

IRONIA COMO GARANTIA DE CREDIBILIDADE DO DISCURSO JURÍDICO

IRONY AS GUARANTEE OF CREDIBILITY IN LEGAL DISCOURSE

PEDRO PARINI*

Era uma vez uma época, e ela não está tão longe, em que também aqui se podia fazer sucesso com um bocadinho de ironia, que compensava todas as lacunas em outros aspectos, favorecia alguém com honrarias e lhe dava a reputação de ser culto, de compreender a vida e o caracterizava ante os iniciados como membro de uma vasta franco-maçonaria espiritual (KIERKEGAARD, 2006, p. 214).

RESUMO: Pretendo discutir neste ensaio a pertinência do critério que distingue o direito da política por meio da separação entre vontade e razão e a ironia de apresentar os discursos jurídicos, sobretudo os que fundamentam a decisão, como se não fossem uma questão de escolha, isto é, na qualidade de um produto da razão ou de um saber – por vezes, autodenominado científico – em detrimento de qualquer ato de vontade. A minha tese é de que as funções de controle e predição do saber dogmático do direito estão relacionadas à capacidade de dissimulação e à atitude irônica do jurista. O jogo retórico de construção de discursos pseudocientíficos é o que garante o sucesso dessa forma de saber.

PALAVRAS-CHAVE: Retórica. Ironia. Discurso jurídico. Credibilidade.

ABSTRACT: *In this essay, I intend to discuss the relevance of the criterion that distinguishes law from politics through the separation between will and reason, and also discuss the irony of presenting the legal discourse, especially those underlying the decision, as if it were not a matter of choice, that is, a product of a kind of reason or knowledge – sometimes self-named scientific – to the disadvantage of any act of will. My thesis is that the functions of control and prediction of the dogmatic knowledge of law are related to the lawyer's dissimulation ability and ironic attitude. The rhetorical building game of pseudoscientific discourse is what ensures the success of this kind of knowledge.*

KEYWORDS: *Rhetoric. Irony. Legal discourse. Credibility.*

* Professor Adjunto do Centro de Ciências Jurídica da Universidade Federal da Paraíba. Professor do Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas da UFPB. Mestre e Doutor pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Pernambuco. Pós-doutorado pela Università di Bologna, Itália. Coordenador do Grupo de Pesquisa Retórica, Hermenêutica e Direito.
E-mail: pparini@gmail.com.

INTRODUÇÃO

Pretendo discutir neste ensaio a pertinência do critério que distingue o direito da política por meio da separação entre vontade e razão e a ironia de apresentar os discursos jurídicos, sobretudo os que fundamentam a decisão como se não fossem uma questão de escolha, isto é, na qualidade de um produto da razão ou de um saber – por vezes, autodenominado científico – em detrimento de qualquer ato de vontade.

A metodologia de abordagem é a da retórica analítica do direito. De acordo com Ottmar Ballweg (1989, p. 234), uma análise retórica da linguagem jurídica tem o condão de aguçar o reconhecimento externo da retoricidade pura das fórmulas linguísticas do direito que, exercendo suas funções dogmáticas intrínsecas, encobrem suas origens demasiado humanas, escondem seus aspectos temporais, separam o meramente opinativo do científico levando a crer que existem pontos de vista aparentemente inquestionáveis, elevam o situativamente aceitável a universalmente válido, transformam o casuístico em normatividade abstrata e, sobretudo, apresentam o decisivamente volitivo como sendo obviamente racional.

Percebo uma ironia fundamental presente nos discursos jurídicos que formam decisões judiciais: estas são apresentadas como se não fossem o produto contingente de uma escolha, isto é, como se não se caracterizassem por uma tomada de posição, mas como se fossem o resultado de um cálculo racional necessário.

É como se a segurança e a legitimidade da produção do direito dependessem diretamente de seu caráter necessário e não contingente, como se o seu procedimento fosse absolutamente determinável e o seu resultado fosse reduzido exclusivamente a uma possibilidade única e, por conseguinte, pudesse ser considerado objetivamente válido.

Mesmo que se admita um modelo mais flexível de racionalidade jurídica no sentido, por exemplo, de razoabilidade, é como se a decisão judicial não dependesse de escolhas, mas de aplicação de metodologias objetivamente determinadas e epistemologicamente fundamentadas.

Boa parte da confiança que se deposita nos enunciados jurídicos – nos juízos formulados linguisticamente pela dogmática jurídica – depende do crédito que se dá ao preparo intelectual e ao “conhecimento da lei”, ou, mais especificamente, à intimidade do jurista com os textos normativos e as soluções dogmáticas já justificadas no passado por teorias e paradigmas teóricos compartilhados pelos membros de uma comunidade jurídica.

Modernamente, confia-se no jurista em decorrência de seu preparo tecnológico, em razão dos anos de estudos que dedicou à dogmática jurídica e, principalmente, porque se acredita que entende mais o direito por esta razão, isto é, em virtude de seu preparo técnico e intelectual. Mas que preparo intelectual é esse? Mais do que teoria, o que se faz no âmbito do saber jurídico é doutrina. E doutrina tem um objetivo significativamente menos crítico ou questionador do que a produção intelectual do que se chama teoria, ciência e filosofia. Em primeiro lugar, existe uma relação de subordinação entre o doutrinado e doutrinador. Há uma espécie de temor reverencial entre o aluno que deverá ser doutrinado e o professor que deverá doutrinador. Doutrinador é mais parecido com o passar um conhecimento místico do que propriamente discutir ideias sempre abertas a revisões e questionamentos. A doutrina absorve-se. E muitas vezes de forma acrítica.

É justamente nesse saber místico da doutrina jurídica que se depositam todas as confianças dos não iniciados na linguagem dogmática (tecnológica) do direito.

1. A IRONIA JURÍDICA DO DISCURSO VOLITIVO QUE SE APRESENTA COMO COGNITIVO

Do ponto de vista retórico, mas não apenas (FOUCAULT, 1988, p. 30), ciência e política, conhecimento e dominação, saber e poder são noções que se relacionam de forma intrínseca. O saber proporciona formas específicas de poder, enquanto o poder determina os modos de produção do saber. Portanto, não há saber que não seja politicamente engajado, assim como não há poder que não pressuponha uma forma de saber.

O jurista sabe porque pode, e pode porque sabe. Se por um lado sua autoridade determina o caráter especial de seu saber, por outro, o seu poder depende de seu saber. Talvez em razão disso a palavra “competência” tenha um sentido ambíguo no âmbito do vocabulário jurídico. Competência pode ser entendida tanto no sentido dogmático da autorização para produzir normas válidas, isto é, direito positivo, como pode ser entendida no sentido epistêmico do conhecimento técnico para a produção desse direito positivo, isto é, sua criação, interpretação e aplicação.

É a junção entre a noção de poder e saber no conceito de competência que garante que o poder não seja completamente arbitrário e que o saber tenha sua relevância apenas em certos domínios, isto é, ali onde existe a autorização para que seja produzido.

Hans Kelsen (1987, p. 363), com a diferença entre interpretação autêntica e interpretação não autêntica procurou estabelecer criteriosamente a separação entre saber e poder, mas deixou de lado a análise de suas mútuas interferências, da interdependência que existe entre as duas noções. Para Kelsen a interpretação não autêntica feita pela doutrina ou pela ciência do direito é incapaz de produzir direito positivo, porque falta, ao doutrinador ou ao cientista do direito, competência no sentido político-jurídico do poder, da autoridade ou da autorização para produzir direito. Já o funcionário ou órgão do Estado quando interpreta o direito para criar ou aplicar uma norma¹, quando se encontra no âmbito de sua competência jurídica e no exercício de sua autoridade delegada, produz direito positivo e por essa razão sua interpretação é considerada autêntica. Perceba-se como Kelsen amplia o conceito de *interpretatio autêntica* própria da doutrina pré-moderna do direito comum, identificando-a com a noção político-jurídica de competência e autoridade (para produzir direito positivo).

De um ponto de vista analítico, a retórica, como é possível inferir, entre seus vários sentidos, é uma forma específica de técnica do discurso que evidencia a relação necessária de interdependência entre as noções de saber e de querer, isto é, de conhecimento e de

1 Sempre, claro, devendo-se levar em consideração que a diferença entre criar, interpretar e aplicar normas é pertinente para as teorias positivistas do direito.

poder. Claramente, a persuasão não se produz por meio da violência pura e de forma alguma pode ser simplesmente arbitrária, irracional ou infundada. O discurso retórico persuade e convence porque apresenta razões para tanto, porque é discurso fundamentado. O chavão já desgastado e impróprio de que retórica é “mero jogo de palavras vazias” só vale para quem de retórica nada ou muito pouco entende e se mostra ou: a) incapaz de produzir discursos bem elaborados não só do ponto de vista da *léxis* (*elocutio*), mas também da *héuresis* (*inventio*) e da *táxis* (*dispositio*); ou b) exímio orador que procura encobrir todo caráter retórico de seus discursos e da apresentação de suas ideias como se esta não dependesse de nenhum expediente retórico.

