

## ANÁLISE RETÓRICA DOS CONCEITOS FUNDAMENTAIS DA DOGMÁTICA JURÍDICA

### RHETORICAL ANALYSIS OF THE FUNDAMENTAL CONCEPTS OF LEGAL DOGMATICS

João Maurício Leitão Adeodato<sup>1</sup>

**Resumo:** Neste artigo pretende-se esclarecer os conceitos mais importantes do procedimento jurídico dogmático, aquele que é constituído perante os órgãos do Estado, sobre os quais há muito desacordo na doutrina. Concentra-se sobre a sequência de passos que o profissional do direito precisa observar em relação aos textos jurídicos que alega dentro daquele procedimento, isto é, submeter as fontes formais do direito, que escolheu para fundamentar seus argumentos, a testes dogmáticos retoricamente construídos: existência, validade, pertinência, vigência, incidência, eficácia técnica, eficácia jurídica e eficácia social (efetividade). A análise retórica levada a efeito aqui, além de estabelecer um acordo teórico sobre a mais antiga das metodologias, tem caráter pragmático, na medida em que pretende fornecer um roteiro sólido a quaisquer profissionais do direito no exercício de seu trabalho, expondo os passos do texto jurídico à decisão.

**Palavras-chave:** Argumentação dogmática. Hermenêutica retórica. Utilidade prática da teoria.

**Abstract:** This article aims to clarify the most important concepts of dogmatic legal procedure, the one that is constituted before the state's organs, about which there is much disagreement in legal doctrine. It focuses on the sequence of steps that the law professional must observe in relation to the legal texts claimed within that procedure, that is, to submit the formal sources of law, which have been chosen to base the arguments, to dogmatic tests rhetorically constructed: existence, validity, pertinence, vigor, incidence, technical efficacy, juridical efficacy and social efficacy (effectiveness). The rhetorical analysis carried out here, besides establishing a theoretical agreement about the most ancient of all methodologies, is pragmatic, because it aims to provide a solid roadmap to any law practitioners while exercising their job, explaining the steps from the legal texts to the decisions.

**Keywords:** Dogmatic argumentation. Rhetorical hermeneutics. Practical use of theory.

<sup>1</sup> Doutor e Mestre em Direito pela Universidade de São Paulo; Professor na Faculdade de Direito de Vitória e na Faculdade Damas; Rua Alexandre Martins de Castro Filho, 215, Santa Lucia, 29056-295, Vitória, Espírito Santo, Brasil; jmadeodato@gmail.com

## Introdução: o procedimento democrático na dogmática jurídica

*Ubi homo, ibi societas. Ubi societas, ibi ius. Ergo ubi homo, ibi ius* (onde homem, aí sociedade. Onde sociedade, aí direito. Logo, onde homem, aí direito). Essas frases – que compõem um silogismo – teriam sido escritas por Domitius Ulpianus e até referidas, suposta e erroneamente, como se constassem do *Corpus Juris Civilis*. São também atribuídas a Cícero e a Hugo Grotius, dentre outros. Mais do que a fidedignidade histórica do silogismo, que é de toda forma muito antigo, interessa aqui o que ele transmite a nossos tempos.

Significa que o direito está sempre presente em qualquer forma de organização social; e ainda que esse fenômeno, que bem imprecisamente se chama “o direito”, serve como critério para distinguir uma sociedade de um mero aglomerado de seres humanos. “Direito” no sentido de posto, “positivo”, isto é, percebido pela observação empírica, regras que são “impostas” e “obedecidas”, sempre desagradando ou protegendo interesses deste ou daquele indivíduo ou grupo, apoiando ou contrariando o que entendem por justo ou moral.

Dentro dessa definição bem ampla, esse direito posto pelo poder do grupo mais bem-sucedido assume as mais diferentes características no tempo e no espaço: pode ser indicado por presságios como o voo dos pássaros, revelado por pitonisas, processado em ordálias medievais. No ambiente cultural do centro ocidental moderno, a Europa, mais ou menos a partir do final do século XVIII, a forma de organização do direito positivo é chamada dogmática (VIEHWEG, 1991; BALLWEG, 1970; FERRAZ JÚNIOR, 1980).

Tal espécie de direito positivo, com todas as suas características específicas, é resultado de um longo desenvolvimento histórico, que não vai ser tratado aqui, e suas influências estenderam-se a toda a Terra, como uma das consequências do domínio cultural europeu. Esse tipo de direito positivo tem esse nome, sobretudo, por causa de seu mais importante “dogma”: tudo o que for alegado por cada participante em um conflito jurídico dogmaticamente organizado, assim como toda e qualquer decisão, têm que se basear numa fonte do direito. Para argumentar contra uma fonte do direito é preciso apelar a outra, e assim por diante. A forma de pensar, explicar, justificar essa nova realidade, ainda que dividida em diferentes escolas, é conhecida como juspositivismo, positivismo jurídico ou simplesmente positivismo.

Uma fonte do direito (dogmático) é uma regra criada por um procedimento jurídico, uma sequência ritual de atos praticados por pessoas determinadas. Mas não só a criação da regra, tudo o que acontece no direito dogmático depende de procedimentos, vale dizer, todas as etapas, do conflito inicial até a decisão final. Essas regras podem vir a ser mudadas, sim, desde que também sigam o procedimento adequado a isso. Então, em que consiste esse ponto de partida, o procedimento dogmaticamente organizado?

É relativamente simples: o conteúdo ético do direito, isto é, a escolha do *que é lícito* ou *ilícito*, passa a um segundo plano de importância, e o cerne do direito positivo concentra-se em *quem*

faz a escolha – a autoridade – e *como* essa escolha é feita – o rito de elaboração. Claro que o direito positivo precisa determinar em algum momento as opções éticas, *o que* se decide, mas essas irão variar ao sabor dos procedimentos. A procedimentalização dogmática é uma novidade da modernidade para enfrentar os problemas trazidos pela complexidade social, a qual, para efeitos do tema aqui, pode ser entendida precisamente como o desacordo generalizado sobre a licitude ou ilicitude de uma conduta. Diante de uma questão juridicamente relevante, como, por exemplo, se é lícita a pena de morte, o direito dogmático propõe antes regrar quem toma e como são tomadas as decisões.

Dessa maneira, o direito positivo se descarrega das responsabilidades éticas sobre o que já foi previamente decidido pelas escolhas políticas da legislação que determina o procedimento. Dentro do rito posto, quem tem a competência pode decidir em qualquer direção. E se houver controvérsia sobre quem tem essa competência “dentro do rito posto”, outro procedimento a determinará, e assim por diante.

É nesse contexto que a primeira etapa no trabalho do jurista dogmático, do profissional como o advogado e o juiz, é a escolha das fontes que vão servir de base ao tratamento do caso concreto, pois, como dito, qualquer argumento e toda decisão precisam se referir a elas. Devido ao caráter procedimental do direito dogmático, essas fontes – assim como todo e qualquer ato jurídico – precisam passar por etapas, constrangimentos ou, em outras palavras, ser submetidas a determinados “testes” para verificar se detêm certas qualidades específicas exigidas pelo sistema jurídico. Essas qualidades são designadas, neste trabalho, os conceitos jurídicos fundamentais.

