

1. Introdução

Este estudo tem como objetivo geral evidenciar a importância que a *Retórica* de Aristóteles tem ainda hoje para a compreensão das estratégias argumentativas dos juristas. Para isso, pretendo falar sobre o papel que o entimema e o paradigma, conceitos centrais para a *Retórica* de Aristóteles, desempenham na produção do direito.

Atualmente, os teóricos da retórica jurídica costumam definir a argumentação de advogados, juízes e juristas práticos em geral como uma forma de manifestação sobretudo entimemática de raciocínio. De fato, é por meio de entimemas (silogismos retóricos) e paradigmas (exemplos dotados de autoridade) – as duas estruturas lógicas fundamentais da argumentação retórica, de acordo com Aristóteles – que o discurso jurídico se torna persuasivo e racional ao mesmo tempo.

Aristóteles foi o primeiro filósofo a sistematizar o núcleo lógico da argumentação e a construir uma teoria analítica da retórica, isto é, uma metodologia de observação das estratégias persuasivas da argumentação.

Seguindo esta metodologia de análise retórica inaugurada por Aristóteles, pretendo demonstrar que os argumentos dos juristas são entimemáticos de um ponto de vista formal, porque não explicitam todas as premissas de seu raciocínio, e, de um ponto de vista material, porque se baseiam em pressuposições verossímeis e não em evidências verdadeiras.

Além disso, a argumentação jurídica revela-se paradigmática – no sentido técnico-retórico da expressão – na medida em que seu efetivo poder de persuasão e convencimento depende necessariamente do recurso a exemplos ou paradigmas, isto é, decisões do passado, precedentes judiciais, ou mesmo casos hipotéticos formulados pelo pensamento dogmático.

Assim, o entimema, enquanto ferramenta de dedução que parte de normas gerais, princípios, diretrizes, ou formulações genéricas muitas vezes incompatíveis entre si, tem a importante função, dentre outras a serem evidenciadas, de manter veladas as potenciais inconsistências e deficiências do sistema jurídico, garantindo, assim, pelo menos, a aparência de racionalidade em seus discursos.

Já o paradigma, capaz até mesmo de suprimir conceitos e formulações genéricas que orientam a ação ao passar de um caso concreto diretamente a outro, funciona como base para o raciocínio analógico e indutivo da jurisprudência dos tribunais, um recuso fundamental do pensamento jurídico ocidental desde as suas mais remotas origens.

2. A atualidade do pensamento de Aristóteles no estudo da retórica jurídica

Mesmo com o advento da modernidade, Aristóteles continua uma referência em diversos assuntos, dentre os quais encontra-se a retórica. Podemos dizer o mesmo em relação à política, à

metafísica, à ética, à poética etc. Na ciência do direito, porém, sabemos que o pensamento moderno dos juristas é caracterizado pelas inúmeras tentativas de se rechaçar os métodos tópicos e retóricos da velha jurisprudência de origem romana.

A esse respeito, contudo, é preciso levar em consideração as críticas modernas que são feitas à autoridade incontestável atribuída a Aristóteles durante boa parte da Idade Média. Na verdade, uma breve análise retórica do conceito de autoridade pode nos fornecer uma maneira de compreender esta situação.

“Autoridade” e “autoria” são noções que derivam da ideia latina de *auctoritas* (BALLWEG, 1991, p. 177). No direito é fácil perceber a relação entre as duas noções. O autor de uma lei – o legislador – é a autoridade competente para “criar” o direito. A própria ideia de direito depende da ideia de autoridade. É difícil até pensar em um direito sem autor ou sem uma autoridade que seja responsável pela sua constituição.

Não só no direito, mas também em outros campos como na literatura, na música, na política, ou na religião, para citar alguns exemplos, a autoridade é algo que se encontra geralmente numa posição original. Isto é, os autores e sua autoridade estão no passado assim como a *auctoritas* romana se encontrava nos fundadores de Roma (ARENDDT, 1993, p. 120). A autoridade está na origem, na sua *arché*.

A identificação contemporânea entre “autor” e “escritor” não corresponde à noção medieval de “*scriptor*”. O *scriptor* medieval é um mero copiador e, nesse sentido, é menos “autor” até mesmo do que um mero compilador (BARTHES, 2000, p. 31). No contexto do pensamento medieval, Aristóteles, ao contrário, é decisivamente um autor. A autoridade de seu pensamento e a autoria de suas ideias nos mais diversos domínios eram indiscutíveis até a era moderna. Bertrand Russell (1996, p. 188), por exemplo, afirma que o respeito à autoridade incontestável de Aristóteles corresponde a um atraso de mil anos no desenvolvimento da lógica. Na verdade, segundo Russell, toda a lógica de Aristóteles seria refutável, exceto a doutrina do silogismo que não teria serventia alguma a não ser para o raciocínio jurídico.

Russell, porém, é um lógico, não é um jurista. Mesmo deixando de lado o possível exagero de sua afirmação e considerando sua capacidade de opinar nos mais diversos âmbitos, podemos dizer que seu ponto de vista é externo em relação à prática e ao estudo do direito. No entanto, curiosamente, os juristas profissionais são os primeiros a corroborar esta afirmação de que o raciocínio jurídico é, se não sempre, pelo menos em alguns casos, silogístico (MACCORMICK, 1997). Ou seja, o pensamento jurídico moderno se volta contra os métodos antigos da jurisprudência, mas adota a teoria do silogismo como metodologia de produção do direito.

