata e ideal, continua sendo um importante mecanismo comparativo às mãos da dogmática jurídica nos estudos dos diferentes atributos processuais, ainda que sejam encontradas novas dificuldades inseridas pela contemporaneidade⁴⁸.

O sistema adversarial (ou *adversary system*), nesse sentido, seria aquele no qual a condução do processo é dita estar mais sob o domínio das partes e de seus advogados, mantendo-se o magistrado, portanto, numa posição predominantemente passiva. Nesse sistema, cabe às partes

⁴⁵ GOMES, Sergio Alves. *Os poderes do juiz na direção e instrução do processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 42.

⁴⁶ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 10.

⁴⁷ DAMASKA, Mirjan. I due tipi di Sato e gli scopi del processo. In: BESSONE, Mario; SILVESTRI, Elisabetta; TARUFFO, Michele. *I metodi della giustizia civile*. Milano: CEDAM, 2000, p.249.

⁴⁸ ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. O poder instrutório do juiz no processo penal. In: RASCOVSKI, Luiz (coord). *Temas relevantes de direito penal e processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 155.

procurar as provas que serão levadas a juízo e, a partir delas, orientar o debate⁴⁹. Embora tenha vigorado durante a Antiguidade grega e romana, esse modelo entrou em declínio a partir do século XIII, e, atualmente, pode ser vislumbrado, de forma mais pura, principalmente no processo penal inglês⁵⁰.

No sistema inquisitório (ou *inquisitorial system*), por sua vez, o juiz assume papel mais ativo, sendo-lhe atribuída a função de determinar as provas a serem produzidas e a condução de toda dinâmica probatória. Assim, o juiz pode determinar a produção das provas de acordo com suas percepções, sendo desnecessária sua provocação para a indicação das provas, e, assim, atuando de ofício. Ao passo em que o primeiro desses modelos seria predominante em países de tradição de *Common Law*, como a citada Inglaterra, o modelo inquisitorial predomina em países de *Civil Law*⁵¹.

Com isso, percebe-se que os dois clássicos sistemas se constroem em sentidos opostos, a partir da alocação de supostos poderes instrutórios a serem mais ou menos atribuídos a uma ou outra parte, numa interessante gradação que não assume apenas seus pontos extremos⁵². Entretanto, ao menos em âmbito cível, a legislação brasileira que, tradicionalmente, se inclinava a uma abordagem inquisitorial, passou a adotar um sistema próprio a partir, principalmente, da edição do recente Código de Processo Civil, o qual merece maiores atenções dados os novos paradigmas que trouxe para a interação processual brasileira.

1.2.2 Base legislativa nacional quanto ao poder no processo

Desde logo, importante mencionar que aqui não se pretende fazer uma leitura exaustiva dos códigos normativos brasileiros. Afinal, a proposta dessa dissertação não é fazer uma revisão

⁴⁹ TUZET, Giovanni. *Filosofia della prova giuridica*. Torino: G. Giappichelli, 2013, p. 240.

⁵⁰ LIMA, de. *Manual de processo penal*: volume único. 7. ed. Salvador: Ed. Juspodivm, 2019, p. 42.

⁵¹ GRINOVER, Ada Pellegrini. *A iniciativa do juiz no processo penal acusatório*. Disponível em: http://www.metajus.com.br/textos_nacionais/texto-nacional21.html, Acesso em: 04 jun. 2018.

⁵² TARUFFO Michelle. *Il Processo Civile Adversary nell'Espeienza Americana*. Padova: Dott. Antonio Milani, 1979, p. 09.

dogmática, mas perceber como os termos críticos e filosóficos do poder são percebidos dentro do processo judicial instituído pelo Estado.

Portanto, muito embora existam diversas regulamentações sobre a matéria, elege-se aqui, como linha dorsal a ser seguida pela pesquisa, o Novo Código de Processo Civil (Lei 13.105/2015) de acordo com as devidas rememorações constitucionais. Essa eleição, entretanto, não é puramente arbitrária, já que se justifica pelo caráter subsidiário desse diploma normativo, que é aplicado a diversos outros âmbitos do direito, que não apenas às matérias cíveis⁵³. Por isso se diz que o processo originalmente civil não é de aplicação exclusiva ao direito privado, mas também ao direito constitucional, administrativo, tributário, trabalhista, dentre outros⁵⁴.

É bem verdade que algumas divergências podem surgir quanto a casos envolvendo o direito penal principalmente. Entretanto, em termos da construção das relações de poder e da argumentação, as realidades verificadas nos diferentes âmbitos processuais são bastante similares no que tange aos interesses de uma teoria geral, como a aqui proposta. Até mesmo porque a própria Constituição Federal consagra a configuração uma sobre a matéria, não fazendo distinções quanto aos âmbitos do direito processual, ao menos em matéria de competência legislativa⁵⁵. Por isso, objetivando uma teoria geral sobre o processo judicial, parece adequado partir da perspectiva introduzida pelo Código de Processo Civil mencionado, sem perder de vista, que não se trata de uma análise exaustiva e específica sobre todos os ramos do direito⁵⁶.

⁵³ Nesse sentido, assim dispõe o artigo 15 de referido Código: *Art. 15. Na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente.*

⁵⁴ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 58.

⁵⁵ Nesse sentido, “a própria Constituição Federal, discriminando a competência legislativa a União e dos Estado (concorrente), refere-se ao direito processual, unitariamente considerado, de modo a abranger o direito processual civil e o direito processual penal (arts. 22, inc. I e 24, inc. XI)” CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 28ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 57.

⁵⁶ Muito embora não se possa dizer que o Processo Penal tenha a ser regido pelos princípios instituídos pelo Código de Processo Civil, a jurisprudência já enunciou também a aplicação do princípio da cooperação (típico do processo civil, como se verá) em casos penais, conforme pode-se perceber pelo seguinte excerto de ementa de acórdão: “PROCESSO PENAL. RECURSO EM HABEAS CORPUS. DESPACHO QUE DETERMINA A INTIMAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA APRESENTAÇÃO DAS PROVAS QUE PRETENDIA PRODUZIR EM JUÍZO. NULIDADE. AUSÊNCIA. DEVER DE COOPERAÇÃO. DECISÃO QUE ADMITE ROL DE TESTEMUNHAS APRESENTADO EXTEMPORANEAMENTE. NULIDADE. INEXISTÊNCIA. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. RECURSO EM HABEAS CORPUS IMPROVIDO. (...) 2. O nosso sistema processual é informado pelo princípio da cooperação, sendo pois, o processo, um produto da atividade cooperativa triangular entre o juiz e as partes, onde todos devem buscar a justa aplicação do ordenamento jurídico no caso concreto, não podendo o

Referido diploma, diga-se de passagem, representou algumas mudanças não apenas em termos práticos para o processo, mas também em termos principiológicos e sistemáticos ao ordenamento. Nesse sentido, em matéria de interação dos agentes processuais, passou-se a dizer, inclusive, que o novo código rompeu com a dualidade dos sistemas adversarial e inquisitorial apresentada no ponto anterior. Isso porque o diploma processual teria inovado, e, assim, passado a adotar o chamado sistema cooperativo⁵⁷, segundo o qual a condução do processo seria compartilhada por todos os atores processuais, não sendo mais condensada num ou noutro polo da relação entabulada entre partes e juiz.

A esse respeito, o diploma processual foi responsável, conforme muito tem-se discutido na doutrina, por alargar as possibilidades de elaboração de negócios jurídicos atípicos quanto à condução do processo, aumentando a ingerência privada sobre o procedimento, ao mesmo tempo em que manteve presente seus mesmos atores. Foi facultado às partes contratar os procedimentos a serem adotados pelo juiz, desde que fossem respeitosos à legalidade e estipulados em condições de igualdade⁵⁸. Os artigos 190 e 191 de referido código⁵⁹ são os principais responsáveis pela inserção dessa ideologia negocial ao processo, o que, em última análise, representa uma maior necessidade de compartilhamento de esforços por todos os atores envolvidos na demanda, tanto estatais quanto privados.

Magistrado se limitar a ser mero fiscal de regras, devendo, ao contrário, quando constatar deficiências postulatórias das partes, indicá-las, precisamente, a fim de evitar delongas desnecessárias e a extinção do processo sem julgamento do mérito.” BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso em habeas corpus 37.587 SC*. Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, 23 de fevereiro de 2016. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201301244282&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea#>. Acesso em: 17 mai. 2019.

⁵⁷ DIDIER Jr., Fredie. Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 36, n 198, p. 213-225, ago. 2011. *passim*.

⁵⁸ BOCALON, João Paulo. *Os negócios jurídicos processuais no Novo Código de Processo Civil Brasileiro*. 2016. 241f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2015, p. 111.

⁵⁹ Conforme pode-se ler: *Art. 190. Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo. Parágrafo único. De ofício ou a requerimento, o juiz controlará a validade das convenções previstas neste artigo, recusando-lhes aplicação somente nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade. Art. 191. De comum acordo, o juiz e as partes podem fixar calendário para a prática dos atos processuais, quando for o caso. § 1º O calendário vincula as partes e o juiz, e os prazos nele previstos somente serão modificados em casos excepcionais, devidamente justificados. § 2º Dispensa-se a intimação das partes para a prática de ato processual ou a realização de audiência cujas datas tiverem sido designadas no calendário.*

Além disso, o artigo 357, §2º, do mesmo código⁶⁰, também passou a mencionar que as partes podem, inclusive, convencionar quanto às questões de fato que serão, ou não, levadas a prova no processo, sendo essa convenção, entretanto, sujeita à homologação pelo magistrado. Ou seja, também quanto ao saneamento do processo, o consensualismo foi privilegiado, de tal modo que passam a ser ainda mais harmonizados o exercício da jurisdição estatal e a liberdade individual das partes⁶¹. Em termos interativos sobre o processo, portanto, é um progresso, que parece procurar confluir as atuações de agentes, que outrora, eram vistos apenas como opostos.

Essas, portanto, são algumas das mudanças dos paradigmas legislativos do processo judicial, inseridas a partir das novas disposições legislativas. É de se adiantar, assim, que essa perspectiva cooperativa de processo parece se aproximar, ainda que timidamente, da teoria de poder que aqui se demonstrará, já que, por meio dela, o poder passa a assumir traços interativos e compartilhados, já que cooperativo.

Entretanto, é imperioso se apontar que uma leitura desatenta e superficial de tais previsões ainda pode levar à reprodução de termos dogmáticos da percepção do fenômeno do poder nesse contexto, objetivo não traçado por este trabalho. Por isso, muito embora a visão consensualista do processo tenda a se relacionar melhor com as leituras de poder aqui objetivadas, é preciso ter em mente que esse fenômeno será apenas acessado, efetivamente, em seu caráter filosófico, crítico e zetético, conforme proposto, quando essas teorias levarem em conta toda sua dinâmica, não as reduzindo às suas feições dogmáticas e positivadas. Afinal, a averiguação dogmática do poder no processo deve responder a necessidades incompatíveis com uma análise zetética questionadora de limites.

A proposta, então, do próximo item deste capítulo, será a de desconstruir a perspectiva meramente normativa do poder, para reconstruí-la a partir das abordagens filosóficas imersas principalmente à pragmática jurídica.

⁶⁰ Conforme pode-se ler: *Art. 357. § 2º As partes podem apresentar ao juiz, para homologação, delimitação consensual das questões de fato e de direito a que se referem os incisos II e IV, a qual, se homologada, vincula as partes e o juiz.*

⁶¹ LIPIANI, Júlia; SIQUEIRA, Marília. O saneamento consensual. In: DIDIER JR., Fredie. *Novo CPC doutrina selecionada*. v. 2. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 278.

1.3 RELEITURA SOBRE A CONCEPÇÃO JURÍDICA DO PODER: O PODER COMO INTERAÇÃO

Pelo que se pôde perceber das teorias doutrinárias processualistas que trataram da interação existente entre advogados, partes e juízes dentro do processo, todas elas utilizaram um conceito de poder próprio da dogmática jurídica. Ou seja, foi utilizado um conceito de poder, segundo o qual lhe é atribuído o caráter de substância a ser detida por um ou a outro ator judicial em detrimento dos demais.

O poder, nessa abordagem dogmática, então, é visto como algo a ser exercido por alguém, perante outrem, numa atividade individualizada e racionalizada a partir da legislação⁶². Nessa perspectiva, tem-se o caráter genérico do “poder jurídico”, que se consubstancia a partir das diferentes funções atribuídas pela legislação e pelo processo, tal qual na configuração do poder instrutório entregue às partes ou ao juiz. Por isso, é de se falar que a dogmática jurídica, em suas teorias, ao construir o tal termo de “poder jurídico”, castra, em certa medida, as dimensões mais profundas do complexo fenômeno do poder, que não se esgota na mera normatividade.

Isso porque o fenômeno foi profundamente racionalizado nesse contexto precipuamente dogmático, fazendo-se esconder seu intrínseco caráter interacional, para transformá-lo numa substância apropriável por um ou por outro agente⁶³. Isso ficou claro quando foram aqui apresentados os clássicos sistemas referentes aos chamados poderes processuais na instrução da demanda.

Afinal, tanto ao se falar do sistema adversarial, quanto ao tratar do sistema inquisitório, o poder era sempre visto como um elemento alocado em uma ou outra esfera da relação, como se aquele que o detivesse fosse elevado a uma situação de pleno controle. Ainda quando falado sobre o novo sistema cooperativo, embora tenha havido avanços em termos interativos no processo, o

⁶² Mesmo quando se falou da concepção consensualista do processo, não se vislumbrou uma revolução quanto à abordagem jurídica corriqueira da matéria, já que o poder continuava sendo visto como um elemento reificado, dividido em mãos de diferentes atores. Assim, o poder, em nenhuma das perspectivas apresentadas, era vislumbrado como uma efetiva interação conforme os moldes que serão apresentados a partir de agora no trabalho, sendo verificado, naquelas hipóteses, apenas enquanto substância positivada.

⁶³ OLIVEIRA, Mara Regina de. *O desafio à autoridade da lei*. A relação existente entre poder, obediência e subversão. Rio de Janeiro: Corifeu, 2006, p. 21.

poder continuou a ser reificado e apenas dividido de forma distinta, afinal, as necessidades dogmáticas de respostas simplificadas e objetivas continuaram presentes a partir do processo de positivação.

É preciso dizer, entretanto, que esse é o modo como, geralmente, as doutrinas jurídicas tratam da dinâmica estabelecida entre os sujeitos, seja em âmbito processual ou mesmo material. Essa é a forma como o direito, de modo geral, aborda o fenômeno do poder em todo seu contexto jurídico, já que imerso às necessidades dogmáticas de controle, responde satisfatoriamente seu esforço em alocar competências. Entretanto, essa não é a realidade efetivamente verificada na dinâmica processual, já que, para além dos termos normativos e dogmáticos, ela envolve, necessariamente, termos de comunicação e de interação,⁶⁴ os quais abrangem toda complexidade humana não positivada.

Ou seja, a partir do momento em que se entende a dinâmica processual e a decisão judicial como fruto de um esforço comunicativo⁶⁵, e não apenas como frutos de um processo estritamente normativo, é evidente que as interações de poder construídas em seu contexto também devem ser atentas a essas outras dimensões. E, portanto, nesse cenário, falar em poder é também falar em comunicação, em discurso, conforme a teoria aqui desenvolvida busca sustentar.

Por isso, a comunicação não é vista, a partir desse viés, como um elemento secundário, mas como constituidor do próprio poder. E, assim, questionando-se um caráter dogmático e simplificado do fenômeno, a linguagem assume papel central em sua configuração, de tal modo “o discurso não é simplesmente aquilo que traduz as lutas ou os sistemas de dominação, mas aquilo porque, pelo que se luta, o poder pelo qual nos queremos apoderar”⁶⁶.

Portanto, o discurso passa a se apresentar e se constituir como uma das faces do poder, executando e legitimando os mandamentos que este representa⁶⁷. Não por outro motivo, não se entende, aqui, que o poder se encerre na normatividade e na positivação, sendo muito mais

⁶⁴ TUZET, Giovanni. *Filosofia della prova giuridica*. Torino: G. Giappichelli, 2013, p. 27.

⁶⁵ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 287.

⁶⁶ FOUCAULT, Michel. *A ordem do discurso: aula inaugural no Collège de France, pronunciada em 2 de dezembro de 1970*. Tradução Laura Fraga de Almeida Sampaio. 24. ed. São Paulo: Loyola, 2014, p. 10.

⁶⁷ ANDREWS, Christina W. *Emancipação e Legitimidade: uma introdução à obra de Jürgen Habermas*. São Paulo: Unifesp, 2011, p. 123.

complexo e profundo que o conceito reificado do “poder jurídico”. Afinal, por mais que a legislação tentasse captar toda a complexidade desse fenômeno, suas disposições seriam esgotáveis, ao passo em que as relações continuariam a se desenvolver de forma infinita na realidade dos tribunais e no corpo social.

Portanto, por se constituir numa dinâmica comunicativa, não se pode menosprezar seu caráter interativo e complementar, de tal modo a não se confundir com a mera coação, já que não representa um abandono ou menosprezo da seletividade daquele com quem se comunica⁶⁸. E é em virtude disso que o poder, aqui, não se confunde com o abuso, com a intimidação ou com a mera imposição de vontade pela força. Desse modo, para haver o exercício efetivo e legítimo do poder, deve haver o estabelecimento de uma relação complementar entre os sujeitos processuais, tal qual ocorre numa comunicação linguística.

Esta relação, por sinal, exige respeito às liberdades das partes para se mostrar legítima, uma vez que em nada se confunde com a mera sobreposição ou aniquilamento de um dos sujeitos da relação. Nesta última hipótese, em que a seletividade de uma das partes é aniquilada, não se está frente a um uso razoável, mas sim de um abuso desse poder⁶⁹, na medida em que desconfigurada a relação comunicativa.

Sobre essas questões, todavia, mais será visto ao terceiro capítulo deste trabalho, quando da demonstração das formas de se construir a legitimidade da decisão a partir da comunicação. Mas, desde logo, fica evidente que o fenômeno do poder, que perpassa a teoria processual, não se vincula à imposição, mas sim a uma interação harmônica e multidirecional pautada pela linguagem.

Essa, por sinal, é uma das chaves do pensamento do autor francês Michel Foucault, o qual identificou que o poder não é exercido *sobre* os indivíduos, mas, sim, *os perpassa*, numa interação plurilateral, fundada principalmente no discurso⁷⁰. Deste modo, num clássico excerto de sua obra, Foucault sustenta que o fenômeno do poder “nunca está localizado aqui ou ali, nunca está nas mãos

⁶⁸ LUHMANN, Niklas. *Poder*. Tradução Matine Creusot de Rezende Martins. Brasileira: Universidade de Brasília, 1985, p. 9.

⁶⁹ OLIVEIRA, Mara Regina de. *Shakespeare e o Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 29.

⁷⁰ FOUCAULT, Michel. Diálogo sobre o poder. In: MOTTA, Manoel Barros (org.). *Ditos e Escritos*. Estratégias, Poder-Saber. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003, p. 253.

de alguns, nunca é apropriado como a riqueza ou um bem. O poder funciona e se exerce em rede. [...] Em outros termos, o poder não se aplica aos indivíduos, passa por eles.”⁷¹

É nesse sentido, então, que surgem as principais contribuições de autores modernos que passaram a unir as teorias da pragmática às teorias do poder. Afinal, a partir do momento em que o poder é entendido como relação, ele necessita do estudo da comunicação reflexiva estabelecida pelos comunicadores.

Essa junção apenas poderia ser desenvolvida por meio de um raciocínio zetético – e também interdisciplinar – que unisse teorias que aparentemente estariam dissociadas. Poder e comunicação passam a representar faces do mesmo fenômeno que se concentra justamente no controle de seletividade dos partícipes, numa confluência de teorias –pragmáticas e de poder – que foi desenvolvida também pela Professora Mara Regina de Oliveira⁷².

Portanto, o poder, além de não ser mais visto como um fenômeno unidimensional ou mesmo passível de apropriação, se transforma numa teia voltada à comunicação e à seleção de comportamentos. E, assim, passa a se constituir como fragmento elementar de todas as interações humanas, estando presente em qualquer tipo de relação: não apenas naquelas firmadas entre propensos soberanos e súditos⁷³.

Torna-se adequado, pois, sustentar que sequer existe direito alheio às relações de poder, sendo atribuído a este o caráter de princípio constitutivo daquele⁷⁴. Ou seja, uma análise jurídica que menospreze a averiguação das relações de poder corre risco de transformar-se numa análise superficial que não acesse os próprios traços fundantes de toda lógica coercitiva do direito. Por isso, mais do que entender o processo judicial pautado no direito, é preciso entender como as relações de poder que lhe são típicas se constituem, principalmente em termos comunicativos, já que sempre que discursamos estamos criando uma nova relação interpessoal⁷⁵.

⁷¹ FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*. Rio de Janeiro: Graal, 1979, p. 183.

⁷² OLIVEIRA, Mara Regina de. *O desafio à autoridade da lei. A relação existente entre poder, obediência e subversão*. Rio de Janeiro: Corifeu, 2006, p. 102.

⁷³ *Ibidem*, p. 61.

⁷⁴ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 334.

⁷⁵ RODRIGUEZ, Victor Gabriel. *Argumentação jurídica: técnicas de persuasão e lógica informal*. 6. ed. São Paulo: VMF Martins Fontes, 2015, p. 472.

Isso posto, fica, então, latente a necessidade de se fazer uma releitura da dinâmica de poder constituída dentro do processo judicial (cerne desta dissertação) a partir desse caráter filosófico e pragmático proposto. Não interessa mais verificar quais são os detentores exclusivos do poder no processo, nem mais investigar em quais polos ele será cristalizado. Pelo contrário, interessa saber sobre quais bases e por meio de quais instrumentos ele será exercido, já que isso possibilitará entender como o direito, como um todo, se concretiza.

Em resumo, o poder não será mais visto como algo exercido hierarquicamente, mas sim discursivamente⁷⁶, e surgirá, no contexto processual, como uma interação inerente à prática jurídica. Interação esta que apenas o discurso será capaz de construir de forma a produzir pretensa legitimidade e efetivo controle.

É bem verdade, entretanto, que esse sistema interativo comunicacional não é imune a falhas e abusos, de tal modo que também pode se corromper numa relação impositiva. Ou seja, ao se argumentar um sistema interativo e até mesmo cooperativo, não se sustenta um modelo utópico e ideal, mas, antes, um sistema comunicacional que está sujeito a suas assimetrias. O objetivo deste trabalho é verificar como esse sistema se constrói, analisando profundamente suas bases discursivas para, então, ao terceiro capítulo, verificar como esses elementos e associam na criação de relações legítimas.

O estudo da atividade argumentativa do próximo capítulo assume, então, o papel de demonstrar como essas interações se constituem na prática e como servem a otimizar o caráter comunicativo do processo judicial. Mais do que a construção de um modelo ideal – que seria inatingível –, privilegia-se o modelo real efetivado por um discurso verificável e notadamente retórico. E, assim, acaba-se por reafirmar a necessidade de não se limitar este estudo apenas aos caracteres típicos das ciências jurídicas, sendo intrinsecamente necessária a retomada de termos típicos de análises e teorias discursivas. Afinal, não haverá, qualquer avanço científico, real e complexo se toda a discussão se limitar aos conhecimentos puramente do direito.

⁷⁶ OLIVEIRA, Bruno Batista da Costa. *Jurisdição e poder: os usos disciplinares dos discursos do processo civil*. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 328 p., 2014, p. 55.

É sobre a análise alargada desse discurso, portanto, que o próximo capítulo irá se debruçar, adentrando às peculiaridades da comunicação argumentativa como forma de constituição das relações de poder, por parte dos atores judiciais.

2 DO DISCURSO ARGUMENTATIVO JURÍDICO

Na mesma linha do que se sustentou no capítulo precedente, compreender as interações de poder estabelecidas processualmente entre os agentes é, em certa medida, também entender como eles se comunicam⁷⁷. Afinal, conforme os entendimentos mais modernos, direito e linguagem não podem ser entendidos como dualidades dicotômicas e intangíveis, já que constituem, intrinsecamente, ambas, jogos de sentido e de poder⁷⁸.

Desse modo, pode-se dizer que entender a decisão judicial não se resume num estudo isolado apenas sobre ela, sendo preciso, além disso, entender o percurso discursivo que se estendeu até sua prolação. Afinal, conforme vem sendo sustentado desde mesmo Hans Kelsen, aos cidadãos, por meio do processo judicial, também é dado “intervir na produção da norma jurídica individual que é estabelecida pela decisão”⁷⁹.

Assim, parte-se do pressuposto de que o direito processual serve precipuamente a assegurar, numa linha temporal, social e material, o desenvolvido da comunicação de seus interlocutores específicos. Ao mesmo tempo, então, em que limita a atuação por meio de suas normas postas, é a partir desse direito processual que restarão os “vácuos”, onde discurso jurídico e argumentativo vai se desenvolver⁸⁰. É como se o processo fosse representado por um esqueleto normativo, que necessita ser preenchido pelo discurso para se sustentar. Por isso, mais do que estudar as normas do processo que foram codificadas, é preciso acessar também esses espaços de não-

⁷⁷ Nesse sentido, evidencia-se que a atividade de argumentar é naturalmente interacional e está também ligada à instituição do poder, que é algo também construído a partir dessa relação comunicativa. Nas palavras da Professora Lineide Salvador Mosca: “Partindo-se do princípio de que a argumentatividade está presente em toda e qualquer atividade discursiva, tem-se também como básico o fato de que argumentar significa considerar o outro como capaz de reagir e de interagir diante das propostas e teses que lhe são apresentadas. Equivale, portanto, a conferir-lhe status e a qualificá-lo para o exercício da discussão e do entendimento, através do diálogo. Na verdade, o envolvimento não é unilateral, tendo-se uma verdadeira arena em que os interessados se entrecrocaram, quando o clima é de negociação, e em que prevalece o anseio de influência e de poder.” MOSCA, Lineide Salvador. *Velhas e novas retóricas: convergências e desdobramentos*. In *Retóricas de ontem e de hoje*. 3ªed. São Paulo: Humanitas, 2004, p.17.

⁷⁸ VILLARRUEL-SILVA, Mário Luis. Direito e linguagem: entre tradição formativa, plexos discursivos e jogos de sentido e poder. In: *Direito, Discurso e Poder*. Plexos pela linguagem. Niterói: PPGSD, 2016, p. 28.

⁷⁹ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 8. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 165.

⁸⁰ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre faticidade e validade*. v. 1. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 295.

regulamentação, o que apenas se desenvolve por meio das teorias do discurso – e não propriamente das teorias jurídico-dogmáticas.

Para responder a essas necessidades de estudo, então, este capítulo se dedica a averiguar a atuação dos atores processuais em termos comunicativos. E, assim, compreendendo esse discurso como notadamente argumentativo, é preciso estudar as teorias da argumentação no contexto do direito, e entender os mais diversos mecanismos linguísticos utilizados pelos juízes e pelos advogados na construção de suas interações processuais. Por isso, a partir de agora, serão apresentados desde os precedentes históricos da argumentação no Direito, até as teorias mais contemporâneas que estudam suas bases linguísticas.

2.1. A IMPORTÂNCIA DA ARGUMENTAÇÃO NA TEORIA DO DIREITO

Antes de propriamente entender a importância que a argumentação vem assumindo, contemporaneamente, dentro dos estudos jurídicos, é preciso ter uma breve noção do percurso histórico enfrentado pelas próprias teorias do direito, já que, nem sempre, a relação de um estudo com o outro foi tão evidente. Pode-se dizer, assim, que a relação estabelecida entre as teorias do direito e da argumentação assume um movimento pendular, ou seja, por vezes constituindo uma interação estrita e, por outras, assumindo uma maior separação em sua perspectiva histórica e acadêmica.

Por evidente – até mesmo por uma questão de delimitação temática –, a proposta deste trabalho não é reconstruir toda a história dos estudos jurídicos, e, por isso, cinge-se a verificar apenas as correntes teóricas um pouco mais recentes, adotando, como ponto de partida, meados do Século XIX.

Isso porque, a partir desse recente marco histórico, começou-se a desenvolver uma das principais correntes a influenciar o direito contemporâneo, na mesma medida em que foram criadas algumas das principais bases sobre as quais outros autores vão sustentar suas críticas para a efetiva inclusão da argumentação no cenário recente da teoria do direito. Por isso, é importante fazer um atentado estudo sobre o chamado positivismo jurídico, para que se entenda o que levou o direito a seu atual estágio de estudos.

2.1.1 O positivismo jurídico como antecedente histórico da teoria do direito

O positivismo jurídico é um movimento que geralmente é apresentado a qualquer aluno de graduação logo nos primeiros anos das faculdades de direito. Entretanto, ao mesmo tempo em que é um período que suporta algumas leituras desatentas e superficiais, também traz valiosas contribuições para a teoria jurídica como um todo. Faz-se prudente, então, se debruçar rapidamente sobre ele.

De início, cabe mencionar que, após algumas fases consecutivas que tentavam aproximar os estudos do direito em relação à religião, à moral ou às ciências naturais, o movimento positivista, preponderante no mencionado século XIX, surgiu como um rompimento a essas visões. Isso porque a escola positivista, em síntese, objetivava um estudo estrutural do direito, mais preocupado com a elaboração de um sistema normativo perfeito⁸¹ do que com fundamentações externas, não normativas.

Para essa corrente, então, só existiria uma possível manifestação do direito, que é aquela definida exclusivamente pelo Estado por meio do seu legislador racional. Em virtude disso, nesse período, acabou-se constituindo o que alguns autores chamaram de um certo fetichismo pela figura da lei, a qual deixou de ser meio, para ser um fim em si mesma na realidade jurídica⁸².

É justamente nesse contexto que surge um dos principais autores positivistas: o austríaco Hans Kelsen, em cuja teoria é imperioso que seja feita uma breve imersão dissociada de falácias que historicamente se construíram a seu respeito. Kelsen, é bem verdade, não pode ser considerado como uma espécie de porta-voz da teoria positivista como um todo, já que existem muitos outros autores que desenvolveram teorias com traços próprios a esse respeito, mas a complexidade de sua obra angariou tanto críticos quanto seguidores, que permitem um aprofundamento razoável.

Referido autor, em seu escrito mais notável, chamado de Teoria Pura do Direito, almejou a criação de uma ciência jurídica que fosse efetivamente pura, ou seja, blindada de influências

⁸¹ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 54.

⁸² BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. *Introdução ao Estado do direito: humanismo, democracia e justiça*. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 192.

externas, e que elevasse a norma jurídica ao posto de único objeto de estudo, excluindo justificações estranhas à estrutura normativa⁸³. Com isso, entretanto, é importante que se diga, o autor austríaco não pretendia a criação de uma teoria do “direito puro”, mas tão somente a construção de uma “teoria pura” sobre seu objeto de estudo – conforme enunciado pelo próprio título de sua obra. Ou seja, a pureza recai mais sobre o estudo do que sobre o objeto em si. Isso porque Hans Kelsen confessava que as normas jurídicas, em sua positividade, não são totalmente alheias a certos parâmetros sociais, históricos e até mesmo éticos⁸⁴, não sendo certo atribuir-lhe uma ingenuidade típica da defesa de um direito puro.

À essa época, também não foi negada uma relação, ainda que muito discreta, entre a validade e a eficácia das normas jurídicas. Afinal, para o autor, a validade normativa dependia de que as normas também fossem minimamente eficazes⁸⁵. Entretanto, esse não era posto como o fundamento da validade jurídica, algo que apenas era construído sistematicamente em função de uma estrutura formal e hierárquica de normas. Estrutura essa que encontrava, como fundamento último de validade a norma fundamental, a qual, diferentemente das demais, era apenas pressuposta, e não posta por um efetivo poder estatal⁸⁶.

Aos fins dessa dissertação, insta notar, então, que a teoria científica defendida pelos positivistas concentra seus esforços na relação estabelecida pelas normas entre si. Ou seja, o argumento de validade e conceituação do direito é sempre formal e estrutural. Em razão disso, a conceituação de Kelsen outorga ao jurista um papel reduzido frente aos problemas e questões das ciências sociais, cingindo-se à questão de validade das normas jurídicas. São valorizados, assim, o ritualismo do Estado e um direito enquanto forma, o qual abarca, em princípio, quaisquer conteúdos⁸⁷.

Este mesmo raciocínio, contudo, não engloba apenas as normas jurídicas postas pelo legislador, mas capta também a decisão judicial, que passa a ser entendida como a criação de uma norma jurídica específica que depende do sistema hierárquico normativo para tomada de

⁸³ KELSSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 8. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 1.

⁸⁴ GOYARD-FABRE, Simone. *Filosofia crítica e razão jurídica*. Tradução Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 234.

⁸⁵ KELSSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 8. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 12.

⁸⁶ *Ibidem*, p. 9.

⁸⁷ BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. *Introdução ao Estado do direito: humanismo, democracia e justiça*. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 194.

validade⁸⁸. Assim, também o fundamento de validade das decisões judiciais recai sobre as normas postas (e, apenas em última instância, pressuposta) pelo Estado. E, assim, essa construção sistemática, hierárquica e normativa de tomada de validade acaba por influir também no Poder Judiciário e na tomada de suas decisões.

Essas decisões, entretanto, de acordo com o mesmo Kelsen, não prescindem da interpretação, como poderia ser levado a crer numa leitura inicial. Assim, mesmo nesse sistema normativo positivista, o direito passa a assumir certo caráter plural na medida em que uma mesma lei pode dar vazão a vários sentidos interpretativos distintos. Mas esses sentidos, na visão do autor, não têm o condão de se tornarem, todos, direito positivo, já que apenas aquele que for posto pela autoridade competente é que será considerado juridicamente válido, sendo considerado como a interpretação autêntica⁸⁹.

