ISSN Impresso 1809-3280 | ISSN Eletrônico 2177-1758
www. esmarn.tjrn.jus.br/revistas

Revista Direito e Liberdade

A RETÓRICA E A RECONSTITUIÇÃO DA "VERDADE" NA DECISÃO JURÍDICA

RHETORIC AND THE RECONSTRUCTION OF THE "TRUTH" ON JURIDICAL DECISION

Morton Luiz Faria de Medeiros *

RESUMO: O presente estudo tem como objetivo geral analisar se a decisão jurídica tem compromisso com a verdade – ou se contenta com algo diverso, diante da impossibilidade de apreendê-la em sua inteireza e perfeição. Vale-se do método de abordagem hipotético-dedutivo e das técnicas de pesquisa documental indireta, principalmente a pesquisa bibliográfica de autores nacionais e estrangeiros tradicionais do estudo da retórica. Para enfrentar os objetivos específicos de avaliar a relevância da "verdade" na produção da decisão jurídica, conecta essa análise ao ressurgimento da retórica vivenciado no século XX, delineando suas novas características, com vistas a aferir sua verdadeira importância para a elaboração da decisão jurídica dos tempos atuais e avaliar se tal decisão pode prescindir do apego dogmático a uma "verdade" ontológica, uníssona e inquestionável. Conclui, ao final, que a busca pela verdade como correspondência ou vínculo com a realidade não gozou sempre de prestígio nos modelos de resolução institucionalizada dos conflitos ao longo da história da civilização ocidental. A decisão jurídica se mostra muito mais comprometida com a gnosiologia retórica, que ordena os discursos segundo linguagem que possibilite a fundamentação de tal decisão e, por conseguinte, o convencimento das partes envolvidas, pois, sem a intersubjetividade discursiva, os diferentes observadores não podem relatar aos demais o que percebem – portanto, a análise jurídica da verdade não pode prescindir da dialética da retórica.
Palavras-chave: Retórica. Decisão jurídica. Verdade.

ABSTRACT: This study has the general aim to analyze whether the juridical decision is committed to the truth – or it is satisfied with something else, given the impossibility of grasping it in its entirety and perfection. From the hypothetical-deductive method of approach and techniques of indirect documentary research, especially literature, among national and foreign authors of the study of rhetoric, we seek to meet the specific objectives of assessing the relevance of "truth" in production of juridical decision, connect this analysis to the resurgence of Rhetoric experienced in the twentieth century, and evaluate whether such a decision may

* Doutorando em Direitos Humanos da Universidade Federal da Paraíba (UFPB). Professor adjunto da Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). João Pessoa – Paraíba – Brasil.

waive the dogmatic attachment to an ontological, unisonous and unquestionable truth. It concludes in the end that the search for truth as correspondence or link to reality does not always deserve prestige in models of institutionalized conflict resolution throughout the history of Western civilization. The juridical decision appears much more committed to the rhetoric gnosiology, ordering the speeches according to a language that enables the basis on which such a decision is built and therefore the persuasion of those involved, as without the discursive intersubjectivity, different observers may not report to other what they perceive - thus the legal analysis of the truth cannot ignore the dialectic of Rhetoric.
Keywords: Rhetoric. Juridical decision. Truth.

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO; 2 O PRESTÍGIO DA VERDADE NA DECISÃO JURÍDICA; 3 O FORTALECIMENTO DA DECISÃO JURÍDICA PELA RETÓRICA; 4 A UTILIZAÇÃO DA RETÓRICA A DESPEITO DA "VERDADE"; 5 CONCLUSÃO; REFERÊNCIAS.

1 INTRODUÇÃO

Desde 2011, encontra-se exposta em uma das salas de visitação do Castelo de Montjuïc, em Barcelona, uma obra de arte do arquiteto Carlos Berga, intitulada *Doble cruz*[1]. Ela se constitui em armação tridimensional de ferro, que tem a nítida função de iludir o observador: sob um prisma, vê-se representada a cruz; sob outro, a estrela de Davi – precisamente, os maiores símbolos do cristianismo e do judaísmo, respectivamente, duas das mais expressivas religiões ocidentais.

Essa ilusão pode servir como provocação inicial para o estudo que se pretende desenvolver aqui; afinal, pode-se precisar a **verdade**, única e objetiva, da mencionada obra? Dirigindo esse questionamento para as inquietações do direito, tem-se a problemática a ser aqui enfrentada: a decisão jurídica tem compromisso com **a** verdade – ou se contenta com algo diverso, diante da impossibilidade de apreendê-la em sua inteireza e perfeição? Para tanto, é utilizado o método de abordagem **hipotético-dedutivo**, como também empregadas as técnicas de pesquisa documental indireta, principalmente

1 Para melhor visualização, tal figura pode ser encontrada em Teixidó (2013).

a pesquisa bibliográfica de autores nacionais e estrangeiros tradicionais do estudo da Retórica.

O presente estudo pretende, portanto, como objetivo geral, analisar a relevância da "verdade" na produção da decisão **jurídica** – e prefere-se este ao termo '**judicial**', pelo simples fato de estender o olhar histórico para além da existência do Poder Judiciário institucionalizado, como se tornou comum desde a Modernidade. Para tanto, parte-se da sistematização proposta por Michel Foucault, em seu livro *A verdade e as formas jurídicas*, não dogmaticamente atrelada a estamentos cronológicos, mas muito útil para a compreensão do peso reconhecido da "verdade" na resolução dos conflitos no mundo ocidental – primeiro objetivo específico do artigo.