De fato, a partir da modernidade jurídica, o silogismo passa a servir como esquema para o modelo subsuntivo de aplicação do direito. A estrutura silogística seria capaz de conferir racionalidade ao

juízo jurídico. Isto é, a estrutura silogística de uma decisão judicial é o que garantiria objetividade, universalidade, segurança, certeza, previsibilidade e transmissibilidade do conhecimento no que se refere à produção do direito.

Claro que esse modelo silogístico/subsuntivo suscitado na modernidade jurídica faz parte de uma ideologia iluminista do esclarecimento. Uma forma de esclarecimento que parte da velha distinção platônica entre conhecimento (*epistème*) e opinião (*dóxa*). No seu *Fedro*, Platão (2007, p. 278 [97b]) examina a diferença entre o **conhecimento verdadeiro** e a **opinião verdadeira** sobre um mesmo assunto. E chega à conclusão de que conhecimento, diferentemente da opinião, pressupõe o encadeamento de um raciocínio. Por essa razão, o Sócrates do *Fedro* recorre à alegoria das estátuas de Dédalo que, assim como escravos fujões (nas palavras de Sócrates), deveriam estar sempre acorrentadas; de outra forma fugiriam, de tão realistas que eram.

De acordo com o Sócrates platônico, as opiniões, mesmo as verdadeiras, seriam fugazes, assim como as estátuas corredoras de Dédalo, e deveriam, portanto, ser acorrentadas, encadeadas. Isto é, presas em cadeias, cujos elos poderiam ser representados pelo entrelaçamento das premissas de um raciocínio até uma conclusão segura a que se poderia então chamar de conhecimento, e não mais de simples opinião. As opiniões, de acordo com o Sócrates platônico, apesar de úteis e valiosas como guia para a boa direção da conduta, “fogem da alma dos homens, pois não são ainda amarradas pelo conhecimento de causa” (PLATÃO, 2007, p. 278-279 [97b-98a]).

Aristóteles percebeu isso e se dedicou ao estudo desta estrutura de entrelaçamento das premissas de um raciocínio. Assim, a noção de silogismo, enquanto estrutura do raciocínio dedutivo, se desenvolve a partir desse momento e nos chega até hoje como algo digno de estudo, ao menos entre juristas (GRÖSCHNER, 2011, p. 516).

Portanto, a figura do silogismo seria capaz de garantir aos juízos jurídicos o status de conhecimento e não de mera opinião. De fato, a *opinio juris* não é uma opinião qualquer. Quando um juiz decide, quando um advogado argumenta, ou quando se interpreta a lei, espera-se que, com a atividade dogmática, razões sejam apresentadas como fundamentos para se decidir, argumentar e interpretar. O direito sem razões tende a ser considerado ilegítimo justamente por ser arbitrário. Até os ordenamentos jurídicos positivos atuais adotam esta tese. É o que se depreende do texto do art. 93, inciso IX da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, por exemplo, segundo o qual é nula uma decisão não fundamentada.

Hoje, os cânones da modernidade são amplamente criticados pelas teorias jurídicas. Para vários teóricos contemporâneos, o modelo silogístico não só se revela como ingênuo ou incipiente, mas também como fictício e fraudulento enquanto falsa representação do raciocínio judicial.

De fato, inúmeras teorias contemporâneas do direito, dos mais diversos matizes, atacam a doutrina do silogismo como uma representação teórica inautêntica daquilo que efetivamente acontece nos mais variegados e complexos processos de produção do direito. Assim, teorias de orientação hermenêutica, argumentativa, retórica, pragmatista, realista, cética, casuística, anti-formalista, dentre várias outras orientações possíveis, estão de acordo quanto à necessidade de crítica à doutrina silogística do direito.

Do ponto de vista de uma teoria retórica do direito, que eu próprio procuro continuar e desenvolver, o silogismo é entendido como mero modelo de apresentação das decisões, não como modelo de decisão propriamente. As doutrinas da retórica jurídica defendem que a produção do direito (de decisões judiciais) nada tem de silogística, apenas a apresentação das decisões é que geralmente assume a estrutura de silogismo, pouco importando se houve realmente um processo dedutivo de inferência na elaboração dos juízos.

Como se sabe, o raciocínio dedutivo é uma marca do alto nível de desenvolvimento do intelecto na antiguidade grega, quando a matemática, apesar de já relativamente avançada em diferentes culturas ocidentais, ganhou novas dimensões e passou de um mero conjunto de regras empíricas a um verdadeiro sistema de inferências dedutivas, especialmente em relação à geometria.

O silogismo, contudo, enquanto modelo de inferência dedutiva, foi delineado por Aristóteles já num momento de decadência dessa era altamente criativa e inovadora que estava por se dispersar, transformar, diluir e, finalmente, desaparecer. Curiosamente, a doutrina do silogismo permanece praticamente a mesma da forma como a estabeleceu Aristóteles, com alguns desdobramentos feitos durante a baixa Idade Média.

Ao tratar filosoficamente da retórica, pois, Aristóteles recorreu à ideia de silogismo para estruturar o entimema. Além disso, dividiu os discursos persuasivos em três gêneros: epidítico, deliberativo e judicial, cada qual com seus próprios entimemas e paradigmas. Como se pode vislumbrar, o direito foi considerado um dos três âmbitos fundamentais de produção de discursos retóricos. Esse fato não deve ser desconsiderado. É óbvio que o caráter argumentativo do trabalho jurídico, assim como da atividade política não poderia ser olvidado na realidade ateniense.