A retórica pode ser considerada também uma prática social que permite à classe dirigente das pessoas que tiveram acesso à educação garantir para si a propriedade da palavra e, por conseguinte, de construção retórica da própria realidade:

Dado que a linguagem é um poder, foram ditas regras seletivas de acesso a esse poder, constituindo-o em pseudociência, fechada “àqueles que não sabem falar”, sujeita a uma iniciação custosa: nascida 2500 anos atrás dos processos de propriedade, a retórica se destitui e morre nas aulas de “retórica”, consagração originária da cultura burguesa (BARTHES, 2000, p. 8).

Uma abordagem retórico-metafórica do direito, isto é, que procura definir o direito como metáfora ou pelo menos identificar o seu conceito com a estrutura linguística figurativa a qual se chama genericamente de metáfora – ao modo de Lakoff e Johnson (1980) – e que se aproxima do que entendo por ironia no direito pode ser encontrada no pensamento de Torquato Castro Jr. O autor fala em “metáfora performativa” como meio de “compreensão anteconceitual de conceitos construídos na teorização da norma jurídica e na prática retórica da neutralização da decisão sob sua égide, direcionando a atenção às imagens que ela produz e reproduz, como seus pressupostos metodológicos” (CASTRO Jr., 2011, p. 1076). E se aproxima mais ainda da noção de compreensão irônica do direito que aqui defendo, quando chama a metáfora performativa de “metáfora hipocrítica” ou de “metáfora dramática” fazendo

alusão à ideia de hipocrisia e, sobretudo, à noção de “hipocrisia coletiva”, cara protegida dos juristas, segundo Pierre Bourdieu.

Essa hipocrisia a que faz alusão, própria dos juristas, tem a ver com a sua atuação, representação ou *performance*. Isto é, com sua capacidade (artística) de encenar, representar e se exprimir. Artística ainda no sentido de ação no interior da arte entendida como *téchne*, isto é, de um ofício. Aqui vale mais uma vez diferenciar o papel do jurista prático e do teórico no que se refere aos seus papéis e *performances*, mas não no sentido de que só o prático atua ou representa, pois ambos representam hipocriticamente uma *performance* no jogo do direito. A diferença entre o prático e o teórico repousa no tipo de estilo performático e na atitude irônica que cada um assume para si e tem a ver com as perspectivas interna e externa do próprio jogo. Do ponto de vista hermenêutico, no que se refere a suas *performances*, todos são orientados pelo modo como as coisas se exprimem (PALMER, 2006, p. 26).

Para desenhar metaforicamente o que entende por “metáfora performática”, Torquato (CASTRO Jr., 2011, p. 1079-1083) recorre à analogia, comum entre os juristas, do direito com um jogo, no caso, com um jogo de tênis, ampliando assim o alcance da analogia com a metáfora pragmática dos jogos de linguagem da filosofia de Wittgenstein. Como um jogo, o direito é feito de regras, objetivos, sentidos, limites, jogadores, ferramentas, instrumentos, estratégias, papéis, posições, troca de mensagens, técnicas.

No caso da analogia do jogo do direito com um jogo de tênis, ou melhor, com uma pantomima de um jogo de tênis representado ao final do filme de Michelangelo Antonioni *Blow up* de 1966, o autor procura apontar que o foco da discussão teórica relativa ao direito deve repousar sobre os jogadores e não sobre o que se é jogado ou sobre os instrumentos com que se joga, no caso, a bola e as raquetes respectivamente. Ou seja, faz mais sentido para o jurista teórico considerar os aspectos pragmáticos do direito do que aspectos semânticos ou sintáticos de suas metodologias e da própria tecnologia dogmática. A cena do filme mostra um jogo em que mímicos jogam uma partida de tênis em que há apenas os jogadores, no interior de uma quadra, desprovidos, todavia, de raquete ou bola. O jogo acontece mesmo a despeito da ausência

efetiva desses elementos, sendo observado por vários espectadores também pertencentes ao grupo dos mímicos que jogam a partida e por um observador especial não pertencente ao grupo, que carrega consigo uma câmera.

A estratégia alegórica de Torquato Castro Jr. é comparar esses elementos do jogo de tênis da cena do filme com elementos do jogo jurídico para ilustrar o que ele entende como a “metáfora absoluta” da norma jurídica que jamais se deixa reduzir à estrita conceitualidade e com isso revelar a “natureza artificiosa na teoria jurídica” (CASTRO Jr., 2011, p. 1079). Na cena, a bola é apenas imaginada, uma invenção própria do jogo encenado, ele diz, e eu especificaria: uma invenção dos jogadores e da plateia engajada. Além dessas personagens compromissadas com a representação performática do jogo sem bola, como mencionei, há outra que, segurando uma câmera e sem a máscara dos mímicos, assume uma postura inicialmente cética de incredulidade diante daquele jogo absurdo sem bola e sem raquetes.

Pois bem, à bola de tênis inexistente no jogo, o autor compara a norma jurídica; às raquetes ausentes, as metodologias jurídicas; e eu ousaria completar a analogia comparando os mímicos jogadores, a plateia engajada e o espectador incrédulo, respectivamente, aos juristas práticos, à opinião pública e ao teórico do direito. Aliás, o próprio autor alude a esse papel da personagem que segura uma câmera como sendo o de alguém que vê ou contempla a cena na qualidade de espectador que assiste de fora ao jogo.

Para dotar sua alegoria de um tom jocoso, Castro Jr. ainda compara a plateia que assiste ao jogo, colada ao gradil, aos alunos de uma aula de introdução ao estudo do direito, especialmente se seu objetivo for o de aprender algo do jogo. Com tudo isso, mesmo sem bola e sem raquetes, o jogo acontece e o mais interessante que faz notar o autor é que até o espectador externo cético e desengajado “entra” no jogo após certa relutância.

O jogo, propriamente dito, em seguida, começa a transcorrer na normalidade possível de uma partida de tênis sem bola. Os jogadores, é claro, movem-se como se houvesse raquetes e bola; agem de forma a parecer existirem tais objetos e até parece apropriado dizer-se que sua atuação é passível precisamente de ser avaliada em função do grau

de sucesso em fazer crível a presença da bola que pretendem existir em jogo. Mas, ao final, não podem obliterar de todo a “falsidade” de sua interação, que é flagrante encenação. O direito, por outro lado, é uma retórica milagrosa porque consegue exatamente isso (CASTRO Jr., 2011, p. 1080).

Essa “retórica milagrosa” do direito é justamente o que faz como que o jogo do direito seja jogado mesmo sem que saibamos exatamente onde está a “bola”, apesar de todos apontarem para ela. As interações comunicativas dos juristas, as *performances* dos atores envolvidos em disputas judiciais e até a própria teorização descompromissada movem seus olhares e determinam seus comportamentos como se a “bola” estivesse em determinado lugar. E isso faz com que muitos declarem terem-na visto: uma pantomima coletiva leva a uma espécie de delírio coletivo em que todos passam a ver o mesmo objeto, como se estivessem percebendo a mesma coisa compreendida objetivamente. Mesmo o teórico desengajado e descompromissado, inicialmente cético e incrédulo, deixa-se admirar com aquela representação e se faz seduzir diante do “sucesso do absurdo”.

Esse personagem, que, até então, estivera fora do jogo e fora da torcida, igualmente, que observava absorto, como que admirado pelo sucesso do absurdo, passa a ser o foco das expectativas de todos. É preciso apanhar a bola que escapou do alambrado. Apanhar a bola que não existe e devolvê-la à partida que há e espera desfecho. Depois de uma nítida, mas tímida, hesitação, e sob a pressão da audiência e o pedido expresso da jogadora bonita, assim o faz o fotógrafo cético. Sucesso pragmático: o *theorós* é obrigado a interagir, a deixar de ser somente o que é quando não há interação (CASTRO Jr., 2011, p. 1080-1081).

Na minha interpretação a partir dessa analogia alegórica do jogo de tênis sem bola com o direito, entendo que mesmo que levado a participar e a interagir no jogo, o espectador ou teórico, por ainda permanecer conectado ao mundo externo ao jogo assume uma posição irônica diferente de quem se encontra completamente envolvido pelo jogo.

A posição dos jogadores e também a da plateia engajada podem se definir de diferentes formas. Em ironia situacional (MUECKE, 1995, p. 37, 92), na qual todos são vítimas da ironia, pois, ainda que confiantes em suas ações e seus fundamentos, são

inconscientes do verdadeiro estado atual das coisas. É como se os participantes do jogo não tivessem a menor consciência de que se trata de pura pantomima e representação de uma realidade que não há. Mas se há consciência, mesmo que parcial, de que se trata de uma representação, a ironia situacional pode se transformar em uma ironia instrumental (MUECKE, 1995, p. 36, 44, 57, 72, 77, 90, 123; BOOTH, 1974, p. 139) em que se destaca a própria posição do ironista. O ironista, assim, assume um papel ativo de não só participar e se engajar no jogo performático de representação, como também escolhe a vítima ingênua de sua própria ironia que, incapaz de percebê-la, deixa-se seduzir pela trama. Poderíamos dizer que nesse caso há uma pretensão irônica de se fazer uma vítima.