Com isso, o autor contraria teorias que advogariam ser possível apenas uma solução aos casos concretos a partir da mesma lei, já que pressupõe que as interpretações podem ser muitas. Kelsen rompe, portanto, com o ideal ingênuo do estudante de direito que acredita encontrar uma única interpretação que possa ser considerada “correta” ou “verdadeira” frente a um comando normativo⁹⁰. Mas, ao mesmo tempo, ainda quanto a essa pluralidade, o mestre austríaco reafirma que apenas uma interpretação, ou uma decisão, dentre todas elas, poderá ser considerada efetivamente como direito: apenas aquela posta pela autoridade determinada como competente pelas normas jurídicas. Ou seja, em última instância, retorna-se sempre à norma jurídica para fechamento da teoria, ao diferenciar o que seria efetivamente uma interpretação autêntica, ainda que não necessariamente verdadeira.

Cientes de tudo isso, entretanto, a escola positivista e a teoria de Kelsen, por mais que muito valiosas para o desenvolvimento da ciência jurídica, não remanesceram imunes a críticas. Pelo contrário, segundo alguns autores, o raciocínio positivista, quando levado a termos estritamente

⁸⁸ Assim, para referido autor, norma jurídica não é apenas posta pelo legislador, mas também aquela posta pelo juiz, que se submete à mesma lógica de validade: “O conhecimento, porém, não é o essencial: é apenas o estágio preparatório da sua função que, como adiante melhor se mostrará, é simultaneamente – não só no caso do legislador como também no do juiz – produção jurídica: o estabelecimento de uma norma jurídica geral – por parte do legislador – ou a fixação de uma norma jurídica individual – por parte do juiz.” KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 8. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 81.

⁸⁹ *Ibidem*, p. 390.

⁹⁰ OLIVEIRA, Mara Regina de. *O desafio à autoridade da lei. A relação existente entre poder, obediência e subversão*. Rio de Janeiro: Corifeu, 2006, p. 16, p. 100.

dogmáticos, acabou por afastar o estudo do direito da realidade prática⁹¹, sendo criticado seu esvaziamento axiológico principalmente a partir dos acontecimentos contemporâneos à Segunda Guerra Mundial⁹².

Com isso, todavia, não se objetiva dizer que os autores positivistas tenham desenvolvido qualquer relação direta com a construção dos sistemas totalitários que antecederam a guerra. Essa seria uma leitura estrábica e desarrazoada da teoria positivista, afinal, sua premissa básica era justamente ser descritiva sobre o ordenamento jurídico, sem dar-lhe qualquer motivação política ou de valor.

É bem verdade, por outro lado, que, especialmente a partir o emblemático processo de Nuremberg, posterior à mencionada guerra, entrou em vigor a discussão de que o Estado e a legislação também poderiam ser criminosos e iníquos, gerando uma profunda revolução sobre a orientação positivista até então dominante⁹³. Isso porque, nesse processo, foi constatada a natureza criminosa do regime nazista e a ilegitimidade do sistema normativo por ele instalada⁹⁴, chamando os teóricos a refletir sobre a estruturação jurídica que se constituía .

Em grandes linhas, esse processo tratou do julgamento de autoridades nazistas que se defendiam sob a alegação da existência de uma ordem jurídica estatal vigente que legitimaria as suas condutas artroses, mas que, apenas posteriormente, ao fim da guerra, foram entendidas como criminosas. Ou seja, teria havido uma mudança de percepção sobre as condutas a partir do parâmetro normativo invocado. Para a defesa, portanto, uma vez que eram teoricamente validadas pelo Estado e por parte da população, estas suas atuações não poderiam ser entendidas como criminosas ou antijurídicas, ainda que pudesse ser discutida a sua imoralidade.

Sobre referido processo, por sinal, reafirmando a vocação interdisciplinar dessa pesquisa, é interessante mencionar a valiosa contribuição da obra cinematográfica dirigida por Stanley Kramer, *O Julgamento de Nuremberg*, datada de 1.961, que deixa evidente a dinâmica jurídica que, naquele

⁹¹ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 55.

⁹² OLIVEIRA, Mara Regina de. Direito, argumentação e poder em Julio César. In: OLIVO, Luis Carlos Cancelier. *Anais [do] I simpósio de direito e literatura*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2011, p. 28.

⁹³ PERELMAN, Chaïm. *Lógica jurídica: nova retórica*. Tradução Virgínia K. Pupi. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 184.

⁹⁴ RIGAUX, François. *A lei dos juízes*. Trad. Edmir Missio. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 146.

momento, a ordem mundial enfrentou⁹⁵. Nessa produção, que conta a dinâmica daqueles julgamentos principalmente pela perspectiva de um de seus juízes, é mostrado como as autoridades nazistas se valiam do argumento legalista para se defender das acusações dos crimes contra a humanidade que alegadamente teriam cometido.

Todavia, como se sabe, essa defesa não foi o posicionamento prevalente, tendo a decisão de condenação dessas autoridades reverberado sobre as mais modernas teorias jurídicas, a partir do que se pode chamar como a instituição de uma nova ordem de pensamentos. Isso porque, naquele julgamento, ressaltando-se o regime nazista, posto por uma ordem estatal, a lei e a toga das autoridades não mais podiam ser usadas a fins de dissimular o que foi posteriormente entendido como atos criminosos⁹⁶.

A partir de então, surgem novas teorias que passaram a advogar ser um erro metodológico os teóricos colocarem-se acima das discussões substantivas e morais, quando se fala do direito, já que este seria, fundamentalmente, uma prática social interpretativa e argumentativa que trabalha com termos de matriz valorativa⁹⁷. Houve, portanto, um rompimento com o padrão de resposta à pergunta que sempre fora colocada aos filósofos afeitos aos estudos jurídicos: afinal, o que é o direito? A partir dessa instigação, novos parâmetros tiveram de ser chamados, para evitar desvios pretéritos.

Então, diferentemente de outros autores, que tentavam indicar uma estrutura geral e universal ao responder o que entendiam por ser direito, surgiram autores, como Ronald Dworkin, que sustentavam ser ele um conceito necessariamente interpretativo. O direito passa a ser visto, portanto, como “uma atitude interpretativa e auto-reflexiva, dirigida à política no mais amplo sentido.”⁹⁸

Não seria mais o caso, desse modo, de, ao se falar do discurso jurídico, entendê-lo meramente como uma estrutura normativa autossuficiente, já que intrinsecamente influenciado por

⁹⁵ O JULGAMENTO de Nuremberg. Direção: Stanley Kramer. New Line, 1961. 1 DVD.

⁹⁶ RIGAUX, François. *A lei dos juízes*. Trad. Edmir Missio. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 147.

⁹⁷ MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. Como o direito não é como o xadrez – Dworkin e a teoria dos tipos conceituais. In: STORCK, Alfredo Carlos; LISBOA, Wladimir Barreto (orgs.). *Normatividade e Argumentação: Ensaio de Filosofia Política e do Direito*. Porto Alegre: Linus, 2013, p. 64.

⁹⁸ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 492.

outros fatores, tais quais essas atividades argumentativas e valorativas, de que se falou⁹⁹. O movimento pós-positivista surge, nesse cenário, conferindo uma especial atenção aos princípios jurídicos, e ofertando centralidade à atividade argumentativa no seu manejo¹⁰⁰.

Mais do que uma ciência pura, então, essa ciência passa a ser entendida como uma ciência interpretativa¹⁰¹, confiando ao magistrado a função de equalizar, no juízo particular, a resposta mais razoável dentro do sistema jurídico, levando em conta tanto as regras postas quanto os princípios gerais¹⁰². Essa foi uma revolução no estudo filosófico do direito, a qual auxiliou no regresso da argumentação a esses espaços acadêmicos.

Dedica-se, no próximo tópico, então, atenção especial a esse momento de retomada da tradição retórica nos estudos jurídicos.

2.1.2 A retomada da argumentação como elemento intrínseco ao direito

Gradativamente, então, pelo que se viu no item anterior, a partir do movimento pós-positivistas, a argumentação voltou a receber cada vez mais atenção dentro dos estudos jurídicos, e, assim, adquiriu conseqüentemente mais espaço também nos temas de matriz processual. Afinal, ao se abordar o estudo do direito não mais apenas a partir de suas estruturas formais e institucionais, os autores são chamados a entender as interações ocorridas em sua aplicação, as quais, em última análise, sempre recorrem à atividade linguística. O discurso jurídico passa a ser entendido, seja na elaboração, na interpretação ou na aplicação do direito, como, sempre, uma atividade argumentativa¹⁰³.

⁹⁹ Nesse sentido: “Como discurso racional, o Direito está longe de ser uma prática essencialmente desinteressada e neutra. Ao contrário, constitui um importante instrumento de reprodução social, acobertado pela ideia da técnica a serviço da humanidade que acaba impondo valores, normas e linguagem de uma classe dominante.” BOITEUX, Elza Antonia Pereira Cunha. Discurso, práxis e saber em Direito. *Revista Sequência*, Florianópolis, v. 4, n. 6, p. 136-141, 1982, p. 139.

¹⁰⁰ NOVELINO, Marcelo. *Curso de direito constitucional*. 13. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2018, p. 63.

¹⁰¹ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Direito, retórica e comunicação: subsídios para uma pragmática do discurso jurídico*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 150.

¹⁰² PERELMAN, Chaïm. *Lógica jurídica: nova retórica*. Tradução Virgínia K. Pupi. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 185.

¹⁰³ PETRI, Maria José Constantino. *Argumentação Linguística e discurso jurídico*. São Paulo: Plêiade, 2005, p. 125.

A esse respeito, impossível não invocar Chaïm Perelman, que é um dos principais autores a se dedicar a reintroduzir a retórica no cerne dos estudos jurídicos, além de sustentar a lógica informal como fio condutor da aplicação do direito. Perelman, por sinal, embora desenvolva uma teoria muito distinta, é contemporâneo a Kelsen, autor citado como expoente do positivismo. Nesse sentido, ambos os mestres chegaram a participar de convenções juntos, e nutriam um notável e mútuo respeito, embora suas teorias divergissem¹⁰⁴. Sobre Kelsen, entretanto, bastante já se falou nessa dissertação, sendo agora momento para adentrar à teoria da argumentação desenvolvida por Perelman.

Foi ele quem ressaltou a importância de se valorizar o aspecto retórico na lógica jurídica, restaurando um domínio que vinha sendo negligenciado na lógica tradicional e combatendo o preconceito racionalista que se constituía então¹⁰⁵. Afinal, tal autor, inspirado pelas tradições gregas, que remontam principalmente a Aristóteles e Cícero, buscou o alargamento da razão, com a superação dos raciocínios cartesianos e empiristas, a fim de construir uma teoria argumentativa aplicável a juízes e advogados¹⁰⁶. O estudo jurídico, então, passa a assumir seu posto de despreocupação com certezas cartesianas para se dedicar às incertezas típicas da linguagem e da retórica.

Perelman, por isso, entende a argumentação como a tentativa de influenciar um auditório segundo as ideias do interlocutor, as quais, baseiam-se numa concepção de verossimilhança¹⁰⁷, e não propriamente de certeza¹⁰⁸. Assim é que podemos dizer que a retórica diz mais respeito à adesão do que à própria verdade, na medida em que se trata da comunhão de espíritos, e não das construções impessoais tendentes às pretensas certezas¹⁰⁹. E, ainda que não haja uma total comunhão no entendimento científico sobre como definir a retórica, parece haver consenso em

¹⁰⁴ BOBBIO, Norberto. *Diritto e potere. Saggi su Kelsen*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1992, p. 181.

¹⁰⁵ MACEDO, Silvio de. *Lógica Jurídica*. Maceió: Gráfica São Pedro, 1966, pp. 85/87.

¹⁰⁶ OLIVEIRA, Mara Regina de. Direito, argumentação e poder em Julio César. In: OLIVO, Luis Carlos Cancelier. *Anais [do] I simpósio de direito e literatura*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2011, p. 29.

¹⁰⁷ Mais já se falou quanto à questão da verossimilhança ao serem tratadas as finalidades do processo judicial ainda no primeiro capítulo deste trabalho. Afinal, foi preciso, antes de se entender a dinâmica do poder e da argumentação, acessar o âmbito em que a discussão se realiza, ou seja, quais interesses cercam essas relações processuais. E, naquele momento, pode-se demonstrar que também as discussões processuais cada vez mais se aproximam de um ideal de verossimilhança e renegam um valor de certeza ingênuo.

¹⁰⁸ PERELMAN, Chaïm. *Tratado da Argumentação: a nova retórica*. Tradução Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1996, pp. 1 e 22.

¹⁰⁹ *Id.* *Lógica jurídica: nova retórica*. Tradução Virgínia K. Pupi. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 143.

dizer que seus objetivos passam pela persuasão, pela manipulação, pela verossimilhança e também pela tentativa de descoberta sobre intenções íntimas dos enunciadores¹¹⁰.

Desse modo, à medida em que a retórica vai ganhando espaço na fundamentação do próprio direito, também as bases de estudo deste vão se alterando, com a superação – ainda que mantendo várias dos avanços acadêmicos – das teorias anteriores. O escopo positivista de um estudo em moldes científicos pretensamente puros e absolutos, portanto, é suplantado, dando espaço a estudos que aceitam a intersubjetividade como propulsora de conhecimento e da construção de sentido.

Hoje, inclusive, sabe-se que a construção da argumentação sequer se abstém de contornos de afetividade, levando a uma superação de visões meramente objetivas e normativas da prática do direito – já que, conforme foi mencionado, este não se constitui fora da retórica. Por isso, fala-se, ainda, do emprego da afetividade durante todo o discurso argumentativo, seja na captação da atenção e benevolência do ouvinte, seja na ampliação emotiva do clímax discursivo¹¹¹. Tudo isso, é evidente, é empregado como forma de persuadir o outro, objetivo máximo da argumentação, e elemento fundamental de uma análise de poder em termos interacionais, sobre a qual se falou no capítulo anterior¹¹².

Portanto, ao assumir o direito como uma prática argumentativa e interpretativa, algumas das bases da linguagem e da comunicação humana certamente serão levadas para dentro da discussão. Nos próximos itens, então, serão elas as protagonistas do estudo, reacendendo as vocações interdisciplinares desta pesquisa em sua interface com as teorias do discurso.

¹¹⁰ MEYER, Michel. *Questões de retórica: linguagem, razão e sedução*. Tradução António Hall. Lisboa: Edições 70, 1998, p. 22.

¹¹¹ MOSCA, Lineide Salvador. A teoria perelmaniana e a questão da afetividade. In: CAGAS OLIVEIRA, Eduardo (org.). *Chaim Perelman: direito, retórica e teoria da argumentação*. Feira de Santana/ Núcleo Interdisciplinar de Estudos e Pesquisas em Filosofia, 2004, p. 133.

¹¹² A esse respeito, trazer a afetividade para o centro do processo de tomada de decisão judicial é também reconhecer que a aplicação do direito não é algo matemático ou evidente a partir a mera leitura legal. Nesse sentido, confrontando essa visão, pode-se dizer que “*quem assim raciocina não quer perceber que as leis são fórmulas vazias, que o juiz cada vez preenche não só com sua lógica, mas também com seu sentimento.*” CALAMANREI, Piero. *Eles, os juízes, vistos por um advogado*. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2015, p. 143.

2.2 A SITUAÇÃO COMUNICATIVA JURÍDICA

Antes, entretanto, de adentar mais a fundo nas teorias da argumentação e em suas bases de sustentação, é preciso verificar qual é a situação comunicativa em que este discurso se insere, de tal modo a não se menosprezar eventuais especificidades típicas das relações constituídas no seio do processo judicial.

Faz-se necessário, então, esclarecer o que aqui se entende por situação comunicativa – termo nem sempre explorado em trabalhos de matriz predominantemente jurídica. Para tanto, recorreremos à lição do Professor Tércio Sampaio Ferraz Junior, que, no estudo da retórica e do direito, estabeleceu que a situação comunicativa é aquela constituída na troca de ensino e aprendizado, tipicamente estabelecida por um discurso entre alguém que fala, alguém que o ouve, e no qual algo é dito¹¹³.

Deve-se ressaltar, entretanto, que, na situação comunicativa do processo judicial, não estão envolvidos apenas dois enunciadores, como em outras situações. Diferentemente disso, a situação da argumentação, típica do procedimento jurídico, envolve três agentes corriqueiros, que podem assim ser nomeados: um proponente, um oponente e um terceiro, sendo que este último, no procedimento judicial estatal, assume a figura do juiz togado. A situação argumentativa, típica dos tribunais, portanto, seria uma situação de “trílogo”, estabelecida entre três pontos de comunicação recíproca¹¹⁴.

Nesse sentido, tem-se apontada a ideia de que o juiz, ao proferir uma sentença, ao menos sob a perspectiva pragmática aqui utilizada, também está fundamentalmente interessado em comunicá-la às partes, da mesma maneira em que os advogados, ao elaborarem suas teses, estão interessados em comunicá-las ao julgador. Ou seja, a sentença é, em primeiro lugar, uma comunicação¹¹⁵, importando tanto àquele que a profere quanto àquele que a recebe, acatando-a ou não.

¹¹³ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Direito, retórica e comunicação: subsídios para uma pragmática do discurso jurídico*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 57.

¹¹⁴ PLANTIN, Christian. *A argumentação*. Tradução Marcos Marcionilo. São Paulo: Parábola Editorial, 2008, p. 78.

¹¹⁵ PETRI, Maria José Constantino. *Argumentação Linguística e discurso jurídico*. São Paulo: Plêiade, 2005, p. 125.

O que se observa, portanto, é que todos esses atores processuais estão imersos numa mesma situação comunicativa. E é nesse contexto que surge a situação comunicativa específica do direito, na qual orador e ouvinte buscam ensinar e aprender os pensamentos um do outro, a partir de um conflito prévio instaurado exclusivamente entre as partes, do qual, o juiz, em princípio, não participava.

Nesse cenário, deve-se apontar, então, que a situação comunicativa judicial é muito distinta de outras que também envolvem um conflito (tais quais as divergências políticas, por exemplo), já que a peculiaridade dos papéis assumidos pelos diferentes atores na comunicação processual faz com que esta relação seja também muito específica. Ou seja, mesmo que outras situações também sejam argumentativas ou tríades, o estudo da argumentação, no cenário jurídico, merece algumas considerações específicas.

Um dos motivos para essa diferenciação é que, no processo judicial, à oposição de outras modalidades de discurso, institui-se uma relação instável na qual, ao passo em que o juiz atua com o máximo de objetividade, buscando “dizer o direito”, os advogados, por sua vez, valem-se, ao máximo, da subjetividade de seus clientes, ao “dizerem os fatos ocorridos”¹¹⁶. Ou seja, os interesses e as características sustentados pelos sujeitos envolvidos nessa situação são muito distintos entre si, sendo dado ao magistrado buscar uma pretensa objetividade que não é exigida das partes e seus patronos.

Por meio dessa pretensa objetividade, o juiz, que assume a posição de terceiro comunicador, precisa mais do que solucionar o conflito: ele precisa terminá-lo, institucionalizando-o¹¹⁷. Justamente por isso, a dogmática jurídica precisou encontrar formas de garantir a finalização dos conflitos levados a juízo, de tal modo que o ordenamento pátrio positivou que, ao juiz, não é dado se esquivar o julgamento (conhecido como a vedação ao *non liquet*)¹¹⁸, bem como determinou que a este julgamento será garantida a força da chamada “coisa julgada”. Quanto a esta última característica, chega-se, inclusive, a dizer que o processo judicial serve principalmente à sua

¹¹⁶ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Direito, retórica e comunicação: subsídios para uma pragmática do discurso jurídico*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1997, p.74.

¹¹⁷ *Ibidem*, p. 65.

¹¹⁸ Nesse sentido, assim estabelece o *caput* do artigo 140 do Código de Processo Civil nacional: Art. 140. *O juiz não se exime de decidir sob a alegação de lacuna ou obscuridade do ordenamento jurídico.*

formação, já que é a coisa julgada que constitui a imodificabilidade e a intangibilidade das decisões judiciais¹¹⁹.

Isso cria um ambiente muito próprio no qual o discurso jurídico se insere, devendo ser respondidas as expectativas e necessidades tanto das partes, quanto do Estado, ali representado pelo magistrado. Assim, a subjetividade das partes precisa ser apreciada como forma de demonstrar que estão sendo valorizadas dentro do processo, da mesma maneira em que a objetividade do julgador deve ser otimizada como forma de se institucionalizar uma resposta estatal entendida como imparcial.

Não por outro motivo, a linguagem jurídica ganha ainda mais destaque, já que é ela quem vai auxiliar o magistrado no manejo desse contexto extremamente complexo e plural. Ou seja, é por meio da linguagem que o magistrado vai responder a essas necessidades impostas pelo sistema jurídico ao seu papel institucional, de acordo com alguns mecanismos, conforme citado:

A linguagem chamada técnica funciona, assim, como um distanciador que acresce sua força à legalização burocrática das competências. Dada a tensão entre as partes profissionais e não profissionais, nos estratos mais especializados, o discurso judicial se reduz ao círculo profissional, aparecendo como uma linguagem quase litúrgica. [...] À linguagem técnica se acopla o princípio da liberdade, que confere às partes a ilusão de poderem trazer ao processo o que lhes interessa, mas que, no fundo, é um artifício retórico para captá-las em sua personalidade, ainda que lhes dê a ilusão de certo controle.¹²⁰

Portanto, o processo judicial surge em resposta à necessidade de dar voz às partes, dissimulando-lhe uma pretensa liberdade, que, mais do que importante em termos democráticos, é importante em termos de controle e legitimação. Quão mais linguisticamente competentes forem as construções judiciais em dissimular esse controle, e objetivar seus mandos, quão mais satisfeitas e acolhidas se sentirão as partes. Assim, embora exista, é evidente, um aspecto dogmático legal latente no processo judicial, todo esse contexto institucional apenas ganha vida e efetividade por meio linguagem encabeçada pelos sujeitos postos à interação.

¹¹⁹ NERY JUNIOR, Nelson. Coisa julgada e o Estado Democrático de Direito. In: YARSHALL, Flavio Luiz. MORAES, Maurício Zanoide de. *Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ Editora, 2005, p. 709.

¹²⁰ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Estudos de filosofia do direito: reflexões sobre o poder, a liberdade, a justiça e o direito*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 79.

Com isso, tem-se por evidente que o conflito que, outrora, era exclusivo às partes, passa a ser, então, objeto sobre o qual também incide uma terceira pessoa: o julgador. E, nessa dinâmica, o processo deixa de ser um espaço de oposição entre postos estanques assumidos por seus participantes, transformando-se numa teia de troca de mensagens, tal qual uma situação comunicativa, como se disse.

Em função dessas trocas, então, pautadas pelos mecanismos comunicativos, pode-se dizer que surge um sistema interacional entre esses sujeitos processuais¹²¹, o qual é visto como um contexto dialético em que teses contrárias se contrastam numa atividade intrinsecamente comunicacional¹²². O ato de decisão do juiz, portanto, passa a ser entendido como um dos componentes da situação comunicativa em que está inserido, já que, além de ser fruto da colaboração das partes, dirá respeito, propriamente, às condutas delas¹²³.

2.3 AS BASES DA RETÓRICA NO DISCURSO JURÍDICO

A partir do conhecimento sobre a situação comunicativa típica do processo judicial, é momento, então, de verificar especificamente as bases do discurso desenvolvido nesse ambiente. Para tanto, é o momento de ingressar às formulações do discurso jurídico, e, assim, vislumbrar de que maneira ele corrobora as relações de poder do processo, e como organiza as trocas desenvolvidas entre os atores ali situadas.

Não é novidade, então, que, desde a Grécia antiga, o Ocidente acostumou-se a agrupar seus discursos e textos na forma de gêneros de acordo com as características e as propriedades que lhes fossem comuns¹²⁴. Há muito, portanto, tem-se concebida a ideia de que o discurso se adequa de formas distintas a depender do auditório e do objetivo com que ele é construído, não sendo um todo indiscriminado, e podendo ser, portanto, didaticamente categorizado.

¹²¹ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Teoria da norma jurídica: ensaio de pragmática da comunicação normativa*. Rio de Janeiro: Forense, 1978, pp. 13/14.

¹²² TUZET, Giovanni. *Filosofia della prova giuridica*. Torino: G. Giappichelli, 2013, p. 27.

¹²³ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 287.

¹²⁴ FIORIN, José Luiz. *Introdução ao pensamento de Bakhtin*. 2. ed. São Paulo: Contexto, 2016, p.67.

Disso decorre a importância de se averiguar, de início, onde se encontra o discurso jurídico que se constrói no processo judicial, do qual vinha-se falando, até aqui, sem maiores reflexões em termos de gêneros discursivos. Em primeiro lugar, então, vale-se regredir à ideia de gêneros do discurso.

Em resposta a isso, e adentrando, então, aos estudos clássicos que primeiro se preocuparam com essas distinções discursivas, tem-se que citar que, na percepção de Aristóteles, podemos mencionar três grandes gêneros discursivos distintos, todos ligados à retórica. Em linhas gerais, esses gêneros são: o gênero deliberativo ou político, que se volta ao futuro para aconselhar e discutir soluções numa assembleia; o gênero epidítico ou cerimonial, que se forma no louvor, elogio ou censura do talento do orador; e o gênero judiciário ou forense, que se volta à acusação ou à defesa quanto a fatos pretéritos¹²⁵.

Todos esses gêneros de discurso, entretanto, como é evidente, foram sofrendo constantes adaptações ao longo da história, recebendo novos elementos e construindo-se em novas situações típicas de seus tempos. Não é possível, sequer, dizer que eles se excluam mutuamente, já que apenas preponderam num ou noutro contexto¹²⁶, formando, assim, linhas de divisão muito tênues, e não rígidas. A divisão, portanto, é precipuamente didática, e vem sendo reproduzida historicamente em função da inegável contribuição de Aristóteles a esses estudos¹²⁷.

Vislumbrando-se tais gêneros de discursos em detalhe, pode-se sustentar, especialmente quanto ao discurso jurídico, que, na contemporaneidade, ele costuma se manifestar principalmente em três ambientes¹²⁸: nos tribunais; em sermões; e em manifestos que proclamem denúncias ou

¹²⁵ ARISTÓTELES. *Retórica*. Tradução Manuel Alexandre Junior; Paulo Farmhouse Alberto; Abel do Nascimento Pena. Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 1998, p. 56.

¹²⁶ MOSCA, Lineide Salvador. *Velhas e novas retóricas: convergências e desdobramentos*. In *Retóricas de ontem e de hoje*. 3ªed. São Paulo: Humanitas, 2004, p. 32.

¹²⁷ Atualmente, há autores que defendam existir outros gêneros além destes três, mas sem menosprezar as contribuições aristotélicas. Citamos: “O fato é que a teoria dos três gêneros hoje é bem mais restritiva; há tantos outros tipos de discurso persuasivo além desses três! Mas o mérito de Aristóteles foi mostrar que os discursos podem ser classificados segundo o auditório e segundo a finalidade” REBOUL, Olivier. *Introdução à retórica*. Tradução Ivone Castilho Bnedetti. São Paulo: Martins Fones, 2004, p. 47.

¹²⁸ Cientes de que classificações distintas não se anulam entre si, mas se complementam, é de se citar que existem outros padrões de classificação do discurso jurídico que criam outras discriminações, como o adotado, por exemplo, pelo Professor Eduardo Carlos Bianca Bittar: “Entre as modalidades de discurso indicadas como constituintes dos principais traços do exercício textual da juridicidade se alistaram o discurso normativo, o discurso burocrático, o discurso decisório, o discurso científico.” BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. *Introdução ao Estado do direito: humanismo, democracia e justiça*. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 247.

inocências¹²⁹. É evidente, por tudo quanto já dito até aqui, que é sobre o gênero forense, especificamente desenvolvido no âmbito dos tribunais, que este trabalho se inclina. Afinal, é nesse contexto que os atores sob análise se inserem na construção do processo judicial.

Entretanto, não é possível fazer uma imersão exclusiva sobre o gênero forense nesse ambiente específico, sem antes se atentar aos traços gerais da retórica, já que ela se liga igualmente à construção de todos eles¹³⁰. Antes de se falar em retórica jurídica, portanto, é preciso falar apenas em retórica, para que se possa ingressar em toda sua complexidade. Por isso, a partir de agora, propõe-se uma rápida imersão nas teorias típicas das comunicações argumentativas e retóricas.

Retomando-se, de início, um perfil histórico desses estudos, é possível dizer que, assim como ocorreu com as teorias filosóficas do direito quanto ao desenvolvimento da argumentação, também a retórica, enquanto estudo autônomo, passou por momentos alternados entre maiores ou mais tímidas ebulições acadêmicas.

De forma meramente didática a esse respeito, e assumindo longos saltos temporais que a esta dissertação assumem menor relevo, pode-se discriminar quatro momentos de desenvolvimento distintos para a compreensão da retórica. São eles: o período fundador (verificado entre os séculos V e IV a.C., quando surgem os primeiros manuais); o período de maturidade (constituído entre 329 e 323 a.C., com o apogeu aristotélico, surgindo os expoentes Cícero e Quintiliano); o período de declínio (que se deu entre o declínio do Império Romano e meados do século XX, quando há um crescimento da chamada teoria da evidência); e o período da renovação, quando finalmente surge a Nova Retórica¹³¹.

Sobre este último período, que possui como expoente o filósofo Chaïm Perelman, um pouco já se disse quando foram tratadas as fases da teoria filosófica do direito (ponto 2.1.2. desta dissertação), já que foi também próximo desse momento que a argumentação voltou a se impor nos estudos jurídicos. Mas insta-se, agora, dizer que foi a partir deste período que as bases aristotélicas

¹²⁹ MOSCA, Lineide Salvador. Velhas e novas retóricas: convergências e desdobramentos. *In*: Retóricas de ontem e de hoje. 3. ed. São Paulo: Humanitas, 2004, p. 33.

¹³⁰ AZPIROZ, Valneide Luciane. *A oratória revisita a academia: pressupostos teóricos e recursos discursivos imbrincados na retórica argumentativa*. 2017. Tese (Doutorado em Letras) – Associação Ampla UCS/UniRitter, Caxias do Sul, 2017, p. 19.

¹³¹ *Ibidem*, pp. 32/32.

voltaram a ser acessadas, e os fundamentos da retórica voltaram a receber maior atenção acadêmica (não apenas nas Faculdades de Direito, como vinha-se dizendo).

É nesse último período, então, que as construções clássicas da retórica são novamente acessadas e trazidas à ordem do dia dos estudos discursivos. E, justamente por isso, conceitos clássicos da retórica voltam a ser debatidos nos bancos acadêmicos, sob a visão do mundo contemporâneo. Há de se ressaltar, entretanto, que esses conceitos possuem nomenclaturas ainda estranhas a boa parte da academia jurídica, mas sem as quais um estudo pormenorizado da retórica fica prejudicado.

Assim, valendo-se desses aspectos clássicos, a retórica passa, agora, a ser aqui destrinchada, como forma de perceber quais são os vetores que se adequam aos fins da construção do discurso argumentativo jurídico eficiente no seio dos tribunais.

2.3.1 O percurso retórico

Tradicionalmente, fora estabelecido um percurso padrão do qual os enunciadores devem se valer para construir um discurso retórico efetivo, sendo ele dividido em cinco fases específicas (para os gregos, eram quatro, mas os romanos adicionaram uma quinta, aqui, também mencionada por último, para fins de complementação).

Esses elementos do edifício retórico são a *inventio* (arsenal de argumentos), a *dispositio* (maneira de exposição), a *elocutio* (estilo de apresentação), a *actio* (execução do discurso para além de questões meramente verbais) e a *memoria* (retenção do material)¹³². Esses cinco elementos da retórica, que, originalmente, também remontam às construções clássicas, constituem espécies de tarefas das quais o enunciador deve se valer para atingir os tradicionais fins da argumentação, sob pena de, não o fazendo, construir um discurso vazio, desordenado, mal escrito ou inaudível¹³³. Um

¹³² MOSCA, Lineide Salvador. Velhas e novas retóricas: convergências e desdobramentos. *In*: Retóricas de ontem e de hoje. 3. ed. São Paulo: Humanitas, 2004, pp. 28/29.

¹³³ REBOUL, Olivier. *Introdução à retórica*. Tradução Ivone Castilho Bnedetti. São Paulo: Martins Fones, 2004, p. 44.

bom discurso retórico, portanto, tem contato com esses elementos, e orquestra-os de modo interativo.

Assim, é dito que enquanto por meio da invenção, o interlocutor investiga e trata da questão sob discussão, a disposição tratar de expô-la, ao passo em que a elocução garante com que ela seja efetivamente transmitida. Tudo isso sem menosprezar os aspectos gestuais e mímicos de amplificação do discurso, típicos da ação e da memória¹³⁴. Ou seja, os interlocutores em geral – ou os advogados e juízes, aos fins dessa pesquisa filosófica e jurídica – desenvolvem seu discurso argumentativo a partir do manejo desses elementos, como forma de criar um discurso eficiente a seus propósitos.

Mas a construção da retórica não se esgota nessa articulação de elementos. Mais que isso, já ciente desses fatores que serão utilizados na construção do discurso, os estudiosos do assunto ainda falam três instrumentos (que podem ser ditos como três tipos de argumentos ou três provas retóricas), a serem manejados pelo enunciador como forma de se relacionar com o auditório e construir sua argumentação. São eles: o *ethos*, o *pathos* e o *logos*, sobre os quais faz-se relevante maior dedicação.