Claro, a retórica judicial era algo fundamental na vida da própria pólis. Sabemos o papel que desempenhavam os assim chamados sofistas ou professores de retórica na formação de jovens para a vida pública. Obviamente, Aristóteles se referia ao direito de seu tempo, uma forma de produção, organização e aplicação de normas muito diferente da que conhecemos modernamente. Um direito que não era tão sofisticado ou refinado tecnicamente quanto o direito romano não tão distante assim da cultura grega.

Hoje temos um direito ainda mais refinado e diferenciado estrutural e funcionalmente, capaz de absorver e, até certo ponto, neutralizar o altíssimo nível de complexidade social das demandas atuais. Quando Aristóteles se refere à retórica judicial e aos discursos forenses de seu tempo, claramente ele não poderia levar em consideração o tipo de organização do pensamento jurídico contemporâneo. Ele se referia a outro fenômeno.

Mas isso não quer dizer que o aspecto discursivo e retórico do direito seja menos relevante hoje em dia. Pelo contrário, as mais recentes investigações sobre retórica jurídica procuram evidenciar isso. Dentre elas destaco o estudo do entimema judicial.

3. Uma visão filosófica da retórica

Filosoficamente, é preciso destacar tanto o caráter **ético** quanto o caráter **epistêmico** do estudo da retórica por Aristóteles. Sua preocupação em fazer uma “teoria da retórica” não se restringia ao aspecto epistêmico de determinar cientificamente o seu objeto, mas tinha também o propósito de delinear os aspectos éticos do discurso persuasivo. Ou seja, Aristóteles pretendia não apenas dizer o que a retórica é, mas também como ela deve ser empregada.

Nesse sentido, Aristóteles (1996, p. 9 [1355a]) cuidou de separar a boa da má retórica. Isso é explícito quando escreve que “nós devemos ser capazes de sustentar de modo convincente teses opostas” (referindo-se ao caráter técnico do orador), mas “não para fazer as duas coisas efetivamente” (de um ponto de vista ético), pois “não se deve convencer os homens a respeito de teses reprováveis”. E mais ainda, “deve-se estar pronto para refutar outra pessoa sempre que esta fale injustamente”. Um pouco mais adiante, Aristóteles aproveita para fazer uma crítica moral aos sofistas. Ele afirma que é possível ser retórico tanto por uma questão de **capacidade** quanto em relação aos propósitos ou **intenções** de quem argumenta. Já para ser dialético não bastam as intenções do orador, é preciso ter capacidade técnica. De acordo com Aristóteles, os sofistas, ao contrário, fundavam seus argumentos apenas em suas intenções, mas não em uma técnica.

Os juristas modernos, por outro lado, sobretudo os teóricos e filósofos do direito tradicionais, preocupam-se em retratar todo recurso retórico aplicado ao direito como sendo maligno, ou no mínimo supérfluo. Pois o que fazem em sua atividade prática ou reflexiva, supostamente, nada teria a ver com retórica. Seus argumentos seriam o resultado de simples demonstrações livres de qualquer forma de retórica.

Talvez por essa razão alguns juristas teóricos tenham se esforçado para produzir modelos teóricos argumentativos que não fossem considerados retóricos. De fato, não apenas em seus modelos

teóricos, mas também em suas argumentações práticas, os juristas parecem destacar apenas elementos lógicos e supostamente racionais por trás de seus discursos, nunca os retóricos e estratégicos. É como se as suas argumentações nada tivessem de argumentativo, apenas de demonstrativo. Mas seria no mínimo paradoxal afirmar que existem “argumentos não-argumentativos”, isto é, argumentos livres de retórica.

Na verdade, esta é justamente uma estratégia retórica de não se fazer ver um discurso como prática efetiva de alguma forma de retórica. Mesmo que a estratégia seja, por vezes, a de condenar e de definir a retórica como uma arte dispensável ou até mesmo desprezível para pessoas sérias e honestas. Os juristas usam essa estratégia da “retórica da supressão da retórica” (SHERWIN, 2009, p. 88) como algo fundamental na elaboração de seus raciocínios e de suas demonstrações. Para o jurista, pois, parece ser preciso afirmar sempre que “o que faço não é retórica”, mesmo que para tanto seja necessário agir retoricamente para a construção do próprio argumento.

O grande problema para nós retóricos ou estudiosos da retórica é que a retórica ao longo de séculos foi paulatinamente esvaziada em seus aspectos lógicos e substanciais e foi reduzida a uma mera arte do estilo ou da oratória. Esquece-se que a retórica é a primeira arte da argumentação, da produção de discursos e, portanto, a primeira forma de esclarecimento (BALLWEG, 1989, p. 229), ou de tomada de consciência em relação à capacidade de argumentar e ao poder do discurso (*lógos*).

Deixando de lado o aspecto ético, contudo, podemos afirmar que Aristóteles foi o “inventor da retórica analítica” (VON SCHLIEFFEN, 2006, p. 48). Isto é, de uma retórica científica que procura descrever os elementos que tornam um discurso persuasivo. Esta retórica analítica inaugurada por Aristóteles não tem como objetivo ensinar a persuadir, mas apenas a examinar as características da persuasão e teorizar a respeito das estratégias argumentativas.