Em seguida, busca-se conectar essa análise ao ressurgimento da retórica vivenciada no século XX, delineando suas novas características, com vistas a aferir sua verdadeira importância para a elaboração da decisão jurídica dos tempos atuais; e, finalmente, avaliar se tal decisão pode prescindir do apego dogmático a uma "verdade" ontológica, uníssona e inquestionável.

2 O PRESTÍGIO DA VERDADE NA DECISÃO JURÍDICA

A primeira percepção popular sobre a decisão jurídica hoje é a de que deve guardar conformação com a **verdade**, porquanto, assim, se estaria diante de uma decisão **justa**. No entanto, assim como a justiça, a própria verdade nem sempre se mostra uníssona, como se verificará ao longo deste texto, o que implica alguns problemas para a produção das decisões jurídicas.

Michel Foucault, para analisar a importância da verdade na decisão jurídica, aponta vários modos de resolução de conflitos na história da civilização ocidental – a que denominou **formas jurídicas**. A primeira que destaca é a demonstrada na *Ilíada*, de Homero, em que Menelau lançou a Antíloco o desafio de que, se realmente lhe assistia a verdade, deveria por sua mão direita sobre a testa do seu cavalo e jurar diante de Zeus que não cometera qualquer irregularidade na disputa em discussão. Decidia-se, destarte, não quem disse a verdade (o que poderia ser descoberto se se escutasse a testemunha ocular da dita irregularidade referida no livro), mas quem tem razão, com base

no desafio, no risco que cada um vai correr (FOUCAULT, 2013), perante o julgamento indefectível de entidades divinas. Essa vinculação religiosa inspirava um procedimento ritualista e solene, que foi igualmente acolhido no Direito Romano antigo (MELLO, 2008).

Em seguida, Foucault (2013, p. 58) destaca o que considerou uma das grandes conquistas da democracia ateniense, quando "[...] o povo se apoderou do direito de julgar, do direito de dizer a verdade, de opor a verdade aos seus próprios senhores", como descrito em Édipo *rei*, de Sófocles[2]: eis o momento do desenvolvimento da arte de persuadir – a retórica. Isso porque, a despeito de todas as imprecações e declamações solenes, deu-se importância ao testemunho do escravo que poderia atestar ser Édipo o filho que acabou por matar o pai, rei Laio, para que aquele então proclamasse: "Então no final tudo seria verdade!" (SÓFOCLES, 1998, p. 86).

A terceira forma tomou corpo no Direito feudal, retrocedendo à pura ritualização da resolução do litígio, comum na primeira forma. Está-se diante do sistema da prova, que procurava "[...] não a verdade; mas a força, o peso, a importância de quem dizia" (FOUCAULT, 2013, p. 62). Outrossim, lançava-se mão de um sistema irracional de provas, com destaque para os **ordálios**, que possuíam "[...] um caráter mágico e não investigativo: era a prova pela qual se invocava a divina providência para intervir" (LOPES, 2009, p. 88). Nesse sistema, o juiz não agia em prol da prevalência da verdade – mesmo porque a inocência poderia ser provada até com a simples obtenção de um número considerável de testemunhas, a que se chamava compurgação (NASPOLINI, 2010) –, mas tão somente para garantir a regularidade do procedimento. Por outro lado, prevalecia a **eloquência**, ou arte de bem falar, poeticamente definida por Rui Barbosa (1918, p. 337) como "[...] o privilegio divino da palavra na sua expressão mais fina, mais natural, mais bela".

2 Mesmo assim, veem-se nessa obra resquícios da forma jurídica anterior, como na passagem em que Creonte, acusado por Édipo de tramar contra ele uma intriga criminosa, conclama a intervenção dos deuses em seu favor, com as palavras solenes: "Que toda sorte me abandone e que eu morra neste instante sob minha própria imprecação, se alguma vez fiz contra ti aquilo de que me acusas!" (SÓFOCLES, 1998, p. 47).

Por fim, caracteriza a forma nascida a partir dos séculos XII e XIII, com a constituição do **inquérito**, que pressupunha: a) poder exterior aos litigantes para decidir seu conflito; b) procurador do soberano, encarregado de fazer a acusação perante o citado poder julgador[3], a quem normalmente se atribuía o múnus de produzir as provas, diferentemente dos períodos anteriores, em que cada interessado procurava constituir as comprovações de seus interesses, com evidente parcialidade; c) infração, substituindo o pecado ou o dano (resolvido apenas entre os litigantes), sinalizando que o ilícito não mais era encarado como ofensa particular, e sim pública, à ordem de toda a sociedade; d) dever de reparação ao Estado, e não (apenas) ao particular lesado, em virtude da infração. Eis porque afirma que o "[...] inquérito na Europa Medieval é sobretudo um processo de governo, uma técnica de administração, uma modalidade de gestão" (FOUCAULT, 2013, p. 74). De todo modo, começava a ganhar espaço o sistema **acusatório** de investigação do ilícito, tomando o espaço do antigo sistema **inquisitivo**, que, pelas características vistas anteriormente, era "[...] mais uma forma auto-defensiva de administração da justiça do que um genuíno processo de apuração da verdade" (MIRABETE, 1998, p. 40).

