

RETÓRICA ANALÍTICA X RACIONALISMO CRÍTICO: REFLEXÕES SOBRE DOIS POSSÍVEIS MODELOS DE ANÁLISE DE DECISÕES JUDICIAIS

ANALYTICAL RHETORIC X CRITICAL RATIONALISM: REFLECTIONS ON TWO
POSSIBLE MODELS FOR ANALYSIS OF LEGAL DECISIONS



Recebimento em 15/08/2021

Aceito em 04/01/2022

Pedro de Oliveira Alves¹
<http://orcid.org/0000-0002-6801-4383>
pedro.oalves@ufpe.br

RESUMO

Trata-se de investigação comparativa entre as abordagens desenvolvidas pela retórica analítica (Ballweg) e pelo Racionalismo Crítico (Popper) na avaliação das decisões jurídicas. A partir da análise das duas perspectivas metodológicas, a pesquisa objetiva explorar possíveis vantagens e desvantagens de suas respectivas aplicações em pesquisas de pós-graduação em direito. Um dos pressupostos desenvolvidos é a ideia de que um estudo comparativo entre as duas abordagens poderá ser útil para o amadurecimento das pesquisas relacionadas às teorias da decisão nos Programas de Pós-graduação em Direito. Ao final, são desenvolvidos argumentos sobre um possível diálogo entre as duas abordagens, apontando para suas aproximações e distanciamentos. Ao final, o artigo explora potencialidades de investigação aplicada às decisões jurídicas sem criar sincretismos inadequados.

PALAVRAS-CHAVE: Teoria da decisão judicial; retórica jurídica; racionalismo crítico.

ABSTRACT

This is a comparative investigation between the approaches developed by analytical rhetoric (Ballweg) and by Critical Rationalism (Popper) in the evaluation of legal decisions. From the analysis of the two methodological perspectives, the research aims to explore possible advantages and disadvantages of their respective applications in studies about the law. One of the assumptions developed is the idea that a comparative study between the two approaches may be useful for the maturation of research related to theories of decision making in Postgraduate Law Programs. In the end, arguments are developed about a possible dialogue between the two approaches, pointing to their approximations and distances. In the end, the article explores potentialities of investigation applied to legal decisions without creating inappropriate syncretisms.

KEYWORDS: Legal decision making; legal rhetoric; critical rationalism.

1 INTRODUÇÃO

O presente texto é uma proposta de reflexão sobre duas distintas abordagens metodológicas da teoria da decisão judicial: a análise retórica influenciada por Ottmar Ballweg e a aplicação do Racionalismo Crítico formulado por Karl Popper. Como hipótese para discussão, é pressuposta uma possível contribuição aos novos debates das teorias da argumentação jurídica a partir de um

¹ Universidade Federal de Pernambuco; UNINASSAU.



estudo comparativo das vantagens e desvantagens das duas abordagens. Ao final, a pesquisa não necessariamente pretende defender uma opção definitiva, mas seu objetivo é verificar melhor as potencialidades e limitações dos dois tipos de abordagem.

A pesquisa desenvolvida neste trabalho é fruto de uma série de reflexões sobre o desenvolvimento de modelos de análise das decisões judiciais nos Programas de Pós-graduação em Direito. Considerando que as duas abordagens aqui discutidas foram identificadas em trabalhos defendidos em teses e dissertações recentes na área jurídica, é extremamente relevante estabelecer algum tipo de diálogo, ainda que por meio de uma observação de segunda ordem.

Além disso, as duas abordagens ainda não são utilizadas de forma ampla e frequente em todas as regiões do Brasil. Ainda que seja relevante observar sua existência nos trabalhos desenvolvidos por inúmeros pesquisadores brasileiros, também é preciso considerar que se trata de um debate ainda em fase inicial.

Para facilitar a compreensão dos resultados obtidos nesta pesquisa, este artigo possui uma estrutura que se inicia com a apresentação dos principais argumentos da abordagem retórica e suas vantagens ou desvantagens (tópico 1) assim como do racionalismo jurídico crítico (tópico 2). No entanto, mais uma vez, é preciso reforçar que “retórica jurídica”, neste trabalho, apresenta um recorte para abordagens baseadas na filosofia de Ottmar Ballweg, mesmo que também inclua autores que não concordam integralmente com todas as conclusões e diagnósticos do autor. Neste grupo, também são analisados argumentos de João Maurício Adeodato, Katharina Sobota, Claudia Roesler, Pedro Parini e Isaac Reis. Importante fazer essa ressalva porque, também sob a alcunha de “retóricos”, há muitos outros olhares diferentes sobre a argumentação jurídica e sua persuasão.

Acerca da abordagem retórica, é importante destacar que aqui não adotaremos uma rigorosa distinção entre “metodologia” e “metódica”, embora essa diferença seja defendida entre autores retóricos. Tal diferenciação possuiria uma função didática, na medida em que poderia distinguir as teorias jurídicas que pretendem indicar modelos de interpretação e argumentação (metodologia) diante das teorias que pretendem descrever a argumentação efetiva em um determinado contexto discursivo (metódica). No entanto, a proposta de retórica analítica enquanto marco teórico adotado em pesquisas jurídicas é também uma proposta metodológica, uma vez que tenta indicar um caminho a ser percorrido pelos pesquisadores da área jurídica. E que, inclusive, também poderia repercutir no próprio conceito retórico de ciência jurídica, conforme será desenvolvido adiante.

Com menor frequência, os estudos de análise do direito a partir do Racionalismo Crítico também estão em fase inicial no Brasil. A partir dos argumentos e pressupostos desenvolvidos por Karl Popper, Hans Albert, Bernd Rüthers e Reinhold Zippelius, também outros modelos de análise das decisões judiciais são desenvolvidos e discutidos na pesquisa.

Após o devido exame das duas perspectivas metodológicas, são desenvolvidos argumentos sobre os distanciamentos e as aproximações, ressaltando que as duas abordagens representam tradições distintas e com objetivos próprios (tópico 3). Apesar das divergências entre as duas formas de análise, a hipótese de pesquisa consegue ser discutida a partir de um olhar crítico para as vantagens e desvantagens obtidas nas duas aplicações de pesquisa.

Ao final, apresentamos nossas considerações finais, com o objetivo de colaborar com essa e outras discussões sobre os novos desafios da pesquisa científica sobre a argumentação jurídica desenvolvida nas decisões judiciais.

2 A RETÓRICA ANALÍTICA ENQUANTO METÓDICA JURÍDICA: PRINCIPAIS ARGUMENTOS E CRÍTICAS

2.1 Considerações iniciais sobre a retórica analítica enquanto programa de pesquisa na área jurídica: panorama geral de sua utilização no Brasil



Em diferentes Programas de Pós-graduação *stricto sensu* na área jurídica, a exemplo do que ocorre na UFPE, UnB, UFPB, Faculdade de Direito de Vitória (FDV) e Faculdade Damas, muitas pesquisas são desenvolvidas a partir de uma metodologia retórica. Mas o que isso significa exatamente? Quais as linhas gerais para a aplicação dessa abordagem?

As diferentes abordagens retóricas adotadas no Brasil possuem alguns elementos em comum: as influências do pensamento do filósofo Friedrich Nietzsche e dos juristas Theodor Viehweg e Ottmar Ballweg. Influenciada por esses dois autores, a “Escola retórica de Mainz” representa uma das contemporâneas tentativas de compreensão da linguagem jurídica.

Apesar das convergências, os autores também discordam em alguns aspectos sobre a retórica jurídica. Diferente de Ottmar Ballweg, por exemplo, João Maurício Adeodato defende a retórica enquanto filosofia na medida em que esta não precisa “buscar a verdade”. Em primeiro lugar, a abordagem retórica do direito envolve uma concepção filosófica que rejeita posturas essencialistas. Para a retórica jurídica, tudo que pode ser analisado são discursos e interpretações. Conforme sustentado por Sobota (1991, p. 45-60), a norma não é um dado pré-fabricado e a linguagem constitui a realidade jurídica.

