



## A CONSTRUÇÃO DA DECISÃO JUDICIAL: UMA ANÁLISE A PARTIR DO CETICISMO SEMÂNTICO

*Lais Zumach Lemos Pereira*<sup>1</sup>

*Yuri de Oliveira Dantas Silva*<sup>2</sup>

### RESUMO

O presente trabalho objetiva analisar a maneira como se dá a constituição da decisão judicial. A metodologia utilizada foi a pesquisa bibliográfica. Tal investigação foi realizada a partir da tripartição retórica, sugerida por João Maurício Adeodato, que tem como um de seus pressupostos o ceticismo. Fixado o ponto de partida, a atenção se volta para a *decisão judicial* e procura analisar, a partir de uma perspectiva tentativamente descritiva, as etapas que são seguidas para sua construção. Infirmar-se a *moldura kelseniana*, logo sustenta o ceticismo quanto à conotação e denotação dos textos normativos e culmina na sugestão de etapas necessárias à formação da decisão judicial.

**Palavras-chave:** Filosofia. Retórica. Tripartição Retórica. Decisão Judicial.

<sup>1</sup> Mestre em Direito Processual pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Advogada.

<sup>2</sup> Mestre em Direito Processual pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES), Pós-Graduado em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários (IBET), Pós-Graduado em Filosofia e Teoria do Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC/MG). Professor na Estácio de Vitória/ES. Advogado.

## 1 INTRODUÇÃO

O tema *decisão judicial* vem ganhando lugar de destaque na produção acadêmica nacional. Com a atenção da sociedade sendo voltada cada vez mais ao Poder Judiciário, estudos com a temática *fundamentação da decisão judicial, ativismo judicial, limites da interpretação do julgador*, por exemplo, têm sido recorrentes. Justifica-se a escolha do tema a partir desse contexto. A metodologia utilizada foi a pesquisa bibliográfica. O objeto segmentado para tal fim foi a decisão judicial. O objetivo deste artigo é promover uma análise de como é construída a decisão judicial. Para tal finalidade adota-se a retórica realista como marco teórico para analisar o objeto escolhido.

Diversamente das teorias normativistas, a retórica realista não foca a sua atenção em traçar pautas prescritivas (dizer como deve ser o direito), mas, sim, em analisar como esses fenômenos são, ou seja, adota uma perspectiva empírica. Dessa forma, o trabalho não se propõe a prescrever como a decisão judicial deva ser constituída, mas, sim, como ela é. Adota-se uma postura analítica.

De início são abordados os três sentidos de *retórica* para situar o trabalho no terceiro nível, o analítico. Em seguida, a construção do significado é analisada a partir dos pressupostos elencados, com a posterior crítica à *moldura kelseniana*. O ponto seguinte diz respeito à escolha dos dispositivos legais a serem aplicados ao caso concreto. O trabalho culmina com a sugestão de etapas que precedem a decisão judicial.

## 2 RETÓRICA MATERIAL, ESTRATÉGICA E ANALÍTICA: SUA RELAÇÃO COM O DIREITO

A questão preliminar a ser analisada, quando se fala de uma palavra tão vaga, porosa, ambígua e que contém grande carga emotiva, como a *retórica* é: o que é a retórica? Essa é uma pergunta cuja resposta variará conforme o autor que se eleja como marco teórico. O uso mais comum que se faz do mencionado signo é “técnica argumentativa, discurso persuasivo”, como mostram Japiassú e Marcondes (2001, p.235). Retórica não é só isso, mas o seu conceito abrange esse sentido mais estratégico, como se verá.

A partir da construção teórica elaborada por Adeodato (2010, p. 7-8), a retórica é analisada como espécie de filosofia que se contrapõe às chamadas filosofias ontológicas. Claro que essa classificação entre *filosofia retórica* e *filosofia ontológica* depende do que se entende por *Filosofia*; se concebida como a busca pela verdade, o amor à verdade, então a retórica prescinde deste conceito, e assim não seria por ele abrangido. Mas, caso a concepção que se tem de filosofia não eleja a verdade como fim a ser alcançado, como pressuposto de investigação (ampliando-se assim o seu conceito), a retórica será uma espécie de filosofia.

As filosofias ontológicas visam *desvelar* o ser, alcançar a verdade, chegar à justiça, descobrir como funciona a natureza e os seus elementos constitutivos. A linguagem seria um instrumento para a descoberta da verdade; um instrumento para inseri-la no universo do sujeito. A partir do uso de um método, da quebra dos ídolos (para dialogar com Bacon), de uma metodologia adequada, da lógica, dentre outros, chegar-se-ia à verdade, que é uma conclusão, ou um enunciado, que coage ou constrange a razão humana a aceitá-lo como verdadeiro; é irrefutável. Nas palavras de Adeodato:

Os cientistas intencionam desnudar a natureza e “descobrir” as suas leis. Essas investigações “científicas” visam predicar certo relato como “verdadeiro” ou “falso”. Isso na Teoria do Conhecimento. Na Ética temos a correlação com “justo” e “injusto”. Ou seja, as filosofias ontológicas acreditam na possibilidade da apreensão racional do “verdadeiro” e do “justo”; acreditam na adequação entre a razão humana e os eventos empíricos; na inquestionabilidade da verdade – se algo é verdadeiro ele sempre foi e sempre será. A verdade é acessível ao homem. As filosofias retóricas, por outro lado, não acreditam nem na possibilidade da apreensão, pelo nosso aparato cognitivo, da “verdade” e nem de sabermos o que é a “Justiça”, teses respectivamente Gnoseológica e Axiológica. Ou seja, tudo dito a respeito da filosofia ontológica é uma mera ilusão. A linguagem é o único acordo possível. E ainda que esse acordo seja temporário, circunstancial e muitas vezes rompido, é só o que se pode chamar de “racionalidade” (2010, p. 49).