Evidentemente essas demarcações são precárias em seus próprios critérios distintivos. Falar em intenção, consciência, vítima é sempre problemático. Qualquer classificação será sempre flexível, portanto.

No caso do teórico do direito, sua posição dificilmente será a de vítima inconsciente, mas certamente na medida em que procura teorizar positivamente sobre o direito é porque se deixou seduzir por sua retórica milagrosa. Podemos então pensar na presença de uma ironia observável (MUECKE, 1995, p. 71), isto é, quando as coisas mesmas são vistas como irônicas. Podemos ainda falar em diferentes ironias (cósmicas, gerais, de eventos, filosóficas, do universo) em que está presente sempre uma conjuntura – mesmo que apenas potencialmente – intrinsecamente absurda da vida que pressupõe uma “lei da ironia” e que faz ver a realidade como uma rede interativa de contradições animadas ou absurdidades postas em ação.

A ironia no âmbito do jogo jurídico que apresenta o discurso racional de um saber no lugar do discurso volitivo de uma forma de poder supre as lacunas e deficiências próprias do terreno das aporias do raciocínio jurídico, permitindo assim que o jurista apresente uma retórica do certo, do verdadeiro, do factual, quando se está em posse apenas do incerto, do verossímil e do conjectural.

É justamente esse o tipo de retórica que se espera do orador forense. É assim, ironicamente, que o jurista se insere em seu mundo. Os juristas, nesse sentido, são não só protetores da

hipocrisia coletiva como também guardiães da ironia e do discurso irônico que lhes permite sustentar esse “fino sorriso, significativo, ambigualmente revelador de tanta coisa” (KIERKEGAARD, 2006, p. 214). A ironia do “eu sei” garante a reputação do jurista sem que precise explicitar que “eu posso”. A ironia é a maneira mais própria de compensar suas lacunas intelectuais e de proporcionar sua reputação de ser culto e de compreender a vida, como um iniciado que é nos mistérios do direito.

Dessa forma, é possível construir no âmbito da retórica jurídica uma imagem de epistemologia que fundamenta todo o falatório dogmático que, por sua vez, propicia não apenas uma “sensação de neutralidade e objetividade” garantidas pela “substantivação do discurso jurídico”, mas também a experimentação de uma “validade objetiva” propiciada pela “metáfora da identidade no literal do signo com o significado” (CASTRO Jr., 2009, p. 226).

Uma coisa é fundar o discurso no “querer”. Outra, fundá-lo na inelutável “realidade”. Esta é a diferença “de mérito”, por exemplo, entre o discurso de Antígona e o de Creonte na tragédia de Sófocles. (...) Em termos simples, Creonte não quer o sepultamento do seu inimigo. Antígona, ao contrário, o deseja. Porém, o **conflito de vontades** (e de normas, em certo sentido) não se manifesta diretamente como tal. Em vez de apresentar seu argumento como um seu “querer”, Antígona o apresenta como uma “verdade”, que independe dela e tem como que “validade objetiva” (CASTRO Jr., 2009, p. 227).

O conhecer e o saber do jurista são mais propriamente, talvez, um sentir e um querer que só ironicamente podem ser revelados. Retoricamente, contudo, do ponto de vista pragmático de sua efetivação, o discurso jurídico não pode jamais assumir essa ironia, sob pena de destituir de sua noção essencial de validade as qualidades da objetividade, da neutralidade e da imparcialidade.

A neutralidade das formulações linguísticas e a imparcialidade dos juízos que visam a sua aplicação ou efetivação só são mantidas por essa retórica da objetividade que, por sua vez, não pode ser tomada por mera máscara ideológica do discurso jurídico, mas na qualidade de elemento essencial, falando a partir de um ponto de vista funcional do direito.

Esta retórica da autonomia, da neutralidade e da universalidade, que pode ser o princípio de uma autonomia real dos pensamentos e das práticas, está longe de ser uma simples máscara ideológica. Ela é a própria expressão de todo o funcionamento do campo jurídico e, em especial, do trabalho de racionalização, do duplo sentido de Freud e de Weber, a que o sistema das normas jurídicas está continuamente sujeito, e isto desde há séculos (BOURDIEU, 2009, p. 216).

A ironia está no fato de que se sabe que por trás da máscara não há tampouco uma realidade em si da “não-objetividade” que supostamente esconder-se-ia mascarada. Ou seja, a ironia está em reconhecer que, simplesmente, a noção de objetividade é operacionalmente funcional para o raciocínio jurídico, mesmo que ela não disponha de qualquer referência semântica literal. Poderíamos dizer: toma-se o critério, mesmo que aliado de qualquer critério que o fundamente. Talvez a única forma de objetividade de que se pode falar concretize-se no imperativo “tomemos a objetividade para nós, mesmo que nada de objetivo a fundamente”.

A objetividade, pois, é um elemento fundamental no que se refere à constituição retórica da racionalidade jurídica da maneira como é pensada na Modernidade e constitui a marca distintiva que caracteriza “o rosto dogmático de um pensador profundo”.

Pois o nosso tempo exige mais, exige se não um *pathos* elevado, pelo menos altissonante, se não especulação, pelo menos resultados; quando não verdade, pelo menos convicção, quando não sinceridade, pelo menos protestos de sinceridade; e na falta de sensibilidade, pelo menos discursos intermináveis a respeito desta (KIERKEGAARD, 2006, p. 215).

Entendo como irônica essa atitude na medida em que se pode afirmar que “não há seriedade nesta seriedade”. Se as teorias jurídicas da Modernidade objetivam a simplificação e sistematização da linguagem do direito isto se deve à existência de um escopo – que decorre da exigência de racionalidade tipicamente moderna – de garantir que a linguagem propicie o entendimento de forma clara e consistente. Este é escopo normativo das teorias jurídicas que são, quase sempre, deste tipo, isto é, vão além, ou estão aquém da simples descrição da realidade do cotidiano dos juristas. A linguagem do direito não é clara e nem inequívoca e, muito menos, digna de ser

considerada sincera ou patentemente direta. Muito pelo contrário, dificilmente há uniformidade no modo de produção de textos jurídicos. Ou seja, ao mesmo tempo em que há uma exigência das teorias normativas do direito de se empregar uma linguagem formalizada e exata, há do outro lado uma barreira formada pela própria estrutura retórico-metafórica da linguagem do direito. Os tropos ou figuras de linguagem estão muito mais presentes do que se pensa na própria linguagem do direito. O modo de ver irônico é uma estratégia de compreender esse fenômeno.

Considerando que a figura de linguagem irônica anula a si mesma, pois é como um enigma para o qual temos no mesmo instante a solução, isto é, que a ironia é feita para ser entendida enquanto tal, mesmo que a mensagem deva ser compreendida indiretamente, é possível afirmar que essa característica denota certo ar de “nobreza” do discurso irônico “que faz com que esta figura olhe como que de cima para baixo o discurso simples que cada um pode entender sem dificuldades”. “Ela como que viaja na carruagem nobre do incógnito e desta posição elevada olha com desdém para o discurso do pedestre comum” (KIERKEGAARD, 2006, p. 216). Para perceber a ironia da linguagem dos juristas basta pensar que sua linguagem especializada só pode ser compreendida por quem nela já é iniciado.

Não é por acaso que somos doutrinados e que a doutrina do saber jurídico é empregada como uma justificativa da autoridade de dizer o direito. O argumento de autoridade leva à ironia que caracteriza bem o que pretendo dizer: a do doutor que entende de doutrina e, por essa razão, não precisa fundamentar sua decisão. Trata-se de um episódio narrado como verídico por Almeida Nogueira (1908, p. 180-182), num dos volumes de suas *Tradições e reminiscências*. Os destaques são do próprio autor.

Procurando dar a nota mais saliente do caracter do dr. Ferreira França, como juiz, escrevemos o seguinte para o Álbum Paulista: “O Sr. Ministro Ferreira França lê e relê, folha por folha, linha por linha, os autos que tem de julgar; os lê e os relê desde a autuação até o termo de conclusão, examina, estuda, analisa meticulosamente, já não dizemos todas as petições, articulados, allegações, cotas, razões, depoimentos e documentos, mas todos os termos dos escrivães, inclusive os de mero

formalismo; verifica as contas, tira-lhes a prova, observa a paginação, o papel, a tinta, a encadernação dos autos. Assim faz por systema, por habito e por dever que elle se impõe, por escrupolo de consciência, mesmo quando não ha razão especial para taes pesquizas.

Em taes condições, é absolutamente superfluo pedir-lhe *a sua atenção* para quaesquer autos.

O dr. Ferreira França é um cavalheiro amavel; recebe com sincero agrado as visitas que lhe fazem; não lhe chamem, porém, *a atenção* para qualquer feito! Torna-se logo intratavel.