Claro que o que disse Aristóteles em relação à sua tentativa de separar a boa da má retórica pode ser interpretado ou avaliado ao menos de duas formas contraditórias. Pode-se entender que o filósofo era mais sensível à retórica do que seus mestres. Mas pode-se entender também que Aristóteles estava, na verdade, impregnado de preconceitos contra os adversários de seus mestres, os assim denominados, especialmente por Platão, sofistas. Sobre esse tema há infundáveis debates que infelizmente não cabem aqui.

No século XX, conhecemos diversas viradas ou guinadas (em inglês *turns*) do pensamento ocidental. Falamos na virada linguística (*linguistic turn*) a partir sobretudo de Wittgenstein, na guinada interpretativa (*hermeneutic turn*) das filosofias de Heidegger e Gadamer, e também na virada retórica (*rhetorical turn*) representada pela *Nova Retórica* de Perelman. Todas essas viradas tiveram um papel de destaque no estabelecimento de novos paradigmas teóricos e metodológicos das ciências sociais. Na ciência jurídica, os impactos foram grandes, sobretudo em relação às duas primeiras viradas, isto é, a

linguística e a hermenêutica. Percebemos isso, respectivamente, nos trabalhos de filosofia analítica do direito e no desenvolvimento da assim chamada “jurisprudência hermenêutica” (JUST, 2014, p. 71).

A virada retórica, contudo, teve resultados paradoxais. Iniciada sobretudo no âmbito da filosofia do direito com Chaïm Perelman e Theodor Viehweg, a virada retórica da ciência jurídica levou ao surgimento de teorias argumentativas que negavam veementemente o caráter racional dos elementos retóricos presentes nos discursos e argumentações dos juristas. O caráter racional do direito e do discurso jurídico para essas teorias contemporâneas da argumentação dependeria do grau de ausência de expedientes estratégicos, especialmente, retóricos. Filósofos do direito contemporâneos voltados ao estudo da argumentação jurídica como Robert Alexy (1997), Neil MacCormick (1997) ou Aulis Aarnio (1991), para citar apenas três exemplos dos mais influentes, tendem a diminuir a importância da retórica e da persuasão na caracterização do direito.

Nada obstante, a nova tendência retórica da filosofia do direito iniciada por Chaïm Perelman e Theodor Viehweg foi continuada por alguns de seus discípulos, mas, até o momento, nunca teve uma posição de destaque e tornou-se praticamente um estudo marginal de teoria da argumentação jurídica.

Um discípulo de Viehweg na universidade de Mainz na Alemanha, Ottmar Ballweg foi o responsável pelo desenvolvimento da análise retórica do direito. No entanto, o próprio Ballweg (1982, p. 28) negava o caráter filosófico da retórica. Talvez em razão do sentido estreito que atribuía à palavra filosofia como busca da **essência** ou da **verdade** das coisas e não como busca da **sabedoria**. Essa é a crítica da qual parte João Maurício Adeodato (2014, p. 5) da Faculdade de Direito do Recife, no Brasil, para propor uma **filosofia retórica**. Não se trata de uma “retórica filosófica”, mas de uma filosofia que se caracteriza retoricamente, isto é, enquanto prática retórico-argumentativa.

De minha parte considero ambas as posições extremadas em alguma medida. Desconsiderar o caráter filosófico da retórica como aparentemente faz Ballweg é deixar de lado aspectos fundamentais da história da filosofia desde sua origem e assumir um preconceito ontológico ou essencialista em relação à própria definição de filosofia. As inúmeras correntes filosóficas como as diferentes formas de ceticismo, o nominalismo, as variações de realismo, dentre várias outras, fazem parte igualmente da história do desenvolvimento do pensamento ocidental a que se chama genericamente de filosofia.

Afirmar, contudo, que a retórica pode ser elevada ao nível de uma filosofia é algo de certa forma inusitado. Há inúmeros trabalhos que colocam lado a lado filosofia e retórica, mas definir a retórica como filosofia é menos comum. Sem dúvida a sensibilidade para com a retórica e para com o papel da linguagem é algo essencial para o desenvolvimento da filosofia ou para a busca da sabedoria. Afirmar, contudo, que todos os problemas filosóficos se resumem a problemas da linguagem pode levar a uma visão reducionista da própria filosofia. Sabemos que as palavras importam, e muito. Estamos cientes do

papel fundamental que desempenha a linguagem na produção de conhecimento e na constituição da realidade. Mas reduzir a experiência e os processos intelectuais a um produto dos discursos é uma tese no mínimo ousada.

De qualquer forma, as delimitações entre os diversos âmbitos de estudo, seja entre filosofia e retórica, ou entre retórica e semiótica, retórica e lógica etc. devem ser consideradas com parcimônia. Em diferentes contextos surgem novos critérios de distinção entre as disciplinas, fato que não deve ser encarado como algo essencial ou definitivo. Os critérios são sempre tópicos e dependem de um contexto histórico determinado. Assim, corre-se o risco de separar arbitrariamente âmbitos de estudo que são, na verdade, complementares entre si.