Agora duas ressalvas são necessárias.

A primeira é que esses testes não ocorrem necessariamente na ordem cronológica ou lógica em que aqui são colocados; um profissional do direito experiente pode conceber uma estratégia de ação completa a partir do momento em que é confrontado com o conflito ou problema, não precisa avaliar primeiro a vigência e depois a eficácia jurídica, por exemplo. Por outro lado, organizá-los pedagogicamente, como é feito aqui, não fará mal à prática de qualquer jurista, por experiente que seja.

A segunda é que aqui se tenta analisar cada um dos conceitos ou ideias que essas palavras – os “conceitos fundamentais” – procuram expressar e não propriamente determinar o que elas “realmente” significam. Isso porque, na doutrina, o mesmo significado é expressado por palavras diferentes, assim como a mesma palavra expressa ideias diferentes, causando perplexidade ao leitor. É assim que o fato de uma lei estar apta a ser imediatamente aplicada é chamado de vigor, vigência, validade. E a mesma expressão “validade” pode se referir, em outro autor, ao reconhecimento dos destinatários de que o texto de norma é justo e adequado. O que o presente trabalho tenta isolar são as ideias, os significados das expressões utilizadas no debate e na prática dogmáticos.

## 1 Pertinência

Todo direito começa com algum tipo de conflito: mesmo que não se trate de contencioso, ou seja, até um contrato entre amigos – desde que procure regras jurídicas para se guiar – precisa ter a possibilidade de conflito em seu horizonte. O direito é um substitutivo do amor (CARNELUTTI, 2015). E regras consistem em projeções atuais para conflitos futuros.

E todo conflito, como fato da realidade, é único em suas peculiaridades. Exatamente porque o principal dogma do direito dogmático é embasar todo o procedimento nas fontes do direito; o primeiro passo é, segundo aquelas características específicas, escolher essas fontes. Essa adequação entre o conflito e as fontes escolhidas é aqui denominada pertinência. É a relevância das fontes escolhidas para o caso.

A pertinência é o fio de Ariadne no labirinto do ordenamento jurídico. É o constrangimento que guia a escolha das regras adequadas ao caso. Se é necessário pleitear, argumentar e decidir sobre um conflito entre mulher e marido, por exemplo, o critério da pertinência vai mostrar que a Consolidação das Leis do Trabalho, as leis sobre ICMS e um sem-número de outras fontes serão ali irrelevantes. Por meio da pertinência o profissional do direito consegue selecionar, dentre um sem-número de fontes cuja interpretação continuamente se modifica e outras que são diariamente excluídas e acrescentadas ao ordenamento, aquelas que lhe parecem apropriadas ao caso.

A pertinência é entendida aqui como uma qualidade do significante jurídico, da fonte do direito que, na opinião de cada participante do discurso, o sistema dogmático determinou como adequada ao caso em tela. Isso significa que as fontes do direito, pinçadas do ordenamento jurídico para fundamentar a interpretação, a argumentação e a decisão sugeridas por qualquer dos participantes em uma lide dogmática, precisam corresponder ao caso concreto. Assim, numa questão trabalhista, outro exemplo, o código do consumidor ou precedentes judiciais sobre guarda de filhos não devem ser invocados pelos participantes, por serem impertinentes. A dogmática jurídica estratégica desenvolve mecanismos para detectar e construir essa pertinência.

Isso porque os ordenamentos jurídicos modernos se tornaram literalmente infinitos, um *vade mecum* completo forma apenas a ponta do *iceberg*. A todo momento são criadas novas fontes do direito, não apenas leis. Mais numerosos ainda são decretos, regimentos, regulamentos, portarias... sem contar atos, instruções normativas, decisões judiciais, contratos, e assim por diante. Imagine-se o número de sentenças prolatadas hoje; tudo isso passa a fazer parte do ordenamento jurídico. Note-se ademais que as fontes antigas não são retiradas do sistema por revogações expressas, o que faz com que permaneçam no ordenamento e façam parte da complexidade que o profissional precisa reduzir, tornando mais árdua a tarefa de escolher as fontes tendo em vista quais as mais pertinentes.

Porém, há outra significação para a palavra pertinência, entendida como um sinônimo de validade. Por esse motivo, prefere-se aqui o sentido já exposto, de adequação da fonte ao fato, ou seja,

a análise de se uma fonte tem ou não relevância jurídica para o caso é anterior ao teste da validade; pertinência e validade não se confundem.

Diferentemente, para o *Constructivismo Lógico-Semântico*, pertinência é a relação entre um elemento e uma classe, é uma operação lógica (CARVALHO, 2008, p. 403-404). Ao inserir um elemento em uma classe, é necessário um ou mais critérios quaisquer, escolhidos pelo observador, para separar o que tem ou não pertinência à classe. Num sistema de regras de direito não é diferente: se uma fonte do direito, por exemplo, uma lei, pertence ao ordenamento jurídico brasileiro, são necessários parâmetros. O conjunto desses parâmetros – o critério de pertinência – é a validade.

## 2 Validade

Por isso o teste da validade é o mais básico, e daí porque muitos autores, como será mencionado adiante, chegam a identificá-la com a existência mesma da norma jurídica, posto que sua ausência implicaria um nada jurídico.

Uma fonte do direito é válida quando termina seu rito de elaboração realizado por autoridade competente. Aí ela passa a integrar o ordenamento jurídico. No caso de uma lei ordinária, por exemplo, quando for publicada, já que a publicação é supostamente a última fase de seu rito de elaboração. Mas a exigência de validade impõe-se a qualquer ato jurídico, por mais simples que seja, cada qual com seus ritos e competências determinados pelas regras superiores do sistema. Até aqui tudo bem.

Mas a doutrina é tão unânime quanto acrítica ao dividir o conceito de validade em formal e material, defendendo que a mera bipartição entre competência e rito caracterizaria apenas a validade formal (SILVA, 1992, p. 48; ADEODATO, 2010, p. 227). Validade material é definida como o acordo entre o *conteúdo* da fonte ou ato jurídico sob exame e o *conteúdo* das regras superiores do sistema, em cujo topo está a Constituição; com base nisso, apenas um exemplo, pode-se argumentar que uma lei ordinária que discrimine homens e mulheres, ainda que publicada sob os devidos rito e autoridade, será inválida por contrariar “substancialmente” a regra constitucional da igualdade.

Esse conceito de validade material, porém, sob um olhar mais acurado e realista, é frágil e não se sustenta, pois demanda um procedimento formal para sua determinação. Ficando no exemplo imediatamente acima, para que se diga que o conteúdo da lei ordinária contraria a igualdade entre o homem e a mulher prevista na constituição, é necessária determinação da autoridade competente, seguindo o rito prescrito para tanto. Então não é exagero dizer que, na sociedade complexa em que todos discordam, validade é validade formal e que os conteúdos fáticos e éticos, precisamente porque são percebidos e avaliados de diferentes maneiras pelos envolvidos no discurso dogmático, simplesmente fornecem ornamentos para a argumentação dentro do procedimento.