O primeiro deles (*ethos*) diz respeito ao caráter do orador, que deve ser construído como forma de inspirar confiança no auditório, ainda que seja artificioso ou não natural do sujeito. O primordial, quanto a sua análise, é compreender que o efeito do discurso é notadamente condicionado à ideia que o auditório faz do enunciador¹³⁵. Não existe, portanto, a comunicação desvinculada daquele que a emana, de tal modo que deve também ser dada atenção à construção da percepção sobre o sujeito.

O segundo desses instrumentos é o *pathos*, que se caracteriza como as emoções, paixões e sentimentos que devem ser despertados no auditório, e devem integrar a consciência da atividade retórica. Afinal, na medida em que depende da adesão dos enunciatários, a argumentação precisa

¹³⁴ MEYER, Michel. *Questões de retórica: linguagem, razão e sedução*. Tradução António Hall. Lisboa: Edições 70, 1998, p.24.

¹³⁵ PERELMAN, Chaïm. *Lógica jurídica: nova retórica*. Tradução Virgínia K. Pupi. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 180.

comover, além de seduzir, pautada nas paixões que consegue racionalmente identificar no auditório¹³⁶.

E, por fim, o último desses instrumentos é o *logos*, que, em detrimento do dois primeiros, é primordialmente racional¹³⁷, e diz respeito à argumentação propriamente dita e à dialética da retórica¹³⁸. Outros autores chegaram a chamar o *logos* de mensagem, denotação ou locucionário¹³⁹, mas, fazendo-se a adoção da célebre expressão de Aristóteles, parece adequado mantê-la em complementação e paralelismo aos já citados *pathos* e *ethos*.

Essas três provas retóricas se complementam e se auxiliam mutuamente na construção dos argumentos persuasivos, já que todas corroboram a elaboração da confiança naquele que discursa e na mensagem que ele emite. Por isso, pode-se dizer que toda a argumentação é criada como meio de afirmar alguns valores éticos, podendo-se indicar principalmente: a prudência, o discernimento e o bom senso (condensados na ideia de *phrónesis*); a coragem, a equidade, a sinceridade e a franqueza (enunciados por *areté*); além da simpatia, da solidariedade e da benevolência (chamados de *eúnoia*)¹⁴⁰. Todos esses elementos, portanto, dizem respeito não só ao conteúdo efetivo daquilo que se emite, como também ao emissor em si.

Aquele, portanto, que consegue otimizar os traços da *phrónesis*, por meio da razão prática do discernimento, consegue desenvolver bem seu *logos*; aquele que inspira dos valores da *areté* acaba por valorizar seu *ethos*; e aquele que bem se relaciona com o outro, com aspectos da *eúnoia*, ou seja, com inspirada simpatia e benevolência, acaba por privilegiar o *pathos*¹⁴¹.

Assim, é de se ter em mente que o discurso argumentativo construído em ambiente distintos, com enunciadores distintos, terão esses elementos e instrumentos orquestrados de forma diversa pelo enunciador. Afinal, cada um desses vetores é construído de forma distinta a depender do

¹³⁶ MEYER, Michel. *Questões de retórica: linguagem, razão e sedução*. Tradução António Hall. Lisboa: Edições 70, 1998, p.28.

¹³⁷ Ou seja, em oposição aos outros dois mencionados, fica evidenciado que a retórica não se constitui apenas pelo manejo de instrumentos racionais, havendo expressiva invocação também de caracteres afetivos e subjetivos.

¹³⁸ REBOUL, Olivier. *Introdução à retórica*. Tradução Ivone Castilho Benedetti. São Paulo: Martins Fones, 2004, pp. 48/49.

¹³⁹ MEYER, Michel. *Questões de retórica: linguagem, razão e sedução*. Tradução António Hall. Lisboa: Edições 70, 1998, p. 28.

¹⁴⁰ PISTORI, Maria Helena Cruz. *Persuasão e eficácia discursiva no Direito: modos de ser, modos de dizer*. Tese (Doutorado em Letras) – Universidade de São Paulo, 388p. 2008, p. 37.

¹⁴¹ *Ibidem*, p.39.

auditório, levando em conta valores e predisposições do envolvimento, além de práticas sociológicas e semiológicas que permitam desvendar um estereótipo daquele com quem se comunica¹⁴².

Isso porque, embora esses elementos retóricos digam respeito à construção do enunciador, eles também dependem imensamente da interação estabelecida com seu interlocutor. Portanto, vale dizer que discurso argumentativo apenas será eficaz se for devidamente adaptado àquele auditório que pretende persuadir¹⁴³.

A fins de fundamentar essa conclusão, não é de se esperar, por exemplo, que os discursos, ainda que igualmente argumentativos, elaborados numa audiência judicial sejam iguais àqueles elaborados numa audiência pública. Da mesma maneira, nem mesmo o discurso construído num processo judicial estatal será o mesmo daquele construído numa arbitragem comercial privada. Até mesmo a postulação perante um júri, ainda que submetido a uma mesma área de jurisdição, será distinta daquela perante juízes togados¹⁴⁴.

Ou seja, ciente dessas possibilidades de adequação, o enunciador será livre na construção dos argumentos que melhor responderão às demandas de sua situação específica, ainda que sempre esteja permeado pelas finalidades típicas da retórica, que são as de comover (*movere*), instruir (*docere*) e agradar (*delectare*) o interlocutor¹⁴⁵, seja ele o juiz, as partes, ou com quem quer que se comunique. Por isso, discurso retórico jurídico apenas será bem desenvolvido quando tomar em conta que a argumentação é uma atividade interativa que diz respeito a inferências outras que não apenas a matéria normativa positivada em comento.

A retórica, assim, dizendo respeito ao seu auditório e àquele que se comunica, é organicamente a atividade de negociação sobre a distância entre os sujeitos, que se pretende comover, instruir ou agradar. Sujeitos estes que, frente a um problema, podem ser unidos ou

¹⁴² AMOSSY, Ruth. O ethos na intersecção das disciplinas: retórica, pragmática, sociologia dos campos. *In*: AMOSSY, Ruth (org.). *Imagens de si no discurso: a construção do ethos*. São Paulo: Contexto, 2005, p. 126.

¹⁴³ PERELMAN, Chaïm. *Lógica jurídica: nova retórica*. Tradução Virgínia K. Pupi. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 143.

¹⁴⁴ *Ibidem*, p. 218.

¹⁴⁵ MOSCA, Lineide Salvador. Velhas e novas retóricas: convergências e desdobramentos. *In*: Retóricas de ontem e de hoje. 3. ed. São Paulo: Humanitas, 2004, p. 22.

opostos por ele, mas que, por meio da atividade argumentativa, serão sempre enviados a uma alternativa¹⁴⁶.

Por isso, frente à negociação das distancias dos sujeitos da argumentação, torna-se necessário verificar como os diferentes polos dessa relação devem manejar os elementos retóricos, dada as peculiaridades de suas posições na comunicação. Ou seja, para que se fale em distância (adotando a clássica postulação de Michel Meyer), precisa-se também refletir sobre os polos que estão apartados, vislumbrando de que maneira eles próprios dizem respeito ao espaço que os separa e à atividade que os une. Para tanto, necessário, desde logo, um estudo aprofundado dos papeis que cada um desses sujeitos exerce nessa dinâmica jurídico-processual.

2.4 OS DIFERENTES ATORES PROCESSUAIS E SUAS RETÓRICAS PRÓPRIAS

Ainda por tratar-se de um estudo voltado ao processo judicial de acordo com a perspectiva comunicacional, é imperioso se atentar aos sujeitos envolvidos em sua dinâmica, de tal modo que, a partir da compreensão de seus papeis, possa ser analisada a interação estabelecida entre eles. Nesse sentido, como visto no tópico anterior, o discurso argumentativo vale-se de muitos elementos e ferramentas para se constituir, sendo que alguns deles são centrados no próprio enunciador (como o *ethos*, por exemplo). Assim, é imperioso que o estudo filosófico aqui proposto também se atente à figura daquele que se comunica.

Ressalta-se, entretanto, que, atento a seus fins didáticos, esses papeis serão resumidos, neste trabalho, principalmente às figuras do juiz e dos advogados (estes, na defesa dos interesses das partes).

É bem verdade que os atores processuais são mais variados do que apenas esses mencionados, e cada qual possui sua função dentro da dinâmica processual. Nesse sentido, podem ser citadas figuras como a do Promotor de Justiça, dos Peritos, do Defensor Público, dos Procuradores do Estado, dentre tantos outros. Todos esses atores possuem extrema relevância na construção da dinâmica processual, sendo-lhes atribuídas funções próprias e indispensáveis à

¹⁴⁶ MEYER, Michel. *Questões de retórica: linguagem, razão e sedução*. Tradução António Hall. Lisboa: Edições 70, 1998, p. 27.

condução dos diferentes processos, as quais não se confundem, necessariamente, com as dos advogados ou juízes.

Mas, aos fins da construção da teoria aqui proposta, serão privilegiados os papéis desses dois atores processuais (advogados e juízes), já que as diferenças de suas atribuições, condutas e interesses institucionalizados são muito elucidativas na análise da retórica e do poder dentro do processo judicial. E, assim, já que o discurso argumentativo não é exclusivo apenas desses profissionais, tem-se por evidente que a teoria criada em torno deles também reverbera sobre os demais.

O mais importante, entretanto, é notar que toda essa teia de competências disposta pelas leis constrói uma dinâmica processual pautada pelos cargos assumidos por essas pessoas, e não apenas pela indicação específica de cada indivíduo em sua singularidade e subjetividade. Nesse sentido, atendendo à necessidade de se criar relações processuais que constituam a legitimidade das decisões (sobre a qual mais se falará à diante), o sistema jurídico positivado cria “papéis” a serem encabeçados pelos sujeitos, e sob os quais estes desenvolvem suas atitudes e discursos:

Ora, a neutralização das relações pessoais ocorre, inicialmente, pela configuração dos chamados papéis processuais. Os papéis permitem a interação contínua. Por meio dos papéis nos identificamos uns aos outros. O sistema processual, nesse sentido, é um sistema de diferenciação de papéis que permite, a cada pessoa, agir como tal, mas através de papéis, impedindo que se relacionem, aparentemente, como pessoas. Embora amigos, juiz e advogado são papéis no processo. Isso neutraliza, por exemplo, os efeitos corruptores das boas relações, que assim não se eliminam, mas se neutralizam e se ocultam.¹⁴⁷

É evidente que, com isso, não se objetiva dizer que inexistam a pessoa por trás da toga judiciária ou por trás do registro advocatício (conforme se verá). Mas é importante ter em mente que o desenvolvimento da linguagem sustentada por esses atores é, antes de mais nada, também atenta aos papéis que lhes são levados a desempenhar dentro do processo. Não se trata, portanto, de uma linguagem, puramente subjetiva ou particular, mas atenta a um grau institucional pretérito ao próprio sujeito. E, assim, mesmo que, por vezes, possam parecer livres, os discursos encabeçados por esses atores têm o compromisso de reafirmar as competências que lhes foram outorgadas pela legislação.

¹⁴⁷ FERRAZ JUNIOR. Tércio Sampaio. *Estudos de filosofia do direito: reflexões sobre o poder, a liberdade, a justiça e o direito*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 79.

Entretanto, embora seja inegável o valor institucional dos papéis, não pode ser esquecido que, sob ele, existem sujeitos, embebidos de suas particularidades, que também influem diretamente sobre a organização normativa. Assim, enquanto, ao falar dos papéis, adotamos um discurso de outorga estatal, deve-se complementar essa visão a partir da perspectiva das chamadas “fachadas”, que permitem o acesso à intimidade dos próprios sujeitos na construção desse cenário. Ou seja, além dos papéis que já são entregues diretamente aos indivíduos por meio da positivação das normas jurídicas, também existe um esforço próprio dos sujeitos, que não pode ser menosprezado. É o caráter subjetivo sendo somado ao caráter normativo e profissional.

Sobre essa ideia de fachada, insta-se dizer que se trata de uma complexa construção do “eu” nas diversas situações comunicativas, que recebe um valor social por meio dos atributos que lhe são reivindicados, mas que também devem ser preservados pela vigilância que os próprios sujeitos estabelecem sobre os eventos que se passam diante de si. São as mensagens que esses atores transmitem que permitirão a construção e afirmação de suas fachadas, ainda que elas se constituam com a afirmação de sua profissão, por exemplo¹⁴⁸.

Ou seja, não são meramente os aspectos sociais que garantem a construção das figuras do processo em toda sua complexidade, sendo também necessária a atuação conforme dos sujeitos que as dão vida. De nada importa, assim, a atribuição dos papéis institucionais sem uma atuação minimamente atenta daqueles que se encontram por trás deles. Assim, há evidentemente o aspecto normativo e institucional da formulação dos papéis processuais, mas também há a preocupação da construção e afirmação das fachadas dos sujeitos da relação.

Em estrita consonância com isso, Ruth Amossy defende que não se deve separar o que chamou de “*ethos* discursivo” daquela posição institucional assumida pelo locutor. Assim, embora exista algo parecido com um “*ethos* prévio”, instituído pelo sistema social por meio dos papéis institucionais, existe também uma dimensão criativa materializada pelo discurso desenvolvido pelo próprio enunciador¹⁴⁹. Ou seja, o discurso, embora livre, também diz respeito àquela atribuição que já fora previamente outorgada ao enunciador.

¹⁴⁸ GOFFMAN, Erving. *Ritual de interação: ensaios sobre o comportamento face a face*. Tradução Fábio Rodrigues Ribeiro da Silva. Petrópolis: Vozes, 2011, p.17.

¹⁴⁹ AMOSSY, Ruth. O *ethos* na intersecção das disciplinas: retórica, pragmática, sociologia dos campos. In: AMOSSY, Ruth (org.). *Imagens de si no discurso: a construção do ethos*. São Paulo: Contexto, 2005, p. 137.

Inspirando-se por essas reflexões, cabe agora, então, verificar como elas se constroem efetivamente a partir dos diferentes atores do processo judicial. Cabe-se vislumbrar, no próximo tópico, de forma mais aprofundada, como cada um desses atores correspondem a essas necessidades institucionais ao mesmo tempo em que constroem suas fachadas por meio de seus discursos.

2.4.1 Retórica na atividade do advogado

Sob essa perspectiva de distinguir as funções, o primeiro a ser analisado é o discurso desenvolvido pelos advogados no percurso processual. No que concerne a essa figura, ela será aqui entendida como aquele que, na defesa dos interesses da parte – e, em linhas gerais, do autor ou do réu da ação –, utiliza-se de seu conhecimento jurídico para persuadir o juiz dos pedidos de seu representado.

A esse respeito, no Brasil, o próprio Estatuto da Advocacia (Lei 8.906/1994) menciona, em seu artigo 2º, parágrafo 2º, que o advogado é parte fundamental para a administração da justiça, e que a sua função é convencer o juiz dos pedidos de seu cliente¹⁵⁰. Ora, a argumentação não poderia, então, estar mais intrinsecamente ligada à atividade dos advogados, cujo ofício sustenta-se justamente na tentativa de persuadir o outro – no caso, o juiz. Tanto o é que a própria lei acabou por sedimentar essa função comunicativa e argumentativa do advogado, tornando-o um profissional umbilicalmente ligado à retórica.

Assim, cabe ao advogado utilizar os meios à sua disposição para fazer triunfar as teses que aceitou defender, mas estando, sempre, limitado pelas imposições dadas pela legislação ou pela deontologia profissional¹⁵¹. Nesse sentido, por exemplo, a Constituição Federal¹⁵² elegeu a duração razoável do processo como um dos direitos fundamentais da república, o que permite que o Código

¹⁵⁰Referido artigo assim dispõe: *Art. 2º O advogado é indispensável à administração da justiça. § 2º No processo judicial, o advogado contribui, na postulação de decisão favorável ao seu constituinte, ao convencimento do julgador, e seus atos constituem múnus público.*

¹⁵¹PERELMAN, Chaïm. *Lógica jurídica: nova retórica*. Tradução Virgínia K. Pupi. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 216.

¹⁵²*Cf. Art. 5º, LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação*

de Processo Civil¹⁵³, por exemplo, vede aos advogados a utilização de meros recursos protelatórios, limitando, assim, sua autonomia retórica. Muitas vezes, embora a protelação possa fazer parte da estratégia do advogado frente a seus fins, esta não é uma conduta admitida pelo ordenamento, sendo, assim, limitada sua atuação.

Assim, ainda que argumentar seja uma tarefa de se fazer escolhas, tanto sobre as matérias em exposição, quanto sobre a maneira de formulá-las¹⁵⁴, essas escolhas não são imunes a limites no âmbito judicial. Muitas vezes, as ponderações do enunciador devem ser adequadas à dinâmica já instituída pela situação em que a comunicação se insere, e, especificamente quanto ao processo judicial, essa dinâmica vem, em grandes linhas, delimitada pela legislação.

Mas não apenas limitações impõe a legislação aos advogados: ela, em outros casos, também assegura sua atuação independente. Afinal, outro dos princípios elencados no texto constitucional é fundamental para a delimitação da atuação do advogado, sendo seu principal triunfo de autonomia: a garantia do contraditório.

Sem esse princípio, talvez a figura do advogado sequer fosse necessária na dinâmica processual, já que a comunicação jurídica ficaria muito prejudicada. Até mesmo por isso, alguns chegam a sustentar que o contraditório seria um princípio ultrapositivo do direito, ultrapassando as meras barreiras de um ou outro ordenamento jurídico positivado, para se constituir como aplicação necessária da dialética a qualquer processo judicial¹⁵⁵. Assim, o processo não é conduzido apenas por uma das partes, mas igualmente por todas que estão ali envolvidas. Não fosse de outra forma, as provas do processo sequer seriam confiáveis, já que poderiam ser conduzidas exclusivamente pelos interesses de uma ou outra parte. Os advogados, portanto, exercem função de mútua fiscalização e debate, garantindo um equilíbrio ao processo.

Também por isso, o advogado precisa ter em mente de que está inserido numa chamada *discussão-contra*, aquela em que cada uma das partes se considera como dona da sua verdade e se dispõe a expô-la argumentativamente frente ao outro, para que uma decisão seja posteriormente

¹⁵³ Cf. Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe: [...] III - prevenir ou reprimir qualquer ato contrário à dignidade da justiça e indeferir postulações meramente protelatórias.

¹⁵⁴ PERELMAN, Chaïm. *Lógica jurídica: nova retórica*. Tradução Virgínia K. Pupi. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 165.

¹⁵⁵ TUZET, Giovanni. *Filosofia della prova giuridica*. Torino: G. Giappichelli, 2013, p. 229.

tomada¹⁵⁶. Por isso, quando há uma discussão contra o outro, pode-se dizer que as mensagens são trocadas de forma partidária, em defesa de suas próprias opiniões¹⁵⁷. É evidente que é assim que atuam os advogados, pelo menos quando estão imersos em situações litigiosas.

A retórica do advogado, portanto, deve ser atenta não apenas àquele que fará o julgamento, mas primordialmente também àquele contra quem se discute e seus argumentos. Assim, como já bem observou Plutarco – tratando de divergências não jurídicas, mas que aqui reverberam – ,“visto que nosso inimigo observa curiosamente nossas ações, é necessário que estejamos atentos a nós mesmos, e essa vigilância transforme-se insensivelmente em hábito de virtude”¹⁵⁸.

Ou seja, é evidente que advogados – e partes – não podem ser ditos “inimigos”, dentro do processo, mas é bem verdade que os interesses contrapostos possibilitam a invocação de referida citação clássica. Afinal, muito embora o Código de Processo Civil, conforme já foi dito, tenha elegido o princípio da cooperação como um dos seus regentes, isso não afasta a oposição de interesses e de fundamentações da comunicação ali estabelecida. O processo continua sendo, assim, um jogo de tentativa de prevalência de pretensas verdades e sentidos, na construção de decisões pautadas pelo verossímil.

Por isso, fica claro que a atuação dos advogados, inspirada pelo percurso retórico, sobre o qual se falou no item anterior, deve ter em mente o desempenho também demonstrado pelos outros advogados, numa comunicação complexa, que chamará o magistrado a institucionalizar uma resposta. Juiz, portanto, como terceiro, vislumbrará um embate discursivo de partes, que se valem, uma da outra, para construírem suas razões.

É, então, sobre a atividade retórica deste outro agente que se faz necessário discorrer no próximo item.

¹⁵⁶ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Direito, retórica e comunicação: subsídios para uma pragmática do discurso jurídico*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 65.

¹⁵⁷ OLIVEIRA, Mara Regina de. *O desafio à autoridade da lei. A relação existente entre poder, obediência e subversão*. Rio de Janeiro: Corifeu, 2006, p. 16, p. 81.

¹⁵⁸ PLUTARCO. *Como tirar proveito de seus inimigos*; seguido de *Da maneira de distinguir o bajulador do amigo*. Tradução Isis Borges B. da Fonseca. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011, p. 6.

2.4.2 Retórica na atuação do magistrado

Ao magistrado, é confiada, naturalmente, uma atuação completamente distinta daquela conferida aos advogados. Assim, muito embora imerso num mesmo ambiente, o magistrado deve se valer de valores e balizas outras, já que atua, em última instância, como preposto do Estado no processo judicial. Nessa linha, são atribuídas, aos juízes, funções positivas que, embora codificadas, também se revestem de dialogismo, na medida em que não se esgotam sem uma competente manipulação da linguagem. Por isso, não é raro encontrar dispositivos legais que impõem ao magistrado a obrigação de fundamentar suas decisões.

Entretanto, há aqueles que sustentam existir uma sutil diferença entre a atividade de fundamentar (preponderantemente desenvolvida pelo juiz) e a atividade genérica de argumentar (preponderantemente desenvolvida pelo advogado), para além das óbvias diferenças de atribuições institucionais que cada um desses agentes carrega. Costuma-se dizer que enquanto a argumentação prioriza a persuasão do outro, a fundamentação é centrada na elucidação do raciocínio do enunciador. Assim, em termos didáticos, se poderia dizer que enquanto uma tem seu centro de gravidade naquele que fala (enunciador), a outra prioriza aquele a quem se fala (enunciatário)¹⁵⁹.

Ou seja, mais do que sustentar sua posição, o juiz precisa bem expor o percurso de seu raciocínio para que pacifique – e não necessariamente convença – a discussão por meio de sua palavra final. Assim, ao juiz, seria dado mais do que efetivamente convencer, já que a ele é atribuída a responsabilidade por neutralizar a discórdia, e, a partir da sua decisão, dar fim ao conflito das partes litigantes¹⁶⁰. Por isso mesmo, quando falado sobre o processo judicial ser um típico ambiente das chamadas “discussões-contra”, foi evidenciado que elas necessitarão de um terceiro – no caso o juiz – para colocar fim ao litígio e, assim, absorver as inseguranças incompatíveis com o sistema jurídico¹⁶¹.

¹⁵⁹RODRIGUEZ, Victor Gabriel. *Argumentação jurídica: técnicas de persuasão e lógica informal*. 6. ed. São Paulo: VMF Martins Fontes, 2015, p.41.

¹⁶⁰FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Direito, retórica e comunicação: subsídios para uma pragmática do discurso jurídico*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1997, 65.

¹⁶¹ OLIVEIRA, Mara Regina de. *O desafio à autoridade da lei. A relação existente entre poder, obediência e subversão*. Rio de Janeiro: Corifeu, 2006, p. 16, p. 81.

Frente a essa função dada ao juiz, então, é evidente que ele não pode menosprezar os elementos comunicativos de sua atribuição, que são notadamente retóricos. Fundamentar é, então, fornecer uma argumentação sobre as razões que distanciam a tomada de decisão de um posicionamento arbitrário¹⁶².

Assim, muito embora possa ser sustentado que, conforme dito, essa atividade de fundamentação seja distinta da argumentação, por ser ainda mais centrada na elucidação da construção da mensagem do que na mensagem em si, é evidente que essa atividade se vale também das bases retóricas para comunicar. Afinal, se toda comunicação traz em si certa argumentatividade¹⁶³, a atividade adjudicante a evidencia ainda mais. Fundamentar, portanto, não dispensa argumentos¹⁶⁴.

A dogmática jurídica, por sua vez, abarcou essa ideia e colocou a fundamentação em destaque na atuação dos magistrados. Assim, ciente de que, ao Estado, não é interessante dar uma resposta qualquer aos conflitos, mas alguma que seja eficaz e apta a controlar as reações das partes, a Constituição Federal, em seu artigo 93, inciso IX¹⁶⁵, menciona que toda decisão judicial, obrigatoriamente, será motivada sob pena de considerar-se nula. Da mesma maneira, o Código de Processo Civil preceitua que é elemento intrínseco das sentenças judiciais a motivação da decisão¹⁶⁶.

A dogmática jurídica, portanto, atenta à importância da motivação judicial enquanto elemento que reafirma o caráter comunicacional do processo e que garante a pacificação do conflito, passou a preocupar-se mais com o assunto. Isso culminou com a edição do recentíssimo

¹⁶² PERELMAN, Chaïm. *Lógica jurídica: nova retórica*. Tradução Virgínia K. Pupi. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 222.

¹⁶³ MOSCA, Lineide Salvador. Velhas e novas retóricas: convergências e desdobramentos. *In: Retóricas de ontem e de hoje*. 3. ed. São Paulo: Humanitas, 2004, p.17.

¹⁶⁴ RODRIGUEZ, Victor Gabriel. *Argumentação jurídica: técnicas de persuasão e lógica informal*. 6. ed. São Paulo: VMF Martins Fontes, 2015, p. 43.

¹⁶⁵ Referido dispositivo assim estatui: *IX - todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação.*

¹⁶⁶ Referido Código assim dispõe: *Art. 489. São elementos essenciais da sentença: I - o relatório, que conterá os nomes das partes, a identificação do caso, com a suma do pedido e da contestação, e o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo; II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito; III - o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões principais que as partes lhe submeterem.*

parágrafo 1º do artigo 489 do Código de Processo Civil,¹⁶⁷ que endossa a responsabilidade do magistrado na fundamentação de suas decisões.

Nesse artigo, o legislador elencou alguns elementos mínimos que devem constar das decisões judiciais para que elas sejam consideradas como efetivamente motivadas. Por força desse dispositivo, serão coibidas as decisões que não dialoguem com o restante do processo, ou seja, que denotem um juiz apático e despreocupado com a argumentação das partes, fazendo com que a atividade do magistrado se reafirme enquanto interação e não apenas enquanto imposição¹⁶⁸.

Importante notar, ainda, que essa tarefa discursiva do magistrado não tem como destinatárias apenas as partes. O juiz, ao motivar suas decisões, tem como função, simultaneamente, persuadir os pleiteantes, as instâncias superiores, e até mesmo a opinião pública¹⁶⁹, já que o processo judicial extrapola o liame direto estabelecido entre partes e juízes em função das atribuições institucionais dadas pela própria legislação. Persuadir, nessa situação, entretanto, não é apresentar uma verdade absoluta passível de demonstração, mas tão somente coordenar a pluralidade de pontos de vista, sem eliminá-los, mas neutralizando-os em termos jurídicos¹⁷⁰.

Essa neutralização, entretanto, não será decorrência absoluta da decisão judicial em si, mas dependerá fundamentalmente do processo comunicativo desenvolvido no processo. É isso, então, que torna imperiosa a discussão sobre a legitimidade desses comandos, sendo o ponto de conexão entre as teorias do poder e da linguagem. No próximo capítulo, então, será o momento de

¹⁶⁷Referido dispositivo assim dispõe: Art. 489: § 1o Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

¹⁶⁸ Da mesma forma como citado quando da análise da retórica dos advogados, fica evidente, nesse tópico, que a atividade argumentativa do juiz também não é plenamente livre. O legislador, assim como cuidou de limites para a atuação dos advogados, também impôs outros ao magistrado, não sendo, portanto, uma comunicação traçada ao bel interesse daquele que exerce o papel institucional.

¹⁶⁹ PERELMAN, Chaïm. *Lógica jurídica: nova retórica*. Tradução Virgínia K. Pupi. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 213.

¹⁷⁰ OLIVEIRA, Mara Regina de. *O desafio à autoridade da lei. A relação existente entre poder, obediência e subversão*. Rio de Janeiro: Corifeu, 2006, p. 16, p. 82.

vislumbrar como essas atuações dialógicas das partes e dos juízes se interlaçam com as relações de poder apresentadas no primeiro capítulo, a fins de criar decisões legítimas. Para tanto, propõe-se um fechamento teórico que unirá poder e comunicação a partir da chave de legitimidade, invocando os modernos instrumentos normativos dispostos aos juristas.

3 DAS INTERAÇÕES PROCESSUAIS E A CONSTRUÇÃO DA DECISÃO LEGÍTIMA

Como já afirmado historicamente no brocado latino, *scire leges non hoc est verba earum tenere sed vim ac potestatem*, ou seja, saber as leis não é conhecê-las as palavras, porém a sua força e poder¹⁷¹. E foi a partir desse pressuposto que os dois capítulos precedentes se desenvolveram: a lei não é um fim em si mesma, e, a partir dela, tantas reflexões podem ser feitas a fim de se entender as bases de poder que ela tenta neutralizar ou esconder. Saber das leis e dos códigos, portanto, é também saber das relações que elas instituem em termos pragmáticos e de poder.

Permite-se dizer, nesse ínterim, que ingênuo seria sustentar de modo diverso, supondo-se que tanto as decisões judiciais quanto as construções legislativas fossem meras construções jurídicas desinteressadas ao poder e à força. Até mesmo autores positivistas, como Hans Kelsen¹⁷², reconheceram que a norma jurídica empresta ao autor vencedor das decisões judiciais um poder a ser exercido sobre o réu vencido, em termos muito similares às relações jurídicas firmadas com o Estado¹⁷³. Assim, o autor de uma ação judicial estaria sempre interessado em constituir uma relação de poder com réu, a fins de atingir seus próprios interesses.

Os termos de poder mencionados por Kelsen, é bem verdade, podem não ser os mesmos traçados por essa dissertação, conforme já mencionado, mas fica então evidente como a discussão jurídica nunca conseguiu se desvencilhar desse fenômeno. Por isso, não é possível fazer uma leitura zetética da dinâmica processual, conforme se propôs logo ao início da dissertação, sem acessar os termos de poder, inerentes à aplicação da lei. E mais que isso, em termos pragmáticos, não é possível fazer uma leitura desse poder, imerso no sistema jurídico moderno, sem se questionar sua legitimidade.

Afinal, a partir do momento em que essa dissertação insere a pragmática como recorte de análise, há a necessidade de se preocupar com os dois lados inseridos nas relações processuais, e assim, há também a necessidade de se questionar a legitimidade dessas relações (o que será feito

¹⁷¹ MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do direito*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994, p. 33.

¹⁷² Autor que, conforme já se apontou, pregava uma teoria jurídica que se valesse estritamente da ciência do direito, em detrimento de quaisquer outras reflexões externas.

¹⁷³ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 8. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 185.

ainda neste capítulo). Afinal, a pragmática jurídica considera o discurso como uma relação necessariamente reflexiva, figurando ambos os comunicadores tanto como emissores e quanto como receptores¹⁷⁴. Não há, portanto, como se falar de apenas um lado dessa relação, ou de um mando que se esquive de discutir sua recepção.

Talvez por isso, historicamente, o processo judicial tenha sido objeto que despertou o interesse de diversos ramos de estudos, tanto jurídicos, quanto filosóficos. Afinal, além de estar vinculado à estrutura formal do direito, é a partir do processo que a jurisdição se efetiva e aquilo que, num momento, estava adstrito às formulações normativas, passa a ser verificado e aplicado aos cidadãos na prática¹⁷⁵. Por isso, pode-se entender o processo como um mecanismo à aplicação das normas jurídicas, e, assim, como manifestação da soberania estatal na imposição de seus mandamentos aos cidadãos. O processo é, fundamentalmente, portanto, um instrumento e uma via de poder, que precisa se mostrar legítimo para ser acatado.

Contemporaneamente, entretanto, essa atividade tem se tornado cada vez mais difícil frente à pluralidade social e à diversidade de instrumentos normativos que os juristas têm a sua disposição. Nesse cenário, o Poder Judiciário atraído cada vez mais atenção frente ao que se identificou como o movimento de “judicialização”, dada a intensificação na transferência para esse poder estatal, de decisões sobre o reconhecimento e concretização do direito – os quais em princípio, seriam da alçada dos demais poderes¹⁷⁶. Roberto Barroso elenca três principais causas a esse movimento, quais sejam, a redemocratização do país, a adoção de um sistema abrangente de controle de constitucionalidade e, por fim, aquela que mais interessa a esta dissertação: a constitucionalização abrangente¹⁷⁷.

Essa última causa de judicialização se relaciona com o texto constitucional brasileiro que foi extremamente pródigo em suas previsões, elencando tanto princípios quanto normas que, apesar de orientar o julgamento, também dão margem a muitas indefinições. Principalmente nas Cortes

¹⁷⁴ OLIVEIRA, Mara Regina de. *O desafio à autoridade da lei. A relação existente entre poder, obediência e subversão*. Rio de Janeiro: Corifeu, 2006, p. 16, p. 93.

¹⁷⁵ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 47.

¹⁷⁶ MASSON, Nathalia. *Manual de direito constitucional*. 7. ed. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 373.

¹⁷⁷ BARROSO, Luis Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art20090130-01.pdf. Acesso em: 1 ago. 2019.

de Justiça de instâncias mais altas, os casos levados julgamento passaram a envolver, cada vez mais, temas extremamente controversos, nos quais a pretensa separação entre o Direito e os outros ramos de conhecimento ficou muito fragilizada¹⁷⁸. Nesse cenário, o jurista foi chamado a argumentar com base em instrumentos normativos que atentam ainda mais contra a objetividade de sua atuação.