Ademais, a partir das formulações de Ballweg (1991, p. 176-180), as abordagens retóricas apresentam uma diferenciação didática de três níveis sobre a retórica: material, estratégico e analítico. Embora a nomenclatura possa variar de acordo com os autores, a proposta é relativamente simples.

Em breve síntese, o primeiro nível é compreendido como a realidade construída pelos discursos. Neste grupo, estariam os conceitos, as decisões tomadas, a atribuição de sentido das coisas por meio da linguagem. É o “estado da arte” compreendido como relato. Nesse aspecto, também pode ser chamada de “retórica enquanto cosmovisão” (MEDEIROS, 2018, p. 25) ou “retórica existencial” (ADEODATO, 2013, p. 12). O mundo é compreendido como linguagem efetiva e relato dominante.

Já o segundo nível da retórica é considerado em uma perspectiva metodológica: são as tentativas de interferência e influência na retórica material. No caso do direito, as teorias prescritivas da interpretação e da argumentação jurídica atuam como significativas metodologias jurídicas que tentam disciplinar a atribuição de significados da retórica material. Neste segundo grupo, são colocadas as estratégias persuasivas (REIS, 2014, p. 30).

Por fim, o terceiro nível da retórica é sustentado enquanto “retórica analítica”, sendo esta o mais próximo daquilo que se compreende como ciência na medida em que agrupa todas as tentativas de análises descritivas dos discursos. Na terminologia de Reis (2014, p. 55-56), este nível retórico é chamado de “Análise Empírico-Retórica do Direito (AERD)”.

Nesse sentido, são formuladas diferenças entre método, metodologia e metódica (ADEODATO, 2013) ou entre técnica, tecnologia e teoria (FERRAZ JÚNIOR, 1980) para corresponder, respectivamente, aos problemas dos três níveis da retórica. Por isso, a retórica analítica é compreendida enquanto metódica jurídica que pode contribuir nas investigações acadêmicas dos discursos jurídicos. Dentre os objetivos dessa abordagem analítica, seria possível verificar quais estratégias argumentativas foram utilizadas em algum caso concreto (retórica de segundo nível), compreender o histórico discursivo desenvolvido por uma instituição deliberativa, mapear as principais tendências e estratégias para determinados casos e até elaborar sistematizações para compreender os dados coletados nos discursos jurídicos (com uso de gráficos, tabelas, etc.).

Segundo Roesler (2018, p. 32), a abordagem retórica não está baseada em análises prescritivas sobre como a argumentação jurídica deveria se desenvolver a partir de critérios de racionalidade fixados previamente; mas se apresenta como proposta de compreensão do discurso jurídico efetivo e da realidade construída por meio da linguagem. Assim, mais do que pretensões



de racionalidade, o discurso jurídico é encarado como espaço de disputa entre pretensões de construção de sentido e de poder por meio de elementos persuasivos do discurso.

Como destaca Reis (2014, p. 52-53), não há consenso sobre como deve ocorrer a análise retórica ou quais seus elementos necessários. Na verdade, a tentativa de fixar critérios poderia levar a uma possível contradição da proposta. Por um lado, evita-se o engessamento da análise e se reconhece que a proposta também é uma construção comunicativa provisória; por outro lado, a ausência de um padrão específico torna insuperável o desafio de diferenciá-la de outras análises pretensamente descritivas. Tal ausência de padronização carrega algumas dificuldades para a consolidação de um método de pesquisa científica na área jurídica, transferindo o ônus argumentativo para o pesquisador em cada situação concreta.

Para exemplificar, é possível visualizar o seguinte problema: o pesquisador P₁ decide desenvolver um artigo científico para mapear os tipos argumentativos em determinada sessão do Tribunal do Júri que tinham o propósito de interagir adequadamente com os jurados (*Pathos* – estratégias do discurso para um bom relacionamento com o auditório). Por outro lado, o pesquisador P₂ decide realizar outra pesquisa sobre o mesmo julgamento, porém descrevendo também detalhes, gestos e simbologias que estão além do nível apofântico do discurso. Afinal, as estratégias retóricas também se apresentam de forma latente (SHERWIN, 2009, p. 88). Se ambos possuem apenas uma pretensão descritiva para compreensão do julgamento, as duas pesquisas poderiam ser consideradas como análises retóricas do direito (ainda que os pesquisadores não tenham adotado esse marco teórico específico).

Porém, se toda e qualquer pesquisa descritiva das decisões judiciais for considerada retórica analítica, haveria também uma perda substancial da metodologia da pesquisa. Isso porque já não seria mais considerado suficiente afirmar que foi escolhida uma proposta de análise retórica. Para uma melhor qualidade da pesquisa, seria necessária a especialização de desdobramentos dos modelos de análise das decisões e dos discursos jurídicos para evitar também a confusão entre pesquisadores e ampliar a transparência dos textos científicos.

A problemática fica evidente quando, nos dizeres de Adeodato (2019, p. 267), a análise retórica é descrita como um “método milenar” que teria sido obscurecido pelas “ontologias dominantes”. Porém, não se fala em um tipo específico de análise retórica. Nesse sentido, é importante esclarecer que tal “método milenar”, em verdade, não corresponde às discussões sobre a retórica na antiguidade. Pelo menos não de forma uniforme. Sendo mais claro: falar em análise retórica do direito hoje provavelmente não produz o mesmo significado de séculos atrás. Assim, a alegação de uma robusta tradição retórica não resolve o problema de saber quais são as funções e as vantagens da análise retórica do direito na atualidade.

No fundo, uma das principais características para a construção de um modelo retórico de análise de discursos seria a não fixação de dados ontológicos (MAIA, 2000, p. 22-27). Essa contraposição metafórica entre retórica e ontologia é uma das marcas da abordagem retórica na área jurídica brasileira, especialmente porque seu caráter dinâmico e variável parece seduzir o apelo em torno da tolerância e da democracia. No entanto, essa dicotomia idealizada deve também ser apreciada com cautela. Porque, a depender dos termos com os quais se esteja definindo retórica e ontologia, são premissas que podem ser relativizadas, principalmente se for considerada a “virada ontológica” na hermenêutica jurídica (TRINDADE; OLIVEIRA, 2017, p. 319).

Apesar de seu caráter descritivo, a abordagem retórica não necessariamente implica na validação de discursos arbitrários. Isso porque a linguagem é entendida como construção social que é submetida a acordos intersubjetivos de racionalidade. Também no caso do direito, existem elementos de constrangimento discursivo que prevalecem em determinados contextos históricos (SOBOTA, 1991, p. 45-60). Logo, aquilo que é prevaLENTE hoje pode não ser amanhã. Tal pressuposto revela uma dimensão dinâmica da prática jurídica, que impõe a necessidade de análises contextualizadas sobre uma prática específica. Embora seja possível o desenvolvimento



de pesquisas teóricas/filosóficas sobre a abordagem retórica (ADEODATO, 2019), as maiores contribuições da retórica analítica serão aquelas que enfrentem empiricamente uma realidade discursiva concreta, com localização específica no tempo e espaço.

Mas aquilo que se entende como “descrição” é também construído retoricamente. A retórica analítica permanece sendo uma retórica, embora com uma função social distinta voltada para a observação das estratégias adotadas nas argumentações. Por isso, também se visualiza a possibilidade de confrontos argumentativos entre duas ou mais pretensões descritivas de um mesmo discurso. Ainda assim, a abordagem retórica é “tolerante” com a diversidade de posições (por não ter critério fixo, seria incapaz de rechaçar definitivamente uma posição). Não se julga por um critério fixo de racionalidade, pois o parâmetro é baseado em regularidades e prevalências provisórias em um determinado ambiente social.

2.2 Pesquisas retóricas do direito brasileiro em exame crítico: observação sobre alguns exemplos de sua aplicação concreta

As formulações e pesquisas desenvolvidas pelos diferentes autores retóricos permitem possibilidades de investigações descritivas dos discursos jurídicos, especialmente das decisões judiciais, mas não apresentam regras fechadas e totalizantes sobre como devem ser feitos os estudos. Para permitir uma análise mais ampla do fenômeno jurídico, as abordagens retóricas buscam desenvolver diferentes âmbitos de análise (fronética, holística e semiótica) que podem contribuir significativamente para a observação das estratégias persuasivas efetivamente adotadas (PARINI, 2017, p. 124-132).