Como afirma o professor Gerardo Ramírez Vidal, é artificial a já desgastada querela entre antigos e modernos que pressupõe a superação da retórica pelas disciplinas do discurso como a linguística, a semiótica, a hermenêutica, a psicanálise, para citar exemplos. O debate é artificial, segundo o professor, porque “*la retórica constituye un conjunto concreto de conocimientos dentro de una multiplicidad de disciplinas del discurso, de manera que lo que existe es confluencia, no conflicto*” (RAMÍREZ VIDAL, 2011, p. 85).

Dessa forma, encaro filosoficamente a retórica e seus problemas correlatos como questões que fazem parte da própria “natureza” humana, o que me leva a pensar em uma antropologia retórica. Isso significa dizer que há em alguma medida uma ontologia da retórica no mundo humanamente determinado, isto é, da realidade constituída pelo “*homo rheotircus*” (RAMÍREZ VIDAL, 2011, p. 87). Nosso filósofo parece ter levado isso em consideração no momento em que se dedicou ao estudo das características da persuasão.

4. O entimema e o paradigma como núcleo da persuasão

Já no início da *Retórica*, Aristóteles (1996, p. 3 [1354a]) critica o trabalho de seus antecessores alegando que o estudo de retórica até então se resumia à instrução dos alunos para que fossem capazes de despertar emoções como a ira, o ódio, ou a compaixão, por exemplo, em seu auditório. Segundo Aristóteles, esses velhos professores de retórica nada falavam sobre a parte mais importante da arte de persuadir, ou seja, o núcleo racional ou lógico da argumentação. Despertar emoções é uma parte importante, claro, das estratégias persuasivas. O próprio Aristóteles (1996, p. 13 [1356a]) reconhece isso quando trata das três “provas técnicas”. Não se pode, contudo, fundar toda a persuasão no *páthos*. Assim como não se pode contar apenas com o *éthos* do orador para ganhar a adesão do auditório. É preciso levar em consideração os três elementos em conjunto: o *éthos*, o *páthos* e o *lógos*. Ou seja, o caráter de quem fala, as emoções que se pode suscitar nos ouvintes, e o discurso propriamente dito.

Pelo que conhecemos de Aristóteles, nada mais natural que ele dedicasse especial atenção ao *lógos*, isto é, ao discurso e a suas razões, mesmo que não tenha desconsiderado o *páthos* e tampouco o *éthos* na construção de sua *Retórica*. Por esse motivo, Aristóteles define como foco de sua investigação o entimema e o paradigma, isto é, a dedução e a indução retóricas. Ele afirma que “não se deve distorcer o juiz conduzindo-o à ira, ao ódio, ou à compaixão: isso equivaleria a deformar o instrumento do qual se deve servir para mensurar” (ARISTÓTELES, 1996, p. 5 [1354a]). Claro, Aristóteles se referia ao juiz de seu tempo, um cidadão comum que ele próprio considera uma pessoa simples (ARISTÓTELES, 1996, p. 5 [1357a]), ou seja, não preparada tecnicamente em uma arte ou em um *lógos* especializado como é o da moderna dogmática jurídica – um fenômeno certamente bem distante do juiz do nosso tempo.

De fato, o juiz moderno é doutrinado, preparado para pensar dogmaticamente no contexto de uma técnica específica regulada por métodos, cânones e princípios que formam os limites para a argumentação judicial e o discurso jurídico em geral.

A esse respeito é preciso dizer que o pensamento jurídico ocidental enfatiza a necessidade de se apresentar explicitamente o encadeamento lógico dos juízos como critério de racionalidade do discurso, sem que seja preciso recorrer a elementos emocionais ou patéticos. Ou seja, a retórica da objetividade do jurista deveria sempre prevalecer, respeitando assim os princípios da neutralidade (da linguagem jurídica) e da imparcialidade (dos juízos jurídicos). O *lógos* deveria se sobressair sempre em relação ao *páthos* e ao *éthos*, chegando mesmo a ser capaz de neutralizá-los. Por isso pensamos hoje na figura objetiva do juiz como “órgão jurisdicional” e não como um indivíduo dotado de uma subjetividade altamente complexa que envolve visões de mundo particulares, idiosincrasias, solipsismos. Esse é um belo exemplo do poder objetivador que tem o *lógos* moderno dos juristas.

5. A lógica do “defeito” no entimema e no paradigma: tese do silogismo abreviado ou imperfeito

Sobre o paradigma não encontramos tantas questões polêmicas. O próprio Aristóteles (1996, p. 17 [1356b]) reconhece que, apesar de o paradigma exercer uma função vital na argumentação, é o entimema que merece mais destaque do ponto de vista da constituição de uma *téchne rhetoriké*. Nada obstante, para a cultura jurídica ocidental, desde a sua origem, sabemos que os exemplos (tanto os hipotéticos quanto, principalmente, os do passado) são fundamentais na constituição da jurisprudência enquanto ciência do direito. Não apenas para os Estados do *common law* que adotam o sistema do *case law*, como também para o direito estatutário dos Estados que seguem a tradição legislativa de origem continental ou romanística. Hoje em dia, percebemos que os precedentes e os casos decididos no passado assumem cada vez mais um papel de destaque na produção do direito em diferentes sistemas de estruturação normativa. Mesmo assim, sabemos que o raciocínio indutivo, apesar de abundante e

fundamental no desenvolvimento científico, inclusive do direito, é – assim como o raciocínio analógico – menos seguro e cogente que o raciocínio dedutivo.