A parte, porém, – fraca ou poderosa – que tem por si a justiça e o direito – pode contar com elle!”

Ainda hoje subscrevemos a essas linhas, sem nada lhes acrescentar.

Para que não pareça *engrossamento* o retrato que ahi fica, additemos-lhe uma pimentinha. O dr. França é bahiano e não poderá extranhar o tempero.

Um dia foi elle procurado por um advogado que lhe pediu venia para aggravar de um despacho delle.

- Não é necessária auctorização minha para esse fim.

- Bem sei, mas é que ignoro as razões do despacho, que não está fundamentado...

- Como! Não está fundamentado?

- Não, senhor.

- É engano seu. Não dou despacho que não fundamente.

- Pois eu lhe demonstrarei que está.

O advogado abriu os autos e leu o laconico despacho de que se tratava.

- Pois então? – perguntou o dr. Ferreira França.

- Eu tinha razão, não está fundamentado.

- Está! Veja a assignatura “Doutor”. Então?!

Exprimindo-se nestes termos, queria significar o dr. França a auctoridade scientifica do seu grau. Um *doutor* sabe *doutrina*; portanto, a sua assignatura num despacho, sentença, parecer ou razões, constitue de per si – um fundamento jurídico.

Considerando que tem razão Aristóteles (1996, p. 379 [1419b]), quando afirma que a ironia é mais digna de um homem livre do que o escárnio, porque a ironia cria o ridículo para seu próprio divertimento enquanto o escárnio o faz para o divertimento alheio, podemos dizer que o doutor Ferreira França, tirou bom proveito desta ironia intrínseca ao próprio discurso jurídico de fundamentação.

2. O JURISTA É IRÔNICO QUANDO SÓ PODE CRER, MAS, NÃO SÓ ESPERA, COMO AFIRMA TER CERTEZA EPISTÊMICA DE SEU CONHECIMENTO

As coincidências parecem ser importantes para o jurista: pouco importa se a inferência é correta ou não, o que interessa são os seus efeitos. Se os efeitos obtidos forem os desejados, as teorias se confirmam. Essa interação entre os sujeitos ou utentes (S – S) numa relação agônica (fronética, da retórica analítica)² pode levar à constituição de teorias verdadeiras, sem que os objetos sejam levados em consideração e sejam assim simplesmente desprezados.

É algo parecido com o que acontece na anedota do cientista que estava investigando a anatomia de uma aranha de oito patas. Retirando uma a uma, e ordenando a cada pata retirada que se mova, observando que sempre se movia ao seu comando, chega a deixar a aranha sem patas e, diante da última ordem para que se mova, a aranha, incapaz de sair do canto, é declarada surda. A conclusão do cientista é “a aranha sem suas patas fica surda”. Seria simplesmente cômico concluir que a aranha não caminha porque não é capaz de ouvir o comando do cientista para que se mova, se não fosse o fato de que as aranhas têm seus sensores auditivos justamente nas patas: há pelos nas patas que são capazes de detectar o som. O apenas cômico se converte numa profunda ironia observável do próprio evento.

Os juristas, pois, parecem atuar como o cientista que arranca as patas da aranha e conclui que não se movem porque estão surdas mesmo sem saber que estão certos.

As posições científicas podem ser exemplificadas no positivismo jurídico – apesar de a ele não se resumir – como as do positivismo realista escandinavo, que adotava abertamente uma atitude epistemológica de cunho sociológico e psicológico e procurava, assim, com o auxílio da metodologia dessas duas ciências específicas, definir o direito cientificamente como um fato

2 Para uma definição de retórica analítica cf. BALLWEG, 1982, 1989, 1991a, 1991b.

(OLIVECRONA, 1959, p. 7-11), como parte do mundo físico, determinado por relações de causa e efeito, denominado “realidade”.

(...) o conceito de direito vigente, apesar de sua positividade, está longe de aparecer como um mero conceito da realidade. É característica do conceito de direito a **crença em uma encarnação do válido, do metafísico, do ideal, no reino do existente, do físico, do real**. O direito, a diferença da moral, não é pura idealidade. Porém tampouco é, como a tirania de um poder cru, uma realidade social meramente empírica. O direito é ao mesmo tempo válido e fático, ideal e real, físico e metafísico, mas não como duas coisas coordenadas, **mas sim como manifestação da validade na realidade** que é somente por isso qualificada como direito. O conceito de direito leva de forma consistente desde uma **metafísica espiritualista**, ao pressuposto de que existem elementos no mundo físico que em sua mais íntima essência são uma encarnação de princípios espirituais ou de ideias racionais que expressam valores supra-temporais” (ROSS, 1961, p. 26).

A ironia socrática foi capaz de desafiar a crença em definições que eram consideradas por seus adversários como seguras ou não problemáticas em relação aos seus sentidos. Quando questionados sobre a definição de conceitos como amizade, justiça ou amor, seus adversários logo se apressavam em oferecer uma rápida definição que em seguida era refutada. Qualquer definição peremptória era rechaçada imediatamente por Sócrates.

Provavelmente a ironia socrática levava seus interlocutores à busca por um conhecimento ético na medida em que demonstrava que o conhecimento que eles acreditavam ser seguro não era tão certo assim. Portanto, ironicamente, Sócrates era capaz de mostrar como havia uma possibilidade de existir um sentido contrário ao evidente, isto é, um sentido latente, velado ou apenas sugerido (COLEBROOK, 2006, p.23).

Se se deseja depositar alguma confiança no saber jurídico, que este seja concebido como arte retórica e não como ciência. Enquanto ciência, isto é, no âmbito dos saberes científicos, o direito ocupará o último lugar em relação a qualquer critério que seja epistemologicamente valioso (universalidade, atemporalidade, racionalidade, objetividade, impessoalidade, literalidade, neutralidade axiológica, previsibilidade, segurança e transmissibilidade do conhecimento). Enquanto retórica, a jurisprudência é a arte mais

importante e rica: o paradigma para as outras artes retóricas. Portanto, se se quiser atribuir alguma dignidade ao estudo do direito, que seja concebido como arte retórico-poética, como a capacidade discursiva de construir mundos, de inovar, de criar novas metáforas para novas formas do mundo da vida.

É preciso sempre assumir uma posição, apegar-se a algo, acreditar em um ponto de partida indiscutível tanto do ponto de vista operacional quanto do ponto de vista epistemológico, isto é, “uma definição da verdade que não seja acompanhada de uma tomada de posição ontológica e epistemológica, mesmo que útil ao lógico, parece de pouco interesse ao filósofo da moral e do direito”³ (PINTORE, 1996, p. 92).

As divisões e subdivisões de categorias que representam essas posições partem já da premissa geral de que ou há um só critério unívoco de verdade, ou há critérios os mais variados a depender de inúmeros fatores como, por exemplo, contexto, objeto ou finalidade. Assim, é possível falar em um monismo e um dualismo alético que por sua vez se subdividem ainda em monismos fortes (verdade como correspondência em qualquer âmbito do conhecimento) e fracos (outras formas de verdade diversas da correspondência) e dualismos positivos (verdade como correspondência para a teoria; e verdade prática baseada no consenso, na coerência e na correção dos procedimentos na qualidade de concepções menos potentes para a verdade) e negativos (que restringem a verdade ao âmbito teórico).

Desta forma, pelo menos quatro diferentes critérios de verdade podem ser tomados na ciência do direito: verdade como correspondência, verdade como consenso, verdade como coerência e verdade como correção procedimental.

O padrão de verdade, como se pode intuir, para todas as formas mais “fracas” de critérios de verdade é o da correspondência, inclusive para as posições dualistas. Um exemplo de posição dualista positiva seria o que determinasse que o critério da verdade como

3 “(...) una definizione della verità che non sia accompagnata da una presa di posizione ontologica e epistemologica, per quanto utile ai logici, appare di scarso interesse al filosofo della morale e del diritto”.

correspondência é válido para as ciências da natureza enquanto que para ciências do espírito os critérios deveriam ser outros, como o consenso ou a correção procedimental na qualidade de verdades práticas. Talvez este seja o ponto de vista mais democraticamente aceitável pelo senso comum da epistemologia contemporânea.

Mas não se podem excluir as posições monistas que entendem que o único critério de verdade é o da verdade como correspondência, inclusive para o conhecimento jurídico, o que pressupõe o direito como uma realidade não retórica ou extralinguística. Dessa forma, “com base na concepção de verdade como correspondência, atribuir valores de verdade às normas equivale a afirmar que a essas pode corresponder uma realidade extralinguística (a que deve corresponder para que as normas sejam consideradas verdadeiras)”⁴ (PINTORE, 1996, p. 93).