Por isso, antes de efetivamente verificar como a legitimidade irá se construir nas decisões judiciais, é importante averiguar quais são as bases normativas que sustentam a decidibilidade dos conflitos modernos. Afinal, é preciso ter em mente que o direito contemporâneo está longe de se constituir apenas por normas positivas muito bem identificadas como se pretendia no passado. Ou seja, ainda que cientes do caráter comunicativo e discursivo da aplicação do direito, conforme sustado no capítulo anterior, é também preciso investigar o esqueleto legislativo do processo judicial.

Hoje, entretanto, não é possível mais falar na decisão de conflitos sem se valer de um arcabouço normativo complexo e heterogêneo que, nem sempre, será harmônico ou inequívoco. Para tanto, é preciso ter em mente que, nos casos mais difíceis, essas decisões apenas poderão ser tomadas levando em conta princípios jurídicos que se contrastam entre si, mas com os quais os juízes precisarão discursar para chegar à prolação de uma sentença legítima.

3.1 AS BASES NORMATIVAS DO RACIOCÍNIO JURISDICIONAL: REGRAS E PRINCÍPIOS

Conforme já enunciado a partir da perspectiva pragmática, a decisão não é apenas um objeto com fim em si mesmo: ela representa uma ação comunicativa, na qual participaram todos os agentes do processo, ao mesmo tempo em que faz, de si própria, um elemento de comunicação quanto à conduta determinada pelo juiz às partes¹⁷⁹. Afinal, as questões dogmáticas, inerentes à

¹⁷⁸ BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. *Introdução ao Estado do direito: humanismo, democracia e justiça*. São Paulo: Saraiva Educação, p. 522.

¹⁷⁹ Nesse sentido, é latente a relação entre os estudos pragmáticos e o conceito de “ação”, conforme citamos: “A pragmática tem por objetivo não o estudo da estrutura gramatical em si, como elemento auto-suficiente, ou melhor, como sistema. Ele visa, ao contrário, à utilização da linguagem, sua apropriação por um enunciador que se dirige a um alocutário em um contexto determinado. Ela está preocupada com a linguagem enquanto ação, atividade humana e as relações de interlocução aí estabelecidas.” BRANDÃO, Helena Hathsue Nagamine. *Pragmática*

aplicação do direito, têm uma função diretiva que se volta, precipuamente, à ação e à decidibilidade dos conflitos. É isso que leva o Professor Tércio Sampaio Ferraz Junior a defender que a ciência dogmática jurídica cumpre funções próprias de uma “tecnologia”, na medida em que se instrumentaliza a fins de trazer respostas que influam na prática¹⁸⁰.

Atualmente, entretanto, tem-se a percepção de que as condições a essa decidibilidade não são mais dadas apenas por regras jurídicas tipicamente entendidas como regras. O direito moderno se constitui de modalidades normativas distintas que, principalmente no momento pós-positivista, puderam ser identificadas a partir dos questionamentos feitos à objetividade do ordenamento. Surge, nesse cenário, então, as primeiras teorias a respeito da normatividade dos princípios jurídicos, cada vez mais presentes nos ordenamentos modernos.

Fato é que a valorização dos princípios e a incorporação de sua normatividade representaram um dos pontos de superação do positivismo e a criação de uma nova hermenêutica jurídica que não mais repele totalmente a ética conforme fora proposto outrora¹⁸¹. Mas é também de se apontar que nem mesmo o conceito dos princípios é inequívoco, sendo resultado de uma vasta construção teórica que passou por múltiplos critérios na sua distinção frente às regras.

Nesse sentido, há de se superar, de início, a ideia de que princípios não possam ser explicitados no próprio ordenamento estatal. Eros Grau, por exemplo, sustenta que existem tanto princípios explícitos (como os previstos na Constituição Federal), quanto princípios implícitos (como os princípios gerais de direito), sendo que todos eles fazem parte do gênero de normas jurídicas, que abarca também as regras¹⁸². A distinção, portanto, não se exaure na positivação, havendo necessidade de se investigar seus aspectos outros.

Mas o que, de início, foi tomado como distinção entre regras e princípios é que estes são mais extensos, gerais, não específicos, de modo que aquilo que apenas várias regras teriam a

Linguística: delimitação e objetivos. In: MOSCA, Lineide Salvador (org.). *Retóricas de ontem e de hoje*. 3. ed. São Paulo: Humanitas, 2004, p. 164.

¹⁸⁰ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 60.

¹⁸¹ BARROSO, Luís Roberto. BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no Direito Brasileiro. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 6, n. 23, p. 25-65, 2003. Disponível em: http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista23/revista23_25.pdf. Acesso em: 24 jul. 2019, p. 32.

¹⁸² GRAU, Eros. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 46.

capacidade de expressar poderia ser vinculado a um único princípio. Além disso, as regras teriam um modo de aplicação “tudo ou nada”, ao passo em que princípios seriam mandamentos não conclusivos e passíveis de sopesamento¹⁸³.

Com o tempo, entretanto, esses conceitos foram se aperfeiçoando, criando outros critérios de distinção que auxiliavam os teóricos, como vislumbrado por Humberto Ávila em sua Teoria dos Princípios. Em grandes linhas, poderia ser dito, então, que a conceituação dos princípios, em oposição às regras, passa pelos critérios de justificação (princípios priorizam os efeitos da conduta), de pretensão de decidibilidade (princípios aceitam a concorrência e a parcialidade), e de verificação quanto aos deveres mediato e imediato (promoção de um estado ideal de coisas na adoção de conduta necessária)¹⁸⁴.

Entretanto, mais interessante do que efetivamente se ater aos conceitos e à distinção de princípios e regras, é vislumbrar como sua adoção acaba por alterar a dinâmica de aplicação do direito. Um dos principais expoentes e precursores dessa temática é o americano Ronald Dworkin, sobre o qual já se falou brevemente no segundo capítulo dessa dissertação. Insta-se lembrar que, para Dworkin, o direito exige uma prática interpretativa e argumentativa que o distancia de outras práticas que não necessitam do fundamental aporte da política e da justiça. Nesse sentido, o autor sintetiza dizendo que o estudo do direito é muito distinto do que se faria sobre outras realidades de conflito, como num jogo de xadrez, por exemplo (analogia utilizada pelo positivismo em alguns casos)¹⁸⁵.

Na visão desse autor, então, a utilização dos princípios privilegia um ideal de Estado centrado efetivamente nos direitos, e não centrado apenas no texto legal, algo muito mais limitado. Esse ideal de Estado centrado nos direitos, então, não se restringe à aplicação de garantias individuais apenas em função das regras postas: vai além, e pressupõe que os cidadãos têm direitos e deveres morais entre si e perante o próprio Estado, os quais, ainda que não previstos na legislação,

¹⁸³ HART, H. L. *O conceito de direito*. Tradução Armindo Ribeiro Mendes. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, pp. 322/324.

¹⁸⁴ AVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 78.

¹⁸⁵ MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. Como o direito não é como o xadrez – Dworkin e a teoria dos tipos conceituais. In: STORCK, Alfredo Carlos; LISBOA, Wladimir Barreto (orgs.). *Normatividade e Argumentação: Ensaios de Filosofia Política e do Direito*. Porto Alegre: Linus, 2013.

são acessáveis pelos princípios¹⁸⁶. Princípios estes, diga-se de passagem, que, na visão de Dworkin, não podem ser incompatíveis com o repertório legal da jurisdição, mas sim, devendo coincidir com os valores expressos pelo próprio ordenamento¹⁸⁷.

Nesse sentido, parte da crítica pós-positivista ao movimento precedente diz respeito justamente a, naquele período, ser privilegiada a visão de um Estado centrado no texto legal. Por isso, parecem ter sido marginalizados, em grande escala, os estudos dos princípios jurídicos, sendo desenvolvidas teorias extremamente preocupadas com as regras, mas desatentas à pluralidade de formas normativas. Foi isso que levou a um interessante debate entre os autores dessas diferentes correntes, culminando com a interação estabelecida entre Dworkin e seu compatriota Herbert Hart, um dos expoentes do positivismo americano.

Hart, nesse interessante contraponto, chegou inclusive a assumir que sua teoria, de fato, menosprezava a distinção entre regras e princípios, levando-o a editar um pós-escrito em sua clássica obra “O Conceito de Direito”¹⁸⁸, abordando essa distinção. É bem verdade que Hart não considerou que essa distinção fosse suficiente para invalidar sua teoria (construída em torno das regras primárias e secundárias), mas reconheceu de que não foram empregadas maiores atenções à dinâmica julgamento e seu raciocínio jurídico¹⁸⁹. Nisso, ficou evidente que os princípios vinham, cada vez mais, tomando destaque não apenas na dogmática, como também nas teorias jurídicas, frente a seu inegável papel na aplicação do direito.

Esses princípios, assim, na aplicação do direito, assumem uma dupla interferência, já que, ao mesmo tempo em que trazem dificuldades extras, também auxiliam na condução de um caminho comum da decisão. Afinal, dada sua abstração, os princípios, ao mesmo tempo em que auxiliam o julgador a chegar numa decisão quando as regras lhe faltam, também são extremamente abstratos.

¹⁸⁶ DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Tradução Luís Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p.7.

¹⁸⁷ DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Tradução Luís Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 16.

¹⁸⁸ Essa dissertação optou por fazer uma abordagem mais profunda do positivismo jurídico a partir da obra *Teoria Pura do Direito*, de Hans Kelen, em virtude deste autor ter influenciado em grande medida o raciocínio jurídico ocidental a partir de sua teorização sistemática e hierárquica do direito. Entretanto, a obra de Hart também rende interessantíssimas discussões sobre o positivismo jurídico, podendo igualmente ser lembrada como um dos principais paradigmas do movimento. A escolha por aprofundar a *Teoria Pura do Direito*, portanto, é meramente didática, já que esta dissertação não pretende esgotar as discussões positivistas.

¹⁸⁹ HART, H. L. *O conceito de direito*. Tradução Armindo Ribeiro Mendes. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, pp. 321/322.

Ao invés de ter que se valer de valores criados *post factum* numa escolha política, o julgador, então, pode se valer dos princípios jurídicos, que lhe oferecem um imperativo de justiça e liberdade em respeito a direitos já garantidos aprioristicamente pelo sistema jurídico¹⁹⁰.

Assim, justamente por serem extremamente abertos e indefinidos, os princípios, ao mesmo tempo em que acabam por ofertar ao julgador uma maior margem de manobra interpretativa, também oferecem valores para que possa se escorar legitimamente quando não sabe como decidir. O mesmo, é claro, é sentido paralelamente nas manifestações dos advogados e da sociedade em geral, que invocam os princípios para garantir seus direitos e endossar seus argumentos.

Dessa forma, nos chamados casos controversos – aqueles entendidos quando as leis e os precedentes são ambíguos, ou não há nenhuma opinião direta formada, ou ainda quando o direito não está assente –, os princípios surgem como uma forma de evitar que o juiz decida exclusivamente com base em fundamentos políticos¹⁹¹. Entretanto, na medida em que os comandos se alteraram, também deveria haver atualização na forma de aplicar o direito, não sendo mais cabível se valer do datado silogismo em detrimento de formas mais adequadas ao novo discurso jurídico.

Assim, aos poucos, frente às dificuldades dos julgamentos, foi introduzida a ideia de razoabilidade e proporcionalidade, já que os códigos normativos não permitiam mais a elaboração de um silogismo clássico de normas e fatos¹⁹². Hoje, a função jurisdicional se assemelha muito mais a uma atividade criadora, já que é sempre permeada de aspectos novos, que não estavam necessariamente contidos na norma geral¹⁹³.

É nessa linha que surge, então, a teoria de Robert Alexy, que se vale dos estudos de Dworkin, Habermas e Perelman para sustentar que a aplicação do direito depende da aplicação de uma razão prática indissociável da interpretação e do manejo de argumentos¹⁹⁴. Para ele,

¹⁹⁰ BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. *Introdução ao Estado do direito: humanismo, democracia e justiça*. São Paulo: Saraiva Educação, pp. 532/533.

¹⁹¹ DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Tradução Luís Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 109.

¹⁹² BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. *Introdução ao Estado do direito: humanismo, democracia e justiça*. São Paulo: Saraiva Educação, p. 523.

¹⁹³ PRADO, Lídia Reis de Almeida. *O juiz e a emoção: aspectos da lógica judicial*. 4. ed. Campinas: Millennium, 2008, p. 19.

¹⁹⁴ BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. *Introdução ao Estado do direito: humanismo, democracia e justiça*. São Paulo: Saraiva Educação, p. 544.

contemporaneamente, essa razão prática se exerce por meio do sopesamento e da proporcionalidade, invocando mecanismos que possam ser utilizados pelo julgador nesses casos em que o mero silogismo não apresenta mais uma resposta convincente, frente à normatividade dos princípios.

Interessante mencionar que, apesar de Alexy ter desenvolvido sua teoria a partir daquela proposta por Dworkin, as concepções dos dois autores não são exatamente iguais. Nesse sentido, enquanto, para o primeiro, os princípios estariam relacionados tanto aos direitos individuais¹⁹⁵ quanto aos sociais, para o segundo, os princípios seriam apenas garantias de interesses individuais¹⁹⁶. Entretanto, ambos coincidem na problemática de identificar modalidades distintas de normas, e oferecer melhores parâmetros para a elaboração e, principalmente, para a fundamentação das decisões judiciais.

Portanto, por mais que a interpretação, a argumentação e os próprios princípios sejam múltiplos e abstratos, isso não retira a avaliação lógica e jurídica sobre a decisão, que deve se manter racional frente aos critérios argumentativos criados pela ciência jurídica. Essa tentativa de instrumentalizar a aplicação do direito decorre da percepção de Alexy de que muito embora a interpretação seja uma atividade livre e não vinculada, existe sempre um julgamento valorativo sobre as próprias decisões para verificar se são mero arbítrio ou se são efetivamente racionais e legítimas¹⁹⁷.

Justamente por isso, os princípios, embora imprecisos e muito abstratos, necessitam, na aplicação do direito, representar um conteúdo concreto a ponto de serem otimizados na prolação de uma decisão racionalmente verificável¹⁹⁸. Nesse sentido, Alexy foi um autor que teve alto impacto na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal nos últimos anos, ofertando sua teoria sobre o raciocínio proporcional como um instrumento eficaz na conformação dos princípios¹⁹⁹.

¹⁹⁵ DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Tradução Luís Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 113.

¹⁹⁶ NOVELINO, Marcelo. *Curso de direito constitucional*. 13. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2018, p. 145.

¹⁹⁷ ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*. Tradução Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001, p. 20.

¹⁹⁸ TOLEDO, Cláudia. A argumentação jusfundamental em Robert Alexy. In: MELE, Jean-Christophe; MOREIRA, Luiz. *Direito e Legitimação*. Tradução São Paulo: Landy, 2003, p. 234.

¹⁹⁹ SOARES, Luisa Machado Leite. *Análise da aplicação do sopesamento proposto por Robert Alexy pelo Supremo Tribunal Federal*. Dissertação (Mestrado em Filosofia) - Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo. São Paulo, 167p., 2017, p. 75.

Isso porque, como se sabe, a Constituição Federal brasileira de 1988 foi muito pródiga na enunciação de princípios e normas abertas, dando aos magistrados uma função complexa de preenchimento e conformação desses instrumentos normativos. Assim, a Suprema Corte brasileira tem se valido da teoria de Alexy para bem manusear os princípios nos casos difíceis que lhe são levados à apreciação.

Esse foi o procedimento adotado, por exemplo, no julgamento do *Habeas Corpus* de número 124.306/RJ, que discutiu a criminalização de aborto feito nos primeiros três meses de gestação. Nesse caso, extremamente polêmico e difícil, e cuja correção não se pretende discutir, a teoria de proporcionalidade desenvolvida pelo autor alemão foi aplicada integralmente pela 1ª Turma do referido Tribunal a partir do voto-vista do Ministro Roberto Barroso. Nele, valendo-se de todos os passos narrados por Alexy, o ministro empregou as fases de análises da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito para verificar qual a melhor decisão, demonstrando a pertinência dessa teoria para o constitucionalismo contemporâneo²⁰⁰.

Não é o caso, nessa oportunidade, entretanto, de se aprofundar no percurso de aplicação da teoria da proporcionalidade desenvolvida por Alexy. Para tanto, remete-se o leitor à doutrina constitucional, que é extremamente fértil nesse tema, e demonstra o quanto a teoria do autor foi efetivamente empregada no direito nacional a fins de verificação das decisões e dos argumentos. Por ora, entretanto, basta notar como as bases normativas passaram a se constituir no direito moderno e como influem na elaboração discursiva das decisões. É sobre essas bases de raciocínio jurídico e normativo que as decisões irão se construir, e que a legitimidade se consolidará.

Essa análise morfológica da decisão e dos instrumentos disponíveis ao julgador, então, são valiosas para perceber como a atividade discursiva da decisão é mutável a depender dos aparatos normativos ofertados. A partir dessa construção discursiva, então, será o momento, de nos próximos tópicos, verificar a reação das partes sobre ela, abordando-se não mais como a decisão se constitui, mas como ela irá, efetivamente, responder às necessidades de decidibilidade e da legitimidade. Enquanto nesse item, foi verificada a decisão em sua constituição, nos próximos, será abordada a decisão principalmente a partir de seus reflexos.

²⁰⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus 124.306 RJ*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Relator para Acórdão: Ministro Roberto Barroso, Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC124306LRB.pdf>, Acesso em: 24 jul. 2019.

3.2 A CONSTRUÇÃO DO PODER DO JUIZ E AS REAÇÕES DAS PARTES

Muito se disse até esse momento quanto ao percurso de construção da decisão judicial pelo juiz frente às competências que lhe são outorgadas, passando desde a argumentação desenvolvida por ele, até as bases normativas que lhe são ofertadas. Ou seja, todo o percurso até agora se preocupou fundamentalmente em construir uma decisão. Mas, para finalizar esses primeiros três capítulos eminentemente teóricos da dissertação, é importante também discorrer sobre os comportamentos das partes frente a essa decisão tomada. Afinal, muito embora o juiz tenha que finalizar o processo, ele deve também encontrar as maneiras legítimas de fazê-lo. Mais que isso, deve encontrar as maneiras que garantam a estabilidade do ordenamento e o acatamento da sua decisão.

Nesse sentido, muitas vezes, ao se falar em processo e em decisão judicial, transmite-se a ideia de que as atividades interpretativa e jurídica ficariam concentradas exclusivamente na figura do juiz. Em outras palavras, não é incomum ter-se a impressão de que a aplicação do direito seria uma atividade meramente individual, já que, em última instância, é o magistrado quem é chamado a institucionalizar sua decisão²⁰¹. Entretanto, por tudo quanto já exposto, ficou demonstrado que a travessia processual não é uma atividade isolada, mas sim compartilhada por seus agentes²⁰², não sendo adequado falar apenas na construção da legitimidade pelo juiz se olvidando os outros sujeitos ali inseridos.

Da mesma maneira, então, ao trabalhar com esse substrato normativo, o magistrado é incumbido de manejar esse poder na relação que institui com as partes. Isso porque o juiz, na relação processual da qual faz parte, precisa efetivar a norma jurídica por meio de uma linguagem competente que valide e concretize os interesses do Estado que representa, e, assim, decida o conflito.

Entretanto, como já apontado no primeiro capítulo, esse poder judicial não pode ser reduzido apenas à sua esfera jurídica, devendo ser entendido em toda sua complexidade interativa

²⁰¹ TUZET, Giovanni. *Filosofia della prova giuridica*. Torino: G. Giappichelli, 2013, p. 27.

²⁰² ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. O poder instrutório do juiz no processo penal. In: RASCOVSKI, Luiz (coord). *Temas relevantes de direito penal e processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 153.

que ultrapassa o sentido asséptico de “poder jurídico”. Isso porque o próprio ato hermenêutico do juiz em retirar sentido da lei e fazê-lo vinculante é um ato de poder. Conforme expôs o próprio Hans Kelsen, existem diversas interpretações possíveis que se originam de uma mesma norma²⁰³, e fazer valer apenas uma dentre elas, por meio da hermenêutica do magistrado, é, por si só, instituir uma relação de poder²⁰⁴.

Resta investigar, então, como essa única interpretação escolhida pelo magistrado se fará legítima e acatada pelas partes. Para tanto, é necessário percorrer as bases dessa relação de poder, verificando como essa comunicação se estabiliza em termos de legitimidade e aceitação.

3.2.1 Poder e Comunicação: violência simbólica

Segundo Paolo Semama, “toda comunicação tem como fim uma ação ou do operador ou do sujeito”²⁰⁵. Assim, também a comunicação estabelecida por meio da sentença evidencia o objetivo último de se selecionar e induzir as ações desejadas pelo enunciador – o que, em última análise, representa a instituição de uma relação de poder, conforme os termos pragmáticos já apontados nos primeiros capítulos desta dissertação.

Poder, afinal, nos moldes aqui já estudados, representa justamente um controle, pelo enunciador, sobre as escolhas de ação do enunciatário, se relacionando intimamente com a comunicação estabelecida entre eles, mais do que com uma imposição unilateral de ação²⁰⁶. Nesse sentido, por exemplo, Elias Canetti faz uma clássica e sempre valiosa diferenciação entre as questões de força e poder utilizando a alegoria da relação entre um gato e um rato.

Na percepção do autor, o movimento de captura inicial do gato sobre o rato é um movimento de força, que, aos poucos, vai se tornando mais complexo conforme o gato passa a brincar com ele, ou usar sua figura para condicionar seu comportamento. Por exemplo, o espaço de sombra que o grato projeta constituiu o corpo de seu poder, e não mais unicamente de força. Isso porque o poder

²⁰³ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 8. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 390.

²⁰⁴ MASCARO, Alysson Leandro. *Introdução ao estudo do direito*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 166.

²⁰⁵ SEMAMA, Paolo. *Linguagem e poder*. Brasília: Unb, 1981, p. 23.

²⁰⁶ OLIVEIRA, Mara Regina de. *O desafio à autoridade da lei. A relação existente entre poder, obediência e subversão*. Rio de Janeiro: Corifeu, 2006, p. 16.

pressupõe uma certa ampliação do espaço e do tempo, permitindo ao destinatário certa esperança de autodeterminação²⁰⁷.

Nesse sentido, todos aqueles que se comunicam com base no poder estabelecem essa seleção de comportamentos em maior ou menor medida, mas não aniquilam o espaço e o tempo dos seus enunciatários. Por isso, embora o poder tenha uma importante sustentação sobre a força, não pode se confundir com ela, garantindo ainda certa margem – ainda que ilusória – de manobra àquele com quem se relaciona.

Por isso sustentou-se desde o início que o poder não é unilateral e aniquilante, reservando sempre uma esperança de influência a todas as partes da relação. Ou seja, particularizando-se essa visão para o âmbito do processo judicial, nem só o juiz, nem só as partes, seriam detentores de um pretense poder absoluto e total, sendo que a competência de manejo do discurso é que vai indicar ser essa atividade mais ou menos efetiva na condução dos interesses.

Nas palavras de Bruno Batista da Costa de Oliveira, que estudou a fundo este tema, o poder, no âmbito processual “*não se exerce hierarquicamente, ou ‘de cima para baixo’, mas na intimidade dos juízos de cada um, alimentados por sua vez pelos estímulos recebidos sob o formato de discursos*”²⁰⁸. Ou seja, o poder, também dentro do processo judicial, é algo discursivamente criado, interativamente mantido e bilateralmente exercido.

Disso surge então a pertinência de já ter-se estudado as bases do discurso argumentativo, já que é por meio do manejo dos elementos ali mencionados que a dissimulação desse espaço de liberdade será mais efetivo na construção de um poder legítimo. Ou seja, a partir da interação com o enunciatário, ou com a plateia, será otimizado o poder e a confiança naquele que melhor construir seus argumentos e mais confiança angariar para si.

É nesse âmbito, portanto, que começa a florescer o que se convencionou chamar de violência simbólica nas relações de poder, que é também elemento central na compreensão da recepção das relações e decisões processuais. De acordo com a analogia ao gato e ao rato, é

²⁰⁷ CANETTI, Elias. *Massa e poder*. Tradução Sérgio Tellaroli. São Paulo: Companhia das Letras, 1995, p. 282.

²⁰⁸ OLIVEIRA, Bruno Batista da Costa. *Jurisdição e poder: os usos disciplinares dos discursos do processo civil*. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 328 p., 2014, p. 55.

momento de entender, pois, o que mantém o rato restrito e condicionado ao espaço deixado pela atuação do gato.

Essa violência simbólica, é importante que se diga, em nada se relaciona com a força física, com a coação ou com o abuso de poder por parte dos sujeitos. Pelo contrário, é por meio da violência simbólica, que o enunciador apenas dissimula as relações de força e impõe determinados sentidos legítimos àqueles termos dos quais depende. Não há, portanto, substituição nas ações daquele que se pretende induzir, muito menos coação, mas, sim, a preservação de um espaço de autonomia para, influenciado, o interlocutor se comportar como desejado pelo outro²⁰⁹. Assim, independentemente de quem discursar, é apenas o uso competente da linguagem que possibilitará a construção de sentido conforme os interesses da relação, para obter a efetiva condução do enunciatário conforme o que fora previamente objetivado²¹⁰.

Por isso, a partir do momento em que se pressupõe que tanto partes quanto julgadores exercem poder dentro do processo judicial, não se atribui a nenhum deles uma posição de extrema passividade com a qual se relacionaria meros mandamentos autoritários. Pelo contrário, a partir do momento em que se assume que os cidadãos submetidos ao processo representam também traços de poder, deve ser-lhes dado tratamento que reconheça sua existência enquanto sujeitos ativos da relação, não os aniquilando no que se transformaria numa relação abusiva ou meramente autoritária²¹¹.

É nesse contexto, então, que a violência simbólica surge dissimulando a relação de força que está na base da relação de poder exercida entre magistrados (no exercício da função estatal) e partes. Quão mais dissimulada for essa manifestação da força, tão mais sucesso terá o juiz em consolidar a legitimidade de seus mandamentos de forma comunicativa. Isso porque a legitimidade

²⁰⁹ Nesse sentido, sobre a violência simbólica, interessante a lição do Professor Tércio Sampaio Ferraz Junior: “Trata-se do poder capaz de impor significações como legítimas, dissimulando as relações de força que estão no fundamento da própria força. Não nos enganemos quanto ao sentido desse poder. Não se trata de coação, pois, pelo poder de violência simbólica, o emissor não co-age, isto é, não se substitui no outro. Quem age é o receptor. Poder aqui é controle. Para que haja controle é preciso que o receptor conserve suas possibilidades de ação, mas aja conforme o sentido, isto é, o esquema de ação do emissor.” FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 242.

²¹⁰ OLIVEIRA, Mara Regina de. Direito, argumentação e poder em Julio César. In: OLIVO, Luis Carlos Cancelier. *Anais [do] I simpósio de direito e literatura*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2011, p. 40.

²¹¹ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Estudos de filosofia do direito: reflexões sobre o poder, a liberdade, a justiça e o direito*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 18.

processual, conforme se demonstrará no próximo tópico, não é uma construção impositiva, mas sensivelmente pragmática, valendo-se dispendendo sobre ela maiores reflexões.

3.3 A CONSTRUÇÃO DA LEGITIMIDADE DA DECISÃO: ENTRE A LINGUAGEM E O PODER

A esse ponto de reflexão, então, parece já estar consolidada a íntima relação estabelecida entre as o poder e a linguagem como catalizadoras da legitimidade. Nesse sentido, até mesmo partindo-se da construção legal posta pelo legislador nacional, pode-se notar a preocupação do sistema jurídico com a legitimidade das decisões judiciais em termos interativos.

Por isso, conforme já pôde ser ventilado, a legitimidade não é mero artifício secundário na dinâmica jurídica e processual, tendo sido cristalizada pelo próprio legislador em alguns de seus diplomas legais. Cabe, então, a esta dissertação, entregue aos fins zetéticos de análise já enunciados, aprofundar os termos filosóficos e pragmáticos da legitimidade judicial.

De partida, insta-se apontar que artigo 6º do Código de Processo Civil, além de eleger a cooperação como princípio regente do processo (sobre o que já se falou no primeiro capítulo), também indica que tal princípio servirá à busca pela prolação de uma decisão que seja tanto *justa* quanto *efetiva*²¹². E em que pesem as escolhas terminológicas de cargas conceituais incertas²¹³, é importante vislumbrar esse dispositivo legal para além de sua obviedade, identificando qual foi o real intento do legislador nessa passagem.

Em termos pragmáticos, essas características de justiça e efetividade impostas à decisão parecem denotar uma ínsita preocupação da lei com a legitimidade dos mandamentos judiciais. O que legislador, portanto, ainda que por meio da linguagem dogmática, estaria impondo é que a decisão judicial, em qualquer contexto, precisa ser *legítima*, de tal modo que possa ser entendida como devida pelas partes além de ser acatada por elas.

²¹² Assim menciona referido dispositivo: Art. 6º *Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.*

²¹³ Logo ao primeiro capítulo desta dissertação, já se fez breve ressalva quanto à dificuldade histórica de conceituação e apreciação efetiva do que vem a ser o substantivo “justiça” ou o adjetivo “justa”.

Entretanto, para que se permitam essas afirmações, é preciso, em primeiro lugar, entender o que esses termos significam, de tal modo que se possa criar, ou não, uma identificação entre a efetividade e a justiça das decisões (invocadas pelo legislador), com a sua legitimidade.

Em um passo sucessivo, é preciso, portanto, recorrer a reflexões teóricas que consolidaram pelo menos determinadas bases comuns desses termos. A primeira e mais intuitiva referência nesse assunto vem, então, do dicionário de política desenvolvido pelo italiano Norberto Bobbio. Quanto à definição do autor para as questões de legitimidade, além de parecer consolidar certo consenso acadêmico, ela ainda serve aos intuítos de abordagem dessa dissertação, já que aponta alguns dos principais vetores transcritos pelo legislador. Por esse motivo, mostra-se prudente aqui se transcrever tal tentativa de definição:

Num primeiro enfoque aproximado, podemos definir Legitimidade como sendo um atributo do Estado, que consiste na presença, em uma parcela significativa da população, de um grau de consenso capaz de assegurar a obediência sem a necessidade de recorrer ao uso da força, a não ser em casos esporádicos. É por esta razão que todo poder busca alcançar consenso, de maneira que seja reconhecido como legítimo, transformando a obediência em adesão. A crença na Legitimidade é, pois, o elemento integrador na relação de poder que se verifica no âmbito do Estado.²¹⁴

Dessa leitura, portanto, parece adequado sustentar que a legitimidade possui uma clara afinidade com a adesão e o consenso, não sendo fruto de mera imposição, mas de colaboração e de reconhecimento. Por isso, parece adequado sustentar que a legitimidade possui intensa intersecção com a efetividade das decisões e com o sentimento de justiça que ela desperta, na medida em que são movimentos próprios daquele que recebe o comando, e não apenas daquele que o emite. Ou seja, a efetividade imposta pelo legislador não diz respeito apenas à força estatal, mas propriamente ao acatamento da decisão, que seria recepcionada como justa.

Em outras palavras, quando o legislador impõe a preocupação com a efetividade e com a justiça, há referência à recepção da ordem, mais do que com sua prolação. Por isso, valiosa a lição da Professora Mara Regina de Oliveira, que corrobora essa percepção interativa da legitimidade, e a identifica, didaticamente, como a resposta à pergunta do “*por que obedecer?*”. E, assim, por mais que o legislador tenha explicitado tais termos, essa é uma preocupação que a dogmática jurídica,

²¹⁴ BOBBIO, Norberto. *Dicionário de política*. Tradução Carmen C. Varriale. 7. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1995, p. 675.

via de regra, não acessa plenamente em seus estudos processuais²¹⁵, já que necessária uma abordagem filosófica que ultrapassa a linguagem normativa, e acessa o ambiente externo aos autos e aos códigos.

De fato, então, identificar a legitimidade a partir dessa pergunta proposta pela professora, quando então associada à definição trazida por Bobbio, demonstra como a legitimidade é uma questão puramente interativa. O poder legítimo, nesse sentido, poderá ser entendido apenas como aquele que, além de exercido, é também respeitado porque se justifica em seu próprio uso e necessidade, a partir de um consenso autorizador²¹⁶. Não pode existir, portanto, um estudo de legitimidade que desconsidere um dos lados da relação em apreço, ou que ignore a interação ali estabelecida.

A esse ponto da teoria, pois, já se teve acesso às noções básicas da comunicação e do poder, sendo que a investigação específica da legitimidade vem como um fechamento que perpassa todo esse cenário. Afinal, a legitimidade da decisão será apenas construída quando se valendo dos aspectos interacionais e linguísticos dos quais tanto aqui já se falou. É como se o conceito de legitimidade viesse a unir as teorias do poder e da comunicação de modo inafastável e cíclico. Poder, comunicação e legitimidade, portanto, são temas que, embora nem sempre diretamente positivados, se interlaçam de forma latente no âmbito processual.

É, assim, no processo judicial, situação comunicativa de maior interesse dessa pesquisa, que o juiz, togado à necessidade de trazer uma resposta ao conflito que lhe foi levado a conhecimento, precisa convencer as partes de que estava sendo objetivo, imparcial e atento à letra da lei²¹⁷ na resolução do caso. Ou seja, para conferir uma decisão legítima, o magistrado também precisa demonstrar-se e comunicar-se legítimo para a resolução do processo a partir desse posto de pretensa objetividade e imparcialidade. E, apenas assim, será possível responder positivamente a já mencionada pergunta do “por que obedecer?”.

²¹⁵ OLIVEIRA, Mara Regina de. *O desafio à autoridade da lei. A relação existente entre poder, obediência e subversão*. Rio de Janeiro: Corifeu, 2006, p. 22.