Primeiramente, deve-se considerar a advertência a ser sempre atrelada à própria análise da história para o Direito: a compartimentação didática de seus períodos não indica a presença de características observáveis de maneira homogênea, principalmente em face de sua longa duração. Outrossim, tampouco se enxerga no esforço de Foucault uma tentativa de sistematizar uma "progressão" unidirecional de procedimentos, como se, a cada era, fossem inteiramente abandonados os hábitos pretéritos para se inaugurar um completamente novo. Para penhor da necessidade de tais cuidados, citem-se as concomitâncias procedimentais presentes na obra de Sófocles – anotadas na segunda nota de rodapé deste artigo – e a sobrevivência de muitas fórmulas antigas até os dias de hoje, como se verificará no desfecho deste trabalho.

3 Segundo relatado por Mazzilli (1998, p. 1), referindo-se à origem francesa do Ministério Público, "[...] a Ordenança de 25 de março de 1302, de Felipe IV, foi o primeiro texto legislativo a tratar objetivamente dos procuradores do rei".

Dito isso, pode-se considerar que essa avaliação histórica – possivelmente desanimadora para os historiadores, em quem Foucault (2013) enxerga como único fim dizer **a** verdade – permite visualizar a decisão jurídica historicamente muito mais arrimada no discurso do que em uma verdade ontológica e objetiva, empiricamente extraída dos fenômenos. Resta avaliar em que medida essa postura infirma a credibilidade do sistema de decisão adotado pelo Direito.

3 O FORTALECIMENTO DA DECISÃO JURÍDICA PELA RETÓRICA

É curioso perceber que a terminologia jurídica tradicional continua a reproduzir essa pretensão de descoberta **da** verdade, como amiúde se observa entre os processualistas, ao distinguir o rigor na análise das provas no processo civil e no penal: naquele, não pretendem mais do que a chamada **verdade formal**, ao passo que no último perseguem o que denominam **verdade real**, insinuando uma maior correspondência com os fenômenos "tal qual ocorreram". A título de exemplo, veja-se Capez (1999, p. 22), que define a verdade formal ou dispositivo como o poder do juiz de "[...] dar-se por satisfeito, quanto à instrução do feito, com as provas produzidas pelas partes", conquanto reconheça, em seguida, "[...] que mesmo nos sistemas em que vigora a livre investigação das provas, a verdade alcançada será sempre formal, porquanto 'o que não está nos autos, não está no mundo'". Por outro lado, decorre do princípio da verdade real, segundo Mirabete (1998, p. 44), "[...] o dever do juiz de dar seguimento à relação processual quando da inércia da parte e mesmo de determinar, *ex officio*, provas necessárias à instrução do processo", para "[...] saber como os fatos realmente se passaram" (NOGUEIRA, 1995, p. 157).

O uso dos vocábulos 'real' e 'formal', porém, não revela maior ou menor proximidade **da** verdade; antes, indica maior ou menor poder reconhecido ao juiz de se imiscuir na produção de provas, principalmente em razão da distinção entre as consequências da condenação criminal (muito mais severas, em regra) e as da cível. Indica, ademais, a dificuldade que o julgador

tem de admitir que sua decisão pode não estar necessariamente atrelada a uma reprodução objetivamente fidedigna da "realidade ontológica", quando, por exemplo, houver de se fiar nas "provas possíveis" ou, até mesmo, em provas mal elaboradas e equivocadas.

Não se pretende afirmar, com isso, que os profissionais do direito prescindam da análise de documentos, relatos e outras comprovações dos fenômenos que interessem à resolução dos conflitos. A rigor, nos tempos de hoje, a exigência de provas é cada vez mais rígida, diante do apequenamento da privacidade gerado pela obsessão com a vigilância e o registro de todas as ações humanas – há sempre a possibilidade de um crime ter sido flagrado por uma câmera de segurança do prédio vizinho ao local do delito ou ser descoberto pela identificação do trajeto que o suspeito fez no dia do fato, recomposto pelos dados fornecidos por seu telefone móvel ao sistema de mapeamento de determinado programa eletrônico ao qual se encontrava vinculado...

É de se reconhecer que a **verdade** que importa nas decisões jurídicas, sem dúvida, é reconstituída a partir de provas, mas não apenas com elas, como já classificara Aristóteles (2005, p. 96) ao discriminar as provas em **inartísticas** – todas as que não são produzidas pelos oradores, por já existirem, como testemunhos, confissões e documentos escritos – e **artísticas** – aquelas que, "[...] fornecidas por nossa invenção e descoberta, procedem de nosso raciocínio" (LOPES, 2009, p. 25), que se podem preparar pelo método. O enfoque do presente trabalho, porém, dirige-se não tanto ao papel da retórica na comprovação dos fatos[4] e, sim, mais à sua função na justificação dos juízos de valor adotados pelos julgadores. Conquanto Hans Kelsen haja defendido que tais juízos – ao contrário das formulações científicas – não seriam suscetíveis de **verdade**[5], Robert Alexy (2005, p. 212) defende que a

4 Deve-se reconhecer, porém, que Alexy reputou sua *Teoria da argumentação* aplicável não apenas à aplicação do direito, mas à dogmática jurídica, apontando os vários tipos de discurso jurídico: "[...] as discussões da Ciência do Direito (da dogmática), as deliberações dos juízes, os debates nos tribunais, o tratamento de questões jurídicas nos órgãos legislativos, em comissões e em comitês, a discussão de questões jurídicas (por exemplo, entre estudantes, entre advogados e entre juristas da administração ou de empresas), bem como a discussão sobre problemas jurídicos nos meios de comunicação em que surjam argumentos jurídicos" (ALEXY, 2005, p. 209).