O naturalismo ético em geral é assim representado, como uma concepção teórica que verifica uma relação de correspondência das normas com uma realidade empírica ordinária fundada em opiniões, crenças e comportamentos efetivos. Dessa forma, o bem e o justo moral seriam propriedades naturais das próprias coisas. O intuicionismo ético, ao contrário, identifica as normas com uma realidade peculiar de valores acessíveis apenas com meios especiais. Os adeptos das teorias naturalistas tendem a considerar uma ontologia não apenas complicada, mas também bizarra aquela que concebe uma realidade especial a qual corresponderiam as normas jurídicas. Por outro lado,

Pergunta-se de fato que gênero de realidade seja aquela cuja correspondência às normas jurídicas fosse capaz de torná-las verdadeiras ou falsas. Dado que as normas jurídicas geralmente gozam de certo (em verdade um tanto indeterminado) grau de efetividade, uma primeira possibilidade poderia ser aquela de identificar esta realidade com os comportamentos humanos que constituem o cumprimento ou observância das próprias normas⁵ (PINTORE, 1996, p. 95).

4 “*In base alla concezione della verità come corrispondenza, ascrivere valori di verità alle norme equivale ad affermare che ad esse può corrispondere una realtà extralinguistica (e deve corrispondervi, perché le norme possano essere considerate vere)*”.

5 “*Ci si domanda infatti che genere di realtà sia quella la cui corrispondenza alle norme giuridiche sarebbe in grado di rendere queste vere o false. Dato che le*

É evidente que seria preciso deixar de lado os vários graus de efetividade normativa, excluindo a possibilidade de uma terceira forma de juízo e pressupondo a realidade como sendo o conjunto de comportamentos humanos que constituem o cumprimento das normas. Seria preciso também pressupor que haveria uma coincidência entre o frástico da norma e o frástico da observação que descreve a execução das normas. Se fosse assim, uma norma jurídica deveria ser considerada verdadeira quando fosse observada e falsa quando fosse violada.

Por mais que os juristas possam ser assim filosoficamente desprovidos (ou platonizantes) ao ponto de crer na existência de uma realidade jurídica especial, um céu dos conceitos jurídicos, eles admitem, todavia, em geral que tal realidade possa ser manipulada por meio do direito, e que não seja por ele meramente representada; é no geral estranha à cultura jurídica a ideia de que o direito tenha uma função e um papel passivamente declaratório, receptivo de uma realidade *jurídica* pré-existente ⁶ (PINTORE, 1996, p. 99).

No entanto, paradoxalmente, é justamente a noção de correspondência que funciona muitas vezes como critério para a verdade jurídica. Especialmente em expressões corriqueiras do tipo “o direito deve se adequar à realidade social” que orientam o trabalho jurídico tanto prático como teórico, mesmo que não se tenha qualquer acordo sobre o que seja a realidade de uma sociedade. Nesse sentido, o direito só pode ser representado como sátira ou paródia de uma realidade que em si é metaforicamente referida como algo que lhe é prévio e exterior.

As formulações linguísticas das metodologias jurídicas, portanto, podem muito bem ser representadas como sendo “uma

norme giuridiche di solito godono di un certo (invero alquanto indeterminato) grado di effettività, una prima possibilità potrebbe essere quella di identificare questa realtà con i comportamenti umani che costituiscono adempimento o osservanza delle norme medesime”.

6 “Per quanto i giuristi possano essere così filosoficamente sprovveduti (oppure platonizzanti) da credere nell’esistenza di una realtà giuridica speciale, un cielo dei concetti giuridici, essi ammettono tuttavia di solito che tale realtà possa essere manipolata tramite il diritto, e che non sia da esso meramente rappresentata; è nel complesso estranea alla cultura giuridica l’idea che il diritto abbia una funzione e un ruolo passivamente dichiarativo, recettivo di una realtà giuridica preesistente”.

palavra de conforto” com intenções de apaziguar as inquietudes da alma e de seu impulso para verdade.

Poderia ser desesperador descobrir em algum momento que, a despeito de seu emprego cotidiano, a palavra liberdade, por exemplo, não se refira a coisa alguma, a qualquer “realidade”. Apesar de aparecer em uma infinidade de textos jurídicos e de compor formulações normativas do tipo “inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade (...)”, ou “é livre a manifestação do pensamento (...)”, ou ainda “é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica (...)” presentes no texto constitucional, do ponto de vista filosófico, a discussão acerca da noção de liberdade raramente não nos leva a aporias, contradições performativas, paradoxos lógicos ou petições de princípio. Operacionalmente empregamos a expressão deliberadamente mesmo sem ter alguma certeza acerca do que estamos falando.

A crença e a esperança de que algum acordo semântico é possível em torno de um conceito como liberdade nos permite estabelecer um padrão de verdade para aferir quando um indivíduo é ou não considerado livre. Quando não há correspondência com a crença, independentemente do conhecimento que se tem, reforça-se a esperança de que uma opinião divergente será sempre rejeitada.

O indivíduo crente dificilmente se permite perceber uma ironia que ridiculariza as suas crenças (BOOTH, 1974, p. 81). Se acredito em um determinado sentido para liberdade e considero que todos os seres humanos são inerentemente livres, dificilmente serei capaz de perceber que, considerada seriamente, liberdade é uma noção extremamente vaga e plenamente questionável do ponto de vista de sua fundamentação e de sua oposição aos instintos, sem falar nas posições monistas (TELLES Jr., 1980, p. 230) que não consideram a divisão do universo em mundo físico e mundo ético.

Deixar-se seduzir e se apaixonar inadvertidamente pelas próprias crenças é, pois, uma maneira de assumir quase que de forma deliberada o papel de vítima de uma ironia trágica do destino. A dúvida é, paradoxalmente, a respeito das próprias crenças, uma maneira de reforçar a retórica que as afirma. É o momento em que a dúvida se apresenta como corolário da certeza que representa a ironia do conhecimento jurídico.

Paixão e direito. - Ninguém fala do seu direito mais apaixonadamente do que aquele que, no fundo da alma, conserva uma dúvida sobre este seu direito. Deixando de lado a paixão, ele quer aturdir sua razão e sua respectiva dúvida: assim, assegura a boa consciência e com ela o êxito diante dos próximos⁷ (NIETZSCHE, 1988b, p. 341).

A ironia não impõe uma interpretação. Uma mensagem irônica não diz como deve ser compreendida. Isto é, o ironista não diz como os seus ouvintes devem pensar, mas apenas os faz despertar de seus dogmatismos por meio de questionamentos de convenções e expectativas. Nesse sentido, a ironia é uma figura que representa tanto estabilidade quando instabilidade. Convenções e opiniões são destruídas ao mesmo tempo em que verdades mais elevadas são sugeridas, sem que sejam ostensivamente apresentadas, deixando-nos em uma posição de eterna leitura e interpretação de perpétuas possibilidades contraditórias.

No *Ménon* (*Menão*), Sócrates afirma que é possível ter uma opinião verdadeira sem possuir o raciocínio causal que delas faz uma *epistéme* (CASERTANO, 2010, p. 44). Diferentemente do senso comum acerca da interpretação do pensamento de Platão, que estabelece apressadamente uma distinção simplória e artificial entre *dóxa* e *epistéme*, a opinião verdadeira, para a filosofia platônica, é tão valiosa, no que se refere à sua utilidade como guia da boa ação, isto é, da ação correta, quanto o conhecimento, mesmo que permaneça no plano do meramente opinativo. Sócrates afirma que

(...) para a boa direção da conduta, a opinião verdadeira, como guia, não é inferior ao conhecimento. (...) Logo a opinião verdadeira não é menos útil do que o conhecimento. A diferença entre opinião verdadeira e conhecimento verdadeiro, está no fato de que as opiniões, apesar de valiosas, “fogem da alma dos homens”, pois não são ainda “amarradas pelo conhecimento de causa” (PLATÃO, 2007, p. 278-279 [97b-98a]).

O conhecimento, pois, só é mais valioso do que a opinião pelo fato de estar acorrentado.

7 “*Leidenschaft und Recht. - Niemand spricht leidenschaftlicher von seinem Rechte, als Der, welcher im Grunde seiner Seele einen Zweifel an seinem Rechte hat. Indem er die Leidenschaft auf seine Seite zieht, will er den Verstand und dessen Zweifel betäuben: so gewinnt er das gute Gewissen und mit ihm den Erfolg bei den Mitmenschen.*”

Entendo que, por mais desenvolvida e sofisticada que seja a tecnologia da dogmática jurídica, o intérprete do direito não é capaz de ter jamais um conhecimento completamente “amarrado”, como diria Platão, ou completamente fundamentado empírica e racionalmente. Todo conhecimento jurídico está no nível das *dóxai*, ora mais, ora menos bem fundamentadas. Mas nunca atinge o nível epistêmico do conhecimento seguro.

A ironia dos juristas está em mostrar aquilo que é meramente opinativo e, portanto, fugaz, assim como são os escravos fujões e as estátuas corredoras de Dédalo do exemplo socrático (PLATÃO, 2007, p. 279 [97d]), na qualidade de algo certo e inquestionável, isto é, como se fosse conhecimento epistêmico.