Embora nunca se deva falar com certeza quanto ao resultado de um conflito jurídico, a validade formal é mais facilmente detectável, reduzindo-se à investigação de competência e rito,

que manipulam desacordos sobre fatos e posições éticas, sempre subordinando a validade material à formal. Claro que, se não é viável para uma parte argumentar pela invalidade formal de uma fonte ou ato invocada ou praticado pela parte contrária a seus interesses, em caso de todos os envolvidos terem alegado fontes pertinentes e formalmente válidas, ela sempre pode tentar trazer incompatibilidades de conteúdos fáticos e éticos (inconstitucionalidade material) à argumentação. Mas, repita-se, são a autoridade e o rito competentes que aceitarão ou não esses argumentos materiais. Por isso as próprias regras se reportam a argumentos materiais, e com base neles um juiz pode decidir, mas só porque é autoridade competente para tal alegação. Se houve ou não crime de responsabilidade fiscal (juízo de fato) ou se alguém sabia sobre a prática desse crime (juízo de valor), só o procedimento pode determinar. Outros bons exemplos do direito brasileiro estão em que permanecem consideradas constitucionais as regras que privilegiam as mulheres quanto a aposentadoria, conscrição militar ou pensões com recursos públicos, regras que aparentemente contrariam o direito constitucional fundamental à igualdade.

### 3 Vigência

Diz-se aqui que uma fonte do direito é vigente se, além de válida, está pronta para ser aplicada, o que significa disponível para ser alegada pelos envolvidos no debate. Isso porque não é incomum que chegue ao fim o rito de elaboração e, ainda assim, apesar de válida (isto é, completa, integrante do ordenamento e não mais passível de modificação), a lei não possa ser alegada como base de uma argumentação ou decisão. Embora a lei seja aqui tomada como exemplo, a análise do conceito de vigência pode ser aplicada às fontes do direito em geral.

A vigência é um requisito a mais em relação à validade, um adendo posterior à inserção da fonte no ordenamento jurídico. Em outras palavras, uma fonte do direito pode ser atualmente válida sem ser vigente, mas não pode ser vigente sem ser prévia ou simultaneamente válida. Na maioria dos casos, hoje em dia, a validade e a vigência são simultâneas, a fonte do direito entra em vigência no momento em que termina seu rito de elaboração, mas para que isso ocorra é necessário um dispositivo que expressamente o declare: “esta lei, portaria, disposição entra em vigor na data de sua publicação”. Mas há muitas exceções.

Em dois casos essa validade sem vigência é total, ou seja, a fonte do direito não pode ser alegada em nenhum caso, de forma absoluta (porque é possível a vigência parcial, relativa). É como se a fonte não existisse, por isso autores como Kelsen realisticamente identificam validade e existência, como se verá adiante.

No primeiro deles, quando a lei está em vacância (*vacatio legis*), ela depende de um decurso de prazo para que possa vigorar ou viger, isto é, ser alegada como base de uma argumentação ou decisão dogmática. A lei precisa explicitar esse prazo, da mesma maneira que precisa dizer expressamente que vai entrar em vigência na data de sua validade, como dito. Em não o fazendo, há uma metarregra no

art. 1º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, Lei nº 12.376, de 2010, que substituiu o Decreto-Lei n. 4.657, de 04 de setembro de 1942, segundo o qual, a vacância será de 45 dias.

Repita-se que, *mutatis mutandis*, o mesmo vale para as demais fontes, dentro do direito dogmaticamente organizado. Um contrato pode estar perfeitamente pronto e acabado, mas depender de um decurso de prazo para se tornar exigível e produzir efeitos. Não se diz que o contrato “está em vacância”, mas, para o objetivo deste texto – compreender a função dos conceitos jurídicos fundamentais no procedimento dogmaticamente organizado – a ideia é muito semelhante.

No segundo caso, a fonte do direito está também pronta e acabada, mas reclama a ocorrência de novo fato ou a elaboração de uma nova lei ou ato jurídico qualquer para poder ser invocada. Enquanto não vier essa complementação, da mesma maneira que na vacância, ela tampouco pode ter qualquer papel, não vigora. No dogmática contratual há semelhança com o conceito de “termo”, evento futuro e certo que condiciona o início dos efeitos do negócio jurídico. A diferença é que o termo é certo e o advento da lei regulamentadora, pelo menos em países periféricos como o Brasil, nem sempre.

Essa necessidade de regulamentação, em tese, deveria ser exigida pela própria lei que demanda regulamentação, porém, pelo menos no Brasil, pode ser exigida pelo judiciário, como foi o caso dos juros máximos de 12%. Nos sonhos do constituinte de 1988, os bancos seriam obrigados a limitar a cobrança de juros a 12% ao ano e, apesar de o texto constitucional não exigir complemento para ser aplicado, e apesar do art. 5º, § 1º, o Supremo Tribunal Federal entendeu que a norma precisava de uma regulamentação que nunca veio. O mesmo ocorreu, durante muito tempo, com o mandado de injunção.

Vê-se que essa validade sem vigência pendente de regulamentação, provavelmente imaginada para durar um mínimo de tempo, condicionada a advento futuro e certo da regulamentação, com o objetivo de detalhar procedimentos da norma principal, pode funcionar como expediente para evitar seu cumprimento em países periféricos como o Brasil. Tal estudo, porém, por interessante que seja, foge ao âmbito da dogmática jurídica.

Uma fonte torna-se, então, válida se foi completado o processo de sua produção de acordo com os requisitos do ordenamento jurídico e cada tipo de fonte (decreto, regulamento, sentença, jurisprudência, instrução normativa, etc.) tem diferentes autoridades competentes e ritos de elaboração. Isso faz problemático distinguir validade de vigência a partir das fases do processo legislativo, como sugere Ferraz Júnior (2008, p. 165-166):

Por exemplo, terminada a fase constitutiva do processo produtivo de normas legais, que ocorre com sua sanção, temos uma lei válida. Sancionada a norma legal, para que se inicie o *tempo* de sua validade, ela deve ser publicada. Publicada a norma, diz-se, então, que a norma é vigente. *Vigência* é, pois, um termo com o qual se demarca o tempo de validade de uma norma.

É mais claro pensar na vigência como a qualidade que decorre da satisfação de outros eventuais requisitos após a validade e permite que a fonte vigente seja alegada numa decisão. No

caso da lei ordinária, por exemplo, a validade se dá com a publicação e a vigência quando outros requisitos – se houver – venham a ser preenchidos e ela possa ser alegada como fundamento de uma argumentação, de uma decisão.

#### 4 Incidência

É como a teoria dogmática denomina o caso em que a fonte válida e vigente encontra o fato nela previsto e lhe transmite seu comando. A incidência faz surgir a norma individual e concreta.