5 Assim é que Kelsen (1998, p. 21) defende que "[...] uma norma não é verdadeira ou falsa, mas apenas válida ou inválida".

pretensão de correção[6] deve orientar também o discurso jurídico, pois "[...] não é admissível afirmar algo e depois se negar a fundamentá-lo, sem indicar razões para isso".

No sentido aqui evidenciado, portanto, a **retórica**, definida por Santos (2011, p. 104) como "[...] uma forma de argumentar através de motivos razoáveis, no intuito de explicar resultados já consumados ou de procurar adesão à produção de resultados futuros", lança sobre as provas olhar crítico, dividido entre partes geralmente contrapostas que manejam argumentos para demonstrar em que medida tais provas corroboram seu ponto de vista[7]. Apresenta, assim, os fenômenos em um discurso (sob a forma de linguagem), segundo uma argumentação necessariamente estratégica, porque "[...] ciente da relatividade gnosiológica das teorias e, portanto, livre de axiomas ou regras universais que a determinem" (LIMA, 2007, p. 63). Desse modo, supera a pretensão de Descartes de que o desacordo acerca da decisão dirigida a determinado problema seria sinal de erro e, portanto, de falta de racionalidade (PERELMAN, 2005) e vai além da formulação positivista anteriormente reproduzida por meio da ponderação de Kelsen de que os juízos de valor não seriam suscetíveis de verdade e de falsidade, para instaurar a postura de descompromisso com a busca de "[...] uma fundamentação definitiva, mas apenas suficiente" (MARSILLAC, 2007, p. 88), tanto que o próprio

6 Por pretensão de correção, Alexy (2005) entende o atributo da sentença em ter seus enunciados jurídicos normativos afirmados, propostos ou ditados como racionais, podendo ser, também, racionalmente fundamentado no contexto do ordenamento jurídico vigente, substituindo o fetiche da **verdade** geralmente atrelado às ciências da natureza.

7 Outro caminho é buscado por Laudan (2006, p. 2), que parte do mote lançado pela Suprema Corte estadunidense de que "*[...] the basic purpose of a trial is the determination of the truth*" para defender uma busca epistemológica da verdade no sistema jurídico – a que chamou *legal epistemology*. Em sua obra, argumenta que "*[...] considerable uncertainty and confusion reign about whether the multiple rules of proof, evidence, and legal procedure that encumber a trial enhance or thwart the discovery of the truth*", o que o estimula a propor modificações no procedimento de persecução criminal, que acabam por consolidar o erro judicial – para ele, os casos em que o inocente é condenado ou o culpado é inocentado, sem qualquer análise das limitações procedimentais. Não é este, porém, o ponto de vista defendido neste artigo, mesmo porque a própria imputação de "culpado" ou "inocente", a partir da abordagem lógica e epistemológica, soa problemática – mesmo porque, como lembrado por Reboul (2004, p. 164), "[...] como todo argumento, o fato pode ser contestado" – e por vezes incompatível com a exigência da decisão que se dirige ao órgão encarregado de julgar.

Foucault (2013, p. 136) adverte que "[...] estabelecemos discursos e discutimos, não para chegar à verdade, mas para vencê-la", o que revela, a seu ver, a grande oposição entre o retórico e o filósofo[8]. Como lembrado por Perelman (2005, p. 357), na "[...] perspectiva do pluralismo, duas decisões diferentes, sobre o mesmo objeto, podem ser ambas razoáveis, enquanto expressão de um ponto de vista coerente e filosoficamente fundamentado" – exatamente a óptica buscada pela **nova retórica** perelmaniana.

Isso se deve, em larga medida, ao fato de a retórica assumir uma visão diversa da verdade, não coincidente com sua concepção realista, segundo a qual seria "*[...] correspondencia de nuestros enunciados, juicios o proposiciones con la realidad o 'los hechos*" (ENGEL; RORTY, 2007, p. 22) ou "*[…] cierta relación de una descripción con el segmento de la realidad al que se refiere*" (GUIBOURG, 2002, p. 21), consentânea com o conceito de conhecimento como representação (HABERMAS, 2006), desenvolvido pela filosofia dogmática.