Pois bem, como se pode inferir do que foi exposto acima, a retórica não acredita em uma separação rígida entre verdade (*aletheia*) e opinião (*doxa*). Neste sentido explicita Ferraz Júnior: “A sofística descobriu desde cedo o princípio a dificuldade de se estabelecer uma linha divisória entre verdade (*alétheia*) e opinião (*doxa*), reduzindo tudo à segunda e proclamando a divergência insuperável das opiniões.” (2008, p. 301).

Neste sentido, a sofística também descobriu que os homens se deixam persuadir com frequência pelo discurso e que é sempre possível opor persuasivamente a um argumento outro argumento contrário, ou tornar mais forte a razão mais fraca.

A filosofia retórica é uma maneira de enxergar o mundo, experimentando-o, vivendo-o, sentindo-o, sem a pretensão de um dia, em meio a esse caos empírico de eventos irrepetíveis e únicos, chegar à verdade ou à justiça, e sabendo que os relatos que compõem o mundo (retórica material, como será visto adiante) – esse acordo linguístico – são circunstanciais, temporários, autorreferentes, criados pelo próprio discurso e eternamente ameaçados pelos outros relatos, que foram temporariamente derrotados nessa luta estratégica empreendida pelos seres humanos. Assim, o que os ontólogos chamam de *verdade* ou *justiça* nada mais são do que concepções predominantes àquela época e local, ou seja, circunstanciais, e que não oferecem garantia alguma de que não serão *vencidas* futuramente.

Adeodato (2014, p. 16), inspirado em Nietzsche e Ballweg, embora adote outra nomenclatura, apresenta três sentidos de “retórica”, daí a sua famosa tripartição retórica.

O primeiro sentido da retórica, o material, significa tomar a realidade como um relato linguístico. Como dito acima, tudo o que existe, e é acessível ao aparato cognitivo do ser humano, é linguagem, não há nada fora dela. Só se tem acesso a dados linguísticos. Daí dizer que a realidade é linguisticamente constituída. De acordo com Adeodato:

A retórica material, existencial, são as próprias relações humanas, entendidas todas enquanto comunicação, que constituem o primeiro plano da realidade: é a maneira pela qual os seres humanos efetivamente se comunicam, suas artes e técnicas sobre como conduzir-se diante dos demais, tecendo o próprio ambiente em que acontece a comunicação (2010, p. 68).

A retórica material nasce com a própria condição humana. Neste sentido assevera Ferraz Júnior (2008, p. 225) que “a realidade, o mundo real, não é um dado, mas uma articulação linguística mais ou menos uniforme num contexto existencial”. A realidade é constituída pela linguagem; ela é linguagem. Mesmo que se insista que existam elementos extralinguísticos, eles afiguram-se absolutamente irrelevantes, porque inacessíveis. Em interessante metáfora, Almeida sugere que: “Os homens não podem sair da caverna de Platão, porque, se existe o ‘fora da caverna’ (a ‘não caverna’), é-lhes inacessível. Logo, a ‘não caverna’ é uma classe sem denotação ou cuja denotação não tem possibilidade de interferir na caverna.” (2014, p. 21).

Para a retórica material, a realidade é composta por relatos internos e externos, ou seja, comunicação com relação a si mesmo e comunicação com relação a outrem. Observa-se, necessariamente, um autorrelato (como o indivíduo se enxerga) e um relato com relação ao mundo (como o indivíduo enxerga o mundo). Relatos internos e externos, respectivamente. O ser humano é um feixe de textos, fechado hermeticamente em si mesmo, ou *bolhas* linguísticas, solipsistas, sem nenhuma forma de acessar a *coisa em si* senão a partir de seus sentidos, que são falhos. Eventos únicos e irrepetíveis, recheados de contingências, são tudo o que percebem.

Não se predica, como dito, o relato com verdadeiro ou falso, não no sentido ontológico a eles atribuído. Um *fato* não passa de um relato que o constituiu. Apenas isso. Absolutamente nada garante que esses relatos não serão desconstituídos. Tal desconstituição, obviamente, só será realizada por outros relatos, metonimicamente falando.

Os predicados usados para os relatos que constituem a retórica material são: *vencedor* e *perdedor*. Todos os relatos da retórica material pretendem ser vencedores. Essa *vitória* de um relato, que é fruto de um consenso entre os seres humanos, apenas, é sempre momentânea, circunstancial, condicionada a inúmeros fatores, criada pelo discurso, constantemente ameaçada por outros relatos e sem absolutamente nenhuma garantia de que ela permanecerá vencedora, pois a qualquer tempo pode vir outro relato que, a depender do contexto, da persuasão, dos interesses ocultos e dos sujeitos, tomará o seu posto de vencedor.

Da mesma maneira, o metarrelato que adjetiva de *vencedor* um relato é, ele mesmo, um que se pretende vencedor e, pois, está na retórica material.