Não se confunde com a eficácia jurídica, que ocorre depois da incidência, porque o fato pode ocorrer e a fonte não incidir por falta de eficácia técnica (que é o mesmo que eficácia limitada ou na análise proposta aqui: necessidade de regulamentação, uma das duas formas de validade sem vigência).

A incidência também difere, portanto, da eficácia técnica. A norma válida e vigente incide quando encontra o fato. Aí é que se testa se ela tem eficácia técnica ou não, segundo precise ou não de regulamentação.

A incidência só é possível se o fato for eficaz para o direito, ou seja, o momento de reconhecimento do fato como juridicamente eficaz coincide com a incidência. Em outras palavras, incidência é o reconhecimento, pelo sistema, de que um fato é juridicamente eficaz. A hipótese de incidência prevê um fato em abstrato. Quando esse fato ocorre no mundo real, tal como previsto na hipótese, ele é eficaz juridicamente, o que provoca a incidência do texto. O conceito de incidência difere do de eficácia jurídica, pois incidência é um juízo sobre a aplicação da norma (incidência + ocorrência do fato = eficácia jurídica). Pode-se considerar excessivamente tecnicista a distinção, pois a norma incide somente quando é juridicamente eficaz, mas é útil entender que os termos são usados pretendendo significados diversos.

Eficácia jurídica é uma qualidade do fato, é a ocorrência de um fato previsto em norma, que antes era só uma hipótese de incidência. Um fato sem incidência é um fato social, mas, por não estar previsto em norma (= incidência), não é um fato jurídico. Hipótese de incidência é o mesmo que previsão na norma. E incidência seria essa hipótese (de incidência) se realizar em um fato, que seria assim dotado de eficácia jurídica.

A incidência da fonte transforma condutas e bens sociais em condutas e bens jurídicos. Quer dizer que a incidência transforma os fatos em fatos jurídicos, transforma-os em suporte fático do direito, como Pontes de Miranda os denomina. Para um fato ser jurídico ele precisa antes existir. E depois de tornado juridicamente relevante, a dogmática o classifica como válido ou inválido, e a partir daí em viciado, nulo, anulável, etc. (qualificações que não serão tratadas aqui, justamente por derivarem do binômio validade/invalidade. Somente após esses dois planos de existência e validade serem testados e verificados é que se vai examinar se o fato é juridicamente eficaz. No primeiro plano a questão é se o fato social existe. No plano da validade, por sua vez, a existência do fato jurídico já

é pressuposta. Quando a fonte incide, entra no plano da eficácia, ou seja, o conceito de incidência parte da distinção entre mundo fático e mundo jurídico, explicada por Pontes de Miranda segundo os planos de existência, validade e eficácia.

Quando se fala em incidência, deve-se compreender a interferência (incidência, “ação” de incidir) do sistema jurídico sobre o mundo fático: o suporte fático, ao se realizar, conduz à incidência da norma jurídica. Aí diz-se que esse fato tem eficácia jurídica.

A vigência é apenas pressuposto da incidência, não é seu sinônimo. A fonte estar vigente quer dizer tão somente que já está apta a incidir, não quer dizer que vai necessariamente incidir. A norma vigente precisa “encontrar” um fato para incidir. Esse suporte fático é daí transformado em um fato jurídico. Para diversos autores, a incidência não corresponde exatamente ao suporte fático jurisdicionado, porque faz uma seleção e divide o suporte fático da realidade em aspectos relevantes e irrelevantes, o que provoca a incidência sobre apenas uma “fração do suporte fático” (VILANOVA, 2000, p. 62).

## 5 Eficácia técnica

Para a Escola do Constructivismo Lógico-Semântico, é possível distinguir os conceitos de “vigência” e “eficácia técnica”.

Viger é ter força (no sentido de possibilidade de aplicação) para disciplinar condutas humanas descritas no texto normativo. Vigência é propriedade das normas jurídicas que estão prontas para propagar efeitos, tão logo aconteçam, no mundo social, os fatos descritos. Desse modo, na *vacatio legis* a norma não é vigente exatamente porque lhe falta essa possibilidade de aplicação, como uma característica intrínseca a ela: mesmo ocorrendo o fato, ela não pode ser alegada.

São dotadas de eficácia técnica, por seu turno, as normas que não têm qualquer obstáculo externo à sua aplicação, uma vez acontecido o fato jurídico correspondente. Seu contrário, a ineficácia técnica, ocorre nos casos em que a norma seja dotada de vigor, mas, por um fator extrínseco, que pode surgir a qualquer momento, tenha obstada a propagação dos seus efeitos jurídicos. Eficaz tecnicamente seria aquela norma livre de qualquer obstáculo material ou impossibilidade sintática (CARVALHO, 2008, p. 342). Seriam exemplos desses obstáculos externos a necessidade de regulamentação e uma posterior redução do alcance da lei, o que outro autor denomina, respectivamente, eficácia limitada e eficácia contida (SILVA, s.d., p. 121 e ss.). Eficácia técnica aparece então como uma aptidão, a norma está pronta para incidir sobre o fato. É anterior cronologicamente à eficácia jurídica. Só se pode testar a eficácia ou ineficácia jurídica após verificada a eficácia técnica.

A distinção existe porque uma norma sem *vacatio* ou cuja *vacatio* já terminou é vigente, mesmo que ainda precise de regulamentação: é vigente sem eficácia técnica. Há assim distinção entre vigência (atributo da norma) e eficácia técnica (decorrente de outros fatores normativos ou fáticos que não inviabilizam ou viabilizam a aplicação da norma vigente). Esses fatores podem justificar porque uma norma pode ser vigente e não ter normas inferiores que viabilizem a sua aplicação

(ineficácia técnica sintática, eficácia limitada) ou não existirem condições factuais (ineficácia técnica semântica ou ineficácia jurídica).

De um ponto de vista da retórica realista, é impreciso colocar a vigência e a eficácia técnica em um mesmo plano nos conceitos fundamentais, pois a distinção entre vigência e eficácia técnica é entre gênero e espécie, não são separadas dentro de um mesmo alcance semântico, o conceito de eficácia técnica está contido no de vigência. Em ambos os casos (*vacatio* e necessidade de regulamentação) tem-se validade totalmente sem vigência (a fonte não pode ser alegada). Para o constructivismo lógico-semântico, porém, a norma que não está em *vacatio* é vigente, situações idênticas; aí essa norma pode ser: vigente com eficácia técnica (vigência plena, eficácia plena) e vigente sem eficácia técnica (a que precisa de regulamentação, eficácia limitada). Na visão realista, a fonte que precisa de regulamentação não deve ser chamada de vigente.