Nesse sentido, a ironia do pensamento jurídico denuncia que o que se tem por conhecimento, mais apropriadamente, é crença. Entretanto, do ponto de vista estratégico da persuasão, não se pode apresentar diretamente o fato de que a compreensão jurídica é um produto da crença e não do conhecimento. Isso seria à produção jurídica ela mesma. A fé depositada no direito, paradoxalmente, depende de sua maneira de se apresentar como uma forma segura de conhecimento metodologicamente controlado e epistemologicamente fundamentado. O jurista apresenta suas teses como se fossem postulados de um conhecimento científico seguro, quando na verdade a mensagem que quer e que pode passar é “acreditem em mim, em minha opinião, mesmo que eu não a possa revelá-la enquanto tal”. Mas a crença, mesmo que nunca deva ser revelada superficialmente como sendo apenas crença, é fundamental para a própria vivência da metáfora do direito, isto é, para sua práxis. Se, por exemplo, as decisões judiciais só pudessem ser proferidas quando se tivesse produzido conhecimento e não simples opiniões, nenhuma decisão judicial jamais seria proferida. Mas a autoridade que apresenta a sua decisão judicial, mesmo que esteja convencida intimamente de que não se trata de algo absolutamente certo, isto é, mesmo sabendo que a decisão não passa do nível da *dóxa*, sente-se compelida a apresentá-la como o produto do conhecimento. Já o jurista cético, que revela o seu ceticismo, está fadado ao insucesso. É preciso talvez não tanto acreditar para ser jurista, mas certamente fazer crer.

(...) a opinião aparece como um estado necessário na vida do homem, de todos os homens. Daria um sentido forte àquele οἶμαί de 97b6, no sentido pleno do verbo; não só opinar, presumir, genericamente, mas também entender, querer; “acreditar” em sentido pregnante, **confiar, estar convencido** e, por conseguinte, apropriar-se de. Por outras palavras, não basta conhecer e pensar uma verdade, é necessário apropriar-se dela, interiorizá-la, para que ela possa ter um efeito prático, isto é, possa ser concretamente um guia para o agir. Neste sentido, não é tão importante conhecer a verdade, no sentido pleno do possuir um sistema de raciocínios causais, isto é, uma *epistéme*, mas **acreditar e principalmente querer a verdade**. Deste ponto de vista, a opinião aparece como uma disposição de ânimo necessária para que se possa unir o circuito teoria-práxis: pode-se até não **saber a verdade**, mas é necessário **acreditar** nela; por outras palavras, aspirar continuamente a ela, porque só assim se pode **agir bem** (CASERTANO, 2010, p. 44).

Diante de situações agonizantes – a que podemos chamar de dilemas – que podem surgir no contexto de sistemas informais, há necessidade de modificação de conceitos, sob pena de se ser obrigado a aceitar inconsistências ou mesmo de reprimir certo conhecimento para proteger determinada crença. Por exemplo, em uma democracia prevalece o *tópos* de que se deve proteger o direito à liberdade de expressão; deve-se proteger também o direito à privacidade, à intimidade e à dignidade; a autoridade estatal, responsável pela garantia desses direitos recebe uma denúncia de violação da privacidade de um indivíduo por parte da imprensa. Como agir diante dessa situação e das crenças? Ou os conceitos de privacidade e de liberdade de expressão são modificados; ou se aceita uma situação de inconsistência; ou o conhecimento sobre o caso é de alguma forma reprimido para manter intactas as crenças.

3. A SAÍDA IRÔNICA COMO MANUTENÇÃO DA CONFIANÇA RETÓRICA NAS SOLUÇÕES NEM SEMPRE CONSISTENTES DO DIREITO

Um exemplo de ironia capaz de manter a crença e a confiança na retórica material do direito e nos institutos da dogmática jurídica que considero significativo pode ser visto no acórdão proferido pela 1ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo relativo ao habeas corpus nº 0269751-13.2011.8.26.0000

de 30 de janeiro de 2012. Trata-se do caso de um indivíduo preso em flagrante delito por infração do art. 155 do Código Penal. O paciente do habeas corpus, após ser preso, acusado do crime de furto de placas de alumínio da Estação República do Metrô de São Paulo, teve a sua prisão preventiva decretada com base exclusivamente na reincidência. A defesa alegou que não poderia ser mantido preso, contudo, pelo fato de ter sido declarada a sua inimputabilidade após exame de sanidade mental realizado pelo Instituto Médico Legal que detectou “transtornos mentais e de comportamento decorrentes do uso de múltiplas drogas e do uso de outras substâncias psicoativas” (TRIBUNAL DE SÃO PAULO, 2012, p. 2). Portanto, deveria ser internado provisoriamente e não preso. No entanto, a internação provisória só é aplicável para crimes com violência ou grave ameaça de acordo com o art. 319, VII do Código de Processo Penal, o que não é o caso do crime de furto. Assim, nem poderia ficar preso, por ser inimputável, tampouco ser internado, diante da exigência legal. Por essa razão, deveria ser solto e submeter-se a tratamento ambulatorial de acordo com os argumentos do impetrante.

O desembargador relator do habeas corpus suscitou a Lei nº 12.403 de 04 de maio de 2011, responsável por introduzir no sistema processual penal a previsão de medidas cautelares diversas do encarceramento, para sustentar que não havia necessidade no caso concreto de manter o acusado preso, desde que lhe fosse mantida alguma restrição de direito, pois obviamente não poderia ser simplesmente solto. Nas palavras do relator,

inegável que a simples soltura do paciente não se mostra apropriada, já que nada assegura que, em razão da certificada doença mental, não volte a cometer novos delitos. Todavia, evidente também que inadequada a prisão preventiva, por colocar no cárcere comum pessoa que demanda cuidados médicos, situação que põe em risco a incolumidade física de eventuais companheiros de cela e do próprio paciente (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO, 2012, p. 5).

Diante da certeza da impossibilidade de manter o acusado preso preventivamente ou de simplesmente decretar sua soltura, a solução determinada pelo tribunal foi converter a prisão preventiva em prisão domiciliar. Até aí nenhuma ironia, a não ser que se considere que o paciente do habeas corpus era à época do fato

morador de rua, de acordo com o que foi noticiado pela imprensa (UOL, 2012).

Um aluno do primeiro ano do curso de graduação em direito estaria apto a classificar o caso como o de uma lacuna legislativa carente de integração. Possivelmente, seria de se esperar alguma criatividade dogmática capaz de proporcionar uma transformação hermenêutica do direito processual penal. Contudo, a *interpretatio* da solução de integração proporcionada pelo tribunal, nesse caso, optou por seguir o caminho mais irônico de todos, pelo menos dos que posso imaginar: determinar a prisão domiciliar de um morador de rua, pois a sua soltura seria inadmissível.

Se tomadas como um todo, as decisões serão sempre, quase que inevitavelmente, inconsistentes, mesmo que relativamente coerentes e praticamente livres de contradições (ARBIB; HESSE, 2008, p. 33). Nada obstante, é possível ampliar a consistência das decisões (diminuindo as situações de ambiguidade em que se pode agir contra ou a favor, isto é, em um ou outro sentido) com a ampliação do tempo que, por sua vez, permite ampliar a pesquisa com a inserção de um número maior de dados e assim considerar um maior número de alternativas. A produção jurisdicional que dá origem a normas jurisprudenciais funciona assim. Entretanto, sabe-se que no mundo real, o tempo não é ilimitado, nem todos os dados são acessíveis e as alternativas em jogo podem ter o mesmo grau de plausibilidade entre si.

Dessa forma, as crenças cotidianas se submetem a esses constrangimentos, todos ligados ao problema da ação. Uma crença não pode ser submetida a uma lógica binária do verdadeiro ou falso. Ao contrário, está ligada a diferentes graus de força, isto é, graus de crenças que variam em relação às circunstâncias. Seria possível assim falar em graus de racionalidade da crença, ou em diferentes graus de uma crença racional. Essa racionalidade, no entanto, é limitada em razão do tempo que também é limitado para a ação.

A crença, pois, não é algo completamente arbitrário, pois pressupõe graus diferentes de racionalidade entre seus diversos tipos. Mas obviamente a crença não se resume a uma racionalidade computacional, pois envolve também uma racionalidade emotiva. Os aspectos computacionais do cérebro humano não são em

princípio separáveis dos aspectos emocionais. O retórico sabe muito bem lidar com as relações entre os aspectos racionais e os emocionais. Juntamente ao *éthos*, o *lógos* e o *páthos* atuam como meios de prova técnica fundamentais da retórica.

Dessa forma, apenas uma posição típica do naturalismo seria capaz de considerar a ciência como a mais adequada forma de conhecimento. Em razão do sucesso notável das ciências teoréticas, os naturalistas não sentiam necessidade de reconhecer outras formas de conhecimento, como o religioso, o mítico ou o alegórico, já que seus critérios de sucesso são pouco claros e não há qualquer consenso sobre sua satisfação.

Por conseguinte, somos levados a nos apegar a crenças e compelidos a apresentá-las como conhecimento, porque não consideramos juridicamente adequado confiar na liberdade criativa do indivíduo. Portanto, toda ação individual que não deseje ser classificada como arbitrária e irracional deve se pautar em alguma tradição, em algo que se encontra seguro e estável no passado.