A realidade, segundo Almeida (2014, p. 22) enquanto conotação, é um metarrelato, que adjetiva outros relatos de “vencedores”. O politeísmo já fez parte da denotação da realidade. Atualmente, não mais. Que não se pode viajar no tempo, por exemplo, faz parte também da denotação da realidade. É um relato vencedor, logo. Que a Terra gira em torno do Sol é um relato vencedor, também. Mas nada impede que em algum lugar, em certo momento, o relato de que é o Sol que gira em torno da Terra possa vencer novamente e venha a se tornar realidade. Afinal a realidade é criada linguisticamente, assim como buracos negros, galáxias distantes, bruxas, alienígenas, anjos, demônios, deuses e viagens à Lua.

A realidade é prescritiva, pois se algum relato venceu foi porque alguém achou que ela (a realidade) deveria ser daquela maneira. Mas, repita-se, esse relato vencedor está constantemente ameaçado, podendo vir a ser perdedor em algum ponto da cadeia temporal. Eis o plano da retórica material, composto por relatos vencedores, pelos acordos linguísticos

expressos ou ocultos. Pois bem, mas se determinado relato venceu, foi dominante, é porque alguma estratégia foi empregada para que ele vencesse. Alguma estratégia foi usada para que a realidade fosse constituída, em outros termos. Dessa forma, analisar-se-á o segundo nível da retórica, que é o estratégico.

O segundo sentido, ou nível, da retórica, é o nível estratégico. Esse é o sentido mais famoso de *retórica*. A armadilha, a ameaça de violência, a mentira, a persuasão, o blefe, a dissimulação, a simulação, a bajulação, tudo que é usado para interferir na retórica material, para fazer que um relato seja vencedor, para alterar a realidade, essa é a retórica estratégica.

Esse é o nível em que se estuda quais são os artifícios que os seres humanos usam para impor o seu relato, sua visão de mundo, sua maneira de ver, sua *filosofia*, ou seja, para vencer essa imposição de opiniões, que os caracteriza. Analisa-se quem ganha. O vencedor é a retórica material. A retórica estratégica visa alterar o *mundo*, interferir sobre a retórica material, visa prescrever estratégias argumentativas a serem usadas para vencer o embate de opiniões, daí ser prescritiva. É uma retórica sobre a retórica material, parte dela e a ela retorna para reconstituí-la, caso obtenha sucesso em sua tentativa.

Ou seja, a retórica estratégica prescreve como vencer, como convencer o auditório a aceitar a sua tese, como ser persuasivo, enfim, como fazer um relato ser *vencedor*. Desse embate estratégico entre relatos haverá um (ou alguns) que vencerá a *luta* e tornar-se-á vencedor.

Pois bem, mas o que se usa para fazer determinado relato (visão de mundo, visão de *fato*, perspectiva) vencer? As *armas* são divididas em: *ethos*, *pathos* e *logos*. Respectivamente, *quem fala, como fala e o que fala*. O *ethos* diz respeito à pessoa do emissor da mensagem, se ele é de confiança, se goza de credibilidade, se tem boa reputação, enfim, tudo ligado à imagem daquele emissor do relato expedido. O *pathos* aponta para a maneira como o emissor emite aquela mensagem, está ligado à forma do discurso, à entonação, ao português correto, às gírias, e tudo o mais que tiver relação com essa forma de falar. Já o *logos* é aquilo que sustenta o relato, é o conteúdo do relato, a mensagem expedida pelo emissor. Quando se está diante de um texto, por exemplo, a dimensão do *logos* fica mais em evidência. Mas se o autor do texto sustenta aquela tese pessoalmente, maior influência o *ethos* e o *pathos* terão sobre o ouvinte.

Interferir sobre a retórica material, obter sucesso, fazer o relato vencer, persuadir, tudo isso é objetivo da retórica estratégica. Ou seja, ela é uma metalinguagem em relação à retórica material, pois fala dela com o fito de alterá-la. Nestes termos, nota-se que, como a retórica material, ela também é normativa, pois prescreve estratégias para mudar a realidade.

No terceiro plano há a retórica analítica. Segundo Adeodato (2014, p. 24) ela é o nível retórico onde se busca descrever (daí ser descritiva) a relação que se dá entre a retórica material e a estratégica. Ou seja, ela descreve essa relação entre estratégias do discurso e a obtenção de vitórias ou derrotas, mas sem tomar parte no debate. Contudo, ressalte-se, de forma tentativamente neutra. Tentativamente porque a retórica não crê na neutralidade do ser humano.

É o nível mais *científico*. Enumera os pressupostos, muitos dos quais implícitos. Tenta se abster de juízos valorativos e, ao contrário da estratégica, não tem interesse em ganhar, em vencer. Ou seja, adota uma perspectiva epistemológica.

Os três níveis retóricos interpenetram-se; a separação não é rígida; não é possível dizer onde começa um e termina o outro. Adeodato (2014, p. 49) se vale de Weber para dizer que os três níveis são tipos ideais. Ou seja, não há uma separação exata.

Sempre só existirão relatos. E esses relatos estarão compreendidos dentro do âmbito de uma parte dos três níveis retóricos. Não há, a partir da retórica, uma esfera extralinguística em que o sujeito cognoscente pode buscar uma resposta para saber se aquele relato é verdadeiro ou falso, pois isso dependerá da aceitação daqueles sujeitos que fazem parte do mesmo contexto comunicativo. Todo relato pressupõe outro relato que o justifique. O relato-justificante é metalinguístico com relação ao relato-justificado. Essa cadeia se prolonga infinitamente, pois sempre um relato será justificável por outro. Não se chega ao *relato fundamental*, àquele verdadeiro, que não precisa ser justificado.