Já em relação ao caráter dedutivo do entimema, algumas controvérsias são dignas de menção. Sobretudo no que se refere a sua estrutura formal e a seu conteúdo material, bem como ao fato de ser ou não uma espécie de silogismo.

É comum encontrar nos manuais de retórica definições que levam em consideração apenas o seu aspecto formal. Algumas vão mais além e definem o entimema como uma forma de silogismo abreviado, outras como um silogismo imperfeito, e outras ainda como se fosse um silogismo truncado, isto é, defeituoso (ADEODATO, 2009, p. 333).

Essa maneira de encarar o entimema a partir apenas de sua estrutura de apresentação, ou seja, a maneira pela qual é exprimido verbal ou textualmente procede apenas em parte. A crítica fundamenta-se na própria *Retórica* de Aristóteles (1996, p. 19 [1357a]), na medida em que o filósofo, realmente, afirma que as premissas que formam um entimema devem ser em menor número do que as que formam outros tipos de silogismo como, por exemplo, o dialético. Mas não é este aspecto formal que caracteriza o entimema enquanto **silogismo retórico**. É o fato de se basear em premissas que são provenientes de noções comuns, probabilidades, sinais ou indícios (ARISTÓTELES, 1996, p. 29 [1359a]).

Nada obstante, isso não impediu que autores posteriores a ele continuassem perpetrando essa definição incompleta de entimema. Hoje, essa tese tradicional de que o entimema é um silogismo abreviado (*syllogismus truncatus, imperfectus* ou *abreviatus*) é entendida como uma falsificação. Para algumas teorias contemporâneas, o entimema não é uma forma de dedução lógica (como o silogismo), mas uma “**dedução retórica**” (GRÖSCHNER, p. 521) que não obedece necessariamente às leis e aos princípios da lógica.

De fato, o entimema é definido por Aristóteles (1996, p. 7 [1355a], 15 [1356b]) como uma espécie de silogismo, ou seja, como um silogismo próprio da retórica. Essa categorização feita por Aristóteles do entimema enquanto silogismo, ao mesmo tempo em que teve um grande alcance e difusão, propiciou a atual polêmica. A ideia aristotélica de que o argumento no âmbito da retórica seja estruturado como um silogismo perpetuou-se e prevaleceu enquanto definição de entimema, mas não foi capaz de determinar completamente as suas características próprias, autônomas em relação à lógica da dialética.

Pois bem, dizemos que essa definição meramente formal de entimema só procede na medida em que, realmente, o que se expressa ou se explicita em vários tipos de discurso é apenas parte daquilo que se comunica efetivamente. Muitas vezes o não dito, apenas sugerido e não completamente revelado integra a comunicação. Esse fenômeno não é exclusivo do entimema, mas acontece diante de uma série de figuras de linguagem como, por exemplo, a ironia, a metáfora, a metonímia, a sinédoque, dentre várias outras.

Essas figuras de linguagem surgem de forma espontânea e, na maioria das vezes, só posteriormente são analisadas e sistematizadas pelos linguistas em seus sistemas teóricos. Entretanto é algo natural expressar-se, mesmo cotidianamente, por meio de figuras de linguagem que representam meras sugestões de informações não explicitadas.

Antes de um silogismo defeituoso, portanto, o entimema é entendido, por uma tradição que começa com Aristóteles, como um **silogismo que se completa “na mente” de quem fala e de quem ouve**, mas que não precisa ser completamente verbalizado ou de qualquer outra forma explicitado. Segundo esta tese, a premissa faltante na expressão é sugerida e apresentada implicitamente.

6. A lógica do “silêncio” no entimema e no paradigma (“o que não é” é possível): tese do silogismo implícito

Nem sempre se expressam as duas premissas do entimema porque, por vezes, é preciso apenas uma para tornar a outra conhecida.

Justamente porque o discurso retórico é voltado a um público não especializado, o papel da *éndoxa* (ARISTÓTELES, 2005, p. 348 [110b]) torna-se ainda mais fundamental na construção de entimemas do que na de silogismos dialéticos. O senso comum e as opiniões compartilhadas pela maioria ou pela maioria qualificada (técnicos no assunto, pessoas cultas, sábios etc.) que formam a *éndoxa* são, na verdade, a base para a construção de raciocínios entimemáticos. É evidente que a retórica judicial, sobretudo no que se refere ao papel da jurisprudência e da construção judicial do direito, atribui um papel fundamental às opiniões majoritárias e à doutrina dominante.

O entimema seduz justamente porque se baseia em consensos, ou em expectativas de consenso entre orador e auditório. O fato de não conter uma das premissas é, antes de tudo, não um defeito lógico ou formal do discurso, mas uma qualidade sedutora para a argumentação. É um instrumento de empatia para com o auditório. Parte-se de um ponto que não precisa ser provado até um outro que precisa sê-lo, isto é, parte-se do **conhecido** (a opinião comum de aceitação geral) rumo ao **desconhecido** (BARTHES, 2000, p. 69).

Assim, o entimema é eficaz na persuasão, por um lado, porque é concentrado, porque comunica mais do que é explicitamente dito sem que o discurso se torne enfadonho, repetitivo ou demasiado analítico. E, por outro lado, porque parte de premissas que são comuns e estão ao nível do auditório. Pode-se inclusive afirmar que, em relação ao silogismo retórico e aos discursos retóricos em geral, “a

eliminação de uma parte **excita a vaidade e apela à inteligência** do destinatário”¹ (CATTANI, 1994, p. 109).