O homem livre é imoral porque ele quer em tudo depender de si mesmo e não da tradição: em todas as suas formas de humanidade primitiva, o “mau” é sinônimo de “individual”, “livre”, “arbitrário”, “não-habitual”, “imprevisto”, “imprevisível”. Sempre segundo os critérios dessas culturas primitivas, quando se age não porque a tradição assim o quer, mas por outros motivos (por exemplo, o interesse pessoal), inclusive pelos motivos que outrora fundaram exatamente esta tradição, a ação é taxada de imoral, e mesmo o seu autor a considera assim: pois ela não resulta da obediência à tradição. O que é a tradição? Uma autoridade superior à qual se obedece não porque ordena o que é útil, mas porque ordena. – Em que este sentimento da tradição se distingue do sentimento de medo? É o medo diante de uma inteligência que dá aqui as suas ordens, de um poder incompreensível e impreciso, de algo que ultrapassa o individual – há uma **superstição** nesse medo⁸ (NIETZSCHE, 1988c, p. 22).

8 *„Der freie Mensch ist unsittlich, weil er in Allem von sich und nicht von einem Herkommen abhängigen will: in allen ursprünglichen Zuständen der Menschheit bedeutet ‚böse‘ so viel wie ‚individuell‘, ‚frei‘, ‚willkürlich‘, ‚ungewohnt‘, ‚unvorhergesehen‘, ‚unberechenbar‘. Immer nach dem Maassstab solcher Zustände gemessen: wird eine Handlung gethan, nicht weil das Herkommen sie befiehlt, sondern aus anderen Motiven (zum Beispiel des individuelle Nutzens wegen), ja selbst aus eben den Motiven, welche das Herkommen ehemals begründet haben, so heisst sie unsittlich*

E assim, as transformações da dogmática dependem de um esforço criativo irônico para encobrirem as violações à tradição, para não serem consideradas más ou perigosas, nem provocarem horror. Pois,

Toda ação individual, toda maneira de ver individual provoca horror; não se pode calcular o que os espíritos mais raros, mais refinados e mais originais precisaram sofrer no curso da história para que fossem assim considerados como maus e perigosos, mais ainda para se considerarem eles próprios assim⁹ (NIETZSCHE, 1988c, p. 24).

O sucesso do direito como uma entidade concretizável diante de nós (e, em geral, de um sistema ético qualquer) depende mais de uma tradição, de seus tabus, do que de fundamentos supostamente racionais. Os tabus perpassam gerações e podem sobreviver por muito mais tempo do que qualquer formulação racional. Isso, porque as racionalizações (as justificativas racionais) que fundamentam a defesa de certos valores ou pontos de vista são sempre dependentes de um contexto específico no qual foram produzidas. Nem a linguagem, tampouco as ideias são perenes ou incólumes ao tempo. As ideias mais duráveis são aquelas que menos se explicam, isto é, que são menos suscetíveis à racionalização. Na história da filosofia isso parece algo óbvio. A clareza e a inteligibilidade do pensamento (ou do texto) são inversamente proporcionais ao interesse que desperta nos futuros intérpretes. É a obscuridade do pensamento (ou da escrita) que parece proporcionar a sobrevivência de um filósofo na história.

und wird so selbst von ihre, Thäter empfunden: denn sie ist nicht aus Gehorsam gegen das Herkommen gethan worden. Was ist das Herkommen? Eine höre Autorität, welcher man gehorcht, nicht weil sie das uns Nützliche befiehlt, sondern weil sie befiehlt. – Wodurch unterscheidet sich diess Gefühl vor dem Herkommen von dem Gefühl der Furcht überhaupt? Es ist die Furcht vor einem hören Intellect, der da befiehlt, vor einer unbegreiflichen unbestimmten Macht, vor etwas mehr als Persönlichem, – es ist Aberglaube in dieser Furcht.“

- 9 *„Jede individuelle Handlung, jede individuelle Denkweise erregt Schauder; es ist gar nicht auszurechnen, was gerade die selteneren, ausgesuchteren, ursprünglicheren Geister im ganzen Verlauf der Geschichte dadurch gelitten haben müssen, dass sie immer als die bösen und gefährlichen empfunden wurden, ja dass sie sich selber so empfanden.“*

Paradoxalmente, portanto, se eu quiser deixar uma mensagem para uma civilização existente daqui a 10 mil anos, é melhor que seja mais próxima de um tabu do que de uma fórmula racional lógica ou matematizável. O problema é que o tabu, provavelmente, poderá dar origem a diversas interpretações, talvez até bem distantes da mensagem original que se intentou produzir. Por outro lado, considero que os tabus são mais duráveis até mesmo do que as fórmulas matemáticas.

Assim, considero que as instituições e ideias mais duráveis no direito são as que se manifestam irracionalmente como tabus. É assim com a proibição do casamento para pessoas do mesmo sexo ou gênero, com o direito à vida, com a proibição do aborto, com o ideal de justiça em todas as suas variantes, ou com o direito à igualdade. São todos tabus que dificilmente encontrarão um fundamento ou uma explicação racional que os justifique. Se a tendência, de alguns poucos séculos para cá, é a de conferir tratamento igual para todos os indivíduos, ou deveres e direitos iguais para todos os seres humanos, essa inversão de paradigma não tem necessariamente um fundamento racional. Há tentativas de compreender os indivíduos como iguais, mas nada vai mais além de um esforço hermenêutico e ideológico de generalização. É um típico caso de mudança ideológica que não se explica, senão *a posteriori* e por meio de formulações teóricas tão precárias quanto numerosas. O pensamento iluminista da Modernidade desmascarou o tabu da desigualdade (da superioridade de alguns sobre outros) colocando em seu lugar outro tabu, o da igualdade apelando muito mais a mitos (como o do estado de natureza de Rousseau ou do Leviatã de Hobbes) do que a formulações propriamente racionais que justificassem esse novo paradigma axiológico da igualdade.

Assim, entendida como atitude irônica, a decisão do Tribunal de São Paulo mencionada acima dissolve o paradoxo de confinar alguém em seu domicílio, quando não pode mantê-lo preso, mesmo que este seja a rua. Se a liberdade não podia simplesmente ser exprimida, que fosse manifestada ocultamente na contradição da prisão domiciliar do morador de rua. Não ousou falar da ironia de tratar um possível dependente químico de entorpecentes com a instituição do encarceramento, sobretudo diante da seriedade com

que o aparato estatal parece investir mais em prisões do que em hospitais.

Entendida, pois, na qualidade de uma trágica ironia, a decisão deixa de ser uma contradição performativa, transcende o simplista trejeito dogmático, e passa a ser coerente com as ideologias e os objetivos de luta pela transformação de uma tradição legislativa e jurisdicional. Não que o discurso dogmático seja em si ridículo. Mas o absurdo da ironia faz com que o cálculo precário da dogmática processualista se converta em movimento criativo de transformação política.

Nesse sentido, a ironia de forma alguma pode ser entendida somente como negatividade absoluta que leva ao niilismo. Ao contrário, torna-se uma potente arma contra as tolices de uma tradição. O tom irônico de uma crítica aos institutos jurídicos vigentes em uma época é capaz de potencializar a própria crítica.

É dessa forma que podemos encarar a ironia em Platão, por exemplo. Herdada de Sócrates, juntamente com a modalidade do diálogo, a ironia platônica torna-se essencial e constitutiva de sua filosofia, isto é, constitutiva do conhecimento. Se em Sócrates, a ironia era uma espécie de jogo hábil conduzido com a máscara da própria ignorância que objetivava desmascarar a verdadeira ignorância de seu interlocutor presunçoso, em Platão ela assume uma função semelhante e se põe a serviço da construção do conhecimento (REALE, 2007, p. 33-34).

O valor metodológico da ironia platônica está intrinsecamente ligado à maiêutica socrática, de forma que Platão não mostra a ironia como expressamente reconhecível, pois muda de máscara sem nunca deixá-la cair. Além disso, a ironia platônica implica a posse de algo positivo que não expressa diretamente. Portanto, não pode ser considerada uma ironia niilista ou vazia que segue o caminho da pura negação. A ironia filosófica é pudor de toda verdade direta que quer captar o verdadeiro não falando, mas apenas suscitando. É como se Platão quisesse dizer “aqueles que não podem compreender, devem compreender erradamente”.

Por essa razão, arrisco dizer que só há conhecimento quando este é negado. Parece que apenas os céticos poderiam afirmar algo sobre o conhecimento, pois que são os únicos capazes de negá-lo

em sua plenitude. A postura inicialmente cética de Sócrates do “só sei que nada sei” é a mais elevada forma de conhecimento, porque, em sua relativa negatividade irônica, inverte as polaridades entre o conhecer e o não conhecer. Saber é mais do que conhecer. O jogo irônico proporciona assim sua seriedade filosófica e seus fins construtivos.