Uma das aplicações significativas da abordagem conseguiu demonstrar a variação de estratégias adotadas o Tribunal Superior do Trabalho (TST) quando os auditórios são compostos por atores diferentes, ainda que sejam sobre a mesma matéria jurídica. Na verdade, a pesquisa consegue confirmar algo que costuma ser imaginado no senso comum: os julgamentos mudam conforme as composições dos tribunais. Ademais, a mesma pesquisa descritiva conseguiu apontar que o contexto de justificação pode influenciar as argumentações: se por meio escrito ou oral, se discutido apenas entre ministros ou se aberto a advogados e comunidade jurídica em geral (MEDEIROS, 2018).

Em outra pesquisa recente, a abordagem retórica catalogou algumas das estratégias utilizadas na fundamentação judicial sobre prisão de Senadores da República, principalmente no desenvolvimento judicial de conceitos naturalizados e independentes como “realidade”. Descortinar o argumento da “natureza das coisas”, da imposição da realidade, é também uma das vertentes retóricas com possibilidade de contrapor-se com um cenário de hipocrisia do discurso judicial. No entanto, a prática é encarada pelos pesquisadores de modo simples: “obviamente, esse é um meio de esconder a subjetividade do próprio ministro”, além de ser considerado como algo que contraria a interpretação literal em alguns momentos (PARINI; ABREU, 2019, p. 339; 369).

O retórico não necessariamente enxerga tal hipocrisia do discurso como algo negativo. É apenas um dado observado naquela situação específica. “Esconder a subjetividade” do intérprete é, em muitas situações, uma exigência da argumentação institucional e de seu reconhecimento perante outros sujeitos.

Além de análises qualitativas, levantamentos retóricos sobre as decisões do STF em largo período de tempo (1960-2016) também já são utilizados em publicações que alegam demonstrar “usos irracionais” de argumentos de autoridade (CARVALHO; ROESLER, 2019). De fato, a demonstração de uma ausência de regularidade no uso de argumentos pode sugerir um risco de irracionalidade e potencial arbitrariedade na prática decisória. Desse modo, as pesquisas retóricas podem estimular um cenário de acompanhamento e maior investigação sobre os reais motivos que



podem levar um órgão julgador a decidir de determinada forma. Tal desconfiança em cenários de irregularidade discursiva alimenta uma função de advertência e crítica da dogmática jurídica.

Por outro lado, a realização de pesquisas quantitativas pode também trazer alguns riscos à análise retórica que deverão ser considerados pelos pesquisadores. Especialmente porque a dimensão contextual do uso dos argumentos não pode perder espaço para uma análise preliminar apofântica daquilo que parece se apresentar.

Esclarecidos os principais pressupostos da análise retórica, além de mencionar algumas das suas principais utilizações em pesquisas jurídicas, é possível sintetizar duas categorias de problemas centrais da abordagem retórica nas decisões judiciais: a) problemas em relação ao método em si; b) problemas em relação ao uso das abordagens em pesquisas concretas.

Quanto ao mérito da abordagem retórica, é preciso destacar que o alcance das conclusões de uma pesquisa empírica não transcende os limites delineados pela amostragem. Não é porque determinada estratégia foi utilizada em uma decisão que isso signifique que o Judiciário sempre age assim ou que continuará atuando com tais técnicas argumentativas. Assim, o primeiro aspecto que pode ser destacado é o problema da indução (POPPER, 1975, p. 28-29). A única forma de tentar generalizar as conclusões seria por meio da refutação de um enunciado do tipo: “o tribunal T jamais utilizou o argumento A ou a estratégia E para suas fundamentações”. Assim, a retórica está voltada para a compreensão da “formação real” dos discursos em determinadas situações. Portanto, a abordagem retórica é necessariamente delimitada aos discursos examinados na análise.

No caso das pesquisas quantitativas, os dados conclusivos também não podem ser interpretados como uma regularidade fixa, pois esta não passa de uma necessidade humana que não encontra fundamentação científica a partir da indução (POPPER, 1975, p. 33). Ainda que existam dados sobre a ausência de raciocínio dedutivo em muitas decisões judiciais, a pesquisa científica não poderia estabelecer uma teoria permanente sobre a atuação dos juízes. Afinal, em qualquer momento, poderia surgir decisão diversa. Logo, é necessariamente restrita ao objeto observado, embora tenha potencial de refutação de teorias frágeis e apartadas do mundo prático.

Sendo uma análise descritiva de determinado discurso, a abordagem retórica encontra também o problema da transparência de critérios. Cada autor/pesquisador é responsável pela explicação prévia de quais aspectos serão observados e como serão analisados. Não parece ser ônus da “teoria”, mas do pesquisador que aplicará aquilo que julgar mais pertinente. Assim, a abordagem retórica busca justificar a fixação de seus critérios apenas no caso concreto.

Suponhamos a seguinte situação: um determinado pesquisador P₃ examinou um dos aspectos do discurso, mas, posteriormente, percebeu que a conclusão não era interessante para a tese que pretendia defender. Então, aquele aspecto foi retirado da pesquisa por não estar em conformidade com o que era esperado sob a desculpa de “delimitação”. Afinal, uma pesquisa retórica que trata apenas da dimensão de relação entre discurso e seu respectivo auditório (*pathos*) não deixa de ser retórica analítica com uma delimitação transparente.

Esse problema poderia ser formulado enquanto transparência e confiabilidade metodológica. Uma coisa é delimitar o aspecto teórico que será discutido (um conceito, uma obra específica, etc.) ou recortar o objeto de pesquisa por ser muito amplo. Outra coisa é a escolha arbitrária dos critérios que serão observados, ainda que haja algum tipo de reconhecimento expresso de tal recorte metodológico. Ademais, toda e qualquer descrição de discursos seria uma aplicação da abordagem retórica analítica? Não se sabe ao certo, pois não há critérios de demarcação.

Embora também fosse possível criticar a abordagem quanto à neutralidade analítica, esse aspecto não merece ser acolhido porque a proposta é apresentada também enquanto construção retórica necessariamente provisória. As universidades e a comunidade acadêmica podem modificar a compreensão sobre os limites e as características das pesquisas descritivas. O relevante aqui é



apontar que a proposta da retórica analítica é a produção de discursos sobre o funcionamento das estratégias persuasivas (metodologias) em determinadas argumentações.

A partir de autores como Robert Alexy e Friedrich Müller, outras críticas são possíveis para a demonstração de que as abordagens retóricas são insatisfatórias para análises jurídicas comprometidas com a pretensão corretiva e com a normatividade jurídica. Isso porque questões centrais para algumas teorias do direito são vistas apenas como discursos provisoriamente aceitos na comunidade jurídica. Assim, tudo é reduzido a um controle público intersubjetivo da linguagem que ocorre de forma contingente. Até mesmo as fontes do direito e princípios tradicionais como a supremacia da constituição são compreendidos como estratégias contextuais de persuasão.

Porém, outros problemas também podem ser formulados no que se refere à aplicação da abordagem nos Programas de Pós-graduação em direito. Dentre as muitas advertências que poderiam ser realizadas, duas parecem centrais: a) a intransponibilidade entre *ser* e *dever ser*; b) a presença de elementos prescritivos rotulados como análises descritivas.

Filósofos retóricos podem estrategicamente concordar com a impossibilidade lógica de extração de normas prescritivas a partir de enunciados descritivos. Não se pode extrair normas e deveres a partir de meras descrições fáticas (HUME, 1986, p. 469-470). Esse aspecto deve ser lembrado porque, embora as abordagens retóricas aleguem que não farão juízos de correção sobre os discursos, os pesquisadores nem sempre conseguem se desvencilhar de tais aspectos.