A reflexão retórica, além de não obedecer a um sentido ontológico de verdade, deve permitir até mesmo duvidar da "verdade evidente", para que se possa "[...] assumir uma postura crítico-regressiva e revisitar certezas fundamentais" (MARSILLAC, 2007, p. 99). Nesse diapasão, Santos (2011, p. 104), propugnando pela construção de uma **novíssima retórica**[9], lhe incumbe de "[...] privilegiar o convencimento em detrimento da persuasão, [...] acentuar as boas razões em detrimento da produção de resultados". Para melhor compreensão dessa assertiva, impõe-se a perfeita intelecção da palavra 'convencer', que, para Guibourg (2002, p. 25):

> *[...] expresa la idea de vencer en compañía: en compañía del propio adversario. El que persuade no vence con las armas en la mano, ni con amenazas. Se dirige a la mente del otro y le demuestra que, por su propio interés y en el marco de sus propias*

8 Tal oposição, porém, só se verifica a partir do pensamento cartesiano (CARRILHO, 1994), embora, no momento presente, Toulmin (1994) defenda que os filósofos não estão apenas reconciliados com a retórica, como também não podem passar sem ela.

9 Com a expressão 'novíssima retórica', Santos (2011, p. 104) pretende superar a **nova retórica** proposta por Perelman, em que "os 'oradores' visam apenas influenciar o auditório e não se consideram influenciados por ele", para alcançar um maior equilíbrio entre razões e resultados.

> *pautas de pensamiento, debe cambiar su posición y adherir a la que se propone.*

Levando em conta essa diferente aproximação da verdade, pode-se concluir, com Rorty (ENGEL; RORTY, 2007), não haver consequência prática na distinção entre verdade e justificação[10]. Ora, pressupondo a justificação um acordo entre os membros do grupo, e não havendo acordo último ou final possível, não há **uma só** verdade, daí Habermas (2006) defender que só se pode esperar encontrar as verdades práticas por meio de procedimentos de argumentação, que exijam adotar o ponto de vista de outros – tais procedimentos, afinal, levam, a partir de uma ação estratégica, à aceitabilidade racional, não à verdade (HABERMAS, 2006). Para isso, no entanto, é preciso superar a retórica tradicional, para pôr em prática outra, que se afaste do dogmatismo que dominou a filosofia por tanto tempo. A novíssima retórica se abebera mais do ceticismo pirrônico[11], que, segundo Pereira (1994), parte de uma racionalização precária, provisória e relativa e de uma visão de mundo sujeita a uma evolução permanente, para se acomodar:

> [...] ao pluralismo de pontos de vista e de perspectivas fenomênicas diferentes. Ao antigo conflito das verdades se substitui agora o diálogo desses pontos de vista e dessas perspectivas. Mantém-se a aposta no carácter intersubjectivo da racionalidade (PEREIRA, 1994, p. 162).

Com essa nova postura, as partes[12] auxiliam o julgador nesse labor de reconstituição da "verdade", com vistas à elaboração da decisão jurídica.

10 Disso diverge Engel (ENGEL; RORTY, 2007), que não enxerga entre verdade e justificação identidade, senão apenas um laço estreito. Cossio (2007, p. 193), por outro lado, entende que "*la fuerza de convicción de una sentencia es el nombre que en ella asume la verdad jurídica*", com isso identificando a "força de convicção" (ou adequada justificação) da sentença à ausência de arbitrariedade.

11 Essa doutrina recebe esse nome por ter sido primeiramente proclamada por Pirro, para quem "*there could never be any rational ground for preferring one course of action to another*" (RUSSELL, 1972, p. 233).

12 E não apenas as partes, em alguns casos, como nas ações regidas pela Lei nº 9.868/1999 e submetidas a julgamento perante o Supremo Tribunal Federal brasileiro, porquanto se faculta ao relator, havendo necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou notória insuficiência das informações existentes nos autos, designar data para,

Tal decisão, todavia, não pode se permitir gozar do tropo da *diaphonia*, frequente nos textos pirrônicos, conforme o qual, diante da incapacidade de escolher ou rejeitar algo, termina-se em suspensão ou abstenção de juízo definitivo (PEREIRA, 1994). Isso porque, nas controvérsias jurídicas reais, deve ser encontrada uma resposta sempre, haja vista que uma das declaradas missões do Direito é a pacificação, a composição dos litígios, de forma que a **suspensão do juízo** não pode perdurar indefinidamente. Por outro lado, a resposta dada não é de maneira definitiva para todos os casos futuros, uma vez que, pelo mesmo processo dialético que a concebeu, pode ser revisada ou burilada, seja por um tribunal *ad quem* (enquanto não transitar em julgado a decisão de juízo *a quo*), seja pelo mesmo juízo, na apreciação de outro caso análogo posterior, em que novas luzes argumentativas são lançadas ao órgão julgador. Admite-se, em outras palavras, "[...] o fenômeno como possuidor de uma verdade própria, porém provisória e instável" (LIMA, 2007, p. 43).

4 A UTILIZAÇÃO DA RETÓRICA A DESPEITO DA "VERDADE"

A reabilitação da retórica no processo de decisão, porém, não indica que só existe o discurso para o Direito ou as demais ciências sociais aplicadas: Foucault (2013) adverte que a exploração capitalista, por exemplo, realizou-se sem que sua teoria fosse formulada diretamente num discurso[13], embora os processos históricos de exploração tenham se exercido no interior de um discurso. De todo modo, como pontua Foucault (2013, p. 141), as próprias "formações discursivas constituem um fato, [...] o único fato que podemos realmente considerar como tal". Assim, os testemunhos também são fatos e, por esse motivo, levados em conta na elaboração da decisão jurídica, talvez mais relevantes, na prática, do que o fenômeno sobre o qual são construídos.

em audiência pública, ouvir depoimento de pessoas com experiência e autoridade na matéria (art. 9º, § 1º).