## 6 Eficácia jurídica

O teste da eficácia jurídica quer dizer simplesmente verificar se o fato previsto no texto da norma efetivamente ocorreu e ocorre ou se não ocorrerá mais. Alguém pode achar difícil imaginar que um texto emitido por autoridade jurídica descreva um fato que jamais venha a acontecer ou mesmo que seja impossível de acontecer, mas isso não é tão raro assim. O problema da eficácia jurídica, contudo, aparece mais nos casos de fatos que aconteciam, mas deixaram de acontecer, o que a dogmática denomina caducidade. Muitos textos continuam válidos, vigentes, tecnicamente eficazes, mas o fato a que se referem não mais ocorre e tudo indica que não mais ocorrerá. Como os textos jurídicos que regulamentavam a fabricação de fitas cassete, que não mais são fabricadas. Em todos esses casos em que o fato não ocorre a fonte do direito é juridicamente ineficaz e não pode ser aplicada, evidentemente.

Os fatos que foram transformados em fatos jurídicos por fonte com vigor e incidência – eficácia técnica – passam a ser potencialmente capazes de aplicação (isso porque podem jamais vir a ter efetiva aplicação ou eficácia social ou efetividade). Isso pode aparecer em relação a leis, mas as condições em direito civil constituem outro exemplo, inseridas em contratos cuja efetivação está sujeita à ocorrência de uma condição. O texto contratual tem validade e vigência (teoricamente tem incidência por ser tecnicamente eficaz), mas só vai ter eficácia jurídica se e quando ocorrer a condição. Depois de verificada a eficácia jurídica é que vai surgir o problema da efetividade.

Embora não se confunda com a eficácia social, a eficácia jurídica é uma qualidade do fato e não da norma. O fato, por corresponder à hipótese de incidência descrita no texto da norma (texto pertinente, fato adequado), torna-se um fato jurídico.

## 7 Eficácia social (efetividade)

O conceito de eficácia social ou efetividade é uma ferramenta de estudo da sociologia do direito. Apesar de utilizado, é frágil no procedimento dogmaticamente organizado, pois argumentos no sentido de não ter cumprido uma determinação porque outros não a cumpriram tendem a ser ignorados. Diz-se que uma fonte do direito tem eficácia social quando seu comando é obedecido por um número razoável de destinatários ou se, em caso de desobediência, a sanção correspondente é aplicada ao transgressor.

Chega-se aqui ao fim do procedimento desenvolvido pela dogmática jurídica para conhecer eventos transformados em fatos juridicamente relevantes, desde que esse resultado final da efetividade coincida com seus conceitos fundamentais.

Como validade é o conceito mais fundamental desse procedimento dogmático, vai haver dificuldades práticas e conceituais se, em larga escala, o âmbito da validade e o da efetividade não se correspondam na arena da realidade social, ou seja, quando normas válidas postas pela autoridade não são obedecidas e/ou quando são seguidas normas contrárias ao ordenamento válido.

Por isso, ao classificar as tendências do positivismo, é procedente a tese de Robert Alexy ao se reduzir à bipartição validade *versus* eficácia social e separar o positivismo em duas tendências principais: aquela primariamente orientada para a efetividade (*Wirksamkeit*) e a primariamente orientada para o estabelecimento (*Setzung*), para a validade da norma (ALEXY, 1992, p. 31 e ss.). Ignoram-se, assim, pertinência, vigência, eficácia técnica ou jurídica, conceitos que simplesmente complementam, dependem do de validade e constituem um problema interno da própria dogmática jurídica.

Um critério empírico para separar as duas tendências aparece claramente no costume *contra legem*, na questão de se essas normas produzidas pelas forças da comunidade fazem parte do direito positivo. Para as concepções orientadas para a efetividade, o direito é positivo se realmente se aplica, independentemente de ser ou não aceito pelo Estado: o costume *contra legem*, ainda que inválido na dogmática estatal, é direito posto. Para os positivistas orientados para a validade, normas elaboradas sem levar em conta o procedimento não fazem parte do direito, são ilícitos reiterados no âmbito de um Estado ineficiente.

Obviamente o mais funcional para o direito dogmático é que coincidam o máximo possível as esferas da validade e da efetividade. E o direito será tanto mais dogmatizado quanto mais isso ocorra.

Numa visão realista, um padrão de conduta pode se tornar direito positivo pela via da validade ou pela via da efetividade, quer dizer, se foi constituído de acordo com as prescrições do sistema ou se seus destinatários se comportam de acordo com elas, independentemente das regras dogmáticas de validação. Nesses termos é possível existir uma norma jurídica contra um direito estatal que pretende, mas não consegue, monopolizar as regras de produção do direito positivo, como ocorre no Brasil.

Aqui aparece o problema de em que momento se pode dizer que a norma jurídica se efetiva, quando exatamente ela deixa o sentido de norma-ideia e passa ao sentido de norma como decisão efetiva. Se é quando o juiz decide, quando o condenado começa a cumprir a pena ou o inadimplente tem seus bens levados a leilão. Como na decisão o mais crucial é a efetividade, a norma como decisão precisa penetrar no mundo dos eventos, ser cumprida no plano da retórica material, ou seja, apenas quando o condenado é posto na cadeia, quando o devedor é forçado a pagar a dívida ou quando a paga espontaneamente.

## 8 Existência

Esse conceito é colocado por Pontes de Miranda no início do procedimento de construção do direito, mas aqui é tratado no final por sua característica problemática, por muitos considerado conceito supérfluo, sem significado próprio.<sup>2</sup>

Antes de ser qualificado de válido ou inválido, argumentam os ponteanos, o fato precisa ser reconhecido como existente. Dentro desse complexo fático o direito vai ainda, antes da validade, separar pertinente ou relevante do impertinente ou irrelevante. E isso só pode ser feito diante de fatos existentes. Um contrato sem partes ou manifestação de vontade, por exemplo, não existe; um contrato entre menores de idade ou com vontade viciada é existente, mas inválido.

Quem considera esse plano da existência inútil argumenta que um dado só pode ser considerado inexistente se for inválido, e a nulidade atribuída pela ordem jurídica aos fatos inexistentes é exatamente a mesma consequência que atribui a fatos inválidos. Por isso, o atual Código Civil Brasileiro não deu guarida à teoria da existência: seu art. 104 vai direto ao conceito de validade, dizendo o que é essencial a um negócio jurídico. Claro que a sanção para os fatos juridicamente inexistentes é a nulidade absoluta, aplicando-se a anulabilidade a outras formas de invalidade.

Mesmo admitindo que, em regra, nulidade, invalidade absoluta e inexistência coincidem, uma nova figura da jurisprudência brasileira tem sido usada pela doutrina partidária da distinção entre os problemas da inexistência e da invalidade: a modulação de efeitos. Isso significa o sistema aceitar alguns efeitos de fatos passados, mesmo que estes sejam agora declarados nulos. Em regra, o que é nulo não deve produzir efeitos desde sua ocorrência (*ex tunc*), mas alguns desses efeitos têm sido validados, “modulados”, em nome da segurança jurídica e da ordem pública. Isso não poderia acontecer com algo inexistente, que absolutamente não gera efeitos no mundo jurídico.