Por fim, cabe ressaltar que determinadas análises retóricas das decisões judiciais também empregam uma linguagem entimemática com finalidades persuasivas. Ou seja, algumas aplicações utilizam silogismos incompletos com a ocultação de algumas premissas que carregam uma “semente” ou pressuposto de juízos prescritivos. Para exemplificar, algumas abordagens retóricas empregam noções supostamente objetivas como “contrariar interpretação literal” ou para explorar possíveis contradições e irracionalidades. Embora não pretenda julgar a decisão em seu mérito, há a pretensão (nem sempre expressa) de denunciar a má utilização de estratégias argumentativas.

Ocorre que, para manter-se fiel à tradição retórica nos termos aqui apresentados, a pesquisa não poderia assumir conceitos rígidos e estáticos sobre elementos da dogmática jurídica ou de como funcionam os métodos de interpretação. São necessariamente análises historicamente localizadas analisadas com base na aparente regularidade de eventos comunicados naquele contexto. Problema maior pode surgir quando não há uma tradição jurídica dogmáticamente consolidada ou inexistem regularidades sobre a aplicação prática de determinado conceito jurídico. Neste caso, a abordagem retórica analítica estaria voltada para a compreensão da disputa dos diferentes relatos e usos.

Nesse aspecto, duas aplicações emblemáticas podem ser destacadas: em uma primeira pesquisa, constatou-se que a análise do *logos* do discurso jurídico oral em Tribunal Superior foi bastante insignificante, com quase nenhuma menção de dispositivo legal ou constitucional. Logo, o pesquisador concluiu que seria uma estratégia “menos persuasiva” e até mesmo rara. O que pretendia o pesquisador com esse tipo de análise? Apenas mencionar a frequência do argumento ou inferir algo mais? Na sequência, a pesquisa afirma: “tudo leva a crer que é uma estratégia que não teria o condão de persuadir o auditório composto pelos demais Ministros da Turma” (MEDEIROS, 2018, p. 91-92). No entanto, a pesquisa tratava de decisões sobre dano moral na justiça trabalhista, matéria que é muito sensível à análise das circunstâncias do caso e da compreensão jurisprudencial do tema. Pior: esse tipo de conjectura probabilística não poderia resultar de uma mera indução baseada naquilo que geralmente é feito em uma decisão específica.

Em uma segunda aplicação da abordagem retórica, os pesquisadores concluem que a estratégia argumentativa mais recorrente em uma determinada decisão do STF foi o uso de argumentos de autoridade, compreendendo neste grupo o entendimento jurisprudencial do próprio Tribunal e a citação de votos em processos semelhantes. Curiosamente, a pesquisa registra que não houve “reconstrução dos argumentos ou análises das semelhanças entre os casos” (PARINI;



ABREU, 2019, p. 368-369). Então, estas deveriam ter sido feitas? Aparentemente, não são sempre exigidas na prática. Deveriam ser exigidas? De forma implícita, os autores questionam a legitimidade dos argumentos sem se comprometer com conclusões explicitamente normativas.

O problema do “germe normativista” presente nas descrições não é respondido definitivamente por nenhuma proposta ingênua. Caso fossem imaginados critérios para a avaliação do discurso jurídico, estes não poderiam ser mensurados como dados ontológicos fixos. No máximo, seriam baseados em lugares comuns da argumentação jurídica sobre o ordenamento jurídico, observando as exigências frequentes do momento.

Por qual motivo um pesquisador destacaria a descrição de alguns elementos em detrimento de outros? A resposta está relacionada com a impossibilidade de uma retórica analítica padronizada para todo e qualquer observador. Em muitos casos, pretensões normativas podem estar também encobertas. O pior, porém, é entender a regularidade dos discursos como um parâmetro de pesquisa. Afinal, a irregularidade dos argumentos pode ser parte das características de uma sociedade. Também a regularidade é variável e a análise torna-se precária nos momentos de transição e transformação dos acordos. Eventualmente, a retórica analítica pode legitimar as estratégias persuasivas por considerá-las recorrentes e supostamente compatíveis com os acordos linguísticos vigentes.

Realizadas as devidas considerações sobre a abordagem analítica da retórica, resta agora analisar as diretrizes do racionalismo crítico para possibilitar um contraponto metodológico em face das análises de decisões judiciais.

3 O RACIONALISMO CRÍTICO DE KARL POPPER APLICADO AO ESTUDO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: POSSIBILIDADES E LIMITAÇÕES

3.1 Linhas gerais da aplicação do Racionalismo Jurídico na pesquisa jurídica

Compreendidos os termos em que a metodologia retórica é desenvolvida nos Programas de Pós-graduação em Direito no Brasil, este artigo passa a analisar as principais linhas argumentativas do chamado “Racionalismo Crítico”, expressão cunhada por Popper (1999b, p. 15) e adotada por muitos de seus seguidores.

Segundo Albert (2013, p. 89), um dos filósofos que aplicaram o Racionalismo Crítico ao direito, a expressão designa uma vertente filosófica que costuma se referir ao pensamento de Karl Popper em alguma medida, mas que, em muitos casos, são desenvolvidas concepções muito diferentes. Isso porque Popper ofereceu algumas diretrizes gerais de sua epistemologia que são aplicadas em áreas muito diversas do conhecimento.

Hilgendorf (2017, p. 170-181) apresenta o Racionalismo Crítico como uma das doze principais tendências da Teoria do Direito na Alemanha da segunda metade do Século XX, especialmente a partir das preocupações dos juristas com temas sobre Filosofia da Ciência nos anos 1960 e 1970. Dessa forma, as influências das obras de Karl Popper e Hans Albert movimentaram novas discussões na ciência jurídica.

Mesmo na área jurídica, porém, são diferentes e até controversas as tentativas de aplicação do pensamento de Karl Popper, conforme registra Birk (2017, p. 43-50). Nesse artigo específico, não serão examinadas todas as diferentes correntes que poderiam ser consideradas como desdobramentos de suas premissas.

Para uma melhor compreensão do Racionalismo Crítico, Popper (1999b, p. 62-63) retoma a discussão pré-socrática sobre a dialética – que não pode ser confundida com as leituras hegelianas e marxistas do termo. A dialética pré-socrática é entendida como abordagem racional e crítica desenvolvida a partir de escritos de Xenófanes e Parmênides que ainda são acessíveis hoje. Na leitura popperiana, Xenófanes descreveu perfeitamente o caráter conjectural do conhecimento



humano e a necessidade de colocá-lo sob o exame da crítica e eterna dúvida. Também Albert (1976, p. 63) corrobora com esse entendimento e recorda que o objetivo da dialética pré-socrática era investigar possíveis contradições para concluir sobre a falsidade de algum enunciado. Em síntese, denota o sentido de uma busca pelo pensamento diferente, oferecendo abertura à crítica e tentando um diálogo efetivo com explicações alternativas sobre um mesmo problema.

A partir dessa diretriz dialética, o realismo popperiano parte da necessidade de um diálogo sobre problemas concretos e suas potenciais respostas/soluções conhecidas. Ao mesmo tempo, aponta o conhecimento científico como algo inconclusivo e dinâmico. Por isso, seria possível falar em “verdade” como ideia guia para uma aproximação das melhores respostas, porém sem cair em um modelo rígido de certezas.

Ademais, conforme sintetiza Birk (2017, p. 43-44), quatro elementos do Racionalismo Crítico de Popper costumam ser apontados pelos juristas: a) o caráter conjectural e a possibilidade de erro das teorias; b) aceitação provisória de uma teoria em razão da eliminação das teorias piores e impossibilidade de comprovação de sua verdade; c) A evolução ou progresso científico (*Fortschritt*) ocorre pelo desenvolvimento de novas teorias falseáveis em diálogo com tentativas de refutação empírica; d) a verdade como ideia reguladora que serve como guia.

Além da falseabilidade na lógica da pesquisa científica, o aspecto da “sociedade aberta” nos escritos de Karl Popper tem sido bastante utilizado nas obras de Direito Constitucional e Teoria do Estado. Segundo análise de Engländer (2017, p. 111-125), algumas obras jurídicas de Reinhold Zippelius, Peter Häberle e Valentin Petev passaram a aproveitar parte do potencial do Racionalismo Crítico nas discussões jurídicas, mas ainda haveria muito a ser discutido tanto no plano teórico como no plano dogmático.