13 No mesmo sentido, Santos (2011, p. 106) faz observar que "[...] no sistema mundial capitalista a realidade social não pode reduzir-se à argumentação e ao discurso", para defender que a retórica não é libertadora por natureza.

O que ocorre, a rigor, é que, enquanto para a filosofia essencialista[14] a verdade é o objeto, o **consenso** é o objeto da filosofia retórica[15] (ADEODATO, 2009), razão por que a decisão jurídica está muito mais próxima da abordagem retórica, ávida por reconhecimento e credibilidade.

Para corroborar essa assertiva, o direito atual fornece vários exemplos de "desprestígio" da verdade cartesiana, uníssona ou imanente, ou que seja encontrada pelo investigador "[...] sozinho, por um retorno a si mesmo" (REBOUL, 2004, p. 80). Em um primeiro plano, podem-se citar as situações em que vetustos procedimentos elencados por Foucault no início do texto permanecem íntegros. Reflexo da primeira **forma jurídica** por ele definida, hoje ainda se faz juramento sobre a Bíblia para tomada de depoimentos nos julgamentos dos Estados Unidos da América, apesar de serem estes um Estado laico, como a simbolizar que tal cuidado afastaria da decisão qualquer interferência de mentiras e perfídias das pessoas ouvidas[16]. Na mesma toada, muitos processos judiciais são conduzidos pelas partes como se fossem um jogo de desafios mútuos (tal como ocorrera na Grécia antiga), em que cada um investe significativa parcela de recursos para acuar a parte adversa, mais para forçar o acordo do que, propriamente, alcançar "a verdade" – situação bem retratada no filme *A qualquer preço*, dirigido por Steven Zaillian e lançado em 1998. Por seu turno, à semelhança do que ocorria sob a égide da terceira **forma jurídica** catalogada por Foucault, em que se procurava asseverar a importância social do acusado, ainda hoje se arrolam testemunhas de defesa que não presenciaram ou sequer tomaram conhecimento do fato apurado, apenas para "atestar" a bondade ou idoneidade do réu – portanto, não para fazer prova da "ausência de verdade" da imputação acusatória, senão da importância de contra quem se dirige tal imputação.

14 A filosofia essencialista encontra seu primeiro defensor no Ocidente em Aristóteles, a partir de seu conceito de **essência**, ou seja, "*what you are by your very nature [...], those of your properties which you cannot lose without ceasing to be yourself*" (RUSSELL, 1972, p. 164).

15 Tal se deve, por definição, ao fato de a **filosofia retórica** recusar qualquer assertiva sobre o conteúdo do objeto das ciências, dando realce apenas à sua manifestação linguística, como afirmado por Adeodato (2009).

16 A esse respeito, já escrevera Beccaria (1997, p. 78) contra os juramentos, que acreditava terem se tornado, pouco a pouco, "[...] mera formalidade, destruindo assim a força dos sentimentos religiosos, único penhor da honestidade para a maioria dos homens".

Ademais, as ansiadas formas alternativas de solução dos conflitos, essenciais à sobrevivência do direito diante de sucessivas crises de eficácia, amiúde dão maior ênfase à pacificação social do que ao que "efetivamente" ocorreu, expressão ilustrativa da pretensa **verdade real** entoada pelos processualistas penais. Assim, são cada vez mais aceitas e propagadas as composições civis negociadas entre as partes, diretamente ou mediante árbitro ou conciliador, e, mesmo na seara penal, se aceita com maior naturalidade a negociação da pena entre o Ministério Público e o acusado que colabora com a persecução criminal (o chamado *plea bargaining* do direito estadunidense). No Brasil, essa tendência inspirou a instituição da **transação penal** nos processos dos Juizados Especiais, quando o membro do Ministério Público, muitas vezes, ouve o autor do fato na audiência preliminar não apenas para acordar a mais adequada prestação alternativa à pena, como até para melhor entender sua atitude, cuidado útil diante de relatórios policiais eventualmente omissos ou açodados. Perelman (2005), nesse sentido, alude ao artifício das presunções e ficções jurídicas, utilizadas para simplificar a administração da prova, mesmo que redundem no sacrifício, em certos casos, da "verdade".

Em um quadrante ainda mais intrigante, existem situações em que não apenas a verdade não é prioritariamente perseguida, como é deliberadamente refugada. Tal ocorre, por exemplo, quando o réu é absolvido de uma acusação penal, tendo transitado em julgado a sentença absolutória, e surge, depois disso, prova cabal de sua culpa. Não admitindo o direito brasileiro a possibilidade de revisão criminal em desfavor do réu (art. 621 do Código de Processo Penal), em atenção ao reclame da segurança jurídica, o réu absolvido não pode ser novamente julgado pelo mesmo fato. No mesmo diapasão, tem-se a repulsa pelas provas obtidas por meios ilícitos (art. 5º, inciso LVI), que não podem ser admitidas para eventual condenação, ainda que constituam as únicas que possam firmar a culpabilidade do acusado. Deveras, admitir, por exemplo, a prática de tortura para extrair informação que permita a condenação de um suspeito não apenas vulnera o sistema processual de produção de provas – uma vez que a "veracidade" das informações nem sempre gozará de confiabilidade insuspeita –, mas principalmente a

própria dignidade humana dos envolvidos, sempre afrontada nesse particular nos regimes de exceção.