²¹⁶ BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. *Introdução ao Estado do direito: humanismo, democracia e justiça*. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 344.

²¹⁷ RODRIGUEZ, Victor Gabriel. *Argumentação jurídica: técnicas de persuasão e lógica informal*. 6. ed. São Paulo: VMF Martins Fontes, 2015, p. 267.

Desse modo, a resposta a tal pergunta, longe de ser tangencial, impõe-se como fundamental para uma efetiva estabilidade do sistema jurídico, já que, assim como se disse, não basta que a decisão seja prolatada: ela precisa ser, também, recepcionada e seguida. Essa é uma discussão central ao direito, já que apenas uma decisão legítima terá a capacidade de neutralizar as decepções das partes, ainda que não obtenha o consenso concreto²¹⁸, para assim, pacificar os conflitos.

Entretanto, em respeito ao rigor acadêmico, é preciso fazer ainda mais uma breve digressão teórica, já que os vetores de legitimidade, pelo que se viu, estão umbilicalmente atrelados a uma espécie de dominação exercida sobre os sujeitos da relação. Nesse sentido, não poderia ser outra a invocação teórica, que não Max Weber, autor que desenvolveu uma das principais teorias de identificação da “dominação” do sujeito, sustentando que ela seria uma efetiva relação de colaboração autônoma deste na efetivação de uma ordem dada por outro participante²¹⁹. Na visão do autor, entretanto, essa dominação dos sujeitos é passível de uma célebre categorização que permitiu identificar especificidades presentes nos comandos desenvolvidos por diferentes atores políticos, religiosos, ou que, de modo geral, exerçam sua autoridade de forma atenta à legitimidade.

Dominação, nesse contexto, seria uma expressão da “legitimidade do poder, na medida em que o reconhece, garantindo sua obediência”²²⁰. Na teoria clássica de referido autor, então, essa dominação poderia se dar, fundamentalmente, por três tipos puros, que se influenciam mutuamente: a dominação carismática, a dominação tradicional e a dominação legal-racional²²¹. Todavia, pelo que já se pôde perceber nessa dissertação, é essencialmente sob o manto dessa terceira e última forma de dominação que o sistema processual se constrói, já que há inafastavelmente uma notável preocupação com o texto da lei e com a racionalidade jurídica.

Isso se justifica porque, nos Estados ocidentais atuais, verificou-se uma tentativa constante de valorização do aspecto legal e racional das decisões, como uma forma de evitar a subjetivação

²¹⁸ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Estudos de filosofia do direito: reflexões sobre o poder, a liberdade, a justiça e o direito*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 80.

²¹⁹ WEBER, Max. *Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva*. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 1999, p. 191.

²²⁰ OLIVEIRA, Mara Regina de. *O desafio à autoridade da lei. A relação existente entre poder, obediência e subversão*. Rio de Janeiro: Corifeu, 2006, p. 23.

²²¹ WEBER, Max. *Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva*. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 1999, *passim*.

e afastar as relações de poder, vistas como estritamente pessoais, da jurisdição estatal²²². Ainda que inspirado profundamente na equidade, o julgador necessita, sempre, pela perspectiva dogmática, encontrar um fundamento jurídico-normativo satisfatório para decidir adequadamente²²³.

Entretanto, é preciso dizer que essa tentativa de objetivação da aplicação do direito nunca foi tão questionada quanto vem sendo contemporaneamente. Afinal, passou-se a sustentar que ela nunca foi realmente alcançada, já que as próprias normas jurídicas são reféns das vicitudes e limites da linguagem, bem como o aplicador do direito, no exercício de seu ofício, não consegue se desvencilhar totalmente de seus valores pré-concebidos e dos estímulos não jurídicos²²⁴. Não basta, mais, portanto, apenas tentar alcançar tal objetividade utópica.

Por isso, emerge a importância de teorias contemporâneas que trazem a linguagem para o centro da discussão, e, assim, tentam identificar até mesmo a influência das emoções nas argumentações²²⁵, o que desagua numa visão não meramente normativa da dinâmica jurídica e processual. Ou seja, as decisões judiciais carregam consigo tantos elementos externos quanto também os carregam os juízes que as prolatam, como reflexo de um processo normativo – e humano – que as constituem.

Com isso, entretanto, é claro que não se chegaria a dizer que o magistrado, ao prolatar sua sentença, esteja unicamente vinculado à sua subjetividade e à sua sensibilidade – o que macularia sua legitimidade burocrática. Ou seja, ao invocar os aspectos sensíveis à psicologia, não se sustenta algo parecido com o que se defendera no chamado psicologismo jurídico, movimento que tentou vislumbrar o direito a partir apenas de aspectos psicológicos, negligenciando seu intrínseco aspecto normativo²²⁶.

Entretanto, inegável é que as normas postas, por si só, não garantem a legitimidade do sistema jurídico, já que sequer são capazes de apresentar todas as respostas das quais necessita o

²²² OLIVEIRA, Mara Regina de. *O desafio à autoridade da lei. A relação existente entre poder, obediência e subversão*. Rio de Janeiro: Corifeu, 2006, p. 26.

²²³ PERELMAN, Chaïm. *Lógica jurídica: nova retórica*. Tradução Virgínia K. Pupi. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 213.

²²⁴ *Ibidem*.

²²⁵ Cf. MOSCA, Lineide Salvador. A teoria perelmaniana e a questão da afetividade. In: CAGAS OLIVEIRA, Eduardo (org.). *Chaïm Perelman: direito, retórica e teoria da argumentação*. Feira de Santana/ Núcleo Interdisciplinar de Estudos e Pesquisas em Filosofia, 2004.

²²⁶ PRADO, Lídia Reis de Almeida. *O juiz e a emoção: aspectos da lógica judicial*. 4. ed. Campinas: Millennium, 2008, p. 29.

jugador. Ou seja, por mais que a completude seja um valor para o ordenamento jurídico, não é uma decorrência natural e necessária dele, não apresentando sempre as respostas que o julgador necessita.

Nesse sentido, o desafio do movimento de matriz positivista incipiente era alcançar essa pretensão completude de um sistema que obriga o juiz a resolver todas as controvérsias apresentadas, vedando-lhe deixar de decidir, ao mesmo tempo em que impõe a ele a observância irrestrita das normas pertencente ao ordenamento²²⁷. Ou seja, o juiz deve decidir, mas deveria fazê-lo sempre pautado pelo princípio da legalidade normativa. É, todavia, justamente quando o ordenamento entra em contato com a realidade social por meio da aplicação jurídica, que passam a ser identificadas as chamadas lacunas jurídicas, em oposição a essa pretensão de completude do sistema. Afinal, um ordenamento, por si só, não pode ser considerado mais ou menos completo, senão a partir do processo de sua aplicação e confrontação com a realidade prática²²⁸.

Entretanto, mesmo esses espaços lacunosos evidenciados pela aplicação do direito otimizam a atuação legítima do juiz, que assume o papel de aproximação do sistema jurídico à realidade social. Nas palavras do Professor Luiz Sergio Fernandes de Souza, que se dedicou ao estudo desse tema, “a ideia de lacunas no direito permite aproximá-lo da realidade social, pois possibilita ao aplicador da norma fugir da legalidade estrita, elidindo, por vezes, a vontade do legislador, quando é desautorizada pelos fatos”²²⁹.

Assim, é ilusório imaginar um ordenamento que traga todas as respostas, assim como é benéfico, em certa medida, que o juiz tenha seu espaço criativo. Ou seja, da mesma forma como é certo que a atividade jurídica não pode ser relegada ao pleno arbítrio dos detentores da função jurisdicional, também não pode ser ela aprioristicamente planejada e objetificada pela dogmática, sob pena de, no primeiro caso, constituírem-se disfunções organizacionais e, no segundo, instituírem-se incapacidades criativas frente às controvérsias²³⁰. Devem ser mantidos, portanto, tanto o apreço pelo trabalho legislativo e institucional, quanto a valorização da atividade integrativa

²²⁷ BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Tradução Maria Celeste C. J. Santos. 6. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1995, p. 118.

²²⁸ SOUZA, Luiz Sergio Fernandes de. *O papel da ideologia no preenchimento das lacunas no direito*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 251.

²²⁹ *Ibidem*, p. 278.

²³⁰ SEMAMA, Paolo. *Argomentazione e persuasione*. Milano: Giuffrè Editore, 1974, pp. 288/289.

inerente à construção discursiva das decisões. O juiz deve manter e resguardar as intenções do legislador, transformando-as “em uma decisão que lhe seja própria ao mesmo tempo em que aplica a lei”²³¹. Apenas a partir dessa confluência complexa é que a legitimidade poderá emergir nas relações processuais²³².

Isso permite dizer que, hoje, a aplicação do direito, diferentemente do que pautado, por vezes, pela dogmática jurídica, não é uma atividade formalmente lógica, de tal modo que seu estudo não pode menosprezar as suas instâncias não normativas. Foi isso o que já se enunciou quando da exploração da retomada da argumentação nos estudos jurídicos, e é, agora, reafirmado também em termos de legitimidade jurisdicional.

Com isso, pode-se dizer que, sob o prisma da legitimidade, a atividade processual é também puramente interacional, dependendo das relações humanas ali construídas, para além de meras positivamente. É como já enunciado por Habermas: o processo tem seu aspecto normativo, mas também tem seu aspecto discursivo necessário que se cria nos vácuos deixados pela positivamente. E esse processo apenas levará a uma decisão legítima – e também democrática – quando confluírem o que aquele autor chamou de princípio do discurso e as formas jurídicas²³³.

Assim, correlacionando teorias, podemos dizer que mesmo que se entenda que a legitimação das decisões venha por meio dos procedimentos institucionalizados pelo Estado, não

²³¹ RIGAUX, François. *A lei dos juízes*. Tradução Edmir Missio. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 313.

²³² Como não poderia deixar de ser, as teorias da comunicação têm muito a acrescentar nessa questão. Para não tornar enfadonho o texto, preserva-se essa citação em nota de rodapé, mas refirma-se sua importância como retomada dos elementos da argumentação como instrumentos de legitimidade. Nesse sentido, nunca foi tão adequada a lição da Professora Ruth Amossy, que conforme já foi enunciado, considerou que o *ethos*, na argumentação institucional, possui reflexividade tanto em função do papel social do enunciador quanto do efetivo discurso que ele desenvolve. Ou seja, o *ethos*, em termos de legitimidade, tem tanto valor normativo, dogmático e pré-constituído, quanto valor criativo e subjetivo daquele que discursa. Nesses termos: “O proferimento do discurso ou a colocação de um texto em circulação conferem certa realidade à distribuição dos papéis e às imagens do orador que eles autorizam. Ao fazer com que elas existem aos olhos do auditório, o discurso trabalha para lhes dar uma legitimidade que inicialmente nem sempre está assegurada. Em outros termos, a autoridade do locutor não provém somente de seu estatuto exterior e das modalidades da troca simbólica da qual ele participa. Ela é também produzida pelo discurso em uma troca verbal que visa a produzir e a fazer reconhecer sua legitimidade.” AMOSSY, Ruth. O *ethos* na intersecção das disciplinas: retórica, pragmática, sociologia dos campos. In: AMOSSY, Ruth (org.). *Imagens de si no discurso: a construção do ethos*. São Paulo: Contexto, 2005, p. 138.

²³³ Assim define Habermas quanto ao chamado princípio do discurso: “D: São válidas as normas de ação às quais todos os possíveis atingidos poderiam dar o seu assentimento, na qualidade de participantes de discursos racionais.” HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre faticidade e validade*. v. 1. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 142.

podem ser afastados os aspectos comunicacionais e retóricos da aplicação do direito, ou seja, seus aspectos enquanto acontecimentos reais, conforme enunciado por Luhmann:

[...] a retórica jurídica e o talento mímico dos magistrados administrativos na aplicação do direito, ou do juiz, constituem momentos do processo de legitimação. [...] A legitimação pelo procedimento não é como que a justificação pelo direito processual, ainda que os processos legais pressuponham um regulamento jurídico; trata-se, antes, da transformação estrutural da expectativa, através do processo efetivo de comunicação, que decorre em conformidade com os regulamentos jurídicos; trata-se, portanto, do acontecimento real e não uma relação mental normativa.²³⁴

Esse excerto, por sinal, é muito feliz em demonstrar que, quando se fala em procedimento, não se está, necessariamente, limitando sua percepção a termos puramente dogmáticos e positivos. Muito embora os próprios bancos acadêmicos tenham acostumado a comunidade jurídica a entender o processo apenas a partir de sua perspectiva codificada, pelo que pôde-se perceber, a legitimidade emprestada pelo seu procedimento não é meramente legislativa. O procedimento extrapola a dogmática jurídica em termos de poder, e apenas uma ciência atenta a esses aspectos externos pode compreender efetivamente a construção de sua legitimidade.

E é esse motivo que oportuniza o quarto e derradeiro capítulo desta dissertação, no qual a interdisciplinaridade contribuirá com o aspecto humano por vezes negligenciado pelo direito, da mesma forma em que a apreciação prática trará os contornos da realidade contemporânea. É por meio da apreciação artística e da leitura prática de um caso socialmente verificado, que se poderá acessar o aspecto “real” do procedimento, tal qual mencionado por Luhmann, superando-se exclusiva “relação mental normativa”.

Mas antes disso, seria artificioso prosseguir ao capítulo derradeiro sem ressaltar a importância de um valor jurídico basilar dos ordenamentos modernos, que, pela construção teórica aqui sustentada, poderia parecer ter sido esquecido ou minimizado. Finalizam-se, então, essas discussões sobre a legitimidade judicial, com uma breve digressão sobre a segurança jurídica enquanto catalizadora das expectativas do sistema social, e contraponto à uma leitura meramente subjetivista do processo judicial.

²³⁴ LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Tradução Maria da Conceição Côrte-Real. Brasília: Universidade de Brasília, 1980, p. 35.

3.4 A SEGURANÇA JURÍDICA COMO CONTRAPONTO À SUBJETIVIDADE

Uma leitura mais apressada dos itens anteriores deste capítulo, bem como das teorias modernas de interpretação jurídica, poderia indicar que o direito acabou por se entregar indistintamente à subjetividade de seus aplicadores. Em última instância, isso ainda poderia levar a supor que o direito teria perdido sua capacidade de preservar expectativas, já que relegando à subjetividade judicial. Não é essa, entretanto, a perspectiva que se está a defender, ainda que se admita que as ressalvas quanto aos aspectos subjetivos sejam muito importantes na construção do direito contemporâneo.

De início, é importante retomar que o movimento do positivismo jurídico se destacou justamente por tentar trazer maior objetividade e sistematicidade ao direito, facilitando ao jurista identificar aquilo que poderia ser considerado jurídico. Ou seja, o positivismo priorizou a segurança jurídica, como forma de permitir ao jurista uma mais fácil identificação dos instrumentos dos quais dispõe frente às problemáticas sociais e às expectativas que elas carregam.

Não por outro motivo, o positivismo coincide historicamente com boa parte dos movimentos de codificação do direito, o que otimizou ainda mais esse cenário de previsibilidade. O fato de o direito ter se tornado escrito foi um dos grandes impulsionadores do positivismo e também uma grande conquista em termos de precisão e de segurança²³⁵. Afinal, a partir das leis escritas, os cidadãos passaram a ter aonde recorrer nos casos de dúvida quanto à regulamentação estatal, bem como obtiveram a certeza de autoridade dos textos legais.

Entretanto, uma das críticas mais contundentes feitas aos autores positivistas vai justamente em direção a essa prioridade dada ao ideal sobre a segurança jurídica. Isso porque passou-se a sustentar que uma teoria, tal qual a positivista, que considera o direito, exclusivamente, como uma expressão da soberania estatal, revela, de modo implícito, uma preferência ao valor da segurança

²³⁵ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 48.

em detrimento do valor da igualdade²³⁶. Ou seja, embora tenha valorizado a segurança, o positivismo parecia falhar em responder a outras demandas sociais, menosprezando outros princípios também fundamentais à sociedade e ao Estado.

Mas como, então, lidar com esse aparente conflito de valores, sem traçar uma teoria que seja extremamente subjetivista ou extremamente rígida? Como, ao mesmo tempo, prestigiar valores que são igualmente necessários para o desenvolvimento do sistema jurídico, mas que são atingidos por argumentos teóricos distintos?

As respostas a tais perguntas têm se tornado cada vez mais difíceis, já que as transformações da sociedade têm exigido uma atualização dos papéis dos juristas. É notório, a esse respeito, que o saber dogmático do direito contemporâneo, como já houve a oportunidade de se dizer, se mostra, crescentemente, como uma verdadeira tecnologia que serve aos interesses econômicos e capitais da sociedade. Por isso, o jurista é sempre chamado a fazer um cálculo que leve em consideração tanto as leis quanto as exigências sociais envolvidas na demanda²³⁷. Mas, para realizar tal cálculo, o jurista necessita, então, por óbvio, de um mínimo grau de previsibilidade sobre as decisões.

Previsibilidade essa que serve a todo corpo social, sendo a necessidade latente de um Estado que se desenvolve com base no direito. Nesse sentido, sequer é certo pensar que esse raciocínio de segurança jurídica privilegie e sirva apenas às classes abastadas ou que unicamente cristalice as explorações dos grupos. É, sim, bem verdade que os grandes capitalistas necessitam da segurança jurídica para fazer valer seus acordos e trocas, mas também seus funcionários se valem de tal segurança para garantir suas condições mínimas de estabilidade e respeito²³⁸. Por isso, os contratos, que embasam boa parte das demandas judiciais, acabam por garantir expectativas também daqueles hipossuficientes que se valem dele para ter sua dignidade preservada (como nos casos de códigos que surgem da necessidade de preservação de expectativas de consumidores, idosos, incapazes, dentre outros).

²³⁶ BOBBIO, Norberto. *Diritto e potere. Saggi su Kelsen*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1992.

²³⁷ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 61.

²³⁸ AZEVEDO, Plauto Franco de. *Aplicações do direito e contexto social*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 137.

A sociedade, portanto, em todos os seus nichos, necessita do direito para garantir as expectativas que cria e, assim, poder se desenvolver. Foi nesse sentido que o legislador nacional atuou tentando reduzir as imprecisões judiciais, por meio de instrumentos mais ou menos complexos visando a unificar as suas decisões. É nesse contexto que surgem procedimentos de unificação de jurisprudência, como o Incidente de resolução de demandas repetitivas, Súmulas (vinculantes ou não), e outros²³⁹. Ou seja, o direito continua precisando daquele ideal de unidade que era tão caro ao positivismo, e que é, justamente, um dos triunfos dos ordenamentos jurídicos estatais típicos, que se contempla pela hierarquia normativa²⁴⁰.

Mas é evidente que, por mais que a dogmática jurídica tente unificar sua aplicação do direito, esse movimento não é tão efetivo quanto desejam, já que recaem nos mesmos limites apresentados no item precedente. Ainda que a jurisprudência seja pretensamente unificada, os casos concretos continuarão a ser infinitamente distintos, sempre requerendo maiores ou menores doses de criatividade judicial, e sempre envolvendo aspectos subjetivos e interacionais distintos. Afinal, por mais que se busque, incessantemente, uma correção dos juízos, esta nunca será efetivamente alcançada em termos de correspondência, mas apenas em termos racionais argumentativos²⁴¹.

Esse absoluto controle de segurança – ou de correção – sobre a jurisprudência, portanto, não é possível, já que a complexidade social nunca será alcançada pela complexidade dogmática, e a ciência jurídica nunca será uma questão de verdade ou certeza. Como bem lembra Alexy, é bem verdade que nem todos os casos serão considerados “difíceis” e exigirão tamanha criatividade argumentativa do juiz (são as chamadas decisões claras)²⁴², mas os casos complexos continuarão sempre existindo, independentemente dos esforços legislativos e da pacificação jurisprudencial. E mais, em última análise, o processo sempre continuará sendo regido por humanos, que estão inseridos na lógica de poder e comunicação da qual já se falou.

²³⁹ GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. *Direito processual civil esquematizado*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 903.

²⁴⁰ BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Tradução Maria Celeste C. J. Santos. 6. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1995, p. 34.

²⁴¹ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre faticidade e validade*. v. 1. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 281.

²⁴² ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*. Tradução Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001, p. 21.

Portanto, ainda que considerando o inegável valor dado à segurança jurídica em qualquer ordenamento moderno, é preciso que ela seja identificada para além de seus aspectos meramente normativos ou pretensamente imutáveis. Assim, diferentemente do que poderia fazer crer uma leitura meramente dogmática, a segurança jurídica não repousa numa pretensa imutabilidade ou unicidade das decisões e entendimentos. Entender dessa forma seria supor que a dogmática jurídica seria capaz de garantir toda estabilidade e coesão social, algo que foge de seu escopo meramente positivo e regulatório.

Para além disso, uma pretensa e total uniformidade dos entendimentos judiciais poderia ter um resultado muito mais nefasto do que benéfico ao sistema jurídico como um todo. Isso porque estar-se-ia privilegiando a rigidez e o estereótipo na aplicação do direito, em detrimento do talento e da predisposição do juiz às análises de matrizes individuais dos casos concretos²⁴³. E, assim, quanto mais rígido fosse o sistema e sua aplicação, menos representados se sentiriam aqueles que batem às portas do Poder Judiciário, já que não se sentiriam efetivamente escutados.

Portanto, não é o caso de se entender a segurança jurídica como rigidez ou negação de subjetividade. Lado outro, a proposta é que ela seja entendida como uma medida de legitimidade, já que será impossível garantir sempre qual o resultado de uma demanda *a priori*: mas deverá ser sempre garantido que ele será tomado por meio de um procedimento legítimo.

Com isso, objetiva-se dizer que, mesmo que não seja possível fazer um controle material sobre as decisões, é possível, conforme já sustentado a partir da teoria de Alexy, fazer um controle racional sobre ao procedimento, e, especificamente, sobre as regras da argumentação²⁴⁴. Nesse sentido, ainda que frente às múltiplas possibilidades que a decisão pode assumir numa mesma ação, a defesa das expectativas se impõe como marca do sistema jurídico. Afinal, a racionalidade e a segurança não se exaurem em meros valores legalistas, mas sim de valores intrínsecos ao processo comunicativo processual, o que leva a sustentar que:

A segurança jurídica não é inversamente proporcional à abertura do texto normativo a diferentes interpretações. Entendemos a segurança jurídica como um

²⁴³ PRADO, Lúcia Reis de Almeida. *O juiz e a emoção: aspectos da lógica judicial*. 4. ed. Campinas: Millennium, 2008, p. 25.

²⁴⁴ TOLEDO, Cláudia. *A argumentação jusfundamental em Robert Alexy*. In *Direito e Legitimação*. MELE, Jean-Christophe; MOREIRA, Luiz. Trad. São Paulo: Landy, 2003, p. 239.

padrão que decorre da legitimação do sistema judicial. Ela aumenta com a maior legitimação perante a sociedade.²⁴⁵

Assim, rompe-se com a ideia de que a segurança jurídica seria alcançada tão somente pela repetição de decisões nos mesmos sentidos de mérito. Pelo contrário, tão maior será a segurança jurídica, quão maior for a legitimidade do procedimento e do poder que instituiu a decisão.

E, conforme foi dito, ainda que a legitimidade traga necessariamente aspectos subjetivos e não meramente objetivos e legais, esta não é, e nunca foi, uma defesa do autoritarismo ou do abandono da letra da lei. É entre os dois extremos – de aplicação estrita do silogismo, e de plena autonomia de vontade do magistrado –, que se desenvolve o raciocínio criativo do juiz, pautado por um procedimento legal, e que se faz legítimo e seguro na medida em que prioriza os aspectos pragmáticos da decisão²⁴⁶. É apenas esse procedimento que será capaz de responder às expectativas que foram entregues ao direito.

²⁴⁵ TOMELIN, Georghio. *O Estado jurislador*. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 76.

²⁴⁶ AZEVEDO, Plauto Franco de. *Aplicações do direito e contexto social*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 134.

4 A ANÁLISE APLICADA E INTERDISCIPLINAR

Conforme sustentado pelo filósofo francês Edgar Morin, explicar não é, por muitas vezes, suficiente para entender, já que os meios objetivos não são suficientes para se acessar o ser subjetivo²⁴⁷. Seria artificioso, portanto, analisar as relações humanas com menosprezo às suas sensibilidades e a outros aspectos internos impossíveis de serem reduzidos a teorias ou normas. Assim, ao se sustentar um estudo interdisciplinar atento à sensibilidade, não se quer afrontar ou contrariar a razão, mas tão somente construir uma razão que seja também sensível e complexa, e que não desconsidere esses aspectos subjetivos inerentes às relações humanas²⁴⁸.

Nesse sentido, embora a racionalidade permita um estudo estrutural da realidade, ela não é capaz de trazer toda substância à pesquisa, que apenas surge a partir da simbiose entre o que é construção racional e aquilo que é efetivamente vivido. Por isso, podemos dizer que as relações humanas, na prática, não são idealizações artificiosas de homens puramente racionais inspirados pela projeção de seu *homo-sapiens*. Mais que isso, hoje, é cada vez mais sensível a incorporação de elementos outros à dinâmica humana, de tal modo que suas relações se constituem a partir do dialogismo *sapiens-demens* que origina uma realidade tão complexa quanto o é o homem e suas situações²⁴⁹.

Importante notar, entretanto, que adjetivo “complexo” não é, aqui, utilizado de forma despropositada. Dizer-se complexo, nesse contexto, é assumir um estudo que não se preocupe apenas com as partes, mas também com a totalidade, em toda sua sistemática, organização e mútuas

²⁴⁷ MORIN, Edgar. *A cabeça bem feita*. Repensar a reforma, repensar o pensamento. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2000, p. 51.

²⁴⁸ GIOSA, Elenice. Sensibilidade. In: FAZENDA, Ivani Catarina Arantes (org.); GODOY, Herminia Prado (coord. técnica). *Interdisciplinaridade: pensar, pesquisar, intervir*. São Paulo: Cortez, 2014, p. 229.

²⁴⁹ MORIN, Edgar. *O método 5. A humanidade da humanidade*. Porto Alegre: Sulina, 2007, p. 141.

influências. Por isso, no nosso exemplo, não bastaria meramente o estudo teórico ou institucional, menosprezando-se o estudo subjetivo, comunicativo e até cultural. Todas essas “partes” do estudo jurídico e filosófico devem estar confluindo na criação de um conhecimento maior – e, propriamente, mais complexo –, que as aloque não como causas e consequências lineares, mas se confundindo numa construção circular de sua complexidade²⁵⁰.

Por isso, ainda que num primeiro instante, o direito e a arte, por exemplo, pareçam estar em ramos tão distintos do saber, a troca estabelecida entre eles é fundamental para a criação de um conhecimento que atenda à multiplicidade de fatores humanos inerentes a uma realidade conglobante. Nesse sentido, a literatura, aqui tomada como exemplar das artes, apresenta um discurso que se pode dizer complexo na exata medida em que se vale da intersecção não apenas de um discurso autorreflexivo e puramente linguístico, mas também daquele discurso atento ao mundo em sua realidade e essencialidade²⁵¹.

Nesse mesmo cenário, o direito, por se construir a partir de relações humanas – que, apenas num segundo momento, recebem efetiva significação jurídica²⁵² – é um campo de estudo que muito necessita das representações artísticas para assistir sua própria complexidade. Apenas essas representações são capazes de atingir partes da complexidade humana que não seriam acessadas por um estudo meramente externo e laboratorial, sem haver a efetiva reconstrução das mais íntimas facetas do homem, que são trazidas pelos diversos personagens de um livro ou de uma peça teatral²⁵³. Por isso, pode-se dizer que apenas a arte é capaz de adentrar em profundidades humanas que outros instrumentos não permitem, afinal, “ao olhar a arte, olhamos diretamente para nossa verdadeira alma refletida e refratada”²⁵⁴.

Vai justamente nesse sentido, então, a valiosa lição da Professora Mara Regina de Oliveira, que preceitua a necessidade de alargamento dos estudos jurídicos e filosóficos sem que se perca de vista a seriedade com que são conduzidos:

²⁵⁰ MORIN, Edgar. Complexidade e ética da solidariedade. In: *Ensaio da Complexidade*. CASTRO, Gustavo de (coord.). 4. ed. Porto Alegre: Sulina, 2006, p. 14.

²⁵¹ PROENÇA FILHO, Domicio. *A linguagem literária*. 2. ed. São Paulo: Ática, 1987, p. 38.

²⁵² KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 8. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 2.

²⁵³ MORIN, Edgar. *A cabeça bem feita*. Repensar a reforma, repensar o pensamento. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2000, p. 49.

²⁵⁴ PAULO, Sidney de. Por uma leitura dialógica do cinema, do mundo e de nós. In: *Arenas de Bakhtin – linguagem e vida*. São Carlos: Pedro & João Editores, 2008, p. 387.

A diferença entre “direito”, “poder” e violência” e o problema da legitimidade, por exemplo, têm uma natureza racional-afetiva profunda. É possível fazer uma convergência temática de textos-críticos e obras artísticas, mas a leitura estrutural e profunda tem de ser desenvolvida nas duas linguagens, com seriedade.²⁵⁵

Justamente por isso, seria artificioso que este trabalho, na medida em que advogada uma superação do olhar normativo sobre o processo, se limitasse à análise teórica e jurídica sobre esses temas. Quanto mais fontes e linguagens forem disponibilizadas, tantos mais cenários serão acessados, seja no plano superficial e institucional das relações, seja no plano profundo e introspectivo de seus sujeitos.

Também por isso, a eleição e o estudo de um caso prático decidido pela Suprema Corte do país vêm em resposta à necessidade de se alargar a pesquisa e verificar como a dinâmica aqui construída em termos teóricos tem-se materializado em termos práticos e humanos. A partir da análise aplicada, o que era texto teórico pode ser confrontado com o que é texto prático, demonstrando como o poder e o discurso são efetivamente exercidos no contexto brasileiro atual. Como dito por Luhmann, aqui já citado, a legitimidade é necessariamente uma construção real, e não apenas imaginária ou normativa²⁵⁶, sendo imperiosa, portanto, sua percepção por meio de nossa realidade jurídica e institucional contemporânea.

As regras processuais, assim, na medida em que almejam a definição de respostas aos conflitos, não podem ser vislumbradas em apartado dos litígios e da complexidade social que os cerca. Afinal, não apenas o poder e a argumentação, como também o processo, são elementos práticos que exigem uma confrontação aplicada.

Entretanto, como bem se sabe, ainda que a partir de um acórdão, tem-se acesso apenas àquilo que os magistrados permitiram que fosse institucionalizado num documento estatal. A realidade ali narrada nunca terá o condão de ser tão complexa e múltipla quanto a vida fora dos autos judiciais. Por isso, a leitura do acórdão não pode se limitar ao que fora posto pelos magistrados no documento legal: a análise real sobre a legitimidade deve ser atenta à sua situação de produção, de tal modo a não se entregar aos mesmos limites de um estudo meramente teórico e dogmático.

²⁵⁵ OLIVEIRA, Mara Regina de. *Shakespeare e o Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 09.

²⁵⁶ LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Tradução Maria da Conceição Côrte-Real. Brasília: Universidade de Brasília, 1980, p. 35.

Toda essa reflexão, portanto, serve para demonstrar que a interdisciplinaridade e o estudo prático não surgem nesse trabalho como escolha metodológica aleatória: eles surgem de seus próprios objetos, que exigem um estudo diferenciado para sustentar-se. Assim, conforme já fora exaustivamente enunciado, ainda que se parta das leis, das burocracias e das formalidades, existe, indissociavelmente, um vetor elementar de interação subjetiva dentro do processo, e, portanto, o estudo do poder e da comunicação nesse âmbito, reforça-se, não pode ficar adstrito a uma abordagem institucional ou normativa.

Em conclusão, cabe-se dizer, então, que, contemporaneamente a interdisciplinaridade surge como uma forma de contrariar um saber extremamente fragmentado, dissociado da realidade social e contrário ao conformismo e à apatia científicos, que vinha sendo construído pelas Universidades²⁵⁷. Assim, o método interdisciplinar vem se construindo como um olhar inovador que tem ganhado cada vez mais adeptos por não se contentar com limites impostos ao conhecimento, que não lhe sejam próprios. Ou seja, a partir da intenção de conhecer os objetos de estudo que estão inseridos numa realidade de multiplicidade de saberes, a metodologia interdisciplinar rompe com os limites impostos pelas disciplinas universitárias para construir um estudo dialogado e complexo.

Apenas a interdisciplinaridade, inspirada por uma multiplicidade de discursos e linguagens, portanto, será capaz de acessar os aspectos reais da racionalidade e da sensibilidade, surgindo como uma ponte entre o que é *sapiens* e o que é *demens*²⁵⁸. E é ciente dessas bases metodológicas, então, que se constrói o presente capítulo, numa tentativa constante de se superar os limites que não sejam próprios de seus objetos e condensar construções inovadoras.

4.1 A COMPREENSÃO DO PODER E DA ARGUMENTAÇÃO A PARTIR DA PEÇA MEDIDA POR MEDIDA

A partir da reflexão desenvolvida no item precedente, prece ficar evidente que a abordagem interdisciplinar e artística muito se adequa aos objetivos deste trabalho. Entretanto, ao ser eleita essa abordagem como forma de aprimoramento do estudo, resta-se, ainda, especificar a linguagem

²⁵⁷ JAPIASSU, Hilton. *Interdisciplinaridade e patologia do saber*. Rio de Janeiro: Imago Editora, 1976, p. 43.

²⁵⁸ OLIVEIRA, Mara Regina de. *Shakespeare e o Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 09.

artística e, especificamente, a obra, das quais esta teoria se valerá a fins acadêmicos. Afinal, não basta dizer-se interdisciplinar: é preciso também bem conhecer os objetos sob estudo, e bem selecioná-los frente às necessidades da pesquisa. Nesse sentido, a obra e a sua linguagem devem ter algo a acrescentar ao quanto se vinha discutindo, não sendo mera coincidência arbitrária, de tal modo a respeitar o caráter crítico e zetético proposto à dissertação.