A retórica crê que todos os relatos são meras opiniões; todos eles são problematizáveis. Tudo é passível de ser debatido, afinal a retórica exorta a dúvida diante de tudo. A opinião compartilhada pela maioria da comunidade (seja no campo epistêmico ou no axiológico) é tida como o relato vencedor, que, como relato, não passa de mera opinião, problematizável e de maneira alguma cristalizado por algum tipo de capa ontológica.

E quem é o louco? O louco é o sujeito que emite relatos que destoam muito do relato vencedor. Quanto mais *perdedor* for o relato expedido pela pessoa, maior a chance de ela ser predicada como *louca*. Como dito, nada impede que o relato do louco venha a ser um relato vencedor, em outro ponto temporal. Ressalte-se que romper com a opinião vencedora não é nada simples e depende de inúmeros fatores presentes no contexto comunicacional, como já mencionado.

Mas e o direito? Onde ele se encontra nessa tripartição retórica? Pois bem, o direito está em todos os níveis. No primeiro nível há os relatos vencedores da realidade jurídica, da

experiência jurídica. A interpretação vencedora, predominante em determinado contexto. Como dito acima, a retórica material abarca todos os relatos vencedores (ou realidade), e parte dessa realidade, ou dessa linguagem prescritiva, é o direito.

Em suma, a retórica material responde à questão: qual dos *deveres-ser* estrategicamente construídos é o dever-ser vencedor? Ou, qual *dever-ser* venceu o embate estratégico? Esse dever-ser se manifesta em forma de leis, tratados, decretos, medidas provisórias, decisões judiciais, dentre outros. Esses instrumentos regulam a conduta humana, visam dizer como ela deve ser, sob pena de coação.

Sobre o tema, Pedro Parini define o primeiro nível (o da retórica material) como:

[...] o nível da linguagem objeto dos juristas empregada na redação de textos normativos que formam leis, códigos, decretos, resoluções, portarias, emendas à constituição, a própria constituição, decisões judiciais, súmulas dos tribunais, precedentes, acórdãos, contratos, petições, sentenças, despachos – em suma, qualquer documento jurídico dotado de autoridade (2017, p. 117).

O nível estratégico concentra as suas preocupações em interferir no plano material, alterando-o. Esses embates podem acontecer em Tribunais, no Congresso Nacional e até por meio de doutrinas jurídicas que visam a não apenas descrever, mas também realizar juízos deontológicos, sugerir mudanças no plano material do direito por meio de teses (tal como as teorias normativistas do direito).

Já o plano analítico, que é a pretensão do presente estudo, visa descrever essa relação entre os dois níveis. Seria o nível *científico*, ou descritivo. Analisa-se o plano material e estratégico do direito para a posterior análise de como se dá a relação entre ambos. Visa, em outros termos, a descrever o *dever-ser*, sem pretensão de nele interferir.

Como espécie de *dever-ser*, a decisão judicial implica em importante tema. Neste contexto pode-se questionar: como ela é constituída? Valendo-se da tripartição retórica e ancorando-se na proposta de um ceticismo semântico o presente estudo procura oferecer uma sugestão ao questionamento, ao estilo do que faz Müller (2009), que divide em onze fases o processo decisório da dogmática jurídica.

### 3 UMA ANÁLISE CÉTICA DA CONSTRUÇÃO DO SIGNIFICADO (CONOTAÇÃO E DENOTAÇÃO) E UM BREVE DIÁLOGO COM A MOLDURA KELSENIANA

O modelo hermenêutico de direito tem na *interpretação* o seu foco central de investigação. Este modelo propõe métodos, tipos e instrumentos para interpretar o direito. Se a função do modelo analítico é identificar o que é o direito, a hermenêutica dirá qual o seu sentido. A respeito da interpretação, Torquato Castro Júnior (2005, p. 663) introduz o tema com interessante relato:

Houve um tempo em que, ao pé da letra, interpretar significava ‘adentrar a presa’. Significava olhar nas vísceras da ave sacrificial. Quem interpretava, o sacerdote, olhava para a disposição, coloração, consistência e textura dos órgãos e alimentos no interior do pássaro, mas via ali muito mais que isso. Via o que cria oculto, mas presente: via o futuro.

No trecho acima transcrito vê-se que um sentido é atribuído às vísceras da ave, ou seja, as vísceras da ave eram interpretadas. Com o passar do tempo o sentido de *interpretar* foi sendo ampliado; mais elementos foram cabendo na classe *interpretar*. Neste texto será utilizado o mencionado signo com o sentido de *atribuir sentido ao texto*, ou ainda *conotar e denotar o significante*.

Aqui se propõe uma visão cética da interpretação, que advoga duas teses: a da inexistência da correção do significado; e a da inesgotabilidade da dialética entre significante e significado, a qual é suportável graças ao entimema (ALMEIDA, 2014, p. 131), que são premissas ou pressupostos implícitos.

A primeira vertente, que nega a objetividade na interpretação, sustenta que à conotação e à denotação não se podem predicar verdades, apenas maior grau de aceitação pela comunidade. O relato conotativo de que é possível a viagem no tempo não é errado em si, é apenas perdedor. O louco é apenas um sujeito que emite relatos perdedores ou que possui um autorrelato perdedor também, nada mais que isso.

A interpretação não se submete a um constrangimento ontológico; se submete a um constrangimento do controle público da linguagem, apenas. Esse controle público da linguagem condiciona, de certa maneira, o predicado *vencedor* ou *perdedor* ao relato.