Uma discussão pertinente na filosofia socrática gira em torno do papel de Sócrates nos diálogos platônicos e da ambiguidade de sua atitude, ora se comportando como um antagonista em relação ao que Platão definiu como sofista, ora atuando retoricamente como se um sofista fosse (MACCOY, 2010, p. 11). Talvez essa seja a maior de todas as ironias socráticas: fazer-se passar por algo diferente de sofista, como se estivesse em uma posição moralmente mais elevada em relação a seus adversários. Mas será que nem Platão percebeu que Sócrates estava sendo irônico quando parecia ser um filósofo e de fato atuava como sofista? Ou será que não haveria característica alguma capaz de distinguir um do outro? Das duas uma: a) ou Platão não era tão inteligente assim (ou sua inteligência não era capaz de compreender essencialmente a ironia socrática), hipótese em que me refuto a acreditar; b) ou Platão era mais um cúmplice do Sócrates irônico, tendo contribuído em preservar as ironias socráticas para as futuras gerações durante mais de dois milênios (hipótese que mantém inabalada o prestígio da inteligência de Platão).

Mesmo que tenha se apresentado como filósofo e, portanto, adversário dos sofistas, o Sócrates platônico é um retórico, porque emprega técnicas retóricas sofisticadíssimas nos seus diálogos. Na *República*, por exemplo, atinge não só o conceito de justiça de fornecido por Trasímaco, como ataca pessoalmente o próprio Trasímaco por meio de espécie de argumento *ad hominem*. Da mesma forma Sócrates, assim como fazia Górgias, recorre ao argumento de probabilidade, isto é, ao éikos (εἶκος), ao interrogatório, às refutações, ao paralelismo, a interpretações poéticas etc. (MACCOY, 2010, p. 12). A retórica presente na filosofia de Sócrates é, na verdade, uma continuação de uma tradição que lhe é anterior e, apenas em tese, contraposta à retórica sofística. O argumento socrático é baseado ainda na *phrónesis* e no *kairós*, isto é, na razão prática e na noção de oportunidade, respectivamente.

(...) a fórmula socrática do saber que nada sabe é **irônica**, não no sentido em que uma afirmação aponta para outra coisa ou para o seu contrário, mas **no sentido mais profundo que dissimula um outro saber**. Neste sentido, podemos afirmar que, paradoxalmente, Sócrates respeita o oráculo: pondo-o em dúvida, não acreditando nele e agindo aparentemente contra ele, Sócrates demonstra com a sua ação algumas coisas: que não basta dizer a verdade (como faz o deus) ou saber a verdade (como acredita Sócrates, que na verdade sabe que nada sabe), mas é necessário fazer interagir os dois níveis e *demonstrar* uma verdade; e na demonstração põem-se em jogo quer a asserção verdadeira, quer a verdadeira crença pessoal” (CASERTANO, 2010, p. 23).

Já o indivíduo que afirma a possibilidade de conhecimento absoluto acerca de algo é considerado crente, pois aquilo que apresenta como conhecimento não passa de crença com fachada metodológica de conhecimento, mas sem fundamento epistemológico algum. De forma que, com esta atitude, contribui apenas para a pura negação de seu saber, sem qualquer contribuição positiva.

A “dogmática jurídica é uma ciência sem epistemologia”, diria Luis Alberto Warat (1994, p. 45). Justamente porque as crenças e ideologias são apresentadas como se formassem um discurso aparentemente científico, mas que no fundo está impregnado de categorias pseudo-explicativas. É por essa razão que reitero que, paradoxalmente, só há sabedoria quando se nega o conhecimento, pelo menos relativamente. Esta é a ironia socrática. Mas esta atitude não está presente apenas em Sócrates. A ironia, especialmente a ironia romântica, proporciona um “ceticismo elegante” (ENRIGHT, 1986, p. 20) que não é pura negatividade, a despeito da crítica hegeliana.

Considerando que seres humanos não pautam suas vidas em argumentos rigorosos, mas decidem e fazem escolhas que são apenas plausíveis e vivem no interior de uma rede de vinculações elásticas e de contínua interação com o seu meio, pode-se concluir que as situações particulares forçam o questionamento de certos critérios específicos de vinculação e propiciam a mudança. Mesmo que não haja garantia de que seja uma mudança para melhor.

REFERÊNCIAS

ARBIB, Michael A.; HESSE, Mary B. **The construction of reality**. New York: Cambridge University Press, 2008.

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

BALLWEG, Ottmar. Analytische Rhetorik als juristische Grundlagenforschung. In: ALEXI, R; DREIER, R; NEUMANN, U. (Hrsg.) **Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie**. Beiheft 44. Stuttgart: Franz Steiner Verlag, 1991a, pp. 45-54.

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

_____. Phronetik, Semiotik und Rhetorik. In: BALLWEG, Ottmar; SEIBERT, Thomas-Michael (Hrsg.). **Rhetorische Rechtstheorie**. Freiburg/München: Verlag Karl Alber, 1982, pp. 27-71.

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

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

BOOTH, Wayne C. **A rhetoric of irony**. Chicago: Chicago University Press, 1974.

BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. Trad. F. Tomaz. Rio de Janeiro: Bertrand, 2009.

CASERTANO, Giovanni. **Paradigmas da verdade em Platão**. Trad. M. da G. G. de Pina. São Paulo: Loyola, 2010.

CASTRO Jr., Torquato. A bola do jogo. Uma metáfora “performativa” para o “desafio” da pragmática da norma jurídica. In: ADEODATO, João Maurício; BITTAR, Eduardo C. B. (Org.). **Filosofia e teoria geral do direito**. Homenagem a Tercio Sampaio Ferraz Junior. São Paulo: Quartier Latin, 2011, pp. 1075-1087.

COLEBROOK, Claire. **Irony**. London and New York: Routledge, 2006.

ENRIGHT, Dennis Joseph. **The alluring problem**. An essay on irony. Oxford New York: Oxford University Press, 1986.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**. Nascimento da prisão. Trad. L. M. P. Vassallo. Petrópolis: Vozes, 1988.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. trad. J. B. Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1987.

KIERKEGAARD, Søren Aabye. **O conceito de ironia**. Constantemente referido a Sócrates. Trad. A. L. Montenegro Valls. Bragança Paulista: São Francisco, 2006.

LAKOFF, Geroge; JOHNSON, Mark. **Metaphors we live by**. Chicago/London: The University of Chicago Press, 1980.

MACCOY, Marina. **Platão e a retórica de filósofos e sofistas**. Trad. L. Oushiro. São Paulo: Madras, 2010.

MUECKE, Douglas Colin. **Ironia e o irônico**. Trad. G. G. de Souza. São Paulo: Perspectiva, 1995.

NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. Menschliches, Allzumenschliches I und II. In: COLLI, Giorgio; MONTANARI, Mazzino (Hrsg.). **Friedrich Nietzsche, Kritische Studienausgabe** – in fünfzehn Bände, Bd. II, Berlin: Walter de Gruyter, 1988b.

_____. Morgenröthe. In: NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. **Nachgelassene Schriften 1870-1873**. In: COLLI, Giorgio; MONTANARI, Mazzino (Hrsg.). **Friedrich Nietzsche, Kritische Studienausgabe** – in fünfzehn Bände, Bd. I, Berlin: Walter de Gruyter, 1988c.

NOGUEIRA, J. L. de Almeida. **A academia de S. Paulo**. Tradições e reminiscências. Estudantes, estudentões, estudentadas. Quarta Série. São Paulo: Typ. A Editora (Lisboa), 1908.

OLIVECRONA, Karl. **El derecho como hecho**. Trad. G. Cortés Funes. Buenos Aires: Roque Depalma, 1959.

PALMER, Richard. **Hermenêutica**. Trad. M. L. R. Ferreira. Lisboa: Edições 70, 2006.

PINTORE, Anna. **Il diritto senza verità**. Torino: Giappichelli, 1996.

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

REALE, Giovanni. **Platão**. História da filosofia grega e romana. v. III. Trad. H. C. de Lima Vaz; M. Perine. São Paulo: Loyola, 2007.

ROSS, Alf. **Hacia una ciencia realista del derecho**. Critica del dualismo en el derecho. Trad. J. Barboza. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1961.

TELLES Jr., Goffredo. **O direito quântico**. Ensaio sobre o fundamento da ordem jurídica. São Paulo: Max Limonad, 1980.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. 1ª Câmara de Direito Criminal. Habeas Corpus nº 0269751-13.2011.8.26.0000. Relator: Figueiredo Gonçalves. São Paulo, 30.01.12.

UOL. **Justiça determina prisão domiciliar a morador de rua**. São Paulo, 10.02.2012. Atualizada em 14.02.2012. Disponível em <<http://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2012/02/10/morador-de-rua-e-condenado-a-prisao-domiciliar-e-pode-ser-presos-por-nao-cumprir-a-decisao.htm>>. Acesso em 21.12.2015.

WARAT, Luis Alberto. **Introdução geral ao direito**. v. 2. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1994.

Recebido em 09/03/2016.

Aprovado em 10/06/2016.