Em assim sendo, é notável, desde logo, que a utilização de um texto teatral se mostra bastante adequado a esse estudo interdisciplinar na exata medida em que, ao mesmo tempo que é de fácil acesso, também se vale da escrita como forma precípua – mas não exclusiva – de comunicação. Desse modo, dada a forma de manifestação de sua linguagem, tanto se permite que traços centrais da obra sejam trazidos à dissertação, quanto se confere ao leitor a possibilidade de confronto e pesquisa diretos com o material sob estudos.

Mas, para evitar leituras rasas e desatentas, faz-se necessária uma breve ressalva. Isso porque o estudo de textos teatrais exige também uma compreensão, ao menos inicial, sobre algumas bases da literatura, já que sua linguagem também possui especificidades frente às demais. Assim, embora os textos teatrais sejam costumeiramente feitos para serem encenados, é evidente que eles sobrevivem ao tempo por conta de sua expressão e documentação literária. Desse modo, em respeito à profundidade do estudo interdisciplinar, valem, então, que sejam feitas algumas considerações sobre a linguagem literária, já que nem sempre abordada em pesquisas jurídico-filosóficas.

Nesse sentido, um dos principais traços dessa linguagem, que possibilita distingui-la de algumas outras, é a possibilidade de seu enquadramento como sendo eminentemente conotativa, o que significa dizer que os traços significativos de seu texto não podem ser desvinculados do contexto sócio-cultural em que fora escrito²⁵⁹. Ou seja, ao se falar em Shakespeare, por exemplo, é impossível desmerecer seu momento e local de criação, até mesmo como forma de compreender sua representatividade histórica. Afinal, os próprios termos dos quais o autor se vale apenas são utilizados e entendidos frente a essa relação temporal e espacial específica.

Entretanto, ao mesmo tempo em que é preciso ter consciência desse enquadramento situacional, é preciso também tomar ciência da multissignificação do texto literário, o qual,

²⁵⁹ PROENÇA FILHO, Domício. *A linguagem literária*. 2. ed. São Paulo: Ática, 1987, p. 40.

diferentemente da linguagem científica, não objetiva significados únicos e inequívocos. Assim, ainda que reduzida a um mesmo texto, uma obra literária pode ter múltiplas leituras, levando a uma polissemia que a permite ser atemporal²⁶⁰.

Ou seja, ainda que seja fundamental alocar as obras temporalmente a fins de estudo, isso não significa dizer que seus efeitos não se protraíam no tempo e reverberem em gerações distintas, já que o sentido passa por constantes alterações. Por sinal, no caso específico do texto teatral, essa contemporaneidade de obras antigas fica ainda mais evidente em função de suas insistentes readaptações e reinterpretações a públicos cada vez mais diversos.

Por isso, na medida em que se elegeu, nessa dissertação, a abordagem de uma peça teatral shakespeariana datada do século XVII²⁶¹, fez-se também necessária sua apreciação por meio de adaptações contemporâneas construídas sobre a obra. É isso que dará vivacidade ao texto, de modo que alguns autores chegam até mesmo a dizer que a análise exclusivamente literal – sem se vislumbrar suas performances teatrais – poderia induzir a algumas perdas na trajetória interpretativa das facetas e possibilidades do texto²⁶². Por isso, parece fundamental também vivenciar o texto em seu aspecto ativo e teatral, por meio de interpretações artísticas que respeitem o espírito original da mensagem do autor.

São essas interpretações que permitem, ao público, confundir o que é o espaço real de uma sala de apresentação e projeção, e o que é ilusório da ação artística²⁶³. Tão mais eficaz for esse golpe de ilusão em transportar o espectador, quão mais verossímil será a construção apresentada e maiores serão os ganhos da atividade interdisciplinar.

Entretanto, não poderia ser qualquer peça a contribuir com essa reflexão, restando, assim, justificar a escolha de uma obra teatral em específico, dentre tantas outras possíveis de apreciação.

²⁶⁰ PROENÇA FILHO, Domício. *A linguagem literária*. 2. ed. São Paulo: Ática, 1987, pp. 38/40.

²⁶¹ Medida por Medida é uma obra datada, provavelmente, de 1604, conforme exposto por Barbara Heliodora, na introdução por ela escrita à sua tradução brasileira da obra.

²⁶² DUDALSKI, Sirlei. A dramaturgia shakespeariana no Brasil: por que e como ensiná-la. In: *Shakespeare por múltiplos olhares*. CAMATI, Anna Stegh; MIRANDA, Célia Arns (orgs.). Curitiba: Ed. Solar do Rosário: 2009, p. 303.

²⁶³ DUBOIS, Jacques; EDELINE, Francis; KLINKENBERG, Jean-Marie; MINGUET, Philippe; PIRE, François; TRINON, Hadelin. *Retórica geral*. Tradução Carlos Felipe Moisés, Duílio Colombini, Elenir de Barros. São Paulo: Ed. da Universidade de São Paulo, 1974, p. 245.

O início dessa justificativa, por óbvio, passa pela figura de seu autor: o dramaturgo inglês William Shakespeare.

Shakespeare, a esse respeito, é um autor que adquiriu grande relevância nos estudos sociais e jurídicos em virtude de, além de tocar feridas institucionais e políticas de seu tempo, tem inegável competência em construir as figuras humanas de suas obras de forma profunda e densa²⁶⁴. Assim, muito embora tenha escrito suas peças há tantos anos, as condições próprias do teatro inglês de seu tempo²⁶⁵ lhe permitiram a construção de conflitos trágicos, que o fizeram despontar dentre os demais autores de então. Desse modo, ao que costumou-se dizer, Shakespeare pode ser entendido como um autor eternamente contemporâneo, sendo insubstituíveis suas contribuições até os dias atuais²⁶⁶.

Além disso, em termos de poder, as contribuições de Shakespeare são inenarráveis, o que o torna ainda mais atrativo para essa dissertação. Isso porque o autor conseguiu desenvolver uma visão interativa e conflitual da ideia de poder, rompendo com a visão substancial e teológica que predominava em seu tempo²⁶⁷. Essa é uma das características que mais irá se evidenciar nos próximos itens, demonstrando o quanto sua literatura é capaz de acessar perspectivas pragmáticas que, até hoje, são pertinentes.

Não obstante, conforme instigado por Bárbara Heliódora, é preciso conhecer mais as obras de Shakespeare pelo que elas são, e não somente pela sua assinatura, até mesmo por serem perfeitamente acessíveis – traço comum de qualquer bom autor teatral²⁶⁸. Coube, então, a escolha por uma obra específica, para que pudesse ser vislumbrada em seu maior detalhe, dadas as bases teóricas dessa pesquisa. Assim, a seleção da peça teatral *Medida por Medida* se deu em razão de seu intenso diálogo com os temas apresentados nos primeiros capítulos, já que ela perpassa

²⁶⁴ Nesse sentido, importante notar que Shakespeare adota uma concepção além de seu tempo quanto aos aspectos do poder, de tal maneira que este fenômeno aparece em sua obra como algo interacional, nos mesmos termos que sustentamos neste trabalho. Assim, “Poder, para Shakespeare, se constitui em um jogo interativo-conflitivo permanente. Seu pensamento desvela o dissimulado em sua época, fortemente articulada na ideia não interativa, mas substancial e tecnológica de poder.” OLIVEIRA, Mara Regina de. *Shakespeare e o direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 33.

²⁶⁵ HELIODORA, Bárbara. *O teatro explicado aos meus filhos*. Rio de Janeiro: Agir, 2008, p. 61.

²⁶⁶ *Id.* *A expressão dramática do homem político em Shakespeare*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1978, p.19.

²⁶⁷ OLIVEIRA, Mara Regina de. *Shakespeare e o Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 33.

²⁶⁸ HELIODORA, Bárbara. Shakespeare no Brasil. In: LEAO, Liana de Camargo; SANTOS, Marlene Soares dos (org.). *Shakespeare, sua época e sua obra*. Curitiba: Editora Beatrice, 2008, p. 334.

competentemente a temática jurídico-processual, abordando tanto as dimensões do poder, quanto da argumentação.

Nessa peça, os problemas postos em destaque dizem respeito a causas morais e pessoais, que são escancarados por meio das ações contrapostas das personagens, mais do que pelas óbvias verbalizações. São essas contradições que, embaladas por um mundo de aparências, atraem tanto a peça à realidade contemporânea²⁶⁹, tornando tão relevante seu estudo em âmbito jurídico. No próximo item, então, serão apresentadas as grandes linhas dramáticas da peça, mas, desde logo, fez-se prudente apontar que sua leitura se adequa perfeitamente à temática teórica deste estudo.

Neste trabalho, portanto, é importante que se reafirme, não se busca a leitura exaustiva de todo portfólio shakespeariano, mas, sim, especificamente dessa peça *Medida por Medida*. Isso, inclusive, permite que, nesse momento, seja feita uma indicação como resposta à indagação apresentada ainda no início deste item pertinente às adaptações teatrais do texto shakespeariano. Isso porque, já que se sustentou que a apreciação teatral se torna tão rica quão mais interpretações sejam apreciadas, fez-se prudente indicar também uma encenação moderna de referida obra.

Assim, cabe-se mencionar, a título indicativo, a adaptação inglesa realizada pelos diretores Dominic Dromgoole²⁷⁰ e Ross MacGibbon²⁷¹, e que foi digitalizada pelo estúdio Opus Arte²⁷². Esta gravação foi utilizada para reflexões adicionais a partir da materialização do texto nas emoções dos atores, e serviu a otimizar a multissignificação do texto shakespeariano, sendo certa sua contribuição ao estudo interdisciplinar interessado aos aspectos subjetivos do conhecimento. O texto, nessa adaptação, toma corpo e evidencia toda sua humanidade e pertinência às relações traçadas nos tribunais modernos.

No próximo item, então, serão apresentados, em grandes linhas, os principais traços da trama de *Medida por Medida*, sendo reservada, para as reflexões que o seguirem, a efetiva aplicação interdisciplinar dos temas da argumentação e do poder.

²⁶⁹ BENNETT, Robert B. *Romance and reformation: the Erasmian spirit of Shakespeare's Measure for measure*. Cranbury: Associated University Presses, 2000, p. 58.

²⁷⁰ Diretor da montagem para o teatro.

²⁷¹ Diretor para a filmagem.

²⁷² MEASURE for measure. Direção: Dominic Dromgoole e Ross MacGibbon. Opus Arte, 2015. 1 DVD (151 minutos).

4.1.1 Plano de fundo da trama

Cabe agora, portanto, fazer uma breve retomada dos principais acontecimentos da obra em análise, até mesmo para poder, assim, contextualizar aqueles que, eventualmente, nunca tenham tido contato com o texto original.

Em resumo, pode-se dizer que a trama de *Medida por Medida* é centrada na figura de um Duque (fazendo as vezes de julgador) que se afasta de seu cargo em virtude de um suposto desapontamento com a aplicação das leis em Viena. O Duque, para tanto, aponta, de logo, um substituto para sua função (chamado Ângelo), que auxiliado pelo personagem Éscalo, deverá fazer cumprir as leis locais, uma vez que a luxúria já havia se espalhado por aquele território em função do desuso das disposições legais que coíbiam tais práticas. Entretanto, o substituto Ângelo, apesar de seu rigor na aplicação das leis, não demonstra o mesmo rigor moral na condução do cargo, entregando-se às corrupções moral e sexual.

Tais corrupções são efetivadas a partir do julgamento de um certo cidadão, chamado Cláudio, que havia engravidado sua noiva antes do casamento, e que foi, por isso, condenado à morte, dada a leitura estritamente literal da lei da época. Na constância do julgamento e da execução da decisão sobre o destino de Cláudio, então, Ângelo é procurado por Isabela, irmã do réu, a qual busca, por meio de uma argumentação contundente, convencer o julgador substituto quanto à necessidade de libertação do irmão. É nesse momento, entretanto, que é apresentada a faceta corrupta de Ângelo, que condiciona a não execução da pena de morte do réu à entrega de Isabela aos seus prazeres sexuais.

Toda essa dinâmica, entretanto, é acompanhada por perto pelo Duque – aquele mencionado no início –, que, logo que se afastara do cargo, passou a se disfarçar de frade para analisar como a aplicação das leis se daria em sua ausência. Por essa razão, o Duque, sob o disfarce, acaba se conscientizando da atuação de Ângelo e, em nome disso, auxilia Isabela em sua articulação com o atual julgador.

Ciente de outras falhas morais cometidas por Ângelo, o Duque, então, se associa a Isabela e elabora um plano para acabar punindo-o. Para tanto, o personagem central, sob seu disfarce,

encontra uma antiga noiva de Ângelo, que fora abandonada por ele às vésperas do casamento por ter perdido seu dote familiar, e convida-a, para, então, dar concretude à sua estratégia. E, assim, unindo os esforços de Isabela e de Mariana (ex-noiva do julgador substituto), por meio de uma articulação que não se cabe, aqui, adentrar, o Duque consegue a libertação de Cláudio, a junção de Ângelo com a ex-noiva, e a condenação de outros envolvidos em ilícitos que descobriu por meio de seu plano.

É evidente que estas são linhas muito gerais da obra, as quais, por maior que seja o esforço, nunca poderão ser exaustivamente expostas com a mesma maestria do autor. Entretanto, desde esse resumo, é possível perceber que alguns dos elementos fundamentais da teoria desenvolvida neste trabalho estão representados na peça shakespeariana, abrindo caminho à análise interdisciplinar intentada.

Foram, então, eleitos, em consonância com as bases desta pesquisa, dois temas centrais a serem estudados, de forma a agregar tanto à construção teórica, quanto à aplicação prática contemporânea que será feita logo em seguida. Esses temas são, como não poderia deixar de ser, as relações de poder instituídas a partir das figuras dos julgadores, e a persuasão argumentativa desenvolvida pelas personagens. São, portanto, dois temas centrais desta pesquisa, que, aqui, ganham contornos ainda mais reais e complexos do que nos capítulos antecedentes, fazendo-se necessária uma confluência de tudo quanto já exposto até este ponto.

4.1.2 As interações de poder a partir da peça teatral

Adentrando-se, propriamente, às reflexões interdisciplinares propostas, é pertinente notar, logo de início, que toda a trama de *Medida por Medida* é desenvolvida em função da substituição de um julgador por outro, problematizando-se as consequências que se iniciam com essa troca.

A partir dessa provocação, então, a peça permite que se comece a notar que o autor compartilha do entendimento de que a aplicação do direito não é um processo matemático ou simplesmente formal, como se as interações processuais fossem plenamente neutralizadas em virtude de sua normatividade adjacente. Lado outro, na obra, fica clara a diferença ao se substituir um sujeito por outro na função de julgamento (Duque por Ângelo), confirmando o que aqui vinha-

se sustentando quanto à necessidade de superação do aspecto meramente dogmático da efetivação do direito, fazendo-se adentrar às suas realidades em termos humanos e interacionais.

Assim, por mais que assumissem um mesmo posto institucional, os sujeitos chamados à função de julgamento agiam de formas muito distintas na aplicação de um único ordenamento. Confirmando esse entendimento, então, faz-se pertinente a lição do processualista italiano Piero Calamandrei, que, embora estudioso de um ramo puramente dogmático, foi um valioso enunciador dessa percepção não meramente normativa da aplicação jurídica. Assim, segundo o autor, antes de ser juiz, este é também humano, de tal modo que:

[...] o juiz, enquanto permanece isolado detrás do cômodo empíreo do papel autenticado, ainda pode nutrir a ilusão de que é um semideus infalível; mas, quando se rebaixa a chamar as partes diante de si, é difícil não perceber, posto face a face com os homens, que, sob sua toga augusta, também ele é um homem.²⁷³

Ou seja, mesmo que a rotina forense faça parecer que toda dinâmica processual se reduza aos papéis oficiais postos diante os sujeitos, a real aplicação do direito vai para muito além disso. Não é apenas a mera toga augusta do juiz que efetiva os comandos legislativos: existe aquele que a veste, e empresta a humanidade da qual também depende o sistema jurídico. O propósito de Shakespeare, portanto, parece ser retirar essa veste institucional de seus personagens para desvendar suas profundezas humanas independentes de um controle moral típico e rígido.

O personagem Duque, por sinal, parece ter ciência desse aspecto subjetivo de seus julgamentos, já que, conforme ele mesmo assume, muito embora desejasse uma alteração na jurisprudência de Viena, não acreditava que seria ele capaz de concretizá-la²⁷⁴. Ainda, então, que fosse hierarquicamente competente para tanto, o Duque se esquivava de seu papel institucional e invoca um interessante argumento: não poderia ele, que outrora era permissivo nos julgamentos, vitimar seu povo com uma alteração de entendimento que agora fosse mais rígido e proibitivo. Na visão do personagem, apenas um novo aplicador do direito, partindo de outras experiências e de

²⁷³ CALAMANREI, Piero. *Eles, os juízes, vistos por um advogado*. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2015, p. 140.

²⁷⁴ Nas palavras do personagem Duque: “Se eu errei ao deixar o povo sem rédeas Seria tirania golpeá-lo, Punindo-o por aquilo que antes Permitia.” SHAKESPEARE, William. *Medida por medida*. Tradução Barbara Heliodora. Rio e Janeiro: Nova Fronteira, 2015, p. 24.

novos olhares, seria capaz de efetivar mudanças em temas sensíveis, já que, sob seu comando, as “leis’stão mortas. A liberdade abusa da justiça”²⁷⁵.

Entretanto, pela alegada visão do substituto Ângelo, as leis não estavam propriamente mortas, mas apenas “dormiam”, dada a perda de seu caráter em servir de exemplo à sociedade²⁷⁶. Na visão desse julgador, então, o controle jurídico sobre Viena havia se perdido em virtude de não existirem mais condenações exemplares, que manteriam a higidez do sistema normativo e social. Apenas por meio desses exemplos punitivos, então, aqueles que violavam as leis poderiam ponderar melhor antes de adotar uma conduta ilícita. A proposta de Ângelo, assim, era reativar esses tais comandos normativos que dormiam, de modo a fazer valer o controle legislativo de então. Todavia, é de se notar que, ao menos, era esse o propósito exposto pelo personagem, que, em verdade, parecia dissimular outros interesses e valores além desses que inicialmente fazia ressoar em seu discurso.

O questionamento da peça, a partir disso, recai sobre as próprias atitudes de Ângelo, que, muito embora alegasse fazer da aplicação da lei um exemplo, não as tomava como exemplares para si mesmo. Por consequência, é nesse cenário que as principais teias e dinâmicas das relações estabelecidas entre os personagens vão se construir na peça, na exata medida em que nenhum deles será visto e construído como detentor de uma verdade absoluta, ou mesmo de posições hierárquicas ou morais inquestionáveis. Por vezes, aquele que estava em um posto de julgamento era o que mais parecia se enquadrar no banco de réu; da mesma maneira que aqueles personagens inicialmente mais planejados, que, de partida, pareciam desprovidos de interferência política ou social, são os que constituirão peça fundamental das mudanças da trama.

É nesse propósito, em seguida, que surge uma insistência narrativa em afirmar um paralelismo ético entre as figuras de Cláudio (sujeito condenado à morte) e de Ângelo (o julgador substituto). Sobre esse assunto, mais será dito quando da análise retórica da peça no próximo item da dissertação, já que é este um dos principais argumentos de Isabela na defesa de seu irmão na tentativa de correlacionar os dois personagens, colocando-os lado a lado quanto a suas atitudes e características morais. Entretanto, é de se ter em mente, desde já, que esse argumento apenas é

²⁷⁵ SHAKESPEARE, William. *Medida por medida*. Tradução Barbara Heliodora. Rio e Janeiro: Nova Fronteira, 2015, p. 24.

²⁷⁶ Nas palavras de Ângelo: “A lei não ’stava morta; ela dormia. Não teriam pecado todos esses, Se o primeiro a infringir o estatuto Houvesse respondido por seus atos.” *Ibidem*, p. 47.

possível porque enuncia e se vale de uma visão interativa e dinâmica sobre o poder, que, em nenhum momento da peça, se esgota num ou noutra personagem. Portanto, a personagem de Isabela apenas questiona as condenações proferidas por Ângelo porque vislumbra, nele, dimensões outras que não só um aspecto institucional estático, deixando de atribuir-lhe um poder imóvel ou nato.

Da mesma maneira, o Duque, quando ciente dos abusos cometidos por seu substituto, não precisou invocar a autoridade normativa de seu cargo para dismantelar os julgamentos que vinham sendo feitos por Ângelo. Pelo contrário, o Duque se escondeu sob as vestes de um frade desconhecido, renunciando a seu histórico institucional para tanto²⁷⁷. Ângelo, por sua vez, ainda que tivesse passado a assumir um cargo estatal hierárquico, não compreendeu que essa posição não lhe garantia uma intangibilidade discursiva, moral, social e até jurídica. Tanto o é que, muito embora assumisse função política de relevo, isso não foi suficiente para que efetivasse suas decisões.

Nesse sentido, conforme invocado no terceiro capítulo dessa dissertação, quando da invocação de Ruth Amossy, o personagem Ângelo não deveria ter se valido unicamente da construção de seu “*ethos* prévio”, decorrente da posição institucional que ocupava, e marginalizado seu “*ethos* discursivo”²⁷⁸. Ou seja, não bastava que o personagem tivesse se preocupado com a posição que passou a ocupar, sem se ocupar com a forma com que daria respostas, que fossem subjetivamente suas, a essa atribuição.

Da mesma maneira, Tércio Sampaio reconhece, em sua teoria, que os papéis normativos assumidos pelos agentes processuais são instrumentos fundamentais de neutralização da corrupção, na medida em que, embora permita-se que tenham outras relações pessoais, são esses papéis que blindam os sujeitos de seus interesses privados que não aqueles pertinentes ao processo²⁷⁹. Ângelo,

²⁷⁷ Em determinada passagem, o Duque reafirma que, muito embora o traje que usa tenha mudado, a sua subjetividade continua a mesma. Ou seja, enquanto Duque ou frade, continuava havendo o aspecto humano único por traz deles. É bem verdade que, nesse momento, o personagem não está propriamente a falar das interações institucionais, mas ainda assim deixa clara a percepção quanto à dualidade entre traje, e o que chama de coração: “Isabel, ora, O seu frade é seu príncipe. E assim como Então servi seus santos interesses, Mudando o traje e não o coração, Eu continuo agora a seu serviço” SHAKESPEARE, William. *Medida por medida*. Tradução Barbara Heliodora. Rio e Janeiro: Nova Fronteira, 2015, p. 24

²⁷⁸ Cf. AMOSSY, Ruth. O *ethos* na intersecção das disciplinas: retórica, pragmática, sociologia dos campos. In: AMOSSY, Ruth (org.). *Imagens de si no discurso: a construção do ethos*. São Paulo: Contexto, 2005, p. 137.

²⁷⁹ Cf. FERRAZ JUNIOR. Tércio Sampaio. *Estudos de filosofia do direito: reflexões sobre o poder, a liberdade, a justiça e o direito*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009, *passim*.

em *Medida por medida*, todavia, não respeitou essa dimensão neutralizante da relação, e acabou por prejudicar seu ofício.

Em sua relação com Isabela, Ângelo deixa ainda mais evidente esse seu desconhecimento sobre os aspectos particulares da comunicação processual. Afinal, o personagem se acomoda num posto hierárquico que considera intangível, supondo que qualquer absurdo será tido por verdade, dada a suposta credibilidade normativa e institucional de sua palavra. Nas palavras dele, a personagem Isabela poderia bradar e argumentar o quanto quisesse, já que “mentindo, ainda peso mais que sua verdade”²⁸⁰.

Ao assim proceder, o julgador nada mais está do que instituindo, em termos pragmáticos, uma relação abusiva com Isabela, na medida em que desconsidera a complementariedade da comunicação, e a aniquila enquanto sujeito comunicativo²⁸¹. É como se Ângelo supusesse que qualquer mensagem que transmitisse seria acatada como verdadeira, perdendo, com isso, o caráter racional de seu discurso.

Por sinal, boa parte desse abuso na condução do julgamento também decorre de uma demasiada concentração de funções na figura de Ângelo. Assim, muito embora Isabela tentasse argumentar se valendo dos instrumentos retóricos à sua disposição, ainda parece insuficiente frente ao aparato normativo instituído. Tal qual se colocou no primeiro capítulo dessa dissertação, na peça, não havia uma ideia compartilhada de atribuições no procedimento: pelo contrário, toda a condução era feita pelo Ângelo, sendo relegada pouquíssima influência – ao menos normativa e institucional – a outros atores.

Nota-se, também em decorrência disso, um certo desprestígio do procedimento em si, que cede lugar a uma discussão quase exclusiva sobre o direito material e a decisão. Importa, portanto, a decretação da pena de morte, mas muito pouco se discute sobre o procedimento que levará a isso. Trata-se, por sinal, de um dos reflexos do próprio período histórico de escrita shakespeariano, já que, àquela época, pouca atenção ainda era dada aos estudos processuais como ramo autônomo do

²⁸⁰ SHAKESPEARE, William. *Medida por medida*. Tradução Barbara Heliodora. Rio e Janeiro: Nova Fronteira, 2015, p. 60.

²⁸¹ OLIVEIRA. Mara Regina de. *Shakespeare e o Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 29.

direito, confundindo-se a ideia de direito material e de ação²⁸². Assim, enquanto, contemporaneamente, infundáveis teorias são levantadas sobre ao procedimento adotado nos julgamentos, naquele momento, a preocupação era quase que exclusiva com o mérito da condenação.

Com isso, não se objetiva dizer que não existisse um processo, ou que a condenação não nascesse também da concatenação de atos distintos. Pelo contrário: a trama de Shakespeare é próspera em demonstrar essa procedimentalização da decisão, na exata medida em que perpassa toda sua construção comunicativa. O que falta é o aspecto positivo de procedimento, tal qual conhecemos hoje, considerando o processo como ramo autônomo da ciência jurídica à serviço do Estado e da sociedade²⁸³.

Isso, é evidente, por um lado, potencializa a abusividade de Ângelo, mas não é a única responsável por ela. Afinal, ainda que carentes de um sistema processual complexo, os ideais de justiça, igualdade, moralidade, dentre outros, são insistentemente levantados pelos personagens, de tal modo que, a dialética por eles construída também é capaz de legitimar uma possível decisão. E é isso que torna a apreciação dessa peça ainda mais interessante aos dias atuais, já que as relações jurídicas e de poder, ainda sem tamanha positividade normativa, encontram na retórica uma saída exponencial. Assim, invocando o ensinamento de Luhmann, já mencionado no terceiro capítulo da dissertação, mesmo que não existisse um procedimento muito bem regulamentado pelo direito processual, ainda poderia haver uma “transformação estrutural da expectativa, através do processo efetivo de comunicação”²⁸⁴.

Essa preocupação com a comunicação, então, é intrínseca à ideia de processo, de tal modo que, ainda que incipiente, ele deverá sempre se preocupar com o valor do contraditório para legitimar as decisões²⁸⁵. E, assim, no caso da peça, muito embora Ângelo tente se esconder sob o falacioso argumento de objetividade do julgamento – como se fossem as leis a condenar Cláudio,

²⁸² GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. *Direito processual civil esquematizado*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 43.

²⁸³ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 51.

²⁸⁴ LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Tradução Maria da Conceição Côrte-Real. Brasília: Universidade de Brasília, 1980, p. 35.

²⁸⁵ Cf. CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 318.

e não ele próprio²⁸⁶ –, isso é insuficiente para conferir qualquer grau de controle à sua decisão, já que, conforme posto, sua comunicação é abusiva, e incompetente no controle de seletividade das partes.

Ângelo parece, portanto, muito mais preocupado com uma espécie de coação do que com a instituição de uma efetiva relação de poder. Afinal, conforme já mencionado no capítulo inicial da dissertação, poder pressupõe complementariedade e comunicação. Pela coação, Ângelo consegue unicamente destruir a relação de poder²⁸⁷, tornando-se, no enredo traçado por Shakespeare, a principal vítima de sua própria abusividade.

Ao fim da obra, Cláudio não é condenado à pena de morte, e Ângelo é destituído de seu cargo, já que havia se mostrado discursivamente incompetente para tanto. O plano do Duque, portanto, culmina num desfecho que altera não apenas faticamente, mas também em termos de poder, autoridade e legitimidade, a trama que vinha se desenhando. O final da peça, desse modo, apenas reafirma a noção dinâmica e interativa de poder sustentada por Shakespeare, e que tanto se adequa aos fins dessa dissertação.

No próximo tópico, então, a partir da conclusão de que a retórica assumiu papel de relevo nas relações instituídas na peça, será o momento de vislumbrar como os personagens a manejam com base no que aqui já se construiu em termos teóricos. Será a oportunidade de uma análise discursiva sobre os diálogos tão bem orquestrados pelo autor inglês, denotando como a persuasão surge como fio condutor das relações ali construídas.

4.1.3 A argumentação e o objetivo de persuasão em *Medida por Medida*

Pelo que se pôde perceber, as relações de poder instituídas na trama em comento se ancoram no discurso retórico para fazer florescer os dramas teatrais e, assim, encontrar seu ponto ótimo de expressão. Nesse sentido, portanto, da mesma forma como fora feito no estudo teórico, será este o momento, então, de oportunizar que se aprofundem os estudos das bases retóricas, mas, agora, a

²⁸⁶ Nas palavras de Ângelo: “Chega, jovem; A lei, não eu, condena o seu irmão. Se fosse meu parente, irmão ou filho, Seria o mesmo. Ele morre amanhã.” SHAKESPEARE, William. *Medida por medida*. Tradução Barbara Heliodora. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2015, p. 47.

²⁸⁷ Cf. OLIVEIRA, Mara Regina de. *Shakespeare e o direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 29.

partir de seu confronto interdisciplinar. Desse modo, a promessa é aperfeiçoar essas construções, já que a obra shakespeariana é notadamente rica em seus elementos comunicativos, e, em especial, nos traços da retórica, já que o autor, valendo-se de uma característica comum dos artistas elisabetanos, fez uso da argumentação para desenvolver os conflitos centrais de sua dramaturgia²⁸⁸.

Dito isso, fica evidente, na leitura da peça, que seus personagens se dedicam a atividades puramente argumentativas, que, salvo nos casos de abusos comunicativos (tratados anteriormente), objetivam a persuasão mútua para dar cabo a seus interesses. Assim, permite-se dizer que a instauração dessas relações de poder também diz respeito a esse mesmo objetivo de persuasão daqueles agentes ali envolvidos, já que também elas representam uma forma de indução dos sujeitos. É nesse ponto, portanto, que se acoplam, por meio da atividade comunicativa dos personagens, o poder e a argumentação como interesses fundamentalmente persuasivos.

Pode-se sumariar, nesse sentido, que a persuasão é a intenção última das duas perspectivas deste trabalho, estando evidenciada tanto naquele que se insere numa situação comunicativa argumentativa, quanto naquele alocado numa relação de poder (instâncias estas que se discriminam principalmente por finalidades didáticas). Isso porque é o discurso persuasivo que possibilita a condução dos comportamentos nos interesses do enunciador, materializando tanto o poder, quanto a argumentação. Afinal, os argumentos apenas poderão ser considerados eficientes quando o interlocutor, aquele a quem se dirige, ponderar vantajoso, também para si, a sua condução de acordo com o que foi enunciado pelo comunicador: ou seja, quando for persuadido²⁸⁹.

Feita essa pequena introdução sobre a concepção de persuasão, é preciso ainda ter mente que essa atividade persuasiva apenas será possível quando for conhecido aquele com quem se fala: o primeiro passo, portanto, é conhecer o auditório²⁹⁰, conforme já fora possível enunciar quando da apresentação dos objetivos da retórica. É isso, entretanto, que nos leva a ressaltar que, de acordo com alguns autores, apesar dos usos cotidianos similares, “persuadir” e “convencer” não constituem exatamente o mesmo percurso, sendo justamente o auditório o seu vetor de diferenciação.

²⁸⁸ MIRIAM JOSEPH, Sister. *Shakespeare's use of the arts of language*. Philadelphia: Paul Dry Books, 2005, p. 174.

²⁸⁹ SEMAMA, Paolo. *Argomentazione e persuasione*. Milano: Giuffrè Editore, 1974, p. 99.

²⁹⁰ PERELMAN, Chaïm. *Lógica jurídica: nova retórica*. Tradução Virgínia K. Pupi. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 146.

Assim, enquanto a persuasão dispõe atenção específica ao auditório particular, o convencimento, por sua vez, se preocupa com o caráter racional da adesão em seu auditório universal. Por isso, o convencimento tem pretensão intemporal e absoluta, ao passo em que a persuasão não possui tal pretensão generalizante²⁹¹. E, embora essa distinção, muitas vezes, se perca na prática, ela é relevante por dar o devido entendimento da comunicação como algo referencial, indissociável da percepção de auditório, que pode ser tanto particular quanto universal. Há quem sustente ser a persuasão o campo preferido da retórica²⁹², e é certamente ela que fica mais evidenciada nas peças de Shakespeare.

Isso se justifica por um traço fundamental das obras shakespearianas, que é o desinteresse pela construção de verdades absolutas ou construções generalizantes. O autor inglês, lado outro, preza pela construção situações não óbvias e extremamente dinâmicas e plurais, que instigam os leitores ao questionamento de suas próprias verdades. Ou seja, quando analisadas as passagens de *Medida por Medida*, é importante ter em mente que seus personagens não pretendem criar verdades absolutas, mas sim situações específicas de persuasão subjetiva. O autor trabalha, portanto, com várias verdades, que se consubstanciam em personagens multifacetados que articulam essa polissemia persuasiva, nos mesmos moldes com que se falou ainda no primeiro capítulo desta dissertação.