Assim como a retórica analítica, Popper também não pretende encontrar afirmações definitivas com pretensão de convicções absolutas. Porém, a epistemologia oferecida pelo Racionalismo Crítico elabora procedimentos que buscam rechaçar as más hipóteses e teorias (ainda que a refutação seja também provisória). No fundo, a ciência e também o pensamento social em geral são processos dinâmicos que buscam um aperfeiçoamento do conhecimento, mas que nunca encontra garantias de ter alcançado êxito total. Por outro lado, o conhecimento humano deve procurar combater gradualmente as misérias sociais e os equívocos das teorias vigentes.

Essa ausência de certezas pode levar a dois caminhos: o pessimismo ou o otimismo epistemológico. No primeiro, o sujeito desiste de buscar aperfeiçoar seu conhecimento, pois jamais poderá assumir que possui a verdade absoluta e, por vaidade intelectual, se sentirá incomodado por não ser detentor das verdades. No segundo caso, não possuir certezas finais é uma conjectura que leva a uma postura ética de manter-se aberto a novos olhares, mas sem deixar de buscar conhecimento e de lutar contra o erro. Logo, a verdade não se confunde com a certeza do conhecimento nem com o caminho da busca pela verdade. Nas palavras de Popper (1989, p. 18-19), relativizar a verdade seria um “crime”, “uma traição à razão e à humanidade”.

Diante desse quadro, é relevante notar que um dos propósitos assumidos por Popper (1998, p. 16) é a aplicação de métodos críticos e racionais das ciências aos “problemas da sociedade democrática”. E, embora não tenha aprofundado suas investigações específicas sobre o direito, Popper (1993, p. 51-53) considera a abordagem científica como tecnologia ou “engenharia social de ação gradual” para projetar e avaliar instituições sociais, inclusive com a pretensão de “reconstruí-las e fazê-las funcionar cada vez melhor”. Essas diretrizes podem ser adotadas pelas ciências sociais, inclusive nas discussões jurídicas.

O Racionalismo Crítico funciona como um vetor interpretativo baseado em um procedimento de argumentação que exige a aproximação das melhores respostas. Não pretende ser, portanto, um modelo fixo e autossuficiente de argumentação jurídica sobre todas as questões. De todo modo, o procedimento de abordagem crítica permite algumas discussões pertinentes sobre



o conhecimento humano. Por ser um modelo não totalmente fechado, mais relevante e necessário torna-se seu debate no ambiente acadêmico.

Por se tratar de um “modelo evolucionista”, preocupado com as transformações e não com sua origem, Popper constituiu uma demarcação entre ciência e não ciência que pode ser também utilizada em outros campos. Conhecimento jurídico não necessariamente envolve decisões de autoridades legitimadas apenas pelo procedimento. Esse é o contexto de reflexão sobre a elaboração de um modelo analítico para o direito.

A respeito do debate sobre causalidade e justificação lógica, MacCormick (2008, p. 127-128) acolhe expressamente o Racionalismo Crítico em determinado ponto: “minha própria resposta é novamente popperiana”. Ele aponta que a justificação razoável de causalidade é possível enquanto não for refutável, sendo mais persuasivo quando houver ampla corroboração e quando os testes de falsificação forem mais intensos.

A principal sugestão de Popper (1999a, p. 33) para a aplicação do Racionalismo Crítico nas ciências sociais aparece do seguinte modo: lógica situacional (reconstrução do cenário com análise das circunstâncias) + abordagem crítica das instituições sociais e das tradições. A partir disso, podem ser construídas teorias das consequências institucionais (planejadas ou não) e teorias sobre criação e desenvolvimento de instituições.

No caso das ciências sociais (teóricas ou históricas), Popper (1999b, p. 202-205) apresenta o problema científico em torno da explicação e percepção dos acontecimentos relativos à ação humana e suas respectivas situações sociais. A partir de uma “análise situacional”, caberia ao cientista avaliar coisas físicas, instituições sociais e até mesmo os objetivos situacionais. É, portanto, uma tentativa de compreender determinado fenômeno social a partir de suas particularidades. Dentre os exemplos citados por Popper, aparecem elementos como o mercado, os contratos jurídicos, os tribunais, a linguagem social e os sistemas de preço. Todos esses entendidos como instituições sociais que podem ser refletidos e criticados pela abordagem crítica.

Não se trata de experimentar realmente todos os cenários na prática. Como afirmava Zippelius (2016, p. 44), há um “raciocínio antecipador de caráter conjectural”. Quanto à prática jurídica, é também processo objetivo articulado com propósitos expressos ou implícitos.

3.2 Exemplos de aplicação do Racionalismo Crítico nas pesquisas jurídicas brasileiras e exame crítico de suas potencialidades

No Brasil, o desenvolvimento de análises científicas sobre o direito a partir desse referencial teórico ainda encontra-se em fase inicial. No entanto, alguns de seus desdobramentos já podem ser visualizados em discussões específicas nos Programas de Pós-graduação e em revistas científicas.

Com base nos conceitos de sociedade aberta e falseabilidade, diferentes pesquisas, dos mais diversos matizes teóricos, conseguem desenvolver discussões relevantes sobre questões diferentes. Um caso interessante foi desenvolvido na tese de doutorado de Bruno Galindo sobre a “teoria intercultural da constituição”. Embora se trate de um trabalho mais teórico, o pesquisador apresentou o Racionalismo Crítico de Karl Popper como pressuposto filosófico (GALINDO, 2004, p. 192-198). No entanto, a discussão parte de alguns pressupostos mais gerais do pensamento de Popper e passa a discutir as leituras adotadas por Peter Häberle e outros constitucionalistas como Canotilho. Na sequência, a pesquisa passa a incorporar também outros vieses teóricos como a proposta de Boaventura de Sousa Santos. Por isso, a “teoria intercultural da constituição” é influenciada pelo Racionalismo Crítico, mas não seria exatamente um produto deste.

De fato, argumentações relacionadas à transparência e à autocrítica das teorias são, de certa forma, indispensáveis para construções científicas muito diversas. De um ponto de vista mais específico, o Racionalismo Crítico desenvolve um método baseado em uma epistemologia



relativamente simples: identificação de problema específico, formulação de hipótese, diálogo crítico entre as diferentes alternativas de hipóteses para a resolução do problema e a aceitação provisória da melhor hipótese (corroboração ou refutação de sua hipótese). Evidentemente, o ônus argumentativo para defesa da melhor hipótese não é enrijecida por um modelo infalível (algo que seria inconciliável com os pressupostos de Popper), mas exige-se do pesquisador que demonstre um diálogo efetivo entre as possibilidades e aponte as razões para que sua hipótese seja escolhida (MAGEE, 2001, p. 57-59; GALINDO, 2004, p. 193; ALVES, 2019, p. 7).

Conforme a tese de Albert (1976, p. 206. 211-21), seria necessário pensar em uma mudança de paradigmas: a ideia de razão crítica é a necessidade de discussão dialética em face da suposição da insuficiência do conhecimento humano. Desse modo, a fundamentação racional passa a ser análise entre diferentes concepções para ampla demonstração de vantagens e desvantagens de cada alternativa.

Um dos aspectos que mais desperta a atenção é a exigência de consideração dos elementos e circunstâncias da situação concreta. Ou seja, também as pesquisas sociais e jurídicas precisam ser capazes de serem potencialmente refutadas pelo mundo prático. É o que ocorre, por exemplo, quando uma determinada decisão judicial produz consequências práticas que seriam indesejáveis em face do alegado estado de coisas que deveria ser promovido. Assim, a ciência jurídica passa a buscar acompanhar os efeitos sociais das criações e mudanças regulatórias do direito (algo que demanda intenso diálogo interdisciplinar).