O poder de sugestão do entimema se une, portanto, à capacidade de **evitar o dissenso** por meio de uma **expectativa de consenso** entre quem fala e quem ouve, ou entre quem produz o discurso e quem o interpreta.

Esta é claramente uma consequência do alto grau de generalidade das premissas omitidas. Uma generalidade tal que permite diferentes possibilidades interpretativas para o que é apenas sugerido e não explicitamente revelado.

Aquilo que necessariamente só pode ser interpretado de uma maneira, e o que não pode de forma alguma ser interpretado da maneira pretendida pelo orador terminam por serem pouco úteis aos discursos retóricos. O necessário, o impossível e o inquestionavelmente verdadeiro, portanto, não são tão persuasivos quanto o possível, o provável e o verossímil, na medida em que limitam a expectativa de consenso entre orador e auditório.

7. Por que os juízes argumentam por meio de entimemas e paradigmas

Um exemplo de abordagem retórica do direito contemporânea é a tese de que os padrões de comunicação normativa em processos de decisão judicial são entimematicamente estruturados (SOBOTA, 1991; VON SCHLIEFFEN, 2006; ADEODATO, 2009).

Para esse tipo de perspectiva, a prática jurídica não é governada por premissas maiores, regras instrumentais ou normas universais. Ao contrário, são **regularidades** ou **padrões mutáveis e auto-organizados** que guiam o processo de decisão no direito. São essas formações cibernéticas e dinâmicas que propiciam a decisão (SOBOTA, 1991, p. 47; BALLWEG, 1989, p. 229). Portanto, se o que se deseja é de fato compreender como funciona o direito, é aconselhável procurar observar o modo de funcionamento desses padrões. Mais do que especular a respeito de regras e modelos de decisão supostamente racionais.

Para esse tipo de teoria, o **silogismo judicial** é mais propriamente uma **ilusão** com grande **potencial de produzir efeitos de persuasão**. Isso se deve ao fato de que o recurso à lógica e à aparência de logicidade do discurso jurídico somado à ampla difusão da própria ideia de silogismo como modelo de raciocínio dedutivo em nossa cultura assegura uma espécie de aura racional aos processos de decisão. O silogismo “é uma das mais fortes ideias do pensamento ocidental e da decisão judicial, e, enquanto tal,

¹ “L’eliminazione di una parte solletica la vanità e fa appello all’intelligenza del destinatario”.

molda o discurso jurídico, por vezes até o ponto de confundi-lo com a própria realidade – como se o raciocínio jurídico fosse silogístico”² (SOBOTA, 1991, p. 49).

De um ponto de vista retórico, portanto, o silogismo seria apenas um **modo de apresentação da decisão** e não um método para se decidir. Nesse sentido, o silogismo é uma forma retórica de expressão, mas não de elaboração do pensamento. Ou seja, o silogismo judicial é na verdade um entimema.

O que fundamenta esta tese é o fato de que seria contraproducente ou mesmo impossível seguir as exigências da dialética e explicitar todas as premissas de um raciocínio judicial. A recomendação dos acadêmicos aos estudantes de direito de se verbalizar todas as normas empregadas como fundamento para uma decisão, isto é, as premissas maiores de um silogismo judicial, não deveria e, na verdade, nem poderia ser efetivamente observada.

Muitas vezes, o que se pode vislumbrar em decisões judiciais é a simples referência a fragmentos de textos normativos, mas não a normas completas. Além disso, mesmo que todos os textos legais apontados em uma decisão fossem citados *ipsis literis*, sabemos que isso não seria suficiente para revelar todas as normas ou premissas maiores em jogo. Nesse sentido, a hermenêutica jurídica contemporânea sustenta categoricamente a distinção entre texto normativo e norma jurídica. Para essas teorias (MÜLLER, 1976, p. 249-251; 2009, p. 196), a norma concretizada transcende o teor literal dos textos normativos e inclui elementos dogmáticos, teóricos, não-textuais, contextuais (políticos, sociais, econômicos, históricos etc.), pré-compreensivos, dentre vários outros.

Com razão, os textos legais e suas combinações propiciam inúmeras normas diferentes. Não é possível afirmar que, para cada texto, há apenas uma norma. Pelo contrário, há geralmente muitas possibilidades interpretativas para os mesmos enunciados, sobretudo quando confrontados com a experiência e em contextos determinados. Como sabemos, as leis jurídicas não são nem necessárias como as leis da física, nem precisas como os comandos de computadores. A comunicação normativa viabilizada por textos que formam leis, códigos, precedentes, contratos, tratados ou qualquer outro documento dotado de validade jurídica é sempre aberta a uma potencial semiose ilimitada.

Os textos normativos, pois, implicam sempre diferentes possibilidades de construção normativa. Segundo uma perspectiva retórica, explicitar todas essas construções implícitas seria sem sentido e destrutivo (SOBOTA, 1991, p. 51) para o próprio sistema jurídico. De fato, **não mencionar a norma** é o padrão quando se trata de decisões judiciais. Assim como as premissas implícitas do entimema, as normas parecem tão auto-evidentes no contexto de uma cultura jurídica determinada que não precisariam ser nem ao menos verbalizadas (SOBOTA, 1991, p. 52), mas apenas sugeridas, pressupostas e tidas como certas.