Essas reflexões sobre a persuasão, todavia, se adequam a esse momento do percurso dissertativo por ser, ela própria, um dos principais méritos da peça shakespeariana. Em *Medida por Medida*, por exemplo, os conflitos morais e legais são dinâmicos, de tal modo que a divisão entre certo e errado, justo e injusto, legal e ilegal, fica muito dissolvida, sem qualquer pretensão generalizante de verdade, tal qual adequado a uma atividade persuasiva. Prova disso é uma das falas do personagem Cláudio, quando justifica a ajuda prestada por sua irmã por entender que é ela quem será capaz de “brincar com a razão e o discurso até persuadir”^{293 294}.

²⁹¹ PISTORI, Maria Helena Cruz. *Argumentação jurídica: da antiga retórica a nossos dias*. São Paulo: LTr, 2001, p. 100.

²⁹² *Ibidem*.

²⁹³ SHAKESPEARE, William. *Medida por medida*. Tradução Barbara Heliodora. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2015, p. 22.

²⁹⁴ Nesse caso, a fala de Cláudio, entretanto, não deixa evidente de quais atributos de sua irmã estava se referindo. Há de se suspeitar, inclusive, que Cláudio desconsiderava a capacidade discursiva de Isabela, ao dizer que ela se prestaria a uma “fala muda”. Mas o que se extrai, independente disso, é que há a consciência de que a persuasão, ao menos idealmente, se vale, de qualquer modo, das bases racionais e discursivas, conforme enunciado.

Razão e discurso são, portanto, colocados, na obra, como base da persuasão, ainda que atribuídos a uma personagem, que, muito embora destituída de qualquer cargo da hierarquia estatal, faz sentir seus argumentos como forma de integralmente chegar a seus objetivos. Tanto o é que Isabela, em princípio, demonstra apenas dúvida e insegurança quanto a suas atribuições e possibilidades, chegando a dizer que “Eu? Poder? Eu duvido”²⁹⁵. Assim é que, ainda que duvidasse de seu poder, Isabela construiu uma argumentação contundente na defesa de seu irmão, demonstrando que ela própria estava equivocada em não confiar na dinamicidade dessas relações. Pela perspectiva aqui evidenciada, Isabela não precisaria “ter” poder, mas apenas exercê-lo discursivamente, conforme faz em suas passagens sensivelmente marcadas pelo objetivo persuasivo.

É bem verdade que a argumentação, em si, não foi suficiente para alterar o posicionamento do julgador Ângelo – até mesmo porque este estava mais interessado na corrupção sexual do que na construção comunicativa –, mas, ainda assim, serviu para mostrar ao leitor, e ao expectador de modo geral, a reflexão proposta pelo autor. Isabela se transforma numa insistente combatente na defesa de seu irmão, negando os caminhos corruptos propostos por Ângelo e persistindo na negociação retórica que a permitisse alcançar seus fins de modo legítimo.

No caso da montagem encenada, já indicada anteriormente, esses tons interativos da argumentação ficam ainda mais claros, já que a oralidade do discurso potencializa a interação e evidencia sentimentos e dramas mascarados pelo texto escrito. Desse modo, a argumentação oral revela uma preocupação ainda maior com a imagem do enunciador e a forma como ela é observada instantaneamente pelo enunciatário²⁹⁶, colocando em destaque as interações humanas centrais à obra. Assim, Isabela, ao ser chamada à atividade argumentativa, dada a oralidade de seu discurso e sua presença física, precisa também se conscientizar do que irá evidenciar, ou então dissimular, a partir de sua apresentação imagética para, também a partir dela, efetivamente conseguir persuadir seus interlocutores.

Numa análise mais detida a esses elementos comunicativos, entretanto, vários são as atividades argumentativas levantadas pelos personagens no decorrer da peça que seriam passíveis

²⁹⁵ SHAKESPEARE, William. *Medida por medida*. Tradução Barbara Heliodora. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2015, p. 28.

²⁹⁶ RODRIGUEZ, Victor Gabriel. *Argumentação jurídica: técnicas de persuasão e lógica informal*. 6. ed. São Paulo: VMF Martins Fontes, 2015, p. 287.

de verificação nesse momento, de tal modo que a atividade argumentativa não pode ser vislumbrada como uma exclusividade de Isabela. Pode-se citar além dessas passagens, por exemplo, o esforço do Duque, enquanto frade, em persuadir Isabela a participar de seu plano; o esforço de Mariana em persuadir o Duque a não condenar Ângelo; o esforço de Ângelo em mostrar-se isento, fazendo valer a lei antiga; dentre tantos outros casos que levariam à exaustão a análise interdisciplinar.

Quanto a essa última menção de percurso argumentativo, ou seja, à desenvolvida por Ângelo sobre sua isenção na aplicação da lei, entretanto, faz-se interesse mencionar valiosa lição de Perelman, autor já aqui reiteradamente citado, que diz bastante respeito às linhas centrais desta dissertação. Em certa passagem de sua teoria dedicada à Lógica Jurídica, o renomado autor tratou justamente do corriqueiro argumento jurídico de se acessar a vontade do legislador de leis antigas para as fazer valer em momento posterior à sua edição. Essa é, por sinal, uma das principais invocações de Ângelo para alterar os entendimentos jurisprudenciais na aplicação do direito da obra teatral, e que merecem redobrada investigação interdisciplinar no que tange à aplicação do direito.

Nesse sentido, Perelman, em sua já citada teoria, menciona que, mesmo quando a interpretação se vale do critério de averiguação da vontade do legislador, deve-se questionar sobre qual legislador está-se a falar e questionar. Em sua lição sobre o tema, é dito que poderiam ser considerados tanto o legislador da época de edição da lei, quanto o legislador atual, pautado pela sociedade do momento de aplicação jurídica. Pelo que é defendido pelo autor, entretanto, seria a vontade deste legislador atual, e não daquele pretérito, que deveria ser considerada como parâmetro interpretativo e argumentativo. Isso porque não seria sequer possível ao legislador antigo fazer-se impor sobre a contemporaneidade para controlar tal argumento²⁹⁷.

Assim, o próprio intuito de fazer-se impor uma legislação antiga de forma tão drástica e anacrônica seria uma falácia. Afinal, na medida em que a sociedade já não era mais a mesma de quando da elaboração da norma, também não mais o seria o legislador, sendo um equívoco regressar ao pretérito interpretativo em nome do controle presente. Nessa linha, o próprio personagem Cláudio, quando percebe que será condenado por Ângelo, recusa-se a entender os

²⁹⁷ PERELMAN, Chaïm. *Lógica jurídica: nova retórica*. Tradução Virgínia K. Pupi. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 206.

motivos para tanto, por considerar que, independente da resposta e do enquadramento jurídicos, Julieta, para si, já era sua esposa quando se relacionaram sexualmente, não havendo a prática de qualquer crime ou ilícito²⁹⁸. Ou seja, a lei antiga não mais se adequa aos parâmetros sociais da Viena em análise.

É baseando-se nisso que os principais argumentos de Isabela se constroem, já que, em sua visão, seu irmão poderia até ter cometido um erro, mas não seria o suficiente para condená-lo à morte. E, assim, a insistência argumentativa de Isabela se constrói sobre a equiparação de Ângelo e Cláudio, sustentando, portanto, que não seria proporcional condená-lo por uma falta que seria comum (inclusive ao aplicador do direito). A título ilustrativo, menciona-se a seguinte passagem, que bem demonstra a estratégia argumentativa da personagem:

Isabela – Por que a autoridade, embora erre,
Tem para si um remédio notável,
Que lhe encobre o vício. Interrogue seu peito,
Pergunte ao coração o que já fez ele
De errado, como fez meu irmão.
Se ele confessar culpa semelhante,
Que ele não deixe sua língua falar
Contra a vida de Cláudio.²⁹⁹

Esse argumento por equiparação é um reflexo direto da falta de imperatividade da lei antiga sobre a população atual, já que se faz corriqueiro encontrar faltas comuns. Seria ingênuo, entretanto, supor que toda a questão da condenação se restringiria à invocada lei anciã. A questão proposta por Shakespeare ultrapassa esses limites e atinge todas as relações humanas, de forma independente desse crivo normativo.

Por isso, as comparações entre posições de uns ou outros personagens para justificar umas ou outras decisões são constantemente invocadas. Ou seja, a trama toda se sustenta numa teia de relações humanas que privilegia o argumento comparativo justamente por entender que as posições de poder se alteram com instigante frequência. E, assim, na medida em que a dinamicidade da peça shakespeariana intensifica as trocas nas posições de enunciador e enunciatário, também é requerido um manejo ainda mais apurado dos elementos argumentativos do *ethos*, *pathos* e *logos*.

²⁹⁸ Nas palavras do personagem Cláudio: “Eis o meu caso: por contrato firme, Eu tive acesso ao leito de Julieta. Já a conhece. Para mim, é minha esposa, Só nos faltando aquilo que proclama Na forma externa.” SHAKESPEARE, William. *Medida por medida*. Tradução Barbara Heliodora. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2015, p. 21.

²⁹⁹ *Ibidem*, p. 49.

A personagem Isabela, por exemplo, passa por uma constante reconstrução de seu *ethos*, já que tanto num primeiro momento precisa persuadir Ângelo, quanto precisa, posteriormente, se defender dele e acusá-lo. Para cada um desses objetivos, sua construção precisa ser distinta, já que diversa deve ser a ideia que o enunciador deve fazer sobre ela. Da mesma forma, o personagem Duque intensifica ainda mais essa percepção, na medida em que, em um momento, precisa ser entendido como autoridade política máxima, para, depois, superar essa percepção, e legitimar-se como frade a partir de um novo papel institucional.

Toda essa articulação do *ethos*, por evidente, é acompanhada de uma flutuante interação também com o *pathos* e o *logos* do discurso, já que também a afetividade e a racionalidade devem ser manejadas de formas distintas em cada uma dessas situações. Ao transplantar mutuamente as posições de julgadores e julgados, Shakespeare torna múltiplas as emoções causadas, e questiona quais delas seriam ou não abarcadas pela dualidade da justiça e da injustiça.

Assim, a persuasão, sobre a qual tanto se falou, abre espaço para uma interação complexa desses instrumentos, demonstrando que seu objetivo passará sempre pela habilidade de comover (*movere*) e agradar (*docere*), sem deixar de instruir (*delectare*) os interlocutores. Todos esses objetivos são muito sensíveis na obra, e apenas reforçam o que se argumentou quanto aos elementos de estudo que apenas um relato artístico poderia notar, já que, geralmente, são dissimulados nas documentações institucionais. Ao vislumbrar principalmente a encenação teatral da peça, esse exercício persuasivo que passa pela gesticulação e pelo discurso salta aos olhos atentos em seus aspectos acadêmicos.

Portanto, a tentativa argumentativa de alguns personagens de colocar o julgador na posição equivalente àquela de quem é julgado nada mais é do que uma tentativa de comoção; do mesmo modo, enaltecer as potencialidades e a autoridade dos personagens também é uma forma de agradá-los, conforme feito em algumas passagens em que a posição hierárquica institucional é valorizada ao lado dos caracteres morais. Isso, é claro, para além das tentativas de instruir quanto às possíveis interpretações das leis em apreço, trazendo elementos outros que não apenas os normativos, como a efetividade social dos comandos.

Em conclusão, é evidente que essa leitura poderia se estender num possível progresso ao infinito, dada a complexidade shakespeariana. Entretanto, para os objetivos desse trabalho, restam-

se mais do que demonstrados os aspectos subjetivos latentes à argumentação desenvolvida pelos personagens, que constituíram essas instigantes relações de poder da peça.

Entretanto, para bem entender o processo judicial de aplicação do direito moderno, torna-se prudente ainda verificar como esse instrumento tem-se institucionalizado pelas instâncias judiciais nacionais. Ou seja, embora tenha sido sustentado que a aplicação do direito trate fundamentalmente de elementos subjetivos, não se nega, a nenhum momento, a necessidade de institucionalização desse discurso por meio do aparato estatal. No próximo item, então, será interessante notar como vários desses elementos ficam neutralizados na linguagem institucional contemporânea, contrapondo, finalmente, a instigante subjetividade da interação humana, ao ideal moderno de objetivação e legitimação normativa.

4.2 APLICAÇÃO DA TEORIA À PRÁTICA: O RECURSO ESPECIAL 627.189/SP

Em que pese a análise de Medida por Medida ter colocado em relevo os aspectos interativos da comunicação, a análise do presente caso prático responderá às necessidades normativas e procedimentais do direito. Entretanto, é importante que se diga que, conforme vem-se sustentando, esses aportes de pesquisa não são inertes um ao outro, e constituem mútuas influências: não existe normatividade sem comunicação, nem processo sem interação humana. A divisão entre essas análises, portanto, é meramente didática e metodológica, diferenciando-se unicamente a partir do objeto de confrontação: um acórdão ou uma peça teatral.

Assim, muito embora a obra shakespeariana tenha conferido pouco relevo aos aspectos normativos do processo judicial (como de se esperar de uma leitura artística), este será o momento de complementar aquela construção com o elemento institucional, fundamental à aplicação contemporânea do direito. Aqui, propõe-se, portanto, uma adequação temporal e institucional, que permita acessar a realidade brasileira atual, que embora compartilhe de traços fundamentais da uma teoria geral da comunicação, também possui elementos normativos outros que ensejam ponderação.

Dessa forma, a regulamentação do processo judicial moderno, constituída por bases normativas próprias, torna-se um fundamental elemento na construção das relações de poder e de

comunicação instituídas pelos litigantes e julgadores. É pertinente lembrar, portanto, que, conforme posto por Norberto Bobbio, o processo judicial surge como uma espécie de limite formal à atividade criativa do juiz, o qual, muito embora goze de relativa liberdade, também está adstrito ao procedimento normativo³⁰⁰. Portanto, o discurso e, especificamente, a argumentação jurídica, devem ser vistos também de acordo com esses limites impostos pela lei, observando-se como os julgadores, nesse caso, foram capazes de manejar o arsenal comunicativo em respeito às fronteiras postas pelo Estado.

Para tanto, todavia, assim como também fora ressaltado no item anterior, o parâmetro para análise não poderia ser eleito de forma aleatória, o que denotaria um tom autoritário ou pouco científico à pesquisa. O caso sob apreço deveria ter algo a acrescentar à teoria, sob pena de se transformar em mera reprodução acrítica de conceitos normativos deslocados da reflexão filosófica e crítica.

Foi então que, em respeito a esses contornos científicos, restou eleito à apreciação o acórdão do Recurso Extraordinário 627.189/SP, julgado pelo Supremo Tribunal Federal, a partir da relatoria do Ministro Dias Toffoli. Referido recurso, julgado em 2006, além da notoriedade que recebeu em função de sua importância jurisprudencial e social, constituiu também extrema polêmica no âmbito daquele tribunal. Isso porque essa decisão apenas foi tomada por uma maioria que se afastou, em muito, da unanimidade, na medida em que teve quatro de seus onze ministros votando em divergência do posicionamento vencedor. Não bastasse isso, a decisão tomada pela Suprema Corte, ainda contrariou o entendimento que havia sido vencedor, em outro momento, no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Assim, faz-se evidente que a matéria não era inequívoca naquele contexto, o que denota a ainda maior necessidade de argumentação para justificar cada posicionamento. Ou seja, mais uma vez, não se está a falar em verdades de construção absoluta.

Todavia, embora essa notável divergência já fosse suficiente para atrair olhares a este caso – já que a fundamentação dos Ministros é elevada a patamar de superior importância nessas

³⁰⁰ BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Tradução Maria Celeste C. J. Santos. 6. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1995, p. 46.

circunstâncias de notável contradição jurídica e social –, outros motivos também justificam sua análise.

Dentre esses motivos adicionais, cabe mencionar que referido julgamento envolveu a definição de conceitos jurídicos ainda pouco explorados à época, de tal forma que seu ineditismo angariou grandes esforços jurisdicionais em dirimir as incertezas envolvidas na matéria. Como é fácil de se supor, quanto mais indefinidos forem os termos normativos que norteiam a decisão, menos certeza tem o julgador quanto à resposta racional que deve dar à demanda, evidenciando, de sobremaneira, a dúvida, e a caracterização do que Dworkin já havia chamado de casos controversos³⁰¹. São casos assim que evidenciam a atividade criativa do julgador, que não tem sólidas balizas entregues pelo legislador, o que faz com que os esforços por legitimidade sejam ainda mais latentes.

Nessa mesma linha, é também interessante notar que esse acórdão evidencia como o direito contemporâneo tem sido confrontado com uma multiplicidade de comandos normativos (tanto regras, quanto princípios) afeitos a casos complexos envolvendo interesses pessoais e sociais diversos. Aqui, tal qual sustentado teoricamente, a teoria dos princípios jurídicos demonstra como a argumentação ganha protagonismo na tentativa de se trazer qualquer traço de concretude a um comando abstrato.

Portanto, na discussão travada no caso, conforme se verá, não se trata apenas de saber como aplicar um determinado princípio jurídico, mas propriamente delimitá-lo, entender o que significa, e até mesmo, verificar se é aplicável ou não à realidade nacional. O princípio jurídico em questão, assim, dado não estar ainda cristalizado na cultura jurídica, ser carente de positivação nos códigos mais tradicionais, e ser ainda pouco frequente na jurisdição pátria, transportou os julgadores a um nível argumentativo tal que atraiu estudos complexos a seu respeito.

O princípio jurídico em questão é aquele da chamada “precaução ambiental”, que protagoniza um debate acirrado num dos ramos jurídico-normativos em maior ebulição contemporânea: o Direito Ambiental. Mais à frente, serão melhor delimitadas algumas das fronteiras do que, propriamente, tem-se construído doutrinariamente sobre a precaução ambiental.

³⁰¹ DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Tradução Luís Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 109.

Mas, desde já, é possível notar que a própria localização topográfica do princípio no ordenamento nacional (dentro das chamadas discussões ambientais) coloca em evidência alguns traços da discussão teórica que aqui se sustentou.

Ou seja, muito embora vários ramos do direito pudessem ser utilizados como contraponto neste capítulo, a eleição pelo Direito Ambiental é, por si só, bastante interessante dadas as suas peculiaridades e sua ainda recente inclusão nos estudos brasileiros³⁰². Cuida-se de um ramo que coloca em cheque muitos dos ideais jurídicos tradicionais em matéria de provas, de legitimidade e de verdade no processo, em nome de uma releitura adequada às demandas sociais e jurídicas modernas.

Nesse sentido, numa evidente superação de paradigmas clássicos, costuma-se enunciar que a tutela do meio ambiente “não pode ficar submetida ao rigor de provas científicas do dano temido, quando se faz presente uma possibilidade, ainda que eventual de um desastre ecológico grave”³⁰³. Ou seja, as demandas ambientais surgem, desde sua gênese, vocacionadas a questionar o estrito legalismo probatório e a pretensão da certeza, para, assim, corroborar visões precavidadas pautadas na verossimilhança e na preservação ambiental como valores constitucionais sensíveis.

Desse modo, principalmente quando confrontado com o que se verificou na leitura da obra shakespeariana, evidencia-se como o direito, tomado como mecanismo e disciplina únicos, passou a regular situações tão distintas ao longo do tempo. Afinal, se a Inglaterra de Shakespeare é tão diferente do Brasil contemporâneo, na mesma medida em que os interesses de então são tão diferentes dos atuais, será interessante confrontar, e questionar, de que modo os mesmos instrumentos – o direito e a argumentação jurídica – continuam lidando com eles de formas mais ou menos parecidas, eficazes e legítimas frente às relações de poder. Será o momento de encontrar os traços comuns desses elementos que se inserem tanto na discussão das pautas ambientais, quanto nas antigas tramas elisabetanas.

³⁰² Cabe citar, como delimitação temporal dos estudos jurídico-ambientais: “(...) entende-se que a ‘certidão de nascimento’ do Direito Ambiental no Brasil foi à edição da Lei 6.938/1981, pois se trata do primeiro diploma normativo nacional que regula o meio ambiente como um todo, e não em partes (...)” AMADO, Frederico. *Direito Ambiental*. 7. ed. Salvador: Jus Podivm, 2019, p. 23.

³⁰³ NEVES, Isabela Dias. *Processo civil ambiental: o princípio da precaução como fundamento para a concessão de tutelas de urgência*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 156.

Nesse momento, então, o mais importante é tomar ciência da atualização da matéria, o que se propõe a partir do conhecimento não só dos termos da decisão em análise, mas também de seu contexto teórico e prático. Assim, no próximo tópico, será o momento de entender qual é efetivamente a questão de fundo da decisão analisada, e assim, aprofundar a comunicação ali estabelecida, e as relações de poder que a sustentam.

4.2.1 Contexto teórico e prático pertinente ao acórdão

De início, cabe-se sustentar que seria superficial uma análise, que se pretende tanto filosófica quanto prática, se furtasse de entender também as grandes linhas extrajudiciais que cercam a demanda jurídica. Afinal, é ilusório supor que as relações subjetivas traçadas dentro do processo sejam independentes tanto da questão fática de fundo, quanto da questão jurídica de mérito. Portanto, a fins de elucidação, é o momento de se averiguar um pouco sobre o plano de fundo deste caso, para que se possa compreender sua relevância em termos processuais e interacionais.

Em termos práticos, a demanda trata de divergência envolvendo uma comunidade de moradores da cidade de São Paulo que se preocupava com o perigo de residirem vizinhos a uma linha de transmissão de energia elétrica. O perigo em questão se justificava por estudos recentes que apontam uma *possível* relação entre o campo eletromagnético criado por essas linhas de transmissão e o potencial desenvolvimento de câncer em sujeitos que vivem próximos a elas. Ou seja, numa relação de causa e efeito ainda hipotética, os autores da ação suspeitavam ser potenciais vítimas de danos causados pela exploração econômica de referida atividade empresarial do ramo da energia.

Mencionados moradores, em sua argumentação, alegavam a necessidade de aplicação do princípio da precaução como forma de garantia de seus direitos em ver, ao menos, diminuídos os campos eletromagnéticos que os cercavam. Esse era o interesse que levou tais cidadãos a provocar o Poder Judiciário em sua defesa.

Quanto ao princípio da precaução, já se mencionou que não há pleno acordo jurídico quanto a seus limites normativos, mas, em grandes linhas, ele preleciona que, quando houver mera ameaça

de dano sério ou irreversível ao meio ambiente, ainda que ausente certeza científica quanto à matéria, deverão ser adotadas as medidas eficazes e economicamente viáveis à proteção ambiental³⁰⁴. Ou seja, por este princípio, ainda que ausentes certezas científicas, medidas deveriam ser tomadas frente às meras ameaças de danos. Esse, ao menos, é o entendimento que se extrai de textos normativos internacionais afeitos ao tema, que começaram a se desenvolver contemporaneamente dada as alterações das preocupações da ordem jurídica global.

Ou seja, percebe-se que, em nome da proteção do meio ambiente, e em função da alta lesividade de eventuais danos, os moradores encontram, nesse princípio, sua principal base normativa. Entretanto, como bem se estruturou no início desta dissertação, o processo judicial não se constrói senão por um movimento dialético e opositivo. É nesse sentido, então, que a empresa concessionária de energia elétrica, se defendeu desses argumentos, fazendo-se levar o caso à apreciação até da última instância do Poder Judiciário brasileiro.

Discutia-se nesse âmbito, então, de que forma referido princípio deveria ser aplicado, já que lhe faltavam maiores explicações, seja por meio da legislação, seja a partir da jurisprudência dos tribunais nacionais. Afinal, tal princípio não possui previsão constitucional expressa, e apenas fazia parte de uma convenção internacional ratificada pelo Brasil, não havendo sido aplicado de forma exaustiva pelos tribunais brasileiros até então³⁰⁵. Definir os limites de tal princípio, e assim entender até que ponto medidas deveriam ser exigidas da concessionária de energia elétrica, ou até que ponto os moradores da região deveriam suportar a incerteza a que se expunham, foram as principais questões de mérito a serem analisadas por esse julgamento.

Entretanto, essas questões jurídicas, embora tentassem neutralizar as relações de poder presentes na base da demanda, não podem esgotar a discussão. Nesse sentido, como bem lembrou o Ministro Marco Aurélio em seu voto, não se estava frente a uma relação indiferente às dimensões

³⁰⁴ Nesse sentido, a Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento trouxe alguns contornos sobre o que se considerar enquanto Princípio da Precaução, conforme verifica-se: “Princípio 15 - Com o fim de proteger o meio ambiente, o princípio da precaução deverá ser amplamente observado pelos Estados, de acordo com suas capacidades. Quando houver ameaça de danos graves ou irreversíveis, a ausência de certeza científica absoluta não será utilizada como razão para o adiamento de medidas economicamente viáveis para prevenir a degradação ambiental.” CONFERÊNCIA DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE MEIO AMBIENTE E DESENVOLVIMENTO. *Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento*. Disponível em: <http://www.onu.org.br/rio20/img/2012/01/rio92.pdf>. Acesso em 17 abr. 2018.

³⁰⁵ BOITEUX, Elza Antonia Pereira Cunha; BOITEUX, Fernando Netto. *Poluição eletromagnética e meio ambiente: o princípio da precaução*. Porto Alegre: Sergio Antonio Frabis, 2008, p. 211.

do poder³⁰⁶. Pelo contrário, nas palavras do julgador, “o embate retratado neste processo – reconheço – mostra-se desequilibrado. Porque, de um lado, tem-se o poder econômico e, de outro, a população”³⁰⁷. Ou seja, o julgador identificou uma característica típica das partes que, ao menos em princípio, as colocaria numa interação não meramente dogmática, e intrinsecamente influenciada pelas posições econômicas e sociais que ocupam.

Conforme já se pôde enunciar no primeiro capítulo dessa dissertação, essas posições, por si só, não são capazes de atribuir a cada um desses polos a detenção de um poder substantivo e imutável, de tal modo a se sustentar que a divergência processual teria, necessariamente, apenas um resultado possível. Ao mesmo tempo, entretanto, essa percepção do Ministro demonstra como os julgadores não podem desconsiderar as bases das relações jurídicas que lhes são levadas a julgamento, na exata medida em que, elas próprias influenciarão as manifestações levadas a cabo no processo. Como já se disse, muito embora o direito tenha a pretensão neutralizadora do poder, isso não o retira das discussões zetéticas que perpassam a relação.

Cientes dessa dimensão, então, é o momento de vislumbrar como os Ministros do Supremo Tribunal Federal trouxeram uma resposta dogmática pretensamente definitiva a essa interação. É por isso que se faz importante perceber como foram construídas as decisões, analisando os elementos – internos ou externos ao processo – que a compuseram, como forma de garantia da legitimidade judicial.

4.2.2 A fundamentação da decisão como elemento interativo: a legitimidade decisória

Postas as bases normativas e situacionais do item antecedente, já é possível, então, vislumbrar como os Ministros e o Supremo Tribunal Federal, como um todo, conseguiram fundamentar sua decisão, de tal modo pautá-la como legítima. Ou seja, trata-se de elaborar uma

³⁰⁶ Ressalta-se, ainda, que, no entendimento deste trabalho, nenhuma relação humana se constrói independente às interações de poder. Assim, apesar de o acórdão não ter se aprofundado nessa questão em virtude de sua linguagem tipicamente dogmática, não será assumida, nesta análise, que apenas uma parte seja detentora de uma espécie substantiva de poder, de tal modo que este será entendido em seu aspecto interacional necessário.

³⁰⁷ AURÉLIO, Marco. Voto. *In*: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário 627.189 SP*. Relator: Ministro Dias Toffoli, 3 de abril de 2017. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=3919438>. Acesso em: 10 abr. 2018, p. 3.

análise de legitimidade, e, assim, de perceber como os julgadores, mais do que decidir, também estavam preocupados em persuadir e em tornar efetiva a sua decisão. É o momento, portanto, de integrar as construções teóricas precedentes ao que é verificado, na prática, pelos julgadores em análise.

Para tanto, ainda que seja interessante a leitura do acórdão todo, faz-se ainda mais relevante a transcrição, nesta oportunidade, de pequeno trecho de sua ementa, que bem resume seu resultado. Nele, foi fixada a tese construída no julgamento, a qual, por força da repercussão geral³⁰⁸, ficou assim estabilizada:

[...] no atual estágio do conhecimento científico, que indica ser incerta a existência de efeitos nocivos da exposição ocupacional e da população em geral a campos elétricos, magnéticos e eletromagnéticos gerados por sistemas de energia elétrica, não existem impedimentos, por ora, a que sejam adotados os parâmetros propostos pela Organização Mundial de Saúde, conforme estabelece a Lei nº 11.934/2009.³⁰⁹

Da leitura de tal tese, é possível notar que, embora o Poder Judiciário não tenha se furtado de apresentar uma resposta, ele também não impediu que, surgidos novos conhecimentos, a decisão viesse a ser alterada. Afinal, os julgadores fizeram constar que, “por ora”, ou seja, de acordo com as informações prestadas até então, não havia razão para outro posicionamento jurisdicional. Isso parece responder a um anseio de não se negar exaustivamente proteção ao meio ambiente, ainda que o posicionamento momentâneo não abarcasse a demanda dos autores. Foi o que o Ministro Teori Zavascki, em seu voto, chamou de qualidade *rebus sic stantibus* da coisa julgada, cuja manutenção depende do estado de fato e de direito que podem se alterar³¹⁰.

Assim, ainda que a decisão fosse pela tese não mais protetiva, o tribunal teve de demonstrar preocupação com um processo que fosse construído de forma democrática e atenta aos mais diversos atores potencialmente atingidos pela decisão. Ainda que a decisão não agradasse uma das

³⁰⁸ Nos termos do artigo 102, §3º da Constituição Federal, foi imposta a repercussão geral como requisito de admissibilidade dos recursos extraordinários. Vejamos: *Art. 102, § 3º No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros.*

³⁰⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário 627.189 SP*. Relator: Ministro Dias Toffoli, 3 de abril de 2017. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=3919438>. Acesso em: 10 abr. 2018.

³¹⁰ ZAVASCKI, Teori. Voto. In: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário 627.189 SP*. Relator: Ministro Dias Toffoli, 3 de abril de 2017. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=3919438>. Acesso em: 10 abr. 2018.

partes, o processo deveria ser atento às garantias de oitiva de ambos os lados. É nesse âmbito, então, que o Ministro relator, ainda no relatório do caso, explicita que foram realizadas tanto audiência pública quanto oitiva dos chamados *amici curiae* no percurso de julgamento. A respeito desse último instituto, inclusive, algumas outras observações mostram-se pertinentes à temática dessa dissertação.

Nesse sentido, o *amicus curiae*, que, em latim, significa amigo da Corte, é um terceiro que intervém em processo do qual não é originalmente parte. Apesar do nome em latim, tal instituto tem sua origem no *common law* inglês, tendo sido, posteriormente, exportado para o sistema estadunidense, onde mais se popularizou, alcançando grande notoriedade³¹¹. Por sua vez, no Brasil contemporâneo, o *amicus curiae* passou a receber ainda maior atenção dos Tribunais, a partir de sua inserção no regime do recente Código de Processo Civil, numa intenção de trazer esses novos atores para dentro das demandas, frente à especificidade dos temas ou à repercussão social das controvérsias.

Esse terceiro interveniente, então, surge para evitar alguns vícios interacionais do processo, na medida em que ali ingressa em busca da defesa de setores da sociedade que não estão representados na lide, mas que, em menor ou maior grau, sofrerão as consequências das decisões tomadas³¹². É nesse sentido que surge, então, a plena pertinência dessa previsão normativa com o caráter interativo e comunicacional do processo, transformando-o num importante instrumento de conformação da legitimidade da decisão.

Assim, se a legitimidade for entendida como o acordo daqueles atingidos por um discurso racional em acatar uma determinada ordem³¹³, é evidente que será tão mais legítima uma decisão, quanto mais vozes forem ouvidas em sua formulação. Assim, na medida em que os *amici curiae* trazem a representação daqueles que não teriam, em início, participação dentro do processo

³¹¹RAZABONI, Olívia Ferreira. *Amicus Curiae: democratização da jurisdição constitucional*. 2009. 155 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da USP, Universidade de São Paulo, São Paulo, p. 3.

³¹²MEDEIROS, Daniela Brasil. *Amicus Curiae: Um panorama do Terceiro Colaborador*. Disponível em: http://www.esmarn.tjn.jus.br/revistas/index.php/revista_da_esmarn/article/view/64/56; Acesso em: 29 ago. 2016, p. 2.

³¹³HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre faticidade e validade*. v. 1. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 319.

judicial, também os Ministros acabam por estabelecer uma relação mais legítima, nos termos comunicacionais levantados por Habermas.

Não se trata, entretanto, de simplesmente transportar esses atores para o ceio processual para que, assim, suas vontades sejam todas acatadas. De modo diverso, ao passo em que os limites do processo se alargam para setores não antes abarcados pela lide, a consciência interacional dos julgadores também se alarga, de tal modo que todos os sujeitos afetados se sintam englobados na relação comunicativa – e de poder – instituída pelo processo e pela decisão.

Além disso, como citado, a decisão também menciona que uma audiência pública foi realizada como forma de democratizar essa pauta, que, dada sua interdisciplinaridade e complexidade, exigia uma atuação judicial pautada não apenas em entendimentos codificados. Essa complexidade, assim, não tratava apenas de termos ecológicos e físicos, mas também de termos jurídicos típicos da ordem constitucional vigente.