A segunda vertente, a da inesgotabilidade da interpretação, sustenta que esse trilho interpretativo não possui fim. Quando se outorga sentido a algo, novos significantes são criados, que por sua vez também demandam interpretação. Do significante *homem* passa-se a um significado (conotação/denotação), cuja explicação exige vários outros significantes. Almeida (2014, p. 132) sustenta que uma coisa é o texto-significante; outra o texto conotado (“‘texto’ significa ‘x’”); uma terceira, o texto denotado (“isto é um texto”); por último: o significado-texto só é explicado a partir da emissão de outros significantes. Nesse último caso existirão mais outros significantes, de tal maneira que a atividade interpretativa não cessa jamais. Jamais existirá uma definição completa, insuscetível a outras asserções. Uma asserção sempre pressupõe outra asserção. Esse *ir e vir* (daí dialética) não cessa.

Mas o receptor da mensagem, quando supõe que apreendeu os sentidos da mensagem expedida, não requer ao emissor a produção de mais significantes para explicar aquela mensagem. Todavia, percebe-se, neste ponto do discurso o receptor construiu um autorrelato segundo o qual ele compreendeu a mensagem que foi emitida. É claro que o contexto condiciona muito a interrupção dessa cadeia de produção de significantes, que é eterna. Daí afirmar-se que a interrupção na emissão de significantes para explicar mais significantes se encerra graças ao entimema – premissa oculta/não explícita.

Se duas pessoas estão caminhando e uma aponta para uma maçã na árvore e pede para a outra pessoa pegá-la, normalmente a pessoa entenderá e não pedirá para que a outra pessoa defina, “o que é uma maçã?”. Mas se o fizesse, a pessoa poderá conotar: “é uma fruta geralmente de cor vermelha e saborosa”. E esses significantes demandarão mais outros significantes, em um processo que termina apenas quando uma pessoa supõe que entendeu a mensagem expedida. Em razão disso, fala-se que funções da linguagem são construídas no contexto e por um autorrelato, seja do emissor seja do receptor, sendo muito provável, ainda, que haja um *ruído* nessa comunicação e o receptor entenda algo diverso de o que o emissor quis lhe comunicar. Assim, pode-se dizer que “interpretação é um ato infundável de propor conotações e denotações, sem qualquer limitação objetiva” (ALMEIDA, 2014, p. 133).

Essa visão do ceticismo semântico, ou da visão cética da interpretação, destoa da visão kelseniana, de que haveria uma conotação, ou moldura, inerente ao texto. Para Kelsen (2009, p. 387-398), o texto normativo (ou direito positivo) possui certa quantidade de sentidos possíveis de serem atribuídos às suas disposições. Esses sentidos formam a famosa moldura. Já em Kelsen, a discussão a respeito da *resposta correta* (ou do significado correto) vai perdendo

força, pois, como dito, há vários sentidos possíveis que podem ser atribuídos aos signos que formam o direito positivo.

Essa discussão é ainda menos relevante com a Linguística moderna, que acentua o caráter polissêmico e vago da linguagem. Não obstante esses problemas (ou propriedades) da linguagem, Kelsen não chegou a atentar para a distinção entre significante e significado.

Dentre esses possíveis sentidos, qualquer um é correto; ele não fornece parâmetros decisórios; não fornece nenhuma base para a hermenêutica dogmática (FERRAZ JÚNIOR, 2008, p. 228). Ele fala em moldura, mas não explica quais os seus limites. Então a pergunta “qual dos possíveis sentidos deve ser escolhido?” fica sem resposta. À vista disso fala-se de um ceticismo kelseniano quanto à denotação. A partir dessa questão surge o famoso desafio, percebido por Ferraz Júnior (2008, p. 230), que é: “dentre aqueles sentidos que compõem a moldura, qual deles escolher?” ou, “como sustentar a não arbitrariedade da escolha de um dos sentidos possíveis?”.

Ressalte-se, aqui, que a hermenêutica kelseniana “não explica a diferença entre a mera opinião, não técnica, sobre o conteúdo de uma lei, exarada por alguém que sequer tenha estudado Direito e a opinião do doutrinador, que busca, com os meios da razão jurídica, o sentido da norma” (FERRAZ JÚNIOR, 2008, p. 229).

Como dito, a linguagem é plurívoca e vaga. A função da ciência, em Kelsen, seria apenas a de descrever essa plurivocidade e vaguidade, nada mais; não lhe sendo legítimo extrapolar esse limite. Por isso justamente que se exige uma vontade competente para que se fixe um sentido dentre esses possíveis, de caráter vinculante (sentido de dever-ser), ao contrário do sentido proposto pela ciência, que é meramente descritivo. Em apertada síntese, essa é a teoria da interpretação proposta por Kelsen.

Kelsen já parte da moldura, assevera que o texto possui uma determinada quantidade de sentidos inerentes. Mas ao dar um passo atrás pode-se questionar: como conceber essa moldura? Como construí-la? A teoria da interpretação em análise mostra-se entimemática pois não diz como, por um ato de conhecimento, a moldura é fixada. Para Kelsen, a *moldura* parece óbvia; ele não fornece nenhum caminho (ou método) para a sua fixação, daí ser entimemática. Ele não chegou a atentar para o fato de que a moldura varia de intérprete para intérprete e caso a caso.

Se para Kelsen quanto à denotação impera um ceticismo, quanto à conotação impera um ontologismo, no que concerne à moldura. Ele acredita que há contornos objetivos dentro

dos quais o juiz deve atuar; o texto conferiria esses limites. Então, de acordo com o jurista esta é objetiva.