Alguns anos depois, também no âmbito de uma tese de doutorado em universidade nordestina, Hugo de Brito Machado Segundo construiu uma argumentação baseada em uma epistemologia falibilista, desenvolvendo diferentes aspectos da teoria de Karl Popper. Em um destes momentos, Machado Segundo apresentou a relevância da metáfora popperiana sobre os “três mundos” para analisar a autonomia do conhecimento cultural humano (MACHADO SEGUNDO, 2009, p. 96-99). A propósito, o próprio subtítulo da tese expressa a perspectiva teórica do Racionalismo Crítico: “liberdade, igualdade e democracia como premissas necessárias à aproximação de uma justiça possível”. Ao falar em “justiça possível”, Machado Segundo se refere não a um conceito rígido e abstrato de justiça, mas àquilo que pode ser concretizado no mundo prático a partir do conhecimento construído na ciência jurídica.

Importante notar que o papel da ciência jurídica na abordagem do Racionalismo Crítico não seria apenas catalogar ou descrever como os tribunais decidem. Para Popper (1999a, p. 29-30), não há ciência social no simples ato de descrição, pois teorizar é algo imprescindível. Na verdade, o raciocínio inicia sempre a partir de um problema observado. E, na formulação da hipótese, há alguma teoria ou cosmovisão do observador.

Por fim, com maior pertinência ao exame da argumentação jurídica, já é possível perceber o surgimento de novas pesquisas alinhadas com o referencial do Racionalismo Crítico nos últimos anos. Entre diferentes possibilidades de análise da pesquisa, é possível notar forte aplicação do referencial teórico do Racionalismo Crítico nas discussões sobre superação de precedentes, avaliação de consequências práticas para a regularização da atividade administrativa, controle dos riscos relacionados ao impacto regulatório em atividades econômicas, elaboração de critérios para políticas públicas, dentre vários outros aspectos (ALVES, 2021).

Para auxiliar na visualização do campo de aplicação da metodologia, é possível observar o seguinte debate na argumentação jurídica hodierna: a ampla implantação de audiências de custódia no sistema brasileiro.

A implantação recente das audiências de custódia na prática jurídica brasileira foi inicialmente possível a partir de um dispositivo previsto no Pacto de San Jose da Costa Rica (art. 7.5 do Pacto de San Jose da Costa Rica), considerado texto normativo supralegal. Hoje, o desenvolvimento de pesquisas sobre a importância da audiência de custódia para análise da prisão em flagrante não é, em geral, algo inovador porque já consolidada na teoria brasileira. A defesa



das audiências de custódia nessa circunstância específica apenas endossa um entendimento existente.

Porém, potenciais transformações regulatórias podem ser suscitadas em futuras decisões. É de grande relevância a discussão de pesquisas científicas (falseáveis) sobre sua efetividade ou possibilidade de realização virtual em tempos de pandemia.

Ao mesmo tempo, o fundamento jurídico para a implantação das audiências de custódia nas prisões em flagrante poderia servir para a adoção ampla desses mecanismos em todo e qualquer tipo de prisão provisória, pois o texto literal do art. 7.5 não é específico em relação à flagrância, pois trata da garantia de apresentação pessoal ao magistrado (princípio da identidade física do juiz). Entretanto, desafios empíricos, especialmente do ponto de vista pragmático da administração da justiça impõem algumas dificuldades. Desse modo, análise crítico-racional exige que também argumentos diferentes venham a ser analisados, principalmente em confronto a dados empíricos que precisam ser coletados.

Tal debate demonstra-se, inclusive, muito atual. Em dezembro de 2020, na Reclamação 29.303, o Min. Edson Fachin deferiu medida liminar para ampliar o cabimento da audiência de custódia; porém o Plenário do STF ainda não teve a oportunidade de discutir a matéria. Independente da argumentação que venha a ser oferecida, é necessário o papel de advertência e de acompanhamento da ciência jurídica.

Por um lado, a não implantação de audiências de custódia em outras modalidades prisionais poderia restar justificada, caso seja oferecida uma “justificação racional” com elevado grau de ônus argumentativo. Isso não significa simplesmente usar dados estatísticos ou citações rebuscadas – que, a propósito, podem servir para encobrir decisões subjetivas e falsas erudições (SOKAL; BRICMONT, 2001, p. 18-19; 24).

No caso da audiência de custódia, uma primeira hipótese a ser testada na perspectiva do Racionalismo Crítico poderia ser de cunho teleológico. No caso, é preciso refletir sobre o estado de coisas pretendido pelo dispositivo internacional e também compreender as razões normativas para a limitação às prisões em flagrante. Seria, realmente, alguma atecnia da Resolução 213/2015 do CNJ e da regulamentação de alguns Tribunais de Justiça? A ampla e irrestrita adoção das audiências faria “sentido” no sistema brasileiro de prisões cautelares (especialmente quando se trata de uma conversão feita pelo próprio juiz)?

Outro caminho seria alegar dificuldades pragmáticas e financeiras para a adequação da administração judicial. Essa é uma argumentação que exige demonstração de planejamento da própria administração e dados que apontem para a realizabilidade da medida. No entanto argumentos relacionados às consequências práticas não podem servir como instrumentos legitimadores da incapacidade das instituições. Isso seria cair no equívoco de desprezar a natureza deontológica do direito. Medidas necessárias que ainda são consideradas irrealizáveis na prática precisam de uma tutela jurídica especial. Isso porque deve haver uma coordenação da Administração da Justiça para uma implantação gradual (ALVES, 2021, p. 203-204).

Ao final, a perspectiva do Racionalismo Crítico apresenta outro tipo de acompanhamento da prática jurídica e social pela pesquisa científica. Com uma pretensão que vai além da descrição dos argumentos e estratégias utilizadas, o realismo analítico considera que existem problemas reais que não são meras construções linguísticas. Esses problemas podem ser visualizados de forma diferente, mas, apesar das diferenças de pré-compreensão e contexto do observador, sempre podem ser debatidos. Para isso, a metodologia precisará partir de um esquema a ser desenvolvido em cada pesquisa: em que consiste esse problema e por qual motivo ele não consegue ser resolvido pela nossa prática atual? É possível pensar em um novo caminho hipotético para sua resolução? Quais são os possíveis caminhos e qual deles corresponde melhor à realidade observada?

Com tais questionamentos, o racionalista crítico é considerado por Popper (1975, p. 49) um “realista” no sentido desenvolvido na filosofia, ou seja, parte do pressuposto de que há uma



realidade que deve ser considerada e não é totalmente construída. Nessa perspectiva, desenvolve, de forma explícita, uma dimensão normativa. Isso porque, ao menos nas obras de Karl Popper e Hans Albert, a metodologia não se encerraria no mero registro das diferentes propostas. Ela tenta contribuir na investigação daquilo que poderia ser melhor, mais razoável diante do conhecimento atual. Ainda que tais conclusões não sejam definitivas e devam continuar sendo acompanhadas, é uma proposta que exige o rechaço daquilo que, no momento concreto, se apresenta como esdrúxulo em razão de seus efeitos.

Esclarecidos os pressupostos metodológicos do Racionalismo Crítico, com breve exame de questões concretas, resta discutir uma última questão: seriam a retórica analítica e a análise crítico-racionalista inconciliáveis? Discutir suas aproximações e distanciamentos pode ser uma forma de contribuição relevante ao desenvolvimento futuro de pesquisas científicas na área jurídica, especialmente em razão da necessidade de seu constante aperfeiçoamento.

4 DIVERGÊNCIAS E DIÁLOGOS ENTRE A RETÓRICA E O RACIONALISMO JURÍDICO CRÍTICO

Para uma contribuição adequada à epistemologia do direito e à teoria da argumentação jurídica, é relevante a reflexão comparativa entre as duas abordagens discutidas. Afinal, cada abordagem é influenciada por uma perspectiva teórica sobre direito e sociedade. Ao mesmo tempo, a compreensão das diferentes funções e objetivos de cada teoria estimula o debate metodológico sobre os potenciais riscos e limitações em razão da escolha de um ou outro.