Outro exemplo estaria no casamento putativo, aquele que é contraído com infringência à cláusula de nulidade absoluta, desconhecida dos nubentes, que agem de plena boa-fé, como no caso

---

<sup>2</sup> Defendem um conceito autônomo de existência da norma, entre outros, Miranda (1954, p. 8 e ss.), Mello (1993, p. 176 e ss.) e Mello (1995a, p. 77 e ss. 1995b, p. 83). Contra a distinção, isto é, identificando os conceitos de validade e existência, pronunciam-se, por exemplo, além de Kelsen (1983, § 34), Bobbio (1960, p. 15 e ss.), Vilanova (1977, p. 23) e Carvalho (1993, p. 64-65).

de Édipo e Jocasta. O ato seria nulo e inválido, mas existente, produziria alguns efeitos determinados pela lei, diferentemente de um casamento realizado por atores em uma peça de teatro, juridicamente inexistente.

## 9 Uma crítica retórica às divergências conceituais

Há uma discussão um tanto estéril, realisticamente falando, em torno dessas divergências conceituais, que se concentram mais nos significantes do que nos significados, mais na forma de exprimir as ideias do que nas próprias ideias, mais na linguagem do que no conceito ou, numa analogia com a matemática, mais no algarismo do que no número. São usadas diferentes terminologias, mas, analisadas retoricamente, procuram descrever as mesmas etapas do procedimento dogmático.

Autores que partem de uma teoria do conhecimento conservadora, como Habermas, ainda ensinam que o direito deve resultar da “vontade soberana do legislador político”, em um processo cultural no qual distingue “promulgação”, “aplicação” e “execução” da lei. E, mesmo admitindo que

Para uma perspectiva empírica, a validade do direito positivo é tautologicamente determinada, no sentido de que, em primeiro lugar, o que vale como direito é aquilo que obtém força de direito (*Rechtskraft*), de acordo com procedimentos (*Prozeduren*) juridicamente válidos [...] [afirma logo adiante que] A legitimidade de uma regra é independentemente de seu cumprimento. (HABERMAS, 1992, p. 47-48).

Em sua defesa, deve-se dizer que o objetivo do autor não é descrever a realidade social, mas, sim, fornecer orientações que poderiam, em sua opinião, melhorá-la. Esse caráter idealista impede um diálogo mais fecundo com aqueles que discutem um problema anterior e já sozinho extremamente polêmico e complexo: como nos parecem ser essas “realidades em que vivemos”, na expressão de Blumenberg, num mundo aparentemente comum.

É difícil fazer uma síntese da confusão entre as denominações sugeridas pelos mais diversos autores: identificam eficácia e adequação, adequação e aplicação, aplicação e execução, validade e vigência, vigência e eficácia e assim por diante, sem contar um grande número de adjetivos que pretendem designar diferentes conceituações (CADEMARTORI, 2007, p. 49 e ss.).

Sobre os termos validade, vigência e eficácia, a ambiguidade é auxiliada pelas traduções a partir da doutrina alemã (*Gültigkeit, Geltung, Geltungsdauer, Rechtskraft, Effektivität, Haltbarkeit, Wirksamkeit, Validität...*), quando os termos são por vezes usados indistintamente. Hans Kelsen, por exemplo, embora identifique os conceitos de validade e existência, declarando a inutilidade deste último, separa claramente os conceitos de validade e eficácia quando pensa em norma isolada, mas, ao pensar no ordenamento jurídico como sistema dinâmico, subordina a validade de todas as normas à eficácia social ou efetividade do ordenamento, vez que a validade de cada norma depende de ter sido posta em um sistema jurídico socialmente eficaz por autoridade competente e mediante rito adequado. Hart (1961, p. 122 e ss.) vai no mesmo caminho.

Um dos conceitos dogmáticos mais adjetivados, demonstrando tanto a importância quanto a ambiguidade desse conceito central, é precisamente o de “validade”: “validades” técnica (técnico-jurídica, técnico-formal), fática (vigência, eficácia), moral (justiça, fundamento), positiva, etc. Dentre muitos outros, Reale (2010, p. 586 e ss.) é um autor que, sob a rubrica de validade, entende os três problemas centrais da filosofia do direito, da teoria geral do direito e da dogmática jurídica: fundamento, vigência e eficácia.

Observa-se que, a rigor, vigência e eficácia técnica são conceitos inúteis para o procedimento decisório da prática dogmática, pois designam ainda fases do processo legislativo, como a sanção pelo executivo ou a publicação, no caso da lei ordinária. Basta perguntar, diante do conflito, se aquele texto determinado está “valendo” ou não. Uma lei já publicada, mas ainda em vacância, por exemplo, ou que depende de norma regulamentadora, cuja inexistência impede que seja sequer alegada, não chegou ainda ao final de seu rito de elaboração, logo não seria ainda “válida” – tomando-se o conceito de validade como ponto de partida. O processo legislativo é importante, mas é anterior à inserção da fonte do direito no sistema dogmático, antes de seu término não se tem ainda uma fonte do direito. O mesmo pode ser dito de contratos e outros tipos de atos jurídicos. Ocorre que a dogmática jurídica consagrou as distinções e, como dito anteriormente, o que importa aqui é isolá-las para compreender os conceitos fundamentais do procedimento dogmático, e não como são denominados pelas diferentes teorias.

Observe-se que os primeiros conceitos de pertinência, validade e vigência (e incidência, e eficácia técnica) são autorreferentes no sistema jurídico e relativamente independentes do mundo dos fatos. Já a eficácia jurídica e a eficácia social ou efetividade são conceitos que não se limitam à observação do discurso do Estado, em torno da vaidade, mas envolvem também a observação de outro sistema, o discurso sobre os fatos, não organizado dogmaticamente.

Ferraz Júnior (1988, p. 180-187) propõe, ainda, a denominação “em vigor” para aquelas leis (ou fontes do direito em geral) que perderam suas validade e vigência, mas continuam a valer e produzir efeitos para situações, por exemplo, de direito adquirido, algo assim como uma vigência retardada contra a retroatividade da lei. Apesar de esta constituir uma situação clara e comum para a ciência dogmática, a expressão não vingou, e “vigente” e “em vigor” são tidas por expressões equivalentes. Simplificando, uma fonte revogada que ainda pode ser alegada e aplicada a situações pretéritas é vigente, sim, para aquela situação; afinal, a vigência de qualquer texto jurídico é situacional, dirige-se a determinados contextos e a outros, não. Em outras palavras, há uma vigência atual e outra sobre fatos passados.

Existem então três conceitos distintos: “fonte elaborada de acordo com as regras do sistema”, “fonte apta a ser alegada no procedimento decisório, além de elaborada de acordo com as regras do sistema” e “fonte que se adequou ao fato nela previsto e está apta a produzir efeitos jurídicos, além de apta a ser alegada e elaborada de acordo com as regras do sistema”. Diante de tantas denominações diferentes, contudo, são muitas vezes confundidos pela doutrina dogmática.