A tese de Kelsen quanto à fixação objetiva da moldura, a partir da leitura proposta pelo ceticismo semântico, é uma ilusão. O texto não fornece parâmetros objetivos; o intérprete os constrói, em obediência a valores, constrangimentos, controle público da linguagem, pontos de vista em compartilhados por grupos, preconceitos etc.

Além disso, se houvesse essa limitação objetiva, todos estariam de acordo quanto à moldura; somente se discutiria a denotação. Mas não é isso que ocorre. Basta analisar a experiência jurídica para que tal constatação salte aos olhos.

Deve ser lembrado que o ceticismo semântico sustenta que não há *o* significado correto, muito menos *os* significados corretos (não há uma instância extralinguística para confirmar a correção do significado, e se houvesse, deveria haver outra instância para afirmar que ela estava correta, e assim infinitamente); há os mais usados, circunstancialmente, momentaneamente, em certo tempo. E esses significados atribuídos aos textos são dinâmicos, mudam constantemente. Ou seja, são porosos, em um *tempo1* atribuíam-se determinada gama de significados a determinado significante, já em um *tempo2* outros significados é que foram impostos, e assim sucessivamente.

Conclui-se, com Almeida (2014, p. 137), que Kelsen adere parcialmente ao ceticismo na epistemologia (uma vez que a moldura é objetiva; ele acredita na verdade da fixação da moldura) e totalmente na axiologia.

A mesma retórica estratégica que Kelsen usa para atacar os jusnaturalistas – ele explora o problema das denotações de justiça –, pode ser usada contra ele mesmo, mas dessa vez no que concerne à objetividade da moldura. Quais os parâmetros? E os limites? Quem diz que a moldura fixada pelo cientista X está correta e a moldura fixada pelo cientista Y está errada? Qual das molduras extrapola o limite *da moldura*? Como saber quando o juiz não atuou em observância aos parâmetros fixados por ela? Esses são alguns dos questionamentos.

A posição adotada aqui é de um ceticismo quanto à conotação e denotação; cada um constrói a sua moldura, ou melhor, cada sujeito conota os significantes normativos à sua maneira. A moldura está para opinião (*doxa*), e, não, para verdade (*episteme*). Pode-se, inclusive, afirmar que o texto não diz nada; o leitor que diz algo ao seu respeito, conotando-o.

A partir da distinção entre significante e significado não se pode afirmar que a moldura subjaz ou que é inerente ao texto, pois a interpretação é um ato semiótico de atribuição de

sentido (conotação e denotação) a um significante. E essa atribuição de significado ao significante é totalmente arbitrária, ou seja, “o relato conotativo de que ‘x significa y’ e o denotativo de que ‘y1 é elemento de y’ são relatos que se pretendem vencedores, jamais racionalmente irrefutáveis” (ALMEIDA, 2014, p. 137). Uma asserção sempre pressupõe outra asserção, então um texto sempre precisará de outro texto, e assim infinitamente.

#### **4 O PROBLEMA DA ESCOLHA DO SIGNIFICANTE PERTINENTE A SER CONOTADO E DENOTADO: HÁ O SIGNIFICANTE CORRETO?**

Pois bem. Aqui surge outro problema que, aparentemente, enfraquece ainda mais a tese kelseniana, qual seja: diante de um conflito juridicamente relevante, qual significante o julgador escolhe para conotar e denotar?

Por que escolher o texto normativo x e não o texto normativo y? O que condiciona essa eleição? Sustenta-se, aqui, que a escolha de qual texto conotar e denotar é um ato axiológico, valorativo; o juiz valora qual é o texto mais relevante, mais *justo*, mais adequado ao caso concreto e aplica-o, o que já pressupõe interpretação. Nestes termos explica Vilanova (2005, p. 221-222):

O que impele o juiz a buscar ou elaborar premissa maior não é ato puramente lógico. É tomada-de-posição valorativa: das premissas aplicáveis, escolhe a mais justa, mais conveniente e oportuna para o caso concreto. Há valoração das normas a aplicar, de vez que um dado caso entra em diversas hipóteses.

Neste trabalho adotou-se uma postura de ceticismo quanto ao conhecimento, o que, por ser lógico, também é a postura quanto à Ética, ou Justiça, Axiologia. Sendo assim, não há uma constante axiológica, ou seja, não há um parâmetro geral que delimite, que outorgue regras a respeito de qual texto deva ser escolhido. Esse parâmetro é individual, tal como o valor.

Ao analisar as premissas adotadas pelo Julgador para solucionar o caso concreto, Sobota (1996, p. 84) sustenta que poucas (ou nenhuma) das premissas maiores utilizadas na decisão judicial são verbalizadas pelo magistrado. Seguindo neste pensamento a autora demonstra algumas funcionalidades das normas tácitas, implícitas, não indicadas

expressamente na decisão judicial (denominada *esfera de implicação* – a qual se situa em algum lugar entre a explicitação verbal e o completo silêncio).

Os problemas que decorrem das perguntas “qual texto escolher?” e “qual o relato conotativo adequado ao caso concreto?” são notórios no dia-a-dia forense. Ora, por vezes o juiz, ao partir das mesmas provas e do mesmo texto normativo, constrói notas de hipótese (conotação) distintas da de outro juiz que se depara com caso semelhante. Em um caso preenchem-se as notas da hipótese (daí dizer que houve denotação); no outro caso há a insuficiência do suporte fático. Vale pontuar: quem preenche, quem satura as variáveis (conotação) normativas é o julgador. Quando o faz, diz-se que houve denotação.