² “It is one of the strongest underlying ideas of western thought and legal decision-making, and as such it molds legal discourse, sometimes to such an extent that it is confused with reality itself -- as if legal reasoning were syllogistic”.

É como se as normas fossem truísmos ou obviedades que deveriam ser silenciados (SOBOTA, 1991, p. 53).

As decisões judiciais, portanto, fazem no máximo alusões a silogismos, mas dificilmente contêm silogismos completos ou explícitos. Pode-se ir mais além e dizer que mencionar todas as premissas do raciocínio judicial seria embaraçoso e mesmo disfuncional para quem julga.

Não verbalizar todas as premissas é uma forma estratégica de evitar contradições e inconsistências do sistema jurídico. Além disso, por meio do discurso entimemático, pode-se tanto modificar o sentido da norma de acordo com cada situação concreta, como também propiciar o entrelaçamento de **regularidades emotivas não verbalizadas** e **racionalizações explicitamente formuladas** (SOBOTA, 1991, p. 57).

Assim, portanto, decisões tornam-se paradigmáticas e o processo retórico de construção de novas decisões termina por ser uma rede complexa de deduções retóricas a partir de um conjunto de textos por um lado e, por outro lado, de referências a exemplos que vêm do passado e são dotados de autoridade.

De um lado, a dedução de decisões a partir das normas gerais que supostamente se encontram em códigos, leis e constituições é feita de forma entimemática. De outro lado, a analogia e a indução realizadas a partir da jurisprudência dos tribunais e dos precedentes judiciais são feitas de forma paradigmática.

Esta é uma tentativa de demonstrar como a *Retórica* de Aristóteles continua atual para compreender os processos de tomada de decisão no direito e as formas de sua representação. Concluo minha fala, sustentando, assim, que o entimema e o paradigma, enquanto noções retóricas, têm um papel fundamental tanto na produção do direito, quanto na apresentação dessa produção.

Referências

AARNIO, Aulis. **Lo racional como razonable**. Un tratado sobre la justificación jurídica. Trad. E. Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

ADEODATO, João Maurício. **Ética e retórica**. Para uma teoria da dogmática jurídica. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **Uma teoria retórica da norma jurídica e do direito subjetivo**. São Paulo: Noeses, 2014.

ALEXY, Robert. **Teoría de la argumentación jurídica**. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica. Trad. M. Atienza e I. Espejo. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

ARENDDT, Hannah. What is authority. In: ARENDT, H. **Between past and future**. Eight exercises in political thought. New York: Penguin, 1993.

ARISTÓTELES. **Retorica**. Trad. M. Dorati. Milano: Mondadori, 1996.

_____. **Órganon**. Trad. E. Bini. Bauru: Edipro, 2005.

BALLWEG, Ottmar. Entwurf einer analytischen Rhetorik. In: SCHANZE; KOPPERSCHMIDT (Hrsg.). **Rhetorik und Philosophie**. München: Wilhelm Fink Verlag, 1989, pp. 229-247.

_____. Retórica analítica e direito. Trad. J. M. Adeodato. **Revista Brasileira de Filosofia**. Vol. XXXIX, Fasc. 163, jul-ago-set, 1991, pp. 175-184.

BARTHES, Roland. **La retorica antica**. Alle origini del linguaggio letterario e delle tecniche di comunicazione. Trad. P. Fabbri. Milano: Bompiani, 2000.

CATTANI, Adelino. **Forme dell'argomentare**. Il ragionamento tra logica e retorica. Padova: Edizioni GB, 1994.

GRÖSCHNER, Rolf. Jurisprudenz und Enthymem – eine leidenschaftliche Liaison. **Rechtstheorie**. N. 42. Berlin: Duncker & Humblot, 2011, pp. 515-535.

JUST, Gustavo. **Interpretando as teorias da interpretação**. São Paulo: Saraiva, 2014.

MACCORMICK, Neil. **Legal reasoning and legal theory**. Oxford: Clarendon Press, 1997.

MÜLLER, Friedrich. Einige Leitsätze zur juristischen Methodik. In: DREIER, Ralf; SCHWEGMANN, Friedrich. **Probleme der Verfassungsinterpretation**. Dokumentation einer Kontroverse. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1976, pp. 248-265.

_____. **Teoria estruturante do direito**. v. I. Trad. P. Naumann; E. A. de Souza. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

PLATÃO. **Fedro – Cartas – O primeiro Alcibíades**. Trad. C. A. Nunes. Belém: EDUFPA, 2007.

RAMÍREZ VIDAL, Gerardo. La dimensión política de la retórica griega. **Rétor**. 1 (1), pp. 84-103, Buenos Aires, 2011.

RUSSELL, Bertrand. **History of western philosophy**. London/New York: Routledge, 1996.

SCHLIEFFEN, Katharina von. Rhetorische Analyse des Rechts. Risiken, Gewinn und neue Einsichten. In: SONDRY, Rouven. **Eine interdisziplinäre Einführung in die rhetorische Praxis**. Heidelberg: C.F. Müller Verlag, 2006, pp. 24-64.

SHERWIN, Richard. The narrative construction of legal reality. **Journal of the Association of Legal Writing Directors**. Vol. 6, Fall 2009, pp. 88-120.

SOBOTA, Katharina. Don't mention the norm. **International Journal for the Semiotics of Law**. IV/10, 1991, pp. 45-60.