Outro caso curioso é o tratamento que atualmente os tribunais brasileiros têm atribuído aos conflitos entre a chamada paternidade socioafetiva e a paternidade biológica. Em julgamento paradigmático, o Superior Tribunal de Justiça apreciou caso em que o pai, tendo registrado filho de outrem como seu, não pôde negar-lhe a paternidade em decorrência de posterior resultado negativo de exame pericial de análise de DNA, uma vez que os laços afetivos que tinham perdurado ao longo dos anos indicavam que os envolvidos na querela sempre se trataram como pai e filho (BRASIL, 2012). Aqui, poder-se-ia asseverar que a "verdade" não prevaleceu, visto que a pessoa que, reconhecidamente, não era o pai sob o ponto de vista genético teve que continuar a cumprir seu múnus paternal. No entanto, como negar também que outra "verdade" tenha sido respeitada: a de que o estado de filiação, em vez de ser apenas vinculado à natureza biológica, deve se arrimar em relações socioafetivas e na convivência familiar ostensiva e perene.

Todos esses exemplos, extraídos da prática de resolução de conflitos no Brasil, servem como indicativo de que não apenas o direito pode, nessa resolução, enxergar diversas "verdades", como pode também optar por uma saída que não corresponda, exatamente, à "verdade ontológica", afinal, como lembrado por Meyer (1994, p. 51), "[...] quanto mais uma questão é incerta, [...] mais abre espaço de alternativas múltiplas". Essa perspectiva muito se assemelha à advertência de Nietzsche (1999, p. 55), para quem os homens "[...] não procuram tanto evitar ser enganados, quanto serem prejudicados pelo engano: o que odeiam, mesmo nesse nível, no fundo não é a ilusão, mas as consequências nocivas, hostis, de certas espécies de ilusões".

A ciência das consequências dessa ilusão que é a construção retórica da "verdade" – e a resignação jurídica dela decorrente –, portanto, antes de revelar a prevalência do engodo ou dissimulação frequentemente atrelado, no passado, à retórica[17], se justifica *a fortiori* quando se está diante de situações complexas, em que a simples "verdade evidente" não pode ser

17 Rui Barbosa (1918, p. 338), por exemplo, caracteriza a retórica como "[...] o esforço de arte por suprir a eloquencia nos que não a teem".

buscada senão a partir da **retórica branca**, que "[...] exprime o problemático sem nunca o ocultar nos seus argumentos e respostas" (MEYER, 1994, p. 66). Evidencia-se, assim, a destacada importância de a reconstituição da "verdade" na decisão jurídica passar por um processo transparente, em que as partes possam participar da produção e interpretação das provas, com vistas a melhor esclarecer o julgador, que, afinal, decide segundo argumentos que igualmente deve declinar – o que só se pode verificar a partir da retórica, identificada, por Adeodato (2009, p. 252), com a compreensão de homem como **ser carente**, porquanto "[...] incapaz de perceber quaisquer verdades a respeito do mundo, independentemente de um contexto linguístico". Deveras, tal qual a obra de Berga, cuja característica ambígua recôndita só pode ser revelada acaso o observador se conforme a essa **carência** e procure estabelecer diálogo com outro observador, também a produção da decisão jurídica evidencia a **carência** das pessoas nela envolvidas – inclusive, o órgão julgador –, somente suprível a partir do enriquecimento do diálogo que a retórica pode proporcionar.

5 CONCLUSÃO

O presente estudo permite concluir que a busca pela verdade como correspondência ou vínculo com a realidade não gozou sempre de prestígio nos modelos de resolução institucionalizada dos conflitos ao longo da história da civilização ocidental.

Mesmo sem olvidar uma abordagem ontológica (como a apreensão das provas, a consideração do direito vigente, por exemplo), a decisão jurídica se mostra muito mais comprometida com a gnosiologia retórica, que ordena os discursos segundo linguagem que possibilite a fundamentação de tal decisão e, por conseguinte, o convencimento das partes envolvidas.

A verdade, afinal, pode estar na produção da ambiguidade ou ilusão, na plasticidade do objeto. Sem a intersubjetividade discursiva, os diferentes observadores não podem relatar aos demais o que percebem – e a riqueza e magia do objeto diminuem. Como na manifestação artística descrita no início deste trabalho, ao dispensar o diálogo, só será observada a cruz ou a estrela, jamais a

ambiguidade ínsita a essa obra. A análise jurídica da verdade, igualmente, não pode prescindir da dialética da retórica. Resta saber, porém, se os profissionais do direito estão dispostos a descobrir, por esse caminho, tal verdade.

REFERÊNCIAS

A QUALQUER preço. Direção de Steven Zaillian. Roteiro de Steven Zaillian. Estados Unidos da América, 1998. Duração: 115 min. Gênero: Drama. DVD.