Inicialmente, vale apontar que, diante do que foi exposto anteriormente, é perceptível que as duas perspectivas não são totalmente rivais. Ambas estão inscritas em um pressuposto mais amplo com as seguintes características: a) interpretação como processo dinâmico de atribuição de sentido; b) necessidade de discussão pautada em problemas concretos identificados em um determinado momento histórico; c) ausência de leis fixas sobre o futuro histórico; d) os processos argumentativos são autônomos e servem como parâmetro para a exigência de correção (no plano retórico, seria o controle intersubjetivo contingente da linguagem; no campo crítico racional, a objetividade do conhecimento e a autonomia da realidade exigem a formulação de hipóteses mais coerentes pelos indivíduos); e) rechaço ao uso da violência e promoção do diálogo argumentativo.

Todos esses pressupostos estão também influenciados por uma compreensão democrática da produção de normas jurídicas. De um modo mais explícito ou não, autores que adotam qualquer um dos dois modelos partem de uma premissa cética em relação ao “paternalismo na ética”. Na obra de Popper (1998, p. 15), a questão torna-se ainda mais evidente quando observada sua análise sobre sociedades abertas e fechadas, apontando para a necessidade de caminhar para uma “sociedade aberta” que fortaleça as faculdades críticas de cada indivíduo.

Para os retóricos, no entanto, o escopo do Racionalismo Crítico seria considerado uma “retórica de segundo nível”, uma metodologia que tem pretensões de influenciar a prática científica e jurídica. Na verdade, de certo modo, todos os teóricos devem ter a pretensão de colaborar com discussões acadêmicas: se a teoria for útil, então, certamente há interesse em influenciar a produção de novas pesquisas. Nesse aspecto, não é perceptível nenhum problema. Toda preocupação “dogmática”, localizada em um ordenamento jurídico específico, tem possibilidade de orientar uma futura prática jurídica e social.

O “problema” na crítica retórica seria a potencial descaracterização da metodologia racionalista popperiana por não se encaixar na categoria da “retórica analítica”. De fato, não se enquadra justamente em razão do seu elemento normativo. Mas essa divergência diz respeito ao significado de ciência. Se a crítica retórica for apenas uma questão de nomenclatura, admitindo a possibilidade de pesquisas científicas normativas, então não há problemas para a convivência entre as duas abordagens em um mesmo *locus*. Se, no entanto, o que se pretende é dizer que fazer “ciência” é apenas análise retrospectiva descritiva de argumentos e estratégias, então, neste caso,



a rigidez dogmática conceitual estaria na própria abordagem retórica (que estaria agindo como “metodologia” e não como retórica analítica, portanto também não é isenta de dúvidas e críticas: pode ser uma proposta metodológica inadequada).

Do ponto de vista da retórica analítica, talvez, o maior incômodo seja justamente com esse elemento normativo que, em nome da busca pela verdade, poderia encobrir pretensões de poder (que o “cientista do direito” jamais teria, pois quem tomará a decisão é a autoridade competente). De fato, há que se fazer uma concessão a esse argumento no seguinte sentido: aplicações concretas do Racionalismo Crítico podem, equivocadamente, tentar justificar pretensões ideológicas como a melhor hipótese possível. No entanto, a abordagem crítico-racionalista não pretende estabelecer juízos com caráter definitivo e cumprem outra funcionalidade prática que é a discussão efetiva sobre diferentes possibilidades de atuação jurídica. Significa dizer que, embora não seja o pesquisador que tomará a decisão na aplicação prática do direito, poderá ser ele a estimular a discussão sobre o aperfeiçoamento do sistema de conhecimento do direito (esfera cognitiva, não volitiva do direito). Essa esfera cognitiva poderá, ou não, estimular as mudanças nas ações dos agentes políticos legitimados.

Daí que uma das principais divergências residiria neste trajeto: a) os retóricos analíticos pretendem compreender um embate argumentativo, fazendo o levantamento descritivo daquilo que consegue observar (que não deixa de ser uma seleção parcial) (REIS, 2014, p. 61-62); b) os crítico-racionalistas admitem que há preconceitos na visualização do problema e que também a ignorância do pesquisador é ilimitada, mas, ainda assim, pretende visualizar o problema concreto e se realmente, diante do conhecimento atual, as melhores medidas para resolver os problemas estão sendo tomadas (POPPER, 1999a, p. 13-14).

Do ponto de vista do Racionalismo Crítico, o desenvolvimento da ciência somente será possível com o estímulo à busca pela verdade e à compreensão de que nosso saber é conjectural. Por isso, ainda que os “lugares comuns” do discurso prevalecente em determinada tradição jurídica enalteçam o sacrifício de liberdades, a perspectiva crítico-racionalista não está vinculada a concepções dogmatizadas ou quase unânimes na sociedade. Há apenas uma questão moral de buscar evitar erros e diminuir problemas empíricos (com base em resultados existentes ou potenciais que demonstrem a inviabilidade de determinadas ações). Nesse sentido, o Racionalismo Crítico mantém um contexto de descoberta bastante amplo ao indivíduo, desconstruindo autoridades epistemológicas, ainda que construídas discursivamente (POPPER, 1989, p. 11-50).

Para um crítico-racionalista, a observação sobre argumentos utilizados em um determinado discurso pode ser relevante. Além de ser potencialmente falha e limitada, premissa com a qual pesquisadores retóricos tendem a concordar, existem algumas dificuldades já suscitadas neste trabalho como o problema da indução. Mas um ponto interessante a ser destacado é que a descrição desses discursos pode ser um primeiro passo para a identificação de problemas práticos do direito que levará o pesquisador a desenvolver hipóteses normativas.

Ou seja, há uma possibilidade de ganho real porque processos de observação existem em praticamente todos os tipos de pesquisa, variando os elementos a serem descritos e o modo de descrição (que também não são limitados pela retórica analítica). E se o crítico-racionalista pretende desenvolver hipóteses específicas, falseáveis e frutíferas, deverá partir de um conhecimento razoável sobre a realidade estudada. E o inverso pode ocorrer, na medida em que a retórica analítica também pode pretender sistematizar e relatar o modo como as hipóteses são desenvolvidas e discutidas na análise de problemas jurídicos.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao final, os resultados da pesquisa apresentaram contribuições pontuais para uma melhor consideração de dois tipos de modelos de análise das pesquisas científicas na área jurídica, apresentando um breve diálogo sobre suas características, funcionalidades e também limitações.



Em primeiro lugar, foi dado destaque à retórica analítica no exame de argumentações jurídicas e suas potenciais contribuições para o estudo de cenários concretos do discurso. Nesse sentido, a partir das influências de Ottmar Ballweg, a pesquisa dialoga com algumas das principais pesquisas que se apresentam como paradigmas nas análises brasileiras. Não se tratou, porém, de uma espécie de inventário com catálogos sobre as diversas pesquisas realizadas.

Na discussão sobre o método de pesquisa empregado pela tradição retórica, a pesquisa fornece uma discussão atualizada com as potenciais críticas, contribuindo para a advertência de futuros pesquisadores que tenham interesse em adotar esse referencial teórico.

Além de examinar criticamente o exame sugerido pela retórica jurídica, a pesquisa também apresenta as principais diretrizes da aplicação do Racionalismo Crítico nas discussões jurídicas. Isso porque, embora já seja aplicada na ciência jurídica alemã e também no Brasil, seu escopo teórico ainda é pouco conhecido em razão de sua pouca menção nos manuais jurídicos brasileiros.

Na análise do Racionalismo Crítico, o artigo se preocupou em trazer contribuições para o esclarecimento do método envolvido e de suas características normativas. Desse modo, foi possível estabelecer uma avaliação comparativa entre os dois métodos. Para as finalidades deste artigo, em razão do espaço, não se realizou um juízo comparativo entre as duas abordagens, problema que ensinaria a necessidade de maiores desenvolvimentos teóricos e análise muito mais detalhada.