O caso de parâmetros de conduta que têm efetividade e não têm validade leva a outro problema, pois a dogmática, por princípio, não aceita normas contrárias ao sistema estatal, vez que validade seria a base de todos os outros conceitos fundamentais, a qualidade de a fonte ter sido produzida de acordo com as regras do sistema. De fato o é, ou deveria ser, ao menos para o direito oficial. Mas a complexidade invadiu também o aparato interno do Estado, sua uniformidade é uma ficção, sobretudo nos países periféricos. Pode ser, por exemplo, que um tribunal aceite argumentos ou legitime efeitos de práticas dogmaticamente inválidas, como o trabalho do menor ou o jogo do bicho, ou seja, é possível que normas *contra legem*, que são efetivas, gerem efeitos na esfera dogmática, sem terem passado pelos crivos de validade, e venham para dentro do sistema por via de sentenças e jurisprudências. Assim haveria o direito efetivo, mas inválido, assim como o válido e inefetivo. Legalistas contestam. É o antigo problema do costume *contra legem*, do direito livre, de se um “bando de salteadores” pode produzir direito.

Um exemplo interessante, diferente do costume *contra legem* porque ocorre sob uma legitimidade oficial, ato praticado por órgãos do Estado, é a sentença inconstitucional, claramente inválida (porque produzida com defeito insanável) e por isso impossibilitada de ser invocada (sem vigência) e de produzir efeitos (sem eficácia social). Se produz efeitos, apesar de inválida, logo existe no mundo e no mundo jurídico. Isso porque apoiada em um sistema de normas eficaz (as que dão autoridade ao juiz que a prolatou, por exemplo). Esse mesmo sistema cassa *a posteriori* a validade da sentença inconstitucional, pretendendo com isso fazer também cessar sua pretensão de produzir efeitos. Isso nem sempre é possível, daí a “modulação de efeitos”.

Por isso Kelsen (1983, § 34) fala no mínimo de eficácia do ordenamento, e Cossio (1964, p. 443), no princípio da habilitação. A tese que subjaz a esses argumentos é de que uma fonte do direito (“norma jurídica” na linguagem desses autores), mesmo inválida a princípio, pode ser validada por sua efetividade ou, embora isoladamente inefetiva, se é produzida ou acolhida por um sistema que se mostra eficaz em seu conjunto.

### **Conclusão: interpretar, argumentar e decidir a partir da linguagem do direito positivo no procedimento dogmático**

Diante do fato juridicamente relevante, essas qualidades que as “fontes do direito”, a linguagem do direito positivo, precisam ter para ser arguidas num procedimento decisório constituem o objeto deste texto, mas são apenas o primeiro passo entre os vários de um procedimento que não podem ser tratados aqui e serão apenas mencionados: interpretar, argumentar e decidir.

O profissional do direito precisa se municiar dessas fontes e lidar com elas ao entrar no procedimento dogmático. Tendo em vista a pertinência ou adequação diante do fato, ele seleciona umas poucas que assim lhe parecem e testa suas validade, vigência, incidência, eficácia. Esse o primeiro passo. Todos os participantes precisam escolher suas fontes e examiná-las sob o crivo desses conceitos funda-

mentais. E fazer o mesmo com as fontes apresentadas pelas demais partes, inclusive aquela que decide (juiz, administrador, funcionário, servidor), pois todos estão inseridos no procedimento.

Depois, é preciso reduzir as incontornáveis ambiguidade e vagueza dessas fontes selecionadas: artigos de lei, contratos, textos jurídicos quaisquer e até costumes precisam ter seu sentido e alcance sugeridos pelas partes envolvidas, diante do conflito concreto. Cada uma delas, segundo seu contexto e seus interesses, sugere como as palavras do ordenamento jurídico se adaptam às características do caso. A interpretação é o segundo passo dentro dos procedimentos da dogmática jurídica, interpretação entendida como a necessidade de relacionar os pontos de partida escolhidos (textos pertinentes, válidos, vigentes, etc.) com o caso concreto, determinando-lhes o sentido (sintaxe e semântica) e o alcance (pragmática).

Por exemplo: alguém “agride” alguém. Evento assim, único e irrepetível no fluxo heraclitiano do tempo, é incognoscível “em si mesmo”. O ordenamento jurídico contém palavras que pretendem exprimir significados: rixa, lesão corporal leve, lesão corporal grave, tentativa de homicídio. Os sentidos dessas palavras fazem parte da semântica dogmática, com variados graus de indeterminação. Ocorre que os alcances das fontes só poderão ser determinados diante do caso concreto. As partes lançam aí mão do arsenal hermenêutico: interpretações extensivas ou literais, genéticas ou teleológicas, há toda uma ciência a respeito. O jogo interpretativo consiste na competição estratégica entre significados divergentes diante do caso, é momento em que os envolvidos no discurso dogmático procuram reduzir a vagueza e a ambiguidade dos significantes escolhidos e trazidos ao debate. Essas interpretações divergentes apresentam-se como relatos também divergentes, referidos a diferentes versões de eventos supostamente ocorridos – pois os eventos também só podem ser percebidos linguisticamente, conforme aqui pressuposto. Daí a diferença: fatos em geral e, é claro, fatos jurídicos são relatos sobre eventos, inapreensíveis fora desses relatos.

Com cada participante municiado de suas fontes e suas interpretações em relação aos fatos, chega-se ao estágio da argumentação, o terceiro na divisão pedagógica estratégica sugerida aqui. Argumentar dogmaticamente significa persuadir os demais participantes de que a interpretação escolhida por aquele que argumenta deve prevalecer sobre as demais, de que conhece mais adequadamente como o ordenamento jurídico compreende aqueles fatos relevantes. Nessa progressiva concretização do conflito até a construção da decisão, é na ágora da argumentação que as interpretações realizadas no estágio anterior dialogam e disputam se tornarem o relato vencedor, qual seja, a decisão.

O âmbito da argumentação em sentido estrito foi referido pela primeira vez na *Retórica* de Aristóteles, que procurou separá-lo da erística. Contra os sofistas, que incluíam muitas outras vias usadas na comunicação humana, Aristóteles separou os caminhos que considerou persuasivos: *ethos*, *pathos* e *logos*. Esses seriam os únicos admitidos como legítimos, por isso chamados entimemas ou argumentos entimemáticos. Os demais tipos de argumentos, que não visavam à persuasão, foram colocados – ressalte-se que de modo impreciso – na classe de argumentos erísticos ou sofísticos.

Difícil definir mais exatamente a persuasão, o que Aristóteles tampouco deixa muito claro. Sabe-se que ele a coloca como o objeto da retórica e lhe aporta as três vias mencionadas, quais sejam, o *ethos* (quem fala), o *pathos* (como se fala) e o *logos* (o que se fala). Assim a persuasão inclui elementos como a autoridade do *ethos* e a sedução do *pathos* (por isso é mais adequado o conceito mais amplo “persuasão” do que “convencimento”). O *kairós* tem um caráter eminentemente estratégico, é o momento certo que deve acompanhar todas as três vias da persuasão e não deve ser considerado uma via à parte.