ADEODATO, João Maurício. **Filosofia do direito**: uma crítica à verdade na ética e na ciência. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. 2. ed. São Paulo: Landy, 2005.

ARISTÓTELES. **Retórica**. Tradução de Manuel Alexandre Júnior, Paulo Farmhouse Alberto e Abel do Nascimento Pena. Lisboa: Imprensa Nacional, 2005.

BARBOSA, Rui. Rhetorica e eloquencia. In: _____. **Paginas literárias**. Salvador: Livraria Catilina, 1918.

BECCARIA, Cesare. Dos juramentos. In: _____. **Dos delitos e das penas**. Tradução de Lucia Guidicini e Alessandro Berti Contessa. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.059.214-RS. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. **Diário de Justiça**, Brasília, DF, 16 fev. 2012.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 4. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 1999.

CARRILHO, Manuel Maria. A retórica, hoje: um novo paradigma? In: _____ (Org.). **Retórica e comunicação**. Lisboa: Asa, 1994.

COSSIO, Carlos. **Teoría de la verdade jurídica**. Buenos Aires: El Foro, 2007.

ENGEL, Pascal, RORTY, Richard. ¿Para qué sirve **la verdad?** Tradução de Alfredo Grieco y Bavio. Buenos Aires: Paidós, 2007.

FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. Tradução de Eduardo Jardim e Roberto Machado. 4. ed. Rio de Janeiro: Nau, 2013.

GUIBOURG, Ricardo A. **Provocaciones**: en torno del derecho. Buenos Aires: Eudeba, 2002.

HABERMAS, Jürgen. **La ética del discurso y la cuestión de la verdad**. Tradução de Ramón Vilà Vernis. Buenos Aires: Paidós, 2006.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LAUDAN, Larry. **Truth, error, and criminal law**: an essay in legal epistemology. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.

LIMA, Pedro Parini Marques de. O caráter fenomênico do discurso retórico: o papel do ceticismo pirrônico no direito frente às recentes teorias da argumentação jurídica. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, v. 1, p. 41-67, 2007.

LOPES, José Reinaldo de Lima. **O direito na história**: lições introdutórias. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MARSILLAC, Narbal de. Direitos humanos e comunidade internacional de espíritos. **Ethica**, Rio de Janeiro, v. 14, n. 1, 2007.

MAZZILLI, Hugo Nigro. Origens do Ministério Público. In: _____. **Introdução ao Ministério Público**. 2. ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Saraiva, 1998.

MELLO, José Octávio de Arruda. **História do direito e da política**. João Pessoa: Linha D'Água, 2008.

MEYER, Michel. As bases da retórica. In: CARRILHO, Manuel Maria (Org.). **Retórica e comunicação**. Lisboa: Asa, 1994.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo penal**. 8. ed. rev. atual. São Paulo: Atlas, 1998.

NASPOLINI, Samyra Haydêe. Aspectos históricos, políticos e legais da inquisição. In: WOLKMER, Antonio Carlos (Org.). **Fundamentos de história do direito**. 5. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

NIETZSCHE, Friedrich. Sobre verdade e mentira no sentido extra-moral. In: _____. **Obras incompletas**. Tradução de Rubens Rodrigues Torres Filho. São Paulo: Nova Cultural, 1999.

NOGUEIRA, Paulo Lúcio. **Curso completo de processo penal**. 9. ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Saraiva, 1995.

PEREIRA, Oswaldo Porchat. Cepticismo e argumentação. In: CARRILHO, Manuel Maria (Org.). **Retórica e comunicação**. Lisboa: Asa, 1994.

PERELMAN, Chaïm. Ética e **direito**. Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

REBOUL, Olivier. **Introdução à retórica**. Tradução de Ivone Castilho Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

RUSSELL, Bertrand. **The history of western philosophy**. New York: Touchstone, 1972.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Da ciência moderna ao novo senso comum. In: _____. **A crítica da razão indolente**: contra o desperdício da experiência. 8. ed. São Paulo: Cortez, 2011.

SÓFOCLES. Édipo **rei**. Tradução de Paulo Neves. Porto Alegre: L&PM, 1998.

TEIXIDÓ, Claudi Mans. El arte científico que me gusta-9: Carlos Berga y la doble cruz. **Investigación y Ciencia**, Física y Química, 31 ago. 2013. Disponível em <http://www.investigacionyciencia.es/blogs/fisica-y-quimica/24/posts/el-arte-cientfico-que-me-gusta-9-carles-berga-y-la-doble-cruz-11379>. Acesso em: 29 ago. 2014.

TOULMIN, Stephen. Racionalidade e razoabilidade. In: CARRILHO, Manuel Maria (Org.). **Retórica e comunicação**. Lisboa: Asa, 1994.

Correspondência | Correspondence:

Morton Luiz Faria de Medeiros
Av. Ayrton Senna, 795, Condomínio Bosque das Flores, Casa 104, Parque do Jiqui, CEP 59.153-150. Parnamirim, RN, Brasil.
Fone: (84) 9451-2382.
E-mail: mortonmedeiros@hotmail.com

Recebido: 04/12/2014.
Aprovado: 19/03/2015.

Nota referencial:

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