Em todos os casos, tanto na abordagem retórica como na proposta crítico-racionalista, foram discutidas efetivas publicações brasileiras e possibilidades de aplicação. Ao final, a pesquisa conseguiu tornar mais claros os contornos teóricos das duas abordagens, alcançando uma discussão sobre os riscos da má utilização relacionada a uma “fusão” equivocada entre as duas perspectivas. Por outro lado, embora com objetivos distintos, as duas perspectivas não se apresentam como antagônicas a ponto de uma não permitir o convívio com a outra. Em verdade, a possibilidade de alimentação entre as diferentes abordagens consegue refutar a premissa de que a adoção de um referencial teórico significaria a anulação de outro. Isso porque cada pesquisa específica possui objetivos peculiares, sendo mais relevante a utilização adequada das premissas escolhidas, tal como apresentado ao longo do artigo.

Apesar de todas as contribuições, o artigo também possibilita a visualização de outros problemas ainda não respondidos e a necessidade de continuidade nas reflexões sobre os modelos utilizados na ciência jurídica para uma análise adequada e frutífera das práticas sociais e dos problemas vivenciados no direito.

REFERÊNCIAS

ADEODATO, João Maurício. Retórica analítica como metódica jurídica. *Argumenta*, n. 18, p. 11-29, 2013.

ADEODATO, João Maurício. Análise retórica das dicotomias tradicionais sobre o conceito de direito. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir./UFRGS*, Porto Alegre, v. 14, n. 2, p. 266-287, 2020.

ALBERT, Hans. *O Direito à luz do Racionalismo Crítico*. Trad. Günther Maluschke. Brasília: Unersa; Editora da UnB, 2013.

ALBERT, Hans. *Tratado da razão crítica*. Trad. Idalina Azevedo da Silva, Erika Gudde e Maria J. P. Monteiro. 2. ed. Rio de Janeiro: tempo brasileiro, 1976.

ALVES, Pedro de Oliveira. *Limites da interpretação jurídica no controle de constitucionalidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.



ALVES, Pedro de Oliveira. **Mutações constitucionais nos discursos jurídicos**: o problema da evolução do direito na Teoria da decisão a partir do Racionalismo Crítico. 2021. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito do Recife, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2021.

BALLWEG, Ottmar. Retórica analítica e direito. Trad. João Maurício Adeodato. **Revista Brasileira de Filosofia**, v. 39, n. 163, p. 179-180, 1991.

BIRK, Axel. Der kritische Rationalismus und die Rechtswissenschaft: Bernd Rüthers und Karl-Heinz Fezer – ein Ausgangspunkt, unterschiedliche Folgerungen. **Rechtstheorie**, n. 48, p. 43-75, 2017.

CARVALHO, Angelo Gamba Prata de; ROESLER, Claudia Rosane. O argumento de autoridade no Supremo Tribunal Federal: uma análise retórica em perspectiva histórica. **Direito, Estado e Sociedade**, n. 55, p. 42-68, 2019.

ENGLÄNDER, Armin. Kritischer Rationalismus und Jurisprudenz. *In*: HILGENDORF, Eric. (org.). **Kritischer Rationalismus und Einzelwissenschaften**. Tübingen: Mohr Siebeck, 2017. p. 111-125.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Função social da dogmática jurídica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

GALINDO, Bruno César Machado Torres. **Constituição e integração interestatal**: defesa de uma teoria intercultural da Constituição. 2004. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito do Recife, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2004.

HILGENDORF, Eric. Rechtsphilosophie der Gegenwart. *In*: HILGENDORF, Eric; JOERDEN, Jan C. (org.). **Handbuch Rechtsphilosophie**. Stuttgart: J.B. Metzler Verlag, 2017. p. 170-181.

HUME, David. **A Treatise of Human Nature**. London: Clarendon Press, 1986.

JACOBS, Struan; TREGENZA, Ian. Rationalism and tradition: The Popper-Oakeshott conversation. **European Journal of Political Theory**, p. 4-5, v. 13, 2014.

KRELL, Andreas Joachim; ALVES, Pedro de Oliveira. Responsabilidade democrática como pressuposto de uma teoria da interpretação: discussão em torno da ADI 4983/CE, **Revista Estudos Institucionais**, v. 4, n. 2, p. 684-688, 2018.

LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. 3. ed. Trad. José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

MACCORMICK, Neil. **Retórica e o Estado de Direito**. Trad. Conrado Hübner Mendes e Marcos Paulo Veríssimo. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. **Fundamentos do ordenamento jurídico**: liberdade, igualdade e democracia como premissas necessárias à aproximação de uma justiça possível. 2009. Tese (Doutorado em Direito) - Unifor, Fortaleza, 2009.



MAGEE, Bryan. **As ideias de Popper**. Trad. Leonias Hegenberg e Octanny S. da Mota. São Paulo: Cultrix, 1973.

MAIA, Alexandre da. **Ontologia jurídica: o problema de sua fixação teórica (com relação ao garantismo jurídico)**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

MEDEIROS, Bruno Franco Candido. **O que os juízes acham persuasivo?** Uma análise empírico-retórica de decisões proferidas no âmbito do Tribunal Superior do Trabalho em matéria de dano moral. 2018. Dissertação (Mestrado em Direito) - UnB, Brasília, 2018.

MORAIS, Fausto Santos de. **Ponderação e arbitrariedade: a inadequada recepção de Alexy pelo STF**. Salvador: Juspodium, 2018.

PARINI, Pedro. A análise retórica na teoria do direito. **Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito/UFRGS**, v. 12, n. 1, p. 115-135, 2017.

PARINI, Pedro; ABREU, Dã Filipe Santos de. As estratégias retóricas na argumentação jurídica: estudo de caso da ação cautelar n. 4039/DF. **Revista Eletrônica Direito e Política**. v. 14, n., p. 339-371, 2019.

POPPER, Karl. **A miséria do historicismo**. Trad. Octanny S. da Mota e Leonidas Hegenberg. São Paulo: Cultrix, 1993.

POPPER, Karl. **A sociedade aberta e seus inimigos: o fascínio de Platão**. 3. ed. Trad. Milton Amado. Belo Horizonte: Itatiaia, 1998. v. 1.

POPPER, Karl. **Conhecimento objetivo: uma abordagem evolucionária**. Trad. Milton Amado. Belo Horizonte: Itatiaia, 1975.

POPPER, Karl. **Em busca de um mundo melhor**. 2. ed. Trad. Teresa Curvelo. Lisboa: Fragmentos, 1989.

POPPER, Karl. **Lógica das ciências sociais**. trad. E.R. Martins, A.C.M. Acquarone Filho e V.O.M. Silva. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 1999.

POPPER, Karl. **O mito do contexto: em defesa da ciência e da racionalidade**. Trad. Paula Taipas. Lisboa: Edições 70, 1999.

REIS, Isaac Costa. **Limites à legitimidade da Jurisdição Constitucional: análise retórica das Cortes Constitucionais do Brasil e da Alemanha**. 2014. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito do Recife, UFPE, 2014.

ROESLER, Claudia. A análise da argumentação judicial em perspectiva crítica: o que fazemos quando analisamos decisões judiciais? *In: Retórica e Argumentação jurídica: modelos em análise*. Curitiba: Alteridade, 2018. v. 2.

SHERWIN, Richard. The narrative construction of legal reality. **Journal of the Association of Legal Writing Directors**, v. 6, p. 88, 2009.



SOBOTA, Katharina. Don't mention the norm. **International Journal for the Semiotics of Law**, n. 4, v. 10, p. 45-60, 1991.

SOKAL, Alan; BRICMONT, Jean. **Imposturas intelectuais**: o abuso da ciência pelos filósofos pós-modernos. Trad. Max Altman. 2. ed. Rio de Janeiro: Record, 2001.

TRINDADE, André Karam; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. Crítica Hermenêutica do Direito: do quadro referencial teórico à articulação de uma posição filosófica sobre o Direito. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**, v. 9, n. 3, p. 311-326, 2017.

ZIPPELIUS, Reinhold. **Teoria Geral do Estado e Ciência Política**. Trad. Antonio Francisco de Sousa e Antonio Franco. São Paulo: Saraiva/IDP, 2016.