É, então, nesse sentido, que o acórdão reconhece que o resultado não passava por um silogismo simplificado e matemático, vez que os princípios que lhes eram propostos não são aplicáveis de forma absoluta, exigindo um trabalho argumentativo que ultrapassa as leis. Conforme já foi possível se expor no terceiro capítulo dessa dissertação, os princípios são, em verdade, mandamentos que admitem ponderação, o que ficou ainda mais evidente na confrontação com o julgamento.

Em virtude disso, numa leitura ainda que superficial, pode-se notar que a palavra “proporcionalidade” foi citada muitas vezes no decorrer do acórdão (precisamente, foram quatorze vezes), sem mencionar as invocações de termos como “razoabilidade”, “ponderação” e outras expressões correlatas. Expressões essas que indicam uma nova forma de os juristas lidarem com um arcabouço jurídico que não lhes apresenta bases aptas a um julgamento silogístico absoluto. Assim, conforme mencionado no terceiro capítulo desta dissertação, a função criativa do magistrado contemporâneo está em manejar esse ideal de proporcionalidade e razoabilidade, como forma de lidar com comandos normativos abstratos que constituem sua legitimidade interativa e comunicativa.

Portanto, pode-se dizer que o direito ambiental, assim como outros ramos, repleto de princípios jurídicos típicos do atual momento da ciência do direito, “rompe, em boas proporções,

com o paradigma da certeza e da segurança jurídica, como condicionantes das decisões judiciais. A razoabilidade torna-se prioritária³¹⁴. E, com isso, ainda que não haja um abandono dos ideais tipicamente legalistas, há uma releitura de seus cânones para inclusão de elementos retóricos e comunicativos ínsitos à prática jurídica.

Entretanto, insta-se ressaltar que essa razoabilidade não deve levar em conta apenas um princípio jurídico, já que sua abstração normativa permite que vários outros sejam pertinentes à mesma realidade em aplicação. Por isso, o Ministro relator entendeu que, muito embora o princípio da precaução não seja desprezível na realidade jurídica nacional, deve-se oportunizar um julgamento que não afete seu núcleo duro, mas que também priorize princípios outros, como o desenvolvimento econômico e social³¹⁵.

A partir desse momento, então, seguem-se ao relator, tanto as divergências quanto as convergências de seu posicionamento, denotando o caráter interativo e plural da votação. Todavia, como não é o objetivo deste trabalho desenvolver uma teoria ambientalista sobre o princípio em comento, resguardam-se maiores reflexões acerca da questão jurídica de fundo a outra oportunidade de estudos de caráter dogmático. Por outro lado, neste momento, fator que requer a atenção desta teoria é a contundente fundamentação lançada pelos demais Ministros, como forma de, ainda que divergentes, se mostrarem legítimos e preocupados com a aceitabilidade de seus votos.

Em uma das manifestações do posicionamento vencedor, inclusive, a Ministra Carmen Lucia enuncia que recebeu, em audiência, advogados dos dois lados da discussão, demonstrando sua íntima preocupação com o que já foi dito anteriormente sobre a necessidade de as partes sentirem suas demandas subjetivas abarcadas no processo. Foi por meio dessa oitiva, inclusive, que a Ministra disse ter se atentado à circunstância de uma escola ser vizinha à área sob pretensa proteção, evidenciado sua preocupação com as particularidades dos fatos que lhe foram levados a conhecimento pelas partes.

³¹⁴ NEVES, Isabela Dias. *Processo civil ambiental: o princípio da precaução como fundamento para a concessão de tutelas de urgência*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 157.

³¹⁵ TOFFOLI, Dias. Voto. In: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário 627.189 SP*. Relator: Ministro Dias Toffoli, 3 de abril de 2017. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=3919438>. Acesso em: 10 abr. 2018.

A esse respeito, ainda no segundo capítulo desta dissertação, tal dinâmica processual entre partes e julgadores fora sustentada como uma relação entendida por instável entre a objetividade da aplicação do direito e a subjetividade das partes, que se contrapõem no processo judicial³¹⁶. Assim, enquanto as partes respondem a seus interesses próprios de colocar suas frustrações e expectativas nos autos processuais, o julgador encabeça a função estatal de neutralizar esses âmbitos subjetivos por meio de sua atuação pretensamente técnica. A Ministra, portanto, ciente dessa instabilidade do processo, diminuiu as distâncias inerentes a essa relação, e, ainda que tenha certamente desagradado a uma das partes, fez constar seu esforço em abarcar e respeitar suas subjetividades.

Esse aporte, entretanto, é importante que se diga, apenas fora possível de ser acessado em razão da inserção de informações que os julgadores permitiram que constassem do acórdão, já que são eles próprios que filtram o que será oficializado em termos jurisdicionais. Para além de todas essas questões, tal qual posto pela Ministra, é evidente que existiram tantas outras circunstâncias interacionais alheias à institucionalização da decisão, mas que não caberiam na transcrição jurisprudencial. É nítido, portanto, que nem todas elas podem ingressar no documento estatal, já que não se está diante de uma obra artística ilimitada como verificado na peça teatral, que possibilitou um olhar extrajudicial profundo.

Ainda assim, entretanto, tudo quanto demonstrado no acórdão serviu como verificação de um procedimento judicial preocupado com a legitimidade e com a comunicação razoável de seu veredito. Ou seja, embora continuasse existindo um compromisso principal com a elaboração de uma resposta estatal tipicamente dogmática, isso não representa um total abandono das preocupações dialéticas, que apenas foram desvendadas por uma investigação zetética como esta desenvolvida na pesquisa.

Não havia, portanto, exclusivamente uma preocupação meritória em termos de legislação ambiental, mas propriamente, uma preocupação interacional em termos humanos, que vem difundida por meio de uma comunicação sensivelmente argumentativa. E, desse modo, em suma, pode-se, sim, dizer que existem muitos aspectos jurídico-filosóficos fora do âmbito normativo e processual; mas sua compreensão passa, também, de forma inseparável, pela leitura daquilo que os

³¹⁶ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Direito, retórica e comunicação: subsídios para uma pragmática do discurso jurídico*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1997, p.74.

próprios atores processuais produzem em termos institucionais e comunicativos dentro de suas decisões institucionalizadas.

Portanto, da mesma forma como seria ingênuo supor que o processo se esgota em sua normatização e oficialização, seria igualmente superficial entender desprezível seu aparato institucional filtrado pelos agentes jurisdicionais. Assim, enquanto as artes e as compreensões extrajudiciais atuam em desvendar esses aspectos alternativos aos autos, a leitura prática e jurisprudencial responde à necessidade de desvendamento real da dinâmica processual estatal.

CONCLUSÃO

Com o transcorrer dessa dissertação, pôde-se perceber que, diferentemente de outros trabalhos, que partem de uma perspectiva preponderantemente legalista na análise do processo judicial, aqui, foi proposta uma inversão de olhares. Conforme se disse, o objeto de estudo, embora inserido no contexto jurídico e judicial de aplicação do direito, era, em primeiro lugar, aquilo que completa o esqueleto normativo na condução de uma relação processual e linguística. Para tanto, mais do que estudar apenas as decisões judiciais em si, ou as reivindicações das partes, foram analisadas as interações estabelecidas entre essas manifestações, para além de seu caráter dogmático.

O ponto de partida, portanto, foi a decisão judicial, que, entendida prioritariamente enquanto comunicação, precisou ter averiguados seu processo de constituição e os efeitos que causava naqueles a que se destinava. É justamente por isso que se pode dizer que o principal olhar deste estudo recaiu sobre a criação da norma jurídica enquanto decisão judicial, e não apenas enquanto produto legislativo positivado.

Então, de modo a reafirmar a pertinência jurídica da pesquisa, ainda que frente à multiplicidade de seus temas tangenciais, foi fundamental que se contemplasse a concepção apresentada pelo austríaco Hans Kelsen, que sustentava a percepção da “norma jurídica” não apenas enquanto produto legislativo genérico. Para esse autor, a norma jurídica se materializa também na aplicação, pelo julgador, do mandamento abstrato ao caso concreto, dando-lhe o nome de “norma jurídica individual” – em detrimento do que chamou de “norma jurídica geral”, que seria a criação legislativa³¹⁷. Foi sobre essa concepção e sobre a criação de tal norma jurídica individual, portanto, que se debruçaram os maiores esforços deste trabalho, rompendo-se, entretanto, com as bases de correntes exclusivamente positivistas, que pouco se estenderam sobre o processo de aplicação do direito.

O que se intentou, então, foi reler essa dinâmica jurídica por meio da aplicação da pragmática à decisão judicial (ou à norma jurídica individual), e, assim, desenvolver uma teoria de caráter intrinsecamente interdisciplinar. Com isso, portanto, ainda que partindo das bases

³¹⁷ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 8. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 81.

positivistas mencionadas, o estudo acabou por abarcar autores e concepções outras, que alargaram a pesquisa em direção às teorias comunicativas contemporâneas.

Foram desenvolvidos, então, alguns passos em direção às teorias construídas por autores como Robert Alexy, Ronald Dworkin, Chaïm Perelman e outros, que possibilitaram perceber como o discurso argumentativo, as interações de poder e a legitimidade estão intimamente interligados por uma concepção não puramente normativa do processo judicial. Ou seja, aqueles itens que, ainda a nível de introdução³¹⁸, eram apresentados de forma autônoma, foram conectados por uma teoria interdisciplinar que abarcou temas linguísticos, jurídicos e filosóficos, estando sempre permeados pela concepção pragmática como estudo da comunicação e de seus signos³¹⁹.

Por isso, faz-se prudente, a título de conclusão, relembrar o que fora exposto, ainda introdutoriamente, como os principais objetivos de aprofundamento da pesquisa, de tal modo a denotar e encerrar o percurso acadêmico desta dissertação.

O primeiro desses pontos mencionados introdutoriamente, e constante do próprio título deste trabalho, diz respeito à temática do poder, que foi considerado, ao lado da dissertação, como objeto central de análise. Quanto ao poder, portanto, foi possível, logo ao primeiro capítulo desta pesquisa, notar como ele se constrói, na dinâmica processual, enquanto relação e interação humanas, sendo-lhe negado qualquer caráter substantivo e reificado, e fazendo-o acompanhar toda a estrutura forense. Ou seja, o poder foi chamado ao protagonismo das relações jurídicas, sendo-lhe atribuído o caráter de princípio constitutivo, sem o qual sequer se possibilita o exercício do direito³²⁰.

Fora ainda no primeiro capítulo, então, que foi possível verificar como essas relações de autoridade/sujeito, que estão à base do direito, efetivamente se constituem dentro do processo judicial de acordo com a indução dos agentes a partir da construção de suas pretensas verdades. Por conta disso, foi importante ressaltar que o direito, segundo essa lógica de poder, necessita

³¹⁸ Para tanto, remete-se o leitor à introdução da pesquisa, na qual foi explicitado que esta se desenvolveria passando pelos temas do poder, da argumentação, do processo judicial, da aplicação prática, da interdisciplinaridade e da pragmática.

³¹⁹ OLIVEIRA, Mara Regina de. Direito, argumentação e poder em Julio César. *In*: OLIVO, Luis Carlos Cancelier. *Anais [do] I simpósio de direito e literatura*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2011, p. 32.

³²⁰ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 334.

manejar o conceito de verossimilhança, que apenas é atingível por meio de atividade comunicativa – e retórica – competente. Para tanto, cientes dessa íntima relação entre o poder e a argumentação, foi importante, dando início ao segundo capítulo, recordar o percurso histórico traçado pelas teorias jurídicas modernas, para que se vislumbrasse a atual inserção das teorias da argumentação no cerne das teorias do direito.

A partir dessas bases, oportunizou-se o momento, então, de aprofundar a pesquisa comunicacional e linguística, para se valer de conhecimentos típicos das teorias da argumentação e, assim, perceber como os atores processuais se utilizam das bases da retórica para construir seus posicionamentos e reafirmar suas funções institucionais. Conseqüentemente, então, ao segundo capítulo, foram introduzidos conceitos ainda pouco explorados dentro das ciências jurídicas dogmáticas, mas que, numa abordagem interdisciplinar com os estudos do discurso, demonstraram sua pertinência à realidade processual. A esse passo, portanto, foram introduzidas as percepções sobre a construção da comunicação como aspecto sensível ao sujeito que argumenta e a seu auditório, numa interação de fluência persuasiva.

Por sinal, foram esses termos retóricos atentos aos sujeitos da relação processual que permitiram o ingresso ao terceiro capítulo desta dissertação, levando-se a traçar uma teoria da legitimidade atenta à violência simbólica e à comunicação como formas de efetivação dos comandos judiciais. Afinal, se o direito se constitui a partir das relações poder, e se efetiva pela comunicação argumentativa, foi preciso visualizar como essa comunicação se faz respeitar, e, como, assim, constrói sua legitimidade.

A partir dessa discussão sobre legitimidade, entretanto, foi preciso atentar às novas teorias jurídicas, que não mais a entendem como uma estrita vinculação legalista e normativa. Ou seja, a legitimidade teve de responder à nova configuração do direito, que passou a abarcar outros comandos normativos de cargas vinculativas distintas (como os princípios), e, assim, intensificou o caráter procedimental e comunicacional de sua aplicação. Portanto, sem abandonar a segurança jurídica como valor inquestionável do direito, as discussões sobre legitimidade se perfizeram numa retomada insistente dos termos pragmáticos, que se fazem notar desde os primeiros traços desta pesquisa.

E, assim, ingressando já no quarto capítulo da dissertação, foi o momento de reafirmar a promessa metodológica introdutória, que enunciava a interdisciplinaridade e a aplicação prática como formas de alargamento e crítica de todo esse cenário teórico construído até então. Fora a partir da intersecção das análises desenvolvidas sobre a peça shakespeariana *Medida por Medida* e sobre o Recurso Extraordinário 627.189/SP, que foi franqueado se conceber os aspectos subjetivos e institucionais que se alternam e mutuamente se afetam na aplicação do direito. Um e outro aporte – artístico e institucional – tiveram muito a contribuir com a construção teórica, de tal modo a se abordar os aspectos normativos da discussão sem se menosprezar as camadas extrajurídicas concernentes ao poder e à comunicação.

A partir de uma abordagem interdisciplinar, portanto, certos traços argumentativos e humanos que o direito tenta dissimular na institucionalização de suas decisões puderam ser evidenciados unicamente a partir perspectiva poética e artística da peça teatral. Da mesma forma, aspectos normativos típicos da contemporaneidade jurídica, que ainda não haviam ingressado na contemplação shakespeariana, puderam ser ressaltados na argumentação jurídica desenvolvida pelo Supremo Tribunal Federal na decisão analisada.

Ou seja, o que se pode notar a partir dessa confrontação, é que a dinâmica jurídica, enquanto relação de poder e argumentativa, não se esgota na lei, na decisão ou mesmo nos bastidores do processo. Pelo contrário, temas como direito, poder, violência e legitimidade, dadas suas naturezas complexas, apenas são efetivamente acessadas por uma perspectiva alargada do conhecimento, típica dos processos interdisciplinares de pesquisa³²¹. A mera leitura do acórdão, assim, embora tivesse muito a agregar em termos acadêmicos e dogmáticos, não seria capaz de acessar traços humanos que apenas relatos subjetivos, típicos das artes poéticas, poderiam desvendar.

E, assim, postas essas construções, como conclusão final deste percurso científico, resta tão somente afirmar e defender a pertinência e o incentivo ao desenvolvimento, cada vez mais acentuado, da interdisciplinaridade no direito, que não mais se sustenta como mecanismo estritamente normativo. Argumentação e poder, assim, são pontos necessários à criação de uma compreensão adequada de legitimidade, que, valendo-se da comunicação, não pode se resumir a

³²¹ OLIVEIRA. Mara Regina de. *Shakespeare e o Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 9.

aspectos dogmáticos, sob pena de esvaziar-se da complexidade inerente à aplicação jurídica contemporânea.

Portanto, na busca de um processo judicial cada vez mais legítimo, e em resposta às demandas cada vez mais complexas da sociedade atual – que é acompanhada por uma complexidade normativa crescente –, o estudo interdisciplinar do discurso e de suas bases argumentativas se faz, igualmente, cada vez mais fundamental. Sustentar um recorte dogmático alheio a esse caráter comunicativo e interativo, quando os olhos se voltam a um estudo de legitimidade, seria anacrônico e superficial, frente às possibilidades de investigação jurídico-filosófica.

Afinal, assim como não existe qualquer discurso que seja plenamente neutro ou ingênuo³²², também não existe direito sem poder, poder sem discurso ou legitimidade alheia a essas dimensões. Portanto, se o intuito era criar uma linha que unisse poder e argumentação na aplicação do direito, mostra-se prudente afirmar que essa junção é inerente à própria atividade jurídica, que se propõe interdisciplinar em termos linguísticos.

³²² PETRI, Maria José Constantino. *Argumentação Linguística e discurso jurídico*. São Paulo: Plêiade, 2005, p. 92.

REFERÊNCIAS

- ALEXANDER, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*. Tradução Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001.
- ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes de. *O processo criminal brasileiro*. 3. ed. Rio de Janeiro: Typ. Baptista de Souza, 1920.
- AMADO, Frederico. *Direito Ambiental*. 7. ed. Salvador: Jus Podivm, 2019.
- AMOSSY, Ruth. O ethos na intersecção das disciplinas: retórica, pragmática, sociologia dos campos. In: AMOSSY, Ruth (org.). *Imagens de si no discurso: a construção do ethos*. São Paulo: Contexto, 2005.
- ANDREWS, Christina W. *Emancipação e Legitimidade: uma introdução à obra de Jürgen Habermas*. São Paulo: Unifesp, 2011.
- ARISTÓTELES. *Retórica*. Tradução Manuel Alexandre Junior; Paulo Farmhouse Alberto; Abel do Nascimento Pena. Imprensas Nacional-Casa da Moeda, 1998.
- AVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.
- AZEVEDO, Plauto Franco de. *Aplicações do direito e contexto social*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.
- AZPIROZ, Valneide Luciane. *A oratória revisita a academia: pressupostos teóricos e recursos discursivos imbrincados na retórica argumentativa*. 2017. Tese (Doutorado em Letras) – Associação Ampla UCS/UniRitter, Caxias do Sul, 2017.
- BARROSO, Luis Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art20090130-01.pdf. Acesso em: 1 ago. 2019.
- _____; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no Direito Brasileiro. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 6, n. 23, p. 25-65, 2003. Disponível em: http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista23/revista23_25.pdf. Acesso em: 24 jul. 2019.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 4. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2009.
- BENNETT, Robert B. *Romance and reformation: the Erasmian spirit of Shakespeare's Measure for measure*. Cranbury: Associated University Presses, 2000.
- BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. *Introdução ao Estado do direito: humanismo, democracia e justiça*. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

_____. *Linguagem jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2001.

BOBBIO, Norberto. *Dicionário de política*. Tradução Carmen C. Varriale. 7. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1995.

_____. *Diritto e potere. Sagi su Kelsen*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1992.

_____. *Teoria do ordenamento jurídico*. Tradução Maria Celeste C. J. Santos. 6. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1995.

BOCALON, João Paulo. *Os negócios jurídicos processuais no Novo Código de Processo Civil Brasileiro*. 2016. 241f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2015.

BOITEUX, Elza Antonia Pereira Cunha. Discurso, práxis e saber em Direito. *Revista Sequência*, Florianópolis, v. 4, n. 6, p. 136-141, 1982.

_____; BOITEUX, Fernando Netto. *Poluição eletromagnética e meio ambiente: o princípio da precaução*. Porto Alegre: Sergio Antonio Frabis, 2008.

BRANDÃO, Helena Hathsue Nagamine. Pragmática Linguística: delimitação e objetivos. In: MOSCA, Lineide Salvador (org.). *Retóricas de ontem e de hoje*. 3. ed. São Paulo: Humanitas, 2004.

BRASIL. Código de Processo Civil, 2015. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm, Acesso em: 8 jun. 2018.

_____. Constituição Federal, 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm, Acesso em: 8 jun. 2018.

_____. Lei 8.906, 1994. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8906.htm, Acesso em: 8 jun. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus 124.306 RJ*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Relator para Acórdão: Ministro Roberto Barroso. Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC124306LRB.pdf>, Acesso em: 24 jul. 2019;

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário 627.189 SP*. Relator: Ministro Dias Toffoli, 3 de abril de 2017. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=3919438>. Acesso em: 10 abr. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso em habeas corpus 37.587 SC*. Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, 23 de fevereiro de 2016. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201301244282&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea#>. Acesso em: 17 mai. 2019.

CALAMANREI, Piero. *Eles, os juízes, vistos por um advogado*. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2015.

CANETTI, Elias. *Massa e poder*. Tradução Sérgio Tellaroli. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

CONFERÊNCIA DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE MEIO AMBIENTE E DESENVOLVIMENTO. *Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento*. Disponível em: <http://www.onu.org.br/rio20/img/2012/01/rio92.pdf>. Acesso em 17 abr. 2018.

CUNHA, Paulo Ferreira da. Uma enciclopédia crítica e criativa. In: FRANCA FILHO, Marcílio; LEITE, Geilson Salomão Leite; PAMPLONA FILHO, Rodolfo (coords.). *Antimanual de direito e arte*. São Paulo: Saraiva, 2016.

_____. *Truth in Adjudication*. Faculty Scholarship Series. Yale, 1998. Disponível em http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2597&context=fss_papers. Acesso em: 29 mai. 2018.

DAMASKA, Mirjan R. I due tipi di Sato e gli scopi del processo. In: BESSONE, Mario; SILVESTRI, Elisabetta; TARUFFO, Michele. *I metodi della giustizia civile*. Milano: CEDAM, 2000.

DIDIER Jr., Fredie. Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 36, n 198, p. 213-225, ago. 2011.

DUBOIS, Jacques; EDELINE, Francis; KLINKENBERG, Jean-Marie; MINGUET, Philippe; PIRE, François; TRINON, Hadelin. *Retórica geral*. Tradução Carlos Felipe Moisés, Duílio Colombini, Elenir de Barros. São Paulo: Ed. da Universidade de São Paulo, 1974.

DUDALSKI, Sirlei. A dramaturgia shakespeariana no Brasil: por que e como ensiná-la. In: *Shakespeare por múltiplos olhares*. CAMATI, Anna Stegh; MIRANDA, Célia Arns (orgs.). Curitiba: Ed. Solar do Rosário: 2009.

DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. *Uma questão de princípio*. Tradução Luís Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Direito, retórica e comunicação: subsídios para uma pragmática do discurso jurídico*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

_____. *Estudos de filosofia do direito: reflexões sobre o poder, a liberdade, a justiça e o direito*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

_____. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

_____. *Teoria da norma jurídica: ensaio de pragmática da comunicação normativa*. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

FIORIN, José Luiz. Argumentação e discurso. *Bakhtiniana. Revista de Estudos do Discurso*, São Paulo, vol. 9, n. 1, jan./jul. 2014.

_____. *Introdução ao pensamento de Bakhtin*. 2. ed. São Paulo: Contexto, 2016.

FOUCAULT, Michel. *A ordem do discurso: aula inaugural no Collège de France, pronunciada em 2 de dezembro de 1970*. Tradução Laura Fraga de Almeida Sampaio. 24. ed. São Paulo: Loyola, 2014.

_____. *A verdade e as formas jurídicas*. Tradução Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Morais. Rio de Janeiro: NAU Editora, 2005.

_____. Diálogo sobre o poder. In: MOTTA, Manoel Barros (org.). *Ditos e Escritos*. Estratégias, Poder-Saber. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003.

_____. *Microfísica do poder*. Rio de Janeiro: Graal, 1979.

GIOSA, Elenice. Sensibilidade. In: FAZENDA, Ivani Catarina Arantes (org.); GODOY, Herminia Prado (coord. técnica). *Interdisciplinaridade: pensar, pesquisar, intervir*. São Paulo: Cortez, 2014.

GOFFMAN, Erving. *Ritual de interação: ensaios sobre o comportamento face a face*. Tradução Fábio Rodrigues Ribeiro da Silva. Petrópolis: Vozes, 2011.

GOMES, Sergio Alves. *Os poderes do juiz na direção e instrução do processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. *Direito processual civil esquematizado*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

_____. *Novo curso de direito processual civil: teoria geral e processo de conhecimento (1ª parte)*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

GOYARD-FABRE, Simone. *Filosofia crítica e razão jurídica*. Tradução Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

GRAU, Eros. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *A iniciativa do juiz no processo penal acusatório*. Disponível em: http://www.metajus.com.br/textos_nacionais/texto-nacional21.html, Acesso em: 04 jun. 2018.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre faticidade e validade*. v. 1. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

- HART, H. L. *O conceito de direito*. Tradução Armindo Ribeiro Mendes. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian.
- HELIODORA, Bárbara. *A expressão dramática do homem político em Shakespeare*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1978.
- _____. *O teatro explicado aos meus filhos*. Rio de Janeiro: Agir, 2008.
- _____. Shakespeare no Brasil. In: LEAO, Liana de Camargo; SANTOS, Marlene Soares dos (org.). *Shakespeare, sua época e sua obra*. Curitiba: Editora Beatrice, 2008.
- JAPIASSU, Hilton. *Interdisciplinaridade e patologia do saber*. Rio de Janeiro: Imago Editora, 1976.
- KANT, Immanuel. Sobre um suposto direito de mentir por amor à humanidade. In: *A paz perpétua e outros opúsculos*. Rio de Janeiro: Edições 70, 1990.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 8. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.
- KNIJINIK, Danilo. Ceticismo fático e fundamentação teórica de um Direito Probatório. In: *Estudos sobre o novo direito probatório*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- LEVINSON, Stephen C. *Pragmática*. Tradução Luís Carlos Borges e Aníbal Mari. São Paulo: Martins Fontes.
- LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal: volume único*. 7. ed. Salvador: Ed. Juspodivm, 2019.
- LIPIANI, Júlia; SIQUEIRA, Marília. *O saneamento consensual*. In: DIDIER JR., Fredie. *Novo CPC doutrina selecionada*. v. 2. Salvador: Juspodivm, 2016.
- LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Tradução Maria da Conceição Côrte-Real. Brasília: Universidade de Brasília, 1980.
- _____. *Poder*. Tradução Matine Creusot de Rezende Martins. Brasileira: Universidade de Brasília, 1985.
- MACEDO, Silvio de. *Lógica Jurídica*. Maceió: Gráfica São Pedro, 1966.
- MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. Como o direito não é como o xadrez – Dworkin e a teoria dos tipos conceituais. In: STORCK, Alfredo Carlos; LISBOA, Wladimir Barreto (orgs.). *Normatividade e Argumentação: Ensaio de Filosofia Política e do Direito*. Porto Alegre: Linus, 2013.
- MARCHI, Eduardo C. Silveira. *Guia de metodologia jurídica*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- MASCARO, Alysson Leandro. *Introdução ao estudo do direito*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2015.
- MASSON, Nathalia. *Manual de direito constitucional*. 7. ed. Salvador: JusPodivm, 2019.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do direito*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

MEASURE for measure. Direção: Dominic Dromgoole e Ross MacGibbon. Opus Arte, 2015. 1 DVD (151 minutos).

MEDEIROS, Daniela Brasil. *Amicus Curiae: Um panorama do Terceiro Colaborador*. Disponível em: http://www.esmarn.tjrj.jus.br/revistas/index.php/revista_da_esmarn/article/view/64/56; Acesso em: 29 ago. 2016.

MEYER, Michel. *Questões de retórica: linguagem, razão e sedução*. Tradução António Hall. Lisboa: Edições 70, 1998.

MIRIAM JOSEPH, Sister. *Shakespeare's use of the arts of language*. Philadelphia: Paul Dry Books, 2005.

MORIN, Edgar. *A cabeça bem feita*. Repensar a reforma, repensar o pensamento. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2000.

_____. *O método 5. A humanidade da humanidade*. Porto Alegre: Sulina, 2007.

_____. Complexidade e ética da solidariedade. In: *Ensaio da Complexidade*. CASTRO, Gustavo de (coord.). 4. ed. Porto Alegre: Sulina, 2006.

MOSCA, Lineide Salvador. A teoria perelmaniana e a questão da afetividade. In: CAGAS OLIVEIRA, Eduardo (org.). *Chaim Perelman: direito, retórica e teoria da argumentação*. Feira de Santana/ Núcleo Interdisciplinar de Estudos e Pesquisas em Filosofia, 2004.

_____. Velhas e novas retóricas: convergências e desdobramentos. In: *Retóricas de ontem e de hoje*. 3. ed. São Paulo: Humanitas, 2004.

NERY JUNIOR, Nelson. Coisa julgada e o Estado Democrático de Direito. In: YARSHALL, Flavio Luiz. MORAES, Maurício Zanoide de. *Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ Editora, 2005.

NEVES, Isabela Dias. *Processo civil ambiental: o princípio da precaução como fundamento para a concessão de tutelas de urgência*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

NOVELINO, Marcelo. *Curso de direito constitucional*. 13. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2018.

OLIVEIRA, Bruno Batista da Costa. *Jurisdição e poder: os usos disciplinares dos discursos do processo civil*. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 328 p., 2014.

OLIVEIRA, Mara Regina de. Direito, argumentação e poder em Julio César. In: OLIVO, Luis Carlos Cancelier. *Anais [do] I simpósio de direito e literatura*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2011.

_____. *O desafio à autoridade da lei*. A relação existente entre poder, obediência e subversão. Rio de Janeiro: Corifeu, 2006.

_____. *Shakespeare e o Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

PAULO, Sidney de. Por uma leitura dialógica do cinema, do mundo e de nós. *In: Arenas de Bakhtin – linguagem e vida*. São Carlos: Pedro & João Editores, 2008.

PERELMAN, Chaïm. *Lógica jurídica: nova retórica*. Tradução Virgínia K. Pupi. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

_____. *Tratado da Argumentação: a nova retórica*. Tradução Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

PETRI, Maria José Constantino. *Argumentação Linguística e discurso jurídico*. São Paulo: Plêiade, 2005.

PISTORI, Maria Helena Cruz. *Argumentação jurídica: da antiga retórica a nossos dias*. São Paulo: LTr, 2001.

_____. *Persuasão e eficácia discursiva no Direito: modos de ser, modos de dizer*. Tese (Doutorado em Letras) – Universidade de São Paulo, 388p. 2008.

PLANTIN, Christian. *A argumentação*. Tradução. Marcos Marcionilo. São Paulo: Parábola Editorial, 2008.

PLUTARCO. *Como tirar proveito de seus inimigos; seguido de Da maneira de distinguir o bajulador do amigo*. Tradução Isis Borges B. da Fonseca. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011.

PRADO, Lídia Reis de Almeida. *O juiz e a emoção: aspectos da lógica judicial*. 4. ed. Campinas: Millennium, 2008.

PROENÇA FILHO, Domício. *A linguagem literária*. 2. ed. São Paulo: Ática, 1987.

RAZABONI, Olívia Ferreira. *Amicus Curiae: democratização da jurisdição constitucional*. 2009. 155 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da USP, Universidade de São Paulo, São Paulo.

REBOUL, Olivier. *Introdução à retórica*. Tradução Ivone Castilho Bnedetti. São Paulo: Martins Fones, 2004.

RIGAUX, François. *A lei dos juízes*. Tradução Edmir Missio. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

RODRIGUEZ, Victor Gabriel. *Argumentação jurídica: técnicas de persuasão e lógica informal*. 6. ed. São Paulo: VMF Martins Fontes, 2015.

SEMAMA, Paolo. *Argomentazione e persuasione*. Milano: Giuffrè Editore, 1974.

_____. *Linguagem e poder*. Brasília: Unb, 1981.

SHAKESPEARE, William. *Medida por medida*. Tradução Barbara Heliodora. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2015.

SILVA, Maria Luiza Berwanger da. Espaços de dom e de troca: literatura direito. In: MARTINS-COSTA, Judith (coord). *Narração e normatividade: ensaios de direito e literatura*. Rio de Janeiro: GZ, 2013.

SOARES, Luisa Machado Leite. *Análise da aplicação do sopesamento proposto por Robert Alexy pelo Supremo Tribunal Federal*. Dissertação (Mestrado em Filosofia) - Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo. São Paulo, 167 p. 2017.

SOUZA, Luiz Sergio Fernandes de. *Abuso de direito processual: uma teoria pragmática*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

_____. *O papel da ideologia no preenchimento das lacunas no direito*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

SUMMERS, Robert Samuel. Formal legal truth and substantive truth in judicial fact-finding - their justified divergence in some particular cases. *Cornell Law Faculty Publications*, 1999. Disponível em: <http://scholarship.law.cornell.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2388&context=facpub>. Acesso em: 30 mai. 2018.

TARUFFO Michelle. *Il Processo Civile Adversary nell'Espeienza Americana*. Padova: Dott. Antonio Milani, 1979.

_____. Verdade Negociada? *Revista Eletrônica de Direito Processual*, Rio de Janeiro/RJ. v. 13, n. 13, 2014. Disponível em: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/11928/9340>, Acesso em: 30 mai. 2018.

TOLEDO. Cláudia. A argumentação jusfundamental em Robert Alexy. MELE. Jean-Christophe; MOREIRA. Luiz. In: *Direito e Legitimação*. Tradução São Paulo: Landy, 2003.

TOMELIN, Georghio. *O Estado jurislador*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

TUZET, Giovanni. *Filosofia della prova giuridica*. Torino: G. Giappichelli, 2013.

VILLARRUEL-SILVA, Mário Luis. Direito e linguagem: entre tradição formativa, plexos discursivos e jogos de sentido e poder. In: *Direito, Discurso e Poder*. Plexos pela linguagem. Niterói: PPGSD, 2016.

WEBER, Max. *Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva*. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 1999.

ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. O poder instrutório do juiz no processo penal. In: RASCOVSKI, Luiz (coord). *Temas relevantes de direito penal e processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2012.