Segundo Arthur Kaufmann (2002, p. 185 citado por ALMEIDA, 2014, p. 140), ao decidir, o juiz tem diante de si duas possibilidades: ou dispõe que o caso em questão está incluído no campo de referência semântica da norma; ou resolve que o caso está excluído do campo de significado da norma.

Mas, antes de decidir se o caso concreto se enquadra no campo de referência semântica da norma, ele deve construir a conduta juridicamente relevante. Para *aplicar* a norma jurídica a um caso concreto, o juiz deve conhecê-lo. E o que ele tem? Apenas relatos, só linguagem. Relatos que se constroem a partir de provas e de alegações dos advogados, por exemplo. Assim, antes de escolher qual a fonte do direito conotar, o juiz constrói (ou tenta construir) o caso concreto. Ele escolhe qual o relato que foi mais persuasivo, mais crível, sendo que, muitas vezes, o magistrado até constrói um relato diferente daquele sustentado pelas partes. Essa escolha é precedida por audiências, produção de provas, às vezes perícias, dentre outros. Inexistem argumentos de fato: toda a justificação é linguística e, para justificar um relato denotativo, não é diferente.

Assim, de uma gama de relatos que tentam constituir o caso concreto, o juiz escolhe quais são os relatos mais convincentes, e então constitui o caso concreto. Este é o relato vencedor.

Após estabelecer o caso concreto, o julgador escolhe quais fontes do direito conotar. Diante do caso concreto (relato vencedor) o julgador elege quais são os significantes relevantes para conotar. Em um caso de roubo importam os termos *violência*, *grave ameaça*, *subtrair*, *coisa móvel alheia* e não *tributo*, *igualdade*, *título de crédito*, por exemplo.

As fontes são muito variadas. Constituição Federal, Leis, Medidas Provisórias, Doutrinas, Jurisprudências, por exemplo, denotam essas fontes do direito. A fonte é escolhida

para ser conotada e denotada, como dito. Neste ponto chama a atenção expressões como *princípios, cláusulas gerais, justiça, direito*. Todas as expressões vagas que ensejam grande incerteza interpretativa, seja quanto à conotação, seja quanto à denotação, pois cabe quase tudo em seu referencial semântico. Nesse sentido explica Sobota (1996, p. 91) que:

O sistema jurídico é tão complexo e desprovido de método que não se pode avaliar a multidão de fontes potenciais do direito. Porque não há qualquer via mecânica para identificar um grupo fixo de premissas aplicáveis, a seleção das próprias premissas não pode ser submetida a um criticismo ‘neuro’ que abarque todo o sistema. O resultado é que se pode invocar qualquer premissa que pareça apropriada àquela situação particular.

O caso concreto (relato vencedor) é um importante ponto de partida para a escolha do significante. Mas outros fatores influenciam essa escolha, tais como o contexto, as boas relações, a corrupção do julgador, as amizades, os acordos, quem está sendo julgado etc. Esses fatores interferem também na construção de sentido do texto (conotação e denotação). No mesmo sentido sustenta ADEODATO (2012, p. 311): “Ao decidir, o Judiciário lança mão de critérios, fornecidos não apenas pelas fontes do direito, mas também pelas inclinações pessoais de cada juiz(...)”.

Pode-se afirmar, então, que o significante não *emerge* da análise do caso concreto, mas é fruto dessa escolha individual do aplicador, pois não há uma relação natural entre o evento (caso concreto) e o significante, como demonstrado.

Pois bem, após escolher o texto o julgador irá conotá-lo; criar a sua moldura; do texto eleito passa-se à construção dos critérios de uso. Conotar o texto normativo significa criar as notas a serem preenchidas, é o que Carvalho (2010, p. 424) chama de norma geral e abstrata, tese com a qual Adeodato não concorda. A partir dessa atividade o juiz concebe os critérios adequados, pertinentes (dentre tantos outros que também são pertinentes), ao caso concreto e irá usá-los, sempre, pois há a proibição de não decidir. O caso concreto equivale à denotação. E o círculo do conhecimento se fecha, num ponto, para se abrir em outro, pois o relato vencedor constituído pela decisão judicial irá retornar ao mundo dos eventos.

Assim, responde-se à questão posta neste tópico: não há um significante correto. Não há a doutrina correta, os julgados corretos, as leis corretas etc. Há uma pertinência, que é circunstancial, momentânea, temporal, e casuística, condicionada por N fatores. E se houvesse

o texto correto, quem daria essa última resposta? Certamente alguém fora da caverna, o que não é compatível com a perspectiva retórica aqui adotada.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Chama a atenção a quantidade de vezes em que há o ato de escolha do julgador, ou seja, em que a nota axiológica, da preferência, está presente no processo de criação da decisão judicial: na escolha do relato para constituir o caso concreto; na escolha de qual fonte do direito conotar; na escolha de quais critérios de uso utilizar para aquele determinado significante; por fim, escolhe se há ou não o preenchimento das notas da hipótese, ou seja, denotação.

Pode-se ver que a partir de uma perspectiva cética da interpretação nega-se a moldura, em termos kelsenianos, e sustenta-se que diferentes molduras são construídas por diferentes julgadores e cientistas, sempre casuisticamente e individualmente.

Não há decisão correta; há decisão efetiva, somente.

Veja-se, não se sustenta, aqui, que a decisão deva ser criada dessa ou daquela maneira (postura normativista). Defende-se, aqui, uma tentativa, nunca completamente neutra, de tentar descrever como se procede à criação da decisão judicial, levando em conta as fontes do direito, sem jamais ignorar os constrangimentos externos, controle público da linguagem etc., atitude que se coaduna com a pretensão de uma retórica analítica.