Essas três mídias da *Retórica* de Aristóteles vão impregnar toda a terminologia posterior e compõem a auto-apresentação de quem fala, em suas palavras: “a primeira espécie depende do caráter pessoal do orador; a segunda, de provocar no auditório certo estado de espírito; a terceira, da prova, ou aparente prova, fornecida pelas palavras do discurso propriamente dito.” (ARISTOTLE, 1990, v. 8, i, 2, 1356a1-5 e 14-16, p. 595). Apesar de reducionista, a retórica de Aristóteles ainda é mais ampla do que, por exemplo, a teoria da legitimidade de Hannah Arendt – que só aceita *logos* (que chama de persuasão) e *ethos* (autoridade) – ou a teoria da argumentação de Robert Alexy – que inclui apenas o *logos* dos argumentos verdadeiros, sinceros e coerentes.

De uma perspectiva realista, essas são as vias discursivas confessáveis, aquelas que são evidenciadas no debate, reconhecidas em público pelos participantes. Por isso, e em respeito à autoridade de Aristóteles, são aqui colocadas como o cerne da teoria da argumentação em sentido estrito. As vias discursivas que não podem ser reveladas, sob pena de perder a força retórica, as vias inconfessáveis, são aqui colocadas como centro da teoria da decisão. Mesmo sabendo que argumentação e decisão são pragmaticamente inseparáveis, posto que já se argumenta para fazer prevalecer a decisão que se defende, a divisão pedagógica em estágios aqui escolhida justifica a metodologia.

A persuasão pode ser a via retórica mais importante, por sua eficácia e permanência no tempo, pela força do acordo, etc., mas não é absolutamente a única forma de comunicação no procedimento jurídico dogmático; o jurista necessita se ocupar também da erística, sobretudo nessa última fase do procedimento, a construção da decisão, quando são jogadas todas as cartas. Aí aparecem essas estratégias que todos sabem que existem, mas que não podem ser expostas abertamente.

As vias erísticas são mais numerosas, e sua catalogação difere entre os autores, pois constituem infinitas e disfarçadas variações de *ethos*, *pathos* e *logos*: sedução, ironia, engodo, mentira, simulação, dissimulação, ameaça, blefe, todas as estratégias, em suma, presentes na comunicação humana e reveladas pelos sofistas, estudadas por figuras de retórica como anfíbolias, antonomias, aporias, apócrises, catacreses, hipérboles, lítotes, etc., e que têm papel importante nas decisões, inclusive jurídicas.

Se essas estratégias ocultas são reveladas, enfraquecem irremediavelmente o discurso. Assim, o estudo da retórica e o domínio das técnicas e vias erísticas fornece ao jurista arsenal poderoso para desmascarar falácias dos adversários, aí incluídos os juízes e demais órgãos decisórios. Claro que também servirão para enganar os incautos bem-intencionados, desde que estes não conheçam retórica.

Conforme colocado na introdução, esses testes e fases, aqui ordenados didaticamente para facilitar a compreensão dos procedimentos estabelecidos pela racionalidade dogmática do direito, não cumprem necessariamente essa sequência cronológica; um advogado, juiz ou mediador experiente, todos envolvidos em procedimentos decisórios na práxis da luta pelo discurso vencedor, podem imaginar todos os estágios simultaneamente e vão e voltam segundo evoluem os argumentos. Já escolhem as fontes sabendo de suas validade, vigência e provável eficácia, pensam em suas estratégias erísticas ao mesmo tempo em que sabem que só revelarão as argumentações persuasivas da retórica aristotélica.

Ter presente essa sequência é útil, mesmo quando se observam procedimentos alternativos de tratamento de conflitos, ou seja, não submetidos aos constrangimentos dogmáticos do contencioso estatal, como conciliação, mediação, arbitragem. Isso porque o direito dogmático permanece sempre no horizonte desses procedimentos alternativos, suas leis, decisões, sua coercitividade ou monopólio da violência legítima.

A análise retórica é metodologia muito útil para esclarecer a confusão trazida por perspectivas normativas práticas disfarçadas de teorias empíricas descritivas. Apontar pregações normativas – idealistas que pretendem conformar o mundo à sua luz, além de dificultar a tolerância, única atitude ética possível na sociedade hipercomplexa – é uma contribuição importante da análise retórica do procedimento dogmático. E a forma dogmática de organização do direito, que a cultura ocidental vem há séculos construindo, bem ou mal, é aquilo que se tem revelado efetivo no controle dos dissensos éticos, até em outros ambientes culturais, em sociedades que nunca passaram pelo individualismo possessivo (MACPHERSON, 1962).

## Referências

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

ALEXY, Robert. *Begriff und Geltung des Rechts*. FreiburgMünchen: Alber, 1992.

ARISTOTLE. *Rhetoric*. Tradução W. Rhys Roberts. Col. Great Books of the Western World. Chicago: Encyclopaedia Britannica, 1990.

BALLWEG, Ottmar. *Rechtswissenschaft und Jurisprudenz*. Basel: Helbing & Lichtenhahn, 1970.

BOBBIO, Norberto. *Teoria dell'ordinamento giuridico*. Torino: Giappichelli, 1960.

CADEMARTORI, Sergio. *Estado de direito e legitimidade – Uma abordagem garantista*. Campinas: Millenium, 2007.

CARNELUTTI, Francesco. *Como nasce o direito*. São Paulo: Pillares, 2015.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. São Paulo: Saraiva, 1993.

- CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário: linguagem e método*. São Paulo: Noeses, 2008.
- COSSIO, Carlos. *La teoría egológica del derecho y el concepto jurídico de libertad*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1964.
- FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. *Função social da dogmática jurídica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.
- FERRAZ JÚNIOR, Tercio. *Introdução ao estudo do direito – técnica, decisão, dominação*. São Paulo: Atlas, 2008.
- HABERMAS, Jürgen. *Faktizität und Geltung*. Frankfurt a.M.: Suhrkamp, 1992.
- HART, Herbert. *The concept of law*. Oxford: Oxford University Press, 1961.
- KELSEN, Hans. *Reine Rechtslehre*. Wien: Franz Deuticke, 1983.
- MACPHERSON, C. B. *The political theory of possessive individualism – Hobbes to Locke*. Oxford: Clarendon Press, 1962.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1993.
- MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico — plano da existência*. São Paulo: Saraiva, 1995a.
- MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico — plano da validade*. São Paulo: Saraiva, 1995b.
- MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado — parte geral: validade. Nulidade. Anulabilidade*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954.
- REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, s. d.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 1992.
- VIEHWEG, Theodor. *Topica y filosofía del derecho*. Barcelona: Gedisa, 1991.
- VILANOVA, Lourival. *As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.
- VILANOVA, Lourival. *Causalidade e relação no direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

Data da submissão: 11 de março de 2018

Aceito em: 09 de abril de 2018