A forma de controlar quais os textos que serão escolhidos e qual a posterior conotação e denotação, ou seja, qual o sentido que o julgador lhes atribuirá, é feita por meio de estratégias retóricas (*ethos*, *pathos* e *logos*). Essas estratégias auxiliam o julgador, e por vezes até constroem-no, na escolha do texto e na atribuição do significado ao mesmo. Esta metodologia precede toda e qualquer decisão judicial.

Propõe-se, aqui, que a decisão judicial passa por 03 (três) estágios, os quais se interpenetram e muitas vezes a ordem é alterada caso a caso.

O estágio 01 é aquele em que o julgador irá constituir o caso concreto. Irá transformar um relato de *fato* em relato vencedor. Aqui o embate estratégico salta aos olhos, uma vez que relatos conflitantes são construídos por ambas as partes, geralmente. O julgador escolhe um, ou outro, ou ainda um terceiro que destoe de ambos e transforma-o em vencedor. Geralmente a constituição deste relato vencedor é feita com base nas chamadas provas.

No estágio 02 há a escolha do significante, que para a experiência jurídica são as fontes do direito. Também há o embate estratégico na escolha dos significantes a serem escolhidos. O caso concreto norteará essa escolha, em grande parte das vezes, mas outros fatores alopoiéticos muitas vezes estarão presentes, como corrupção, constrangimentos, acordos, amizades etc. Ressalte-se, novamente, que não há uma relação prévia entre o caso concreto (evento) e o texto normativo (significante); essa relação é construída pelo julgador.

No estágio 03 o julgador, com o significante escolhido, irá conotá-lo e denotá-lo. Como dito, o sentido não é inerente ao texto, mas sim construído de acordo com o contexto, constrangimentos e de maneira casuística. Nesse estágio o julgador estabelece os critérios de uso daqueles significantes eleitos; ele constrói as notas da hipótese. Em seguida ele irá denotá-las, ou preenchê-las. Esse preenchimento se dá de acordo com o caso concreto e todos os fatores extrapositivos, que jamais podem ser ignorados. Assim, o texto da norma é apenas um dos elementos que auxiliam o julgador a decidir. O *ethos* e *pathos* têm posição de destaque nessa tomada de decisão.

Ou seja, o julgador constrói o fato jurídico, escolhe qual o significante a aplicar (fonte do direito) e então conota e denota esse significante. Claro que o ato de escolha dos significantes já demanda, por menor que seja, algum grau de interpretação dos mesmos. Por isso que foi dito que não seria prudente fazer uma separação rígida entre as etapas, já que elas se interpenetram.

Dessa maneira é constituída a decisão judicial, que é um relato vencedor, logo, linguagem. E assim a decisão ingressa no mundo dos eventos para ser interpretada.

## **REFERÊNCIAS**

ADEODATO, João Maurício. **A retórica constitucional**: sobre tolerância, direitos humanos e outros fundamentos éticos do direito positivo. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

ADEODATO, João Maurício. **Filosofia do Direito**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

ADEODATO, João Maurício. **Uma teoria retórica da norma jurídica e do direito subjetivo**. 2. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Noeses, 2014.

ALMEIDA, Júlio César. **Retórica dos silêncios normativos e lacunas no direito**: separação entre texto e norma à luz de uma releitura de Kelsen. Curitiba: Juruá, 2014.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CASTRO JÚNIOR., Torquato da Silva. Interpretação e metáfora no Direito. *In*: SANTI, Eurico Marcos Diniz de (Org). **Segurança jurídica na tributação e estado de direito**. São Paulo: Noeses, p. 663-672, 2005.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do Direito**: técnica, decisão e dominação. 6. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Editora Atlas, 2008.

JAPIASSÚ, Hilton; MARCONDES, Danilo. **Dicionário Básico de Filosofia**. 3. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2001.

KAUFMANN, Arthur. A problemática da filosofia do direito ao longo da história. *In*: HASSEMER, Winfried; KAUFMANN, Arthur (Orgs.). **Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito**. Trad. De João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

MÜLLER, Friedrich. **Teoria estruturante do Direito**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

PARINI, Pedro. A análise retórica na teoria do direito. **Caderno do programa de pós graduação em Direito PPGDIR/UFRGS**. Porto Alegre, v. 12, n. 1, p. 115-135, 2017.

SOBOTA, Katharina. **Não mencione a norma!** Trad. de João Maurício Adeodato. **Anuário dos Cursos de Pós Graduação em Direito**, n. 7, Recife: Universitária da UFPE, 1996, p. 80-93. Título original: Don't mention the norm!

VILANOVA, Lourival. **As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo**. 5. ed. São Paulo: Noeses, 2005.

## **THE CONSTRUCTION OF THE JUDICIAL DECISION: AN ANALYSIS THROUGH SEMANTIC SKEPTICISM**

### **ABSTRACT**

The present work aims at analyzing the way in which a judicial decision is constituted. The methodology used was bibliographic research. Such research was carried out from João Maurício Adeodato's "rhetorical tripartition", whose premises include skepticism. Once the starting point has been set, attention is focused on the "judicial decision" and seeks to analyze, from a tentatively descriptive perspective, the steps that are followed in order to construct it. The "Kelsenian frame" is infused, thus it maintains the skepticism about the connotation and denotation of the normative texts and culminates in the suggestion of steps that constitute the judicial decision.

**Keywords:** Philosophy. Rhetoric. Rhetorical tripartition. Judicial decision.